UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

THÈSE

En vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

Mention Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Marie Pamela WAGOU LEUMEGA

Le 15 décembre 2017

La protection des associés et des créanciers dans les opérations de fusion et d'apport partiel d'actif des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA

Sous la direction de Madame Francine MANSUY,
Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine

Membres du jury

Monsieur Michel GERMAIN, Professeur émérite de l'Université Paris II (Rapporteur)
Madame Isabelle RIASSETTO, Professeur à l'Université du Luxembourg
Monsieur Thierry LAMBERT, Professeur à l'Université de Lorraine
Monsieur Denis POHE -TOKPA, Maître de Conférences HDR à l'Université de Bordeaux IV (Rapporteur)
Madame Francine MANSUY, Maître de Conférences HDR à l'Université de Lorraine (Directrice de recherche)

RÉSUMÉ

La fusion et l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions sont des opérations fréquentes tant en France que dans les pays membres de l'OHADA. Elles présentent des risques multiples pour les actionnaires et les créanciers et cette thèse s'attache justement à étudier la protection qui s'offre à ces catégories. Cette étude fait apparaître que leur protection est assurée par trois éléments essentiels dans les deux ordres juridiques : l'information, la consultation et le principe de la transmission universelle du patrimoine. Nos analyses révèlent cependant que ces protections sont insuffisantes car elles ne sont pas mises en œuvre de manière optimale et sont fortement limitées par la jurisprudence. Aussi pour améliorer le système actuel, des solutions législatives et contractuelles sont nécessaires pour garantir au mieux la protection des actionnaires et des créanciers. La voie législative permet de renforcer l'efficacité d'un droit, comme par exemple la reconnaissance du droit de retrait aux actionnaires. Quant à la contractualisation, elle permet de renforcer la protection de base instituée par les textes, ainsi que l'illustre la clause de survie de l'obligation de couverture ou de la garantie autonome.

SUMMARY

The merger and the partial contribution of assets subjected to the regime of splits are frequent operations both in France and in the member countries of the OHADA. They present multiple risks for shareholders and creditors, and this thesis focuses on the protection afforded to these categories. This study shows that their protection is ensured by three essential elements in the two legal orders: information, consultation and the principle of the universal transmission of the heritage. However, our analyzes reveal that these protections are insufficient because they are not implemented optimally and are strongly limited by case law. To improve the current system, legal and contractual solutions are needed to ensure the best protection of shareholders and creditors. The legislative way makes it possible to reinforce the effectiveness of a right, as for example the recognition of the right of withdrawal to the shareholders. As for the contractualization, it makes it possible to reinforce the basic protection instituted by the texts, as the survival clause of the obligation of cover or of the autonomous guarantee illustrates it.

MOTS CLÉS

Fusion ; apport partiel d'actif ; protection ; associés ; créanciers ; information ; consultation ; opposition ; inopposabilité ; responsabilité ; minoritaire ; fraude ; transmission universelle du patrimoine ; retrait ; cautionnement ; garantie autonome ; sûretés réelles.

La protection des associés et des créanciers dans les opérations de fusion et d'apport partiel d'actif des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

À Jean-Marc,
À Marie Ausilia,
À ma famille.

REMERCIEMENTS

La présente thèse a fait l'objet d'une convention CIFRE conclue entre le cabinet d'avocats FIDAL et l'Université de LORRAINE (ex-Nancy 2).

J'aimerais tout d'abord remercier Madame Francine MANSUY d'avoir dirigé, avec beaucoup d'attention et de patience ce travail de recherche. Qu'elle veuille bien trouver ici, l'expression de ma profonde gratitude.

Je tiens ensuite à exprimer toute ma reconnaissance à M. Vincent LACOMBE, M. Olivier FERRARI et M. François BON sans qui cette thèse CIFRE n'aurait certainement pas vu le jour.

J'adresse aussi mes remerciements aux avocats du cabinet FIDAL avec lesquelles j'ai travaillé durant mes années au sein de ladite structure. Il s'agit de Mme Anne BELLIER-PARIGOT, Mme Christine d'OVIDIO, M. Richard CAILLE, M. Olivier JOSSET, M. Ludovic BERNET, M. Xavier LEMARECHAL et enfin, M. Benoît CREIS. Je pense également à Adriana, Patricia et Élodie pour leur efficacité.

Je tiens également à témoigner toute ma gratitude au Professeur Michel GERMAIN de l'Université de Paris II, à la Professeure Isabelle RIASSETTO de l'Université du LUXEMBOURG, au Professeur Thierry LAMBERT de l'Université de LORRAINE et à Monsieur Denis POHE-TOKPA de l'Université de Bordeaux IV pour l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant de siéger dans mon jury de soutenance.

Je remercie enfin toutes les personnes qui ont partagé avec moi leurs expériences sur des questions diverses relatives à cette thèse. Il s'agit notamment de Mme Colette NEUVILLE, de M. Dominique DAVODET, de M. Jean-Luc BEDOS, de M. Alexis MARRAUD DES GROTTES, de M. Frédéric GRILLIER et M. Vincent DOUCEDE.

Je ne saurai terminer cette série de remerciements sans mentionner les Professeurs Jean-Denis MOUTON et Étienne CRIQUI pour leur disponibilité, d'une part, et Mesdames Anne REGNARD, Sandrine CECCHI et Karine RIBEIRO d'autre part.

Par ailleurs, j'adresse mes sincères remerciements à la famille DEGBEY, la famille LAGRANGE, la famille PIERSON, mais également aux Sœurs Marie-Pia et Marie-Geneviève, à Messieurs les Abbés Olivier RIOULT, Patrick DUVERGER, Arnold TRAUNER, Paterne LONGUELET et au Frère Bernard Marie, pour leur soutien.

Je termine par une profonde pensée à ma famille, mes parents et mes amis pour leur patience et leur affection.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE
La protection des actionnaires et des créanciers par l'information et la consultation

Titre I. Le droit à l'information des actionnaires et des créanciers

Chapitre I — L'information des actionnaires : un contenu perfectible

Chapitre II — L'information des créanciers, un préalable à l'action en opposition

Titre II. Le droit de consultation des actionnaires et des créanciers obligataires

Chapitre I — La consultation des assemblées des sociétés participantes

Chapitre II — La nullité de l'opération, une sanction illusoire

DEUXIÈME PARTIE
La protection relative des actionnaires et des créanciers par le principe de la transmission universelle du patrimoine

Titre I. Le maintien des droits des actionnaires

Chapitre I — L'échange des titres, une mesure protectrice relative

Chapitre II — L'insuffisance du principe de la transmission universelle du patrimoine

Titre II : La protection relative des créanciers

Chapitre I — Le patrimoine transmissible

Chapitre II — Le principe de la transmission universelle du patrimoine et les sûretés

CONCLUSION GÉNÉRALE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Actes prat. ing. sociétaire	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
AG	Assemblée générale
AGE	Assemblée générale extraordinaire
al.	Alinéa
AMF.	Autorité des marchés financiers
art.	Article
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
BALO	Bulletin des annonces légales et obligatoires
BJS	Bulletin Joly sociétés
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.
BOFIP	Bulletin officiel des Finances Publiques-Impôts
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin de la chambre criminelle des la Cour de cassation
Bull. Joly. Bourse	Bulletin Joly Bourse
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
CA	Conseil d'administration
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ. 3e	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale

Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CE	Conseil d'Etat
CEE	Communauté économique européenne
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale
Cf.	Se reporter à
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Comm.	Commentaire
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Contra.	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire Defrénois
Dir.	Sous la direction de
Doct.	Doctrine
Dr. et patr.	Revue de droit et patrimoine
Dr. Fisc.	Revue de droit fiscal
Dr. pén.	Revue de droit pénal
Dr sociétés	Revue de droit des sociétés
Ed.	Edition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid	*Ibidem*
Infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides
JAL	Journal d'annonces légales
JCL	Jurisclasseur
JCP. E.	La Semaine juridique édition entreprise

JCP. G.	La Semaine juridique édition générale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Obs.	Observation
OHADA.	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires
Op. cit.	*Opere citato*
Ord.	Ordonnance
Préc.	Précité
Préf.	Préface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rappr.	Rapprocher de
Rev. crit. DIP.	Revue critique de droit international privé
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RD. banc. Fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDAI.	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
Rép. droit des sociétés	Répertoire de droit des sociétés, Dalloz
Rev. sociétés.	Revue des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial

RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
S.	Suivants
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiées
SCS	Société en commandite simple
SE	Société européenne.
SNC	Société en nom collectif
Somm	Sommaires
Spéc.	Spécial (numéro, dossier)
Supra.	Ci-dessus
T./t.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. com.	Tribunal de commerce
UE	Union européenne
V./v.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. Commencer une telle étude nécessite d'effectuer préalablement un certain nombre de précisions. Ces dernières porteront dans un premier temps sur les termes du sujet et plus particulièrement sur la notion de fusion et d'apport partiel d'actif dont l'intérêt sans cesse croissant a conduit le législateur français et OHADA à prendre un certain nombre de mesures en vue d'encadrer leur déroulement. Cette entreprise de définition des termes clefs du sujet va d'abord concerner les opérations de fusion et d'apport partiel d'actifs et s'effectuera en même temps que l'analyse de l'évolution de leur régime juridique tant en droit français qu'en droit OHADA (I). Le second temps de cette introduction portera sur le fondement de la protection des associés et des créanciers dans ces opérations (II). C'est évidemment à cette étape que les termes associé et créancier seront définis. Ces développements introductifs s'achèveront par la délimitation du sujet, la présentation de ses intérêts, l'énonciation de la problématique et enfin, l'annonce du plan (III).

I) LA FUSION ET L'APPORT PARTIEL D'ACTIF EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT OHADA

2. De l'intérêt de ces opérations. La fusion et l'apport partiel d'actif constituent des créations de la pratique. S'agissant de la fusion, elle contribue à la création de la valeur actionnariale et boursière, favorise la croissance de l'entreprise et peut constituer une voie importante pour le sauvetage d'une entreprise en difficulté. Ce fut notamment le cas lors de la crise financière de 2007. Cette crise a ainsi accéléré « *la dynamique de consolidation au sein des industries bancaires nationales* »[1]. En guise d'exemple, on peut citer la fusion entre les deux grandes banques mutualistes que sont la Caisse d'épargne et la Banque populaire en 2009[2].

[1] M. PLANE et G. PUJALS, Les banques dans la crise : *Rev. OFCE,* n° 110, juil. 2009, p. 179 et s. spéc. p. 196, en ligne sur www.ofce.sciences-po.fr, consulté le 15 octobre 2017.
[2] *Ibidem*

3. Malgré tous ses avantages, la fusion reste très critiquée du fait notamment de son coût trop élevé, d'une intégration opérationnelle très lente, de la cession de certaines activités demandée par les autorités de la concurrence, ou de blocages divers. Par ailleurs, cette opération se solde parfois par un échec. Un auteur a par exemple souligné le fait qu'« *à la suite d'une fusion, les entreprises, tous secteurs confondus, peuvent perdre jusqu'à 30 % de leurs clients* »[3].

4. L'apport partiel d'actif est, pour sa part, une technique qui permet la filialisation des activités et de regrouper des activités identiques ou complémentaires ou encore de regrouper des activités de sociétés concurrentes.

5. Pour une meilleure compréhension, il convient de définir ces différentes opérations (A) avant de présenter leur régime juridique (B).

A) LA DÉFINITION DE LA FUSION ET DE L'APPORT PARTIEL D'ACTIF

6. La fusion et l'apport partiel d'actif constituent des techniques de restructuration**.** Si la notion de restructuration est dépourvue d'une définition légale ou jurisprudentielle, la doctrine en propose une. En effet, le Professeur Bernard SAINTOURENS considère que l'on peut regrouper sous le vocable restructuration « *les diverses opérations juridiques qui vont affecter les contours, les caractéristiques, le capital, la direction d'une entreprise* »[4]. Cet auteur assimile donc la restructuration aux moyens permettant sa réalisation[5]. Elle se définit également comme un ensemble diversifié d'opérations de réorganisation interne ou d'alliances avec d'autres partenaires, voulues ou subies, qui entraîne des modifications dans les configurations d'activités, les implantations géographiques, la structure du capital et l'emploi[6].

7. De même, pour la doctrine OHADA[7], la restructuration constitue une technique de réadaptation du contrat initial de société aux besoins économiques actuels[8]. En d'autres termes,

---

[3] J. DUVAL-HAMEL, Le paradoxe des fusions, vecteurs de la vie des affaires, *in* Paroles de praticiens : entreprenariat, management et droit, *Mél. Michel GERMAIN*, éd. Panthéon Assas, 2015, p. 77.

[4] B. SAINTOURENS, *Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises*, Thèse, Bordeaux I, 1982, p. 9. Cette définition a été reprise par C. MASQUEFA, *La restructuration*, LGDJ, 2000, n° 197, pour qui la restructuration apparaît comme « *la modification du cadre et du mode d'organisation de (l'entreprise) ce qui suppose une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels* ».

[5] D. AHOUA, Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français, Thèse, Bordeaux, 2015, p. 15.

[6] J. ALLOUCHE et J. FREICHE « *Restructurations d'entreprises : regards croisés* », Librairie Vuibert, 2007, sp. p. 1-2.

[7] Pour la présentation de l'OHADA, v. *infra* n° 74.

[8] F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE, et M. SAMB, *Sociétés commerciales et G.I.E*, Bruylant 2002, n° 212 et n° 266.

restructurer une société c'est modifier profondément la structure de cette dernière, ce qui est le cas d'une fusion (1) ou d'un apport partiel d'actif (2).

1) La notion de fusion

8. Le droit français et le droit OHADA n'appréhendent la notion de fusion que sous l'angle de ses effets. Sa définition paraît donc limitée (a). Pour une vision extensive de ce terme, la question se pose de savoir si elle constitue un contrat ou une institution (b).

a) Une définition limitée

9. Nous verrons, d'une part, la définition de la fusion fondée sur ses effets (i) avant de présenter ses différentes formes (ii).

i) La définition fondée sur les effets

10. En droit des sociétés, la fusion a fait l'objet de plusieurs tentatives de définition. La première a été donnée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci affirme que « *le terme fusion suppose la réunion d'au moins deux sociétés préexistantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société unique* »[9]. Cette définition a été codifiée dans les textes tant Français qu'OHADA. Ainsi, aux termes de l'article L. 236-1, alinéa 1er du Code de commerce « *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent* » et l'article 189 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales prévoit que « *la fusion est l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule soit par création d'une société nouvelle soit par absorption par l'une d'entre elles* ». Ce principe est aussi reconnu à l'article 1844-4 du Code civil. Il résulte de ces articles que la principale caractéristique d'une fusion est la transmission universelle du patrimoine. Ce principe, comme le précise un auteur, constitue « *la pièce maîtresse du régime juridique des fusions et des scissions de sociétés* »[10]. Il suppose le transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante[11] ou encore la transmission de l'ensemble du patrimoine de deux sociétés à une société nouvelle.

---

[9] Cass. com., 28 janv. 1946: D. 1946, I, 168.
[10] M. JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, in les activités et les biens de l'entreprise, *Mél. J. DERRUPÉ*, éd. Joly, 1991, p. 287.
[11] Pour plus détail, v. *infra* n° 692 et s.

11. Le principe de transmission universelle du patrimoine est complété par un autre principe la dissolution sans liquidation de la société qui transmet son patrimoine actif et passif à la société absorbante. En effet, aux termes des articles L. 236-3, I du Code de commerce et 191, alinéa 1er de l'Acte uniforme, la fusion entraîne « *la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent* ». La dissolution se définit comme la « *dissociation d'un groupe qui met fin légalement à une communauté d'intérêts et à l'existence juridique de ce groupe* »[12]. Elle débouche normalement sur la liquidation de la société. Pourtant, ce n'est pas la voie choisie par le législateur français et OHADA en matière de fusion. Cette position s'analyse comme « *un raccourci autorisé par la loi… (qui) s'explique par la volonté d'affranchir la fusion d'un formalisme inutile* »[13]. En d'autres termes, ce choix s'explique par la volonté de faciliter le rapprochement des sociétés.

12. *In fine*, la fusion serait selon les cas, l'absorption d'une société par une autre qui lui transmet son patrimoine avant d'être dissoute ou la réunion de deux sociétés qui transmettent leur patrimoine actif et passif à une société créée à cet effet et qui disparaissent du fait de l'opération. Par conséquent, tout rapprochement ne correspondant pas aux caractéristiques précitées ne peut être qualifié de fusion[14].

ii) Les différentes formes de fusion

13. La fusion par absorption. Cette forme de fusion constitue l'opération la plus courante. En pratique, c'est la société ayant la meilleure situation financière qui absorbe l'autre. Dans cette opération, une société dénommée « *absorbante* » absorbe une autre appelée « *absorbée* ». L'absorbante conformément au principe de transmission universelle du patrimoine bénéficie l'ensemble du patrimoine de l'absorbée qui disparaît du fait de l'opération. Ainsi, les associés de cette dernière reçoivent des actions nouvelles émises par l'absorbante.

14. La fusion par constitution d'une société nouvelle ou fusion réunion ou encore fusion-combinaison. Cette opération implique que les deux sociétés fusionnantes se dissolvent ensemble tout en en créant une nouvelle qui recueillera l'ensemble de leur patrimoine. Les associés des sociétés dissoutes reçoivent, à cet effet, des titres de la société nouvelle en échange de ceux qu'ils détenaient auparavant dans leur société respective.

---

[12] G. CORNU, *Vocabuaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF Paris, 2016, p. 358.
[13] X. GROSCLAUDE, *Les droits des actionnaires dans les opérations de fusion*, Thèse, Strasbourg III, 1992, n° 49, p. 38.
[14] À l'exception de la fusion dite triangulaire non réglementée par le Code de commerce ou l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

15. La fusion simplifiée à 100 %. La fusion simplifiée est dite à 100 % lorsque la société absorbante détient en permanence la totalité, soit 100 % du capital social de la société absorbée (opération mère fille). Elle est régie en droit français par l'article L. 236-11 du Code de commerce et en droit OHADA, par l'article 676 de l'Acte uniforme. Il s'agit de l'opération la plus réalisée en pratique puisqu'elle constitue une excellente technique de réorganisation des groupes de sociétés.

16. La fusion simplifiée à 90 % en droit français. La fusion simplifiée à 90 % a été introduite par la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit[15] qui a inséré un nouvel article L. 236-11-1 dans le Code de commerce. Elle est dite à 90 %, lorsque la société absorbante détient 90 % au moins des droits de vote de la société absorbée.

17. Une interrogation survient néanmoins, sur le seuil fixé par le législateur, à savoir 90 % des droits de vote. La référence aux droits de vote et non aux actions comme c'est le cas pour la fusion à 100 % est source d'incompréhension en raison de sa contrariété avec la directive européenne sur les fusions. En effet, l'article 27 de la directive n° 2011/35/UE précise que « *lorsqu'une fusion par absorption est effectuée par une société qui détient au moins 90 %, mais pas la totalité, des actions et d'autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales de la société ou des sociétés absorbées […]* » Il résulte de cet article que le législateur européen fait référence aux actions, donc aux droits en capital et non aux droits de vote. L'actionnaire qui possède 90 % des droits de vote n'est pas toujours actionnaire de la société à hauteur d'une détention de 90 % des actions qui constituent le capital social. Par exemple, en utilisant le mécanisme du droit de vote double, une société qui détiendrait une fraction très inférieure à 90 % du capital de sa filiale pourrait réaliser une telle opération, alors même qu'elle ne serait pas actionnaire majoritaire de celle-ci. Compte tenu de cette situation, il serait souhaitable de modifier l'article L. 236-11-1, alinéa 1er du Code de commerce afin qu'il soit conforme à la directive. Cet article pourrait s'écrire de la façon suivante « *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 au moins 90 % des actions et autres titres conférant un droit de vote des sociétés absorbées, sans en détenir la totalité […]* ». C'est à cette condition que les intérêts des autres actionnaires et des créanciers seraient protégés lors d'une telle opération.

18. La fusion transfrontalière. La fusion transfrontalière a été introduite en droit de l'Union européenne par la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 qui s'appuie sur la directive relative à la fusion interne. Il s'agit de l'opération qui intervient entre une société

[15] Loi n° 2011-525, 17 mai 2011, *op. cit.*

française et une autre dont le siège social est situé dans un autre État membre de l'Union européenne. Elle contribue au bon fonctionnement du marché intérieur.

19. En droit français, comme pour la fusion interne, la fusion transfrontalière peut se réaliser par absorption d'une autre société[16] ou par constitution d'une nouvelle société[17]. Elle peut aussi être simplifiée à 100 %[18]. En effet, l'article L. 236-25 du Code de commerce renvoie aux sections I à III du chapitre relatif à la fusion et à la scission dans lequel se trouve notamment l'article L. 236-11 précité du Code de commerce.

20. En droit OHADA, cette opération, qu'elle soit classique ou simplifiée, est admise par l'article 199 de l'Acte uniforme qui soumet la fusion entre les différents États membres aux dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et par conséquent, à l'article 676 sur la fusion simplifiée.

21. Les autres formes de fusions. À côté des formes classiques précitées, on peut citer, la fusion rapide soumise au régime de la fusion absorption. Elle a été développée par la pratique des affaires. Elle est définie comme « *une technique d'ingénierie financière et d'optimisation fiscale qui consiste à fusionner une société holding avec la société dont elle a acquis le contrôle, immédiatement après le rachat* »[19]. Elle intervient après une opération de LBO (Leverage Buy Out)[20] qui est mise en œuvre de la manière suivante : pour acquérir une société dite « *société cible* », l'acquéreur constitue une société dite « *holding de rachat* », cette société est dotée en capital d'une fraction de l'investissement et emprunte le complément pour disposer de la somme nécessaire à l'acquisition du capital de la société cible.

22. Par ailleurs, il y a l'opération dite fusion triangulaire tantôt simple tantôt inversée. Dans la première, les associés de la société cible, la société absorbée, sont rémunérés non pas par les actions de la société absorbante, comme c'est le cas pour la fusion traditionnelle, mais par les actions d'une autre société du groupe, le plus souvent en pratique, la société mère ou tête de groupe[21]. Dans la seconde, la société initiatrice du rapprochement constitue une société consacrée à l'opération. La société cible absorbe cette dernière. Par conséquent, la société initiatrice devient associée de la société cible, société absorbante. Concomitamment, les titres

---

[16] Dir. 2005/56/CE, art. 2 et 3.
[17] *Ibidem.*
[18] Dir. 2005/56/CE, art. 2.
[19] V. *La fusion rapide,* Thèmexpress, éd. Francis Lefebvre, disponible sur le site www.efl.fr, consulté le 15 octobre 2017.
[20] Il s'agit d'une technique d'acquisition. Pour une étude d'ensemble D. PORACCHIA et L. MARLAND, LBO (Acquisition avec effet de levier) : *Rép. droit des sociétés*, janv. 2005, actualisation, janv. 2014.
[21] F. BARRIÈRE, La fusion-filialisation : *Rev. sociétés*, 2013, P. 667 ; Ph. DEROUIN, Les fusions triangulaires de sociétés : *BJS* 2008, p. 1026.

des autres associés de celle-ci sont annulés. Cette annulation a pour contrepartie l'émission de titres de la société initiatrice. Cette dernière devient donc seule associée de la société cible alors que les autres associés de celle-ci deviennent ses associés[22].

Après avoir évoqué les différentes formes que peut revêtir une fusion, la question se pose de savoir si à l'instar de la société, la fusion constitue un contrat ou une institution.

b) La fusion contrat ou institution ?

23. Pour une meilleure compréhension, il faut présenter la conception contractuelle de la fusion (i), avant d'analyser celle relative à son caractère institutionnel (ii).

i) La conception contractuelle de la fusion

24. Antérieurement à la loi de 1988 qui a modifié la loi du 24 juillet 1966, l'article 374 de cette dernière précisait expressément que « *le projet de contrat est déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés absorbantes et absorbées. Il fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret* ». Autrement dit, la fusion était qualifiée de « *contrat* ». Au demeurant, une partie de la doctrine définit la fusion comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs sociétés conviennent de mettre en commun leurs membres et leurs biens pour ne plus constituer qu'une société unique, soit que leur personnalité morale disparaisse au profit d'une personne nouvelle, soit que la personne morale de l'une subsiste pour absorber l'autre ou les autres* »[23]. Il en découle que la fusion constitue un contrat entre la société bénéficiaire et celle qui disparaît. Elle se réalise par un accord entre les parties. C'est en effet le cas puisque les parties rédigent un traité dit traité de fusion dans lequel elles organisent les modalités de leur rapprochement et arrêtent les conditions essentielles de l'opération[24]. En effet, la liberté contractuelle est très présente dans la fusion[25].

25. Considérée comme un contrat, la question s'est néanmoins posée de savoir dans quelle catégorie de contrat la fusion pouvait être rangée.

26. Le contrat de fusion, un contrat-organisation ou un contrat-échange ? Le législateur tant français qu'OHADA ne donne aucun élément permettant de déterminer la nature juridique de l'opération de fusion. Ce silence est néanmoins atténué par l'existence d'un

---

[22] F. BARRIÈRE, La fusion-filialisation, *op. cit.,* Ph. DEROUIN, Les fusions triangulaires de sociétés, *op. cit.*
[23] Y. CHEMINADE, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes : *RTD com.* 1970, p. 16.
[24] Sur le traité de fusion, v. *infra* n° 189 et s.
[25] J.-M. MOULIN, La fusion à l'épreuve de la liberté contractuelle, in le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, *Mél. P. LE CANNU* : Dalloz-LGDJ, 2014, p. 741.

régime clairement défini dans les textes. Il convient toutefois d'essayer de classifier la fusion dans une catégorie de contrat compte tenu de la place de la liberté contractuelle. À ce titre, la fusion peut-elle être considérée comme un contrat-organisation ? Cette catégorie a été introduite en droit français par le Professeur P. DIDIER pour la distinguer du contrat-échange[26]. Ce dernier se forme par le « *verrouillage mutuel d'une offre et d'une acceptation et se renferme sur les parties* »[27]. Ce contrat a pour objet de réaliser « *une permutation aux termes de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A* »[28]. On pense notamment aux contrats synallagmatiques comme la vente, le bail, le contrat d'entreprise, l'échange[29]. En revanche, le contrat-organisation « *institue une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe* »[30]. En d'autres termes, il organise un groupement juridique[31]. Il en est ainsi du contrat de société, du contrat d'association, de la convention d'indivision ou encore du contrat de mariage[32]. Par ailleurs, ce contrat a été qualifié de « *contrat-concentration* »[33], pour prendre en compte la dimension économique du contrat-organisation et mettre ainsi en évidence l'« *effet de synergie* » recherché par les parties contractantes[34].

27. En plus de cette qualification, certains auteurs ont proposé une catégorie de « *contrat-partage* »[35] ou encore de « *contrat-alliance* »[36]. Le premier se caractérise par la réalisation d'une distribution, c'est-à-dire d'un partage de valeurs n'entraînant pas toujours la création d'une nouvelle organisation[37]. Le second se justifie en raison des limites du contrat-organisation, à savoir la difficulté de définir la notion d'« *organisation* »[38]. Un contrat-alliance désigne un contrat par lequel les alliés décident de mettre en commun des prestations, c'est-à-dire d'exercer une activité commune[39]. La notion d'alliance renvoie au fait de lier[40] ou encore d'unir deux entités

---

[26] P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat-organisation, in *Mél. F. TERRÉ,* Dalloz-PUF, 1999, p. 635 ; Le consentement sans l'échange : contrat de société : *RJ com.* 1995, n° spéc. sur l'échange des consentements, p. 74.
[27] P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat-organisation, préc., p. 641.
[28] *Ibidem.*
[29] A. KALAANI, La fusion de sociétés en droit interne et international : contribution à la notion de « contrat-organisation », Thèse, Paris II, 2015, p. 36.
[30] P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat-organisation, préc.
[31] S. LEQUETTE, Le contrat-coopération-contribution à la théorie générale du contrat, Thèse, Paris II, 2010, n° 20, RTD civ. 2012, p. 588.
[32] A. KALAANI, thèse précitée, p. 37.
[33] S. LEQUETTE, thèse précitée, p. 25.
[34] *Ibid.* n° 20.
[35] F. CHÉNEDÉ*, Les commutations en droit privé*, contribution à la théorie générale des obligations, Economica, 2008.
[36] J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Thèse, Paris II, 2010.
[37] F. CHÉNEDÉ, Les commutations en droit privé, *op. cit*, p. 115.
[38] A. KALAANI, thèse précitée, p. 38.
[39] *Ibidem.*
[40] G. CORNU, Vocabuaire juridique, op. cit. p. 56.

distinctes[41]. Cette caractéristique correspond à l'opération de fusion dont l'objectif est l'union de deux sociétés en une seule.

28. Le contrat de fusion peut correspondre aux caractéristiques de chaque contrat précité. D'abord, la fusion ayant un effet structurel sur les sociétés participant à l'opération peut être considérée comme un « *contrat-organisation* ». Ensuite, ce contrat peut aussi constituer un « *contrat d'alliance* », car il lie deux entités distinctes. Par ailleurs, le contrat de fusion pourrait être considéré comme un « *contrat-concentration* ». En effet, la fusion constitue le « *moyen de droit* »[42] qui permet d'organiser « *la forme la plus achevée, la technique la plus parfaite des formes de concentrations* »[43]. En ce sens, elle est un contrat économique[44] parce que l'opération a pour but d'accroître la puissance économique de l'entreprise. Enfin, le contrat de fusion semble avoir les caractéristiques d'un contrat d'échange. La doctrine classique voit dans l'échange, *« un contrat par lequel deux personnes se transfèrent respectivement un droit, les droits ainsi transférés ne portant pas, au moins pour le tout, sur une somme d'argent* »[45]. Dans une opération de fusion, il y a un échange de titres[46]. Néanmoins, cette définition appliquée à celle-ci montre ses limites, puisqu'une société voire plusieurs disparaissent du fait de l'opération. Par conséquent, la fusion serait « *un contrat d'échange particulier* » en raison notamment de la disparition d'un coéchangiste[47].

29. La fusion, un contrat imparfait, un contrat solennel ? Le contrat de fusion semble avoir la particularité d'être un « *contrat imparfait, solennel* »[48]. Le contrat de fusion serait d'abord un contrat imparfait. Un auteur a défini ce contrat comme « *l'acte juridique n'ayant pas produit, dès l'échange des volontés, les effets essentiels qu'il portait en lui* »[49]. À ce titre, la fusion serait un contrat imparfait puisqu'il découlerait de l'accord passé entre des personnes « *ne disposant pas des pouvoirs suffisants pour engager les parties* »[50]. En effet, ce sont les organes de gestion qui arrêtent le projet de fusion[51]. Par ailleurs, le contrat de fusion serait aussi imparfait parce qu'il doit être approuvé par les assemblées générales extraordinaires de chaque société participant à

---

41 A. KALAANI, thèse précitée, p. 39.
42 J. COPPER-ROYER, De la fusion des sociétés, essai juridique, Dalloz, 1933, p. 8.
43 J. BEGUIN, La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières, in *Mél. Ch. GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 19.
44 R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ, 1994, p. 232.
45 H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, J. CHABAS, M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil, principaux contrats : Vente et échange*, 7 éd., Montchrestien, n° 754, p. 12.
46 Sur cette question, v. infra n° 767 et s.
47 R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales, op. cit. p. 230.
48 *Ibidem.*
49 S. DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001, p. 15.
50 J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle,* éd. F. Lefebvre, 1988, p. 46.
51 V. *infra* n° 185.

l'opération[52]. Leur décision lui confère une pleine efficacité à l'égard de toutes les parties à l'opération[53]. C'est ainsi que dans la plupart des traités de fusion, cette approbation constitue une condition suspensive[54].

30. Le contrat de fusion serait ensuite un contrat solennel[55]. Ce dernier se définit comme un contrat dont « *la formation est subordonnée, à peine de nullité, à des formalités déterminées par la loi* »[56]. Il en serait ainsi de la fusion étant donné que l'absence de déclaration de conformité constitue une cause de nullité[57].

31. Il résulte de ce qui précède que la fusion constitue un contrat particulier, *sui generis*. Néanmoins, il doit satisfaire aux conditions essentielles pour la validité des contrats[58] et doit respecter le régime propre des fusions prévu par le législateur français et OHADA.

ii) La conception institutionnelle de la fusion

32. La théorie institutionnelle a été développée s'agissant de la nature juridique de la société par opposition à la théorie contractuelle[59]. Premièrement, cette théorie appliquée à la fusion suppose que cette opération est soumise à des dispositions légales préétablies et strictes[60]. En effet, c'est le législateur qui fixe les conditions de la réalisation de l'opération de fusion[61].

33. Deuxièmement, l'opération de fusion constitue un outil institutionnel de concentration[62]. Cette opération a un impact sur la structure initiale de la société (par exemple la disparition de la société absorbée ou encore la réorganisation de la société absorbante), ce qui entraîne le plus souvent une modification des statuts de cette dernière.

34. Dans ces opérations, le législateur jour un rôle important. C'est en raison de ce caractère également institutionnel que les sociétés doivent respecter les droits des créanciers et

---

[52] V. *infra* n° 486 et s.
[53] R. ROUTIER, *op. cit.*, p. 231.
[54] V. par ex. le projet de fusion du 3 nov. 2015, conclu entre la société Groupe Qualiconsult et la société Qualiconsult Partners, art. 12 ; Le projet de fusion du 13 mars 2014, conclu entre la société Casino-Guichard-Perrachon et la société Matal, art. 6,1 ; le projet de fusion transfrontalière du 20 et 21 juillet 2011, conclu entre la société RCI Banque SA et la société RCI Bank Polska SA, p. 24.
[55] *Ibidem.*
[56] G. CORNU, *Vocabuaire juridique*, *op. cit.* p. 262, V.-P. MALAURIE, L. AYNÈS et p. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 425.
[57] V. *infra* n° 635 et s.
[58] Ces conditions portent sur le consentement, la capacité et l'objet conformément au nouvel article 1128 du Code civil, V. aussi, A. KALAANI, thèse précitée, p. 112 et s.
[59] J.-P. BERTREL, *Le débat sur la nature de la société*, in Mél. A. SAYAG, Litec, 1997, p. 131.
[60] *Ibidem.*, V. aussi, B. BOULOC, L'ingérence étatique récente dans le droit des sociétés commerciales, *in Mél. Ph. MERLE,* Dalloz, 2013, p. 67.
[61] C'est ce qui ressortira de nos développements ultérieurs.
[62] CH. MASQUEFA, *La restructuration*, *op. cit.*, p. 140.

des associés. En conséquence, la fusion constitue un contrat en même temps qu'une institution. Il en est de même de l'apport partiel d'actif.

2) L'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions

35. En droit français, un apport partiel d'actif est soumis à deux régimes distincts : l'un de droit commun et l'autre soumis au régime des scissions par la volonté des parties à l'opération. En effet, aux termes de l'article L. 236-6-1 du Code de commerce, « *la société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-1 à L. 236-6* »[63]. Ces dispositions sont également prévues par l'article L. 236-22 du Code de commerce qui renvoie aux articles L. 236-16 à L. 236-21 du même code. Autrement dit, l'apport partiel d'actif constitue l'opération par laquelle une société A fait apport à une société B d'une partie de ses éléments d'actifs (et de passifs) et reçoit en échange des titres émis par B. Par conséquent, elle devient associée de cette dernière.

36. En droit OHADA, l'article 195 de l'Acte uniforme dispose que « *l'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer. La société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport. L'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission* ». Contrairement au droit français, l'application du régime de la scission à l'apport partiel en droit OHADA résulte de la volonté du législateur et non des parties à l'opération.

37. Cependant, ce régime tant en droit français qu'en droit OHADA ne sera applicable que si l'apport porte sur une branche complète et autonome d'activité (a) et peu importe qu'on soit en présence d'un apport partiel d'actif simplifié ou transfrontalier (b).

a) La notion de branche complète et autonome d'activité

38. Dans un souci de précision, il convient d'appréhender cette notion en droit français (i) avant de l'étudier en droit OHADA (ii).

[63] Cet article a été créé par l'article 16 de la Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives : *JORF* n° 0071 du 23 mars 2012 page 5226, texte n° 1. Cette loi laisse ainsi, la possibilité de soumettre au régime des scissions les apports partiels d'actifs réalisés entre sociétés de formes juridiques différentes.

i) En droit français, une notion inconnue du droit des sociétés

39. Une notion inconnue du Code de commerce. La notion de branche d'activité n'est pas précisée dans le droit des sociétés. En effet, les articles L. 236-6-1 et L. 236-22 du Code de commerce prévoient tout simplement que « *la société qui apporte une partie de son actif à une autre société…* ». En d'autres termes, une partie de l'actif peut constituer une branche d'activité. Or, ni cette notion ni même celle d'actif ne sont définies par le législateur français.

40. La branche d'activité selon le droit fiscal. Cette notion est définie comme « *l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens* »[64]. Le juge de l'Union européenne a donné les éléments de compréhension de cette définition[65]. Selon la Cour de justice, la qualification de branche d'activité implique le transfert global de tous les éléments afférents à la branche[66]. Par conséquent, si un élément est attaché à la branche d'activité transférée, il ne peut demeurer dans le patrimoine de la société apporteuse[67].

41. S'agissant de l'appréciation de l'autonomie, la Cour de justice considère que « *le fonctionnement autonome de l'exploitation doit être apprécié en premier lieu d'un point de vue fonctionnel — les actifs transférés doivent pouvoir fonctionner comme une entreprise autonome sans avoir besoin, à cet effet, d'investissements ou d'apports supplémentaires — et seulement en second lieu d'un point de vue financier. Le fait qu'une société bénéficiaire d'un apport recourt à un crédit bancaire dans les conditions normales du marché ne saurait en soi exclure que l'exploitation apportée a un caractère autonome, même lorsque le crédit est garanti par des actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport qui affectent leurs actions dans cette société en garantie du crédit accordé.*

Cependant, il peut en aller différemment lorsque la situation financière de la société bénéficiaire de l'apport, prise dans son ensemble, impose de constater qu'elle ne pourra fort probablement pas survivre par ses propres moyens. Tel peut être le cas lorsque les revenus de la société bénéficiaire de l'apport apparaissent insuffisants par rapport aux intérêts et aux amortissements des dettes reprises »[68].

---

[64] CGI, art. 210, B, 1, selon la définition retenue par la directive n° 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre (version codifiée), art. 2, J : *JOUE*, 25 nov. 2009.
[65] CJCE 5e ch., 15 janv. 2002, n° c-43/00, andersen og jensen aps c/skatteministeriert : *BJS* 2002, p. 348, note A. COLONNA D'ISTRIE et C. VALENTIN.
[66] CJCE 5e ch., 15 janv. 2002, n° c-43/00, *op. cit.*, pt. 24 et 25.
[67] A. COLONNA D'ISTRIE et C. VALENTIN, note sous CJCE 5e ch., 15 janv. 2002, n° c-43/00, *op. cit.*
[68] CJCE 5e ch., 15 janv. 2002, n° C-43/00, *op. cit.*, pt. 35 et 36.

42. La branche d'activité et le régime des scissions. La question s'est posée de savoir si l'apport partiel d'actif, pour être soumis au régime des scissions, doit nécessairement porter sur une branche d'activité. La doctrine semble partagée sur cette question. Pour une partie de celle-ci, l'apport partiel d'actif constitue un apport en nature qui peut être placé sous le régime de la scission par la seule volonté des parties. Dans ce cas, cet apport peut concerner un bien isolé ou une branche d'activité[69]. Ainsi, selon cette doctrine, la possibilité ouverte aux sociétés de recourir au régime des scissions se justifie pour protéger les associés minoritaires, les créanciers et les obligataires[70]. De plus, l'article L. 236-22 du Code de commerce fait référence à la notion « *d'actif* » sans donner de définition, ce qui laisse place à une très large interprétation.

43. En revanche, pour d'autres auteurs, l'apport partiel d'actif n'est soumis au régime de la scission en pratique que s'il porte sur une branche complète et autonome comme en droit fiscal[71]. C'est à cette condition qu'il peut emporter transmission universelle du patrimoine. L'apport d'un bien isolé ou même de divers éléments peut être soumis au régime des scissions parce que l'article L. 236-22 du Code de commerce l'autorise, sans qu'il s'opère une telle transmission. Par conséquent, il existerait, trois régimes possibles d'apport partiel d'actif : celui des apports en nature, celui des scissions sans transfert universel de patrimoine et celui des scissions avec transfert universel de patrimoine qui suppose un apport portant sur une branche complète d'activité[72].

44. Sur cette question, la position de la jurisprudence ne paraît pas très claire. Toutefois, un arrêt de 1988 pose comme principe qu'*« une fusion et une scission entraînent la transmission universelle de la société qui disparaît au profit de la ou des sociétés bénéficiaires, ces sociétés se substituant à elle dans tous ses droits, biens et obligations ; que les mêmes conséquences sont attachées à l'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport »*[73]. Cette solution a été réaffirmée

---

[69] J.-J. DAIGRE, L'apport-scission doit-il juridiquement porter sur une branche d'activité ? note sous Cass. 2e civ., 12 juillet 2001 ; Beigbeder c/Schelcher et a. (arrêt n° 1390 FS-P+B) Juris-Data n° 2001-010673 *: JCP E*, 2003, 287 ; J.-J. DAIGRE, H. LE BLANC et D. GERRY, Restructuration des sociétés : apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ? : *Actes prat. ing. sociétaire*, n° 9, 1993, p. 3 et s., M.-L. COQUELET*, La transmission de patrimoine en droit des sociétés,* Thèse, Paris X, 1994, nos 214 et s., p. 125 et s., M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, de RIPERT et ROBLOT, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 18e éd., LGDJ, n° 1989, p. 662.

[70] *Ibidem.*

[71] A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, Francis Lefébvre, 2017, n° 83620.

[72] P. Le CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6e éd. LGDJ, 2015, n° 1654 et 1655.

[73] Cass. com., 16 févr.1988 n° 86-19645 : *BJS*, 1988, p. 271, n° 69 ; *JCP E* 1988, II, 15 177, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER.

par la Cour de cassation en 1991[74] et réitérée plusieurs fois[75]. Dans ces différents arrêts, la Haute juridiction emploie le terme de « *branche d'activité* » sans toutefois donner une définition. L'on pourrait donc penser que, soit la jurisprudence entérine une pratique répandue comme l'affirme un auteur[76], soit qu'elle admet, du moins implicitement, qu'il faut apporter une branche d'activité qui devrait comme en droit fiscal être complète et autonome. Dans ce cas, elle restreint fortement le recours au régime des scissions, restriction qui n'est pas prévue par les textes.

45. Si une société apporte une partie de l'actif, ce dernier peut ne pas être grevé d'un passif. Or, la jurisprudence parle d'une transmission à titre universel de tous les droits et obligations afférents à la branche d'activité. Il en résulte donc que le principe de transmission universelle du patrimoine ne pourrait pas s'appliquer à l'apport d'un bien isolé. Il semble en être de même en droit OHADA.

ii) La notion de branche complète et autonome d'activité en droit OHADA

46. En droit OHADA, une notion imparfaitement définie. Contrairement au droit français, l'article 195 de l'Acte uniforme définit l'apport partiel d'actif comme « *l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer. La société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport. L'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission* ». Il ressort de cet article que l'apport partiel d'actif en droit OHADA porte nécessairement sur une branche autonome d'activité et non sur un ou plusieurs actifs « *isolés*»[77].

47. Cet article est plus clair et précis que le droit français. Cette différence doit toutefois être nuancée. En effet, la position du législateur OHADA semble se justifier par le fait qu'aucune liberté n'est laissée aux parties de choisir le régime des scissions, ce qui n'est pas le cas du droit français. Dans ce contexte, il est nécessaire de donner une définition de l'opération, fût-elle imparfaite. Or, le législateur n'apporte aucune précision. Aucune décision du juge OHADA ne permet d'appréhender la notion de branche autonome d'activité. Cette situation crée une

---

[74] Cass. com., 5 mars 1991 n° 88-19629 : D., 1991, 441, note J. HONORAT ; *BJS* 1991, p. 500, note M. JEANTIN ; *Rev. sociétés*, 1991,549, n° 7, note Ch. BOLZE, *Rev. Dr. Bancaire et bourse* 1991, n° 25, p. 102, note M. JEANTIN et A. VIANDIER ; *JCP* 1992, n° 8, II, p. 52, note MARTEAU-PETIT ; *LPA*, 30 oct. 1991, n° 130, note P. Le CANNU.

[75] Cass. 2e civ., 12 juillet 2001 ; Beigbeder c/Schelcher et a., n° 1390 FS-P+B, *op. cit.,* Cass. com., 4 févr.2004 n° 01-13.516 : *BJS* 2004, p. 649, note P. Le CANNU ; Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731 : *Dr. Sociétés*, 2008, comm. 256, note H. HOVASSE ; *RTD com.*, 2009, p.387, note P. Le CANNU et B. DONDERO ; *BJS* 2009, p. 112, note. X. VAMPARYS ; Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-16417 (n° 467 FD), Sté INEO MPLR c/SNC Castells frères : *BJS* 2009, p. 992, note T. URLACHER ; Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23895 : *BJS* 2013, p.575, note B. DONDERO ; *Rev. Sociétés* 2014, p. 27 note V. THOMAS ; Cass. com., 3 avr. 2013, n° 11-13874.

[76] J.-J. DAIGRE, art. préc.

[77] F. NOUVION, Filialisation des succursales de sociétés étrangères en sociétés de droit OHADA, aspects juridiques et enjeux fiscaux : *Rec. penant*, n° 892 juillet-septembre 2015.

insécurité juridique. Ainsi, les critères dégagés par la jurisprudence de l'Union européenne en matière fiscale pourraient servir de base pour construire une jurisprudence OHADA, ce qui contribuerait à la sécurité juridique des opérations d'apport partiel d'actif.

b) Les différentes formes d'apport partiel d'actif

48. Avant de présenter concrètement les différentes opérations d'apport partiel d'actif soumises au régime des scissions, il convient de préciser le champ d'application de celles-ci.

49. Une opération au champ d'application très large. En droit français, depuis une loi du 22 mars 2012 qui a créé l'article L. 236-6-1 du Code de commerce[78], toutes les sociétés commerciales peuvent désormais faire un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Antérieurement à cette loi, la question se posait de savoir si une telle opération pouvait être réalisée entre des sociétés de personnes ou entre une telle société et une société par actions, faute d'un renvoi exprès à l'article L. 236-2 du Code de commerce par l'article L. 236-22 du même code. L'article L. 236-6-1 du Code de commerce a le mérite de donner une réponse précise en renvoyant expressément à l'article L. 236-2 du même code, dont l'alinéa 1er permet les opérations de fusion entre sociétés de formes différentes. Une telle opération a déjà eu lieu en pratique. C'est notamment le cas de l'apport par la société Rubis Terminal (SA) à la CPA, société en nom collectif, d'une branche d'activité en 2014[79].

50. En droit OHADA, une telle opération entre sociétés de formes différentes ou sociétés de personnes semble possible dans la mesure où l'article 195 de l'Acte uniforme soumet cette opération à l'ensemble du régime applicable à la scission. De plus, cet article est situé dans le livre VI relatif aux dispositions applicables à toutes les opérations de « *fusions, scissions et apports partiels d'actifs* ».

51. L'apport partiel d'actif simplifié à 100 %. En droit français, cet apport est soumis au régime des scissions simplifiées sur renvoi de l'article L. 236-22 du Code de commerce à l'article L. 236-16 du même Code. Ce dernier article renvoie à l'article L. 236-11 du Code de commerce qui régit l'opération de fusion simplifiée.

52. En droit OHADA, l'apport partiel d'actif est soumis au régime des scissions simplifiées par application automatique du régime des scissions conformément à l'article 195 de

[78] Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 16 *: JORF* n° 0071 du 23 mars 2012, p. 5226.
[79] V. le site www.rubis-terminal.com, consulté le 12 janvier 2017.

l'Acte uniforme. En effet, l'article 684 de l'Acte uniforme renvoie à l'article 676 du même Acte qui régit les opérations simplifiées.

53. S'agissant de l'application du régime simplifié à l'apport partiel d'actif, la question se pose de savoir qui de la société apporteuse ou de la société bénéficiaire doit détenir la totalité des actions représentant le capital social de l'autre. Il résulte d'une lecture stricte des textes que c'est la société bénéficiaire de l'apport qui doit être titulaire de la totalité des actions de la société apporteuse. Cette figure correspond donc à l'apport d'une filiale à sa mère qui la détient à 100 %, en d'autres termes, à un apport partiel d'actif « *vers le haut* »[80]. Cette interprétation se justifie au regard de plusieurs éléments. Dans l'opération de fusion simplifiée à 100 %, la société absorbante doit détenir *« en permanence »*, au sens des articles L. 236-11 du Code de commerce et 676 de l'Acte uniforme, la totalité des actions représentant la totalité du capital de l'autre société. Lorsqu'on transpose cette disposition à l'apport partiel d'actif, il en résulte que la société apporteuse correspond à la société absorbée, à la seule différence que celle-ci ne disparaît pas du fait de l'opération. Quant à la société bénéficiaire dans une telle opération, elle s'assimile à la société absorbante dans une opération de fusion simplifiée. C'est elle qui bénéficie de la transmission du patrimoine de la société absorbée et peut donc à ce titre, être aussi considérée comme la société bénéficiaire[81]. Par ailleurs, plusieurs textes qualifient la société absorbante de « *société bénéficiaire* » par opposition à la société qui transmet son patrimoine[82]. De plus, l'alinéa 2 de l'article L. 236-11 du Code de commerce laisse la possibilité à un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante détenant un certain pourcentage d'actions de demander la désignation d'un mandataire[83]. Or, cette exception ne pourrait s'appliquer à un apport partiel d'actif d'une mère à sa fille détenue à 100 %. En effet, la mère détenant la totalité des actions et la totalité du capital de la société « *bénéficiaire* » de l'opération, il ne pourrait y avoir une demande de convocation émanant des actionnaires minoritaires[84]. Par conséquent, l'apport partiel d'actif simplifié ne peut, au regard des textes, se réaliser que par l'apport fait par une fille à sa mère qui la détient à 100 %.

---

[80] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, et A. DUGUAY, Les scissions et les apports partiels d'actifs simplifiés : *BJS* 2012, p. 274 et s., B. SAINTOURENS et P. EMY, « Simplification et amélioration de la qualité du droit après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 » : *Rev. sociétés* 2011, p. 467, spéc. n° 21, J.-F. CARRÉ et S. BOL, Les « apports partiels d'actifs simplifiés », des apports partiels d'actifs sans augmentation du capital ? *JCP E*, 2012, p. 15 et s.

[81] J.-F. CARRÉ et S. BOL, Les « apports partiels d'actifs simplifiés », *op. cit.*

[82] C. com., art. L. 236-1, L. 236-3 et L. 236-4 ; AUSGIE, art. 191, 192. Il en est de même en cas de scission puisque ces articles sont aussi applicables à cette opération. Ainsi, dans une opération de scission c'est la ou les sociétés bénéficiaires qui par définition reçoivent le patrimoine de la société scindée.

[83] Sur le mandataire v. *infra* n° 561.

[84] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, et A. DUGUAY, Les scissions et les apports partiels d'actifs simplifiés, *op. cit.*

54. Cependant, selon une partie de la doctrine française, il faudrait se référer à « *l'intention* » du législateur[85] ou encore au fait que la soumission d'un apport partiel d'actif au régime des scissions dépend d'un accord optionnel (dont on devine qu'il pourrait tout permettre) pour tenter d'élargir le champ d'application de *« l'apport partiel d'actif simplifié »*[86]. Par conséquent, cette opération pourrait être réalisée dans les deux sens : l'apport d'une partie de son actif par une filiale à la société qui la contrôle à 100 % (figure peu usitée en pratique), ou bien encore, en sens inverse, l'apport d'une partie de son actif par une société « *mère* » à une filiale qu'elle détient à 100 % (figure plus fréquente en pratique)[87]. L'un ou l'autre argument ne convainc pas. En ce qui concerne l'intention du législateur, des auteurs précisent que « *vu la façon dont les textes ont été rédigés, il est assez probable que la loi du 17 mai 2011 n'a été imprégnée d'aucune intention particulière pour ce qui est — du moins — du régime applicable à un apport partiel d'actif* »[88]. En effet, les travaux parlementaires sur cette loi sont silencieux sur la question des apports partiels d'actifs. S'agissant de la volonté des parties, elle ne peut justifier l'extension d'un régime non prévu par la loi. En exprimant ce choix, les parties soumettent leur opération à un régime encadré par les textes.

55. Au regard de ce qui précède, l'apport partiel d'actif simplifié tant en droit français qu'en droit OHADA ne concerne que l'apport d'une fille à sa mère qui la détient à 100 %. C'est la principale limite de la modification intervenue par la loi du 17 mai 2011 et de l'Acte uniforme puisqu'elle n'englobe pas tous les cas d'apport partiel d'actif rencontrés en pratique ou encore pour le cas de la loi précitée de l'apport partiel d'actif transfrontalier[89].

56. L'apport partiel d'actif transfrontalier, une spécificité du droit OHADA. En droit français, il n'existe pas de texte régissant un apport partiel d'actif transfrontalier soumis au régime des scissions[90]. Néanmoins, les sociétés ayant leur siège social dans l'espace de l'Union

---

[85] En ce sens, A. FRECHETTE-KERBRAT, « La réforme du régime des fusions opérée par la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit » : *Option finance* n° 1130, 20 juin 2011, p. 28, spéc. § 4, p. 30.

[86] En ce sens (ou avec cet espoir), B. SAINTOURENS et P. EMY, « Simplification et amélioration de la qualité du droit après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 », *op. cit.*

[87] *Ibidem.*

[88] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, et A. DUGUAY, Les scissions et les apports partiels d'actifs simplifiés, *op. cit.*

[89] Cette opération est une spécificité du droit OHADA. En effet, 199 de l'Acte uniforme dispose que « la fusion, la scission et l'apport partiel d'actif peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même État Partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme dans l'État Partie de son siège ». Cet article constitue une avancée par rapport au droit français qui ne prévoit que la fusion transfrontalière. Pour aller plus loin H. LE NABASQUE, Les fusions et les scissions transfrontalières : *Rev. sociétés* 2013, p. 412 ; A. LECOURT, La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus : BJS 2008, p. 806 ; C. CATHIARD, Transfert intracommunautaire de siège social : *Rép. droit des sociétés*, juin 2014, n° 133 à 135 ; M. MENJUCQ, *La filialisation internationale par apport partiel d'actif*, en ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu du 13 juil. 2001.

[90] H. LE NABASQUE, Les fusions et les scissions transfrontalières : *Rev. sociétés* 2013, p. 412 ; A. LECOURT, La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus : *BJS* 2008, p. 806.

européenne peuvent utiliser cette technique[91]. Les sociétés pourraient aussi avoir recours au principe de la liberté d'établissement pour contourner les entraves de certains pays membres de l'Union européenne[92].

57. La situation paraît plus simple en droit OHADA. En effet, l'article 199 de l'Acte uniforme dispose « *la fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même État Partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme dans l'État Partie de son siège* ». Il en résulte donc que cet article n'encadre que les opérations réalisées entre sociétés de l'espace OHADA et plus particulièrement, l'apport partiel d'actif transfrontalier. Cependant, il n'existe pas de régime spécifique, en raison de l'uniformisation du droit dans cette zone. Il n'est donc pas nécessaire de donner une base commune de textes à tous les États membres comme c'est le cas au sein de l'Union européenne.

58. L'uniformisation a le mérite de simplifier la procédure et d'assurer la sécurité juridique de l'opération, même si elle ne prend pas en compte toutes les formes d'apport partiel d'actif.

59. La scission partielle, une ressemblance avec l'apport partiel d'actif. L'une des caractéristiques de l'apport partiel d'actif réside dans le fait que dans cette opération, les titres de la société bénéficiaire sont remis à la société apporteuse et non à ses associés. Il arrive cependant que la société apporteuse des actifs décide de ne pas conserver les titres de capital remis par la société bénéficiaire de l'apport, mais de les répartir directement entre ses associés, c'est la figure dite de la « *scission partielle* »[93].

60. Cette opération reste méconnue en tant que telle en droit français des sociétés et en droit OHADA[94]. Néanmoins, selon l'article 2 de la directive fiscale sur les fusions, une scission partielle constitue « *l'opération par laquelle une société transfère, sans être dissoute, une ou plusieurs branches d'activités à une ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, en laissant au moins une branche d'activité dans la société apporteuse, en échange de l'attribution à ses associés, au prorata, de titres représentatifs du capital des sociétés qui bénéficient des éléments d'actif et de passif et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas*

---

[91] C. CATHIARD, Transfert intracommunautaire de siège social, *op.cit.* ; M. MENJUCQ, La filialisation internationale par apport partiel d'actif en ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu du 13 juil. 2001.
[92] CJCE, 13 déc. 2005, sevic systems, aff. c-411/03, rec. i. 10,805: *Europe* 2006. comm. 47, note L. IDOT.
[93] P.–Y. CHABERT, La figure de la scission partielle en droit français : *Rev. sociétés* 2005. 759, H. LE NABASQUE, Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle : *Rev. sociétés* 2005. 779 ; P. COUDIN, La fiscalité de la scission partielle : *Journ. Sociétés,* janv. 2007, p. 44.
[94] Pourtant cette opération est pratiquée en droit belge et bénéficie d'un cadre légal propre (Code des sociétés, art. 677. ; *Adde :* P. ERNST, La figure de la scission partielle en droit belge ou « la scission à la française à la belge » : *Journ. sociétés*, 2007, n° 39, p. 32.

10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres »[95]. Conformément à cette définition, il est possible de rapprocher cette opération de l'apport partiel d'actif classique étant donné que dans l'une ou l'autre opération, la société apporteuse survit au transfert de la branche d'activité. Elles se distinguent toutefois toutes les deux car dans l'opération d'apport partiel d'actif classique, les titres reçus en échange de l'apport sont remis à la société apporteuse et non à ses associés, ce qui est le contraire de la scission partielle.

61. Selon les cas, l'opération pourrait être soumise au droit commun des apports ou emprunter le régime de l'apport partiel d'actif soumis au régime de la scission et par ricochet le régime juridique de la fusion[96].

B) UN RÉGIME JURIDIQUE COMMUN AUX DEUX OPÉRATIONS

62. Ce régime commun à la fusion et à l'apport partiel d'actif existe tant en droit français (1) qu'en droit OHADA (2).

1) L'évolution du droit français

63. La loi du 24 juillet 1966. L'opération de fusion constitue une création de la pratique. Avant la loi du 24 juillet 1966[97], il n'existait pas de régime juridique de cette opération dans les textes. Il a donc fallu attendre l'entrée en vigueur de cette loi pour « *trouver le mot sous la plume du législateur* »[98]. En effet, c'est par cette loi que le législateur a consacré un régime spécifique à l'opération de fusion, conférant à celle-ci un statut légal[99]. Les dispositions de la loi précitée ont

[95] Dir. n° 2009/133/CE, art. 2, c.
[96] C. com., art. L. 236-6-1 renvoie aux articles L. 236-1 à L. 236-6 du même code ainsi que l'article L. 236-22 du Code de commerce qui renvoie aux articles L. 236-16 à L. 236-21 (disopsitions applicables aux scissions) du même code et l'article L. 236-16 du Code de commerce J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif » : *Rép. droit des sociétés*, janv. 2011. Ce document a été actualisé en avr. 2016, n° 252.
[97] Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : *JORF* du 26 juillet 1966 page 6402. Cette loi a été complétée par le Décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales : *JORF* du 24 mars 1967 page 2843. Ce décret fût abrogé par un autre Décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, *JORF*, n° 73, 27 mars 2007, p. 5648, V. C. com., art. R. 236-1 à R. 236-20.
[98] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, T. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n° 1422.
[99] Loi n° 66-537, *op. cit.*, art. 371 à 389-1.

été complétées par la loi du 5 janvier 1988[100]. Par ailleurs, la loi de 1966 a également été modifiée par la loi dite Madelin[101].

64. Le point culminant de ces modifications réside peut-être dans la reconnaissance claire et précise des fusions transfrontalières en droit français par une loi du 3 juillet 2008[102]. Cependant, les dispositions du Code de commerce ne constituent pas les seuls textes applicables à l'opération. Ainsi, l'article 1844-4 du Code civil pose le principe même de l'opération de fusion, en présentant ses caractéristiques essentielles.

65. Comme pour la fusion, l'apport partiel soumis au régime des scissions a obtenu son statut légal par l'article 387 de la loi de 1966, devenu aujourd'hui l'article L. 236-22 du Code de commerce. La législation française a été fortement influencée par le droit de l'Union européenne.

66. L'impact du droit de l'Union européenne sur le droit français. Dans un contexte d'intégration économique accrue, le législateur européen a pris soin d'harmoniser le droit applicable aux fusions et par extension, à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions[103]. L'harmonisation des législations internes a conféré davantage de sécurité juridique pour les associés et les tiers et a modernisé les droits nationaux[104].

67. Par la directive du 9 octobre 1978, codifiée dans celle du 5 avril 2011[105], elle-même codifiée dans la directive 2017/1132[106], en raison de plusieurs modifications, le législateur européen a harmonisé le régime des fusions dites internes, c'est-à-dire les fusions entre des sociétés dont le siège social est établi dans un même État membre. Par conséquent, il n'a nullement été question dans cette directive d'une consécration des fusions transfrontalières comme le pense un auteur[107].

---

[100] Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions des sociétés commerciales modifiant la loi n° 68-538 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : *JO* 6 janvier 1988 p. 227.

[101] Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, art. 15 : *JORF* n° 37 du 13 février 1994 page 2493.

[102] Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire : *JORF* n° 0155 du 4 juillet 2008 page 10705, texte n° 1.

[103] Sur l'influence du droit communautaire (droit de l'Union européenne) v. B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préf. Y. GUYON, LGDJ, 2000.

[104] B. LECOURT, L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? : *Rev. sociétés* 2004, p. 223.

[105] Dir. n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 sur les fusions de SA : *JOUE* 29 avr. 2011. Cette directive a été transposée en droit français par la Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* n° 0115 du 18 mai 2011 page 8537 texte n° 1.

[106] Dir. (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés : *JOUE* 30 juin 2017.

[107] A. OSMAN, *La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien* (*étude comparative*), Thèse, Rennes I, 2015, n° 16.

68. Cette directive a été suivie de la directive du 17 décembre 1982 sur les scissions de sociétés anonymes[108]. À l'instar de la directive 2011/35/UE, elle a été codifiée par la directive 2017/1132.

69. La réglementation concernant les fusions transfrontalières n'est intervenue que bien plus tard par la directive n° 2005/56/CE[109], codifiée dans la directive 2017/1132. Bien avant l'entrée en vigueur de cette directive dans les États membres, le principe de cette opération a été admis dans un arrêt dit SEVIC par la Cour de justice de l'Union européenne[110]. Dans cet arrêt, la Cour considère que « *les articles 43 et 48 [du Traité] CE (aujourd'hui articles 49 et 54 TFUE) s'opposent à ce que, dans un État membre, l'inscription au registre national du commerce de la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de cette dernière à une autre société soit refusée de manière générale lorsque l'une des deux sociétés possède son siège dans un autre État membre, alors qu'une telle inscription demeure possible, dès lors que certaines conditions sont respectées, lorsque les sociétés participant à la fusion ont toutes deux leur siège sur le territoire du premier État membre* »[111]. Par cet arrêt, la justice européenne admet qu'un droit national ne peut interdire les rapprochements entre sociétés situées dans des États membres différents. La directive 2005 et cette jurisprudence facilitent le rapprochement des sociétés par la technique de la fusion transfrontalière[112]. En effet, avant l'entrée en vigueur de la directive 2005, la fusion transfrontalière entre une société française et une autre était possible juridiquement, mais la première était tenue d'obtenir le consentement unanime de tous les associés, puisque cette opération entraîne, *de facto*, un changement de nationalité[113]. Or, avec ce texte, la règle de l'unanimité n'est plus requise lors d'une fusion transfrontalière[114]. Précisons toutefois que cette directive renvoie aux dispositions nationales pour déterminer les conditions de la mise en œuvre des fusions transfrontalières[115].

---

[108] Elle a été transposée en droit français par la Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions des sociétés commerciales modifiant la loi n° 68-538 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : *JO* 6 janvier 1988 p. 227.

[109] Dir. n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : *JOUE* 25 nov. 2005. Elle a été transposée en droit français par Loi n° 2008-649 du 3 juil. 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire : *JORF* n° 0155 du 4 juil. 2008, p. 10 705, texte n° 1 et Décr. n°2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés : *JORF* n° 0005 du 7 janv. 2009, p. 449, texte n° 28.

[110] CJCE, 13 déc. 2005, SEVIC Systems, aff. C-411/03, Rec. I. 10 805 : *Rev. crit. DIP* 2006. 662 note J. HEYMANN, *Europe* 2006. Comm. 47, note L. IDOT, *D.* 2006. 451, note M. LUBY, *JCP* 2006. 10,077, note R. DAMMANN.

[111] CJCE, 13 déc. 2005, SEVIC Systems, aff. C-411/03, Rec. I. 10,805, *op. cit.*

[112] Dir. n° 2005/56/CE, *op. cit.*, consid. 2.

[113] Sur cette question, v. *infra n*°507 ; H. LE NABASQUE, L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social : *Rev. sociétés* 2005, p. 95.

[114] V. *infra* n° 508.

[115] V. C. com., art. L. 236-1 et s. s'agissant du droit commun et les articles L. 236-25 et s. du même Code en ce qui concerne les dispositions spécifiques à la fusion transfrontalière.

70. Il importe de préciser que la directive fusion interne et celle relative à la fusion transfrontalière ont d'abord été modifiées par la directive 2009/101/CE[116] et ensuite, par la directive relative à l'interconnexion des registres de commerce[117].

71. La mise en place de ces différentes directives contribue à l'évolution des législations des États membres de l'Union européenne puisqu'elles doivent être conformes au droit de l'Union européenne.

72. Les directives précitées ne sont pas d'application directe, les États membres doivent d'abord les transposer dans leur ordonnancement juridique par le biais d'une loi de transposition. Celles-ci laissent une certaine marge de manœuvre aux États qui tiennent compte de leur spécificité juridique avant toute transposition en droit interne.

73. Dans l'espace OHADA, la réaction du législateur quant à la réglementation de ces opérations s'est produite plus tardivement.

2) Une réglementation tardive en droit OHADA

74. Présentation de l'OHADA. Cette organisation a été créée par le Traité de Port-Louis (île Maurice) du 17 octobre 1993[118], entré en vigueur le 18 septembre 1995[119]. Elle comporte 17 États membres[120]. L'OHADA réalise une intégration juridique généralisée[121]. Ainsi, aux termes de l'article 1 du Traité, cette organisation a pour objet « *l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ». De ce fait, elle légifère dans tous les

[116] Dir. n° 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (version codifiée). Celle-ci a été transposée par la Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *op. cit.*

[117] Dir. n° 2012/17 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 sur l'interconnexion des registres du commerce et des sociétés, modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés : *JOUE* 16 juin 2012.

[118] Traité OHADA, Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, révisé le 17 octobre 2008, p. 1.

[119] www.ohada.com, consulté le 20 mai 2017.

[120] Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Ile des Comores, Mali, Niger, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo.

[121] J. ISSA-SAYEGH, « L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone Franc », *Revue de jurisprudence commerciale,* juin 1999, p. 3.

domaines du droit des affaires comme le démontrent les Actes uniformes déjà adoptés ou ceux encore en projet[122].

75. Cette organisation est dotée de quatre institutions principales, à savoir : la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, le Conseil des ministres (organe délibérant), le Secrétariat permanent (organe exécutif), la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). Cette dernière constitue l'organe juridictionnel commun et supranational. Elle est seule compétente pour connaître, en cassation, les décisions de justice rendues en application du droit OHADA[123].

76. Les raisons de l'uniformisation du droit OHADA. Les États membres de l'OHADA ont décidé d'harmoniser voire d'uniformiser leur droit des affaires dans le but de supprimer les disparités entre eux qui constituent un obstacle à l'essor des investissements.

77. Cette uniformisation vise à redonner confiance aux investisseurs et donc à promouvoir l'investissement nécessaire à leur développement. Elle ambitionne de rendre les règles en matière commerciale et des sociétés accessibles, simples, adéquates et précises, tout en garantissant une sécurité juridique effective qui passe par des magistrats moins corrompus et mieux formés[124]. En effet, les investisseurs se plaignaient des règles juridiques disparates, inaccessibles et confuses d'un pays à un autre alors qu'ils sont les mêmes dans ces pays[125].

78. La primauté de l'Acte uniforme sur le droit interne. Il convient de préciser que l'Acte uniforme s'applique directement dans les États membres conformément à l'article 10 du Traité OHADA dont les dispositions prévoient que *« les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »*. Cet article affirme la force obligatoire de chaque Acte uniforme et sa supériorité sur les normes juridiques existantes et futures. Dès lors, celui-ci se substitue obligatoirement et sans autre formalité aux règles de droit interne applicables aux sociétés dans chaque État partie. Cette interprétation est confirmée par un avis de la CCJA en ces termes*, « l'article 10 contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États partis des actes uniformes et institue par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures. En vertu du*

---

[122] Droit commercial général, Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Droit des sûretés, Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Procédures collectives d'apurement du passif, Droit de l'arbitrage, Organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises, Contrats de transport de marchandises par route, Sociétés coopératives. D'autres actes sont en projet, à savoir : l'harmonisation du droit travail, les contrats spéciaux (franchise, contrat de partenariat public privé, sous-traitance, conflits des lois, la circulation des actes publics, la coentreprise ou joint-venture, la médiation commerciale).
[123] Traité OHADA révisé, art. 14.
[124] Préambule du Traité OHADA.
[125] Par exemple, le Groupe Bolloré est présent au Bénin, au Cameroun, au Congo, en Côté d'Ivoire, au Gabon, en RCA et au Sénégal.

principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes dans les États parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne antérieures ou postérieures, contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes. Sur la deuxième question, en deux branches : Sauf dérogations prévues par les actes uniformes eux-mêmes, l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité concerne l'abrogation ou l'interdiction de l'adoption de toute disposition d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne présent ou à venir ayant le même objet que les dispositions des actes uniformes et étant contraires à celles-ci. Il y a lieu d'ajouter que cette abrogation concerne également les dispositions du droit interne identiques à celles des Actes uniformes. Selon le cas d'espèce, « la disposition » peut désigner un article d'un texte, un alinéa de cet article ou une phrase de cet article »[126]. On constate ici toute la force du droit OHADA. Cette vigueur est d'une importance capitale lorsqu'il faut protéger les droits des associés et des créanciers lors d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. C'est là une différence fondamentale de méthode avec les directives européennes. Alors qu'une loi de transposition reste indispensable pour l'effectivité et l'efficacité d'une directive, il n'en est rien pour les actes uniformes. Ils sont d'application directe à l'instar des règlements européens.

79. L'état actuel du droit. Antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité OHADA et de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales[127], les États membres ne disposaient pas d'un régime de fusion et d'apport partiel d'actif clairement défini. Cet Acte uniforme en s'inspirant de la pratique et des évolutions jurisprudentielles françaises encadre désormais ces opérations[128].

II) LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES ASSOCIÉS ET DES CRÉANCIERS

80. De manière évidente, parler des fondements de la protection des associés et des créanciers revient à présenter les raisons pour lesquelles ces derniers doivent être protégés lors des opérations de fusion ou d'apport partiel d'actifs.

81. La notion de protection. D'un point de vue étymologique, le terme « protection » provient du terme latin « *protegere* » qui signifie *« couvrir* » ou « *défendre* ». Il renvoie à l'idée de

[126] CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001.

[127] Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, révisé le 17 octobre 2008 ; Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSGIE) publié au JO OHADA, le 1er oct. 1997, n° 2, p. 1 et s. Cet acte a été révisé le 30 janv. 2014 et publié au JO OHADA n° spécial du 4 févr. 2014.

[128] AUSGIE, art. 189 et s. s'agissant du droit commun, AUSGIE, art. 670 et s. applicable aux opérations entre sociétés par actions (SA et SAS).

« *bouclier* ». Cette notion est souvent employée sous diverses déclinaisons : protection diplomatique[129], protection du territoire, protection des mineurs, protection des consommateurs, protection sociale, protection de l'environnement ou plus globalement de la protection internationale[130]. Renvoyant à l'idée d'une défense contre un danger, elle possède une connotation positive et implique une action effective de la part du débiteur de l'obligation de protection.

82. De manière générale, la protection peut être définie comme une « *précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels [elle] désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi* »[131]. Il résulte de cette définition que cette notion peut avoir un sens large ou restreint. Dans son acception *stricto sensu*, la protection revient à déterminer les droits spécifiques des personnes à protéger. Appliquée à notre étude, cela revient à déterminer les droits des associés et des créanciers lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

83. Dans son acception lato sensu empruntée au droit international, la protection renvoie à l'ensemble des *« activités visant à assurer que les personnes bénéficient du respect intégral de leurs droits, comme le prévoient la lettre et l'esprit des textes de droit* »[132]. Dans notre cas, cette mission incombe au juge garant de la bonne exécution des textes mais aussi aux commissaires à la fusion[133]. Dans notre étude, les deux sens de la notion de protection seront présents.

84. La protection en droit français et en droit OHADA. L'objectif de protection des associés et des créanciers a motivé les différents textes et réformes en droit français des sociétés. En effet, cet objectif a été très présent dans la « *grande* » loi du 24 juillet 1966[134].

85. Au niveau de l'Union européenne, l'objectif de protection des associés et des tiers est prévu par l'article 50, § 2 du TFUE. Cette motivation a été réaffirmée dans les différentes directives[135]. Ainsi, le considérant 4 de la directive 2011/35/UE précise que « *la protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des États membres* » et le considérant 5 de préciser *« dans le cadre de cette coordination, il est particulièrement important d'assurer une information*

---

129 A. TOURNIER, La protection diplomatique des personnes morales, LGDJ, 2013.
130 D. MÜLLER, La protection de l'actionnaire en droit international, éd. A. Pedone, 2015.
131 G. CORNU, *Vocabuaire juridique*, *op.cit.*, p. 823.
132 *Directives opérationnelles de l'IASC sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles*, Projet Brookings-LSE sur le déplacement interne, septembre 2011, p. 13.
133 V. *infra* n° 786.
134 A. COURET, L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 : *BJS* 2016, p. 433 ; I. URBAIN-PARLEANI et M. BOIZARD, L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 : *Rev. Sociétés,* 1996, p. 447.
135 Dir. n° 2011/35/UE, consid. 4 et 5 ; Dir. n° 2005/56/CE, consid. 5.

adéquate et aussi objective que possible des actionnaires des sociétés qui fusionnent et de garantir une protection appropriée de leurs droits ». Il en fut de même par l'uniformisation du droit permise par l'OHADA[136].

86. Cependant s'agissant des opérations importantes en cours de vie sociale et plus particulièrement en cas de fusion et apport partiel d'actif, le législateur français, européen et OHADA a renforcé la protection des associés (A) et des créanciers (B), compte tenu des risques que l'une et l'autre font peser sur les intérêts de ces derniers.

A) LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES ASSOCIÉS

87. Avant de présenter les risques encourus par l'associé (2) il convient d'abord de définir cette qualité (1).

1) La définition de l'associé

88. Une question simple peut être posée : qu'est-ce qu'un associé ? La réponse la plus simple est celle qui le définit comme celui qui fait un apport à une société. Il prend le qualificatif d'actionnaire lorsque cet apport est fait à une société par actions (SA, SCA, SAS)[137]. Cet apport peut-être en nature (apport en nature), une somme d'argent (apport d'une somme d'argent) ou encore des compétences spécifiques (apport en industrie néanmoins, interdit dans les SA). Cette caractéristique résulte même des termes de l'article 1832, alinéa 1er du Code civil selon lesquels « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* » et il en est de même des termes très explicites de l'article 4, alinéa 1er, de l'Acte uniforme, selon lesquels « *la société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme* ». Il en résulte que l'apport confère à l'associé des droits politiques et financiers. De même, lorsque la société est instituée par un associé unique[138], il doit faire au moins un apport en nature ou en numéraire pour constituer le capital social.

---

[136] Traité OHADA, Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, de façon indirecte à la lecture du Préambule.
[137] Il convient de préciser que pour la SAS, le législateur tant français qu'OHADA emploie le plus souvent le terme d'associés que d'actionnaires.
[138] C. civ., art. 1832, al. 2 ; AUSGIE, art. 5.

89. La principale modalité d'acquisition de la qualité d'associé est l'apport. Toutefois, il en existe d'autres, multiples et variées[139]. Dans l'hypothèse étudiée, on peut notamment acquérir la qualité d'associé par une transmission universelle du patrimoine[140] qui est l'effet de la fusion où chaque associé encoure un risque qu'il soit minoritaire ou non.

90. L'associé minoritaire. Le terme « *minoritaire* » vient du mot « *minorité* » qui a plusieurs définitions[141]. Dans le cadre de la collectivité d'associés, par « *minorité* », il faut *« entendre les actionnaires qui ne font point partie du groupe dirigeant l'entreprise »*[142]. En d'autres termes, la minorité se définit comme étant *« la masse des porteurs du capital liée par les décisions de la majorité du capital présente ou représentée à l'assemblée »*[143]. Autrement dit, cette notion ne constitue pas une « *notion purement numérique* »[144].

91. L'associé minoritaire a longtemps été considéré de manière péjorative. D'abord, il a été pris pour un rentier, en d'autres termes, une personne qui cherche « *à gagner le plus en risquant le moins* » dans le seul intérêt d'épargner et de spéculer et non dans celui de l'entreprise[145]. Ensuite, il a été traité avec ironie par un autre auteur comme la « *piétaille […] confinée à respecter et à suivre, sinon à approuver les décisions majoritaires »*[146]. Par ailleurs, les associés minoritaires sont définis comme « *des actionnaires qui ne détiennent pas le contrôle de leur société et ne forment généralement pas un groupe cohérent* »[147]. Enfin, pour un autre auteur, ils sont de « *simples bailleurs de fonds* » différents des « *véritables associés* »[148].

92. Dans le cadre de notre travail, le sens qui nous intéresse est celui de la minorité envisagée par rapport à la majorité. Vu sous cet angle, le minoritaire est donc *« l'actionnaire ou la masse d'actionnaires qui, à l'assemblée générale, détient une participation en capital inférieure à celle détenue par un groupe opposé »*[149]. Dans un sens plus général, la minorité apparaît comme « *le reliquat des actionnaires qui, à l'assemblée générale, n'ont pas donné leur voix à la résolution adoptée par un groupement*

---

139 P. LE CANNU, L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés — L'acquisition de la qualité d'actionnaire : *Rev. sociétés*, 1999, p. 519.
140 *Ibidem.*
141 H. GUEBIDIANG A TCHOYI-DOUMBE, *La cession de droits sociaux de l'associé minoritaire*, Thèse, université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I, 2010, p. 5.
142 PERCEROU, Rapport présenté au Congrès international de la Haye, *Ann. D. Co.*, 1932. 211.
143 *Ibidem.*
144 D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, coll. Biblio. droit commercial, Sirey, 1970, p. 4.
145 G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2e éd. LGDJ 1951, p. 108.
146 J.-F. BARBIERI, Retour sur les sanctions de l'abus de minorité, *in Mél. D. SCHMIDT*, éd. Joly, 2005, p. 51 et s.
147 M.-D. POISSON, La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux, Thèse, Université de Clermont Ferrand, 1984, p. 7.
148 F-X LUCAS, Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur : *RDBF* 2002, p. 216.
149 *Ibidem*, p. 5.

majoritaire »[150]. En d'autres termes, le minoritaire ou le groupe minoritaire est celui qui s'oppose en assemblée générale aux décisions prises par le groupe majoritaire. Cette opposition peut se justifier « *soit parce que leurs intérêts ne sont pas les mêmes que ceux des détenteurs de la plus grande partie du capital social représenté à l'assemblée, soit parce que leur conception de ce que devrait être la politique de la société est différente* »[151]. À ce titre, l'associé minoritaire doit être protégé lors des opérations.

93. La notion de protection des minorités. En droit des sociétés, la protection des minorités se définit comme « *l'ensemble des mesures légales et jurisprudentielles conférant aux associés non majoritaires au sein des organes (de surveillance ou de décision) des sociétés certains droits d'intervention et de contrôle (théorie de l'abus de majorité) dans le fonctionnement de la société ou même un droit de retrait* »[152]. Cette définition rejoint celle de la protection dans son sens *stricto sensu*. La protection des minoritaires serait donc assurée par les droits que leur confèrent les textes pour décider de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Or, nous verrons qu'il n'existe pas de protection spécifique des minoritaires lors de l'une ou l'autre opération malgré le risque encouru par ces derniers.

2) Les risques encourus par les associés

94. Un risque de dilution de la participation de l'associé de l'absorbante. L'opération de fusion entraîne une augmentation du capital social de la société absorbante. En effet, par cette opération, cette dernière émet des actions nouvelles au bénéfice des associés de la société absorbée qui deviendront ainsi les siens. Par conséquent, l'arrivée de nouveaux associés expose ceux de la société absorbante à la perte de valeur de leurs titres. Cette perte éventuelle entraînerait une dilution de leur participation au sein de la société issue de la fusion. Ils pourraient ainsi perdre le contrôle de la société. Il peut aussi en être de même pour les associés de la société absorbée.

95. Un risque de sous-évaluation pour les associés de l'absorbée. En pratique, la société absorbée est la société la plus faible économiquement dans le schéma de l'opération ou encore la société contrôlée par l'absorbante. Dans cette situation, elle ne peut imposer ses conditions financières à la réalisation de l'opération. Ainsi, les associés de la société absorbée sont exposés à un risque de sous-évaluation de leurs titres.

---

[150] D. SCHMIDT, Les droits de la minorité dans la société anonyme, op. cit, p. 5.
[151] P. A. RECORDON, *La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en droit français*, Université de Genève, Genève librairie de l'Université, Thèse, n° 6 151 973, n° 78, p. 54.
[152] G. CORNU, *Vocabuaire juridique*, *op. cit.*, p. 823 et 824.

96. C'est sur la base de l'évaluation des sociétés que les parties fixent la parité d'échange, c'est-à-dire le nombre de titres que doit recevoir l'associé en contrepartie de sa participation dans le capital social de la société absorbée[153]. En cas de sous-évaluation, la parité est faussée et par conséquent, les titres reçus ne reflètent pas la participation réelle de l'associé dans la société absorbée.

97. Dans des hypothèses très rares, ce risque peut aussi être encouru par l'associé de la société absorbante, ce qui n'est pas le cas lors d'une opération d'apport partiel d'actif.

98. Les associés et l'apport partiel d'actif. Les associés de la société apporteuse n'ayant pas vocation à devenir ceux de la société bénéficiaire de l'apport, ils n'encourent véritablement pas de risque, sauf lorsque les titres reçus par la société apporteuse leur sont redistribués.

99. Des risques accentués en cas de fusion transfrontalière. Les risques encourus par les associés lors d'une fusion interne sont accrus en cas de fusion transfrontalière en raison de l'élément d'extranéité. Les associés de la société absorbée subissent un changement de la loi applicable à leur statut. Dans ce cas, l'opération de fusion transfrontalière est de nature à rendre l'exercice de leurs droits beaucoup plus difficile.

100. À l'instar des associés, il est aussi indispensable de protéger les créanciers lors de ces opérations.

B) LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES CRÉANCIERS

101. Il convient de définir le créancier (1) avant d'exposer les dangers susceptibles de porter atteinte à ses intérêts lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif (2).

1) La notion de créancier

102. Définition. Un créancier est titulaire d'un droit de créance à l'encontre d'un débiteur qui peut être une personne physique ou morale.

103. Traditionnellement, on distingue les créanciers chirographaires des créanciers privilégiés. Ces derniers bénéficient d'une garantie leur permettant d'être payés en priorité par rapport aux premiers qui ont un droit général sur le patrimoine de leur débiteur.

---

[153] V. *infra* n° 697 et s.

104. Il est aussi possible de distinguer les créanciers non obligataires des créanciers obligataires. Cette distinction peut encore être poussée entre le créancier contractuel et le créancier extracontractuel[154].

105. Le créancier contractuel. Une société contracte avec différents partenaires pour le développement de son activité. Elle a ainsi des clients, des fournisseurs, etc. Le créancier contractuel tire son droit du contrat. Par la signature d'une convention, les parties s'engagent à respecter l'obligation résultant de celle-ci. En effet, aux termes de l'article 1103 du Code civil *« les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »*. Cet article énonce ainsi la force obligatoire du contrat. Autrement dit, une convention entre les cocontractants a la même force que la loi[155]. Ce principe implique que chaque partie exécute les engagements souscrits dans le contrat ; la fusion ou l'apport partiel d'actif ne saurait justifier une inexécution de ce dernier.

106. Dans cette étude, le statut du créancier sera abordé sous deux angles. Sous le premier, il s'agit du créancier tiers à l'opération de restructuration. En d'autres termes, c'est la société débitrice qui est absorbée ou qui fait apport de la branche d'activité source de la dette. Sous le second, le créancier est partie intégrante de la restructuration. Dans ce cas, il est la société absorbée ou celle qui fait l'apport de la branche d'activité. La problématique se pose notamment à propos du bénéfice des garanties[156].

107. L'obligataire. Il est un type de créancier contractuel. Conformément aux articles L. 213-5 du Code monétaire et financier et 779 de l'Acte uniforme, les obligations constituent « *des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». De cette définition, il résulte que le créancier obligataire, lié à la société par un contrat d'emprunt, bénéficie d'un droit de créance et la valeur de l'obligation n'est pas soumise aux aléas de la vie sociale[157]. Dans notre travail, nous ne traiterons que des questions principales relatives à la protection des obligataires lors d'une fusion, sans entrer dans les détails des différentes catégories d'obligations et donc, d'obligataires[158]. Ce choix se justifie par le fait qu'à quelques exceptions près, le régime de protection peut être commun à celui des créanciers non obligataires étant donné que les risques semblent identiques.

---

154 Il y a notamment à l'Administration fiscale et les organismes de sécurité sociale.
155 P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 451.
156 V. *infra* n° 1013 et s.
157 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, Préf. F. TERRE, LGDJ, 1978, p. 162.
158 Pour cela, voir TH. V. NGA NGUYEN, La protection des créanciers dans les opérations emportant transmission universelle de Patrimoine, Thèse, Paris II, 2003, p. 184 et s.

2) Les risques encourus par le créancier

108. Le risque d'insolvabilité du débiteur et du concours entre les créanciers. L'opération de fusion constitue une opération complexe qui pose la question du sort des créanciers des sociétés concernées. Elle emporte obligatoirement des conséquences pour ces partenaires. L'opération entraîne un changement de débiteur pour les créanciers de la société absorbée ou un débiteur entièrement remodelé ou renouvelé pour ceux de la société absorbante. Dans les deux cas, la fusion bouleverse la situation patrimoniale de la société bénéficiaire ou absorbante. Cette dernière peut devenir moins solvable et offrir moins de garanties, ce qui peut constituer un danger pour les créanciers de l'absorbée, si leur débiteur était dans une meilleure situation financière. À ce titre, cette restructuration peut entraîner une réduction de leur gage général en raison de l'augmentation du passif. Il en est de même pour ceux de la société absorbante, si c'est leur débiteur qui connaît une situation patrimoniale bien meilleure que celle de la société absorbée.

109. En outre, sur un actif diminué en raison de la réalisation de l'opération, le concours est accentué entre les créanciers sociaux des sociétés parties à l'opération.

110. L'extranéité, un élément d'accentuation des risques pour le créancier en cas de fusion transfrontalière. Les risques précités d'une fusion interne sont identiques à ceux de la fusion transfrontalière. Toutefois, ils se trouvent accentués en raison du caractère transfrontalier de l'opération.

111. En plus des risques précités, l'opération de fusion transfrontalière entraîne pour les créanciers sociaux des risques spécifiques[159]. Il s'agit notamment du changement de la loi applicable à leur contrat. Ce qui signifie que pour faire valoir leurs droits postérieurement à la fusion, les créanciers devront s'en remettre aux mécanismes du droit de la société absorbante. Or, ces mécanismes peuvent leur être défavorables, en étant par exemple moins avantageux que l'ancien régime applicable à la société absorbée.

112. Les risques d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions pour le créancier social. L'une des caractéristiques de l'opération d'apport partiel d'actif est la survivance de la société apporteuse. Cette survie peut constituer un risque pour les créanciers dans la mesure où il est possible de réaliser une purge des risques pesant sur cette dernière[160].

---

[159] J. SCHMEIDLER, *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés : droit international et comparé*, Thèse, Paris II, 2011, p. 68 et s.

[160] B. DONDERO, L'apport-défaisance, in le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, in *Mél. P. Le CANNU* : Dalloz-LGDJ, 2014, p. 257.

Ainsi, la société apporteuse pourra continuer son expansion déchargée d'une partie de son passif connu ou non, rattachée à la branche d'activité. Cette opération a même été qualifiée d'« *apport défaisance* » par une partie de la doctrine[161]. La défaisance ou defeasance en anglais se définit comme « *une technique d'ingénierie financière permettant à une société émettrice d'un emprunt obligataire de l'extraire de son bilan sans le rembourser directement* »[162] ou encore comme « *un procédé d'extraction du passif* »[163]. Ce serait donc à un tel résultat que parviendrait la société apporteuse. Ainsi, *l'apport défaisance* consiste « *à détacher* » d'une entreprise une activité génératrice de risques, qui ne sont pas encore révélés et à transmettre cette activité à une société créée *ad hoc*, le plus souvent une filiale à 100 % de l'apporteuse[164]. À notre avis, il n'est pas nécessaire que la société bénéficiaire soit créée *ad hoc* ; il peut aussi s'agir d'une filiale préexistante.

113. Les risques ainsi écartés concerneraient les préjudices collectifs non encore révélés[165]. Le but d'un « *apport défaisance* » est de permettre que le passif résultant de la branche d'activité ne soit pas recouvré sur les actifs de la société apporteuse. Cette opération vise à transférer le passif et plus particulièrement le passif latent. Ainsi, comme le relevait le Professeur Y. GUYON, « *bien que l'opération soit qualifiée d'apport partiel d'actif, son originalité et son intérêt tiennent surtout à la transmission du passif qu'elle permet de réaliser* »[166].

114. Cette opération constitue un risque pour les créanciers du passif transféré. En effet, la société bénéficiaire peut ne pas avoir suffisamment d'actifs pour leur permettre de recouvrer leur créance. De plus, ils pourraient être en concours avec les autres créanciers, surtout si la bénéficiaire n'est pas une « *filiale poubelle* »[167] ou « *filiale jetable* »[168], c'est-à-dire créée à ce seul effet.

115. Après avoir présenté brièvement les dangers de l'opération de fusion et d'apport partiel d'actif pour les actionnaires et les créanciers, il convient maintenant de délimiter le sujet, d'évoquer ses intérêts, d'annoncer la problématique et enfin le plan retenu.

---

161 *Ibidem.*
162 J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, Et A.-S. MESTRE — CHAMI, Lamy *Sociétés Commerciales*, 2016, mis à jour 02/2017, n° 5103.
163 A. COURET, H. LE NABASQUE et M.-L. COQUELET, *Droit financier*, 2e éd., Dalloz, 2012, n° 26.
164 B. DONDERO, L'apport-défaisance, *op. cit.*
165 *Ibidem.*
166 Y. GUYON, Les apports partiels d'actifs*, in prospectives du droit économique : dialogues avec M.* JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 237, spéc. n° 4.
167 B. DONDERO, L'apport-défaisance, *op. cit.*
168 *Ibidem.*

III) LA DÉLIMITATION DU SUJET, SES INTÉRÊTS, LA PROBLÉMATIQUE ET L'ANNONCE DU PLAN

116. Le troisième temps de l'introduction portera sur la délimitation du sujet et ses intérêts (A) puis sur la problématique et l'annonce du plan (B).

A) LA DÉLIMITATION DU SUJET ET SES INTÉRÊTS

117. Les développements relatifs à la délimitation du sujet (1) précéderont ceux liés à ses intérêts (2).

1) La délimitation du sujet

118. La délimitation relative aux opérations. Notre travail portera sur l'opération de fusion-absorption et sur celle de fusion-absorption simplifiée. En effet, ces dernières constituent les opérations les plus courantes dans la pratique des affaires. Seront donc exclues de nos analyses, la fusion par création d'une société nouvelle, l'opération de scission ou encore l'opération de dissolution confusion prévue à l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil, la fusion rapide, la fusion triangulaire et les offres publiques.

119. S'agissant de l'apport partiel d'actif, nous nous contenterons de traiter exclusivement de l'apport soumis au régime des scissions et non celui relevant du droit commun des apports prévu en droit français[169]. Ce choix se justifie aussi par le fait qu'en droit OHADA, il n'existe pas, contrairement au droit français, un apport partiel d'actif soumis au droit commun.

120. En ce qui concerne la fusion transfrontalière, il ne sera relevé que les différences existant entre cette opération et la fusion interne. Cette précision est nécessaire en droit français, contrairement au droit OHADA dans lequel il n'existe pas de régime spécifique applicable à cette opération.

121. La délimitation relative aux sociétés parties à la fusion ou à l'apport partiel d'actif. Il sera question dans cette étude uniquement de la fusion-absorption ou d'apport partiel d'actif intervenant entre SA ou entre SAS ou encore entre une SA et une SAS. Ces deux formes de sociétés sont les plus engagées dans de telles opérations en pratique. Seront donc écartées,

[169] J. CELLIER, *La protection des partenaires de la société anonyme dans les apports partiels d'actif*, Thèse, Paris I, 1992.

les opérations entre SARL ainsi que celles qui s'effectuent entre sociétés cotées et non cotées en raison du fait qu'il n'existe pas une réglementation spécifique aux sociétés cotées en droit OHADA sur ces opérations[170]. En effet, cette réglementation relève du droit CEMAC (droit communautaire spécifique aux pays d'Afrique centrale). Or, ce droit communautaire ne fait pas dans l'objet de notre thèse[171]. Enfin, les opérations entre sociétés de personnes sont exclues de ce travail. Il ressort du retour d'expériences des avocats que très peu des praticiens ont déjà piloté de tels projets. De plus, il nous a été révélé que lorsqu'une telle opération doit intervenir, le plus souvent l'une ou l'autre ou les deux sociétés, est transformée en société par actions dans le but d'éluder la règle de l'unanimité[172].

122. L'exclusion des salariés. Les salariés sont considérés comme des créanciers de la société. Toutefois, ceux-ci ne font pas l'objet de notre étude, même s'ils sont les premiers à subir les conséquences d'une fusion ou même d'un apport partiel d'actif[173]. Cette exclusion se justifie en raison de l'existence d'un statut particulier et d'un régime spécifique. De plus, en droit OHADA, il n'existe pas de réglementation générale sur le droit du travail. En effet, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit du travail n'est pas encore entré en vigueur[174]. Leur sort en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif est réglé par les dispositions nationales de chaque État membre. Or, notre travail constitue une étude comparative entre deux ordres juridiques, il est donc nécessaire que sur des questions aussi fondamentales, il existe dans les deux droits des éléments communs pouvant servir de base à la comparaison. Toutefois, dans nos développements, nous ferons appel à la jurisprudence sociale pour étayer certains points, ce qui constitue un des intérêts de notre sujet.

---

[170] La constitution et le fonctionnement de ces sociétés doivent obéir aux règles générales de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

[171] Sur la question voir, D. KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse, Strasbourg 2009, p. 130.

[172] V. *infra* n° 504.

[173] L'opération de fusion, pour ne citer qu'elle, engendre souvent une réorganisation de la société absorbante, ce qui a pour conséquences d'entraîner les licenciements économiques. Certes, une mesure protectrice est prévue, à savoir le transfert des contrats de travail en cours. Mais, en pratique le plus souvent, la société absorbante licencie juste après la réalisation de l'opération, ce qui marque une inefficacité de cette protection. De plus, l'obligation de reclassement apparaît aussi limitée en raison notamment des difficultés liées à la mobilité des salariés.

[174] Avant-projet d'acte uniforme sur le droit du travail du 24 nov. 2006. À croire qu'il n'entrera jamais en vigueur compte tenu de l'opposition de certains États membres, qui veulent garder leur souveraineté sur cette question.

2) Les intérêts du sujet

123. Il faut convenir que de plus en plus d'études traitent des opérations de rapprochement entre sociétés et plus spécifiquement des opérations relatives à la fusion[175]. De ce fait, la question de savoir quel sera l'apport de notre étude peut légitimement se poser.

124. Des opérations toujours d'actualité. Pas une seule année ne s'écoule sans que les médias spécialisés ne relatent des rapprochements internes, transfrontaliers dans l'Union européenne ou internationaux entre des sociétés cotées ou non. Ainsi, comme le souligne un auteur, « *pour n'être pas un phénomène nouveau, les restructurations sont aujourd'hui sous les feux de l'actualité, qu'elle soit économique ou juridique* »[176].

125. En pratique, les opérations qui sont sous le feu de l'actualité ne constituent pas toujours des opérations de fusions, de scissions ou même d'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions au sens juridique. Le plus souvent, il s'agit de rachats de sociétés, c'est-à-dire des acquisitions que la presse considère comme des fusions[177]. Toutefois, nous citons à titre d'exemple de projet de fusion abouti ou non, le projet de fusion entre BOUYGUES TÉLÉCOMS et ORANGE[178], le projet de fusion par absorption de HOLDCO SIIC par ICADE[179], le projet de fusion entre OSE PHARMA et EFFIMUNE[180] ou encore le projet de fusion entre MAUREL et PROM [181].

126. S'agissant des apports partiels d'actifs, on peut évoquer le projet signé entre STERIA et SOPRA STERIA SERVICES[182], le projet d'apport entre RUBIS TERMINAL et CPA[183]. En ce qui concerne, la fusion transfrontalière ou internationale, le projet de fusion annoncé et réalisé entre la société TECHNIP (société de droit français) et FMC TECHNOLOGIES (société de droit

---

[175] La majorité des travaux académiques récentes porte soit sur la protection des actionnaires, soit sur la protection des créanciers ou encore présente la fusion sous l'angle international ou comparatiste, V. M. BEN SDIRA, *La protection des actionnaires minoritaires à l'occasion des fusions de sociétés*, Thèse, Limoges, 2014 ; S. BOUREIMA SOUMANA, *La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés*, Thèse, Bordeaux, 2015 ; A. KALAANI, *La fusion de sociétés en droit interne et international : contribution à la notion de « contrat-organisation*, Thèse, Paris II, 2015 ; D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, Thèse, Bordeaux, 2015 ; A. OSMAN, *La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien* (étude comparative), Thèse, Rennes I, 2015.

[176] G. AUZERO, Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel : *BJS* 2006, p. 867.

[177] La récente annonce du projet d'acquisition de Mosanto par Bayer.

[178] Ce projet n'a pas abouti.

[179] Cette opération a été soumise le 23 mai 2016 à l'approbation des AGE de chaque société participante.

[180] Cette opération a été soumise respectivement le 30 mai 2016 et 31 mai 2016 aux AGE de chaque société participante.

[181] L'AGE de chaque société a été appelée à statuer sur l'opération en date du 17 décembre 2015.

[182] Le projet a été signé en date du 5 novembre 2014.

[183] Le projet a été signé en date du 22 avril 2014.

américain)[184] ou la fusion entre LAFARGE (société de droit français) et HOLCIM (société de droit suisse) réalisée en juillet 2015.

127. La particularité du sujet. La contribution de nos travaux réside dans l'attention portée tant aux actionnaires qu'aux créanciers sociaux. Notre étude va démontrer l'existence d'un mécanisme commun de protection, dont les modalités de mise en œuvre sont certes distinctes.

128. Notre thèse s'inscrit dans un contexte comparatif entre deux droits : le droit français et le droit OHADA. Cette étude comparative permet d'apprécier le système de protection prévu dans les deux ordres juridiques, d'autant plus que le droit OHADA s'est fortement inspiré du droit français pour fixer le régime des fusions au sein de son espace. Elle permet aussi d'apprécier l'évolution de l'un par rapport à l'autre compte tenu de leur proximité et ainsi de proposer un meilleur système de protection.

129. L'intérêt théorique. Ce sujet consiste à montrer qu'en France et dans certains pays africains, la source actuelle du droit qui régit les fusions est d'une part, le fruit d'une harmonisation en raison des directives de l'Union européenne en droit des sociétés et d'autre part, d'une uniformisation (dans les pays membres de l'OHADA) par l'emploi d'Actes uniformes s'imposant directement aux États membres sans loi de transposition.

130. La recherche porte sur le rapprochement des sociétés et principalement sur les opérations les plus usitées en pratique comme la fusion et l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. L'originalité du sujet consiste à confronter le régime des fusions aux spécificités de l'apport partiel d'actif. En effet, le particularisme de cette opération, la survie de la société apporteuse, fait naître certaines contradictions lorsqu'on lui applique le principe de transmission universelle du patrimoine, principe fondamental de la fusion.

131. Cette étude permet d'apprécier si les finalités de protection prévues tant par les directives européennes et partant les textes français que par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ont été atteintes.

132. Elle suppose d'analyser la mise en œuvre du droit des fusions lié à la protection des actionnaires et des créanciers. Un tel travail permet de porter un regard panoramique sur la cohérence de la législation en matière de protection des catégories précitées, c'est-à-dire de vérifier l'absence de contradiction entre les différentes dispositions du droit des fusions et aussi le degré de synergie existant entre le droit commun des sociétés, le droit des obligations et le

[184] La date de réalisation de cette opération avait été fixée au 16 janvier 2017 par la High Court of Justice. Après cette réalisation, la société issue de la fusion a pris la dénomination de TechnipFMC.

droit spécial des fusions et apports partiels d'actifs. Il s'agira également de vérifier la bonne transposition des directives européennes par le législateur français. Enfin, il sera proposé des solutions pour renforcer leur protection.

133. L'intérêt pratique. Ce travail se veut être une tentative de bilan de l'harmonisation dans l'Union européenne et de l'uniformisation en droit OHADA.

134. La théorie dans cette étude sera étayée par la pratique. Cette dernière permettra de mieux comprendre et de mieux cerner les questions relatives aux fusions ou apports partiels d'actif. De plus, notre travail contribuera aussi à révéler une différence entre les textes et la pratique qui accorde une place très importante à la liberté contractuelle, ou encore l'interprétation rigoureuse par la jurisprudence du droit des fusions.

135. Cette étude compte donner à tous ceux qui souhaitent investir essentiellement en Afrique et dans une moindre mesure en Europe des outils juridiques, techniques et pratiques pour un investissement rentable.

136. L'intérêt du sujet étant indiqué, il convient maintenant de formuler la problématique centrale de ce travail.

B) LA PROBLÉMATIQUE ET L'ANNONCE DU PLAN

137. La présentation de la problématique générale (1) précédera l'annonce du plan (2).

1) La problématique générale

138. L'efficacité du droit des fusions. La problématique centrale de cette étude repose sur l'efficacité du régime de protection des actionnaires et des créanciers prévu par les textes, tant français que OHADA, lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif soumis au régime de scissions.

139. À la lecture de ce qui précède, il est possible de légitimement s'interroger sur la notion « *d'efficacité en droit* ». La question de l'efficacité se pose de façon récurrente en droit et plus spécifiquement en droit des sociétés[185]. En pratique, elle est souvent confondue avec l'« *effectivité* »[186].

---

[185] Y. LEROY, La notion d'effectivité du droit : *Droit et société,* 3/2011, n° 79, pp. 715-732 ; P. Le CANNU, Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés, *in Mél.* D. SCHMIDT - *Liber Amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 337 et s.
[186] Ibidem.

140. La distinction entre l'efficacité et l'effectivité. Si ces deux termes sont souvent confondus dans la doctrine juridique, cela peut, en partie, s'expliquer par le fait que lesdits termes ne sont pas véritablement des notions juridiques. Dans le domaine juridique, l'efficacité se définit comme un *« mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent »*[187]. Envisager le droit des sociétés et plus particulièrement le droit des fusions sous le prisme de l'efficacité revient donc à vérifier si les dispositions qui le composent permettent d'atteindre l'objectif pour lequel elles ont été créées.

141. Si l'efficacité des dispositions est étroitement liée à son effectivité, les deux notions doivent néanmoins être distinguées. La notion d'effectivité renvoie indéniablement à l'application de la norme[188] ou encore à la qualité de l'application des normes[189]. À ce titre, elle apparaît comme une condition nécessaire, mais non suffisante de l'efficacité. En effet, pour apprécier l'efficacité d'une disposition, il est nécessaire que celle-ci soit, au préalable, appliquée. Toutefois, l'effectivité ne garantit pas l'efficacité, parce qu'une disposition ou une mesure peut être véritablement appliquée sans pour autant atteindre l'objectif qui lui a été assigné par le législateur.

142. Au titre de la problématique, il convient de se demander si le régime de protection du droit des fusions concourt efficacement à la protection des actionnaires et des créanciers lors d'opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, conformément aux objectifs tant des directives européennes, du droit français des fusions *stricto sensu* et du droit OHADA. En d'autres termes, les droits accordés à ces catégories, sont-ils mis en œuvre de manière à assurer au mieux la protection de leurs intérêts ? Cette question centrale en soulève beaucoup d'autres. Quels sont les droits accordés aux actionnaires et aux créanciers dans le droit des fusions ? Une autre question peut ensuite se poser s'agissant du principe de transmission universelle du patrimoine, principe cardinal du régime des fusions. En effet, la mise en œuvre de ce principe constitue-t-elle véritablement un moyen de protection des actionnaires et des créanciers ? Par ailleurs, il est possible de se poser la question de la conciliation de ce principe fondamental avec l'apport partiel d'actif soumis au régime de scission compte tenu de sa particularité. Dans ce contexte, comment assurer efficacement la protection des créanciers lors de cette opération ? Enfin, l'on peut s'interroger sur l'éventualité d'une mise en ordre du régime de protection en cas d'incohérence de celui-ci. Dans ce cas, comment le législateur tant OHADA

---

[187] A.-J. ARNAUD, Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1992, v. « efficacité », p. 583.
[188] Y. LEROY, La notion d'effectivité du droit, *op. cit.*
[189] P. Le CANNU, Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés, *op. cit.*

que français peut renforcer ou améliorer les droits existants pour une efficacité optimale tout en conciliant la protection des intérêts en présence (ceux des actionnaires et des créanciers) et l'objectif de facilitation des opérations de fusion ? Il s'agit là des principales questions auxquelles il faudra apporter des réponses au cours des développements à venir.

2) L'annonce du plan

143. L'objectif de ce travail est de tenter de proposer une meilleure protection des actionnaires et des créanciers sociaux dans les fusions de sociétés ou dans les apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions.

144. Cette proposition ne peut résulter que de l'analyse des protections accordées aux actionnaires et aux créanciers lors de ces opérations. Ces protections sont deux ordres : celles qui résultent du droit d'information et du droit de consultation (**PREMIÈRE PARTIE**) et celles qui découlent du principe de la transmission universelle du patrimoine (**SECONDE PARTIE**). L'analyse de ces deux catégories de protection fera ressortir leurs insuffisances respectives, ce qui nous permettra de proposer des solutions spécifiques au fur et à mesure de nos développements.

PREMIÈRE PARTIE : LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS PAR L'INFORMATION ET LA CONSULTATION

145. La protection des actionnaires et des créanciers passe par la prise en compte de leurs droits dans les textes régissant les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif. L'aptitude à défendre ses intérêts dépend de l'information dont on dispose. Cette information est indispensable à l'actionnaire dans la mesure où elle lui permet de mieux appréhender l'opération. Elle est aussi nécessaire aux créanciers, parce que ces derniers doivent connaître l'évolution patrimoniale de leurs débiteurs.

146. L'information demeure insuffisante sans la possibilité d'une consultation. Par cette dernière, les actionnaires et les créanciers sont impliqués dans le processus de prise de décision par la société. Ils sont donc en mesure de prendre une part active dans l'opération de restructuration.

147. Pour renforcer l'efficacité de l'information et de la consultation, le législateur français et les rédacteurs de l'Acte uniforme OHADA ont érigé l'information et la consultation en une obligation pour les sociétés participant à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En conséquence, les actionnaires et les créanciers disposent d'un droit à l'information (**Titre I**) et d'un droit à la consultation (**Titre II**).

TITRE I : LE DROIT À L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS

148. Tenant compte de l'objectif de protection des actionnaires et des créanciers, les articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce et les articles 189 et suivants de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ont fait de l'information un droit pour les différents acteurs précités. Les sociétés participant à une fusion ou à un apport partiel d'actif sont en effet obligées d'informer les actionnaires et les créanciers sur l'opération en cours. Cependant, le contenu de l'information semble très limité. Il paraît à cet égard perfectible (**chapitre I**). L'information donnée aux créanciers leur permet de faire opposition à l'opération (**chapitre II**).

CHAPITRE I — L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES : UN CONTENU PERFECTIBLE

149. L'information des actionnaires est au centre du droit des sociétés. Nombreuses sont les dispositions législatives et réglementaires qui tendent à la renforcer. Un auteur a d'ailleurs écrit à ce sujet que « *l'information est un enjeu important dans la protection de l'actionnaire. C'est en effet par ce moyen qu'il est associé en permanence à la vie de la société et qu'il peut accéder aux renseignements utiles pour fonder son jugement sur la situation et les perspectives de la société* »[190]. Autrement dit, l'information des actionnaires constitue une exigence fondamentale du droit des sociétés[191]. Il en va de même des créanciers qui bénéficient également d'un droit d'information.

150. Le droit d'information est accru lors de certains évènements en cours de vie sociale. Cette obligation est renforcée dans le cadre de la fusion ou de l'apport partiel d'actif dans la mesure où de telles opérations ont un impact sur le patrimoine des sociétés participantes. Les actionnaires et les créanciers doivent être informés pour défendre au mieux leurs intérêts. Pour que ces acteurs (actionnaires et créanciers obligataires), mais plus spécifiquement, pour que les actionnaires puissent se prononcer en connaissance de cause sur l'opération, ils doivent recevoir « […] *une information qui leur permette non seulement d'exercer un droit de vote souvent théorique, mais aussi éventuellement de se retirer de la société lorsque celle-ci ne correspond plus à leur attente »*[192]. L'information, qui est mise à disposition selon certaines modalités **(Section II**), porte sur le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif et d'autres documents prévus par les textes **(Section I**).

---

[190] A. COURET, « La COB et la protection des minoritaires » : *BJS* 1991, p. 686.

[191] M. W. TSOPBEING, L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA ? *Rev. Ersuma*, n° 6, janv. 2016, p. 226.

[192] G. BERLIOZ, « Le droit à l'information en matière de fusions », in *L'information en droit privé*, Travaux de conférence d'agrégation, sous la dir. de D'Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, LGDJ., 1978, p. 261.

SECTION I — LE PROJET DE L'OPÉRATION : UN DOCUMENT D'INFORMATION ESSENTIEL MAIS NON EXCLUSIF

151. Les actionnaires et les créanciers sont principalement informés par le projet de l'opération. S'il s'agit d'un document indispensable à l'information de ces derniers (§1), des éléments complémentaires sont par ailleurs requis pour parfaire l'information (§2).

§1 — La rédaction du projet

152. Il sied d'analyser le processus d'élaboration du projet de l'opération (A) avant de présenter son contenu (B).

A) LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DU PROJET

153. Préalablement à la rédaction du projet, les sociétés participant à l'opération négocient des clauses importantes. Cette négociation aboutit à un document dit protocole (1). Les négociations se font généralement en toute discrétion et le protocole n'est pas communiqué à l'ensemble des actionnaires. C'est la raison pour laquelle il serait nécessaire d'informer les actionnaires sur le contenu de ce document (2).

1) Le protocole de l'opération

154. L'idée d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif naît le plus souvent des organes de gestion des sociétés qui sont aussi en principe composés des actionnaires influents. Ces organes bénéficient généralement de l'aide des banques d'affaires[193]. En pratique, les dirigeants se rencontrent pour discuter d'un éventuel rapprochement ou d'une filialisation.

155. Les négociations ou pourparlers lors d'une opération de fusion. En raison de la complexité de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, les négociations sont un moment important pour les sociétés qui souhaitent fusionner ou réaliser un apport partiel d'actif. En effet, c'est à cette occasion que les différentes parties à l'opération discutent des

[193] KPMG Corporate Finance, Aelios Finance, etc. Voir classement Fusacq 2015, [en ligne] *www.fusacq.com*, consulté le 8 août 2016.

clauses devant être insérées au projet de fusion ou d'apport partiel d'actif. Étant donné que le droit des fusions ne réglemente pas la négociation d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, il faut donc recourir au droit commun. Ainsi, depuis l'ordonnance du 10 février 2016[194], les négociations sont désormais régies par les articles 1112 et suivants du Code civil qui indiquent que l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En la matière, le législateur français a codifié une partie de la jurisprudence, mais également la pratique des affaires. Il résulte de ce qui précède que les négociations doivent être loyales, autrement dit conduites sur une base égalitaire. En pratique, les négociations égalitaires n'existent vraiment qu'en cas d'opération entre des sociétés indépendantes au sens strict, c'est-à-dire entre les sociétés qui n'ont aucun lien capitalistique entre elles. Cet optimisme doit toutefois être nuancé. En effet, il ressort des retours d'expériences qu'il y a toujours un rapport de force favorable à la société bénéficiaire dans une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Cette situation s'accentue lorsqu'il existe un lien de dépendance entre les sociétés participant à l'opération. Dans ce cas de figure, les actionnaires minoritaires encourent le risque de ne pas être suffisamment protégés lors de la négociation de certaines clauses et plus particulièrement lors de la négociation de la parité d'échange.

156. Les dirigeants de chaque société ont une mainmise sur cette phase de l'opération. Lors de ces négociations, chaque société essaie de tirer son épingle du jeu. Celles-ci sont, par conséquent, âpres et longues. Les dirigeants peuvent chercher à préserver leurs intérêts au détriment de l'intérêt social. Ils sont généralement préoccupés par leur sort à l'issue de l'opération. Ainsi, ceux-ci peuvent être tentés lors des pourparlers de faire des concessions au détriment de l'intérêt social, pour maintenir leur pouvoir de direction au sein de la société bénéficiaire. Il convient de préciser que bien souvent, les ambitions personnelles des dirigeants sont à l'origine des projets de rapprochement. Ainsi, un auteur s'est demandé si ce n'est pas la jalousie des PDG qui causait les vagues de fusions[195]. Pour certains auteurs en effet, *« bon nombre de fusions ne sont que la traduction des ambitions personnelles de dirigeants, et ne répondent pas nécessairement à des décisions prises en bonne intelligence économique »*[196]. On a ainsi pu parler de l'« *executive leadership* »[197]

---

[194] Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2 : *JORF* n° 0035 du 11 fév. 2016 texte n° 26.

[195] A. M. GOEL and A.V. THAKOR, « Do Envious CEOs Cause Merger Waves ? », *Review of Financial Studies*, VoL.23, n° 2. fév. 2010, pp. 487-517 cité par M. GUERMONPREZ, *Les facteurs d'échec des fusions entre égaux* : Mémoire, Paris I, 2014.

[196] *Idem.* p. 20.

[197] R. FULMER et R. GILKEY (1988). 'Blending corporate families: Management and organization development in a postmerger environment'. *Academy of Management Executive*, 2, pp. 275–283, cité par M. GUERMONPREZ, *op. cit.* p. 20.

comme un facteur déterminant de la performance des opérations de fusion. Dans ce contexte, on a aussi parlé de « *fusions cosmétiques* »[198] dont le seul intérêt est de doper le cours de l'action ou encore de « *fusions narcissiques* »[199] motivées par les seuls désirs de puissance des dirigeants de société[200]. La nécessité de prendre en compte des intérêts divergents lors de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif peut entraîner l'échec des négociations.

157. L'échec des négociations. Les négociations permettent de vérifier la faisabilité de l'opération. Certaines opérations ne dépassent pas le stade de la négociation. Les raisons de l'échec d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif sont multiples. N'étant pas au cœur des négociations, il est très difficile, voire impossible, de déterminer les véritables raisons de l'échec en raison notamment de la confidentialité qui entoure lesdites négociations. Néanmoins, dans deux projets de fusion, les facteurs de l'échec ont été mis en lumière. Le premier concerne l'opération *Publicis* et *Omnicom*[201]. À ce sujet, il a été révélé que trois facteurs ont entraîné l'échec dudit projet. Il s'agissait des questions fiscales, réglementaires et enfin, celles liées au partage du pouvoir au sein de la nouvelle entité. Cette dernière problématique était le point le plus important. En effet, les deux sociétés ont été confrontées à la difficulté de répartir de façon égalitaire les postes clefs au sein de la nouvelle entité. Cet obstacle a été reconnu par Maurice LÉVY, le PDG de Publicis, en ces termes : « *[sur le poste de directeur financier], John est resté intransigeant. Or, cela aboutissait à ce qu'Omnicom verrouille tous les postes clefs — PDG, directeur financier, directeur juridique — avec des gens basés à New York ! L'esprit de fusion entre égaux n'était plus respecté […]. On a compris en décembre que l'on touchait un point dur* »[202].

158. Le second exemple concerne le récent échec des négociations en vue de la fusion entre Bouygues et Orange. Il semble que ce soit aussi la lutte de pouvoir qui justifie cet échec. Dans ce projet de rapprochement, l'État actionnaire a souhaité garder son pouvoir au sein de la nouvelle entité, en imposant des conditions de gouvernance très rudes à la société Bouygues Télécom[203]. En effet, l'actionnaire public à hauteur de 23 % a refusé de descendre en dessous de 20 % de participation[204]. Par ailleurs, Bercy a voulu imposer les clauses de « *standstill* » dans le but d'empêcher Bouygues de monter rapidement au capital de la nouvelle entité. Ainsi, « *l'État exige de Bouygues qu'il renonce aux droits de vote double pendant 10 ans et veut l'empêcher de monter au capital*

---

198 J. DUVAL-HAMEL, Le paradoxe des fusions, vecteurs de la vie des affaires, *op. cit.*
199 Ibidem
200 J. Duval-Hamel, *op. cit.*
201 V. RICHEBOIS, « Publicis-Omnicom, récit d'une fusion mort-née », *Les Échos* du 28 mai 2014.
202 Ibidem.
203 F. SCHMITT Et F. GUEUGNEAU, « Orange — Bouygues, ou l'éternel psychodrame des télécoms français », *Les Échos* du 05 avr. 2016.
204 *Ibidem.*

d'Orange pendant 7 ans »[205]. Tous ces éléments ont contribué à l'échec des négociations pour une fusion pourtant importante aussi bien pour Orange que pour Bouygues. Le secteur particulier des sociétés concernées et la présence de l'État n'ont pas simplifié les négociations.

159. En résumé, les raisons d'un échec des négociations sont nombreuses. Il peut s'agir de la réglementation, surtout celle relative à la concurrence. Les sociétés mettent souvent fin aux négociations lorsqu'elles n'ont pas obtenu le feu vert de la Commission européenne ou des autorités nationales de la concurrence ou encore lorsque les sociétés ne se mettent pas d'accord sur la répartition des postes au sein de la nouvelle entité. Toutefois, lorsque les négociations aboutissent, les dirigeants rédigent un document appelé protocole de fusion ou d'apport partiel d'actif.

2) La nécessité d'une information des actionnaires sur le contenu du protocole

160. En pratique, le protocole n'est établi qu'en cas de rapprochement entre des sociétés sans liens capitalistiques. Le protocole de fusion ou d'apport partiel d'actif est un document dont les clauses sont négociées dans le plus grand secret. Les actionnaires ne sont point informés de l'ensemble de ces clauses. Or, celles-ci qui restent importantes ne sont pas toujours reprises dans le projet de l'opération. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable qu'un tel document soit porté à la connaissance des actionnaires.

161. Dans un premier temps, il est nécessaire de présenter les clauses les plus courantes contenues dans ce document (a) avant d'analyser dans un second temps les raisons qui justifient l'information des actionnaires (b).

a) Les clauses non exhaustives du protocole de l'opération

162. La définition du protocole. Le protocole de l'opération est un document rédigé par les sociétés à l'issue des négociations. Les protocoles sont des « *documents non officiels ignorés du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence ; documents non obligatoires, mais utiles, de caractère officieux, voire secrets, passés pendant la phase préparatoire entre les promoteurs de la fusion ; ils ont pour objet de manifester la volonté d'union des parties en présence et de réaliser leur accord sur les bases essentielles de l'opération »*[206]. Ils

[205] F. SCHMITT et R. GUEUGNEAU, « Bouygues engage un bras de fer avec l'État pour vendre sa filiale à Orange », *Les Échos* du 31 mars 2016.
[206] G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, Librairies techniques, 1968, p. 17.

sont rédigés à l'insu des actionnaires des sociétés participant à l'opération. Il résulte de cette définition que les protocoles constituent des documents indispensables à l'opération, mais totalement ignorés du droit des fusions.

163. L'intérêt du protocole. Le protocole de fusion ou d'apport partiel d'actif n'est pas obligatoire. Cependant, il permet aux mandataires des sociétés de matérialiser le désir d'une union et de mieux connaître la valeur des sociétés impliquées. Ce document constitue une base non négligeable aux futures discussions[207]. Le protocole sert de base à la rédaction du projet de l'opération. Il détermine généralement les clauses futures du traité de l'opération, même si les textes prévoient un contenu minimum[208].

164. Les clauses relatives aux personnes. Ces clauses concernent le sort des dirigeants et les contrats de travail. En effet, « *les concentrations affectent l'évolution de l'emploi comme celles des relations professionnelles. Elles constituent un défi majeur à ce qui, depuis vingt ans, est devenu l'idéal des sociétés industrielles, à savoir, l'équilibre de l'emploi* »[209].

165. Les clauses financières. Elles sont relatives à l'évaluation des deux sociétés. Il en est de même des clauses relatives à la parité de fusion. L'on sait que « *procéder à une fusion ou une scission, c'est résoudre avant tout le problème financier […] Lorsque, cette entreprise se combine avec une autre, ou se scinde, quelle sera la part de chacun de ces capitalistes dans l'entreprise ou dans les entreprises nouvelles et comment cette part sera-t-elle déterminée ? Telle est la question essentielle* »[210]. Il peut aussi contenir des clauses tendant à assurer ou à renforcer, après fusion, le contrôle des majoritaires. Ce sont les clauses de blocage des titres[211].

166. Les clauses dites de « *forfait* » et les clauses de garantie du passif. La clause de forfait signifie que la société absorbante prend à sa charge le risque de l'opération en vertu duquel elle peut être amenée à payer un passif plus élevé que celui annoncé dans les protocoles ou le traité. En contrepartie, cette clause doit lui permettre de s'approprier tous les biens de la société absorbée, même ceux qui auraient été omis de la liste des éléments d'actifs apportés. Le risque est que la société bénéficiaire paie un passif inconnu[212]. La nécessité d'une telle clause est incompréhensible, dans la mesure où la fusion a pour conséquence la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée. Ce principe commande que la société bénéficiaire soit tenue de l'ensemble du passif connu ou inconnu. Admettre une telle clause revient à limiter le

---

[207] G. Baudeau, Protocoles et traités de fusion, *op. cit.*
[208] V. *Infra* n° 189.
[209] G. BAUDEAU, *op. cit.*, p. 17.
[210] Rapport BELLARGENT, cité par G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op. cit.*, p. 37.
[211] *Ibidem.*
[212] *Ibid.*

principe de la transmission universelle du patrimoine, ce qui peut être de nature à semer le doute sur sa validité. Toutefois, une telle clause peut avoir toute son utilité dans une opération d'apport partiel d'actif, puisque ce sont les parties qui déterminent le passif et l'actif de la branche d'activité à transmettre. La clause de garantie de passif peut éventuellement être insérée dans le projet de l'opération[213].

167. La clause de *« break-up fees »*. La pratique insère souvent dans les protocoles la clause dite de *« break-up fees »* afin de sécuriser les transactions. Par cette clause, les parties prévoient assez tôt le principe et le montant de l'indemnité en cas de rupture des négociations ou pourparlers. Ce montant dû par la partie responsable de la rupture aura pour finalité de couvrir les frais engagés par l'autre partie[214]. Ainsi, dans le projet de rachat de *SFR* par la société Bouygues, cette dernière avait proposé une indemnité de rupture d'un montant de 500 millions d'euros[215]. Ce fut aussi le cas lors de l'échec du rachat par *AT* & *T de la société T-Mobile USA*, filiale de l'opérateur allemand *Deutsche Telekom*. En raison de cet échec, *AT* & *T* a versé à cette dernière, au titre de l'indemnité de rupture, un montant de *3 milliards de dollars en cash*[216].

168. Cette clause a un intérêt certain et se justifie « *par la volonté de prévoir de façon forfaitaire le coût de la rupture et s'affranchir ainsi des faiblesses d'une évaluation judiciaire des dommages liés à l'interruption des négociations* »[217]. Le caractère forfaitaire de l'indemnisation permet aux parties de ne pas débattre du montant des préjudices subis. Par conséquent, si le préjudice subi est inférieur à celui anticipé par les parties dans la clause, l'intégralité de l'indemnité sera due par la partie défaillante. En revanche, s'il est supérieur à l'indemnité, le créancier ne pourra pas réclamer un supplément au débiteur de l'obligation[218].

169. Selon l'objectif assigné à cette clause, elle peut avoir une signification différente. Ainsi, si elle laisse la possibilité pour une partie contractuellement liée de se désengager, elle peut être assimilée à une clause de dédit[219]. Si la clause de *break-up fees* vise à sanctionner une inexécution, elle peut s'analyser comme une clause pénale[220]. En revanche, lorsqu'elle insiste sur l'objectif d'indemnisation d'une perte d'opportunité, elle renvoie à l'indemnité

---

213 *Infra* n° 192.
214 E. MICHEL-CORDIER, X. VAMPARYS, « Clause de *breakup* et pourparlers en vue de la cession de droits sociaux » : *BJS* 2009, p. 820.
215 D. CUNY, L'arme secrète de Bouygues pour SFR : une clause de non-exécution colossale *: La Tribune* du 24 mars 2014.
216 *Ibidem.* ; V. aussi, Auteur non mentionné, « T-Mobile : AT & T annule son offre de 30 milliards d'euros », La *Tribune* du 20 déc. 2011.
217 E. Michel-Cordier, X. Vamparys, *op. cit.*
218 *Ibidem.*
219 CA Versailles, 22 déc. 2006 : *Dr. sociétés*, 2007, n° 119, p. 28, note T. BONNEAU.
220 J. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4e éd. 2010, F. Lefebvre, n° 277.

d'immobilisation[221]. Pour plus d'efficacité, le rédacteur devra prendre soin de définir les faits générateurs de la mise en œuvre de la clause et notamment l'exigence éventuelle d'un juste motif[222]. Il en est de même de la clause de confidentialité.

170. La clause de confidentialité. Lors des pourparlers concernant l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, les parties s'échangent des informations sensibles. En pratique, les dirigeants déterminent les règles qui devront gouverner la communication de ces informations sous la forme d'un engagement de confidentialité ou « *non-disclosure agreement* »[223] ou « *NDA* » en anglais. Cette pratique a été confortée par le législateur. En effet, l'ordonnance du 10 février 2016 rappelle une règle fondamentale des pourparlers ou des négociations : *la confidentialité des échanges*[224]. En pratique, l'engagement de confidentialité contient souvent les stipulations relatives à la définition des informations confidentielles, aux personnes concernées par l'engagement de confidentialité, à la nature de l'engagement, à sa durée, et aux sanctions encourues en cas de violation de la confidentialité. Les parties peuvent aussi y insérer des exceptions[225]. Par conséquent, une attention particulière doit entourer la rédaction de cette clause, d'autant plus que le nouvel article 1112-2 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 reste silencieux sur toutes ces questions. Il laisse donc le soin aux parties d'organiser cet engagement.

171. Ce nouvel article 1112-2 du Code civil précise toutefois que « *celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». Il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle[226] ou contractuelle selon que l'utilisation ou la divulgation de l'information caractérise ou non la violation d'une clause de confidentialité contenue dans un accord de confidentialité. En pratique, dans les opérations importantes, à fort enjeu financier, un accord de confidentialité distinct du protocole est souvent signé par les parties. Cependant, pour la mise en jeu de cette responsabilité, il faut établir une faute, un dommage et un lien de causalité pour que le juge alloue des dommages et intérêts aux victimes. Le principe a déjà été admis par les tribunaux qui ont condamné pour

---

[221] P. MOUSSERON, A. La COTARDIÈRE et L. VICTOR-MICHEL, Les clauses de *break-up fe*es : essai d'analyse quantitative : *BJS* 2015, p. 160.
[222] A. DELHAYE et S. GILLES, La clause de *break-up fees* dans les accords préliminaires des opérations de M & A, *op. cit.*
[223] CH. LEFAILLET et A. BENOIT, La confidentialité dans les opérations de haut de bilan des sociétés non cotées, in dossier La lettre d'intention : *Option finance*, La lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity, 15 juin 2015, p. 6 ; M. PEZANT, Les accords de confidentialité : *Actes prat. ing. sociétaire*, n° 140, mars-avril 2015, p. 37 ; G. FORBIN, « Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers ? » : *RDAI*, 1998, n° 4/5, p. 478.
[224]Ord. n° 2016-131, *op. cit.*, art. 2.
[225] Ch. LEFAILLET et A. BENOIT, article préc.
[226] A. HUGOT et Th. HAINS, L'encadrement des pourparlers dans le projet de réforme du droit des obligations : un léger goût d'inachevé, in dossier La lettre d'intention : *Option finance*, La lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity, 15 juin 2015, p. 6.

concurrence déloyale celui qui avait utilisé une information ainsi obtenue[227]. Mais pour la partie lésée, la difficulté réside dans la quantification du préjudice[228]. Pour surmonter cet obstacle, les parties prévoient souvent une clause pénale qui fixe à l'avance le montant de la réparation du préjudice[229].

172. Le nouvel article 1112-2 du Code civil renforce l'efficacité de cette obligation, puisque le juge peut sanctionner la violation de l'accord de confidentialité sur le fondement de ce texte même en l'absence de clause spécifique. Cette sanction s'inscrit dans le cadre global de la protection du secret des affaires[230].

173. La clause intitulée « *material adverse change* » ou MAC. Cette clause est très répandue dans la pratique des fusions ou acquisitions de sociétés. Elle se traduit littéralement par la notion de clause d'évènements défavorables. Par cette clause, « *la société absorbante se réserve la possibilité de ne pas achever l'opération de fusion ou d'en renégocier les conditions, si, avant la date de clôture définitive de l'opération («prior closing the deal »), toutes les opérations que celle-ci suppose étant accomplies, surviennent des circonstances qui en bouleversent l'économie aux yeux de l'« acquéreur »* »[231].

Une partie de la doctrine française considère que même en l'absence de cette clause, l'une des parties peut demander la renégociation du projet de l'opération sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance 2016-131[232], dont les dispositions prévoient que *« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».* À notre avis, cet article est inadapté à une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En pratique, les clauses de renégociations, à l'exemple de la MAC, sont souvent contenues dans le protocole de l'opération et non dans le projet. Or, le protocole n'est

---

[227] Cass. com. 3 oct. 1978 nº 77-10.915: *Bull. civ.* IV n° 208; Cass. com. 3 juin 1986 nº 84-16.971: *Bull. civ.* IV n° 110.
[228] CH. LEFAILLET et A. BENOIT, La confidentialité dans les opérations de haut de bilan des sociétés non cotées, *op. cit.*
[229] Ibid.
[230] V. Dir. (UE) n° 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : *JOUE* du 15 juin 2016.
[231] B. MERCADAL, À propos de la clause « *Material Adverse Change* » en matière de fusions de sociétés : *RJDA* 2/2003, p. 83 ; J. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz référence, 2010, p. 215, n° 43. 13.
[232] A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.*, n° 83091.

pas un contrat susceptible d'engager la responsabilité contractuelle des sociétés parties à l'opération.

Dans l'hypothèse même qu'une telle clause soit insérée dans le projet de l'opération, les conditions d'une renégociation ne seront pas nécessairement remplies. Certes, une crise financière ou même une chute du cours du pétrole peut avoir un impact sur l'une ou l'autre des sociétés conduisant à revoir les conditions financières de l'opération prévues dans le protocole et non dans le projet. Dans ce cas, il faudrait encore obtenir le consentement de l'autre partie, ce qui n'est pas toujours évident en pratique.

De plus, dans quelle condition l'exécution du projet de l'opération serait-elle « *excessivement onéreuse pour l'autre partie* » ? Dans le protocole, les signataires s'engagent à ce que leur assemblée générale extraordinaire respective approuve l'opération ou encore obtienne les autorisations nécessaires à la réalisation de l'opération. En revanche, dans le projet, ces engagements deviennent des conditions suspensives à la réalisation de l'opération. Il n'y a donc pas de véritable obligation au sens strict, comme c'est le cas dans un contrat synallagmatique classique. Par conséquent, il est nécessaire que les parties prévoient elles-mêmes des clauses de renégociation dans le protocole.

174. *In fine*, les clauses précitées ne sont pas exhaustives. Elles constituent les clauses les plus usuelles. La pratique insère dans les protocoles les clauses en fonction des enjeux financiers ou économiques du projet, des sociétés en présence, du but de l'opération, de la nature de l'opération interne, transfrontalière ou internationale… Il ne peut exister une liste précise de celles-ci sans qu'elles se révèlent inapplicables dans certaines opérations. Néanmoins, que la clause soit usuelle ou non, une attention particulière doit entourer sa rédaction.

175. Les clauses précitées contenues dans le protocole sont importantes, mais ce document secret n'est pas communiqué aux actionnaires. Or, il est nécessaire qu'il leur soit communiqué.

b) L'information des actionnaires sur le contenu du protocole

176. La justification. Plusieurs raisons militent en faveur de l'information des actionnaires sur le contenu du protocole de fusion. Il ressort de la lecture des protocoles, les véritables raisons de l'opération, le fonctionnement de la société après l'opération, les

évaluations des sociétés participantes en vue de déterminer la parité d'échange[233]. En pratique, il existe souvent un décalage entre le contenu du protocole et le projet soumis à l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire[234]. Or, seul le protocole permet d'appréhender les desseins véritables des parties[235] ou les objectifs « *plus ou moins* » officiels de l'opération[236]. En effet, le préambule du protocole relate souvent les raisons du choix de l'opération. Ce document présente aussi souvent la politique commerciale post-opération. Ainsi, M. BAUDEAU constate que contrairement au protocole, le projet de l'opération a pour but de « *convaincre l'actionnaire, aussi bien de l'absorbante que de l'absorbée, du bien-fondé de l'opération qui lui est proposée : il ne saurait même être question, en général, de lui présenter les autres techniques de concentration auxquelles les dirigeants ont songé. Le but de la fusion est abordé en termes d'évidence et non plus de choix* »[237]. Par conséquent, les actionnaires n'ont pas un regard critique sur celle-ci, puisqu'ils ne disposent pas d'une information complète. RIPERT résumait déjà parfaitement cette absence de critique sur l'opération en ces termes, « *pourquoi les actionnaires viendraient-ils à l'assemblée ? Il faudrait, pour les y attirer, la passion éventuelle des débats. Or, la discussion est rare* »[238].

177. La désignation d'un administrateur indépendant. L'information sur le contenu du protocole de l'opération semble être indispensable au regard des raisons précédemment évoquées. D'aucuns diront que cela n'est pas nécessaire, puisque les actionnaires décident de l'opération après avoir pris connaissance du projet. À notre avis, il serait souhaitable de leur accorder le droit d'assister aux négociations par une habilitation de l'assemblée générale. Par exemple, un administrateur indépendant pourrait être nommé dans le seul but d'assister aux négociations pour garantir les intérêts des actionnaires. Après avoir assisté aux négociations, ledit administrateur établirait un procès-verbal à l'attention de ses mandants. Il relaterait les faits, les discussions, les principales clauses discutées et négociées. Cette procédure permettrait aux actionnaires minoritaires d'accepter ou non les évaluations des sociétés participantes, de mieux comprendre les méthodes d'évaluation et la parité d'échange ultérieure et de décider de l'opération en connaissance de cause. Dans ce cas, le droit de sociétés s'étendrait ainsi à la négociation prévue par le droit civil.

---

233 G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op.cit.*, p. 31 et s.
234 *Ibidem.*
235 X. GROSCLAUDE, Les droits des actionnaires dans les opérations de fusion, Thèse, Strasbourg III, 1992, p. 82.
236 J. DUVAL-HAMEL, *Le paradoxe des fusions, vecteurs de la vie des affaires*, *op.cit.*
237 G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op.cit.*, n° 27.
238 G. RIPERT, cité par G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op.cit.,* p. 154 et s.

178. Certains auteurs s'opposent à une telle information des actionnaires en raison du secret qui doit entourer les négociations[239]. Le secret est important puisqu'il protège la société de ses concurrents. Néanmoins, il ne peut pas justifier à notre avis le refus d'information des actionnaires sur le contenu des protocoles de fusion ou d'apport partiel d'actif. En effet, le secret ne peut s'expliquer que pour la société cotée en raison de l'existence d'un marché, puisque l'information sur de telles opérations pourrait influencer le cours de Bourse de l'une ou l'autre société partie à l'opération. Il en a été ainsi de l'annonce récente d'une éventuelle fusion entre la société Bayer et la société Mosanto qui a fait plonger de 6 % l'action de la première à la Bourse de Francfort[240]. Or, pour la société non cotée, un tel marché n'existant pas, il n'y a donc pas de raison de « *brandir* » le secret à l'égard des actionnaires. De plus, en pratique, le secret n'est qu'un « l*eurre* ». Lors d'opération importante, il y a souvent des fuites de la part des représentants des salariés. En effet, ces derniers sont souvent informés bien avant le dépôt du projet au greffe conformément aux textes[241]. Dans ce cas, pourquoi s'opposer à la présence d'un administrateur habilité lors des négociations du protocole au nom d'un hypothétique secret ? Le fait que les représentants des salariés soient informés avant les actionnaires constitue une anomalie qui devrait nécessairement être corrigée, même si depuis le 17 août 2015[242], le comité d'entreprise doit être consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise[243].

179. Pour garantir l'intérêt de chaque société partie à l'opération, les rédacteurs des textes pourraient faire peser sur l'administrateur indépendant et sur ses mandants une obligation de confidentialité avant la publicité du projet de l'opération. À défaut d'une telle clause, la responsabilité de ces derniers pourrait néanmoins être engagée sur le fondement du nouvel article 1112-2 du Code civil précédemment étudié[244]. Toutefois, des solutions alternatives plus garantes du secret sont proposées dans l'intérêt de la société, mais aussi des actionnaires.

180. Des solutions alternatives à la désignation de l'administrateur. La première solution consisterait à impliquer *a priori* les commissaires à l'opération ou le commissaire aux comptes[245]. En effet, ce dernier est garant de l'égalité entre actionnaires. Quant aux commissaires à l'opération, leur présence lors des négociations leur permettrait de mieux rédiger le rapport. Ils seraient ainsi informés des véritables raisons qui ont poussé les dirigeants à choisir telle

---

239 X. GROSCLAUDE, Thèse précitée, *op. cit.*, p. 78.
240 Auteur non mentionné « Bayer lorgne Monsanto en vue d'une fusion de titans », *La Tribune* du 19 mai 2016.
241 C. trav., art. L. 2323-1 et s.
242 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi : *JORF*, n° 0189 du 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3, art. 18.
243 C. trav., art. L. 2323-10 et 11.
244 V. *supra* n° 171.
245 G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op. cit.,* p. 108 et s.

méthode et pas telle autre. Le fait d'associer les commissaires à l'opération dès le début serait gage d'équité. Le contrôle *a posteriori* n'est pas toujours garant de l'équité, car les commissaires se basent sur les calculs faits par les dirigeants[246]. Selon une partie de la doctrine, l'intervention *a priori* des commissaires à l'opération a le mérite de réduire les délais de présentation de leur rapport[247]. Cette réduction de délai ne paraît cependant pas souhaitable, car elle ne semble pas juste au regard de l'objectif de protection des intérêts des actionnaires. Le commissaire à l'opération doit avoir le temps nécessaire pour rédiger correctement ses rapports. Ce dernier a une mission d'information, il faut donc que les rapports soient bien rédigés, car ces documents s'adressent le plus souvent à des non-experts. C'est la raison pour laquelle, il faut trouver un équilibre entre le principe de rapidité en droit des affaires qui gouverne aussi les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif et la nécessaire protection des intérêts des actionnaires qui passe par une véritable information.

181. La seconde solution serait qu'à défaut d'une implication des commissaires à l'opération, le protocole de fusion ou d'apport partiel d'actif leur soit néanmoins communiqué à titre préventif. Cette solution a été admise par la Compagnie Nationale des commissaires aux comptes qui estime cette communication opportune, car elle permet « *de mieux appréhender les objectifs et motifs profonds de la fusion, en particulier si les conditions figurant dans le protocole n'étaient pas reprises dans le projet de fusion ou étaient en contradiction avec ce dernier* »[248].

182. Enfin, à défaut d'une implication a priori des commissaires à l'opération ou de l'absence d'une mise à leur disposition du protocole, ce document pourrait être communiqué aux actionnaires préalablement à l'assemblée générale appelée à approuver l'opération[249]. Il pourrait être annexé au projet, sans toutefois faire l'objet d'une publicité et ainsi, sa confidentialité serait préservée. Il serait donc souhaitable que les articles R. 236-3 du Code de commerce et 674 de l'Acte uniforme relatifs aux documents à mettre à la disposition des actionnaires avant l'assemblée générale extraordinaire soient modifiés pour y inclure le protocole[250]. Le fait de conférer au protocole une valeur légale aurait le mérite d'obliger les dirigeants à le communiquer. Néanmoins, le risque réside dans le fait que ces derniers rédigent d'autres documents dans lesquels ils présentent leur véritable motivation au détriment du protocole à communiquer. Par conséquent, la modification devrait plutôt employer les termes suivants : *« toute société par actions participant à une opération de fusion ou scission met à la disposition de ses*

---

[246] Sur le contrôle v. *infra* n° 786.
[247] G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op. cit.*, p. 108 et s. Sur les rapports v. *infra* n° 205.
[248] CNCC, *Fusions et opérations assimilées* : Études juridiques, Études n° 20 1988, p. 83 et s.
[249] V. *infra* n° 486.
[250] En ce qui concerne ces documents, v. *infra* n° 263.

actionnaires, au siège social […] avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants : le protocole ou tout document organisant les négociations […] ». Nous sommes conscients que cette proposition constitue un vœu pieux, car il n'est pas évident que ces articles soient modifiés. Les rédacteurs des textes semblent ne pas avoir conscience de l'importance du protocole dans les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif. Il faudra alors compter sur la loyauté et la bonne foi des dirigeants pour protéger les intérêts des sociétés et des actionnaires minoritaires. Il faut donc espérer que le contenu du protocole soit identique à celui du projet de l'opération.

B) LE CONTENU DU PROJET

183. Le projet de l'opération constitue un document important pour l'information des actionnaires et des créanciers. C'est la raison pour laquelle son contenu est déterminé par les textes (2) ainsi que les organes compétents pour son élaboration (1).

1) Les organes compétents pour établir le projet

184. Aux termes de l'article R. 236-1, alinéa 1er du Code de commerce, « *le projet de fusion ou de scission (ou d'apport partiel d'actif) est arrêté par le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission projetée* ». Il en est de même en droit OHADA, puisque l'article 193, alinéa 1er, de l'Acte uniforme prévoit que « *toutes les sociétés qui participent à une opération de fusion ou de scission (ou d'apport partiel d'actif) établissent un projet de fusion ou de scission (ou d'apport partiel d'actif) arrêté, selon le cas, par le conseil d'administration, l'administrateur général, le ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération* ». Pour la SAS, le rôle dévolu au conseil d'administration, au directoire et à l'administrateur général pour le droit OHADA, revient au Président ou aux dirigeants désignés dans les statuts[251]. Les organes précités ont l'obligation d'arrêter les termes du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif[252].

185. Dans la pratique française, le conseil d'administration ou le directoire, organe collégial, se réunit spécialement à cet effet pour arrêter les termes du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif. Après la délibération, le conseil habilite le Président-Directeur général ou le directeur général, le cas échéant, signer ledit projet. Quant au directoire, il donne les pouvoirs à son Président d'apposer sa signature sur celui-ci. En effet, le projet de fusion ou

[251] C. com., art. L. 227-1, al. 3 ; AUSGIE, art. 853-3.
[252] C. com., art. L. 236-6, al. 1 sur renvoi de l'art. L. 236-6-1, AUSGIE, art. 195.

d'apport partiel d'actif doit être signé par le représentant légal de chaque société partie à l'opération[253].

186. La compétence de l'organe de gestion selon la forme de la société pour arrêter les termes de l'opération se justifie par le fait que cet organe définit les orientations stratégiques de la société. En effet, par exemple, en ce qui concerne la société anonyme avec conseil d'administration, le législateur français et son homologue OHADA prévoient respectivement aux articles L. 225-35 du Code de commerce et 435 de l'Acte uniforme que *« le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre […] »*. Cette mission semble aussi être dévolue au président de la SAS ou aux dirigeants désignés par les statuts conformément à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce et 853-3 de l'Acte uniforme. Or, l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif correspond à une orientation stratégique des sociétés parties à l'opération. Toutefois, le pouvoir des organes précités est fortement limité dans la mesure où le contenu minimum du projet de l'opération est déterminé par les textes.

2) Un contenu spécifique à chaque opération

187. Il existe une différence entre le contenu du projet pour les opérations internes (a) et celui des opérations simplifiées et transfrontalières (b).

a) Le contenu du projet pour les opérations classiques

188. Les clauses imposées. Les articles R. 236-1 du Code de commerce et 193 de l'Acte uniforme fixent le contenu minimum du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif. Les informations obligatoires peuvent être divisées en deux catégories principales. La première concerne principalement l'identification des sociétés parties à l'opération. Le projet indique la forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés participantes. La seconde est relative aux conditions et modalités essentielles de l'opération. Le projet précise d'abord les motifs, buts et conditions de la fusion ou de l'apport partiel d'actif. Il convient d'expliquer les considérations économiques qui justifient l'opération et les conditions de réalisation de l'opération autres que les considérations financières[254]. En outre, le projet de l'opération indique

[253] Ainsi dans la fusion intervenue entre la société NGE SAS et NGE INVEST SCA, le projet de fusion a été respectivement signé par le DG de la première et par le gérant de la seconde en date du 17 septembre 2015.
[254] M.-L. COQUELET et C. BARRILLON, Fusion, scission : *Joly éd.* Mis à jour en 2016.

la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif, dont la transmission à la société absorbante ou bénéficiaire est prévue. Le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif est établi sur la base des comptes annuels des sociétés participantes. Dans ces comptes, il est fait un état détaillé de la situation comptable des sociétés. Pour éviter de désigner et d'évaluer chaque élément du passif et de l'actif, les praticiens désignent et évaluent un ensemble d'actif et de passif par exemple, les immobilisations incorporelles. Il faut ensuite fixer les modalités de remise des actions et la date à partir de laquelle ces actions donnent droit aux bénéfices, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports. Il s'agit ici du principe de rétroactivité[255]. Il faut également préciser les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération. Enfin, il faut mentionner le rapport d'échange des droits sociaux[256] et, le cas échéant, le montant de la soulte et celui prévu de la prime de fusion (elle est due chaque fois que la valeur réelle des actions de la société absorbante excède leur montant nominal[257]) ainsi que les droits accordés aux actionnaires ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers. Cette clause constitue une spécificité de l'opération de fusion. Elle n'est pas nécessaire dans une opération d'apport partiel d'actif puisque les actionnaires n'ont pas vocation à recueillir les actions de la société bénéficiaire. Celle-ci implique de préciser les avantages accordés aux titulaires d'actions de préférence.

189. Les articles R. 236-1 du Code de commerce et 193 de l'Acte uniforme sont silencieux sur la sanction du non-respect des mentions obligatoires.

190. Les clauses précitées constituent les mentions minimales. Les parties peuvent toutefois ajouter certaines clauses.

191. Les clauses spécifiques aux sociétés participant à l'opération. En pratique, dans le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif, il y a par exemple des déclarations ou garanties déclaratives sur les biens transmis. Ces déclarations constituent un mécanisme d'origine anglo-saxonne appelée « *representations and warranties* »[258]. Dans la doctrine française, elles sont souvent

[255] Sur cette question v. *infra* n° 542.
[256] Sur cette problématique v. *infra* n° 778.
[257] A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.* n° 82943.
[258] A. COURET et P. ROSENPICK, L'articulation entre déclarations et clauses de garantie d'actif et de passif : *Dr. et patr*, 2008, p. 175.

dénommées « *garantie de conformité* »[259], « *garantie d'exactitude* »[260], « *garantie de sincérité* »[261]ou encore « *garantie de comptes* »[262]. Elles consistent en une série de déclarations relatives aux sociétés parties à l'opération. Ainsi, ces clauses peuvent affirmer que « *la société n'a jamais été en état de liquidation de biens ou de redressement judiciaire, n'a jamais bénéficié d'un jugement de suspension provisoire des poursuites et n'a fait l'objet d'aucune des procédures prévues par le Code de commerce sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises* »[263] ou encore lorsque l'une des sociétés parties à l'opération a des filiales que « *la société n'est pas actuellement (ni aucune de ses filiales n'est actuellement) en état de cessations des paiements et ne fait pas (ni aucune de ses filiales ne fait) l'objet d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* »[264]. Par ailleurs, la clause déclarative peut aussi certifier par exemple que « *le montant du passif tel qu'il ressort des écritures comptables à la date du […] est exact et sincère et qu'il n'existe aucun passif non enregistré à cette date* »[265]. Ces clauses constituent de véritables garanties et à ce titre, elles jouissent d'une certaine autonomie par rapport aux clauses de garantie de passif[266]. Elles constituent donc un moyen de protection en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif[267], à l'instar d'une clause de garantie de passif qui être insérée directement dans le projet de l'opération. Cette clause exprime l'engagement du ou des garants à prendre en charge directement ou à régler au bénéficiaire toute augmentation de passif et/ou diminution d'actif (éventuellement net) dont l'origine serait antérieure à une date déterminée, le plus souvent à la date de réalisation de l'opération[268]. Elle permet à la société absorbante ou bénéficiaire de limiter les risques inhérents à la société cible. Celle-ci contribue aussi à garantir l'authenticité des éléments comptables ayant contribué à la valorisation de la société absorbée ou la branche

---

[259] J. PAILLUSSEAU, La garantie de conformité dans les cessions de contrôle : *JCP E* 2007, n° 1238.

[260] P. MOUSSERON, Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux, Nouvelles Éditions Fiduciaires, 2e éd., 1997, n° 513.

[261] X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, préf. PH. FOUCHARD, LGDJ 1998, n° 96.

[262] O. DEREN, Les différents types de garanties contractuelles, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux : *BJS* 2010, p.9.

[263] La société NGE et la société NGE INVEST, Traité de fusion du 17 septembre 2015, sixième partie (déclarations), p. 15, en ligne sur www.nge.fr, consulté le 16/10/2017 ou encore la société RUBIS TERMINAL et la société CPA, Contrat d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions du 22 avril 2014, section V. p. 10 et 11, en ligne sur www.rubis-terminal.fr, consulté le 16/10/2017.

[264] La société POWEO et la société DIRECT ENERGIE, Traité de fusion du 1er juin 2012, Chap.V, art. 16 et s. p. 21, en ligne www.groupe.direct-energie.com, consulté le 16/10/2017.

[265] La société Rubis Terminal et la société CPA, *op. cit.* ou encore La société POWEO et la société DIRECT ENERGIE, *op. cit.*

[266] Cass. com., 2 févr.2010, n° 09-11.064, F P+B, SAS Genimex-Général d'import export : *JurisData* n° 2010-051502, *JCP E* 2010, 1391 ; T. LÉOBON, La partie déclarative des conventions de garantie de passif : *JCP E* 2010, n° 1391.

[267] CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 :146, Modelo Continente Hipermercados, consid. 34 : *BJS* 2015, p. 200 note A. COURET *; RLDA* mai 2015, n° 5583, note A. REYGROBELLET ; *JCP E* 2015, 1234, note F. BARRIÈRE.

[268] A. COURET et P. ROSENPICK, L'articulation entre déclarations et clauses de garantie d'actif et de passif : *Dr. et patr*, 2008, p.175 ; T. LEOBON, La partie déclarative des conventions de garantie de passif, note sous Cass. com., 2 févr. 2010, *op. cit.*

d'activité lors des négociations. La garantie semble utile pour assurer la consistance et la rentabilité sur laquelle les parités de fusion ont été établies[269]. Par exemple, dans l'opération d'apport partiel d'actif entre la société Rubis Terminal et CPA, la société apporteuse s'est engagée à ce que la valeur nette comptable de l'actif net apporté au jour de la réalisation de l'opération ne soit pas inférieure à celle qui découle du traité d'apport[270]. En conséquence, en cas de diminution de la valeur globale de l'apport entre le 1er janvier 2014 et la date de réalisation de l'opération, la société Rubis Terminal, société apporteuse s'est par ailleurs engagée à compléter l'apport à due concurrence de la diminution éventuelle par un versement supplémentaire en numéraire d'un montant égal à la différence entre 2 000 000 euros et le montant de l'actif net apporté à la date de la réalisation de l'opération[271].

192. En plus de ces déclarations de garanties ou d'une clause de garantie de passif, le projet contient souvent des engagements fiscaux, relatifs essentiellement aux droits d'enregistrement, à l'impôt sur les sociétés et à la taxe sur la valeur ajoutée. Par ailleurs, il contient aussi dans la pratique française les clauses relatives à la participation des salariés aux résultats et à la participation des salariés à l'effort de construction conformément à l'article R. 313-6 du Code de la construction et de l'habitation. Enfin, il y est inséré diverses clauses relatives aux formalités légales, aux frais et à l'élection de domicile, ainsi qu'aux pouvoirs[272]. Ces clauses ne sont pas exhaustives, mais dépendent en pratique de la forme de l'opération projetée par les parties.

b) Un contenu spécifique à certaines opérations

193. Compte tenu de la particularité de certaines opérations, les textes prévoient des mentions obligatoires spécifiques.

194. Le contenu du projet en cas d'opérations simplifiées à 100 %. En droit français, dans le cadre de la fusion simplifiée ou de l'apport partiel d'actif partiel simplifié à 100 %, toutes les clauses relatives à la rémunération de l'apport de patrimoine sont exclues explicitement du projet conformément à l'article R. 236-1 du Code de commerce. En effet, cet article dispose que

---

[269] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2014, n° 696, p. 454-455.
[270] La société Rubis Terminal et la société CPA, *op. cit.* IV.1, p. 8.
[271] *Ibidem.* VI. 3 (Ajustement), p. 12.
[272] Par la clause d'élection de domicile, les représentants légaux des sociétés élisent domicile aux sièges sociaux respectifs desdites sociétés pour l'exécution des actes et pour toutes significations ou notifications concernant l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En ce qui concerne la clause de pouvoirs, elle donne au porteur d'un original ou d'une copie des actes relatifs à l'opération pouvoir pour remplir toutes formalités et faire toutes déclarations.

« *pour les opérations mentionnées à l'article L. 236-11, le projet de fusion ne mentionne ni les modalités de remise des parts ou actions, ni la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices, ni aucune modalité particulière relative à ce droit ni aucune des indications prévues 6° et 7° du présent article* ». Pour la fusion, cette exclusion s'explique par l'absence d'augmentation du capital social de la société absorbante. En effet, ce défaut d'augmentation de capital découle de l'interdiction générale de détenir ses propres actions[273] et de l'interdiction spécifique à la fusion de procéder à l'échange d'actions, lorsque la société bénéficiaire est propriétaire de ces actions[274]. Or, l'échange d'actions ne demeure possible que par l'émission d'actions nouvelles, ce qui n'est pas lors de l'opération d'apport partiel d'actif même simplifié[275]. Le contenu de ce projet devrait donc contenir les mêmes mentions obligatoires que celles d'une opération d'apport partiel d'actif classique.

195. En ce qui concerne le droit OHADA, l'Acte uniforme reste silencieux sur le contenu du projet en cas d'opérations simplifiées. Dans ce cas, comment faut-il interpréter ce silence ? Le contenu du projet de l'opération simplifiée est-il le même que celui d'une opération classique ? La réponse à cette dernière question pourrait être affirmative en l'absence de dispositions spécifiques. Néanmoins, elle doit être nuancée selon qu'il s'agit d'un apport partiel d'actif simplifié ou d'une opération de fusion simplifiée. Dans la première opération, le contenu du projet de l'apport partiel d'actif simplifié serait identique à une opération classique d'apport partiel d'actif compte tenu de la spécificité de cette opération[276]. En revanche, la solution serait différente s'agissant de la fusion simplifiée. Le projet de cette opération ne devrait pas contenir de clauses relatives à la rémunération de l'apport faute d'une augmentation de capital social. Les rédacteurs de l'Acte uniforme OHADA pourraient donc modifier l'article 193 de l'Acte uniforme afin d'exclure expressément les clauses relatives à la rémunération du contenu du projet de fusion simplifiée. Cet article peut, par exemple, être réécrit de la manière suivante : « […] *Le projet de fusion ou scission doit indiquer […]. Pour les opérations mentionnées à l'article 676, le projet de fusion ne mentionne ni les modalités de remise des parts ou actions, ni la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices, ni aucune modalité particulière relative à ce droit, ni aucune des indications prévues 6° et 7° du présent article* ». Cette modification aurait le mérite d'assurer la cohérence des textes afin de renforcer la sécurité juridique des opérations de fusions simplifiées et de même que celles de fusions transfrontalières.

---

[273] C. com., art. L. 225-209-2.
[274] V. *infra* n°822 et s.
[275] V. *infra* n° 832.
[276] *Ibidem.*

196. Le contenu du projet spécifique à la fusion transfrontalière. En droit français, contrairement à l'opération de fusion simplifiée pour laquelle le législateur français a supprimé certaines clauses, dans l'opération de fusion transfrontalière des clauses ont été ajoutées. En effet, en plus des clauses précitées, des clauses spécifiques au projet de fusion transfrontalière sont prévues par les textes[277]. Ainsi, le projet doit indiquer tous avantages particuliers attribués aux experts qui examinent le projet de fusion transfrontalière ainsi qu'aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent. Il doit aussi contenir les statuts de la société issue de la fusion transfrontalière. Enfin, le projet de fusion transfrontalière doit indiquer, le cas échéant, des informations sur les procédures selon lesquelles seront fixées les modalités relatives à l'implication des travailleurs dans la définition de leurs droits de participation dans la société issue de la fusion transfrontalière et les effets probables de la fusion transfrontalière sur l'emploi.

197. Comme pour les opérations simplifiées à 100 %, le droit OHADA ne prévoit pas de contenu spécifique au projet de fusion transfrontalière régi par l'article 199 de l'Acte uniforme. Cet article dispose tout simplement que « *la fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même État partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme dans l'État partie de son siège* » sans autres précisions. Ce texte ne prend pas en compte la spécificité des opérations de fusion transfrontalière. Cette situation est néanmoins minimisée par l'uniformisation des textes en droit OHADA. Il n'est donc pas nécessaire que le projet de fusion transfrontalière en droit OHADA contienne des mentions spécifiques, d'autant plus qu'il est complété par d'autres documents contribuant à l'information des actionnaires.

§2 — L'information complémentaire au projet

198. Le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif ne constitue pas le seul document d'information des actionnaires. L'information complémentaire est une obligation du droit des fusions (A). Mais, les actionnaires peuvent recourir aux moyens extérieurs au droit des fusions pour parfaire leur information (B).

[277] C. com., art. R. 236-14.

A) L'INFORMATION COMPLÉMENTAIRE DU DROIT DES FUSIONS

199. À l'instar des dirigeants, les commissaires à l'opération doivent établir un rapport sur l'opération (1). Outre ces rapports, une information comptable et financière doit être mise à la disposition des actionnaires (2).

1) Les rapports des dirigeants et des commissaires à l'opération

200. Les textes déterminent le contenu des rapports des dirigeants et des commissaires à l'opération (a). Ils prévoient aussi les exceptions à la rédaction desdits rapports (b).

a) Un contenu réglementé

201. Le contenu du rapport des dirigeants. Conformément aux articles R.236-5 du Code de commerce et 671 de l'Acte uniforme, les dirigeants rédigent un rapport qui explique et justifie de « *manière détaillée, du point de vue juridique et économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluations utilisées, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation* ». Autrement dit, le rapport doit présenter les raisons du choix de l'opération.

202. Pour la fusion transfrontalière en droit français, conformément aux articles L. 236-27 du Code de commerce, les dirigeants doivent établir un rapport expliquant en plus du contenu précité, « *les conséquences de l'opération pour les actionnaires, les salariés et les créanciers* »[278]. Cette obligation se justifie par le fait que ces catégories peuvent être confrontées à une loi défavorable[279]. En revanche, cette obligation n'existe pas en droit OHADA et le rapport doit contenir les mentions obligatoires prévues à l'article 671 de l'Acte uniforme.

203. En ce qui concerne l'apport partiel d'actif, le législateur français exige de mentionner dans le rapport de la société bénéficiaire que le rapport du commissaire aux apports prévu à l'article L. 225-147 du Code de commerce est établi et qu'il sera déposé au greffe du tribunal de commerce du siège de ces sociétés[280]. En outre, l'AMF recommande que le rapport des dirigeants indique les critères retenus pour estimer la valeur des biens apportés et celle des

[278] C. com., art. R. 236-16, al. 1.
[279] V. *supra* n° 111.
[280] C. com., R. 236-5, al. 2.

actions de la société bénéficiaire des apports, les raisons du choix de ces critères et de la rémunération des apports[281].

204. Le contenu des rapports des commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif. Les commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif établissent deux rapports : un rapport sur les modalités de l'opération et un autre sur les apports en nature ou les avantages particuliers.

205. S'agissant du rapport sur les modalités de l'opération, ce rapport indique « *la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé, le caractère adéquat de cette ou de ces méthodes en l'espèce ainsi que les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative de ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue ; les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe* »[282]. Pour l'AMF, il doit expliquer la parité d'échange, indiquer les méthodes adéquates et les résultats. Il ne peut se limiter à l'évaluation sans tenir compte de la rémunération[283]. Enfin, ce rapport ne doit pas chercher à justifier la parité d'échange retenue par la société[284]. En ce qui concerne l'apport partiel d'actif, le rapport des commissaires n'a pas à indiquer la parité d'échange faute d'échange de droits sociaux[285].

206. En droit français, en plus du rapport précité, les commissaires établissent un rapport sur les apports en nature ou les avantages particuliers, conformément à l'article L. 236-10, III du Code de commerce. Ce rapport est établi dans les conditions fixées par l'article L. 225-147 du Code de commerce sur renvoi de l'article L. 236-10, III du Code de commerce, en matière d'augmentation de capital. Le rapport sur les apports en nature est établi par la société absorbante ou par la société bénéficiaire de l'apport, lorsque le passif transmis ou apporté comprend des apports en nature ou lorsqu'il est stipulé des avantages particuliers à certains actionnaires[286]. Ce rapport a une importance particulière. En effet, en l'absence du rapport sur les modalités de l'opération, celui-ci constitue un moyen d'information des actionnaires minoritaires. Il convient toutefois de préciser que, s'agissant de ce rapport, le commissaire à la fusion ou à l'apport partiel d'actif est aussi commissaire aux apports ou aux avantages

---

[281] AMF (ex COB) Recommandations Juillet-Août 1977 concernant l'information des actionnaires et la rémunération des apports en nature dans les opérations de Fusion, scission ou apport partiel d'actif : *Bull.* n° 95 p. 3 et s.

[282] C. com., art. L. 236-10, I ; AUSGIE, art. 672.

[283] AMF (ex COB) Recommandations Juillet-Août 1977, *op. cit.*

[284] *Ibid.*

[285] Cass. com., 8 juil. 2003, n° 1182 FD, Consorts Barré c/SA Brosse Packaging et autres : *BJS* 2003, p. 1152 note M.-L. COQUELET.

[286] M. PETOT-FONTAINE, Sarl-Fusions et scissions-Apport partiel d'actif : *JCL Sociétés Traité*, Fasc.79-10, 23 mars 2012, dernière mise à jour le 13 oct. 2014.

particuliers. Cette modification a été introduite par l'article 57 d'une loi de 2008[287]. Antérieurement à cette loi, un commissaire aux apports était désigné pour établir un rapport sur les apports en nature ou sur les avantages particuliers. En pratique, les tribunaux de commerce avaient l'habitude de nommer les mêmes personnes aux deux fonctions[288]. Cette modification a le mérite d'éviter deux séries d'experts pour une même opération et de limiter ainsi les coûts. Il en est de même en droit OHADA, puisque l'article 673, alinéa 1er, de l'Acte uniforme prévoit que « *le ou les commissaires à la fusion sont désignés et accomplissent leur mission dans les conditions prévues aux articles 619 et suivants ci-dessus. Le commissaire à la fusion ne peut être choisi parmi les commissaires aux comptes des sociétés qui participent à l'opération* » et renvoie par conséquent aux articles 619 et suivants relatifs aux apports en nature et aux stipulations d'avantages particuliers.

207. Le contenu de ces différents rapports est identique en cas de fusion transfrontalière puisqu'ils n'existent pas de dispositions spécifiques. Cependant, les exceptions à la rédaction des rapports précités ont été prévues par les textes.

b) Les exceptions critiquables à l'établissement des rapports

208. Il existe plusieurs exceptions dans les textes à l'établissement des rapports précités.

209. La décision unanime des actionnaires en droit français. Une décision unanime des actionnaires est nécessaire pour écarter l'établissement des rapports précités. En effet, les articles L. 236-9, alinéa 4 (rapport des dirigeants) et L. 236-10, I (rapport des commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif) du Code de commerce admettent la suppression des rapports précités à condition que la décision des actionnaires soit prise à l'unanimité. Cette exigence ne peut être que saluée, puisqu'elle se justifie par les conséquences de l'absence de ces rapports, à savoir l'impossibilité d'informer les actionnaires sur l'opération. L'unanimité est certes garante de la protection des intérêts des actionnaires, mais elle serait ineffective en pratique en cas de dispersion de l'actionnariat ou même en présence d'actionnaires minoritaires hostiles à tout changement dans la société. La suppression de ces rapports a une incidence sur l'information des actionnaires. Ces derniers sont ainsi privés des documents plus explicites que le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif. D'aucuns objecteront que le sort de ces rapports dépend de la volonté des actionnaires, encore faut-il qu'ils aient connaissance de l'importance de ces documents avant toute décision. Néanmoins, ils peuvent toujours être informés par le rapport

[287] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : *JORF* n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, art. 57.
[288] M. PETOT FONTAINE, Sarl-Fusions et scissions-Apport partiel d'actif, *op. cit.*

sur les apports en nature ou avantages particuliers, le cas échéant. En effet, celui-ci n'est pas concerné par une éventuelle suppression. Mais, ce rapport ne peut parfaire l'information parce qu'il ne concerne qu'une question précise et non les modalités de l'opération. Dans des opérations aussi importantes que techniques, il convient d'avoir un regard extérieur.

210. Un problème résulte cependant, de cette exigence. Ainsi, la question qui se pose est de savoir comment requérir cet accord unanime. Faut-il réunir une assemblée générale ? Si oui, dans quel délai doit-elle être convoquée ? Aucune réponse n'est donnée dans les textes sur le formalisme de l'accord. Toutefois, selon l'ANSA, l'assemblée générale extraordinaire n'est pas nécessaire pour requérir l'accord unanime, celui-ci peut être obtenu par « *tous moyens* », tels que la signature d'un acte, faute d'une précision législative[289]. Pour respecter le calendrier de fusion ou d'apport partiel d'actif, les actionnaires doivent être consultés au moins un mois avant l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur l'opération[290].

211. L'opération de fusion simplifiée dans laquelle la société absorbante détient 100 % du capital social de la société absorbée. Les articles L. 236-11, alinéa 1er du Code de commerce et 676 de l'Acte uniforme admettent la suppression des rapports des dirigeants et des commissaires à la fusion. La suppression semble justifiée par l'absence d'augmentation de capital dans la société absorbante. Cette position paraît tout à fait contestable. Le rapport des dirigeants n'est pas lié à l'augmentation du capital, mais il explique les raisons de l'opération. Cette justification est nécessaire même si la société bénéficiaire constitue l'actionnaire unique et est à ce titre en mesure de juger de l'opportunité de celle-ci. De plus, les actionnaires de la société bénéficiaire demandent souvent à être informés sur les raisons juridiques et économiques de l'opération.

212. L'opération d'apport partiel d'actif simplifié dans laquelle la société bénéficiaire de l'apport détient 100 % du capital social de la société apporteuse. Il s'agit, d'une opération dans laquelle une filiale fait un apport à sa société mère[291]. Dans cette forme d'opération, les articles L. 236-11 du Code de commerce et 676 de l'Acte uniforme, comme pour l'opération de fusion simplifiée, dispensent les sociétés participant à une telle opération de rédiger les rapports précités. À l'instar de la fusion simplifiée, la suppression des rapports en cas d'apport partiel d'actif simplifié se justifierait par l'absence d'augmentation de capital. S'il est vrai qu'il n'y a pas d'augmentation de capital dans la première opération, ce n'est pas le cas pour

[289] ANSA, CJ, 12 oct. 2011, n° 11-057.
[290] G. de FORESTA, Rapports du commissaire à la fusion : formalités inutiles ou bien inutilité de la réforme ? *Lexbase Hebdo*, édition privée n° 290 du 31 janv. 2008.
[291] Pour les raisons justifiant cette interprétation ; v. *supra* n° 51 et s.

celle-ci. En effet, le sens de cette opération, c'est-à-dire une filiale qui apporte à sa société mère, milite en faveur d'une augmentation de capital[292]. Cet avis n'est toutefois pas partagé par l'ensemble de la doctrine. L'ANSA considère qu'il n'y a pas d'augmentation de capital dans cette opération[293].

213. Les rapports des dirigeants et des commissaires à l'apport partiel d'actif ne sont pas liés à l'augmentation du capital social. Le premier donne les raisons juridiques et économiques de l'opération et le second les modalités de celle-ci. Ils ne sont pas par conséquent, intimement liés à ce mécanisme.

214. La solution proposée pour l'opération de fusion simplifiée et l'apport partiel d'actif simplifié à 100 %. Il serait souhaitable que les rapports précités soient établis même en l'absence d'augmentation de capital. Plusieurs raisons justifient cette solution. D'abord, l'actif net de l'absorbée transmis à l'absorbante a une incidence sur les fonds propres de la société, donc sur sa valeur[294]. Par conséquent, les actionnaires de la société bénéficiaire doivent être informés des conséquences de l'opération sur la valeur de leur société. Ensuite, les rapports demeurent indispensables dans l'opération d'apport partiel simplifié, puisqu'il y aurait bel et bien une augmentation de capital.

215. Par ailleurs, en droit français, l'article L. 236-11, alinéa 2 du Code de commerce offre la possibilité de convoquer l'assemblée générale extraordinaire[295]. Dans ce cas, comment les actionnaires peuvent-ils valablement se prononcer sur l'opération en l'absence des rapports des dirigeants et des commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif ? En outre, en droit OHADA, conformément à l'article 676 de l'Acte uniforme, la société absorbante doit approuver l'opération de fusion simplifiée. Il en est de même de la société bénéficiaire de l'apport par extension du régime de la fusion simplifiée. Dans ce contexte, comment la société absorbante ou bénéficiaire pourrait se prononcer en connaissance de cause en l'absence des rapports, qui rappelons-le, constituent un moyen d'information des actionnaires. Dans cette situation, les rapports précités ne seront pas mis à leur disposition avant l'assemblée générale extraordinaire, faute d'avoir été préalablement rédigés. Cette situation serait donc contraire à l'article 674 de l'Acte uniforme, dont les dispositions prévoient que les rapports précités doivent être mis à la disposition des actionnaires avant l'assemblée générale extraordinaire[296]. Si un document doit

---

[292] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX et A. DUGUAY, Les scissions et les apports partiels d'actifs simplifiés : *BJS* 2012, p. 274.
[293] ANSA, Comité Juridique, 12 oct. 2011, n° 11-057, p. 11.
[294] G. de FORESTA, Rapports du commissaire à la fusion : formalités inutiles ou bien inutilité de la réforme ? *op. cit.*
[295] V. *infra* n° 561.
[296] V. sur le contenu de l'obligation de mise à disposition avant l'AGE, *infra* n°263.

être mis à la disposition des actionnaires, la logique veut qu'il soit préalablement rédigé. Les rédacteurs des textes OHADA ne peuvent exiger un document qu'ils demandent par ailleurs de ne pas établir. Il y a là une véritable incohérence qui devrait être corrigée pour assurer la protection des actionnaires. Ainsi, pour plus d'efficacité, il serait souhaitable de modifier l'article L. 236-11, alinéa 1er du Code de commerce et 676 de l'Acte uniforme pour imposer l'établissement des rapports précités. En droit français, l'article L. 236-11 du Code de commerce pourrait être rédigé de la manière suivante, « *lorsque […] la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a pas lieu à l'approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion* ». En droit OHADA, l'article 676 de l'Acte uniforme pourrait être rédigé en ces termes : « *lorsque […] La société absorbante détient en permanence la totalité du capital de la ou des sociétés absorbées, il n'y a pas lieu à l'approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés absorbées* ». En attendant une éventuelle réforme, il est conseillé aux sociétés participant à l'opération d'exiger la rédaction des rapports précités pour une meilleure information des actionnaires. Dans l'expérience qui est la nôtre, nous avons systématiquement exigé l'établissement de ces rapports malgré le caractère simplifié des opérations suivies.

216. La fusion simplifiée dans laquelle la société absorbante détient 90 % des droits de vote de la société absorbée, une spécificité du droit français. Dans cette forme d'opération, les rapports précités ne sont pas rédigés en cas de proposition de rachat des actions des actionnaires minoritaires de la société absorbée par la société absorbante[297]. Le rachat de ces actions a pour but de soumettre l'opération au régime de la fusion simplifiée lorsque la société absorbante détient 100 % du capital social de la société, même si dans cette opération, il s'agit des droits de vote[298].

217. Le rachat doit se faire à un prix correspondant à la valeur des actions, conformément à l'article L. 236-11-1, 2° du Code de commerce. Le prix des actions doit être déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil. Cet article dispose que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles,*

[297] C. com., art. L. 236-11-1, al. 1.
[298] C. com., art. L. 236-11-1, al. 1.

par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme de référés et sans recours possible ». Cette disposition semble être d'ordre public[299]. Dans ce cas, quelle est l'interprétation donnée à cet article ? L'ANSA en fait une interprétation restrictive, en considérant que l'expert n'est désigné qu'en cas de contestation[300]. Une partie de la doctrine se demande si le renvoi à l'article 1843-4 du Code civil ne vise pas en réalité une fixation du prix *a priori*, c'est-à-dire avant toute contestation, dans le but de garantir l'égalité de traitement entre actionnaires[301]. Cette interprétation paraît conforme à l'objectif de protection des intérêts des actionnaires minoritaires. Par cet objectif, le législateur français entend contrôler le prix des actions proposé par l'absorbante. Celle-ci devrait faire fixer le prix *a priori* par un expert pour se prémunir contre toute contestation.

218. Cependant, l'article L. 236-11-1, 2° du Code de commerce est silencieux sur le moment de proposition du rachat des actions aux actionnaires. En l'absence d'une telle précision, les demandes de rachat doivent intervenir avant la réalisation fusion, car la situation actionnariale des sociétés doit être connue avant toute poursuite du projet de rapprochement. Dans l'hypothèse d'un refus de la proposition de la société absorbante par les actionnaires minoritaires de la société absorbée, les sociétés concernées sont tenues de faire établir les rapports précités, qui doivent être complétés par une information comptable et financière.

2) L'information comptable et financière

219. Nous verrons l'information comptable (a), avant de porter notre attention sur l'information financière (b).

a) L'information comptable

220. Pour parfaire l'information des actionnaires, le droit français[302] et le droit OHADA[303] exigent des documents complémentaires au projet de fusion ou d'apport partiel d'actif.

221. Les comptes annuels. Les comptes approuvés des trois derniers exercices doivent être mis à la disposition des actionnaires conformément aux articles R.236-3, 3° du Code de

[299] B. DONDERO, La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés…, note sous Cass. com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280, C. c/SA Comptafrance : *JCP E* n° 1, 2013, 1000.
[300] ANSA, CJ 12 oct. 2011, n° 11-057.
[301] M.-L. COQUELET et C. BARILLON, Fusion, scission, *op. cit.*
[302] C. com., art. R. 236-3.
[303] AUSGIE., art. 674.

commerce et 674, 3°, de l'Acte uniforme. Cette obligation s'inscrit dans celle plus générale qui impose à toute société commerciale de faire approuver ses comptes annuels par l'assemblée générale annuelle convoquée à cet effet[304]. L'approbation des comptes permet à l'assemblée générale de contrôler la gestion de la société.

222. Le rapport de gestion. En droit français, le Conseil d'administration ou le directoire pour la SA, le président ou toute personne désignée par les statuts selon le cas dans la SAS, établit le rapport de gestion[305]. En droit OHADA, cette obligation pèse sur le conseil d'administration ou l'administrateur général pour la SA et sur le président ou toute personne désignée par les statuts le selon le cas dans la SAS[306]. Dans ce rapport, l'organe de gestion ayant rédigé ce document présente la situation de la société au cours de l'exercice écoulé et fait des propositions sur l'affectation du résultat de l'exercice. Le rapport explicite les comptes de la société, qui sont souvent difficiles à déchiffrer pour les actionnaires. Il doit présenter à ces derniers la situation financière et comptable des trois exercices antérieurs à l'opération[307]. C'est à juste titre que le législateur français et les rédacteurs du droit OHADA exigent les comptes annuels et les rapports de gestion.

223. Un état comptable intermédiaire. Il résulte des articles R. 236-3- 4° du Code de commerce et 674-4° de l'Acte uniforme que toutes les sociétés participant à l'opération doivent établir un état comptable intermédiaire. Celui-ci est obligatoire, lorsque les comptes annuels se rapportent à un exercice dont la clôture est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif. L'état comptable doit être antérieur de moins de trois mois à la date du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif[308]. Il est arrêté par les organes de gestion précités le cas échéant. L'état comptable doit être établi « *selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel* »[309].

224. La question qui se pose est de savoir si le commissaire aux comptes de la société doit vérifier l'état comptable. Selon la compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC), ce dernier n'a pas obligatoirement à vérifier l'état comptable, parce qu'il n'est pas destiné à l'approbation des comptes[310]. Cette position paraît critiquable. Il devrait vérifier et certifier l'état

---

[304] C. com., art. L. 227-9, AUSGIE, art. 140.
[305] C. com., art. L. 232-1, I. S'agissant de la SAS, le IV de cet article dispense de l'obligation d'établir un rapport de gestion lorsque d'une part, celle-ci est considérée comme une PME au sens de l'article L. 123-16 du Code de commerce et que d'autre part, l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence.
[306] AUSGIE, art. 138, aucune dispense n'est prevue par cet article comme en droit français.
[307] C. com., art. R. 236-3, 3°, AUSGIE, art. 674, 3°.
[308] C. com., art. L. 232-1, I, AUSGIE, art. 138.
[309] C. com., art. R. 236-3, 4 ; AUSGIE, art. 674, 4°.
[310] A.-L. BLANDIN, M-A. DEYSINE, *2e partie comptes sociaux et Résultat fiscal*, Memento Expert, Francis Lefebvre PWC, Fusions & Acquisitions 2012, p. 788.

comptable, parce qu'il constitue un élément de l'information comptable et financière. Cette vérification assure la sincérité et l'exactitude de l'information présentée aux actionnaires.

225. En ce qui concerne les opérations simplifiées à 100 %, l'état comptable intermédiaire devrait être établi[311]. Il serait un document d'information pour les actionnaires minoritaires pouvant demander en justice la convocation de l'assemblée générale extraordinaire conformément à l'article L. 236-11, alinéa 2 du Code de commerce[312]. Toutefois, les actionnaires doivent être informés en cas de modification de l'actif et du passif.

b) L'information sur la modification de l'actif et du passif, une spécificité du droit français

226. Selon l'article L. 236-9, alinéa 5, du Code de commerce, les organes de gestion des sociétés anonymes sont tenus d'informer les actionnaires des sociétés participant à l'opération de toute modification importante de l'actif et du passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de la réunion des assemblées générales. Autrement dit, lorsqu'une société participante constate une modification importante de son actif et de son passif, elle doit en informer ses actionnaires et les organes de gestion de l'autre société. Ceux-ci informent à leur tour leurs actionnaires. Cette obligation tient compte du fait qu'en pratique, la situation de la société évolue. Elle continue à exercer son activité et à échanger avec l'extérieur. Ses transactions peuvent avoir une incidence sur son actif ou son passif et, comme l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif constitue une opération financière, il paraît normal d'informer l'une ou l'autre société de tout changement significatif.

227. La notion de « *modification importante de l'actif et du passif* ». La difficulté pratique est de déterminer le seuil au-delà duquel il y a une « *modification importante de l'actif et du passif* »[313]. Or, aucun élément de réponse ne résulte des textes. Pour une partie de la doctrine, ces modifications peuvent concerner le montant, la composition de l'actif ou du passif. En d'autres termes, les modifications doivent être importantes[314]. En fait, l'organe de gestion doit, par exemple, informer sur toute modification de nature à avoir une influence sur la parité d'échange, lorsqu'elle est requise, c'est-à-dire un impact significatif sur la valeur de la société. Il en va de

---

311 A.-L. BLANDIN, M-A. DEYSINE, 2e partie comptes sociaux et Résultat fiscal, *op. cit.*
312 V. *infra* n° 561.
313 H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, La réforme du droit commun des fusions, in *La réforme des fusions et scissions de sociétés* : *BJS* 2012, p. 262 et s.
314 *Ibidem.*

même si la modification n'a pas nécessairement une influence sur la valeur de la société de toute modification du montant total de l'actif et du passif, pour autant qu'elle soit importante[315].

228. La question se pose de savoir comment quantifier l'importance de la modification. En pratique, toute opération aussi petite soit-elle, a un impact sur le patrimoine d'une société. Dans ce cas, à partir de quel montant, il y a une modification importante de l'un ou l'autre élément du patrimoine de la société, justifiant l'information de l'autre partie. À notre avis, étant une situation de fait, il reviendra au juge du fond d'apprécier l'importance de la modification. Il serait donc judicieux d'attendre la jurisprudence sur cette question pour voir émerger des critères permettant dans une certaine mesure de « *quantifier* » cette importance. Mais dans l'attente d'une telle décision, il est recommandé d'informer l'autre partie de toute modification de l'actif ou du passif. Au regard de ce qui précède, l'efficacité de cette mesure passe donc par une définition de la notion de « *modification importante de l'actif et du passif* » afin de renforcer l'information les actionnaires car, en l'état actuel du droit positif, cette obligation fait plutôt peser une insécurité juridique sur l'opération. De plus, aucune sanction spécifique n'est prévue par le droit des fusions, ce qui renforce l'inefficacité du texte. Néanmoins, la responsabilité civile du débiteur de cette obligation pourrait être engagée.

229. Il convient de préciser que les sociétés par actions participant à une fusion transfrontalière doivent aussi respecter cette obligation en l'absence de dérogation spécifique. Il en est de même de l'apport partiel d'actif sur renvoi de l'article L. 236-22 à l'article L. 236-16 du Code de commerce, qui renvoie lui-même à l'article L. 236-9 du même Code prévoyant cette obligation d'information. Le respect de cette obligation est indispensable dans cette opération, dans la mesure où le transfert concerne une partie de l'actif et du passif et non une universalité comme c'est le cas pour la fusion. En droit OHADA, les rédacteurs des textes pourraient éventuellement s'en inspirer à l'occasion d'une réforme, tout en étant plus explicites que le législateur français.

230. Le moment de l'information sur la modification. La question qui se pose est celle de savoir quand les actionnaires doivent être informés de la modification importante de l'actif et du passif. Aux termes de la lecture combinée des articles L. 236-9, alinéa 5, et R. 236-3, alinéa 1er du Code de commerce, cette information doit être communiquée dans un délai de trente jours avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de l'opération. L'information préalable à l'assemblée générale a un intérêt certain. En effet, il est nécessaire que l'actionnaire prenne connaissance des informations avant de se rendre à l'assemblée générale.

[315] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, La réforme du droit commun des fusions, *op. cit.*

Une information antérieure à l'assemblée a le mérite de donner des outils indispensables à l'actionnaire pour prendre sa décision en toute connaissance de cause. Par ailleurs, les actionnaires peuvent aussi recourir aux moyens externes au processus de fusion pour parfaire leur information.

B) LES RECOURS DE DROIT EXTERNE AU PROCESSUS DE FUSION POUR PARFAIRE L'INFORMATION

231. Les actionnaires peuvent considérer ne pas être suffisamment informés sur l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Dans ce cas, ils pourraient recourir soit à la procédure de l'expertise de gestion (1) soit à celle relative à l'expertise *in futurum* (2)

1) L'expertise de gestion

232. En droit français, l'expertise de gestion est soumise à l'article L. 225-231 du Code de commerce. En droit OHADA, elle est régie par les articles 159 et 169 de l'Acte uniforme. L'instauration de ce mécanisme répond à la préoccupation tant du législateur que de la jurisprudence de développer l'information dans les sociétés[316]. C'est une mesure d'information dans l'intérêt de l'entreprise et des tiers[317]. En pratique, c'est un moyen d'information des actionnaires minoritaires sur les opérations de gestion douteuses[318]. L'expertise de gestion a aussi pour finalité de renforcer l'intervention des actionnaires dans la société[319]. Ce dispositif fut d'abord accueilli favorablement[320] avant d'être critiqué comme un acte grave, parce qu'entraînant « *une intervention de la justice dans le fonctionnement des organes sociaux* »[321]. C'est peut-être la raison pour laquelle l'expertise de gestion est soumise à des conditions restrictives, notamment pour l'opération justifiant une telle expertise (a). Par ailleurs, la question qui se pose concerne le recours à un tel mécanisme en cas de fusion ou apport partiel d'actif (b). Précisons toutefois que la procédure proprement dite de l'expertise de gestion ne sera pas abordée dans notre thèse.

---

316 J. MOURY, Expertise de gestion-La concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, in *prospectives du droit économique : dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz, 1999, p. 298.
317 P. Le CANNU, Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion : *BJS* 1988, p. 553.
318 L. GODON, La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques : *BJS* 2001, § 166, p. 728 et s., spéc. p. 731 et s.
319 A. FOKO, L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA : *Réc. Penant* n° 867, 2009, pp. 173.
320 R. CONTIN et H. HOVASSE, L'expert de minorité dans les sociétés par actions : *D.S.*, 1971, chron., p. 75 ; Y. CHARTIER, L'expertise de l'article 226 : *JCP*, 1972, I, 2507.
321 C. PENHOAT, *Droit des Sociétés*, 3e éd., 1991, p. 131.

a) La notion d'acte de gestion

233. La définition de l'acte de gestion par le critère organique en droit français. La demande d'expertise doit se faire sur une ou plusieurs opérations de gestion. Toute la question est de savoir ce qu'il faut entendre par opérations de gestion ou acte de gestion, le législateur français n'ayant pas défini cette notion. Comme le relevait Michel JEANTIN, « *il s'agit là d'une limite sensible à l'utilisation de l'expertise de l'article 226 (désormais article L. 225-231 du Code de commerce)* »[322].

234. Selon la jurisprudence française, un acte de gestion constitue un acte réalisé par les organes de gestion ou de direction de la société, à savoir le conseil d'administration, le directoire, le directeur général, le PDG, ou encore le Président du CA et enfin, le Président de la SAS ou toute personne désignée à cet effet dans ses statuts. La jurisprudence tient ainsi compte de la séparation des pouvoirs des organes sociaux dans la société[323]. Sur la base de ce critère, la Cour d'appel de Paris a par exemple, refusé une expertise de gestion concernant l'abandon de l'activité de la société, le transfert du fonds à une autre et un changement de l'objet social parce qu'« *une telle modification, qui, aux termes de l'article 153 de la loi de 1966, relève des seuls pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, ne peut être assimilée à un acte de gestion au sens de l'article 226* »[324]. Au regard de ce qui précède, la jurisprudence française fait une interprétation stricte et étroite de la notion d'opération et d'acte de gestion, ce qui n'est pas le cas du droit OHADA.

235. La notion d'opération de gestion en droit OHADA. À l'instar du droit français, les rédacteurs de l'Acte uniforme n'ont pas défini la notion d'opération ou acte de gestion. Il convient donc d'analyser la jurisprudence OHADA. Il ressort de celle-ci que la demande d'expertise a été accueillie sur des opérations concernant les rachats d'actions et les mouvements de fonds entre deux sociétés[325]. De même, l'expertise a été acceptée pour vérifier les comptes de la société[326]. Enfin, l'expertise de gestion a été ordonnée sur demande d'un actionnaire qui se plaignait de l'absence d'information sur la vie sociale et qui doutait du sérieux et de la sincérité

---

[322] M. JEANTIN, *Droit des Sociétés*, Montchrestien, 3e éd., 1994, n° 302.

[323] P. Le CANNU, L'expertise de gestion à la suite de la loi NRE, de la chicane au dialogue, site internet www.droit21.com ER047 ; Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548 : *D.* 1993, 139, note Th. BONNEAU ; *LPA.*, 1993, n° 15, p. 17 note B. p. ; *BJS* 1993, p. 343, note LE CANNU ; *Dr. sociétés*, 1993. n° 58, obs. H. LE NABASQUE ; *JCP E* 1993. II. 415, note A. VIANDIER ; *Rev. Sociétés*, 1993, 426, note B. SAINTOURENS.

[324] CA Paris, 1re ch. A, 25 fév.1991 : *BJS* 1991, p. 519, § 179, obs. P. LE CANNU ; *Dr. sociétés*, 1991, n° 234, note M. MARTEAU-PETIT ; *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1991, p.148, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER.

[325] CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, aff. Société Continentale des Pétroles et d'Investissements, M. Sefou Fagbohoun, Sonacop, M. Cyr Koty, M. Mounirou Omichessan c/État béninois, Ohadata J -06-101.

[326] Trib. Régional Hors classe de Dakar, Ordonnance référé n° 1671 du 23 déc. 2002, Abdoulaye Ndiaye c/Ndiouga Lo, Ohadata, J -03-186 ; CA Abidjan, n° 376 du 2 mars 2004, Sté Metalock Process-U Sarl c/Tourre Guitart Jorge Clusela, Ohadata J -04-489.

des résolutions prises en assemblée générale[327]. Il résulte de ces différentes décisions que l'opération de gestion est entendue de façon large en droit OHADA, contrairement au droit français qui privilégie une interprétation restrictive. En effet, un actionnaire peut demander une expertise pour vérifier les comptes[328] ou même sur des décisions prises en assemblée générale[329]. Les décisions accueillant les demandes d'expertise de gestion sont souvent motivées non pas par le fait qu'il s'agit bien d'opérations ou acte de gestion, mais par le fait que le demandeur détient bien le pourcentage du capital social requis par l'Acte uniforme. Ainsi, si le pourcentage requis est atteint, la demande est acceptée. Dans le cas contraire, la demande est refusée[330], ce qui est logique. Mais à aucun moment, les juges ne se penchent cette notion justifiant la désignation d'un expert de gestion. Malheureusement, l'absence de décision de la Haute juridiction OHADA ne permet pas de connaître la position de cette dernière sur cette question. Dans ce contexte, il semble difficile de voir émerger un critère précis, permettant de définir l'opération ou acte de gestion en droit OHADA, puisque aucune décision ne fait référence au critère organique.

236. *In fine*, en droit OHADA, la notion d'opération ou acte de gestion doit être entendue de façon large, à savoir, comme toute opération qui émane soit des organes de gestion soit comme une opération qui a été prise par l'assemblée générale. Il suffit que le demandeur soit titulaire du pourcentage du capital social requis par l'article 159 de l'Acte uniforme soit 10 % pour que sa demande aboutisse, peu importe la nature de l'opération. Cette interprétation extensive paraît protectrice des intérêts des actionnaires minoritaires et pourrait être étendue à l'opération de fusion.

b) L'application à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif

237. L'opération de fusion. Il convient de se demander si l'expertise de gestion est applicable à l'opération de fusion. Conformément aux articles L. 236-9, alinéa 1er du Code de commerce et 671, alinéa 1er, de l'Acte uniforme, « *la fusion ou l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions est décidée par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés parties à l'opération* »[331].

---

[327] Trib. Régional de Niamey, Ordonnance de référé n° 245 du 22 oct.2002, Abass Hammoud c/Jacques Claude Lacour et Dame Evelyne Dorothée Flambard, Ohadata J -04-80.
[328] Trib. Régional Hors classe de Dakar, Ordonnance référé n° 1671 du 23 déc. 2002, *op. cit.* ; CA Abidjan, n° 376 du 2 mars 2004, *op. cit.*
[329] Trib. Régional de Niamey, Ordonnance de référé n° 245 du 22 oct.2002, *op. cit.*
[330] CA Abidjan, Chambre civile et commerciale, 5e ch. A, n° 10 du 02 janv.2001, *op. cit.*
[331] Plus spécifiquement sur l'assemblée générale v. *infra* n° 486 et s.

238. En droit français, l'opération ou acte de gestion se définit par un critère organique qui de ce fait exclut du champ d'application de l'expertise de gestion tout acte pris effectivement par l'assemblée générale. Or, la fusion relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire. Par conséquent, l'opération précitée ne peut être soumise à l'expertise de gestion. Cependant, une partie de la doctrine n'adhère pas à cette position restrictive. Selon elle, une demande d'expertise devrait être possible en cas de compétence partagée entre les organes de gestion et l'assemblée générale sur une opération complexe comme une augmentation de capital[332]. Si l'on applique cette position à la fusion, la demande d'expertise de gestion pourrait concerner le projet de fusion avant la décision de l'assemblée générale extraordinaire. Elle pourrait aussi concerner les conditions dans lesquelles la parité d'échange a été fixée par les organes de gestion. Mais cette proposition pourrait ne pas aboutir compte tenu de la compétence des commissaires à la fusion. En effet, la demande d'expertise de gestion n'est pas accueillie sur une compétence des commissaires aux comptes[333]. Ainsi, en l'état actuel du droit positif français, l'opération de fusion ne peut être soumise à l'expertise de gestion.

239. En droit OHADA en revanche, la solution serait différente. Nous avons précédemment démontré que la demande d'expertise était accueillie même lorsque l'opération était décidée par une assemblée générale. Par conséquent, l'expertise de gestion sur une opération de fusion pourrait être accueillie dans la zone OHADA. Néanmoins, une prudence s'impose dans l'attente d'une décision de la Cour de justice sur l'interprétation à donner à la notion d'opération ou acte de gestion. Cette interprétation extensive prévaut aussi lors d'une opération simplifiée à 100%.

240. L'opération de fusion simplifiée à 100 %. En droit français, la solution est sans ambiguïté en cas de fusion simplifiée, c'est-à-dire lorsque l'une des sociétés détient 100 % du capital social. En effet, l'article L. 236-11 du Code de commerce exclut l'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés parties à l'opération[334]. La fusion simplifiée devient une simple opération de gestion, puisque sa réalisation dépend désormais de la décision des organes de gestion. Par conséquent, cette opération peut donc être soumise à l'expertise de gestion prévue à l'article L. 225-231 du Code de commerce.

241. En droit OHADA, la solution n'est pas si simple à la lecture des textes. En effet, selon l'article 676 de l'Acte uniforme, l'opération n'est certes pas approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée, mais elle est décidée par celle de la société

---

[332] R. VATINET, Expertise de gestion : *JCL Commercial*, Fasc.1079, dernière mise à jour le 18 fév.2010.
[333] *Ibidem*.
[334] V. *infra* n° 486 et s.

absorbante[335]. De ce fait, la fusion simplifiée à 100 % en droit OHADA n'est pas véritablement une opération de gestion. Néanmoins, compte tenu de l'interprétation extensive du champ d'application de l'expertise de gestion par la jurisprudence OHADA, la fusion simplifiée à 100 % serait donc soumise à l'article 159 de l'Acte uniforme. Les actionnaires minoritaires de l'absorbante pourraient utiliser l'expertise de gestion pour mieux appréhender l'opération. Elle serait d'autant plus nécessaire que la loi exclut la rédaction des rapports des commissaires et des dirigeants[336]. Il en serait de même lors de l'apport partiel d'actif simplifié.

242. L'opération d'apport partiel simplifié à 100 %. En ce qui concerne cette opération, la solution ne semble pas très évidente même si elle paraît simple. En droit français, l'article L. 236-11 du Code de commerce sur la fusion simplifiée est applicable à une opération d'apport partiel d'actif sur renvoi de l'article L. 236-16 du même Code. Quant à ce dernier article, il est applicable à l'apport partiel d'actif sur renvoi de l'article L. 236-22 du Code de commerce. Il résulte donc de l'article L. 236-11 du Code de commerce que les assemblées générales des sociétés participant à l'opération d'apport partiel d'actif simplifié n'ont pas à statuer sur l'opération[337]. Par conséquent, l'opération relève de la compétence des organes de gestion. Conformément au critère organique dégagé par la jurisprudence française, cette opération peut être soumise à une expertise de gestion.

243. En droit OHADA, la solution pourrait être la même puisque la notion d'opération de gestion semble être entendue de façon large. Un actionnaire minoritaire ou un groupe d'actionnaire détenant 10 % du capital social pourrait demander une expertise de gestion sur une telle opération, mais aussi en cas d'apport partiel d'actif.

244. L'opération d'apport partiel d'actif. En droit français, la demande d'expertise de gestion n'est refusée que pour les décisions relevant de la compétence exclusive de l'assemblée générale[338]. Ainsi, dans une espèce concernant la demande d'expertise d'un apport partiel d'actif, la haute juridiction considère que la cour d'appel aurait dû préciser *« si l'opération avait été placée sous le régime de la fusion-scission et relevait ainsi de la compétence de l'assemblée générale, ou si la décision avait été prise par le conseil d'administration, l'assemblée générale étant appelée ensuite à se prononcer sur ses conséquences »*[339]. En d'autres termes, si l'opération est placée sous le régime de la scission et avec

---

335 V. *infra* n° 534.
336 V. *supra* n° 209 et s.
337 V. *supra* n° 563 et s.
338Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/Société Hôtel George V: *D.* 1993, 139, note Th. BONNEAU ; *LPA.*, 1993, n° 15, p. 17 note B. p.; *BJS* 1993, 343, note LE CANNU ; *Dr. sociétés*, 1993. n° 58, obs. H. LE NABASQUE ; *JCP E* 1993. II. 415, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 1993, 426, note B. SAINTOURENS ; *JCP* G, II, 22,029, note Y. GUYON.
339 *Ibidem.*

pour conséquence, la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'expertise de gestion. En revanche, si l'opération n'est pas soumise à ce régime, devenant ainsi un apport de droit commun, celle-ci est décidée par l'organe de gestion. Elle peut donc être soumise à l'expertise de gestion. Or, dans cette espèce, la cour d'appel n'avait pas fait cette distinction. Elle a refusé l'expertise de gestion aux motifs « *qu'il ne s'agissait pas d'une opération de gestion puisqu'elle devait conduire à une révision corrélative des statuts qui relevait des seuls pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire »*[340]. La décision de la Cour d'appel semble se justifier par le fait que l'assemblée générale intervient dans le processus tant de droit commun que lorsque l'opération est soumise au régime des scissions. Au regard de ce qui précède, la position de la Cour de cassation renvoie donc désormais à la vérification de l'organe qui décide effectivement de l'opération. Il faut donc aller au-delà de la compétence formelle ou textuelle des organes de la société et rechercher la compétence réelle ou effective. Ainsi, comme le note un auteur, « *désormais, il ne suffira pas de s'attacher à l'existence d'une délibération de l'assemblée au sujet de l'opération concernée, il faudra rechercher à quel titre cette assemblée a eu à connaître de l'opération »*[341]. Cette position de la Haute juridiction est protectrice des intérêts des actionnaires minoritaires, qui pourront demander une expertise de gestion même si l'opération est soumise à l'assemblée générale extraordinaire. De plus, la décision de la Cour de cassation permettra de déjouer une pratique de certains dirigeants, qui avaient coutume de soumettre à l'approbation de l'assemblée une opération décidée par eux, pour éviter une demande d'expertise de gestion[342]. Pour éviter toute confusion, il est donc recommandé aux praticiens de revoir attentivement la distribution des compétences entre les organes de la société lors d'opérations importantes.

245. En droit OHADA, une telle distinction n'étant pas possible en présence d'un apport partiel d'actif d'une branche d'activité, il est possible de considérer que cette opération peut être soumise à une expertise de gestion au regard de la position extensive de la jurisprudence OHADA.

246. En définitive, en droit OHADA l'expertise de gestion obéit à un régime assoupli notamment s'agissant de l'opération justifiant d'une telle procédure. En revanche, en droit français, cette expertise est soumise à des conditions strictes notamment en ce qui concerne l'opération ou acte justifiant cette expertise, malgré le constat d'un assouplissement de la jurisprudence. Son régime restrictif est encore plus marqué par le fait que les actionnaires doivent d'abord demander des informations aux dirigeants avant toute action en demande d'une

---

340 CA Paris, 1re ch. A, 25 fév.1991, *op. cit.*
341 P. LE CANNU, note sous Cass. com., 12 janv.1993, *op. cit* : *BJS*, 1993, p. 344.
342 *Ibidem.*, A. VIANDIER, note sous Cass. com., 12 janv.1993 : *JCP*, 1993, E, II.415.

expertise de gestion[343]. C'est la raison pour laquelle les actionnaires minoritaires ont tendance à délaisser cette expertise au profit de l'expertise *in futurum*.

2) L'expertise *in futurum* en droit français

247. À l'instar de l'expertise de gestion, l'expertise *in futurum* constitue un instrument mis à la disposition de l'actionnaire minoritaire. Elle est inconnue en droit OHADA, du moins dans les actes uniformes. Elle pourrait être utilisée en cas de textes dans le droit interne des États membres.

248. Le professeur Michel JEANTIN écrivait jadis que « *l'article 145 du nouveau Code de procédure civile devrait permettre, aux côtés de l'article 226 (art. L. 225-231 du C. com.), mais sans concurrence réelle avec lui, aux associés minoritaires d'obtenir l'information impartiale à laquelle ils ont droit. C'est grâce à cette information que l'actionnaire pourra mettre alors en jeu la responsabilité civile des dirigeants* »[344]. Cet auteur voyait dans cet instrument un moyen de parfaire l'information des actionnaires minoritaires. Les deux expertises peuvent être complémentaires (b), même si l'expertise in futurum bénéficie des conditions d'application moins restrictives (a).

a) Les conditions moins restrictives de l'expertise *in futurum*

249. L'article 145 du Code de procédure civile dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* »[345]. Cette expertise permet de constituer des preuves en vue d'un procès. L'expertise in futurum comme le rappelle clairement la jurisprudence a une nature « *purement probatoire* »[346]. Ainsi, il a été jugé que « *le juge n'a pas le pouvoir de désigner un mandataire ad hoc sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile* »[347]. L'expertise ne peut être instrumentalisée par le

[343] C. Com., art. L. 225-231, al. 1er.
[344] M. JEANTIN, Les mesures d'instruction « *in futurum* » : *D.* 1980, chron. 205.
[345] *Ibidem.*
[346] Cass. com., 13 mai 2003, n° 10955 : *RDC* 2004, p. 376, n° 36, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP* G 2003, 2, 10 193, note G. CHABOT. Cette décision a été confirmée par Cass. civ., 2e, 24 sept. 2015, n° 14-19012, Sté Acantys, F-D : *BJS* 2015, p. 624, note G. GIL.
[347] CA Paris, 14e ch. B, 4 avr.1997 : *Juris-Data n°* 00877.

demandeur dans le but de transformer la mesure d'instruction en « *chasse au trésor* »[348] ou en « *fishing expedition* »[349].

250. Les conditions de la recevabilité de la demande d'expertise in futurum. La demande d'expertise *in futurum* ne peut être accueillie que si les mesures d'instruction sont légalement admissibles. Ainsi, il a été jugé qu'excèdent les mesures légalement admises par l'article 145 CPC celles, qui n'étant pas reliées par un lien suffisant aux motifs allégués par le demandeur à l'expertise, portent une atteinte disproportionnée aux droits du défendeur[350]. De même, il a été jugé que les mesures d'instruction excèdent l'article 145 CPC lorsqu'elles confèrent à un huissier le droit d'entrer dans les locaux et de consulter les documents sociaux sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement requis[351]. Ensuite, la demande doit être justifiée par un motif légitime. Aucune définition du motif légitime n'est donnée. Néanmoins, le motif légitime est apprécié au cas par cas par les juges du fond[352]. Selon certains auteurs, l'existence d'un motif légitime est le pivot du régime des mesures d'instruction préventives[353]. Cette notion constitue un « *verrou essentiel à l'équilibre de l'institution* »[354]. Le motif légitime obéit à des exigences prévues par la jurisprudence[355]. En outre, la jurisprudence rappelle que l'expertise in futurum n'est admise que si l'action ou les actions envisagées sont recevables au sens de l'article 122 du Code de procédure civile. En effet, cet article dispose que « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Ainsi, il a été jugé que la mesure d'instruction peut être écartée si le procès que le demandeur souhaite engager est « *manifestement voué à l'échec* »[356] ou lorsque le demandeur n'aurait pas « *la qualité pour agir* »[357] ou qu'il aurait déjà « *épuisé toutes les voies de droit* »[358] ou enfin, lorsque l'on opposerait à la demande au fond « *l'extinction par prescription*

---

[348] J. NORMAN, obs. sous Cass. civ., 2e, 14 mars 1984, n° 82-16076 : *RTD civ.*, 1984, p. 562.
[349] F. DE BERARD, Les mesures d'instruction in futurum : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC : *Gaz. Pal.*, 8 déc. 2012, p. 19, n° 343.
[350] Cass. civ., 2e, 24 sept. 2015, n° 14-19012, Sté Acantys, F-D : *BJS* 2015, p. 624, note G. GIL.
[351] Cass. civ., 2e, 16 mai 2012, n° 11-17229 : *RTD civ.*, 2012, p. 769, obs. R. PERROT.
[352] Cass. com., 12 mai 2013, n° 12-17579, Sté Reka France, F–D : *BJS* 2013, p. 551, note G. GIL.
[353] M. JEANTIN, Les mesures d'instruction « *in futurum* », *op. cit.*
[354] A. VIANDIER note sous Trib. com. Paris, 27 juin 2002 : *JCP E*, 2002, p. 1253.
[355] CA Paris, 12 févr. 2013, SCI Sycomore : *Juris-Data n°* 2013-002270 sur l'exigence de l'existence d'un litige ou un procès en germe, V. aussi *Procédures* 2012, comm. n° 109, obs. R. PERROT. Sur l'ensemble de la question v. J. NORMAN, Les limites du référé probatoire (art. 145 NCPC) : *RTD civ.* 1990, p. 134.
[356] CA Caen, 20 févr. 2007: *Juris-Data n°* 2007-340859; CA Paris, 14 nov. 2007: *Juris-Data n°* 2007-359027; Cass. com., 12 mai 2013, n° 12-17579, *op. cit.*, Cass. com., 4 fév. 2014, n° 13-11447, SAS UPS SCS France, F – D: *BJS* 2014, p. 310, note G. GIL.
[357] CA Paris, 14 nov. 2007: *Juris-Data n°* 2007-359027; CA Paris, 16 mai 2012 : *Juris-Data* n° 2012-010693.
[358] CA Rennes, 1er mars 2007 : *RD transports* 2007, comm. n° 138, obs. O. STAES.

du droit d'agir en justice »[359]. Enfin, le demandeur doit établir que la preuve des faits est utile à la solution du litige[360]. De plus, le recours à la mesure d'instruction n'est justifié que si le demandeur ne dispose pas déjà ou ne peut disposer plus simplement d'éléments de preuve suffisants[361]. En d'autres termes, s'il dispose déjà d'éléments de preuve, la mesure d'instruction est sans objet[362]. Par conséquent, « *quelle que soit la gravité du motif invoqué, la mesure d'instruction devra être refusée si son intérêt probatoire disparaît* »[363]. En pratique, l'expertise doit avoir un objet circonscrit[364] et ne peut constituer une mesure générale d'investigation de l'ensemble de l'activité du défendeur[365]. Toutes ces exigences permettent de restreindre le recours à cette expertise. Néanmoins, elle demeure plus accessible que l'expertise de gestion. Les conditions moins restrictives et le champ d'application large justifient tout l'attrait de cette mesure par rapport à l'expertise de gestion[366].

b) La coexistence de l'expertise *in futurum* avec l'expertise de gestion

251. La différence entre les deux expertises n'existe que sur un point plus conceptuel que pratique. En effet, les deux expertises ont pour but d'éclairer des faits[367]. En doctrine, l'étude de l'expertise *in futurum* se fait toujours sous l'angle comparatif avec l'expertise de gestion. La question qui se pose est de savoir si ces deux procédures sont complémentaires ou encore si un actionnaire peut choisir l'expertise in futurum alors même que les conditions de l'expertise de gestion sont réunies.

252. La reconnaissance de la complémentarité entre les deux procédures. La complémentarité entre les deux procédures a été confirmée dans un arrêt récent de la Cour de cassation[368]. En l'espèce, un actionnaire avait obtenu la désignation d'un expert sur le fondement de l'article L. 225-231 du Code de commerce, chargé d'établir un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion d'une société. Le demandeur estimant que l'expert n'avait pu mener à bien sa mission en raison du refus de la société de communiquer certaines pièces, demandait au juge des référés qu'une mesure d'expertise soit de nouveau attribuée au même expert, mais cette fois

---

[359] CA Bordeaux, 12 déc. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-332634 ; TGI Nanterre, 21 juill.2011 : Constr.urb. 2011, comm. n° 149, obs. J. MEL ; Cass. com., 12 mai 2013, n° 12-17579 Sté Reka France, F – D*: BJS* 2013, p. 551, note G. GIL.
[360] J. NORMAN, Les limites du référé probatoire, *op. cit.*, M. JEANTIN note sous CA Paris, 26 déc. 1986, *op. cit.*
[361] Ibidem.
[362] CA Versailles 4 juin 1999 : *BJS* 1999, p. 1124, note M. MENJUCQ.
[363] A.-S. MAIGRET-MATHIOT, *L'expertise dans les sociétés commerciales*, Thèse, Reims 2003, p. 126.
[364] Cass. civ., 2e, 8 fév. 2006, n° 05-14198 : *Bull. civ.* II, n° 44.
[365] Cass. civ., 2e 7 janv. 1999, n° 97–1083, *op. cit.*, CA Paris, 14 nov. 2001, n° 2001/16,057, *op. cit.*
[366] Ibidem.
[367] *Ibid*; J. MOURY, Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'article 145 NCPC, *op. cit.* ; S. MICHELIN-FINIELZ, l'expertise de l'article 226 et l'expertise préventive dans la société anonyme : *Rev. sociétés* 1982, p. 33.
[368] Cass. com., 15 sept. 2015, no 13-25275, Sté Acosta SPF c/Sté Vici Carpets: *Gaz. Pal.*, 2016, n° 5, p. 75, note B. DONDERO ; *BJS* 2015, p. 581, note G. GIL; *Dr. sociétés*, 2016, comm.8, D. GALLOIS-COCHET.

sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Le problème juridique était de savoir si une expertise *in futurum* pouvait être ordonnée alors même qu'une expertise de gestion avait déjà été mise en œuvre. Dans un attendu de principe[369], la haute juridiction énonce qu'« *une expertise de gestion précédemment ordonnée sur le fondement de l'article L. 225-231 du Code de commerce ne fait pas obstacle à ce qu'une expertise soit ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile* »[370]. Cet arrêt admet l'articulation entre les deux expertises. Cette décision protectrice des intérêts des actionnaires semble logique en raison de l'autonomie qui prévaut entre les deux expertises[371] et de la finalité de chacune d'elles[372]. Cet arrêt confirme une décision antérieure de la même cour, qui avait déjà admis qu'« *une mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ne revêt aucun caractère subsidiaire par rapport à l'expertise de gestion prévue par l'article L. 225-231 du Code de commerce […]* »[373]. Par ces deux décisions, la Cour de cassation réaffirme donc que l'actionnaire a le choix entre l'une ou l'autre procédure et ce, même si les conditions de l'expertise de gestion sont remplies[374]. Dès lors, la désignation d'un expert n'est pas assujettie *« aux conditions fixées par l'un et l'autre texte. Il suffit que les conditions prescrites par l'un ou l'autre de ces textes soient satisfaites* »[375]. Cette solution permet à l'actionnaire de choisir entre la « *porte étroite de l'expertise de gestion et le boulevard de l'expertise in futurum* »[376], dès lors qu'il remplit les conditions propres à chacune des expertises. Ainsi, désormais, en raison de l'arrêt de 2015, l'actionnaire peut solliciter l'expertise *in futurum* pour compléter l'expertise de gestion, si celle-ci est permise. Néanmoins, la question qui se pose est de savoir si la première expertise peut être utilisée dans une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

253. L'application de l'expertise *in futurum* à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En droit français, compte tenu de l'impossibilité pour l'actionnaire minoritaire de recourir à l'expertise de gestion en cas d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, celui-ci peut valablement utiliser l'expertise *in futurum* puisque ses conditions de mise en œuvre sont moins restrictives que celles relatives à l'expertise de gestion.

254. Quant à l'opération simplifiée, l'actionnaire pourrait utiliser l'une ou l'autre expertise pour atteindre son objectif. La coexistence, qui se manifeste par l'absence de subsidiarité et par

---

369 D. GALLOIS-COCHET, note sous cass. com., 15 sept. 2015, *op. cit.*
370 Cass. com., 15 sept. 2015, no 13-25275, Sté Acosta SPF c/Sté Vici Carpets, *op. cit.*
371 D. GALLOIS-COCHET, note sous cass. com., 15 sept. 2015, *op. cit.*,
372 I. URBAIN-PARLEANI, L'expertise gestion et l'expertise *in futurum* : *Rev. sociétés* 2003, p. 223.
373 Cass. com., 18 oct. 2011, n° 1018989 : *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 10, note D. GALLOIS-COCHET ; *JCP E* 2012, 1002, note D. RANDOUX ; *RTD com.* 2011, p. 766, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; *BJS* 2012, p. 116, note B. DONDERO.
374 B. DONDERO, note sous Cass. com., 18 oct. 2011, *op. cit.*
375 J.-D. Bretnez, obs. sous Cass. com., 18 oct. 2011 : *D.* 2012, p. 2833.
376 F. X. LUCAS, note sous CA Paris 14e ch. sect. B, 4 sept. 1998, n° 98/03519, *op. cit.*

la complémentarité est donc définitivement admise en jurisprudence. C'est la raison pour laquelle certains auteurs estiment aujourd'hui que « *la concurrence entre les deux actions doit rester ouverte. Cette concurrence offre aux associés une chance de plus d'être informés* »[377].

255. Le tribunal compétent. Compte tenu de la relative facilité de demander une expertise judiciaire *in futurum*, il apparaît important de déterminer le tribunal compétent pour une telle action. En principe, la compétence revient au juge des référés du tribunal du commerce, puisqu'il s'agit d'une action dont le but est d'obtenir des informations concernant une opération commerciale intéressant les sociétés commerciales[378].

256. La difficulté survient lorsque l'action tend à obtenir des preuves dans un éventuel litige de mise en jeu de la responsabilité du commissaire à la fusion, en qualité de commissaire aux apports, comme c'est souvent le cas en pratique. En principe, le juge qui doit connaître d'une telle action est le juge du tribunal de grande instance (TGI), voire le tribunal d'instance (TI)[379].

257. Cependant, des distinctions doivent être faites selon que l'on assigne une société commerciale de commissaires aux apports uniquement ou une société commerciale et un commissaire aux apports personne physique ou encore une société d'exercice libérale ou une société civile de commissariat aux apports. Dans le premier cas, il existe un conflit de jurisprudence entre la chambre commerciale et la chambre civile de la Cour de cassation. En effet, pour la première, c'est le juge des référés du tribunal de commerce qui est compétent en vertu de l'article L. 721-3 du Code de commerce, en raison de la commercialité de la société, sans tenir compte de l'activité exclusivement civile exercée par les associés[380]. Or, pour la seconde, cette compétence revient aux tribunaux civils, à savoir au juge des référés du TGI, car l'activité civile l'emporte sur la forme commerciale de la structure d'exercice[381]. L'arrêt récent de la Cour de cassation ne tranche pas ce conflit[382]. En l'espèce, l'actionnaire d'une SA mécontente de l'évaluation d'un fonds de commerce apporté à cette société par un membre de sa famille, avait saisi le juge des référés commerciaux afin d'obtenir la nomination d'un expert *in futurum* en vue de rechercher ultérieurement devant les juges du fond, sur le fondement du rapport

---

[377] *Ibid.* v. aussi I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, n°s 569 et s.
[378] C. com., art. L. 721-3., V. Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-17205, F-D: *BJS* 2010, p. 32, note L. GODON.
[379] J.-F. BARBIÉRI, Commissaire aux apports, responsabilité, mesure d'instruction in futurum : juge compétent, note sous Cass. Com., 24 novembre 2015, n° 14-20163 : *BJS* 2016, n° 2, p. 106.
[380] Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-17205, F-D, *op. cit.*
[381] Cass. civ., 2e, 6 mai 1997, n° 95-11857 : *BJS* 1997, p. 989, note J.-J. DAIGRE ; *JCP E* 1997, II, 983, note T. BONNEAU.
[382] Cass. Com., 24 novembre 2015, n° 14-20163, *op. cit.*

d'expertise, la responsabilité de l'évaluateur, à savoir le commissaire aux apports et la société commerciale dans laquelle il exerce son activité. À la suite de cette demande, le juge des référés commerciaux se déclare incompétent et renvoie la demanderesse à saisir le TGI. Dans sa décision la Cour de cassation confirme l'incompétence du juge des référés commerciaux et la désignation de la juridiction civile[383]. Dans le second cas et c'est le cas d'espèce, le TGI retrouve son empire, malgré l'assignation de la société commerciale[384]. Il en est de même dans la dernière situation, c'est-à-dire lorsque l'action est initiée contre une société civile ou une société d'exercice libérale de commissaires aux comptes[385]. Toutefois, cette action ne peut être mise en œuvre que lorsque les actionnaires considèrent que l'information mise à leur disposition n'est pas suffisante.

SECTION II — LA MISE À DISPOSITION DE L'INFORMATION

258. La mise à disposition de l'information permet aux actionnaires de prendre connaissance des documents sur l'opération projetée. Les textes font obligation à chaque société partie à l'opération de mettre l'information à la disposition des actionnaires (§1) sous peine d'être sanctionnée (§2).

§1 — Le formalisme de la mise à disposition

259. La mise à disposition de l'information obéit à un certain formalisme (A) et à des modalités pratiques (B).

A) LES DIFFÉRENTES FORMES DE MISE À DISPOSITION

260. L'information est mise à disposition soit au siège social (1) soit sur le site internet de la société (2).

[383] Cass. Com., 24 novembre 2015, n° 14-20163, *op. cit.*
[384] J.-F. BARBIÉRI, *op. cit.*
[385] C. com., art. L. 721-5.

1) La mise à disposition au siège social

261. La mise à disposition constitue une modalité du droit de communication préalable à toute assemblée générale. Ce droit de communication a un régime propre en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif.

262. Les documents à mettre à disposition. Conformément aux articles R. 236-3 du Code de commerce et 674 de l'Acte uniforme, les sociétés participant à l'opération sont tenues de mettre à la disposition des actionnaires au siège social les documents suivants : le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif[386] ; le rapport des dirigeants[387] ; le rapport des commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif [388]; les comptes annuels et rapports de gestion des trois derniers exercices[389] ; l'état comptable intermédiaire[390], le cas échéant. Et comme pour toute assemblée extraordinaire, chaque société partie à l'opération doit mettre à la disposition des actionnaires le texte des résolutions et la liste des actionnaires[391].

263. L'information peut aussi être mise à disposition sur le site internet des sociétés.

2) La mise à disposition sur internet

264. Le fondement juridique. Les articles 10 et suivants du décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011[392], pris en application de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 et entré en vigueur le 11 novembre 2011 transposent la directive 2009/109/CE du 16 septembre 2009[393]. Ce décret modifie profondément le régime de la publicité de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Plus spécifiquement, la mise à disposition sur le site internet a été introduite en droit français par l'article 13 du décret précité et en droit OHADA lors de la révision de l'Acte uniforme intervenue le 30 janvier 2014. Cette nouvelle modalité tient compte de l'évolution des nouvelles technologies et s'inscrit dans le processus de réduction des charges des sociétés commerciales. Ainsi, les articles R. 236-3-1 du Code de commerce et 674, alinéa 2, de l'Acte

---

386 V. *supra* n° 152 et s.
387 V. *supra* n° 202 et s.
388 V. *supra* n° 205 et s.
389 V. *supra* n° 222 et 223.
390 V. *supra* n° 224.
391 C. com., art. R. 225-89, al. 2 et R. 225-90, al. 1er. AUSGIE, art. 525, avant-dernier alinéa, qui ne concerne le texte des projets de résolution.
392 Décret n° 2011-1473 du 9 nov. 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés : JO 10 nov. 2011, p. 18893 ; *JCP E* 2011, act. 602 ; A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions, *JCP* 2011. 1305 ; B. DONDERO et P. LE CANNU *RTD com.*, 2011, 763.
393 Dir. n° 2009/109/CE, *op. cit.*

uniforme prévoient la possibilité de mettre à la disposition des actionnaires les documents précités par voie électronique.

265. Précisons toutefois, que l'effectivité de cette obligation tant en droit OHADA qu'en droit français passe par l'existence d'un site internet propre. Or, dans ces deux ordres juridiques, seules les SA cotées ou faisant appel public à l'épargne sont tenues d'avoir un site internet propre pour satisfaire à leur obligation d'information[394]. En pratique, seules celles-ci appliqueront les articles précités, car il est douteux que les sociétés non cotées souhaitent disposer d'un site internet propre qui implique des charges financières supplémentaires. Il faut néanmoins, nuancer cette situation en droit OHADA. En effet, l'article 674, alinéa 2, de l'Acte uniforme précise que « *les documents ci-dessus énumérés peuvent être mis à la disposition des actionnaires par voie électronique* ». Cet article ne fait aucune référence au site internet de la société, à l'instar de l'article R.236-3-1 du Code de commerce dont les dispositions prévoient que *« la société les publie sur son site internet* ». Par conséquent, en droit OHADA la mise à disposition de l'information peut se faire sur un site du groupe ou un autre site créé à cet effet ou même par un courrier électronique adressé à chaque actionnaire. Si la société choisit l'information sur le site internet, les actionnaires doivent être informés du site sur lequel l'information est disponible.

266. Les garanties. Le droit OHADA a prévu cette possibilité sans préciser les modalités de ce nouveau moyen de mise à disposition. Il ne donne aucune information sur les conditions nécessaires pour garantir l'authenticité des documents et la sécurité du site internet, comme c'est le cas en droit français[395]. Néanmoins, la mise à disposition doit obéir à des modalités précises.

B) LES MODALITÉS DE LA MISE À DISPOSITION

267. Le délai de mise à disposition de l'information. Pour sécuriser les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif, les textes fixent le délai dans lequel la mise à la disposition de l'information doit être faite par les sociétés participant à l'opération. En droit français, ce délai est de trente jours, depuis le décret du 9 novembre 2011 au lieu d'un mois pour la fusion interne ou l'apport partiel d'actif[396] et d'un mois au moins pour la fusion transfrontalière[397]. Le délai de trente de jours se justifie par le souci d'aligner le délai de publicité de l'opération avec celui dont les créanciers disposent pour former opposition. Il sert aussi à gommer les disparités dans le

[394] C. com., art R. 210-20, AUSGIE, art. 93, 3°.
[395] Sur cette question, v. *infra* n° 360.
[396] C. com., art. R. 236-3 al. 1.
[397] C. com., art. R. 236-16 al. 2.

nombre de chaque mois de l'année[398]. Cette harmonisation a au moins le mérite de niveler les délais de l'opération et de faciliter la tâche des praticiens dans l'établissement du calendrier. Cependant, l'objectif qui est de permettre aux actionnaires de prendre connaissance suffisamment à l'avance des documents nécessaires à l'exercice du droit de vote est-il atteint ?

268. En droit OHADA, le délai de mise à disposition est de quinze jours[399]. Ce délai paraît très court. Comment les actionnaires peuvent-ils analyser les documents précités[400], des documents aussi techniques, dans un délai aussi limité ? L'Acte uniforme ne prend pas en compte la complexité des opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif. Ce délai est identique à celui de la mise à disposition des documents en cas d'assemblée générale ordinaire annuelle. De plus, le législateur n'a pas jugé utile d'instaurer un délai différent pour la fusion transfrontalière. Dans un souci de protection des intérêts des actionnaires, les rédacteurs de l'Acte uniforme pourraient prévoir un délai d'un mois pour corriger cette incohérence. Ainsi, les actionnaires prendront véritablement connaissance des documents précités et des enjeux de l'opération.

269. Le moment de la mise à disposition. La mise à disposition des documents est faite, soit avant la date de l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur l'opération[401], soit avant que la fusion ou l'apport partiel simplifié à 100 % ne prenne effet en droit français[402].

270. La possibilité de prendre copie. Les articles R. 236-3, avant-dernier alinéa du Code de commerce et 674, alinéa 2, de l'Acte uniforme reconnaissent le droit à l'actionnaire qui le souhaite « *de prendre copie sur simple demande* ». Cependant, une différence fondamentale existe entre les deux ordres juridiques. En droit français, le droit de prendre copie se fait sans frais, alors qu'il est aux frais de l'actionnaire en droit OHADA. Dans cet ordre juridique, celui-ci doit donc faire des dépenses supplémentaires pour accéder véritablement à l'information. Il doit supporter la charge financière de la protection de ses intérêts, ce qui paraît contraire au droit d'information. L'alinéa précité de l'article 674 de l'Acte uniforme constitue une exception, puisque l'article 526 de l'Acte uniforme applicable aux SA et SAS relatif au droit de communication préalable à toute assemblée confère aux actionnaires le droit de « *prendre connaissance et de prendre copie* » sans autre précision. Par une interprétation favorable de cette disposition, la prise de copie peut être considérée comme sans frais pour l'actionnaire. À notre avis, même étant protecteur, l'article 526 de l'Acte uniforme ne peut être utilisé par les actionnaires lors d'une opération de

---

398 M.-L. COQUELET et C. BARILLON, Fusion, scission, *op. cit.*
399 AUSGIE, art. 674.
400 V. *supra* n° 263.
401 V. *infra* n° 486 et s.
402 V. *infra* n° 557 et s.

fusion ou d'apport partiel d'actif. Cette position s'explique par le fait que cet article constitue le droit commun et que l'article 674 est une disposition spécifique à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Il résulte de ce qui précède une incohérence du droit OHADA qui est moins protecteur sur les opérations complexes, mais davantage en ce qui concerne l'assemblée générale annuelle. Or, la complexité et les enjeux des opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif recommandent une plus grande protection des intérêts des actionnaires. Une modification des textes semble nécessaire pour assurer leur cohérence, gage de l'efficacité du droit de communication à l'égard des actionnaires. Cette efficacité serait ainsi renforcée par les sanctions prononcées en cas de non-respect de l'obligation de communication.

§ 2 — Les sanctions du non-respect de l'obligation d'information

271. La sanction renforce l'efficacité d'un droit. C'est la raison pour laquelle le droit français et le droit OHADA prévoient des sanctions pour contribuer à l'efficacité du droit d'information des actionnaires. La principale sanction est celle qui permet d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants. Mais la mise en œuvre de cette sanction demeure inefficace (A). En revanche, certaines sanctions telles que l'injonction de faire ou l'ajournement de l'assemblée constituent des sanctions efficaces (B).

A) L'INEFFICACITÉ DE LA MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS

272. La responsabilité personnelle des dirigeants peut être engagée lorsqu'ils ne respectent pas les obligations mises à leur charge par la loi. Ainsi, le droit français et le droit OHADA reconnaissent aux actionnaires le droit de demander réparation d'un préjudice personnel (2) au moyen d'une action individuelle (1).

1) L'action individuelle

273. Par souci de clarté, il convient d'étudier les conditions de cette action (a) avant d'analyser ses modalités d'exercice (b).

a) Les conditions de mise en jeu de la responsabilité

274. Le rappel des textes. Conformément aux articles L. 225-251 et L. 225-252 du Code de commerce, et 162 et 741 de l'Acte uniforme, l'actionnaire pour son droit à l'information dispose d'une action individuelle en réparation du préjudice personnel subi. Contrairement au droit français, le droit OHADA va plus loin, étant donné que l'article 162 de l'Acte uniforme donne une définition de l'action individuelle en précisant que « *l'action individuelle est l'action en réparation du préjudice subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que subit la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le préjudice* ».

275. Les conditions de droit commun. L'action individuelle n'est recevable que sous certaines conditions. En droit commun, la responsabilité ne peut être engagée que lorsqu'il y a une faute, un préjudice et un lien de causalité entre cette faute et le préjudice.

276. En ce qui concerne la faute, elle consiste en une faute de gestion[403]. Celle-ci se manifeste par un manquement (acte, fait ou abstention) qui s'inscrit dans l'exercice des fonctions sociales[404]. En cas d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, la faute peut consister dans les inexactitudes, retard ou défaut de communication aux actionnaires des informations qui leur sont légalement dues[405]. En d'autres termes, « *les administrateurs étant responsables de l'établissement du projet de fusion, une faute de gestion pourra résulter d'une erreur manifeste d'appréciation contenue dans le projet, d'une information insuffisante des actionnaires les mettant dans l'impossibilité de voter en connaissance de cause ou de l'insuffisante justification de l'intérêt de l'opération, notamment pour l'absorbée dans le projet de fusion »*[406].

277. La faute doit être personnelle au dirigeant ou commune aux dirigeants membres d'un organe collégial (conseil d'administration, directoire)[407]. Le dirigeant ne peut être engagé personnellement pour une faute commise par les actionnaires[408]. Cependant, s'agissant des administrateurs ou des membres du directoire, la Cour de cassation présume de leur responsabilité personnelle lorsqu'ils participent à une délibération aboutissant au vote d'une

---

[403] A. AKAM AKAM, La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA : *Rev. inter. de droit économique,* 2007, p. 211.
[404] B. NJOYA NKAMGA, Dirigeants sociaux, *in Encyclopédie du droit OHADA*, sous la direction de POUGOUE ([P.-G.], édition Lamy 2011, p. 692, n° 352.
[405] Cass. com., 17 mai 1965 : *JCP G* 1966, II, 14 647, note J.R.
[406] Bull. AMF (ex COB), n° 295, oct. 1995, p. 23.
[407] C. com., art. L. 225-251, al. 1er et AUSGIE, art. 161, al. 2.
[408] Cass. com., 4 juin 1991, n° 89-16.847 : *JurisData* n° 1991-001489 ; *JCP E* 1991, pan. 924 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 55, note Y. CHARTIER.

décision fautive[409]. Cette présomption est de nature simple. Par conséquent, l'administrateur ou le membre du directoire ne peut renverser la présomption que par la preuve d'une opposition réelle à la décision[410]. Néanmoins, l'actionnaire doit apporter la preuve de la faute, qui n'est pas présumée par la situation difficile de la société[411]. Il convient de préciser que pour apprécier la faute, les juges du fond doivent se placer à la date des actes commis pour déterminer leur caractère fautif[412].

278. S'agissant du préjudice, il est distinct de la faute[413]. Ainsi, la responsabilité du dirigeant ne peut être engagée que lorsque les actionnaires ont subi un préjudice[414]. Ce dommage doit être certain, direct, personnel et porter atteinte à un droit acquis[415]. Cela suppose par exemple que l'actionnaire doit avoir subi un préjudice personnel comme l'impossibilité d'exercer son droit de vote en connaissance de cause.

279. Enfin, il doit exister un lien de causalité entre la faute et le préjudice personnel subi par l'actionnaire[416]. Concernant le droit de vote par exemple, l'actionnaire doit prouver qu'il était dans l'impossibilité de l'exercer en connaissance de cause faute d'une information suffisante ou d'un défaut d'information.

280. *In fine*, la responsabilité personnelle des dirigeants ne peut être aisément engagée au regard des conditions de droit commun. Elle l'est encore moins en droit des sociétés, compte tenu de l'exigence d'un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui de la société.

281. La nécessité d'un préjudice distinct de celui de la société. Pour éviter de réparer deux fois le même préjudice, il est fait obligation aux actionnaires de prouver que le préjudice subi est distinct de celui subi par la société. Ils doivent donc rapporter la preuve d'un préjudice personnel. En droit OHADA, l'article 162 de l'Acte uniforme précité, prévoit expressément qu'un préjudice distinct de celui de la société constitue le fondement de l'action individuelle de

---

[409]Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841: *JurisData* n° 2010-002958; *Rev. sociétés,* 2010, p. 304, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 2010, n° 117, obs. M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2010, 1416, note A. COURET ; *RTD com.* 2010, p. 377, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; *BJS* 2010, p. 533, note R. RAFFRAY.

[410] *Ibidem.*

[411] CA Versailles, 21 janv. 1993 : *Rev. sociétés,* 1993, p. 884 ; CA Versailles, 11 juin 1998, n° 346/96 : *JurisData* n° 1998-055284 ; *BJS* 1998, p. 1168, note R. BAILLOD.

[412] Y. GUYON ET M. BUCHBERGER, Administration. — Responsabilité civile des administrateurs : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 132-10 du 24 fév. 2016.

[413] R. VATINET, La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles : *Rev. sociétés,* 2003, p. 247.

[414] Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-18.952 : *JurisData* n° 2005-030513 ; *Dr. sociétés*. 2005, comm. 221, note J. MONNET ; *RTD civ.*2006, 316, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. crim., 14 oct. 1991, n° 90-80.621 : *JurisData* n° 1991-003102 ; *Rev. sociétés,* 1992, p. 782, note B. BOULOC.

[415] Y. GUYON ET M. BUCHBERGER, Administration. — Responsabilité civile des administrateurs, *op. cit.*,

[416] Cass. com., 12 mars 1974 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 662, note A.P.S., CA Paris, 4 juill.1991 : *JCP E* 1991, pan. 991 ; Cass. com., 27 sept. 2005, n°03-18.952, *op. cit.*

l'actionnaire. Néanmoins, cet article ne donne aucune indication sur les éléments pour caractériser un préjudice personnel. Ce silence se manifeste aussi au niveau de la jurisprudence OHADA. Contrairement au droit OHADA, c'est la jurisprudence française qui a instauré cet élément supplémentaire. Cette question s'est notamment illustrée dans le domaine de la perte de valeur des titres ou d'une réduction du capital. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, *« le préjudice causé à l'actionnaire qui en raison de ses droits et devoirs sociaux, a été appelé à supporter les pertes sociales, n'étant que le corollaire de celui causé à la société, n'avait aucun caractère personnel »*[417]. Dans ce cas, l'actionnaire ne peut bénéficier d'une réparation spécifique. Compte tenu des enjeux, une définition de la notion de « *corollaire du préjudice social* » paraît nécessaire. Or, la jurisprudence française, à l'instar du législateur OHADA, ne donne pas une définition de celle-ci. Toutefois, selon un auteur, il convient de se référer aux conséquences du préjudice pour appréhender cette notion[418].

282. L'idée sous-jacente de cette position restrictive tant en droit français qu'en droit OHADA réside dans la situation de l'actionnaire. Par son apport à la société, ce dernier a vocation aux bénéfices, mais il doit aussi supporter les pertes éventuelles de celle-ci. Par conséquent, l'amoindrissement du patrimoine social ne peut pas constituer un préjudice personnel de celui-ci[419]. Ainsi, à défaut d'un tel préjudice, l'action soumise à certaines modalités ne peut aboutir.

b) Les modalités de mise en œuvre de l'action individuelle

283. Le délai pour intenter l'action. Conformément aux articles L. 225-254 du Code de commerce et 743 de l'Acte uniforme, l'action individuelle est soumise à la prescription triennale, lorsqu'elle est dirigée contre les dirigeants de droit[420]. Ce délai abrégé n'est pas suffisamment protecteur, sauf, à prouver qu'il y a eu suspension ou interruption de la prescription. En revanche, elle se prescrit par cinq ans lorsque, par exemple, elle est dirigée contre le directeur général délégué de la SA étant donné qu'aucun texte ne lui étend la prescription triennale[421]. La

---

[417] Cass. com. 26 janv. 1970: *D.* 1970. 643, note J. GUYÉNOT, *JCP* 1970. II. 16,385, note Y. GUYON; Cass. com. 18 juill. 1989: *Defrénois* 1990, art. 34,788, p. 633, obs. J. HONORAT ; Rappr. Cass. com. 4 mars 1986 : *BJS* 1986, p. 887 ; Cass. com. 1er avr.1997 n° 879 : *RJDA* 5/97 n° 659, 2e espèce, *BJS* 1997, p. 650, note J.F. BARBIERI, *RTD com.* 1997, 647, obs. PETIT et REINHARD, *D.* 1998, somm. com. 180, obs. HALLOUIN ; Cass. com., 15 janv. 2002 : *RJDA* 6/02, n° 650 ; *BJS* 2002, p. 689, note S. SYLVESTRE.
[418] B. PETIT, Rapport sur le préjudice personnel de l'associé : *RJDA* 10/05, p. 924.
[419] Cass. com. 21 sept. 2004 n° 1241 : *RJDA* 12/04 n° 1326.
[420] CA Limoges, 17 janv. 2013 n° 11/01356.
[421] A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.*, n° 14221 ; C. civ., art. 2224.

prescription triennale court à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation[422].

284. L'action exercée par un mandataire. En droit français, il est admis que les actionnaires de SA peuvent donner mandat pour exercer en leur nom l'action en réparation d'un préjudice subi personnellement en raison des mêmes faits, conformément à l'article R. 225-167 du Code de commerce. Cette disposition est aussi applicable à la SAS conformément à l'article L. 227-1 du Code de commerce qui renvoie aux dispositions applicables à la SA. L'article R. 225-167 du Code de commerce énonce les conditions que doit remplir ledit mandat. Ce dernier est écrit et mentionne expressément qu'il donne aux mandataires le pouvoir d'accomplir au nom du mandant tous les actes de procédure. Par ailleurs, il précise, s'il y a lieu, qu'il emporte le pouvoir d'exercer les voies de recours. La demande en justice doit indiquer les noms, prénoms et adresses de chacun des mandants ainsi que le nombre d'actions qu'ils détiennent et le montant de l'indemnité réclamée pour chacun d'eux. Le législateur souhaite ainsi s'assurer que le mandataire a bien qualité pour intenter l'action individuelle. Le non-respect des conditions prévues à cet article invalide le mandat. Les actions intentées sur la base de ce mandat invalide ne seront pas recevables pour défaut de qualité pour agir. Il serait dommage que sur une telle erreur, l'action en réparation soit retardée. Il convient donc d'être vigilant. L'action collective n'est possible que lorsqu'elle est dirigée contre les administrateurs, le directeur général ou les membres du directoire[423]. Par extension à la SAS, une telle action peut aussi être dirigée contre le président ou les dirigeants désignés par les statuts.

285. En droit OHADA, l'Acte uniforme ne prévoit la possibilité du mandat que pour l'action sociale[424]. Ce droit semble considérer que chaque actionnaire est mieux placé pour défendre ses intérêts. Cette position est préjudiciable pour les actionnaires, à cause des coûts financiers d'une procédure individuelle. L'action collective a le mérite de limiter les coûts, puisque chaque actionnaire contribue aux frais de la procédure. Les charges sont ainsi allégées. De plus, l'action collective est plus efficace qu'une action individuelle dans la reconnaissance d'un préjudice personnel à chaque actionnaire.

[422] CA Limoges, 17 janv. 2013 n° 11/01356, C. com., art. L. 225–254; AUSGIE, art. 164.
[423] C. com., art. R. 225-167. al. 1er.
[424] AUSGIE, art. 741.

2) La reconnaissance par la jurisprudence française du préjudice personnel : l'atteinte aux droits politiques

286. L'apport fait à une société confère au titulaire de l'action, le statut d'actionnaire. De par son apport, celui-ci dispose des droits politiques qui lui permettent de participer à la prise de décision au sein de la société.

287. Comme indiqué précédemment, la recevabilité de l'action individuelle est soumise à la preuve d'un préjudice personnel distinct de celui subi par la société. Ainsi, la jurisprudence reconnaît un préjudice personnel lorsque l'actionnaire a été incité à investir dans les titres émis par la société et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et de la présentation des comptes inexacts[425]. Le préjudice personnel a aussi été reconnu lorsque l'administrateur a intentionnellement induit en erreur un actionnaire minoritaire sur les causes et les conditions de rachat de ses actions dans le but de l'évincer de la société[426]. Il a aussi été jugé que le fait pour un dirigeant de s'abstenir d'informer l'actionnaire cédant de circonstances de nature à influer sur son consentement, fait naître un préjudice personnel qui doit être réparé[427] ou lorsqu'il laisse les actionnaires dans l'ignorance concernant l'acquisition d'un immeuble pour son compte personnel, alors que ces derniers envisageaient d'acheter ensemble ledit immeuble[428]. Le point commun de toutes ces affaires est le défaut d'information. C'est donc le manque de loyauté envers l'actionnaire qui est le plus souvent sanctionné par la jurisprudence.

288. La responsabilité personnelle du dirigeant en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif. Ces différentes décisions sont transposables à la fusion ou à l'apport partiel d'actif. Par exemple, le défaut d'information ou une information déloyale sur l'opération pourrait fonder la responsabilité personnelle des dirigeants. Ainsi, la faute serait de ne pas communiquer le projet de l'opération ou de ne pas mettre à la disposition des actionnaires les documents exigés par les textes. Par conséquent, dans le cas qui nous intéresse, le préjudice personnel distinct de celui de la société peut aisément être prouvé par un actionnaire. En effet, la nature même de l'obligation violée c'est-à-dire l'obligation d'information de l'actionnaire sur des opérations importantes constitue un droit personnel de celui-ci. Le défaut d'information ou la mauvaise information sur l'opération ne permet pas à l'actionnaire d'exercer valablement le droit de vote que lui attribuent

---

[425] Cass. com. 9. mars 2010 n° 08-21.547 : *RJDA* 6/10 n° 637. Cette décision a été confirmée par CA Limoges, ch.civ., 17 janv. 2013 n° 11/01356.
[426] Cass. com. 8 nov. 2005 n° 1380 : *RJDA* 3/06 n° 271.
[427] Cass. com. 12 mars 2013 n° 12-11.970 (n° 252 F-D).
[428] Cass. com. 18 déc. 2012 n° 11-24.305 (n° 1281 F-PB).

les textes. Dans cette situation, il demeure dans l'impossibilité de protéger ses intérêts personnels. Néanmoins, en pratique, ces fautes sont difficilement commises, compte tenu du fait que les sociétés parties à l'opération ont souvent recours à des avocats pour contrôler la bonne marche de l'opération.

289. *In fine*, la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants est très restrictive, ce qui est insuffisant à protéger aux mieux les intérêts des actionnaires. Toutefois, en ce qui concerne une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, il est possible de penser que la responsabilité personnelle du dirigeant serait valablement admise en cas de violation du droit d'information qui constitue un droit personnel de l'actionnaire. L'efficacité de cette obligation serait ainsi renforcée, de même que par d'autres sanctions légales.

B) LES SANCTIONS EFFICACES

290. Parmi les sanctions efficaces, l'on pourrait citer la procédure d'injonction de faire (1) et celle de l'ajournement de l'assemblée générale (2).

1) La procédure d'injonction de faire

291. Nous verrons d'une part les différences entre le droit français et le droit OHADA tant du point de vue de la procédure d'injonction de faire (a) que du point de vue de son efficacité (b). Signalons que cette procédure dans ces ordres juridiques est étendue à toutes les sociétés commerciales, puisqu'elle est insérée dans les dispositions applicables à toutes ces dernières.

a) Les différences entre le droit français et le droit OHADA

292. Le champ d'application de l'injonction de faire. Ni le droit français ni le droit OHADA ne prévoient de sanction dans l'hypothèse d'un non-respect de l'obligation de mise à disposition des informations en cas d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Une sanction pour non-respect de cette obligation peut être recherchée dans le régime général du droit des sociétés. Ainsi, une procédure d'injonction de faire est prévue en cas de violation du droit de communication préalable à toute assemblée générale[429]. L'injonction de faire constitue

[429] C. com., art. L. 238-1, AUSGIE, art. 528

un référé injonction sous astreinte[430]. Cette procédure permet à l'actionnaire d'obtenir communication des documents par une ordonnance en référé du président du tribunal. En effet, aux termes de l'article L. 238-1 du Code de commerce, « *lorsque les personnes intéressées ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission des documents visés aux articles L. 221-7, L. 223-26, L. 225-115, L. 225-116, L. 225-117, L. 225-118, L. 225-129, L. 225-129-5, L. 225-129-6, L. 225-135, L. 225-136, L. 225-138, L. 225-177, L. 225-184, L. 228-69, L. 237-3 et L. 237-26, elles peuvent demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou aux administrateurs, gérants, et dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication. La même action est ouverte à toute personne intéressée ne pouvant obtenir du liquidateur, des administrateurs, gérants ou dirigeants, la communication d'une formule de procuration conforme aux prescriptions fixées par décret en Conseil d'État ou des renseignements exigés par ce décret en vue de la tenue des assemblées. Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge des administrateurs, des gérants, des dirigeants ou du liquidateur mis en cause* ». Il en est de même de l'article 528 de l'Acte uniforme dont les dispositions prévoient que « *si la société refuse de communiquer tout ou partie des documents visés aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme, il est statué sur ce refus, à la demande de l'actionnaire, par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai. Le président de la juridiction compétente peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire dans les conditions fixées aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme* ». Il résulte de ces articles des documents pouvant faire l'objet d'une injonction de faire.

293. En droit français, le champ d'application de l'injonction paraît assez étendu[431], dans la mesure où l'article L. 238-1 du Code de commerce cite plusieurs articles relatifs aux documents sociaux. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si l'objet de l'injonction de faire se limite aux documents sociaux prévus par cet article ? La jurisprudence française répond à cette question par l'affirmative, en considérant que l'injonction de faire ne concerne que les documents prévus par l'article L. 238-1 du Code de commerce[432]. Il a aussi été jugé s'agissant d'une opération de fusion, que les résultats d'expertises complémentaires qui, en vue de la détermination de la parité d'échange, peuvent être décidées ne doivent pas forcément être soumis aux actionnaires[433]. La jurisprudence française fait ainsi une interprétation restrictive de l'article L. 238-1 du Code de commerce. Autrement dit, l'injonction de faire ne peut avoir pour

---

430 F. MANSUY, Assemblées d'actionnaires. — Règles communes à toutes les assemblées. — Préparation de l'assemblée. Information des actionnaires : *JCL Société Traité*, Fasc. n° 136-30 du 26 mars 2012, mis à jour le 23 févr. 2016.

431 L.-D. MUKA TSHIBENDE, L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A, PU Aix — Marseille, 2009, p. 90 et 93.

432 CA Paris, 14e ch. A, 26 mars 2003 : *RJDA*, n° 841, 2003, p. 745.

433 CA Paris, 8 déc. 1988 : *Rev. sociétés*, 1989, p. 227, note P. LE CANNU.

objet la communication des documents sociaux dont les articles ne sont pas cités dans l'article précité. Cette interprétation restrictive ne satisfait pas à l'obligation d'information des actionnaires. Au contraire, dans l'objectif d'information de ces derniers, la jurisprudence française devrait admettre l'injonction de faire pour tout document pouvant contribuer à atteindre cet objectif. C'est en tout cas la position d'une partie de la doctrine française, selon laquelle l'article L. 238-1 du Code de commerce ne fait pas obstacle à ce que le président du tribunal ordonne la communication des documents non cités par ce texte[434].

294. Contrairement à l'article L. 238-1 du Code de commerce, la liste des documents pouvant faire l'objet d'une injonction de faire paraît manifestement limitée en droit OHADA[435]. À l'instar de la jurisprudence française, la jurisprudence camerounaise a interprété la législation en précisant que l'injonction n'est possible qu'en cas de refus des documents « *requis* »[436]. Autrement dit, cette procédure ne peut pas concerner les documents qui ne sont pas prévus par l'article 528 de l'Acte uniforme. La position de la doctrine française plus protectrice du droit d'information des actionnaires devrait être prise en compte en droit OHADA.

295. L'application de cette procédure à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Les articles L. 238-1 du Code de commerce et 528 de l'Acte uniforme ne font pas explicitement référence aux documents relatifs à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Malgré ce silence, la procédure d'injonction de faire peut être étendue aux documents objet de l'obligation de mise à disposition ou de l'obligation de communication des actionnaires avant l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération. Ainsi, un actionnaire pourrait recourir à la procédure d'injonction de faire pour exiger la communication des documents prévus aux articles R. 236-3 du Code de commerce et 674 de l'Acte uniforme lors d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Cette extension résulte du fait que les articles L. 238-1 du Code de commerce et 528 de l'Acte uniforme renvoient aux documents sociaux tels que les rapports des dirigeants en cas d'augmentation de capital[437] ou les comptes annuels[438]. Or, l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif entraîne en principe une augmentation de capital social dans la société bénéficiaire. De même, conformément aux articles R. 236-3 du Code de commerce et 674 de l'Acte uniforme, les comptes annuels et les rapports de gestion des trois derniers exercices doivent être mis à disposition ou communiqués aux actionnaires avant l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur l'opération. C'est ainsi que s'agissant d'une opération de

---

434 P. LE CANNU, Des questions sans réponses, in *Mél. Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 603.
435 L.-D. MUKA TSHIBENDE, *op. cit.*, p. 94.
436 TPI Yaoundé, Ord. Réf. n° 494/0, 6 fév. 2001 Ndjeudjui Thaddée c/Continental Business Machines S.A.
437 C. com., art. L. 225-129 et s.
438 C. com., art. L. 225-115 ; AUSGIE, art. 525.

fusion, il a été jugé que les résultats d'expertises complémentaires pouvaient être communiqués en cas d'insuffisance manifeste de l'information des actionnaires d'une société absorbée[439]. Cette jurisprudence admet implicitement que la procédure d'injonction de faire puisse être mise en œuvre lors d'opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif.

296. La personne contre laquelle est engagée la procédure d'injonction. En droit français, la demande est engagée contre les dirigeants et non contre la société. En effet, selon la Cour de cassation, « […] *la procédure d'injonction de faire organiser par l'article L. 238-1 du Code de commerce qui tend à obtenir la communication de certains documents par les dirigeants sociaux […], doit être dirigée contre ces dirigeants pris en leur nom personnel et non contre la société qu'ils représentent […]* »[440]. Cette décision de la Haute juridiction constitue une interprétation conforme à la lettre et à l'esprit de l'article L. 238-1 du Code de commerce, puisque celui-ci prévoit expressément que l'injonction doit être dirigée contre les administrateurs ou les dirigeants de la société. Il convient de préciser que lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge de ces derniers[441]. Cette position française constitue une différence fondamentale avec le droit OHADA. En effet, selon l'article 528 de l'Acte uniforme, « *la juridiction peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire* ». En d'autres termes, la demande est engagée contre la société et l'astreinte pèse sur cette dernière, même si en pratique, ce sont ses représentants qui exécuteront la décision du tribunal.

297. Les motifs de la procédure d'injonction. En droit OHADA, les actionnaires ne peuvent demander un référé injonction qu'en cas de refus de la société de communiquer les documents ouverts au droit de communication. En effet, aux termes de l'article 528 de l'Acte uniforme, « *si la société refuse de communiquer tout ou partie des documents visés aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme, il est statué sur ce refus, à la demande de l'actionnaire, par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai* ». Le législateur OHADA semble avoir voulu limiter expressément l'injonction à ce cas. Il résulte donc de cet article qu'un simple retard dans la communication des documents ne peut justifier une demande d'injonction de faire[442]. À titre comparatif, une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation fait une distinction entre le refus et le retard dans la communication des documents. Selon cette jurisprudence, « *le simple retard apporté à la communication des documents devant être tenus à la disposition des actionnaires dans les quinze jours qui*

---

[439] CA Paris, 14 juin 1988 : *Rec. Dalloz*, 1988, p. 105, note A. VIANDIER.
[440] Cass. com., 1er juill. 2008, n° 07-20.643, Sté ITM entreprises c/Sté Kerris : *JurisData* n° 2008-044663 ; *RJDA* 11/2008 n° 1137.
[441] C. com., art. L. 238-1, dernier alinéa.
[442] A-M. CARTRON ET B. MARTOR, L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA : *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1, Janv-Fév. 2010, p. 24.

précèdent l'assemblée n'équivaut pas à un refus de communication »[443]. De plus, le droit OHADA est muet sur la forme du refus de la société permettant de demander une injonction de faire.

298. Dans cet ordre juridique, la question se pose de savoir s'il est nécessaire que l'actionnaire fasse une demande préalable d'information à la société, afin que le refus de celle-ci ou de ses représentants soit dûment constaté pour justifier une procédure d'injonction de faire. La lecture de l'article 528, alinéa 1er, de l'Acte uniforme laisse penser qu'une demande préalable est nécessaire. En effet, si la société refuse de communiquer des documents cela suppose, même implicitement, qu'une demande lui a été adressée. Par ailleurs, elle peut aussi accepter de communiquer les documents. Dans les deux cas, l'idée d'une demande préalable est sous-jacente dans cet article. À notre avis, on devrait plutôt considérer comme refus, toute opposition à la communication d'une information demandée par l'actionnaire. Cela semble plus logique, car il faut une opposition réelle ou un refus dûment constaté pour enclencher la procédure. Dommage que les travaux préparatoires de cet article ne soient pas accessibles, ce qui aurait permis de mieux comprendre le sens que le législateur OHADA a entendu donner à cette disposition. Cette interprétation ne semble pas être celle d'une jurisprudence OHADA ni celle d'une partie de la doctrine de cet ordre juridique. Dans une décision, le TPI de Yaoundé a jugé qu'« *en cas de refus de communiquer à l'actionnaire les documents requis, celui-ci peut saisir le juge des référés qui peut ordonner à la société, le cas échéant sous astreinte, la communication de ces documents* »[444]. Dans cette décision, aucune allusion n'est faite à une demande préalable d'information aux dirigeants. En d'autres termes, le juge n'a pas vérifié si l'actionnaire avait fait une demande d'information préalable restée infructueuse[445]. Par conséquent, selon une partie de la doctrine, le refus doit être entendu non pas comme le fait de ne pas délivrer l'information demandée, mais comme le fait de ne pas observer avec la plus grande diligence les dispositions des articles 525 et 526 de l'Acte uniforme[446]. La position tant du TPI de Yaoundé que d'une partie de la doctrine est protectrice des intérêts des actionnaires. Néanmoins, faute de travaux préparatoires, il est préférable d'attendre une décision de la Cour de justice pour être fixé définitivement sur la question.

299. Ce débat n'existe pas en droit français, dans la mesure où le refus ne constitue pas une condition pour introduire une demande d'injonction de faire. L'Acte uniforme adopte une

---

[443] Cass. com., 5 janv. 1926 : *Gaz. Pal.* 1926, 1, 389.
[444] TPI Yaoundé, Ord. Réf. n° 494/0, 6 fév. 2001 Ndjeudjui Thaddée c/Continental Business Machines S.A.
[445] L.-D. MUKA TSHIBENDE, L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A, op. cit. p. 90.
[446] *Ibidem.*

position plus restrictive que le droit français qui a évolué sur ce point depuis la loi NRE[447]. L'article 122 de cette loi a, en effet, abrogé l'article L. 225-119 du Code de commerce qui prévoyait expressément le refus de communication des documents et a introduit l'article L. 238-1 du Code de commerce. Cet article ne fait plus référence au refus comme motif d'une demande d'injonction. Désormais, les actionnaires peuvent demander une injonction en cas d'impossibilité d'obtenir les documents sociaux. L'article L. 238-1 confère plus de possibilités à ces derniers[448]. Ainsi, le seul fait d'une absence d'information confère aux actionnaires le droit de demander une injonction de faire. Il ne se limite pas au seul refus clairement formulé par le dirigeant de la société[449]. Sur cette question, le droit français est donc plus protecteur que le droit OHADA. Il en est de même de l'efficacité du dispositif.

b) Une efficacité différente selon l'ordre juridique

300. Une efficacité maximale en droit français. L'article L. 238-1 du Code de commerce dispose que le président du tribunal de commerce statue en référé, c'est-à-dire qu'il rend une ordonnance en la forme des référés[450]. Par conséquent, la procédure n'est pas soumise aux conditions du référé telles que l'urgence et l'absence de contestation au fond. La procédure en la forme des référés permet « *quand il y a grippage des rouages sociétaires […] de contraindre, sous le double signe de la rapidité et de l'efficacité, les dirigeants à exécuter les formalités que la loi met à leur charge* »[451], ce qui rend « *effectif le droit d'accès des actionnaires à certains documents* »[452]. Il est indispensable pour l'actionnaire d'avoir accès le plus rapidement possible à l'information, pour qu'il puisse exercer son droit de vote en toute connaissance de cause. En ce cas, la procédure de référé constitue un gage de rapidité donc d'efficacité.

301. Le second élément qui concourt à l'efficacité de la procédure demeure l'astreinte qui pèse sur le dirigeant ou l'administrateur en cause. En effet, comme le note un auteur, « *l'efficacité*

---

447 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *op. cit.*, art. 122 ; L. GODON, La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques : *BJS* 2001, p. 728.

448 A-M. CARTRON ET B. MARTOR, L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA, *op. cit.* ; L.–D. MUKA TSHIBENDE, *op. cit.,* p. 88.

449 A-M. CARTRON et B. MARTOR, article préc.

450 L.-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, op. cit.,* p. 96 ; M. FOULON et Y. STRICKLER, Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2011 et la procédure en la forme des référés : *D.* 2011, p. 2668.

451 M. COZIAN, A. VIANDIERet F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, 29e éd. LexisNexis, 2017, n° 487, p. 237 ; CA Paris, 1re ch. A, 31 août 2006, n° 06/15 395, aff. B. et alii c. G.*D.*F. SA et *alii* : *BJS* 2007, p. 113, note J.-M. MOUSSERON.

452 F.-X. LUCAS, La loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques : *Dr. sociétés* n° 8-9, hors-série, 2001, spéc. p. 17.

de la sanction est certainement renforcée par le caractère personnel de la condamnation prononcée »[453]. En raison de l'astreinte, le dirigeant serait davantage disposé à faire droit, le plus rapidement possible à la demande de l'actionnaire. Cela s'explique par le fait que ce sont ses finances qui seraient engagées. Il devrait donc payer l'astreinte de sa poche et ne pourrait pas l'imputer à la société. Généralement, l'être humain est plus regardant et diligent lorsqu'il doit s'acquitter financièrement d'une charge. Ainsi, du fait de l'astreinte, le dirigeant serait nécessairement plus diligent. L'astreinte pourrait aussi avoir un effet préventif. En effet, si le dirigeant a conscience qu'il peut être mis sous astreinte, il sera plus diligent pour respecter le droit de communication des actionnaires, sans attendre nécessairement une demande d'injonction du tribunal. Par conséquent, celle-ci apparaît donc comme un excellent moyen de pression à l'encontre des dirigeants[454]. Par l'astreinte, le dirigeant ne peut se dédouaner. Ainsi, pour l'AMF (ex COB), l'obligation d'informer les actionnaires incombe aux dirigeants, ils ne peuvent pas évoquer leur absence pour justifier un report de la communication[455]. De même, les dirigeants ne peuvent exécuter cette demande avec légèreté. À ce titre, il a été jugé que le repentir du dirigeant qui décide de procéder à la communication des documents après l'avoir refusé ne prive pas l'actionnaire du droit de poursuivre la procédure lorsque la communication n'est pas complète[456]. En plus de l'astreinte, le dirigeant supporte les frais de la procédure. Dans ce contexte, les actionnaires n'hésiteront pas une seule seconde à avoir recours à un tel mécanisme. L'astreinte couplée de la charge des frais de procédure renforce nettement l'efficacité de la procédure d'injonction de faire.

302. Une efficacité limitée en droit OHADA. Il résulte de l'article 528 de l'Acte uniforme que « *le président de la juridiction compétente statue à bref délai* ». Or, les règles d'organisation et de compétence judiciaire ainsi que la procédure civile n'ont pas été uniformisées au sein de l'espace OHADA. Par conséquent, il convient de se référer aux dispositions nationales pour déterminer la juridiction compétente. Ce qui signifie que d'un pays à un autre, la juridiction compétente sera différente. Cependant, ce risque est atténué par le fait que pour des raisons historiques, une majorité des États membres de l'OHADA adoptent les règles du droit

[453] F. MANSUY, Assemblées d'actionnaires. — Règles communes à toutes les assemblées. — Préparation de l'assemblée. Information des actionnaires, *op. cit.*
[454] L. GODON, La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques, *op. cit.*.
[455] AMF (ex COB), Rapport 1981, p. 34.
[456] CA Rouen, 2e ch., 17 mai 1990 : *JurisData* n° 1990-600230 ; *BJS* 1991, p. 407.

processuel français[457]. Par conséquent, le juge compétent sera souvent l'équivalent du juge français des référés dans l'organisation judiciaire de chaque État membre l'OHADA[458].

303. Comme en droit français, la procédure est faite « *en la forme des référés* »[459], ce qui garantit une certaine efficacité à l'injonction. Néanmoins, celle-ci semble limitée, compte tenu du fait que la demande est dirigée contre la société qui doit par ailleurs supporter l'astreinte. Cette situation peut donc décourager les actionnaires de recourir à la procédure d'injonction, l'astreinte à la charge de la société étant au final supportée par eux, puisqu'ils sont propriétaires de celle-ci. Ils ne souhaiteront peut-être pas ajouter des charges à la société, qui sont susceptibles d'avoir un impact négatif sur les capitaux de cette dernière. D'un autre côté, la perspective de supporter les frais de procédure peut gravement freiner les actionnaires à faire une telle demande. Or, l'astreinte sur les dirigeants aurait poussé ces derniers à exécuter le plus rapidement possible l'obligation de communication. Cette position du législateur OHADA, comme le dit un auteur, confère « *de facto une immunité aux dirigeants* »[460] alors même qu'ils sont souvent les auteurs du refus de communication des documents sociaux. Par leur refus, les dirigeants peuvent également poursuivre un intérêt personnel distinct de celui de la société. Par cette position, le législateur OHADA ne prend pas en compte l'intérêt d'assurer avec efficacité la protection du droit d'information des actionnaires. La prise en compte de cet intérêt aurait conduit le droit OHADA à faire pression sur le véritable auteur du refus qui est le dirigeant. Cependant, tant en droit français qu'en droit OHADA, il serait souhaitable que le régime soit amélioré dans un souci de plus d'efficacité.

304. Les pistes d'amélioration. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit OHADA, il serait souhaitable que l'astreinte et les frais de procédure pèsent sur le dirigeant mis en cause. Pour ce faire, il serait nécessaire de modifier l'article 528 de l'Acte uniforme pour y inclure cette possibilité. Cet article pourrait être rédigé de la façon suivante : « *Si la société refuse de communiquer tout ou partie des documents visés aux articles 525 et 526 ci-dessus, la juridiction compétente statue à bref délai sur ce refus, à la demande de l'actionnaire. La juridiction compétente peut ordonner aux administrateurs, aux gérants, aux dirigeants ou au liquidateur, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire dans les conditions fixées aux articles 525 et 526 ci-dessus. Lorsqu'il est fait droit à la demande, les frais de procédure sont à la charge des administrateurs, des gérants, des dirigeants ou du liquidateur mis en*

---

[457] P. K AGBOYIBOR, Juge de l'exécution et juge des référés dans l'O.H.A.D.A : *RDAI*, 2003, pp.216 et s. ; J. MBOSSO, Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé : *RDAI*, 2000, pp. 216 et s., spéc. p. 217.
[458] H.-D. MODI KOKO BEBEY, La réforme du droit des sociétés commerciales de droit O.H.A.*D*.A : *Rev. sociétés*, 2002, pp. 255 et s., spéc. p. 260, note (18).
[459] L.–D. MUKA TSHIBENDE, L'information des actionnaires, *op. cit*. p. 98.
[460] *Ibidem.*

cause ». C'est peut-être à ce prix que l'injonction sera suffisamment efficace pour protéger au mieux le droit d'information des actionnaires en général et lors d'opérations importantes telles que la fusion ou l'apport partiel d'actif en particulier.

305. S'agissant des pistes d'amélioration communes aux deux ordres juridiques, nous souscrivons pleinement à cette solution qui consisterait à étendre davantage le domaine de l'injonction. Pour ce faire, il serait souhaitable de faire précéder l'énumération des dispositions prévues dans les articles L. 238-1 du Code de commerce et 528 de l'Acte uniforme par l'adverbe « *notamment* »[461]. Ainsi, l'énumération serait explicitement non exhaustive.

306. Soulignons à toutes fins utiles qu'en droit français, l'injonction n'est pas la seule sanction possible. En effet, l'article L. 238-1 du Code de commerce prévoit la possibilité de désigner un mandataire chargé de communiquer les documents demandés. Ce choix est ouvert à l'actionnaire, de même qu'il peut demander l'ajournement de l'assemblée appelée à statuer sur l'opération.

2) L'ajournement de l'assemblée générale extraordinaire

307. Les textes applicables. Aux termes des articles 872 et 873 du Nouveau Code de procédure civile, le président du tribunal de commerce peut ordonner en référé, « *toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »,* et même en présence d'une contestation sérieuse, « *les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».* En d'autres termes, la décision d'ajournement de l'assemblée générale relève de la compétence du juge des référés. Cette forme de référé introduite par le décret du 17 décembre 1973[462] bénéficie d'une certaine autonomie, qui permet au juge de prononcer des mesures très variées. Néanmoins, le juge ne peut trancher le litige au fond. Une action en justice à cette fin peut être intentée par l'actionnaire, sous la forme d'un référé. Une demande introduite par simple requête ne suffirait pas[463].

---

[461] L.–D. MUKA TSHIBENDE, L'information des actionnaires, *op. cit.*, p. 99.
[462] Déc. n° 73-1122 du 17 déc. 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile : *JORF* du 22 déc. 1973 p. 13660.
[463] T. com. Paris, 5 juin 1989 : *RD bancaire et bourse* 1989, n° 16, p. 213, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER.

308. De tels textes n'existent pas en droit OHADA, faute d'une uniformisation de la procédure civile. Il convient donc de se référer au droit national de chaque État membre de cette organisation.

309. La réticence des tribunaux à ajourner une assemblée générale. Les décisions d'ajournement d'une assemblée restent très rares en pratique. Les tribunaux demeurent en effet assez réticents à prononcer le report de l'assemblée générale[464]. À cet égard, il est intéressant de relever les termes d'un jugement du tribunal de commerce de Paris en 1992, « *mais attendu que le juge des référés doit peser les inconvénients résultant d'une décision aussi grave que celle d'ajourner des assemblées générales extraordinaires devant statuer sur l'absorption des sociétés par une troisième ; que la protection des minoritaires ne doit pas systématiquement justifier une entrave au fonctionnement habituel des règles majoritaires qui gouvernent le fonctionnement des sociétés commerciales […] qu'en conséquence les circonstances de l'espèce ne permettent pas au juge des référés de prendre une mesure aussi grave et dont l'impact économique, financier et boursier serait sans commune mesure avec les intérêts à protéger, que celle consistant à ordonner l'ajournement des assemblées qui est sollicité* »[465]. Dans cette espèce, les actionnaires souhaitaient faire ajourner les assemblées générales extraordinaires qui devaient statuer sur l'opération de fusion intervenant entre des sociétés cotées. La demande a donc été rejetée aux motifs précités. Néanmoins, il convient de relativiser cette décision qui tient compte notamment du fait que les sociétés en présence sont des sociétés cotées.

310. Dès l'instant où les modalités de la fusion ne révèlent aucune irrégularité flagrante et irrémédiable rendant probable un vice du consentement des actionnaires ou ne révèlent aucun abus évident de majorité, les juges des référés refusent d'ordonner l'ajournement de l'assemblée[466]. Dans cette optique, il appartient aux actionnaires minoritaires d'apporter la preuve que la consultation des rapports des commissaires leur a été refusée[467]. Il convient de préciser qu'un arrêt semble considérer que l'irrégularité en matière de mise à disposition des rapports des commissaires ne proviendrait pas d'un retard dans leur établissement, mais uniquement du refus par la société de leur consultation[468]. Par ailleurs, dès l'instant où l'information des actionnaires a été donnée dans le respect des critères formels, il n'y a pas lieu

---

[464] A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 162-20, dernière mise à jour 4 nov. 2015, n° 209.

[465] T. com. Paris, 1er déc. 1992, SA Conseil et Gestion internationale (CGI) et a. c. SIMON ès qual. et a, : *RJDA* 1993, n° 513 ; *JCP E* 1993, J.384, note A.VIANDIER.

[466] CA Paris, 28 déc. 1992 : *BJS* 1993, p. 434, note P. LE CANNU.

[467] Cass. com., 8 juil.2003, n° 1182 FD, Consorts Barré c/SA Brosse Packaging et autres : *BJS* 2003, p. 1152 note M-L. COQUELET.

[468] *Ibid.*, A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 162-20, dernière mise à jour 4 nov. 2015, n° 209.

à ordonner le report de l'assemblée[469]. Enfin, il faut noter que les actionnaires n'ont droit à la communication que des documents visés par les textes[470]. Ainsi, un rapport d'expert immobilier auquel les commissaires se réfèrent dans leurs rapports n'a pas à être communiqué aux actionnaires et ces derniers ne peuvent se prévaloir de cette absence de communication pour obtenir l'ajournement de l'assemblée générale[471]. Au regard de ces décisions, l'ajournement d'une assemblée générale demeure une mesure exceptionnelle[472].

311. Quelques exemples d'ajournement d'assemblée générale. L'ajournement suppose de renvoyer l'assemblée générale à une date ultérieure. En pratique, ce dernier implique souvent une insuffisance manifeste d'information des actionnaires. Ainsi, en cas de violation de l'obligation de communication, le juge des référés peut, si les raisons impérieuses le justifient, ordonner aux dirigeants de reporter la date de l'assemblée générale. Dans ce cas, l'ajournement constitue un moyen de protection du droit d'information des actionnaires. Ainsi, l'ajournement a été admis par les juges du fond en 1969[473]. En l'espèce, un actionnaire avait demandé à la société la communication des documents sociaux pour lui permettre de voter de manière utile à l'assemblée générale qui devait statuer sur les comptes des trois derniers exercices. Faute d'une mise à disposition desdits documents, celui-ci a fait enjoindre à la société la production des éléments demandés. Le juge fait droit à la demande et décide de l'ajournement de l'assemblée générale dans le but de permettre au demandeur de prendre préalablement connaissance des documents. Cette position semble également avoir été adoptée par le TPI de Yaoundé qui, dans une décision, a admis implicitement que le juge pouvait ordonner l'ajournement de la tenue de l'assemblée jusqu'au respect du droit de communication[474]. Lors d'une opération de fusion, le juge des référés ordonna l'ajournement de l'assemblée générale extraordinaire au motif qu'un second rapport d'évaluation des parités avait été porté à la connaissance des minoritaires tardivement[475]. Il en a été de même pour permettre aux actionnaires de prendre connaissance du rapport de l'expert[476].

312. La justification de l'ajournement. L'idée sous-jacente de l'ajournement est de permettre aux actionnaires qui reçoivent une information d'avoir le temps de prendre connaissance de celle-ci. Dans l'affaire relative à la fusion, le rapport contenait une information

---

469 T. com. Paris, 1er déc. 1992, SA Conseil et Gestion internationale (CGI) et a. c. SIMON ès qual. et a, *op. cit.*
470 A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*, n° 209.
471 CA Paris, 8 déc. 1988 : *BJS* 1989, p. 337.
472 A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*, n° 210.
473 TGI Strasbourg, 23 sept. 1969 : *RJ. com.* 1970, p. 150, n° 16.
474 TPI Yaoundé, Ord. Réf. n° 494/0, 6 fév. 2001, *op. cit.*
475 Trib. com. paris, 28 déc.1994 : *RDBB*, 1995, p. 32-33.
476 CA Versailles, ch. 14,11 sept. 2014, n° 14/03997, SARL Aviatec ; SA Motul ; SELARL Minault/c SA Motul.

importante, puisqu'elle concernait la parité d'échange. Or, si les minoritaires n'avaient pas eu suffisamment le temps pour prendre connaissance d'une telle information, celle-ci aurait été inutile. Par conséquent, ils n'auraient pas utilement exercé leur droit de vote lors de l'assemblée générale extraordinaire. Par cette décision, le juge semble renforcer le droit d'information des actionnaires et partant leur donne la capacité d'approuver l'opération en toute connaissance de cause. L'injonction serait privée d'efficacité si l'actionnaire ne dispose pas du temps nécessaire pour mieux appréhender et comprendre les documents transmis, pour ainsi éclairer son droit de vote.

313. Le report d'une assemblée générale constitue une sanction efficace. Ainsi, comme le reconnaît une doctrine avisée, « *le calendrier d'une fusion est en effet très serré, et l'ajournement peut causer aux sociétés en présence un préjudice très important* »[477]. En effet, si les sociétés veulent rapidement réunir les assemblées, elles transmettront les documents demandés dans les plus brefs délais pour parfaire l'information des actionnaires. Une obligation semblable pèse sur les sociétés pour permettre l'information des créanciers.

[477] P. LE CANNU, note sous T. com. Roubaix, 6 mai 1994, Association Défense des Actionnaires Minoritaires (ADAM) c/SA La Redoute : *op. cit.*,

CHAPITRE II — L'INFORMATION DES CRÉANCIERS, UN PRÉALABLE À L'ACTION EN OPPOSITION

314. L'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif semble porter atteinte aux droits des créanciers, puisqu'elle impose un changement de débiteur. Le nouveau débiteur peut ne pas offrir les mêmes garanties que l'ancien. En ce qui concerne les créanciers de la société bénéficiaire, ils encourent le risque de voir leur gage général diminué en raison de la transmission du passif. De plus, ils seront désormais en concurrence avec les autres créanciers sur les biens que le débiteur possédait avant la réalisation de l'opération. Dans ce contexte, les créanciers doivent pouvoir protéger leurs intérêts. Cette protection nécessite qu'ils soient informés sur l'opération (**section I**).

315. Dans l'une ou l'autre opération, l'information permet aux créanciers d'exercer leur droit d'opposition[478] (**section II**). Le droit d'opposition est une invention de la pratique[479] qui n'a été codifiée en droit français des sociétés que par la loi du 24 juillet 1966[480]. En droit OHADA, l'institution a vu le jour dès l'entrée en vigueur le 1er octobre 1997 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

[478] Cass. com., 1er juin 1993, n° 91-14.740.
[479] M. GERMAIN, L'opposition en droit des Sociétés : *LPA* 2007, n° 68, p. 21.
[480] Loi n° 66-537 du 24 juil. 1966 sur les sociétés commerciales, *op. cit.*

SECTION I — LA MISE À DISPOSITION DE L'INFORMATION AUX CRÉANCIERS

316. À l'instar des actionnaires, l'information sur l'opération doit aussi être mise à la disposition des créanciers sociaux avant l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur l'opération[481]. Elle se réalise au registre du commerce (§1) et par d'autres modalités (§2).

§1 — Le registre du commerce

317. L'entrée en vigueur de la directive européenne sur l'interconnexion entre les registres de commerces au sein de l'Union européenne pourrait améliorer l'accès à l'information dans tous les États membres (A) comme c'est déjà le cas en droit OHADA avec l'existence d'un fichier régional (B).

A) L'AMÉLIORATION DE L'ACCÈS À L'INFORMATION PAR L'INTERCONNEXION DES REGISTRES DE COMMERCE AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE.

318. Avant l'effectivité de l'interconnexion des registres qui vise à renforcer l'accessibilité à l'information (2), les parties ont l'obligation de déposer au greffe le projet de l'opération pour informer les créanciers (1).

1) Le dépôt au greffe du projet de l'opération

319. Le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif doit être déposé au greffe du tribunal de commerce du siège desdites sociétés[482], trente jours au moins avant la date de la première assemblée appelée à statuer sur l'opération ou avant que cette dernière ne prenne effet en cas d'opération simplifiée conformément à l'article R. 236-2 du Code de commerce[483]. En pratique, les conseils respectent généralement un délai de quarante-cinq jours. Ce délai long constitue une garantie de la bonne exécution de l'obligation de dépôt.

---

481 V. *infra* n° 486 et s.
482 C. com., art. L. 236-6, al. 2, AUSGIE, art. 194.
483 V. *infra* n° 554 et s.

320. Contrairement au projet d'une opération interne, le projet de fusion transfrontalière est déposé au greffe un mois avant la date de l'assemblée générale de la société immatriculée en France appelée à statuer sur l'opération[484]. Le législateur n'a pas souhaité harmoniser ce délai avec le précédent. Le délai d'un mois est plus protecteur que celui de trente jours. Il se justifie par l'élément d'extranéité de l'opération. On voit là toute l'importance de réaliser la publicité, ce que renforce l'interconnexion des registres.

2) L'interconnexion des registres de commerce

321. Le système de coopération déjà existant. Une coopération entre les registres de commerce existe par le biais du registre européen du commerce, dénommé en anglais European Business Register dit « *EBR* » qui a débuté en 1992[485]. Cette collaboration est volontaire et s'exerce sur la base d'un accord de partage d'informations[486].

322. Sur le plan juridique, l'EBR a pris la forme d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)[487]. Ce registre européen favorise la collecte des informations sur une société dans les registres du réseau[488]. Cette recherche concerne aussi bien les sociétés situées dans les États membres de l'Union européenne qu'en dehors[489]. Le registre a pour finalité de donner une information fiable sur les entreprises de toute l'Europe. Dans le réseau, les informations fournies sont dans la langue du demandeur[490]. Toutefois, cette coopération semble insuffisante, parce qu'elle ne couvre que certains États membres de l'Union européenne[491]. De plus, elle ne concerne que l'accès à l'information et non la transmission d'informations dans le cadre par exemple, d'une fusion transfrontalière[492].

323. L'intérêt de l'interconnexion des registres. L'information est difficilement accessible au sein de l'Union européenne. Cette difficulté était liée à l'absence d'interconnexion entre les registres du commerce au sein de cette espace. Ce problème est désormais résolu par

---

484 C. com., art. R. 236-15, dernier alinéa.
485 V. http://www.ebr.org, consulté le 15 janvier 2017.
486 Commission Europeenne (ex. commission des communautés européennes), Livre vert sur l'interconnexion des registres du commerce, 4 nov. 2009 : *Rev. sociétés*, 2009, p. 892, obs. B. LECOURT.
487 Ibidem.
488 http://www.ebr.org, consulté le 15 janvier 2017.
489 *Ibid.*
490 Commission Europeenne (ex. commission des communautés européennes), Livre vert sur l'interconnexion des registres du commerce, *op. cit.*
491 www.ebr.org, consulté le 15 janvier 2017.
492 B. LECOURT, Accès à l'information sur les sociétés : directive sur l'interconnexion des registres du commerce et des sociétés au sein de l'Union européenne : *Rev. sociétés*, 2012 p. 656.

la directive européenne 2012/17[493] dont les dispositions sont reprises par la directive du 14 juin 2017. Cette interconnexion a plusieurs avantages. D'abord, elle pallie l'insuffisance de l'actuelle coopération volontaire entre les registres[494]. Ainsi, ceux qui souhaitaient accéder à ces registres étaient confrontés d'une part à des systèmes de recherche différents et d'autre part, à des difficultés linguistiques[495]. Dans un contexte de libre circulation qui induit une liberté d'établissement au sein des États membres de l'Union européenne, les partenaires commerciaux ainsi que les créanciers doivent avoir accès à une information fiable sur les sociétés.

324. Ensuite, l'interconnexion facilite la réalisation des opérations de fusions transfrontalières. Pour cette dernière opération, la directive considère que « *la coopération entre les registres est une nécessité* »[496]. On pense aussi à l'utilité de l'interconnexion concernant les procédures d'insolvabilité transfrontalières[497].

325. Enfin, compte tenu du fait que le marché unique européen possède de nombreux groupes de sociétés, il sera désormais plus facile d'obtenir des informations sur ces derniers. La directive interconnexion vise donc à améliorer l'accès transfrontalier à l'information sur les sociétés. Les créanciers pourront accéder directement à l'information dans leur langue officielle. Ils limiteront ainsi les frais de recours à un traducteur.

326. Les modalités de l'interconnexion. Le système d'interconnexion des registres se compose des registres des États membres, de la plate-forme centrale européenne créée par la directive et du « *portail e-justice européen* » en qualité de « *point d'accès électronique* »[498]. Ainsi, les États membres ont l'obligation de garantir l'interopérabilité de leurs registres au sein du système d'interconnexion par le biais de la plate-forme[499].

327. La finalité de la plate-forme est de transmettre des informations contenues dans chacun des registres des États membres aux registres compétents des autres États membres dans la « *version linguistique pertinente* »[500]. Le traitement des demandes d'informations contenues dans les registres nationaux qui concernent les sociétés ou les succursales est assuré par le

---

493 Dir.Parl.et Cons. UE n° 2012/17 du 13 juin 2012 sur l'interconnexion des registres du commerce et des sociétés, modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés : *JOUE* 16 juin 2012.
494 Dir. 2012/17/UE, 4e consid.
495 B. LECOURT, Droit des Sociétés de l'Union européenne : *Ency. Dalloz, RDE*, mars 2014, actualisé en janv. 2016.
496 Dir. 2012/17/UE, 3e consid.
497 B. LECOURT, Droit des Sociétés de l'Union européenne, *op. cit.*
498 Dir. 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 sept. 2009 rendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, art. 4 *bis*.
499 *Ibidem.* nouvel art. 4 *bis*, § 3.
500 Dir. 2012/17/UE, 9e consid.

« *portail* »[501]. Ce dernier doit faciliter l'accès à « *des notices explicatives, disponibles dans toutes les langues officielles de l'Union* », énumérant les indications et actes soumis à information[502].

328. L'échange d'informations se fait sur la base d'identifiants uniques accordés à chaque société établie dans l'Union ainsi qu'à ses succursales[503]. Pour faciliter l'obtention de l'information, l'identifiant doit comporter des éléments permettant l'identification de l'État membre du registre, le registre national d'origine et le numéro de la société dans ce registre. Précisons que l'identifiant n'est utile que pour l'interconnexion des registres. Par conséquent, les sociétés et les succursales n'ont pas à le faire figurer sur leurs lettres ou notes de commandes[504].

329. L'information, objet de l'interconnexion. La publicité par le système d'interconnexion concerne les informations suivantes : les statuts et leur modification ; les nominations ; la cessation des fonctions et l'identité des dirigeants ; au moins annuellement, le montant du capital souscrit lorsque les statuts indiquent le capital autorisé ; les documents comptables de chaque exercice, le transfert du siège social ; la dissolution de la société ; la décision judiciaire prononçant la nullité de la société ; la nomination des liquidateurs ; la clôture de la liquidation et la radiation du registre[505]. Par une interprétation extensive, toutes les opérations entraînant la modification des statuts doivent faire l'objet de la publicité par le système de l'interconnexion. Par conséquent, les actes afférant à une fusion ou à un apport partiel d'actif doivent être publiés via le système d'interconnexion, puisque ces opérations entraînent une mise à jour des statuts.

330. Selon la directive, les informations doivent être accessibles dans « *un format de message normalisé* » et les copies électroniques des actes pourront être rendues publiques via le système d'interconnexion[506]. Enfin, celle-ci précise que les informations relatives au nom, à la forme sociale, à l'État membre dans lequel la société est immatriculée et à son numéro d'identification seront obtenues gratuitement[507].

331. S'agissant de la fusion transfrontalière, rappelons que l'article 13 de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières prévoyait déjà une

---

501 *Ibidem.* 12e consid.
502 Dir. n° 2009/101/CE, nouvel art. 3 *ter*, § 3, *b*).
503 Cet identifiant unique européen résulte du Règlement d'exécution (UE) 2015/884 de la Commission du 8 juin 2015 établissant les spécifications techniques et les procédures nécessaires au système d'interconnexion des registres mis en place par la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil : *JOUE* 10 juin 2015.
504 Dir. 2012/17/UE, 14e consid.
505 Dir. 2009/101/CE, art. 2.
506 *Ibidem*, nouvel art. 3 *ter*, § 2.
507 Dir. 2009/101/CE, nouvel art. 3 quater, § 2.

coopération transfrontalière entre les autorités gérant les registres, mais elle ne contenait pas d'indications sur les modalités d'envoi de la notification[508]. Par conséquent, la coopération était difficile faute de texte prévoyant les modalités de celle-ci. Cet oubli est corrigé par la directive 2012/17/UE, codifiée par la directive 2017/1132/UE. Ainsi, les autorités tenant les registres adressent les notifications sans délai au moyen du système d'interconnexion[509]. Il aurait été préférable que le législateur européen fixe un délai de notification pour assurer la sécurité juridique de l'opération et la protection des créanciers.

332. La directive doit être saluée puisqu'elle renforce l'accès à l'information des créanciers. Elle contribue à une plus grande efficacité du marché intérieur[510]. Contrairement au droit de l'Union européenne, le droit OHADA a innové en prévoyant dès l'origine une transmission d'informations entre les différents registres.

B) LA FACILITÉ THÉORIQUE DE L'ACCÈS À L'INFORMATION PAR LE FICHIER RÉGIONAL EN DROIT OHADA

333. Le dépôt au greffe du projet. À l'instar du droit français, l'article 194 de l'Acte uniforme impose le dépôt du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif au greffe du tribunal du siège des sociétés participant à l'opération, dans un délai d'au moins un mois avant l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur l'opération[511]. C'est une différence avec le droit français qui prévoit un délai de trente jours.

334. Le fichier régional. Le droit OHADA prévoit une centralisation des informations dans le fichier régional tenu à la Cour commune de justice et d'arbitrage à Abidjan en Côte d'Ivoire[512]. Ce fichier centralise les renseignements et les informations contenues dans le fichier national. Ce dernier contient les éléments consignés dans chaque registre du commerce et du crédit mobilier de l'État membre concerné[513]. Conformément à l'article 76 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, toutes les informations détenues par le fichier national de

---

[508] Dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, art. : *JOUE* 25 nov. 2005, nouvel art. 13. Elle a été transposée en droit français par la Loi n° 2008-649 du 3 juiL.2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au Droit communautaire : *JORF* n° 0155 du 4 juil.2008, p. 10705 texte n° 1 et Décr. n° 2009-11 du 5 janv. 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés : *JORF* n° 0005 du 7 janv. 2009, p. 449 texte n° 28.

[509] Dir. 2005/56/CE, *op. cit.,* nouvel art. 13.

[510] Depuis juin 2017, les registres du commerce ou des sociétés de tous les pays de l'UE sont interconnectés (portail e-justice). Toutefois, après une recherche effectuée par nos soins, l'information n'est pas si facilement accessible. En effet, pour accéder à l'information, il faut avoir le nom et le numéro d'immatriculation de la société concernée.

[511] V. *infra* n°486 et s.

[512] AUDCG, art. 76.

[513] AUDCG, art. 73.

chaque État membre sont transmises au fichier régional. Cette organisation contribue à l'accessibilité de l'information par les différents partenaires commerciaux. Par exemple, une société ivoirienne souhaitant fusionner avec une société gabonaise pourra accéder facilement à l'information sur ladite société.

335. Les limites de ce régime. Il convient toutefois de relativiser cet enthousiasme, compte tenu de l'ineffectivité actuelle de ce mécanisme. D'abord, la transmission des informations entre les différents fichiers n'est pas encore mise en place. Cette situation se justifie par le retard pris dans l'informatisation des différents registres de commerce dans les États membres de l'OHADA, mais aussi par la lenteur du système postal dans ces pays. Par ailleurs, les modalités d'accès d'une personne physique ou morale aux informations détenues dans le fichier régional n'ont pas encore été élaborées par les services compétents[514].

336. Ensuite, les informations qui doivent être communiquées aux différents fichiers sont assez limitées. En effet, conformément aux articles 73 et 76 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, les informations transmises doivent concerner l'immatriculation des personnes physiques[515] ou des personnes morales[516], la déclaration d'activité des personnes physiques[517] et les sûretés mobilières[518]. La question qui se pose est de savoir s'il faut interpréter ces articles de manière restrictive. En d'autres termes, le fichier national doit-il transmettre toute information autre que les précédentes au fichier régional ? L'objectif d'information du public commande une interprétation extensive de ces textes. Par conséquent, toutes les informations, par exemple, celles relatives à une fusion ou à un apport partiel d'actif doivent être systématiquement transmises au fichier régional. Cette interprétation est conforme à celle donnée par les services compétents[519].

337. Enfin, l'Acte uniforme sur le droit commercial général ne précise pas le délai dans lequel la transmission des informations aux différents fichiers doit être faite[520]. Certes, les articles 74, alinéa 4, et 78, alinéa 2, de cet Acte uniforme précisent que les demandes d'informations doivent avoir une réponse immédiate ou, au plus tard, dans un délai de quarante-

---

514 Cette situation m'a été confirmée lors d'un entretien téléphonique avec un ancien responsable du service de la documentation de la CCJA à Abidjan, mais aussi par un mail du Greffier en Chef de la CCJA, datant du 2 janv. 2017.
515 AUDCG, art. 44.
516 AUDCG, art. 46.
517 AUDCG, art. 62.
518 AUS, art. 51 et s.
519 Par un mail du Greffier en Chef de la CCJA, datant du 3 janv. 2017, en réponse à une question posée sur la conformité de mon interprétation extensive.
520 P. LENDONGO, Le registre du commerce et du crédit mobilier (formation pour de juristes camerounais en droit OHADA du 11 au 22 avril 2011), en ligne sur www.ohada.org, consulté le 4 janv. 2017.

huit heures à compter de la réception desdites demandes, mais l'effectivité de ces articles passe par l'informatisation de l'ensemble des registres des pays membres de l'OHADA. Or, à ce jour, on constate un retard important dans le passage à la voie électronique par ces États. À l'heure actuelle, l'absence de délai impératif est source d'insécurité juridique, car les informations détenues par les différents fichiers peuvent ne pas être actualisées. Dans ces conditions, la protection des intérêts des créanciers n'est pas nécessairement assurée. Néanmoins, leur droit peut être protégé par d'autres modalités de publicité du projet de l'opération.

§2 — Les modalités de la publicité

338. Parler des modalités de la publicité revient à présenter les différents moyens permettant d'informer les créanciers sur l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En droit français, le régime de la publicité a fortement été modifié par le législateur (B). La présentation de ce régime ne peut être faite qu'après avoir analysé le contenu de l'avis objet de la publicité (A).

A) LE CONTENU DE L'AVIS OBJET DE LA PUBLICITÉ

339. Le contenu de l'avis pour une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. L'avis doit contenir les mentions suivantes : la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège social où le projet de fusion peut être consulté, le montant du capital social, le numéro du registre de commerce et le numéro d'identification (mention spécifique au droit français) pour chacune des sociétés participant à l'opération ; la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège et de l'augmentation du capital des sociétés existantes[521]. Ces mentions paraissent simples et sans importance, mais il n'en est rien. En effet, la jurisprudence française attache une importance particulière à la mention de l'adresse du siège social de la société, puisqu'il a été jugé qu'« *une adresse erronée, empêchant les créanciers de la société absorbée d'être directement mis en mesure d'assigner celle-ci pour faire statuer le tribunal de commerce sur leur opposition, empêche le délai d'opposition de courir* »[522]. Il résulte de cette décision protectrice du droit des créanciers que les

[521] C. com., art. R. 236-2 ; AUSGIE, art. 194.
[522]Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15.987, Société Bureau Équipement c/Société Tual : *JurisData* n° 1996-002212 ; *Dr. sociétés*, 1996, comm. 151 et 180 ; *BJS* 1996, p. 923, note P. Le CANNU ; *Rev. sociétés* 1997, p. 110, obs. Y. CHARTIER.

parties à l'opération doivent être attentives lors de la rédaction des actes de l'opération en général et de l'avis en particulier.

340. En plus des mentions précitées, l'avis doit contenir l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission à la société absorbante est prévue. Pour cette dernière mention, les praticiens ne font pas figurer dans le projet de l'opération, le détail des actifs et passifs transmis, mais plutôt le montant total des actifs, celui des passifs et leur conséquence sur celui de l'actif net. Enfin, l'avis doit contenir le rapport d'échange des droits sociaux, cette mention n'a pas à figurer dans l'avis concernant l'apport partiel d'actif puisqu'il n'y a pas échange des droits sociaux ; le montant prévu de la prime de fusion ; la date du projet ainsi que les dates et lieux des dépôts prescrits par le premier alinéa de l'article L. 236-6 du Code de commerce (mention spécifique au droit français).

341. Le contenu de l'avis pour les opérations simplifiées. Les articles R.236-2 du Code de commerce et 194 de l'Acte uniforme ne précisent pas le contenu de l'avis en cas d'opération simplifiée lorsque la société bénéficiaire détient 100 % du capital social. Ces dispositions sont néanmoins applicables à une opération simplifiée puisqu'elles sont contenues dans la partie relative aux dispositions générales. Elles s'inscrivent dans le droit à l'information des créanciers.

342. Compte tenu de la spécificité de cette forme d'opération, le contenu de l'avis pourrait être différent. Il devrait ainsi contenir les mentions suivantes : la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle ; la forme ; l'adresse du siège social où peut être consulté le projet de fusion ; le montant du capital social ; le numéro de registre de commerce et le numéro d'identification (mention spécifique au droit français) pour chacune des sociétés participant à l'opération. En plus des mentions précitées, l'avis doit contenir l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes est prévue ; la date du projet ainsi que les dates et lieux des dépôts prescrits par le premier alinéa de l'article L. 236-6 du Code de commerce (mention spécifique au droit français).

343. Le contenu de l'avis concernant la fusion transfrontalière. En droit français, pour les sociétés immatriculées en France et compte tenu de l'extranéité de cette opération, l'avis doit contenir conformément à l'article R. 236-15 du Code de commerce, les indications relatives au registre auprès duquel chaque société participante a procédé à la publicité requise par l'article L. 236-6 du Code de commerce ou les dispositions équivalentes de la loi nationale, ainsi que le numéro d'inscription de la société dans ce registre ; la raison sociale ou la dénomination sociale de la société nouvelle qui résulte de l'opération de fusion transfrontalière

suivie, le cas échéant, de son sigle, de sa forme, de l'adresse de son siège, du montant de son capital ou du montant de l'augmentation du capital des sociétés existantes ; la date du projet commun de fusion transfrontalière ainsi que pour les sociétés participantes immatriculées en France, la date et le lieu du dépôt au registre du commerce et des sociétés prévus au deuxième alinéa de l'article L. 236-6 ; l'indication, pour chaque société participante, des modalités d'exercice des droits des créanciers et, le cas échéant, des actionnaires minoritaires ainsi que l'adresse à laquelle peut être obtenue sans frais une information exhaustive sur ces modalités. Par ailleurs, il doit indiquer l'évaluation de l'actif et du passif de chaque société participante dont la transmission à la société ou absorbante est prévue ; le rapport d'échange des droits sociaux dans chaque société participante et enfin, le montant prévu de la prime de fusion pour chaque société partie à l'opération.

344. Contrairement au droit français, le droit OHADA n'a pas tenu compte de la particularité de cette opération pour déterminer les mentions spécifiques de l'avis. Par conséquent, les mentions précitées pour les opérations internes sont identiques à celles de l'avis d'un projet de fusion transfrontalière dans cet ordre juridique.

345. Le contenu des avis, spécifique aux parties. Précisons que pour l'ensemble de ces avis, les sociétés participant à l'opération peuvent ajouter des mentions complémentaires telles que la date de l'assemblée générale extraordinaire des sociétés appelée à approuver l'opération ou le numéro de dépôt au greffe du projet de l'opération ou encore le rappel du délai et des conditions du droit d'opposition des créanciers sociaux (en rappelant les articles concernés du Code de commerce)[523]. Cet avis peut aussi contenir la date de l'opération si elle est rétroactive[524] ou les liens capitalistiques entre les différentes sociétés. Ces éléments complémentaires contribuent à parfaire l'information des créanciers.

346. L'avis doit faire l'objet d'une publicité soit au BODACC soit sur le site internet.

[523] Ce fut notamment le cas de l'avis du projet de fusion simplifiée entre les sociétés FABERNOVEL GROUP et FABERNOVEL du 22 mai 2015 (en ligne) sur www.innovate.fabernovel.com, consulté le 15 janvier 2017 ; mais aussi celui du projet de fusion entre les sociétés PATRIMOINE ET COMMERCE et FONCIÈRES SEPRIC signé le 18 mai 2015 (en ligne) sur www.patrimoine-commerce.com ; enfin, ce fut aussi le cas de celui relatif au projet de fusion entre les sociétés EUROSIC et SIIC DE PARIS signé le 25 févr. 2015 (en ligne) sur www.eurosic.fr.
[524] Sur la rétroactivité, v. *infra* n° 542.

B) LA MISE EN ŒUVRE DE LA PUBLICITÉ EN DROIT FRANÇAIS ET LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS

347. Il convient par souci de clarté de présenter les nouvelles modalités de la publicité en droit français (1) avant d'analyser la responsabilité des dirigeants commune aux deux ordres juridiques (2).

1) Les nouvelles modalités de la publicité en droit français

348. Dans cette partie, nous ne traiterons que des modalités de la publicité en droit français puisque de récentes réformes ont modifié le régime de celle-ci. En revanche, en droit OHADA, la réforme de 2014 n'a pas modifié le régime de la publicité. Ainsi, l'avis de l'opération est toujours publié dans un journal d'annonces légales conformément à l'article 194 de l'Acte uniforme. Mais, le projet de l'opération et l'avis ne peuvent être publiés par voie électronique faute de texte le prévoyant. En revanche, en droit français, la publicité se résume à l'insertion d'un avis au BODACC (a) et sur le site internet de la société (b).

a) La publicité au BODACC

349. Le régime applicable. Antérieurement à l'entrée en vigueur du décret du 9 novembre 2011[525], L'avis sur le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif était inséré dans un Journal d'annonces légales (JAL) du siège social de la société participant à l'opération, un mois au moins avant l'assemblée générale appelée à statuer sur le projet[526]. Dorénavant, la publicité laissée à la diligence du greffier est faite au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), trente jours avant l'assemblée générale appelée à statuer sur le projet ou avant la prise d'effet de l'opération simplifiée[527].

[525] Décr. n°2011-1473 du 9 nov. 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés, *op. cit.* : *RTD com.*, 2011, 763, B. DONDERO et P. Le CANNU ; A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions — À propos du décret du 9 nov. 2011 : *JCP* G n° 48, 2011, 1305.
[526] C. com., art. R. 236-2 ancien.
[527] C. com., art. R. 236-2.

350. La publicité au BODACC permet une diffusion nationale, d'accès facile parce qu'elle est en version électronique, contrairement au journal d'annonces légales qui est une publicité locale[528], même s'il est vrai qu'il existe des JAL de diffusion nationale.

351. Les critiques sur la publicité au BODACC. Cette nouvelle modalité a fait l'objet de vives critiques de la part des praticiens. Par la publicité dans un journal d'annonces légales, ces derniers maîtrisaient le calendrier de l'opération, ce qui ne serait plus le cas[529].

352. La mise en œuvre de cette nouvelle modalité dépend de la diligence du greffier. En pratique, un calendrier est établi pour le bon déroulement de l'opération. C'est le document de travail indispensable compte tenu du chevauchement des procédures et de la complexité de l'opération. Il donne une vision de l'ensemble de cette dernière. Par cette obligation, la durée de l'opération devient imprévisible.

353. De plus, au-delà des problèmes de sécurité juridique de l'opération, la suppression de la publicité dans un journal d'annonces légales entraîne une crise sociale en raison de la perte du marché par lesdits journaux.

354. En pratique, la publicité au greffe paraît plus efficace que celle effectuée au BODACC. Les créanciers ont la possibilité sur le site internet info greffe de créer une alerte sur leur débiteur. De plus, les informations publiées au BODACC sont fragiles parce que le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif peut être modifié par l'assemblée générale extraordinaire[530].

355. Le délai de transmission. Le décret est silencieux sur le délai de transmission par le greffe de la demande de publication au BODACC [531] et celui de la publication de l'avis par celui-ci. Pour pallier l'absence de délai dans le décret, le Conseil National des Greffiers des tribunaux de Commerce (CNGTC) a adressé une circulaire aux greffiers en ces termes : « *compte tenu des conséquences de cette publicité sur le déroulement de la procédure de fusion ou d'apport partiel d'actif, il est impératif que la demande soit traitée et transmise le jour de la réception* »[532]. Cette circulaire a le mérite d'être plus précise. Toutefois, elle constitue une simple recommandation, elle n'a donc aucune valeur contraignante à l'égard des greffiers.

---

528 Le BODACC est le registre national au sens de la directive 2012 sur l'interconnexion des registres. L. SEGAL, V. PELCERF, Fusions, scissions et apports partiels d'actifs : harmonisation des délais et modification du régime de publicité par le décret n° 2011-1473 du 9 nov. 2011, *option Finance* n° 1166 du 26 mars 2012, p. 34 et s.
529 A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions, *op. cit.*
530 Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, P+B, A. c/Sté Habitation moderne : *JurisData* n° 2015-022074 ; *JCP E*, 2016, 1037, note B. DONDERO, *Dr. sociétés* 2015, comm.12, note D. GALLOIS-COCHET, V. *infra* n° 513 et s.
531 L. SEGAL, V. PELCERF, Fusions, scissions et apports partiels d'actifs, *op. cit.*
532 Circulaire n° 50/2011, Publicité du projet de Fusion ou de scission, du 17 nov. 2011.

356. Sur cette question, les organismes AFEP-ANSA-MEDEF ont proposé à la Chancellerie d'imposer par un texte un délai de transmission au BODACC et de ramener de 4 à 5 jours maximum le délai de publication des avis par le BODACC, qui est actuellement de 10 ou 15 jours, pour corriger les incertitudes du décret du 9 novembre 2011[533]. En réponse à cette requête, la Chancellerie a indiqué que le délai pourrait être ramené à sept jours dès lors que le greffier a précisé l'urgence de la publication lors de la transmission de l'avis au BODACC [534]. Il convient toutefois de relativiser cette situation. En effet, les retours d'expériences confirment que le greffier et le BODACC sont suffisamment diligents. Il n'y a pas pour l'instant, d'incidence constatée sur le calendrier des opérations. Néanmoins, pour plus de sécurité juridique, il serait souhaitable que le législateur français prévoie des délais impératifs. Dans l'attente de cette modification, par souci de sécurité juridique, il est recommandé de publier longtemps à l'avance pour être sûr de respecter le délai de trente jours. Par exemple, la publicité pourrait intervenir dans un délai de quarante-cinq jours avant l'assemblée générale extraordinaire.

357. Le nombre d'avis à publier. L'avis doit être diffusé au BODACC autant de fois qu'il y a de sociétés participant à l'opération, même lorsqu'elles sont situées dans le ressort du même greffe[535]. Cette interprétation est confirmée par l'exemple donné par la circulaire n° 50/2011 du Conseil National des Greffiers des tribunaux de Commerce CNGTC « *ainsi lorsqu'une société, dont le siège est à Paris, absorbe deux sociétés dont le siège est également à Paris […] trois publicités sont requises au greffe de Paris* ». Or, sous le régime antérieur, l'insertion d'un seul avis dans un journal d'annonces légales était suffisante lorsque les sociétés étaient du même ressort du greffe.

358. La fusion transfrontalière. Contrairement au projet de fusion interne, le projet de fusion transfrontalière doit être publié dans un journal d'annonces légales du département du siège social des sociétés immatriculées en France et au BODACC[536]. Cette double publicité semble se justifier par l'extranéité de l'opération, mais il pourrait aussi s'agir d'un oubli du législateur. Toutefois, l'entrée en vigueur de la directive 2012/17 sur l'interconnexion renforcerait l'efficacité de la publicité au BODACC au détriment de la publicité sur le site internet.

---

533 Requête commune, Décret du 9 nov. 2011 sur les fusions-difficultés pratiques, com.11-055.
534 ANSA, n° 11-055, courrier de la Direction des Affaires civiles et du Sceau en date du 25 nov. 2011.
535 C. com., art. R. 236-2.
536 C. com., art. R. 236-15, al. 1.

b) Les ambiguïtés de la publicité sur le site internet

359. Le régime applicable. L'article R. 236-2-1 du Code de commerce prévoit la publicité du projet de l'opération et l'avis sur le site internet de la société « *dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents* ». Cet article rend l'information désormais quérable, donc moins accessible[537]. Il dispense de la publicité au BODACC, si l'avis est publié sur le site internet de la société. Pour ce faire, la publicité doit être ininterrompue pendant une période commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif[538]. En cas d'inaccessibilité du site pendant au moins vingt-quatre heures, le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif est publié au BODACC [539]. Les sociétés doivent se prémunir d'une interruption involontaire[540]. En pratique, les sociétés publieront le plus souvent au BODACC à cause des aléas de l'informatique. Cette situation pourrait aussi se renforcer en raison des ambiguïtés qui naissent de ce nouveau régime de publicité.

360. Les incompréhensions du nouveau régime de la publicité. La première ambiguïté concerne les documents faisant l'objet de la publicité sur le site internet. En effet, l'alinéa 1er de l'article R.236-2-1 du Code de commerce vise à la fois la publication du projet de fusion et par extension celui de l'apport partiel d'actif, dans son intégralité et en même temps, le deuxième alinéa de celui-ci liste par renvoi les mentions obligatoires de l'avis prévues à l'article R. 236-2 du Code de commerce. De ce fait, on est donc dans l'impossibilité de savoir quel document doit être publié sur le site internet. Le texte vise-t-il le projet de l'opération ou l'avis prévu à l'article R.236-2 du Code de commerce ? Pour l'ANSA, « *l'ambiguïté provient probablement de ce que la directive accorde une dérogation portant à la fois sur le dépôt au registre et sur la publicité dans le bulletin national* »[541]. Par conséquent, la publicité intégrale du projet sur le site internet est indispensable, puisqu'il n'est pas accessible parallèlement. Or, le droit français a maintenu l'obligation de déposer le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif au greffe[542]. Selon le comité juridique de l'ANSA, la publicité du projet sur le site internet est nécessaire en raison de l'article 6 de la directive n° 2011/35[543] qui renvoie aux modalités de publicité prévues par chaque État membre.

---

537 L. SEGAL, V. PELCERF, Fusions, scissions et apports partiels d'actifs, *op.cit.*
538 C. com., art. R. 236-2-1, al. 1.
539 C. com., art. R. 236-2.
540 A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions. *op. cit.*
541 ANSA, Comité juridique, réunion du 7 déc. 2011 n° 11-069.
542 C. com., art. L. 236-6, v. *supra* n° 320 et s.
543 ANSA, Comité juridique, réunion du 7 déc.. 2011, *op. cit.*

361. Par souci de clarté, il conviendrait de modifier l'article R.236-2-1 du Code de commerce pour expliquer lequel du projet ou de l'avis doit faire l'objet de la publicité sur le site internet. Dans l'attente de cette modification, il est fortement conseillé de publier sur le site internet de la société l'ensemble du projet de l'opération et l'avis. À défaut d'une publicité des deux documents, les sociétés peuvent insérer dans l'avis une mention précisant que « *le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif est disponible sur le site internet de la société* ». Ainsi, les créanciers prendront connaissance du projet de l'opération au greffe de chacune des sociétés ou sur le site internet de leur débiteur.

362. La seconde ambiguïté concerne le site indispensable à la publicité. L'article R.236-2-1 du Code de commerce précise que la publicité est faite sur « *le site internet de la société* ». Pour l'effectivité de cette mesure, il faut que toutes les sociétés parties à l'opération possèdent un site internet propre[544], ce qui n'est pas toujours le cas, même si certaines sociétés non cotées d'une certaine taille disposent d'un site internet. Cependant, cette situation semble courante lorsque la société est membre d'un groupe. Dans ce cas, toutes les sociétés du groupe ont un seul site internet et il s'agit le plus souvent de celui de la société mère. Or, cet article ne fait pas allusion au site de la société mère lorsque l'opération intervient entre des sociétés d'un même groupe, ce qui n'est pas un cas d'école, mais correspond à la pratique la plus courante des opérations de fusions ou d'apport partiel d'actif. De l'article précité, les organismes AFEP-ANSA-MEDEF proposent l'interprétation suivante : « *pour les groupes, une seule page d'accueil ultra-simplifiée créée sur internet par chaque filiale non cotée à partir de logiciels de sites préfabriqués, et renvoyant par un lien à une fenêtre individualisée par filiale sur le site de la société mère du groupe, suffirait à remplir les conditions imposées par l'article. R. 236-2*-1 »[545]. Cette solution semble assez compliquée. Le législateur français aurait renforcé l'effectivité et l'efficacité de cet article s'il avait prévu une publicité sur le site internet de la société mère. Par conséquent, en l'état actuel du droit positif, la publicité de l'opération sur le site de la société mère ou du groupe n'est pas conforme à la loi[546]. Il en est de même du procédé par lequel un lien renverrait au site de la société mère étrangère[547]. Néanmoins, des aménagements sont possibles, puisque la directive européenne laisse la possibilité aux États membres de prévoir que la publicité peut être faite au moyen d'une plate-forme électronique centrale ou sur un autre site internet désigné par eux[548]. Le texte français devrait donc permettre

---

[544] B. DONDERO et P. Le CANNU, Décret n° 2011-1473 du 9 nov. 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés : JO 10 nov. 2011, p. 18893 ; *RTD com.*, 2011, 763.
[545] Requête commune, Décret du 9 nov. 2011 sur les fusions-difficultés pratiques, com.11-055.
[546] A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions, *op. cit.*
[547] Ce fut notamment le cas pour une opération suivie par nos soins pour respecter le calendrier de l'opération. Le greffe n'a pourtant pas contredit ce choix.
[548] Dir. 2011/35/UE, art. 6.

de désigner le site internet de la société mère. En l'absence de ces aménagements, la société qui opte pour la publicité sur internet devra créer son propre site. Autant dire que cette solution serait difficile, voire impossible à mettre en œuvre, compte tenu du délai de réalisation de l'opération et des coûts qu'elle engendrerait pour lesdites sociétés.

363. La troisième ambiguïté concerne la fiabilité du site. En effet, l'article R. 236-2-1 du Code de commerce prévoit que la publicité doit être faite dans « *des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents* ». Qu'entend-on par « *garantir la sécurité et l'authenticité des documents* » ? L'imprécision de cette phrase résulte d'une mauvaise transposition de l'article 6 la directive 2011/35/UE, dont les dispositions prévoient que « […] *les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres exigences ou contraintes que celles qui sont nécessaires pour garantir la sécurité du site internet et l'authenticité des documents […]* ». Le législateur français dans sa transposition quelque peu maladroite n'a pas pris soin de préciser les exigences ou contraintes citées par l'article 6 de la directive 2011/35. Par conséquent, il rend très difficile la compréhension du texte lorsqu'il parle de la « *sécurité du document* »[549]. L'article R.236-2-1 du Code de commerce devrait être modifié pour être conforme à l'article 6 de la directive 2011/35/UE et ainsi renforcer la cohérence du texte. Cet article pourrait être rédigé de la façon suivante : « […] *la société publie sur son site internet ou sur celui de la société mère le projet de fusion ou de scission, dans des conditions de nature à garantir la sécurité du site internet et l'authenticité des documents* ». Toutes ces ambiguïtés ne contribuent ni à l'effectivité ni à l'efficacité de toutes ces dispositions.

364. Le problème de l'administration de la preuve. La publicité sur le site internet pose des problèmes de preuve. Comment prouver la mise en ligne des documents ? Cette question a suscité un débat entre les praticiens. Pour une partie de ces derniers, le recours à un huissier apparaît souhaitable[550]. En revanche, certains d'entre eux considèrent que le recours à cet officier ne constitue pas une nécessité[551]. Les frais occasionnés par un tel recours sont contraires à l'objectif de réduction des charges voulu par la directive.

365. La constitution de la preuve de la publicité, surtout de son caractère ininterrompu est nécessaire, fut-elle par tous moyens, pour se prémunir contre d'éventuelles contestations. En pratique, les dirigeants rédigent une attestation dans laquelle ils admettent que la publicité a été faite de manière discontinue. Celle-ci nous semble illusoire, parce qu'ils sont juges et parties dans l'opération. Leur objectivité n'est pas nécessairement garantie.

---

549 A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions, *op. cit.*
550 *Ibidem.*
551 L. SEGAL, V. PELCERF, Fusions, scissions et apports partiels d'actifs, *op. cit.*

366. Compte tenu des difficultés à rapporter, la preuve de la mise en ligne et même de l'information des créanciers sur l'existence du projet de l'opération, une publicité systématique au BODACC est souhaitable. Cette dernière paraît plus sécurisante pour les dirigeants qui peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée en cas de non-respect de l'obligation de publicité.

2) La responsabilité civile personnelle des dirigeants

367. Nous analyserons d'abord les conditions très restrictives de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants (a) avant de voir les améliorations possibles (b).

a) Les conditions strictes de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants

368. En droit commun, la responsabilité est engagée en cas de faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la première et le second. En plus de ces conditions, en droit français, les créanciers doivent apporter la preuve d'une faute détachable des fonctions sociales due au défaut d'information. Il convient d'analyser ces conditions tant en droit OHADA qu'en droit français.

369. Une condition restrictive : la nécessité d'une faute détachable des fonctions sociales en droit français. Conformément à l'article L. 225-251 du Code de commerce, la responsabilité des dirigeants est engagée en cas d'infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA ou SAS, mais aussi en cas de violations des statuts et des fautes commises dans la gestion. À la lecture des textes, aucune autre condition que celle précitée n'est nécessaire pour engager la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des créanciers[552]. Ainsi, dans l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, la responsabilité peut être engagée pour défaut de publicité du projet de l'opération. Or, cette interprétation littérale n'est pas la position adoptée par la jurisprudence française qui a fortement restreint la possibilité d'une telle mise en cause. En effet, pour la jurisprudence, la responsabilité personnelle des dirigeants n'est engagée que lorsqu'ils ont commis une « *faute séparable ou détachable des fonctions*

[552] M. LAUGIER, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? » : *BJS*, 2003, p. 261 et spéc., n° 11.

sociales »[553]. C'est l'arrêt Seusse qui a permis d'appréhender les contours de cette notion[554]. Selon cet arrêt, la faute détachable des fonctions est avérée lorsque le dirigeant « *commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »[555]. D'abord, la faute intentionnelle suppose que l'action du dirigeant soit empreinte d'une intention fautive. Elle se caractérise aussi par le fait que la volonté du dirigeant « *se porte tout à la fois sur l'acte et sur ses conséquences* »[556]. En d'autres termes, l'intention consisterait à commettre volontairement la faute tout en ayant conscience de ses conséquences dommageables pour le créancier[557]. La seule connaissance du dommage suffit, il n'est pas nécessaire de prouver une véritable intention de nuire au créancier[558]. Par conséquent, la responsabilité du dirigeant ne peut être engagée en cas de faute commise par imprudence ou par négligence[559]. De même, en l'absence d'intention, il ne peut y voir de faute séparable des fonctions[560].

370. Ensuite, la faute intentionnelle doit être d'une particulière gravité[561]. Mais, quel est le critère de reconnaissance d'une faute d'une particulière gravité ? Pour une partie de la doctrine, une faute est dite lourde en raison de l'importance de ses conséquences[562]. Cette particularité marque une différence avec le régime de la responsabilité en cas d'action individuelle. Or, ces actions ont le même fondement. Cette différence est rappelée par la Cour de cassation « *la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales*»[563].

371. Enfin, la faute doit être incompatible avec les fonctions sociales. En effet, c'est parce que la faute est intentionnelle et d'une particulière gravité qu'elle est incompatible avec les

---

553 Cass. com., 27 janv.1998, n° 93-11. 437 : *JCP G* 1998, II, 10,177, note D. OHL; *Rev. sociétés*, 1998, p. 767, B. SAINTOURENS ; Cass. com., 20 mai 2003, dit Seusse : *D.* 2003, jur.2623, note B. DONDERO, *D. aff.* 2003, p. 1502, A. LIENHARD ; *JCP E* 2003, p. 1203, n° 2, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, J.-F. BARBIÈRI ; *RTD civ.* 2003, p. 509, P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2003, p. 741, C. CHAMPAUD et D. DANET ; *BJS* 2003, p. 786, note H. LE NABASQUE.
554 Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, *op. cit.*
555 *Ibid.*
556 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations, la responsabilité délictuelle*, 5e éd. Litec, 1996, n° 299.
557 H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 20 mai 2003, *op. cit.*
558 Y. GUYON et M. BUCHBERGER, Administration. — Responsabilité civile des administrateurs : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 132-10 du 24 fév. 2016.
559 S. WDOWIAK, La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre incertitudes et hésitations : *Gaz. Pal.* 6 avr. 2013, p. 8, spéc. n° 6.
560 Cass. com., 25 janv. 2005, n° 01-11377 : *JurisData* n° 2005-026720, *Dr. sociétés* 2005, comm. 129, note F.-X. LUCAS; *BJS* 2005, p. 599, note B. LE BARS ; Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11–14.154 : *JurisData* n° 2012-001304, *Rev. sociétés,* 2012, p. 418, note B. DONDERO.
561 Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07-20.445.
562 H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 20 mai 2003, *op. cit.*
563 Cass. com., 9 mars 2010 n° 08-21.547, *op. cit.*

fonctions sociales[564]. Rappelons que la faute n'a pas à être commise en dehors des fonctions sociales[565]. En effet, selon un auteur, la faute « *détachable* » ne constitue pas une faute *« détachée* » des fonctions[566]. Il s'agit d'une faute commise à l'occasion des fonctions qui bien que « *formellement ou matériellement rattachée aux fonctions […] leur est intellectuellement étrangère »*[567]. De manière plus précise, la Cour de cassation a jugé que la responsabilité personnelle du dirigeant peut aussi être engagée même lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions[568]. Par ailleurs, dans le cadre d'un groupe de société, la faute séparable des fonctions sociales a été reconnue à l'encontre du dirigeant d'une filiale pour n'avoir pas déclaré au passif de la mère une avance en compte courant consentie par celle-ci[569]. De plus, le dirigeant qui commet *« une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice* »[570]. Il résulte de la jurisprudence que l'infraction pénale intentionnelle est une faute détachable par nature des fonctions sociales. Par ces conditions restrictives, il est quasi impossible en pratique d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants.

372. L'application à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Dans le cadre de la fusion ou l'apport partiel d'actif, le créancier ne peut engager la responsabilité personnelle du dirigeant qu'en cas de faute détachable d'une particulière gravité et incompatible avec les fonctions sociales. Autant dire qu'il sera difficile, voire impossible, d'engager une telle responsabilité pour défaut d'information sur le projet de l'opération, en raison de la difficulté à apporter la preuve d'une telle faute eu égard aux conditions restrictives, ce qui ne semble pas être le cas du droit OHADA.

373. Des conditions moins restrictives en droit OHADA. Aux termes de l'article 740, alinéa 1er, de l'Acte uniforme « *les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit*

---

564 H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 20 mai 2003, *op. cit.*

565 Y. GUYON et M. BUCHBERGER, Administration. — Responsabilité civile des administrateurs, *op. cit.*

566 D. VIDAL, La responsabilité civile des dirigeants sociaux — pour un plaidoyer en faveur d'un changement de désignation de la faute séparable : *JCP* 2001, *Cahiers dr. entr.*, n° 3., spéc. p. 19, V. E. NICOLAS, La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente : *Rev. sociétés* 2013, p. 535

567 D. VIDAL, art. préc. V. aussi E. NICOLAS, La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente : *Rev. sociétés,* 2013, p. 535.

568Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07-20.445 : *JurisData* n° 2009-047001 ; *Bull. civ.* 2009, IV, n° 21 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 143, note J.-P. LEGROS ; *JCP E*, 2009, 1602, note B. DONDERO; *BJS* 2009, p. 499, note S. MESSAÏ-BAHRI; *D.* 2009, p. 559, obs. A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 161, note D. GALLOIS-COCHET. — Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-17.195 : *JurisData* n° 2013-012523 ; *RJDA* 12/2013, n° 1022, p. 961.

569 Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28.657 : *BJS* 2014, p. 467, note E. MOUIAL-BASSILANA.

570 Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13–26.298 : *JurisData* n° 2014-030506; *BJS* 2015, p. 134, note P. DUPICHOT; *JCP E* 2015, 1353, n° 16, note R. SALOMON. — Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.405 et 14-13.689 : *JurisData* n° 2015-012490 ; *BJS* 2015, p. 446, note B. BRIGNON.

des violations des clauses des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Cette disposition est applicable au président et aux autres dirigeants de la SAS conformément à l'article 853-3 de l'Acte uniforme. L'article 740 précité est rédigé dans les termes identiques à l'article L. 225-251, alinéa 1er du Code de commerce. Il résulte qu'à l'instar du droit français, aucune autre condition que celles précitées n'est nécessaire pour engager la responsabilité des dirigeants. De plus, l'article 161, alinéa 1er, de l'Acte uniforme précise notamment que la responsabilité personnelle de chaque dirigeant social est engagée envers les tiers pour « *les fautes qu'il (le dirigeant) commet dans l'exercice de ses fonctions* ». Par conséquent, dans cet ordre juridique, un dirigeant pourrait voir sa responsabilité personnelle engagée sans la preuve d'une faute séparable des fonctions sociales comme exigée par la jurisprudence française. Cette position se justifie par l'interprétation littérale des articles précités, mais également par l'absence d'une jurisprudence OHADA sur cette question. Il est donc possible de dire que ce régime est identique à celui des actionnaires, du moins en ce qui concerne les fautes justifiant la mise en jeu de la responsabilité personnelle des dirigeants. Ainsi, dans l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, la responsabilité personnelle pourrait être engagée pour défaut de publicité du projet de l'opération. Au regard de l'objectif de protection des intérêts des créanciers, il n'est pas souhaitable que les juridictions OHADA s'inspirent de la jurisprudence française sur cette question compte tenu de son caractère restrictif. En effet, en la matière, le droit OHADA semble plus protecteur que le droit français. C'est la raison pour laquelle des améliorations sont possibles en droit français.

b) Les améliorations possibles

374. Les critères précités sont source d'imprévisibilité pour les créanciers puisqu'ils dépendent de l'appréciation des juges du fond. C'est la raison pour laquelle il convient de proposer des solutions pour permettre aux créanciers de recouvrer leur créance ou d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants.

375. La société responsable. Si les créanciers ne peuvent prouver une faute détachable ou séparable des fonctions, ils ne peuvent agir que contre la société[571]. En pratique, elle est d'ailleurs plus solvable que le dirigeant social. *A contrario*, en cas de faute détachable ou séparable des fonctions sociales, seul le dirigeant peut être poursuivi[572]. En d'autres termes, seul celui-ci

[571] Y. GUYON et M. BUCHBERGER, Administration. — Responsabilité civile des administrateurs, *op. cit.*, D. PORACCHIA, Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commise à l'occasion de fonctions : *in Mél. P. LE CANNU* : LGDJ, 2014, p. 377.

[572] CA Lyon, 1er oct. 2015, n° 13/07719 : *JurisData* n° 2015-021901 ; CA Poitiers, 20 nov. 2015, n° 14/02445 : *JurisData* n° 2015-025157. Ces décisions ont été rendues à propos des dirigeants d'association.

demeure tenu envers le créancier. Mais que se passe-t-il si le dirigeant n'est pas suffisamment solvable ? Dans ce cas, le préjudice des créanciers ne pourrait pas être suffisamment réparé, faute pour ces derniers de pouvoir aussi se retourner contre la société. Cette situation semble choquante dans l'hypothèse d'une faute d'une particulière gravité[573].

376. La reconnaissance d'une « *coresponsabilité* »[574]. Celle-ci suppose que le dirigeant et la société sont responsables solidaires envers le créancier. Cette solution semble être le chemin choisi par le droit OHADA, puisque l'article 161 dispose « *sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions* ». Ce texte permettrait de poursuivre la société et son dirigeant en cas de faute de ce dernier. Ainsi, le juge déterminera la part contributive de chacun dans la réparation du dommage[575]. Une telle solution semble cependant, avoir été retenue par la jurisprudence française. En effet, dans une décision, la Haute juridiction reconnaît la responsabilité *in solidum* du dirigeant et de la société en raison la fraude tant de celle-ci que de son dirigeant[576]. En l'espèce, le gérant associé unique d'une société avait engagé les travaux après la résiliation du contrat d'assurance obligatoire et organisé la transmission occulte du marché pour laquelle la société avait perçu des acomptes. De plus, il avait procédé à la dissolution anticipée de celle-ci sans en informer son client dans le but de faire échapper à la société dont il était le gérant à ses obligations contractuelles[577]. Il résulte de cette jurisprudence qu'il faut que le caractère frauduleux soit clairement établi pour justifier une responsabilité *in solidum*. Cette coresponsabilité pourrait être recherchée en l'absence frauduleuse de publicité qui porte préjudice aux créanciers.

377. La reconnaissance d'un régime spécifique. Le régime de la responsabilité en droit français précédemment étudié est incompatible avec l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, du moins la position restrictive de la jurisprudence française. Les dirigeants ont pour obligation d'informer les créanciers par la publicité du projet de l'opération[578]. Or, justement cette obligation entre dans le cadre de leur fonction. Dans ces conditions, comment engager leur responsabilité personnelle en cas de défaut de publicité du projet qui priverait les créanciers d'exercer leur droit d'opposition. C'est la raison pour laquelle, il serait souhaitable que le législateur instaure un régime spécifique qui tienne compte de la particularité de l'une ou

---

573 À rapprocher, *D.* PORACCHIA, Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commise à l'occasion de fonctions, *op. cit.*
574 A. AKAM AKAM, La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA, *op. cit.*
575 *Ibidem*, note de bas de page n° 110.
576 Cass. civ., 3e, 11 janv. 2012, n° 10-20.633 : *JurisData* n° 2012-000275.
577 *Ibidem*.
578 V. *supra* n° 350 et s.

l'autre opération. Ainsi, il pourrait prévoir que la responsabilité personnelle des dirigeants est engagée pour défaut de publicité dans le cadre d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'une faute détachable des fonctions sociales. Cette solution a néanmoins, l'inconvénient d'être, semble-t-il une répétition des dispositions de droit commun.

378. La seconde solution, la plus protectrice serait une interprétation conforme aux textes par la jurisprudence. Une disposition spécifique aurait peut-être le mérite de « *forcer* » les juges à une interprétation conforme à la lettre et à l'esprit de la loi pour ainsi garantir la protection des droits des créanciers.

L'action devant la juridiction pénale. Pour contourner les restrictions devant la juridiction civile, les créanciers peuvent intenter une action devant la juridiction pénale conformément à l'article 3 du Code de procédure pénale, qui dispose « *l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite* ».

379. Contrairement à la juridiction civile, une faute détachable des fonctions n'est pas exigée devant la juridiction pénale[579]. Néanmoins, le préjudice du créancier doit résulter d'une infraction pénale[580]. Or, il n'existe pas d'infraction pour défaut de publicité. Par conséquent, une telle action paraît illusoire.

380. L'on sait que l'information fournie doit être exacte, précise et sincère. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une information trompeuse susceptible d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant devant la juridiction pénale. En pratique, il sera difficile pour celui-ci de publier une information trompeuse sur une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Cette forme d'information a pour but d'induire en erreur le destinataire de celle-ci. Or, lors de l'une des opérations précitées, l'objectif de l'information publiée est de permettre aux créanciers d'exercer leur droit d'opposition. De plus, il a été précédemment indiqué que l'absence d'une mention obligatoire dans l'avis publié du projet ne faisait pas courir le délai d'opposition des créanciers et exposait par conséquent, l'opération à une insécurité juridique[581]. Dans ce contexte,

---

[579] Y. GUYON et M. BUCHBERGER, Administration. — Responsabilité civile des administrateurs, *op. cit.*, E. DEZEUZE, La réparation du préjudice devant la juridiction pénale : *Rev. sociétés,* 2003, p. 261.
[580] Cass. crim., 14 oct. 1991, n° 90-80.621 : *JurisData* n° 1991-003102 ; *Rev. sociétés,* 1992, p. 782, note B. BOULOC ; Cass. crim., 19 fév. 2003, n° 02-81.422: *JurisData* n° 2003-018393; *Dr. pénal*, juill.-août 2003, p. 17, note J.-H. Robert ; Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307 : *JurisData* n° 2003-019361 ; *Bull. crim.* 2003, n° 101 ; Cass. crim., 26 janv. 2010, n° 09-81.864; E. DEZEUZE, La réparation du préjudice devant la juridiction pénale, *op. cit.*
[581] V. *supra* n° 340 et s.

les dirigeants n'ont donc aucun intérêt à induire en erreur leurs créanciers, car il y va de la sécurité juridique de la fusion ou de l'apport partiel d'actif.

381. En définitive, en droit français, l'action en responsabilité intentée par les créanciers ne semble pas renforcer l'efficacité de l'obligation d'information compte tenu des conditions de mise en œuvre assez restrictives. Il en est de même de leur droit d'opposition.

SECTION II — L'INEFFICACITÉ DU DROIT D'OPPOSITION

382. Lors d'opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif, l'exercice du droit d'opposition est soumis à des conditions strictes concernant tant le titulaire du droit que les modalités de mise en œuvre de celui-ci (§1). Les effets de l'exercice de l'opposition révèlent aussi leur inefficacité (§2).

§1 — Les conditions d'exercice strictes du droit d'opposition

383. Le droit d'opposition est reconnu en droit français par l'article L. 236-14 du Code de commerce et en droit OHADA, par l'article 679 de l'Acte uniforme. L'exercice de l'opposition suppose d'examiner quels sont les titulaires de ce droit (A) puis ses modalités (B).

A) LES TITULAIRES DU DROIT D'OPPOSITION

384. L'opposition n'est pas un mécanisme général de protection des créanciers[582]. En effet, il n'y a pas d'opposition sans texte[583]. Il est fait traditionnellement la distinction entre les créanciers non obligataires (1) et les créanciers obligataires (2).

[582] Th. V. NGA NGUYEN, La protection des créanciers dans les opérations emportant transmission universelle de Patrimoine, Thèse, Paris II, p. 27.
[583] En ce sens, F. WAREMBOURG-AUQUE, La succession aux biens d'une personne morale de droit privé, Thèse, Lille II, 1977, n° 391 et s., M.-L. COQUELET, La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, Thèse, Paris x, 1994, n° 346 et s.

1) Les créanciers non obligataires

385. L'hypothèse d'une opération de fusion. Les articles L. 236-14 du Code de commerce et 679 de l'Acte uniforme confèrent un droit d'opposition aux créanciers non obligataires, en disposant que *« les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion […] peuvent former opposition à celle-ci […] »*. Soulignons que l'alinéa 2 de l'article 679 de l'Acte uniforme prend le soin de préciser que ce droit est aussi reconnu au bailleur des locaux loués aux sociétés parties à l'opération. Cette précision demeure incompréhensible dans la mesure où le bailleur est un créancier non obligataire comme tous les autres. Les rédacteurs de l'Acte uniforme semblent considérer qu'une précision supplémentaire garantirait mieux ses intérêts. Mais cela alourdit le texte et crée de la confusion dans la compréhension de l'article.

386. Conformément aux articles précités, le droit d'opposition est reconnu aux créanciers sociaux tant de la société absorbante que de la société absorbée. En d'autres termes, aucune distinction n'est faite entre eux. Il y a là une égalité de traitement.

387. Précisons toutefois, que s'agissant de la fusion transfrontalière, les créanciers non obligataires ne bénéficient pas d'une protection spécifique.

388. L'hypothèse d'une opération d'apport partiel d'actif. La situation apparaît plus complexe en cas d'apport partiel d'actif pour les créanciers non obligataires. L'article L. 236-21 du Code de commerce applicable à l'apport partiel d'actif sur renvoi de l'article L. 236-22 du même Code et l'article 689 de l'Acte uniforme prévoient que « […] *Il peut être stipulé que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et sans solidarité entre elles. En ce cas, les créanciers non obligataires des sociétés participantes peuvent former opposition à la scission dans les conditions et sous les effets prévus […] »*. Il résulte de ces articles que ce n'est qu'en cas d'exclusion expresse de la solidarité[584], « *en ce cas* » seulement que les créanciers non obligataires des sociétés participantes ont un droit de former opposition à l'opération d'apport partiel d'actif.

389. Le droit de former opposition est supplétif, une alternative à la solidarité. Il agit comme un relais[585]. Ainsi, il a été jugé que le fait pour les parties à l'opération de prévoir

---

584 Sur cette question, V. *infra* n° 935.

585 H. HOVASSE et S. ROBINEAU, L'inadaptation des articles 385 et 386 de la loi du 24 juill. 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif : *BJS*, 1998, p. 203.

expressément le droit de former opposition n'exclut pas pour autant l'obligation de solidarité[586]. Il faut donc une exclusion expresse pour que le droit d'opposition prenne le relais.

390. Pour sa mise en œuvre, les créanciers non obligataires doivent consulter le projet d'apport pour vérifier la présence ou non d'une clause de solidarité. Il faut que les créanciers soient diligents, pour ne pas se retrouver sans protection en cas d'exclusion de la solidarité. En effet, le risque est que le créancier ignore le dépôt au greffe et laisse ainsi passer le délai pour former opposition. En pratique, la diligence sera souvent le fait des créanciers institutionnels comme les banques.

391. Il résulte de ce qui précède que le droit d'opposition bénéficie aux créanciers non obligataires sous certaines conditions selon qu'il s'agit d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Il en est de même des créanciers obligataires.

2) Les créanciers obligataires

392. La situation des créanciers obligataires est différente de celle des créanciers non obligataires. L'exercice du droit d'opposition n'est reconnu qu'aux représentants de la masse des obligataires (a) dans une certaine mesure. De plus, les obligataires ne bénéficient de ce droit que sous certaines conditions (b).

a) La masse des obligataires, seul organe compétent pour l'exercice du droit d'opposition

393. Les emprunts émis sur le territoire national. Aux termes des articles L. 228-46 du Code de commerce et 785 de l'Acte uniforme : « *les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse qui jouit de la personnalité civile (droit français) ou juridique (droit OHADA)* ». Cette masse est représentée par un ou trois mandataires élus par l'assemblée générale des obligataires[587]. Contrairement au droit OHADA, le droit français, à l'article L. 228-54 du Code de commerce précise que les représentants de la masse sont seuls compétents pour engager toutes actions dont l'objet est la défense des intérêts

[586] Cass. com., 8 fév. 2011, *op. cit.*
[587] C. com., art. L. 228-47 ; AUSGIE, art. 786 ; A. KALAANI, Les obligataires dans les opérations de concentration : *RLDA*, n° 120, 2016, p. 35.

communs des obligataires[588]. Néanmoins, ils ne sont compétents qu'en vertu d'une autorisation de l'assemblée générale des obligataires[589].

394. La compétence exclusive des représentants de la masse concernant l'action en justice est depuis longtemps admise par la Cour de cassation française[590]. Par conséquent, « *les obligataires ne sont pas admis individuellement à exercer un contrôle sur les opérations de la société ou à demander communication des documents sociaux* »[591]. Il résulte de ce qui précède que le législateur a ainsi doté les représentants de la masse, comme le note un auteur, *« d'un véritable monopole pour les droits et obligations qui intéressent l'ensemble des obligataires »*[592].

395. Les emprunts émis à l'étranger. Contrairement au droit OHADA, le Code de commerce précise la solution applicable en cas d'emprunt émis à l'étranger. En effet, l'article L. 228-90 du Code de commerce dispose que *« sauf clause contraire du contrat d'émission, les dispositions des articles L. 228-46 à L. 228-69, L. 228-71, L. 228-72, L. 228-76 à L. 228-81 et L. 228-83 à L. 228-89 ne sont pas applicables […] aux emprunts émis à l'étranger par des sociétés françaises ».* La dérogation concerne l'existence et le fonctionnement de la masse. Par conséquent, la constitution en masse d'obligataires n'est pas obligatoire, sauf si le contrat d'émission prévoit l'application du droit français. Dans ce cas, on parle de « *masse contractuelle* » par opposition à la « *masse légale*»[593].

396. L'efficacité de l'article L. 228-90 du Code de commerce nécessite de définir la notion *« d'emprunt à l'étranger ».* Or, aucune définition de cette notion ne résulte de la lecture de ce texte. Toutefois, un premier élément de réponse ressort de la jurisprudence « *Matter* » qui définit une émission à l'étranger comme un *« mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières »*[594]. Cette jurisprudence a été confirmée par l'affaire Société de Développement régional Centre-est[595]. Cette définition semble limitée au regard de l'existence d'un marché unique européen par exemple. Le caractère international d'une émission obligataire doit dépendre de son marché de

---

588 Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12–24.198, *Rev. sociétés*, 2014. 503, note A. LECOURT; *Rev. Dr. sociétés*, 2014, comm. 63, note D. GALLOIS-COCHET.
589 C. com., art. L. 228-54 al. 1er.
590 Cass. com., 15 juin 1999, n° 1240 P, Delbari et autre c/Banque Paribas et autres (cons. rapp. MÉTIVER) : *BJS* 1999, p. 915, note Ph. MERLE.
591 C. com., art. L. 228-70 ; AUSGIE, art. 813, al. 1er.
592 Ph. MERLE avec la collaboration A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales* : Précis Dalloz, 20e éd., 2017, n° 399.
593 G. ENDREO, La masse contractuelle des obligataires : état des lieux et pistes des réformes (C. Com., art. L. 228-90) : *Bull. Joly Bourse*, 2014, p. 609.
594 Cass. civ., 17 mai 1927 : *DP*, 1928, I, 25 note H. CAPITANT ; voir également : Cass. civ., 21 juin 1950 : *D.* 1951, 749, note HAMEL.
595 TGI Dijon, 9 juin 1981 : *CLUNET*, 1983, p. 111, note Ph. FOUCHARD et CA Dijon, 27 avr. 1983 : *CLUNET*, 1983, p. 610, note Ph. FOUCHARD.

destination initial[596]. En d'autres termes, si le placement est fait auprès d'une majorité d'investisseurs français, l'emprunt émis par une société française ne devrait pas être considéré comme un emprunt émis à l'étranger, même en présence d'investisseurs étrangers[597]. Ainsi, pour l'AMF (ex-COB) *« une procédure de placement à l'international ne peut être retenue dès lors que la fraction des titres directement souscrite par des investisseurs nationaux devient significative »*[598]. Cette position a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, puisqu'elle considère que, même si les conditions formelles d'une émission internationale sont remplies, *« la prédestination contractuelle de la majorité des obligations avec bons de souscriptions d'actions (OBSA) entre des mains françaises démontre à l'évidence la fictivité du caractère international de l'émission »*[599]. Dans ce cas, une masse doit être constituée pour la mise en œuvre du droit d'opposition.

397. En droit français, la réforme introduite par l'ordonnance du 10 mai 2017[600]. Aux termes du nouvel article L. 213-6-3, I du Code monétaire et financier, *« le contrat d'émission des obligations dont la valeur nominale à l'émission est au moins égale à un montant fixé par décret en Conseil d'État peut prévoir que tout ou partie des dispositions législatives et réglementaires relatives à la masse des obligataires, aux représentants de la masse et aux assemblées générales d'obligataires ne leur sont pas applicables. Dans cette hypothèse, le contrat d'émission des obligations organise la représentation des obligataires et prévoit les règles de quorum et de majorité applicables à leurs décisions ».* L'article R. 213-16-1 du Code monétaire et financier crée par le décret fixe ce montant à 100 000 euros[601]. Il s'agit des émissions dites de « *wholesale* »[602]. Dans ce cas, la masse des obligataires n'est plus obligatoire. Cette nouvelle disposition constitue une dérogation à la constitution de la masse[603]. De l'article L. 213-6-3, I du Code monétaire et financier, il résulte trois possibilités. La première, les relations entre la société émettrice et les obligataires peuvent être soumises par le contrat d'émission au régime de la masse complète ou masse légale précitée. La seconde, elles peuvent l'être à un régime de masse allégée ou contractuelle et la troisième à un régime purement

---

596 L. FAUGÉROLAS et P. DEVAL, La protection des obligataires internationaux en cas de fusions ou de scission de la société émettrice, in *Mél. D. SCHMIDT — Liber Amicorum*, Joly éd. 2005, p. 239 et s.
597 L. FAUGÉROLAS et P. DEVAL, art. préc.
598 AMF (ex COB), Rapport annuel 1987, p. 198.
599 CA Paris, 2 nov. 1989 : *Rev. sociétés* 1990, p. 39, note P. Le CANNU ; voir également : Cass. com., 15 juil.1992, Bonnet-Dian et autres c. ANAF et autres : *Rev. sociétés* 1992, p. 752, note P. Le CANNU.
600 Ord. n° 2017-970 du 10 mai 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires : *JORF* du 11 mai 2017.
601Décret n° 2017-1165 du 12 juillet 2017 tendant à favoriser le développement des émissions obligataires : *JORF* du 14 juillet 2017.
602 Qui signifie littéralement « *De gros* ». Dans notre cas, ces émissions renvoient à celles faites par des investisseurs professionnels.
603R. VABRES, Masse des obligataires : *Dr. sociétés* 2017, comm.148 ; M.-É. SÉBIRE et M. ISSAD, La modernisation du droit des émissions obligataires et le big bang de la représentation des porteurs d'obligations : *Bull. joly Bourse*, 2017, p. 282 ; H. LE NABASQUE, Le déclin annoncé de la masse des obligataires : *RD banc. Fin.* n° 3, 2017, repère n° 3.

contractuel sans masse[604]. Toutefois se pose la question de la mise en œuvre du droit d'opposition.

b) Les conditions de mise en œuvre du droit d'opposition

398. Les créanciers obligataires de la société bénéficiaire. Pour l'opération de fusion, les articles L. 236-15 du Code de commerce et 681 de l'Acte uniforme disposent que « *le projet de fusion n'est pas soumis aux assemblées d'obligataires de la société absorbante. Toutefois, l'assemblée générale des obligataires peut donner mandat aux représentants de la masse de former opposition à la fusion […]* ». Il en est de même en cas d'apport partiel d'actif conformément à l'article L. 236-19 du Code de commerce applicable à celle-ci sur renvoi de l'article L. 236-22 du Code de commerce et l'article 687 de l'Acte uniforme. Cette protection offerte tant par le droit OHADA que par le droit français constitue une protection passive[605]. En effet, c'est seulement si les obligataires jugent l'opération dangereuse ou qu'elle est leur est défavorable, qu'ils peuvent donner mandat aux représentants de la masse de former opposition.

399. En ce qui concerne, les obligataires d'emprunts émis à l'étranger, en l'absence d'une masse, même contractuelle, ces obligataires doivent donc exercer individuellement l'action en opposition. Cette interprétation devrait être nuancée. L'article L. 236-15, alinéa 2 du Code de commerce ne fait aucune distinction selon que l'emprunt est interne ou international, puisqu'il laisse la possibilité d'exercer l'action en opposition par les représentants de la masse. Autrement dit, selon ce texte, seuls ces derniers peuvent exercer ladite action pour le compte des obligataires. Dans ce cas, comment concilier l'article précité avec la dérogation prévue à l'article L. 228-90 du Code de commerce précédemment étudié ? Faut-il comprendre par cette disposition spécifique (l'article L. 236-15, alinéa 2 du Code de commerce) que pour exercer l'action en opposition les obligataires d'emprunt émis à l'étranger doivent se constituer en masse ? La réponse semble être affirmative. De plus, l'article L. 228-70 du Code de commerce qui n'est pas exclu par l'article L. 228-90 du même Code dispose que « *les obligataires ne sont pas admis individuellement à exercer un contrôle sur les opérations de la société ou à demander communication des documents sociaux* ». Tous ces articles confortent l'idée selon laquelle une masse est nécessaire pour tous les obligataires sans distinction, pour donner mandat aux représentants d'exercer une action en opposition au projet de fusion ou d'apport partiel d'actif.

---

604 M.-É. SÉBIRE et M. ISSAD, *op. cit.*

605 L. FAUGÉROLAS et P. DEVAL, La protection des obligataires internationaux en cas de fusions ou de scission de la société émettrice, *op. cit.*,

400. De ce qui précède, l'article L. 236-15 du Code de commerce semble être en contradiction avec l'article L. 228-90 du Code de commerce. Il devrait prévoir une possibilité d'exercer individuellement l'action en opposition pour les obligataires qui ne sont pas tenus de constituer une masse. Néanmoins, en pratique, par souci de sécurité juridique, l'émetteur retient souvent la constitution de la masse pour mettre en œuvre le droit d'opposition[606].

401. S'agissant des émissions dites « *whosale* » en l'absence de masse ou de représentants de cette dernière se pose la question du détenteur du droit d'opposition. L'on sait que s'agissant des obligataires, le droit d'opposition appartient au représentant de la masse selon l'article L. 236-15 du Code de commerce. Or, cet article n'a pas fait l'objet d'une modification suite à la réforme du 10 mai 2017. C'est la raison pour laquelle, pour ne pas priver lesdits obligataires d'un mécanisme de protection, l'article L. 213-6-3, IV du Code monétaire et financier dispose qu'« *en l'absence de masse et d'un représentant, lorsque l'émetteur participe à une opération de fusion, de scission, de réduction de capital non motivée par des pertes ou, s'il est constitué sous forme de société européenne, de transfert du siège social dans un autre État membre, les obligataires bénéficient des mêmes droits que les créanciers non obligataires* ». Autrement dit, le droit d'opposition appartient à titre individuel à chaque obligataire conformément aux dispositions de l'article L. 236-14 du Code de commerce[607].

402. Les créanciers obligataires de la société absorbée ou apporteuse. La problématique semble être un peu plus complexe. Conformément aux articles L. 228-73 du Code de commerce et 810 de l'Acte uniforme, l'assemblée générale des obligataires de la société absorbée ou apporteuse peut donner mandat aux représentants de la masse de former opposition à l'opération projetée, lorsque la société (droit OHADA) ou les organes de gestion (droit français) ont passé outre le refus d'approbation par l'assemblée d'obligataires[608]. Par conséquent, si cette dernière approuve l'opération ou si la société offre le remboursement de l'emprunt, les représentants de la masse sont dépourvus du droit de faire opposition à l'opération. C'est une position toute logique, car les obligataires ne peuvent s'opposer à une opération qu'ils ont préalablement approuvée. De même, si le remboursement est offert, l'opposition n'a plus d'intérêt, puisque sa mise en œuvre permet, le cas échéant, d'obtenir le paiement de l'emprunt. À ce titre, les obligataires doivent être consultés suffisamment à l'avance pour permettre aux représentants de la masse, en cas de refus d'approbation, de faire opposition dans le délai requis.

---

[606] *Idem*; v. aussi G. ENDREO, La masse contractuelle des obligataires, préc.
[607] L. FAUGÉROLAS et P. DEVAL, *op.cit.*
[608] Sur l'assemblée des obligataires v. *infra* n° 617 et s.

403. Pour les emprunts émis à l'étranger ou les émissions wholesale, en l'absence de masse ou de représentants de la masse, chaque obligataire pourra faire opposition en ce cas.

404. *In fine*, en droit français et OHADA, l'exercice du droit d'opposition par les créanciers non obligataires et les créanciers obligataires, le cas échéant, des sociétés participant à l'opération obéit à un régime identique[609]. Il en est de même en cas de fusion transfrontalière faute de régime spécifique, notamment s'agissant des modalités de mise en œuvre de ce droit.

B) LES MODALITÉS RESTRICTIVES

405. Le droit d'opposition tant des créanciers obligataires que non obligataires semble soumis aux mêmes conditions restrictives. Celles-ci résultent du droit des fusions (1), mais aussi de la jurisprudence française (2).

1) Un délai préfix, une condition du droit des fusions

406. Pour garantir la sécurité juridique des opérations de fusions et d'apport partiel d'actif, l'opposition doit être faite dans un certain délai.

407. Le délai. Selon l'article R.236-8 du Code de commerce, l'opposition doit être formée dans un délai de trente jours à compter de la dernière insertion au BODACC ou de la mise à disposition du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif sur le site internet de chacune de société participante[610]. À l'instar du Code de commerce, l'Acte uniforme prévoit un délai de trente jours à compter de la publicité dans un journal d'annonces légales pour l'exercice de l'opposition à l'opération[611]. Ce délai paraît assez court. En effet, il ne permet pas aux créanciers d'apprécier le caractère préjudiciable éventuel de l'opération. Ils ne peuvent pas dans ce laps de temps vérifier la solvabilité de la société bénéficiaire par rapport à celle de la société absorbée ou apporteuse. Il semblerait que l'objectif de facilitation des restructurations ait pris le dessus sur celui de la protection des intérêts des créanciers.

408. La question se pose de savoir si ce délai doit être mentionné dans l'avis concernant le projet de l'opération. En droit des fusions, il n'est pas nécessaire de le préciser ainsi que l'élection de domicile, comme pour un apport d'un fonds de commerce non soumis au régime

---

[609] Il sied de préciser que l'article 810 de l'acte uniforme prévoit un régime d'opposition pour les obligataires identique à celui de l'article 679 du même acte.
[610] Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15.987, Société Bureau Équipement c/Société Tual, *op. cit.*, CA Orléans, 22 janv. 1998 : *Dr. sociétés* 1998, n° 95, obs. D. VIDAL.
[611] AUSGIE, art. 679, al. 2.

de la scission[612]. Cette position est contestable dans la mesure où certains créanciers peuvent ne pas être diligents. Ainsi, le fait de rappeler le délai d'opposition pourrait attirer leur attention. L'harmonisation des deux régimes de publicité est souhaitable, parce qu'elle renforcerait l'efficacité du droit d'opposition des créanciers et par leur protection. La soumission de l'apport partiel d'actif à un régime spécial ne doit pas faire perdre aux créanciers une mesure plus protectrice. Cette opération est certes bénéfique aux sociétés par la sécurité juridique qu'elle confère, mais elle devrait aussi protéger les intérêts des créanciers. Cette critique doit être nuancée, car en pratique, les sociétés participantes précisent souvent ces éléments dans l'avis de publicité du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif[613].

409. L'assignation. L'opposition se fait au moyen d'une assignation de la société devant le tribunal de commerce compétent, plus précisément devant la juridiction du lieu du siège social de la société débitrice[614]. Cette procédure semble très lourde par rapport à celle de l'apport d'un fonds de commerce. Pour cette opération, le créancier fait opposition par une simple lettre. Cette simplification permet à ce dernier de mieux exercer ce droit. La différence de régime se justifierait par le souci de faciliter les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif.

410. La sanction. En l'absence d'opposition dans le délai de trente jours, l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif est opposable au créancier non diligent[615]. Le délai de trente jours est un délai impératif. En d'autres termes, après son expiration les créanciers sont irrecevables à former une opposition à l'opération[616].

411. Les créanciers et les conseils doivent être vigilants pour agir dans le délai requis eu égard aux conséquences du non-respect de celui-ci. Ils risquent de se voir opposer le changement de débiteur sans avoir obtenu de garanties supplémentaires ou le remboursement de leur créance.

412. Le délai pour les créanciers non-résidents ou en cas de fusion transfrontalière. Les créanciers étrangers, c'est-à-dire ceux qui ne résident pas dans le même pays que leur débiteur, doivent être particulièrement vigilants, car ils ne bénéficient pas d'un délai d'opposition spécifique, comme l'a rappelé à juste titre un arrêt ancien en ces termes « *c'est à tort qu'un créancier d'une société absorbée, titulaire d'un cautionnement donné à son profit par cette société, soutient que la publicité*

---

612 En ce sens, S. NOEMIE note sous arrêt CA Paris 5e, 24 juin 1998, n° 96/03147, SA Soges c/SA Deho Systems : *BJS* 1999, p. 79.
613 V. *supra* n° 346.
614 P. ÉTAIN, V. DOUCEDE, Les droits des créanciers de l'absorbée dans les opérations de fusion *: Actes prat. ing. sociétaire*, Mai-juin 2012, p. 20 et s.
615 CA Paris 5e, 24 juin 1998, n° 96/03147, SA Soges c/SA Deho Systems*, op. cit.*
616 CA Paris, 6 déc. 1984, Sté Verzinkerei Zug AG c./SA Aubecq Auxi et autres : *BJS*, 1985, p. 322.

du projet de fusion ne pouvait permettre à un créancier de sauvegarder ses droits, dès lors qu'il apparaît que les dispositions de la loi française ont été respectées et que la vigilance du créancier en ce qui concerne la garantie de sa créance devait le conduire à suivre l'évolution de la situation de son débiteur dont il n'ignorait pas les difficultés financières »[617]. Cette jurisprudence appelle à une plus grande vigilance de ces créanciers et met en évidence l'inadaptation du régime actuel de l'opposition.

413. Concernant plus précisément la fusion transfrontalière, ni la directive 2005/56/CE[618] et *a fortiori* le Code de commerce, ni l'Acte uniforme ne prévoient de disposition spécifique pour les créanciers sociaux des sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière. Par conséquent, ils doivent faire opposition dans un délai identique à celui des créanciers sociaux lors d'une fusion interne. En effet, le délai d'opposition ne fait pas l'objet d'une harmonisation au sein de l'espace de l'Union européenne. Il y a donc une disparité entre les différents pays membres. Cette situation crée une inégalité entre les créanciers, parce que certains auront des délais plus favorables que d'autres. Par exemple, la durée de protection des créanciers est de six mois en République tchèque[619]. En droit OHADA, en revanche, la difficulté semble être moindre en raison de l'uniformisation du délai dans cet ordre juridique.

414. À titre de comparaison, le droit français des procédures collectives prévoit un délai spécifique pour la déclaration de créance pour les créanciers qui ne résident pas en France. Ils doivent déclarer leur créance dans un délai de quatre mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, au lieu de deux mois pour les autres créanciers[620]. Cette spécificité a été rappelée par la Cour de cassation en ces termes : « *l'allongement du délai de déclaration de créance prévu à l'article 66, alinéa 1er du décret (art. R.622-24 du Code de commerce), qui édicte un régime dont la seule finalité est de compenser au profit du créancier domicilié hors de la France métropolitaine la contrainte résultant de l'éloignement […]* »[621]. La haute juridiction prend en compte l'élément d'extranéité de lieu de résidence du créancier. Le droit des procédures collectives crée un régime dérogatoire plus protecteur pour ces créanciers. En revanche, en droit OHADA, ce délai est de soixante jours si le créancier n'est pas connu[622] et de trente jours dans le cas contraire[623].

---

617 *Ibidem*.
618 Dir. 2005/56/CE, *op. cit.*
619 BECH-BRUNN, Lexidale, Study on the application of the cross-border mergers for the directorate general the internal market and services and the European Union, sept. 2013, spec.p.54 et 942–943: *Rev. sociétés* 2014, p. 135, obs. B. LECOURT.
620 C. com., art. R. 622-24, al. 2.
621 Cass. com., 13 juill. 2010, n° 09-13103.
622 Acte uniforme sur les procédures collectives (AUPC) art. 78.
623 AUPC, art. 79.

415. Le droit des procédures collectives tant en droit français qu'en droit OHADA nous enseigne aussi que le créancier retardataire, c'est-à-dire celui qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai requis est forclos, à moins qu'il ne soit relevé de forclusion par le juge-commissaire[624]. Cette procédure apparaît comme une seconde chance accordée à ce créancier de déclarer sa créance et ainsi de pouvoir la recouvrer.

416. La solution proposée. Au regard de ce que prévoit le droit des procédures collectives, le droit français et le droit OHADA pourraient prévoir un délai d'opposition propre aux créanciers de sociétés participant à une fusion transfrontalière et à ceux qui ne résident pas sur le territoire national des sociétés participant à l'opération. Ce délai d'opposition pourrait être de deux mois. Ainsi, il faciliterait la fusion transfrontalière et contribuerait à la protection des intérêts des créanciers.

417. Une autre solution plus protectrice passe aussi par l'harmonisation du délai pour former opposition en cas de fusion transfrontalière entre les pays membres de l'Union européenne. Dans ce cas, ce délai pourrait être comme celui prévu par le droit français, à savoir trente jours, à compter de la publicité prévue par le droit national[625]. En d'autres termes, les créanciers sociaux des sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière devraient pouvoir former opposition à l'opération dans un délai de trente jours avant la tenue de l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération ou avant que cette dernière ne prenne effet en cas de fusion transfrontalière simplifiée[626].

418. Dans l'attente d'une éventuelle modification, le délai actuel ne semble pas protecteur, car il est très contraignant. De plus, la jurisprudence française a aussi introduit des conditions restrictives à l'exercice du droit d'opposition des créanciers.

2) Les conditions restrictives de la jurisprudence française relatives à la créance

419. Le rappel des textes. Aux termes de l'article L. 236-14 du Code de commerce, seuls les créanciers qui bénéficient d'une créance antérieure à la publicité du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif peuvent former opposition à ladite opération. La condition de l'antériorité se justifie. Les créanciers antérieurs à l'opération doivent être protégés. Au début de leur relation avec l'une des sociétés participantes, ils ne prévoyaient pas un changement dans la

[624] C. com., art. L. 622-26 ; AUPC, art. 83.
[625] H. LE NABASQUE, Les fusions et scissions transfrontalières : *Rev. sociétés* 2013, p. 412.
[626] Sur l'assemblée générale extraordinaire, V. *infra* n° 482 et s.

situation juridique de leur débiteur. En revanche, ceux qui traitent avec la société bénéficiaire le font en toute connaissance de cause. Ils ne peuvent donc bénéficier du mécanisme d'opposition. Il résulte de cet article qu'une seule condition est nécessaire pour former opposition : l'antériorité de la créance. Or, ce n'est pas la position de la jurisprudence française qui a fortement restreint le champ d'application du droit de former opposition.

420. L'exigence d'une créance de somme d'argent. À rebours de l'article 13 de la directive européenne 2011/35/UE[627] et de l'article L. 236-14 du Code de commerce, la jurisprudence française exclut du champ du droit de l'opposition, les créanciers d'une obligation de faire et de donner[628]. Dans une décision jusqu'ici jamais remise en cause à notre connaissance, le tribunal de commerce de Paris déclare que « *le sens du mot créancier, dans cet article 381 (article L. 236-14 du Code de commerce), est limité aux créances portant sur une somme d'argent puisqu'il est indiqué qu'une décision de justice peut ordonner le remboursement des créances ou la constitution des garanties. Ce n'est pas de ce genre de créance que la société K était titulaire […], mais d'une créance portant sur une obligation de faire […]* »[629]. La chambre commerciale de la Cour de cassation semble admettre implicitement cette solution, du moins elle ne la remet pas en cause lorsqu'elle affirme, à propos d'une créance née d'une obligation de faire sous astreinte provisoire qu'« *une astreinte (dont l'obligation de faire était affectée en l'espèce) ne donne naissance à une créance de somme d'argent effective et exigible que du jour où elle est liquidée et où elle est devenue exécutoire* »[630]. Dans cet arrêt, la haute juridiction exclut ces créanciers d'une protection préalable à l'opération de fusion et par extension, en cas d'apport partiel d'actif. Cette position paraît critiquable. En premier lieu, ces créanciers peuvent craindre, à l'instar de ceux d'une somme d'argent que la substitution du débiteur ne compromette l'exécution des prestations transmises à la société bénéficiaire de l'opération[631].

421. En deuxième lieu, la jurisprudence semble contraire aux textes. En effet, ni l'article L. 236-14 du Code de commerce ni la directive 2011/35/UE ne font une distinction entre les créanciers d'obligations de faire, de ne pas faire ou de donner. La seule qualité de créancier avant la publicité du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif confère un droit de former opposition à l'opération, peu importe la nature de la créance. L'objectif est la protection des créanciers sociaux qui courent tous un risque, quelle que soit la nature de leur créance, en cas de

---

[627] Dir. n° 2011/35/UE.
[628] J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif » : *Rép. Droit des sociétés* de janv. 2011. Ce document a été actualisé en avr. 2016, n° 172.
[629] Trib. com. Paris 12 juin 1972 : *BJS* 1973, p. 324.
[630] Cass. com., 15 juill. 1992, n° 90-16409 : *BJS* 1992, p. 1111, note B. CAILLAUD et P. Le CANNU ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 220, obs. H. LE NABASQUE.
[631] En ce sens B. CAILLAUD et P. Le CANNU, note sous Cass. com. 15 juil.1992, *op. cit.*

changement dans la personne de leur débiteur. La jurisprudence crée une inégalité qui n'existe pas dans la législation nationale et européenne.

422. La position de la jurisprudence s'expliquerait par son interprétation restrictive du terme « *rembourser* » de l'ancien article 381 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 236-14 du Code de commerce. Pour les juges, ce terme serait le fait de « *verser une somme d'argent* »[632]. Or, on devrait plutôt l'interpréter de manière extensive dans l'objectif de protection des droits des créanciers. Autrement dit, le remboursement doit s'adapter à l'exécution de l'objet de la créance[633]. Il est vrai que cette notion milite en faveur d'une position restrictive de la jurisprudence, car les juges souhaitent éviter que le concours entre les créanciers des sociétés fusionnées soit préjudiciable à ceux de la société dont l'actif servirait à régler le passif de l'autre société[634]. Toutefois, cette interprétation semble omettre que le remboursement de la créance ne constitue pas la seule alternative, le juge peut aussi ordonner une constitution de garanties[635]. S'agissant d'une obligation de faire, le juge pourrait ordonner justement une telle constitution.

423. De plus, la position de la jurisprudence ne règle pas la question de la protection préalable à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif des créanciers d'une obligation de faire et de donner. Comment doivent-ils être protégés ? Une décision a donné un élément de réponse sans toutefois rassurer. Ainsi, le droit d'agir en nullité de l'opération de fusion leur a été reconnu[636]. Ce droit s'avère pourtant inefficace en raison des causes limitatives de la nullité d'une fusion[637]. Ils se trouvent de fait dépourvus de protection préalable à l'opération. Leur situation apparaît encore plus grave dans le cadre de la fusion transfrontalière compte tenu de l'extranéité de l'opération. Dans ce cas, ils se trouvent, plus que les créanciers dans les opérations internes, dans une insécurité juridique du fait de l'absence de protection spécifique dans la législation française. Les créanciers d'obligations de faire pourraient néanmoins recourir à l'action paulienne[638] ou la responsabilité civile[639].

424. L'exigence d'une créance certaine, liquide et exigible. La jurisprudence française exige aussi que la créance soit certaine, liquide et exigible.

---

632 *Ibidem*.
633 M.-L. COQUELET, thèse préc. p. 231.
634 H. LE NABASQUE, sous Cass. com. 15 juill.1992, *Dr. sociétés*, 1992, comm. 220.
635 C. com., art. L. 236-14, al. 2.
636 Trib. com. Paris 12 juin 1972 : *BJS* 1973, p. 324.
637 C. com, art. L. 235-8, al. 1er. v. *infra*, n° 634 et s.
638 V. *infra* n° 459 et s.
639 V. *supra* n°368 et s. ; Th.V. NGA NGUYEN, *op. cit.*, p. 38.

425. L'exigence du caractère certain de la créance ne souffre d'aucune discussion. Ce caractère résulte des effets légaux de l'opposition[640]. En effet, seule une créance née peut justifier un remboursement anticipé ou la constitution de garanties en vue de son exécution future. C'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé le bénéfice des dispositions de l'article L. 236-14 du Code de commerce (ancien article 381 de la loi du 24 juillet 1966) à un ancien salarié licencié avant la publicité du projet de fusion parce qu'il n'avait pas encore fait établir à cette date le montant de son indemnité pour rupture abusive[641]. En d'autres termes, il devait invoquer « *une créance certaine dans son existence, liquide et exigible pour permettre au juge saisi d'ordonner le remboursement* »[642]. C'est aussi ce principe qui explique que la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt rendu en 1993 a affirmé que le droit d'opposition « *ne peut profiter qu'aux créanciers sociaux titulaires d'une créance certaine, née antérieurement à la décision de dissolution* »[643]. Ainsi, celle-ci a refusé le bénéfice de l'opposition de l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil au créancier dont la qualité reste contestée en justice au jour de la dissolution au motif « *qu'une créance éventuelle ou hypothétique détenue sur la société ne permet pas de paralyser la dissolution et la transmission universelle du patrimoine qui lui est attachée* »[644].

426. En plus d'une créance certaine, la jurisprudence française ajoute que celle-ci doit être liquide et exigible. La notion de « *liquide* » renvoie à ce qui est déterminé avec certitude, clair dans son montant, chiffré[645]. Quant à la notion d'« *exigible* », elle renvoie à ce qui peut être aussitôt exigé, qui est dû sans terme ni condition[646]. En matière d'opposition des créanciers en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif, l'exigence d'une créance liquide et exigible suppose que le créancier présente une créance avec un montant chiffré et qui peut être recouvré au jour de la publication du projet de l'opération.

427. La position de la jurisprudence est cependant très critiquable. D'abord, l'exigence de l'exigibilité de la créance semble constituer une violation du droit français. Certes, l'article L. 236-14 du Code de commerce n'est pas clair et précis sur cette question[647], mais l'objectif de protection commande une interprétation favorable aux créanciers. De plus, lorsqu'on compare cette opposition avec celle reconnue aux créanciers lors d'une réduction de capital non motivée

---

640 M.-L. COQUELET, Thèse précitée, *op. cit.* p. 232.
641 Cass. com., 16 juill. 1985 : *BJS* 1986, p. 361 ; *Bull. civ*, n° 218, p. 180 ; *JCP*, 1985, IV, 334. Cette décision a été confirmée par Cass. com., 21 janv. 2004 n° 00-14.549 : *RJDA* 2004, n° 712.
642 *Ibidem.*
643 CA Versailles, 13 ch., 11 fév. 1993 : *RJDA*, 1993, n° 623, p. 529, *Dr. sociétés*, 1993 comm. n° 136, obs. Th. BONNEAU.
644 *Ibidem.*
645 G. CORNU, Vocabuaire juridique, op. cit., p. 619.
646 *Idem.* p. 436.
647 M. GERMAIN, L'opposition en droit des Sociétés, *op. cit.*

par les pertes, il en résulte que l'exigibilité et la liquidité de la créance ne sont pas requises dans un tel cas[648]. Or, force est de constater que les articles L. 223-34, alinéa 3 et L. 225-205 du Code de commerce sont rédigés de manière identique à l'article L. 236-14 du même Code, en ce qui concerne l'exercice du droit d'opposition ainsi que ses effets. Ils devraient donc avoir la même interprétation, telle n'est cependant pas la position choisie par la jurisprudence. Il s'ensuit donc que le droit d'opposition en cas de réduction de capital non motivée par les pertes apparaît plus protecteur. Ainsi, le même créancier aura un droit d'opposition moins restrictif et donc plus protecteur selon que son débiteur réalise une opération de fusion ou une réduction de capital non motivée par les pertes.

428. Ensuite, la position de la jurisprudence française contrevient à l'article 13 de la directive 2011/35/UE, dont les dispositions prévoient clairement que « *les États membres doivent prévoir un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de fusion et* ***non encore échues au moment de cette publication*** ». Ainsi, selon ce texte la créance doit certes être antérieure à l'opération, mais elle ne doit pas être exigible.

429. Le juge national est le juge de droit commun de la législation européenne. Il ne peut pas interpréter de manière restrictive un droit prévu par les textes européens. Pour donner un effet utile à la directive, il doit donc dans la mesure du possible « *interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive* »[649]. Or, l'objectif de la directive 2011/35/UE est la protection des intérêts des créanciers pendant une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif[650]. Pour atteindre cet objectif, le créancier dispose d'un droit d'opposition. En restreignant l'exercice du droit d'opposition, la jurisprudence française porte atteinte à cet objectif clairement affiché par la directive. La prise en compte de l'intérêt des créanciers par le juge français aurait permis non pas de restreindre l'exercice du droit d'opposition, mais de faciliter sa mise en œuvre.

430. Par ailleurs, outre l'inégalité créée entre les créanciers à terme ou conditionnels et ceux dont la créance est déjà échue[651], la position restrictive des juges français a un impact sur la protection des créanciers obligataires. À ces derniers, la loi confère un droit d'opposition exercé par le représentant de la masse ou chaque obligataire selon le cas, lorsque les dirigeants

---

[648] M.-L. COQUELET, Réduction du capital social : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. 159-10 dernière mise à jour le 15 juill. 2015.
[649]CJCE., 13 nov. 1990, aff. C-106/89 ; Marleasing S. A c. Commercial Internacional de Alimentacio SA : *JCP* N 1992, II, J, p. 189 et s. note P. Level.
[650] Dir. 2011/35/UE, 4e consid.
[651]M.-L. COQUELET, Thèse précitée, *op. cit.* p. 234.

des sociétés participant à l'opération sont passés outre leur refus d'approuver l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Or, l'article L. 228-73, alinéa 3 du Code de commerce précise que l'opposition est alors exercée « *dans les conditions et avec les effets prévus à l'article L. 236-14 du Code de commerce* ». Autrement dit, les conditions de la mise en œuvre de ce droit sont identiques à celles des créanciers non obligataires. Par conséquent, ils (les représentants de la masse) ne peuvent agir qu'à la condition que l'emprunt soit liquide et exigible au jour de la publicité au BODACC ou sur le site internet des sociétés parties à l'opération[652]. Cette position rend la protection offerte par l'article L. 228-73 du Code de commerce « *illusoire et sans aucune utilité pratique* »[653].

431. Au regard de ce qui précède, il semble que pour la jurisprudence française, l'objectif de facilitation des rapprochements des sociétés l'emporte sur la protection des droits des créanciers. À notre avis, tout obstacle à la réalisation d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif doit être interprété de manière restrictive. Or, le droit d'opposition n'a pas pour but de suspendre l'opération et n'est pas une mesure exécutoire[654]. Son champ d'application devrait donc être étendu. Une évolution de la jurisprudence par une interprétation extensive du champ d'application du droit d'opposition est souhaitable, car au regard de celle-ci, les créanciers d'une obligation de faire et ceux dont la créance n'est pas liquide et exigible sont dépourvus de protection préalable à l'opération.

432. L'inefficacité de ce droit s'analyse aussi dans ses effets. C'est la raison pour laquelle une alternative va être proposée pour garantir au mieux les intérêts des créanciers sociaux.

§2 — Les effets limités du droit d'opposition et l'alternative

433. Un texte est efficace lorsqu'il atteint l'objectif qui lui a été assigné dès son entrée en vigueur. Dans le cas contraire, ledit texte est considéré comme inefficace. Le droit d'opposition permet aux créanciers de s'opposer à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Ce droit demeure inefficace dans ses effets (A). C'est la raison pour laquelle ils peuvent recourir à l'action paulienne (B).

652 *Ibidem*.
653 M.-L. COQUELET, Thèse précitée, *op. cit.* p. 234.
654 B. CAILLAUD et P. Le CANNU, note sous Cass. com. 15 juil.1992, *op. cit.*

A) L'INEFFICACITÉ DES EFFETS

434. Cette inefficacité se manifeste d'abord par l'absence d'un effet suspensif (1), ensuite par la liberté du juge saisi, et enfin, par l'inopposabilité comme sanction de l'inexécution de la décision judiciaire (2).

1) L'absence d'effet suspensif

435. Le principe. Aux termes des articles L. 236-14, alinéa 4 du Code de commerce et 679, alinéa 5, de l'Acte uniforme, « *l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion* ». L'opposition n'a donc pas un effet suspensif de l'opération. En d'autres termes, elle n'empêche pas la poursuite de l'opération. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir pour interdire la réalisation de l'opération[655]. On constate que l'objectif de facilitation des opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif prime celui de la protection des intérêts des créanciers.

436. La comparaison avec la dissolution-confusion (TUP). L'effet suspensif du droit d'opposition n'est cependant, pas inconnu du droit des sociétés. En effet, en cas d'opération de dissolution sans liquidation pour cause de réunion de toutes les actions en une seule main, encore appelée la TUP (transmission universelle du patrimoine à l'actionnaire unique), l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil français prévoit un effet suspensif de l'opposition, en ces termes, « […] *la transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées ».* En d'autres termes, la transmission universelle du patrimoine n'est réalisée qu'à l'expiration du délai d'opposition.

437. La comparaison avec la réduction de capital non motivée par les pertes. En cas d'opération de réduction de capital, l'effet du droit d'opposition est de suspendre celle-ci, puisque celle-ci ne peut commencer qu'à l'issue du délai d'opposition ou, en cas d'opposition, après que le tribunal a statué en première instance sur cette opposition[656].

438. Les créanciers sociaux sont donc confrontés à un système de protection à géométrie variable. Le caractère suspensif de l'opposition en cas de TUP ou de réduction de capital non motivée par les pertes renforce l'efficacité du droit d'opposition. Ainsi, les créanciers sociaux

---

[655] TH.V. NGA NGUYEN, *op. cit.*, p. 44.
[656] C. com., art. L. 225-205; AUSGIE, art. 636.

sont dans une situation plus favorable qu'en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif. Or, lors de ces différentes opérations, les créanciers sociaux sont souvent les mêmes, puisqu'un même débiteur peut réaliser ces différentes opérations.

439. Au regard de ce qui précède, le droit d'opposition en cas de fusion constitue un mécanisme de protection *a posteriori,* ce qui n'est pas le cas lors d'une opération TUP ou de réduction de capital non motivée par les pertes. En effet, dans ces différentes opérations, ce droit est un système de protection *a priori.* À notre avis une protection *a posteriori* n'a pas d'intérêt et n'est pas efficace à garantir la protection des intérêts des créanciers. Ce double système de protection selon l'opération se manifeste aussi au niveau de l'Union européenne.

440. Le cas de la fusion transfrontalière. La dualité du régime de protection des créanciers constatée en droit français s'observe aussi au niveau de l'Union européenne. En effet, en cas de fusion transfrontalière, les créanciers sont confrontés à un système de protection *a posteriori* consacré par le droit français et un système de protection *a priori,* qui prévaut notamment en Autriche, en Espagne, en Italie, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas[657]. Dans ce dernier système, les créanciers doivent être désintéressés avant la réalisation de la fusion[658]. Il y a ainsi une inégalité entre les créanciers au sein de l'Union européenne lors d'opération de fusion transfrontalière. Dans ces conditions, une harmonisation desdits systèmes est nécessaire et souhaitée pour assurer l'égalité entre les créanciers pendant cette opération[659]. Il convient de préciser que cette harmonisation n'est souhaitée par les praticiens que dans le seul but de faciliter les rapprochements transfrontaliers et non dans celui d'une protection de ces catégories. En effet, la dualité des systèmes de protection freine la réalisation de ce type d'opération. C'est pour cette raison que certains recommandent que le système *a posteriori*, qui est moins efficace, soit le système commun à tous les pays membres, du moins en ce qui concerne la fusion transfrontalière[660]. Cette harmonisation passe donc par une modification de la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières[661].

441. En plus de cette absence d'effet suspensif, le juge bénéficie d'une certaine liberté.

---

[657] BECH-BRUNN, 'Lexidale, Study on the application of the cross-border mergers for the directorate general the internal market and services and the European Union", *op. cit.*, spéc. p. 137–138.
[658] *Ibid.*
[659] B. LECOURT, Fusions et scissions transfrontalières — Publication des réponses à la consultation publique : *Rev. sociétés,* 2015, p. 687.
[660] H. LE NABASQUE, Les fusions et scissions transfrontalières, *op. cit.*
[661] Dir. 2005/56/CE, *op. cit.*

2) La liberté du juge et la sanction de l'inexécution de sa décision

442. Cette inefficacité se manifeste aussi par la liberté du juge saisi (a) et par le caractère restrictif de l'inopposabilité (b).

a) La liberté du juge saisi

443. Aux termes des articles L. 236-14, alinéa 2 du Code de commerce et 679, alinéa 3, de l'Acte uniforme, si le juge accueille la demande d'opposition, il peut soit ordonner le remboursement de la créance soit ordonner la constitution des garanties.

444. Le remboursement des créances, une mesure dangereuse pour l'opération. Le remboursement du créancier lui donne une satisfaction immédiate[662]. Pour Madame le Professeur C. PRIETO, « *on ne peut imaginer une protection plus efficace face à un évènement sociétaire* »[663]. Dans le cadre d'une TUP par exemple, si le juge ordonne le remboursement, l'opération est ainsi suspendue jusqu'au paiement complet de la créance[664], ce qui constitue une mesure efficace. Il en est de même en cas de réduction de capital non motivée par les pertes[665]. Cependant, si une telle solution est avantageuse pour le créancier, elle compromettrait toutefois la réalisation de l'opération. L'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif revêt un caractère financier. Le remboursement anticipé remettrait en cause les bases financières de l'opération. Il convient de trouver un juste équilibre entre la facilité de l'opération et le remboursement de la créance. Au moment de la rédaction de cette thèse, nous ne disposons pas de jurisprudence tant en droit français qu'en droit OHADA ayant ordonné le remboursement d'une créance dans l'une ou l'autre des opérations précitées.

445. En ce qui concerne l'emprunt obligataire, si le juge accueille favorablement la demande, il a la possibilité d'ordonner le remboursement de l'emprunt. Les textes sont silencieux sur le délai dans lequel le remboursement doit intervenir. Dans ce cas, la décision ordonnant le remboursement doit le préciser. Il serait judicieux qu'il intervienne avant la décision de l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération.

446. La solution préconisée. Au regard de ce qui précède, compte tenu de l'impact qu'un éventuel remboursement (créance ou emprunt obligataire) ferait peser sur l'opération, il est

662 C. PRIETO, *La société contractante*, PUAM, 1994, p. 400.
663 *Ibidem.*
664 C. civ., art. 1844-5.
665 C. com., art. L. 225-205 ; AUSGIE, art. 636.

recommandé de prévoir dans le traité de fusion ou d'apport partiel d'actif que l'opération ne sera décidée que sous la condition d'une absence d'opposition[666]. C'est une des conditions pour assurer la sécurité juridique de l'opération.

447. Le cas du bail commercial. Conformément aux articles R. 236-10 du Code de commerce et 679, alinéa 2 de l'Acte uniforme, le bailleur de locaux loués à la société absorbée bénéficie d'un droit d'opposition à l'opération. Si la demande du bailleur est accueillie, le juge peut donc ordonner le remboursement de sa créance. Mais cette solution peut être sans objet lorsque la société absorbée a payé tous les loyers, puisque le bail constitue un contrat à exécution successive. En cas d'action en opposition du bailleur, le juge pourrait donc imposer le remboursement des loyers non payés par la société absorbée. La solution ne sied pas vraiment à l'esprit du droit d'opposition. En effet, le remboursement suppose l'extinction de la dette. Or, dans ce cas, la dette demeure puisque le contrat continue à produire ses effets à l'égard de la société absorbante.

448. Quant au bailleur, il est, certes, motivé par le paiement des loyers, mais surtout, il ne souhaite pas voir le bail transféré ou souvent souhaite la résiliation de celui-ci. Une action en résiliation serait plus efficace qu'une action en opposition. La question se pose donc de savoir si le juge peut résilier le bail commercial en cas d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Selon une partie de la doctrine française, le juge peut effectivement ordonner la résiliation de ce contrat, si celle-ci apparaît comme la seule solution pour pouvoir protéger efficacement le bailleur[667]. Cette solution est critiquable à certains égards, même si elle peut apparaître plus protectrice des intérêts du bailleur. D'abord, celle-ci serait dangereuse pour l'économie générale de l'opération, puisqu'elle consiste à amputer le patrimoine transmis d'un élément important. Ensuite, une telle solution serait contraire au principe de transmission universelle du patrimoine, plus précisément à l'article L. 145-16 du Code de commerce dont les dispositions prévoient que *« […] la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine ou la société bénéficiaire de l'apport sont, nonobstant toute stipulation contraire, substituées à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail »*. Le transfert du bail constitue une obligation expressément prévue par la loi. Le juge ne peut donc décider de la résiliation de ce contrat, empêchant ainsi sa transmission à la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport. Enfin, cette décision serait aussi contraire à l'article L. 236-14 du Code de commerce sur renvoi de l'article R.236-10 du même Code qui ne prévoit nullement la résiliation du contrat de bail comme une solution en cas

666 En ce sens, J.-BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 1991, n° 1027.
667 M.-L. COQUELET, Thèse précitée, n° 354.

d'opposition. Il ne reste donc au bailleur qu'à obtenir des garanties, ce qui n'est pas très aisé en pratique.

449. La constitution de garanties, une proposition de la société. À défaut de remboursement, le tribunal peut ordonner la constitution de garanties[668]. La constitution n'est possible que « *si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes* ». Il résulte des textes que le juge ne peut imposer la constitution des garanties. C'est la société débitrice qui doit en offrir. Le seul pouvoir du tribunal est de juger leur suffisance. En effet, comme le note un auteur, *« on n'a pas voulu d'un interventionnisme excessif du tribunal »*[669]. Le débiteur garde une certaine liberté de proposer ou non une garantie. Cependant, les textes restent silencieux sur la nature des garanties à offrir. Pour l'instant, à notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence à ce sujet, susceptible de contribuer à la détermination des caractéristiques desdites garanties. Par conséquent, la société absorbante ou la société bénéficiaire est libre de proposer toutes sortes de garanties[670].

450. La solution envisagée. Cette mesure ne semble pas véritablement efficace, puisqu'elle dépend de la volonté du débiteur. Pour renforcer son efficacité, on pourrait imaginer un système dans lequel c'est le créancier qui exigerait une garantie sans nécessairement recourir au tribunal[671]. Ce droit est reconnu au créancier dans certains pays membres de l'Union européenne. Ainsi, en droit belge, les créanciers d'une somme d'argent, ceux d'une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner ont le droit d'exiger une sûreté, nonobstant toute convention[672]. Cette mesure aurait non seulement le mérite d'assurer la protection de leurs intérêts, mais aussi de faciliter les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif. À défaut, le tribunal devrait imposer une garantie[673]. Toutefois, si le créancier opposant n'a pas été remboursé ou s'il n'a pas obtenu les garanties ordonnées par le juge, l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif lui est inopposable.

b) L'inopposabilité, sanction de l'inexécution de la décision judiciaire

451. Le champ d'application. Aux termes des articles L. 236-14, alinéa 3 du Code de commerce et 679, alinéa 4, de l'Acte uniforme, « *à défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier* ». Il en est de même en cas

668 C. com., art. L. 236-14, al. 1er, AUSGIE 679, al. 2.
669 M. GERMAIN, L'opposition en droit des Sociétés, *op. cit.*
670 TH.V. NGA NGUYEN, Thèse précitée, p. 49.
671 B. LECOURT, Fusions et scissions transfrontalières, *op. cit.*
672 TH. TILQUIN., *Traité des fusions et scissions* : éd. Kluwer, 1993, n° 464.
673 B. LECOURT, *op.cit.*

d'apport partiel d'actif. L'inopposabilité constitue donc la sanction du non-respect de la décision du juge. L'on peut ainsi se demander de ce que recouvre cette inopposabilité. Cette dernière permet au créancier opposant de conserver son droit de gage. L'inopposabilité crée une séparation du patrimoine au profit de celui-ci. Elle permet à ce dernier d'être payé par préférence sur les biens de son débiteur.

452. Lorsque le créancier opposant est celui de la société absorbée ou apporteuse, la préférence ne joue que sur les biens de cette dernière et non sur ceux de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport. Sur ces derniers, le créancier opposant est en concours avec ceux de la société bénéficiaire[674]. Ce principe s'applique aussi lorsque le créancier opposant est celui de la société bénéficiaire ou de la société absorbante. Dans ce cas, l'inopposabilité préserve celui-ci du concours des créanciers de la société absorbée ou apporteuse sur les biens de l'absorbante ou de la société bénéficiaire de l'apport[675]. L'inopposabilité ne confère pas un privilège au créancier opposant à l'égard de ceux avec lesquels il était en concurrence avant la réalisation de l'opération. Les créanciers de la société fusionnée ou apporteuse et ceux de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport conservent, les uns par rapport aux autres, le droit de préférence acquis avant la réalisation de l'opération[676]. Le privilège que confère l'inopposabilité ne crée pas une inégalité entre eux et respecte la situation juridique antérieure à l'opération. C'est un gage de sécurité juridique et de protection de tous les créanciers. Le droit de préférence que confère l'opposition ne peut s'exercer à l'encontre d'un créancier postérieur à la réalisation de l'opération, sauf à prouver la fraude[677]. Néanmoins, pour l'efficacité de la préférence, il faut déterminer le patrimoine de chacune des sociétés avant la prise d'effet de l'opération, ce qui n'est pas facile en pratique. En effet, comment déterminer avec exactitude le patrimoine du débiteur initial, lorsque la confusion des patrimoines a déjà été réalisée. De plus, le traité de l'opération ne peut pas être d'une grande aide, puisqu'il fait souvent référence à un ensemble de biens composant le patrimoine et non à chaque élément. En outre, conformément aux règles de la charge de la preuve, c'est au créancier opposant d'apporter la preuve que tel bien appartient à son débiteur[678]. Cette situation renforce l'inefficacité de l'inopposabilité et partant du droit d'opposition.

453. Le caractère relatif de la préférence résultant de l'inopposabilité. La relativité de la préférence se manifeste par le fait que l'opposition présente un caractère individuel sauf

---

674 M.-L. COQUELET, Thèse précitée, p. 237.
675 *Ibidem.*
676*Ibid.*, p. 240.
677 *Idem*, p. 239.
678 TH.V. NGA NGUYEN, Thèse précitée, p. 55.

pour les représentants de la masse. Elle ne concerne que le créancier opposant en raison de l'effet relatif du jugement accueillant l'opposition[679]. En outre, l'inopposabilité doit être publiée pour renforcer son efficacité[680].

454. Au regard de ses effets, l'inopposabilité ne peut être assimilée à un privilège, parce qu'elle ne remplit pas toutes les conditions d'un privilège. En effet, le privilège se définit comme « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* »[681]. De plus, la préférence résultant de l'inopposabilité ne demeure efficace qu'en l'absence de concours de créanciers privilégiés ou hypothécaires [682]. Pour ces derniers, l'hypothèque doit faire l'objet d'une publicité foncière, qui conditionne l'opposabilité aux tiers. Ainsi, conformément à l'article 2106 du Code civil, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription à la conservation des hypothèques. Par conséquent, le créancier opposant doit publier son droit de préférence.

455. En principe, la préférence retrouve toute son efficacité sur les meubles. Néanmoins, cette efficacité est limitée lorsque les biens sont nantis[683]. À l'instar de l'hypothèque, le nantissement est soumis à la publicité sur un registre tenu par le greffe du tribunal de commerce. La publicité confère au créancier opposant une préférence sur la valeur du bien nanti[684].

456. Il résulte de nos précédents développements que l'inopposabilité ne semble pas être efficace pour protéger les intérêts des créanciers. En l'absence de remboursement ou de constitution de garanties, le créancier opposant n'est pas à l'abri d'un risque d'insolvabilité et donc de liquidation judiciaire. Il doit donc faire une déclaration de créance pour être remboursé. Ainsi, en cas de mise en liquidation judiciaire de la société bénéficiaire de l'opération, la Cour de cassation reconnaît au créancier opposant un droit préférentiel sur tous les autres créanciers[685]. Pour l'effectivité de ce droit, la chambre commerciale de la Cour de cassation le conditionne à l'inscription de la créance au passif de la société en liquidation par le juge comme une créance privilégiée.

457. *In fine*, le droit d'opposition apparaît inefficace pour protéger l'intérêt de chaque créancier. Dans le contrat initial qui le lie au débiteur, le créancier pourrait exiger l'insertion d'une clause de remboursement immédiat. Effet, les articles L. 236-14, alinéa 5 du Code de

---

679 M. GERMAIN, L'opposition en droit des sociétés, *op. cit.*
680 TH.V. NGA NGUYEN, Thèse précitée, p. 53.
681 M.-L. COQUELET, Thèse précitée, n° 363.
682 *Ibidem.* n° 364.
683 C. civ., art. 2355 et s.
684 TH. V. NGA NGUYEN, Thèse précitée, p. 54.
685 Cass. com., 17 oct. 1989 : *Dr. sociétés* 1989, n° 385.

commerce et 680 de l'Acte uniforme énoncent que les dispositions relatives à l'opposition légale ne mettent pas « *obstacle à l'application des conventions autorisant le créancier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de fusion de la société débitrice avec une autre société* ». Cette solution contractuelle constitue une mesure efficace pour obtenir le remboursement des créances. Il pourrait aussi recourir au droit commun par le biais de l'action paulienne.

B) L'ACTION PAULIENNE, UNE ALTERNATIVE AU DROIT D'OPPOSITION

458. L'action paulienne permet à un créancier d'agir contre un débiteur qui a fait un acte en fraude de ses droits. Il importe de présenter d'abord les grandes lignes du régime de cette action (1) avant de présenter son efficacité en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif (2).

1) Le régime de l'action paulienne

459. Nous analyserons les conditions de mise en œuvre (a) avant de présenter les cas de fraude paulienne dans les opérations emportant transmission universelle du patrimoine (b).

a) Les conditions

460. Le régime applicable en droit français. Les créanciers peuvent intenter en justice une action dite action paulienne prévue à l'article 1341-2 (ancien article 1167) du Code civil dont les dispositions prévoient que « *le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* ». C'est donc une action qui a pour finalité la sauvegarde du gage général des créanciers en les protégeant contre la fraude de leur débiteur[686].

461. En ce qui concerne la créance justifiant une telle action, elle doit être antérieure à l'opération, même si les créanciers ont négligé de faire opposition à celle-ci[687]. L'exigence de l'antériorité se justifie par le fait que « *l'acte frauduleux ne saurait nuire aux créanciers dont le droit est né*

[686] Plus généralement sur la question F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, p. 1154 et s.
[687] Cass. com., 11 févr. 1986 : *RTD civ.*, 1986, p. 602, obs. J. MESTRE ; *Dr. sociétés*, 1986, comm. 138, obs. J.R.
Cet arrêt a été rendu à propos d'une réduction de capital non motivée par les pertes. À notre avis, les décisions rendues en la matière sont transposables en cas d'exercice d'une action paulienne.

postérieurement à cet acte puisque au moment où ils ont traité, le bien aliéné ne faisait plus partie du patrimoine du débiteur »[688]. Par conséquent, seul le créancier dont la créance est antérieure subit un préjudice puisque son gage général apparaît diminué. L'antériorité de la créance s'apprécie à la date de la dernière assemblée générale appelée à statuer sur l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif ou à la date de la prise d'effet de l'opération simplifiée. Ensuite, à l'instar de l'opposition, le créancier doit pouvoir invoquer une créance certaine, liquide et exigible[689]. Néanmoins, il suffit que la créance soit certaine en son principe au jour de l'acte argué de fraude[690]. De même, il n'est pas nécessaire que la créance soit liquide à la date où le juge statue[691]. La créance n'a pas à être exigible au moment de l'acte frauduleux[692]. Par conséquent, les créanciers titulaires d'une créance à terme ou conditionnelle peuvent agir sur le fondement de l'article 1341-2 (ancien article 1167) du Code civil[693]. En effet, l'action paulienne est une mesure conservatoire et non pas une mesure d'exécution[694]. Ainsi, selon un auteur, « *assurément, la consécration de l'analyse de l'action paulienne en une mesure conservatoire permettrait d'en assurer l'efficacité maximale, en étendant le nombre de ses titulaires »*[695]. En effet, si l'action paulienne est considérée comme une mesure conservatoire tous les créanciers sont donc en droit de l'exercer.

462. S'agissant des actes attaquables au moyen de l'action paulienne, il s'agit des actes d'appauvrissement du débiteur. En d'autres termes, il faut que l'acte ait diminué le patrimoine du débiteur sans contrepartie[696]. Par ailleurs, cet acte doit causer un préjudice au créancier, le préjudice d'insolvabilité du débiteur[697]. En outre, l'un des éléments caractéristiques de l'action paulienne est la fraude aux droits des créanciers. Cet élément est entendu largement par la jurisprudence. En principe, la fraude implique une intention de nuire[698]. Mais, elle considère que

---

688 Y. LOUSSOUARN, « Obligations et contrats spéciaux, Action paulienne » : *RTD civ.*, 1973, p. 771 ; Cass. civ., 3e, 22 nov. 1968 : *RTD civ.*, 1969, p. 562.

689 Cass. civ., 1re, 13 janv. 1993, Sté française de factoring international factors France c/Clouzet : *Bull.*civ. 1993, I, n° 5, p. 4; *JCP G* 1993, II, 22 027 ; CA Versailles, 6 août 2015, n° 12/08939 : *BJS* 2016, p. 38, note G. GIL ; R. MORTIER, Rachats d'actions ou de parts sociales en vue d'une réduction du capital social : *JCL Banque-Crédit*, Fasc. 1659 dernière mise à jour le 11 avr. 2011 ; M.-L. COQUELET, Réduction du capital social, *op.cit.*

690 Cass. civ., 1re, 22 juin 2016, n° 15-21484 : *L'essentiel droit de la famille et des personnes,* 2016, n° 9, p. 4, obs. N. PETRONI-MAUDIÈRE ; Cass. civ., 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.174, PB : *D.* 2 015, 611, obs. J. FRANÇOIS.

691 Ibidem.

692 Cass. civ., 1re, 25 déc. 1981 : *JCP G*, 1981. II.19628.

693 P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1143, p. 669 ; V. TH. V. NGA NGUYEN, thèse précitée, *op. cit.*, p. 103.

694 *Ibidem*.

695 M.-L. COQUELET, thèse précitée, *op. cit.* n° 379.

696 R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12e éd., Dalloz, 2016, n° 491, p. 409 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit., n°* 1144, p. 670.

697 Cass. civ., 1re, 13 janv. 1993, Sté française de factoring international factors France c/Clouzet, *op. cit.*, R. MORTIER, Rachats d'actions ou de parts sociales en vue d'une réduction du capital social, *op. cit.* M.-L. COQUELET, Réduction du capital social, *op. cit.,* R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit., n°* 492, P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit., n°* 1145, p. 671.

698 R. CABRILLAC, Droit des obligations, op. cit., n° 492.

la fraude est constituée par la seule connaissance du préjudice que l'acte du débiteur cause au créancier[699]. Enfin, l'efficacité de l'action paulienne dépend de la preuve de la complicité du tiers[700]. C'est au créancier qu'il incombe d'apporter la preuve de la fraude[701].

463. Le régime en droit OHADA. Il fait très peu état de l'action paulienne. En effet, seul l'article 143 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives renvoie aux dispositions relatives à l'action paulienne. Or, ni cet Acte uniforme ni un autre ne précisent le régime de cette action. Par conséquent, il convient de se référer aux dispositions nationales de chaque État membre. Ainsi, le droit sénégalais prévoit le régime de l'action paulienne aux articles 205 et suivants du nouveau Code des obligations civiles et commerciales, régime identique à celui du droit français.

464. Pour les États membres n'ayant pas institué un tel régime, l'article 1167 devenu l'article 1341-2 du Code civil est souvent admis devant les juridictions nationales desdits États. Par exemple, dans une décision du tribunal de commerce d'Abidjan, le juge ivoirien a refusé le bénéfice de l'action paulienne à un créancier, non pas parce que cet article invoqué pour fonder l'action relevait d'un droit étranger, mais parce que « *les conditions de l'article 1167 (devenu 1341-2) du Code civil n'étaient pas réunies* »[702]. C'est une solution protectrice des intérêts des créanciers. Ainsi, les créanciers ivoiriens peuvent avoir recours à l'article 1167 devenu l'article 1341-2 du Code civil pour protéger leurs intérêts. À notre avis, ce qu'admet le juge ivoirien peut aussi être admis devant d'autres juridictions des États membres OHADA n'ayant pas institué un tel régime, du fait de la proximité juridique entre la France et ses anciennes colonies. Du moins, c'est notre souhait pour protéger les intérêts des créanciers dans l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

b) L'action paulienne et l'opération emportant transmission du patrimoine

465. Le créancier pourrait attaquer l'opération de fusion ou de l'apport partiel d'actif frauduleuse. Dans ces opérations, l'objet de la fraude paulienne correspond à une universalité[703].

---

[699] Cass. civ., 1re, 13 janv. 1993, Sté française de factoring international factors France c/Clouzet, *op. cit.*

[700] P. MALAURIE, L. AYNÈS et p. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit., n°* 1146, p. 673 ; CA Versailles, 6 août 2015, n° 12/08939, *op. cit.*

[701] R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 492, p. 410.

[702]Trib. com. d'Abidjan, 27 déc. 2013 : http://www.tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/contrats/RG1357CC27DEC2013, consulté le 15 janvier 2017.

[703] S. BOUREIMA SOUMANA, La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés, Thèse, Bordeaux, 2015, p. 57

466. L'action paulienne et l'apport partiel d'actif. Dans cette opération, il a déjà été admis que la fraude constitue une limite à la transmission universelle du patrimoine[704]. En effet, le droit de gage d'un créancier dont la créance n'a pas été transférée peut-être diminué frauduleusement si la société débitrice apporte une branche bénéficiaire dans le but de se rendre insolvable[705]. La jurisprudence a aussi admis que les créanciers puissent contester une opération de restructuration sur le fondement de la fraude paulienne qui a entraîné une diminution de leur gage général[706]. En l'espèce, lors d'une opération de scission d'une société immobilière, la répartition du patrimoine de cette société s'est faite sur une base inégalitaire entre les deux sociétés bénéficiaires. À l'une, la société scindée a apporté tout son actif immobilier avec un passif limité alors que l'autre a reçu son fonds de commerce et le reste du passif. Cette dernière société ayant été mise en règlement judiciaire, les créanciers qui n'ont reçu qu'un faible montant de somme d'argent se sont retournés contre celle ayant reçu l'actif le plus important[707]. Un autre arrêt a aussi admis qu'une banque est en droit de poursuivre sur le fondement de l'action paulienne l'acte d'apport en société d'un immeuble ayant appartenu à la caution si cet acte crée ou aggrave son insolvabilité[708].

467. L'action paulienne et la fusion. On peut se demander si une telle action peut être admise alors même que dans la fusion, la société absorbée disparaît *ipso jure* du fait de l'opération. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine émet quelques réserves sur le recours à un tel mécanisme[709]. Selon elle, *« l'application de ces règles (concernant l'action paulienne) serait rendue délicate par la nature de l'acte à attaquer. En effet, la fusion et certaines scissions emportent la disparition d'une société, c'est-à-dire d'une personne juridique, de sorte qu'elles entraînent à la fois une transmission universelle du patrimoine et la disparition du débiteur. L'action paulienne n'a pas été conçue pour ce type de situations, inconnu par définition au lendemain de la promulgation du Code civil […] »*[710]. En revanche, pour une autre partie de celle-ci, il semble incontestable que cette opération peut lui permettre de s'appauvrir frauduleusement aux dépens de ses créanciers[711]. Dans ce cas, il convient alors de distinguer selon que la société débitrice est l'auteure ou la bénéficiaire de l'opération. Lorsque la société

---

[704] Cass. com., 5 mars 1991 n° 88-19629 : *D.*, 1991, 441, note J. HONORAT; *BJS* 1991, p. 500, note M. JEANTIN ; *Rev. sociétés*, 1,991,549, n° 7, note Ch. BOLZE, *Rev. Dr. Bancaire et bourse* 1991, n° 25, p. 102, note M. JEANTIN et A. VIANDIER ; *JCP* 1992, n° 8, II, p. 52, note M. MARTEAU-PETIT ; *LPA*, 30 oct. 1991, n° 130, note P. Le CANNU.
[705] R. RAFFRAY, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Thèse, Bordeaux, 2009, Dalloz, 2011, n° 132.
[706] Cass. com., 24 janv. 1967: *Bull. civ.* 1967, n° 45, p. 40 ; *RTD com.* 1967, p. 820, obs. R. HOUIN, Cass. com., 28 juin 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 182, p. 170.
[707] Cass. com., 24 janv. 1967, *op. cit.*
[708] Cass. 3e civ., 12 mars 2014, n° 13-12155 : *L'essentiel droit bancaire*, 2014, n° 5, p. 2, note M. MIGNOT.
[709] J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes,* LGDJ, 2005, n° 525.
[710] Ibidem.
[711] R. RAFFRAY, thèse précitée, n° 131 ; B. LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des Sociétés, in *Mél.Y. GUYON*, Dalloz 2003, p. 618.

débitrice est l'absorbante, la fraude paulienne peut être admise, si celle-ci reçoit un passif trop important pouvant remettre en cause les chances de remboursement des créanciers[712].

468. Par ailleurs, loin du débat doctrinal, il a aussi été admis que la fraude est constituée lorsqu'une fusion est réalisée non dans l'intérêt social, mais dans l'intérêt personnel du débiteur[713]. La preuve de la fraude semble renforcée lorsque l'opération de fusion cache en réalité un abus de biens sociaux de la part du débiteur[714]. La fraude peut aussi être constituée par la violation du droit au renouvellement du bail. Dans ce cas, le bailleur doit s'abstenir des actes qui pourraient entraver le droit au renouvellement du preneur. Ainsi, il a été jugé que le bailleur ne peut faire une donation-partage ayant pour effet de morceler les lots composant la propriété de sorte que chaque lot soit d'une superficie inférieure à celle ouvrant légalement droit au renouvellement[715]. C'est aussi sur le fondement de l'article 1167 devenu l'article 1341-2 du Code civil que la haute juridiction a prononcé la nullité pour fraude aux droits des créanciers d'un acte par lequel le débiteur a fait apport à titre de fusion à une autre société de son actif immobilier, à charge pour celle-ci de payer ses dettes[716], même si dans le cas d'espèce c'est l'apport et non la fusion qui est frauduleuse. Enfin, la fraude semble aussi être constituée lorsqu'une opération de TUP est réalisée dans le but d'éluder l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire[717]. Au regard de ce qui précède, l'action paulienne peut constituer un moyen de protection efficace des créanciers.

2) L'efficacité de la protection en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif

469. Cette action pourrait constituer un moyen efficace de protection des créanciers. D'abord, elle constitue une mesure de protection générale des créanciers sociaux[718]. C'est un moyen de protection voire l'unique moyen de protection des créanciers lors d'opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif entre sociétés de formes différentes[719]. En effet, les créanciers ne disposent du droit d'opposition que, lorsque l'opération intervient entre les SA et par

---

712 R. RAFFRAY, thèse précitée, n° 133 ; Th.V. NGA NGUYEN, thèse précitée, n° 142.
713 Cass.crim., 10 juil.1995, X., Y. et Z. : *BJS* 1995, p. 1048, note A. COURET et P. LE CANNU.
714 *Ibidem*.
715 Cass. civ., 1re, 10 déc. 1974 : *D.* 1975, p. 777, note SIMON ; *JCP G* 1975, I, 363, note PLANCQUEEL ; *Défrénois*, 1975, art. 30 962, p. 992, note MORIN.
716 Cass. com., 10 juin 1963 : *Bull. civ.,* III, n° 285, *D.* 1968, p. 116, note C. LAMBOIS.
717 CA Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992, URSSAF de Paris-région parisienne c/SARL SCILI, *BJS* 2011. 914, note M.-L. COQUELET ; *Dr. sociétés* 2012, n° 2, févr. Comm. 52, note J.-P. LEGROS ; Cass. com. 11 sept. 2012, F-P+B, n° 11-11.141 : *D.* 2012, obs. A. LIENHARD.
718 B. LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, *op. cit.*
719 Autorisées par l'article 1844-4 du Code civil, C. com., art L. 236-2.

extension, entre SAS, conformément aux articles L. 227-1 du Code de commerce et 853-3 de l'Acte uniforme. L'action paulienne compense ici l'insuffisance du droit spécial des fusions[720].

470. Ensuite, comme dit précédemment, le droit d'opposition des créanciers est soumis à des conditions « *draconiennes* »[721]. Dans ce cas, le recours au droit commun peut permettre de limiter ou contourner ces restrictions. En effet, l'action paulienne se prescrit par cinq ans conformément à l'article 2224 du Code civil. Ce délai assez long par rapport au délai d'opposition contribue à la préservation des intérêts des créanciers. Ainsi, dans une décision, les juges ont remis en cause une confusion de patrimoines sur le fondement de la fraude alors que la décision avait été publiée suivant les règles en vigueur et que le mois fatidique s'était écoulé sans opposition des créanciers[722].

471. En outre, pour les créanciers ne disposant pas d'une créance de somme d'argent, les créanciers à terme ou conditionnels, l'action paulienne constitue un recours contre l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif de leur débiteur.

472. Cependant, la question qui se pose est de savoir si un créancier peut avoir recours à cette action alors même que des dispositions spéciales organisent une protection spécifique. En d'autres termes, l'action paulienne est-elle subsidiaire du droit d'opposition par exemple ? À cette problématique, la jurisprudence donne une réponse précise. En effet, pour la Cour de cassation à propos d'une réduction de capital social, l'existence d'un mécanisme d'opposition ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action paulienne[723]. Par extension de cette jurisprudence, l'opposition prévue en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif ne limite pas le recours à l'action paulienne. Ainsi, cette action, selon l'expression d'un auteur, devient « *une garantie de droit commun des obligations qui peut venir conforter si nécessaire une technique spéciale de protection qui s'avérerait défaillante* »[724]. En effet, « *l'action paulienne ne doit pas […] seulement profiter aux créanciers qui ont fait preuve de diligence* »[725]. Par conséquent, le principe général de fraude constitue la dernière issue lorsque les créanciers sont forclos lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

473. Enfin, la sanction de l'action paulienne entraîne une remise en cause de la disparition du débiteur et du principe de transmission universelle du patrimoine[726]. Ainsi, par la rétroactivité

---

[720] B. LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, *op. cit.*, S. SHILLER, La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution des sociétés : *Rev. sociétés* 2014, p. 211.
[721] Terme utilisé par B. LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, *op. cit.*
[722] Cass. com., 11 sept. 2012, F-P+B, n° 11-11.141, *op. cit.*
[723] Cass. com., 11 févr.1986 : *RTD civ.*, 1986, p. 602, obs. J. MESTRE ; *Dr. sociétés* 1986, comm. 138, obs. J.R.
[724] J. MESTRE, obs. sous Cass. com., 11 févr. 1986, *op. cit.*
[725] B. LECOURT, *op. cit.*
[726] *Ibidem.*

de l'inopposabilité, le créancier préserve ses droits sur les biens du débiteur compte tenu de la séparation de patrimoine. L'inopposabilité de l'opération de fusion qui résulte de cette action paraît assez efficace. En effet, compte tenu du caractère personnel de cette action et de l'effet relatif de l'inopposabilité[727], le créancier agissant est préservé du concours des créanciers de la société bénéficiaire ou apporteuse, mais surtout du concours des créanciers avec lesquels il concourait avant la réalisation de la transmission universelle[728]. Si le bien est déjà cédé, le sous-acquéreur n'est pas à l'abri des poursuites[729]. Or, pour le créancier opposant, la situation semble différente. En effet, en cas de transmission d'un immeuble à un tiers, il se trouve désarmé en raison du fait que l'opposition ne constitue pas un privilège, sauf si, comme démontré précédemment, le créancier a demandé une inscription d'hypothèque. Ce qui est possible puisque l'article 2123 du Code civil confère à toute décision de condamnation le caractère d'une hypothèque judiciaire. Mais dans ce cas, il faut désigner spécialement chaque immeuble grevé[730].

474. En définitive, l'action paulienne pourrait constituer dans certains cas une alternative efficace au droit d'opposition des créanciers sociaux dans les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif tant en droit français qu'en droit OHADA.

---

[727] C. civ., art. L. 1341-2.
[728] B. LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, *op. cit.*
[729] *Ibidem*.
[730] B. LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, *op. cit.* note de bas de page n° 93.

CONCLUSION DU TITRE I

475. En ce qui concerne le droit d'information des actionnaires et des créanciers, deux axes majeurs ont été dégagés dans les précédents développements. Le premier axe est relatif à la perfectibilité de l'information des actionnaires. À ce sujet, il a été démontré que le droit français et le droit OHADA confèrent aux actionnaires un droit d'information qui se matérialise par la mise à disposition selon certaines modalités des documents prescrits relatifs à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

476. À côté de l'information des actionnaires, de celle des créanciers dépend l'action en opposition de ces derniers. Ainsi, il a été démontré d'une part, l'inefficacité du droit d'opposition dans ses modalités de mise en œuvre et dans ses effets.

477. Par ailleurs, le non-respect de l'obligation d'information tant des actionnaires que des créanciers est sanctionné par les textes. Néanmoins, il a été montré l'inefficacité de certaines sanctions par rapport à d'autres plus efficaces.

478. Au regard de ce qui précède, l'information constitue un élément indispensable tant pour les actionnaires que pour les créanciers. L'information permet aux actionnaires et à certains créanciers d'approuver ou non l'opération en toute connaissance de cause. Aussi, l'information en droit des sociétés va de pair avec la consultation qui est l'objet du titre suivant.

TITRE II : LE DROIT DE CONSULTATION DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS OBLIGATAIRES

479. En droit des sociétés, l'information constitue un élément important en ce qu'il permet aux acteurs impliqués dans une opération donnée de décider en connaissance de cause. La consultation dont la fin ultime est le vote en assemblée générale constitue une démarche qui peut perdre toute son efficacité si les actionnaires et les créanciers ne sont pas suffisamment informés. Ainsi, pour renforcer l'utilité de l'information, le droit des fusions confère aux actionnaires et aux créanciers un droit de consultation (**Chapitre I**). Par ailleurs, le non-respect de cette obligation peut entraîner la nullité de l'opération (**Chapitre II**).

CHAPITRE I — LA CONSULTATION DES ASSEMBLÉES DES SOCIÉTÉS PARTICIPANTES

480. Pour la fusion ou l'apport partiel d'actif, l'assemblée générale extraordinaire bénéficie d'une compétence exclusive pour décider de l'une ou l'autre de ces opérations (**Section I**). De même pour tenir compte des droits spéciaux au sein de chaque société participante, les textes confèrent aussi un droit de consultation aux assemblées spéciales (**Section II**).

SECTION I — LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE

481. L'assemblée générale extraordinaire a une compétence déterminée par les textes. En effet, elle est seule habilitée à modifier les statuts[731]. Lors d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif, l'assemblée générale de chaque société participant à l'opération est la seule compétente pour décider de celle-ci (**§1**), ce qui n'est pas toujours le cas pour les opérations simplifiées (**§2**).

§1 — La prise de décision par l'assemblée générale extraordinaire

482. En cas d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, l'assemblée générale extraordinaire de chaque société participant à l'opération bénéficie d'importants pouvoirs (A). Cependant, la décision sur l'opération est prise selon certaines modalités (B).

A) LES POUVOIRS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE

483. L'assemblée générale extraordinaire de chaque société partie à l'opération dispose d'un pouvoir de décision (1), mais aussi celui de modifier le projet de l'opération (2).

[731] C. com., art. L. 225-96 et AUSGIE, art. 551.

1) Le pouvoir de décision

484. La prise de décision par l'assemblée générale extraordinaire se fait sur la base du principe majoritaire (a) qui souffre néanmoins de quelques exceptions (b).

a) Le principe majoritaire

485. L'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif entraîne une modification des statuts. C'est la raison pour laquelle l'assemblée générale extraordinaire de chaque société se réunit pour se prononcer sur l'opération et dans la SAS, une décision collective des actionnaires est obligatoire[732]. En effet, aux termes des articles L. 236-2 du Code de commerce et 197 de l'Acte uniforme, l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif « *est décidée dans les conditions requises pour la modification des statuts* ». Ces conditions concernent essentiellement le quorum et la majorité.

486. Le quorum. En droit français, « *l'assemblée générale extraordinaire ne délibère que si les actionnaires présents ou représentés possèdent, au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant droit de vote. À défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés* »[733], et en droit OHADA, elle « *ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation. Lorsque le quorum n'est pas réuni, l'assemblée peut être une troisième fois convoquée dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation, le quorum restant fixé au quart des actions* »[734].

487. Il ressort de la lecture de ces articles que le seuil du quorum a été abaissé dans les deux ordres juridiques. Cet abaissement en droit français se justifie par le fait que dans les sociétés ayant un actionnariat élevé et dispersé, il était très difficile d'atteindre le quorum exigé, même lorsque l'on avait recours à des pouvoirs en blanc. Désormais, l'assouplissement des règles de quorum permet à l'assemblée générale extraordinaire de délibérer dès la première convocation[735]. Force est de constater que la nécessité de faciliter la réunion de l'assemblée

---

[732] C. com., art. L. 236-2, al. 2, L. 236-9 et L. 227-9, AUSGIE, art. 197, 671, 853-11.
[733] C. com., art. L. 225-96.
[734] AUSGIE, art. 553.
[735] B. SAINTOURENS, Les réformes du droit des sociétés par la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : *Rev. sociétés* 1994, p. 628.

générale extraordinaire s'est effectuée au détriment de la protection des intérêts des actionnaires. Néanmoins, le droit français laisse la possibilité aux statuts des sociétés non cotées de prévoir des quorums plus élevés[736].

488. La question qui se pose est de savoir comment se calcule le quorum. Il se calcule en tenant compte de la feuille de présence à l'ouverture de l'assemblée et aussi à l'occasion du vote de chaque résolution[737]. En effet, compte tenu des actions privées du droit de vote, le quorum peut être atteint pour certaines et pas pour d'autres résolutions. Précisons que tant en droit OHADA qu'en droit français, les votes par correspondance, qu'ils soient envoyés à la société par courrier postal ou électronique, rentrent dans le calcul du quorum, dans le but de permettre de l'atteindre[738]. Cette mesure s'inscrit dans le sillage des motifs qui ont poussé tant le législateur français que OHADA à abaisser le seuil pour le calcul du quorum afin de permettre qu'il soit plus facilement atteint pour le bon fonctionnement de la société.

489. Cependant, en la matière, une différence existe entre le droit français et le droit OHADA. Dans le premier ordre juridique, la prise en compte du vote par correspondance constitue une obligation qui pèse sur les sociétés. En effet, la société « *est tenu*e » de prendre en compte ces votes dans le calcul du quorum. En revanche, dans le second, la liberté contractuelle prévaut. En effet, l'alinéa 1er de l'article 133-1 de l'Acte uniforme dispose que « *si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum […] les associés qui ont voté par correspondance* ». En d'autres termes, en l'absence de clause statutaire, ces votes ne seront pas pris en compte dans le calcul du quorum. Il faudrait donc, lors de ce calcul, vérifier préalablement l'existence ou non d'une telle possibilité dans les statuts de la société. Le droit OHADA semble donc plus protecteur pour les actionnaires. La liberté contractuelle prévaut aussi lorsqu'il faut prendre en compte pour le calcul du quorum, les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence[739]. Par conséquent, si les actionnaires assistent à une assemblée par visioconférence, leur voix ne sera prise en compte que si une clause statutaire prévoit une telle possibilité. Il en est de même en droit français pour le calcul du quorum[740].

490. Par ailleurs, en droit français, l'article L. 225-96, alinéa 2 du Code de commerce dispose clairement que le quorum est calculé en fonction des actions ayant le droit de vote. Par conséquent, il faut mettre de côté les actions sans droit de vote, les actions non libérées et les

---

[736] *Ibidem*.
[737] A. BOUGNOUX, Assemblées d'Actionnaires. — Assemblées générales extraordinaires. — Généralités. Fonctionnement : *JCL Société Traité*, Fasc. n° 140-10 du 18 mars 2013.
[738] C. com., art. L. 225-107, I, al. 2 ; AUSGIE, art. 133-1, al. 1er.
[739] AUSGIE, art. 133-2, al. 1er.
[740] C. com., art. L. 225-107, II.

actions d'autocontrôle[741]. Ce n'est pas le cas de l'Acte uniforme. En effet, l'article 553 de l'Acte uniforme précité est silencieux sur les actions à prendre en compte pour le calcul du quorum. Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir si toutes les actions, y compris celles dépourvues du droit de vote, doivent être prises en compte dans son calcul. De prime abord, une réponse affirmative s'impose au regard de la rédaction de l'article précité. Mais il est aussi possible de considérer que pour ce cas, seules les actions ayant droit de vote doivent être prises en compte, car les actionnaires titulaires d'actions sans droit de vote ne peuvent voter à l'assemblée générale extraordinaire. On ne pourrait donc pas tenir compte de ces actions pour une assemblée générale dont les titulaires ne peuvent pas voter, ce qui serait illogique. Malheureusement, nous ne disposons pas des travaux préparatoires du législateur OHADA pour mieux appréhender cette question. Par conséquent, un doute demeure. Pour lever toute ambiguïté, il conviendrait de modifier cet article pour y indiquer clairement que seules les actions ayant droit de vote doivent être prises en compte dans le calcul du quorum.

491. Pour renforcer la protection des droits des actionnaires en droit français, il est possible de proroger de deux mois au plus la seconde assemblée à compter de la date de la première convocation, si le quorum n'est pas atteint. Pour cette assemblée, le quorum exigé est du cinquième des actions ayant droit de vote sauf clause statutaire[742]. En revanche, en droit OHADA, lorsque le quorum exigé n'est pas atteint à une deuxième convocation, une troisième convocation de l'assemblée générale extraordinaire est possible, mais dans un délai de deux mois au plus à compter de la deuxième convocation. Dans ce cas, le quorum reste fixé au quart des actions[743]. La possibilité de prorogation n'a pas été reprise par l'Acte uniforme. La possibilité de convoquer au moins une deuxième assemblée générale extraordinaire peut ralentir sérieusement le calendrier de l'opération. C'est la raison pour laquelle, les sociétés participant à l'opération doivent s'y prendre à l'avance pour parer à toute éventualité. Précisions qu'en cas de non-respect des règles relatives au quorum, les délibérations de l'assemblée peuvent être annulées[744].

492. La majorité. La majorité se définit comme le seuil d'opinions favorables qu'une résolution doit avoir pour être adoptée[745]. Les textes prévoient qu'elle est des deux tiers des voix exprimées[746]. Cette majorité est calculée en tenant compte des voix dont disposent les

---

741 A. BOUGNOUX, Assemblées d'Actionnaires. — Assemblées générales extraordinaires. — Généralités. Fonctionnement, *op. cit.*
742 C. com., art. L. 225-96, al. 2.
743 AUSGIE, art. 553, al. 2.
744 CA Abidjan, arrêt n° 1121 du 8 août 2003, La société ASH international Disposal et autres c/Zokora Simplice : OHADATA J -03-320. Sur cette question cf. *infra* n° 639 et s.
745 A. BOUGNOUX, Assemblées d'Actionnaires, *op. cit.*
746 C. com., art. L. 225-96 ; AUSGIE art. 554.

actionnaires présents ou réputés comme tels ou représentés à l'assemblée. Par conséquent, l'abstention, lors du vote ou en cas de scrutin, le dépôt d'un bulletin blanc équivaut au rejet de la résolution. La majorité est atteinte dès lors que les voix « *pour* » ou favorables à la résolution représentent les deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés[747].

493. Les dispositions relatives à l'assemblée générale extraordinaire sont impératives. Elles ne peuvent être modifiées par des clauses statutaires tant dans le sens d'une augmentation que dans celui d'un allégement des dispositions légales relatives à la majorité[748]. Ainsi, un arrêt a réputé non écrite une clause statutaire qui prévoyait pour la modification des statuts une double majorité des deux tiers des voix et des deux tiers des actionnaires[749].

494. Pour renforcer la protection des droits des actionnaires, le droit français[750] et OHADA[751] laissent la possibilité aux statuts de prévoir que pour le calcul de la majorité, il sera pris en compte les voix des actionnaires présents par visioconférence. En la matière, le droit OHADA va plus loin que le droit français, puisqu'il accorde aux sociétés le droit de prévoir librement dans les statuts l'intégration du vote par correspondance pour le calcul de la majorité[752]. Il existe toutefois, des exceptions à la règle majoritaire.

b) Les exceptions

495. Dans certaines hypothèses, le vote à l'unanimité remplace le vote à la majorité qualifiée.

496. Lorsque la société absorbante est une SAS[753]. En droit français, aux termes de l'article L. 227-3 du Code de commerce, « *la décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés* ». Une question découle de cet article. L'opération de transformation prévue par celui-ci doit-elle être assimilée à l'absorption d'une société par une SAS, justifiant de ce fait un vote à l'unanimité à l'assemblée générale extraordinaire ? Bien avant la jurisprudence, cette question avait déjà agité la doctrine. Selon un premier courant doctrinal, cette opération nécessite un vote à l'unanimité même en l'absence de clauses prévoyant un tel

---

747 *Ibidem*.
748 A. BOUGNOUX, Assemblées d'Actionnaires*, op. cit.*
749 CA Paris, 3e ch., B, 27 janv. 1995 : *JurisData* n° 1995-021207 ; *Dr. sociétés* 1995, comm. n° 78.
750 C. com., art. L. 225-107, II.
751 AUSGIE, art. 133-2, al. 1er.
752 AUSGIE, art. 133-1, al. 1er.
753 Sur cette forme sociale v. M. GERMAIN, P.-L. PERIN, SAS, La société par actions simplifiée, 6 éd. Joly éditions, 2016.

vote[754], car la fusion-absorption permettrait de passer d'une forme classique à une SAS sans que les actionnaires aient donné leur accord[755]. Cet argument résulte d'une interprétation par analogie de l'esprit de l'article L. 227-3 du Code de commerce, tel qu'il découle des travaux parlementaires de la loi du 3 janvier 1994[756]. C'est lui qui a justifié l'adoption de la règle de l'unanimité de l'article L. 262-4 de la loi devenu article L. 227-3 du Code de commerce. Ainsi, le rapporteur de la loi précisait que « *pour la constitution d'une société par actions simplifiée par transformation d'une société existante, il convient […] que les associés […] décident cette transformation à l'unanimité, il serait en effet inconcevable qu'un seul d'entre eux puisse prétendre avoir été entraîné dans cette affaire malgré lui* »[757]. Autrement dit, la fusion absorption d'une société par une SAS entraînerait pour la société absorbée une transformation, c'est-à-dire un changement de forme sociale. En revanche, pour un second courant doctrinal, la fusion absorption ne constitue pas une transformation au regard de son mécanisme juridique. Par conséquent, « *seule la transformation en société par actions simplifiée requiert l'unanimité* », « *aucun texte analogue* » n'existant « *dans le cas d'une absorption* »[758]. L'article L. 227-3 du Code de commerce ne saurait alors être considéré comme « *l'expression d'un principe général selon lequel nul ne pourrait devenir associé d'une SAS sans y avoir consenti* »[759].

497. Cette opposition s'est aussi révélée dans la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt, la Cour de cassation française a jugé que lorsque la société absorbante est une SAS, un vote à l'unanimité des actionnaires de la société absorbée est requis conformément à l'article L. 227-3 du Code de commerce[760]. Dans cet arrêt, la Haute juridiction assimile la conséquence de la fusion absorption à une transformation. Ainsi, le fait que la société absorbante soit une SAS conduit au changement de la forme sociale de la société absorbée en celle-ci. La Cour de cassation s'est

---

754 A. CHARVÉRIAT et A. COURET, *La SAS*, éd. Francis Lefebvre 2001, n° 1340 ; J.-P. BOUÈRE, *Société par actions simplifiée*, GLN Joly 1994, n° 162 ; P. LE CANNU et A. COURET, SAS, *Dictionnaire Joly Sociétés*, n° 135 ; B. MERCADAL et P. JANIN, *Mémento des sociétés commerciales*, éd. F. Lefebvre, 2005, n° 16060 ; J. MESTRE, C. BLANCHARD-SÉBASTIEN et D. VELARDOCCHIO, *Lamy sociétés commerciales*, 2005, n° 4037.

755 B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n° 16060 : « l'entrée dans une SAS est subordonnée à un acte de volonté personnel » ; P. LE CANNU, De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité ? BJS 2005, p. 561, pour qui « dans le cas examiné, l'esprit de la loi est sans mystère ».

756 Loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée : *JORF* n° 2 du 4 janv. 1994 p. 129.

757 Sénateur E. DAILLY, Les travaux de la commission des lois du Sénat, rapporteur de la loi, séance du 21 oct. 1993, p. 3349 et s., spéc. p. 3352.

758 C. GAVOTY et P. ULLMANN, L'absorption par une société par actions simplifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? *BJS* 2001, p. 831 ; J.-J. UETWILLER, L'absorption d'une SA par une SAS est-elle une transformation ? *Gaz. Pal.*, 20 janv. 2005, p. 12 ; P. LARRIVE et J.-J. UETWILLER, *Guide de rédaction des statuts de la SAS*, éd. EFE, 1995, n° 48.

759 A. LIENHARD, Conditions de l'absorption d'une SA par une SAS : *D.* 2005, AJ p. 716 ; C. GAVOTY et P. ULLMANN, article préc.

760 Cass. com. 19 déc. 2006, Cassado c/SAS Cofradim : *JurisData* n° 2006-036664 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 51, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2007, 1192, note A. VIANDIER.

ralliée à la position doctrinale favorable à un vote à l'unanimité. Cette position s'expliquerait par la protection contre la liberté contractuelle qui prévaut dans cette société. Elle considère la souplesse dans le fonctionnement de la SAS comme un danger pour les droits des actionnaires. Ces derniers disposent d'importants pouvoirs dans la SA. L'absorption peut entraîner une diminution de leurs droits et, par conséquent, de leur influence au sein de la nouvelle société. Cette position contestable paraît néanmoins, plus protectrice des intérêts des actionnaires. En revanche, la Cour d'appel de Versailles dont la décision est cassée par la Cour de cassation, considère que « *la simple constatation qu'une telle opération revient à faire passer les actionnaires d'une société anonyme de type classique à une société par actions simplifiée sans leur consentement n'est pas de nature à rendre applicable les dispositions de l'article L. 227-3 du Code de commerce qui ne visent que la transformation et à rendre exigible, sur le fondement de ce texte, un vote unanime, ajoutant par là au pacte social de l'absorbée une condition supplémentaire que ne prévoit pas le texte auquel les appelants se réfèrent* »[761]. La Cour d'appel fait ici une interprétation littérale de l'article L. 227-3 du Code de commerce.

498. Ces arrêts ont ainsi relancé le débat doctrinal sur la question. Ainsi, la décision de la Cour d'appel a trouvé un écho favorable chez une partie de la doctrine partisane de la lecture littérale de l'article L. 227-3 du Code de commerce[762]. Pour elle, « *si l'on estime que l'unanimité est souhaitable en cas d'absorption d'une société par une SAS, c'est à la loi et non aux juges qu'il revient de poser la règle* »[763]. En revanche, pour un autre courant doctrinal, c'est la décision de la Cour de cassation qui trouve un appui[764]. Selon ce courant, il ne faut pas se limiter à la lecture littérale de l'article L. 227-3 du Code de commerce. Il ne peut y avoir de différence d'application de cet article à l'absorption et à la transformation. Pour cette partie de la doctrine, la décision de la Cour de cassation « *sécurise* » l'opération de fusion[765]. L'absence de précision dans le texte de la nécessité de l'unanimité des actionnaires en cas d'absorption n'exclut pas cette obligation.

499. Cependant, la décision de la Cour de cassation paraît critiquable à plusieurs égards. D'abord, l'article L. 227-3 du Code de commerce ne prévoit l'unanimité qu'en cas de transformation d'une société en SAS. Certes, la lecture des travaux préparatoires laisse penser que le législateur a souhaité un vote à l'unanimité pour toute opération dans laquelle la société absorbée changerait de forme sociale, c'est-à-dire une opération dans laquelle elle se transformerait en SAS. Mais la Cour de cassation semble perdre de vue qu'une fusion au sens

---

[761] CA Versailles, 27 janv. 2005, 12e ch., sect. 2 : *JCP E* 2005, 1046, obs. J-J. CAUSSAIN, FL.DEBOISSY et G. WICKER ; *RTD com.* 2005, p. 365, note P. LE CANNU, *D.* 2005, AJ. p. 716, note A. LIENHARD.
[762] J-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER, note sous CA Versailles, 27 janv. 2005, *op. cit.*
[763] *Ibidem.*
[764] A. VIANDIER, note sous Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-17.802, Cassado c/SAS Cofradim : *JCP E* 2007, 1192.
[765] *Ibidem.*

juridique ne constitue pas une transformation. En effet, les deux opérations obéissent à des mécanismes juridiques différents[766]. Ainsi, selon la Cour d'appel de Versailles, « *la transformation est le mécanisme juridique qui a pour objet un changement de forme sociale* »[767]. Lors d'une opération de fusion, le changement de forme sociale de la société absorbée n'est qu'une conséquence parmi d'autres de l'absorption. Par conséquent, l'article L. 227-3 du Code de commerce doit être interprété de façon restrictive. À ce titre, il est possible de considérer que le législateur n'a pas souhaité étendre à la fusion le vote à l'unanimité. En effet, « *soutenir le contraire reviendrait à imposer une condition supplémentaire que le législateur n'a pas expressément voulue* »[768]. Et comme le note un auteur, « *si le législateur avait voulu que l'absorption d'une société d'une autre forme par une SAS soit décidée à l'unanimité, il aurait dû en modifier l'art. L. 236-2, et on ne peut supposer qu'il s'agit d'un oubli, en élargissant la portée d'un texte d'exception, l'art. L. 227-3 pour en faire un texte de portée générale »*[769]. Ensuite, par l'effet de la transmission universelle du patrimoine, la société absorbée disparaît, conséquence de sa dissolution. Elle ne peut, par conséquent, changer de forme sociale. La transformation supposant la continuité dans la jouissance de la personne morale[770]. *A contrario*, aux termes des articles 1844-3 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce, « *la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* ». La personnalité morale de la société transformée subsiste à l'opération. Par ailleurs, en droit des sociétés, la règle de la majorité constitue le principe et l'unanimité, l'exception. Comme le précise un auteur, « *[le principe majoritaire] constitue le mode pacifique de résolution du conflit »* [771]. La règle de l'unanimité qui constitue une exception doit être interprétée de manière restrictive[772]. Ce principe a été clairement affirmé dans une jurisprudence ancienne dans laquelle la chambre civile, à propos de l'augmentation des engagements des actionnaires, a considéré que « *le principe ainsi posé par la loi comportant la faculté pour l'assemblée générale de modifier toutes les dispositions statutaires, la réserve qu'elle formule relativement à l'augmentation des engagements déroge à la règle générale et doit, en conséquence, être interprétée restrictivement »*[773]. Comme dit précédemment, la position de la Cour de cassation repose sur une interprétation par analogie de l'esprit de l'article L. 227-3 du Code de commerce. Or, comme le déclare à juste titre un auteur, *« une règle exceptionnelle qu'on étendrait par*

---

766 D. BERT, T. LAKHDARI, L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption : *D.* 2005, 1636

767 CA Versailles, 27 janv. 2005, *op. cit.*

768 C. GAVOTY et P. ULLMANN, l'absorption par une société par actions simplifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? *op. cit.*,

769 J.-J. UETWILLER, l'absorption d'une SA par une SAS est-elle une transformation ? *op. cit.*,

770 D. BERT, T. LAKHDARI, L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption, *op. cit.*

771 C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris II, 1997, spéc. n° 40 s.

772 Exceptio est strictissimae interpretationis.

773 Cass. civ. 9 fév. 1937: *DP* 1937, Jur. p. 73, note A. BESSON; S. 1937, p. 129, note H. ROUSSEAU; *Rev. gén. dr. com.* 1938, p. 529, note A. JAUFFRET.

analogie deviendrait règle de principe »[774]. Enfin, la position de la Cour de cassation serait contraire à la liberté d'établissement, principe important du droit de l'Union européenne. En effet, l'objectif du législateur européen est de supprimer les obstacles à cette liberté. C'est ce qui ressort du considérant n° 2 de la directive 2011/35 UE du 5 avril 2011 sur les fusions des sociétés anonymes, applicable à la SAS par l'extension effectuée par le droit français. Or, l'exigence de l'unanimité constitue une restriction à la fusion contraire à cet objectif.

500. Contrairement au droit français, l'article 853-6 de l'Acte uniforme prévoit expressément que « *la décision de transformation en société par actions simplifiées est prise à l'unanimité des associés. Il en est de même en cas de fusion absorption d'une société par une société d'actions simplifiée […] ».* Le législateur OHADA fait clairement la distinction entre une opération de transformation et de fusion. Cette position claire et précise a le mérite d'assurer la sécurité juridique de l'opération et de protéger efficacement les droits des actionnaires.

501. À l'instar du droit OHADA, le législateur français devrait modifier l'article L. 227-3 du Code de commerce pour prévoir expressément l'unanimité en cas de fusion. Cet article pourrait s'écrire de la manière suivante : « *la décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés. Il en est de même en cas de fusion absorption d'une société par une société d'actions simplifiée ».* Cette modification sera un gage d'efficacité juridique. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, la règle de l'unanimité devrait être prise en compte dans de telles opérations, ce qui requiert une grande vigilance au regard de la sanction attachée au non-respect de cette règle[775].

502. S'agissant de l'apport partiel d'actif, le vote à l'unanimité ne devrait pas être applicable, puisqu'il ne consiste pas, selon l'expression de la Cour de cassation, en un changement dans la forme sociale de la société apporteuse. En droit OHADA, cette interprétation demeure encore plus juste compte tenu du fait que l'article 853-6 de l'Acte uniforme ne prévoit expressément l'unanimité que pour la fusion absorption. L'interprétation restrictive des exceptions devrait conduire à exclure une telle règle en cas d'opération d'apport partiel d'actif. En revanche, une partie de la doctrine française considère que si la société apporteuse distribue à ses actionnaires les actions de la société bénéficiaire la règle de l'unanimité prévaut[776]. Le principe de l'unanimité est aussi applicable en cas d'augmentation des engagements des actionnaires.

---

774 F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4e éd., Précis Dalloz, 1998, n° 394.
775 V. *infra*, n° 640 et s.
776 A. BONNASSE., Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*

503. L'augmentation des engagements des actionnaires. Aux termes des articles L. 236-5 du Code de commerce et 197, alinéa 2, de l'Acte uniforme, « *si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'actionnaires de l'une ou de plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits actionnaires* ». Ces articles dérogent donc au principe de quorum et de majorité nécessaires à la modification des statuts. L'unanimité du vote s'entend de la totalité des actionnaires et non pas seulement de la totalité de ceux présents ou représentés à l'assemblée générale extraordinaire[777]. Toutefois, ces textes ne précisent pas s'il faut réunir ou non une assemblée générale. Compte tenu de l'importance des opérations, il est possible de penser qu'une réunion de cette assemblée est nécessaire pour que les actionnaires puissent voter en connaissance de cause.

504. La règle de l'unanimité ne peut être effective et efficace que si on définit la notion « *d'augmentation des engagements* » et c'est là toute la difficulté. Quelles en sont les caractéristiques ? Selon la jurisprudence, « *de manière générale, les engagements des actionnaires ne se trouvent augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou les tiers* »[778]. Autrement dit, il y a augmentation des engagements des actionnaires, lorsqu'ils sont débiteurs d'une obligation monétaire ou non monétaire, excédant ainsi leur engagement pris au moment d'entrer dans la société[779]. C'est le cas lorsque l'absorbante est une société dont la responsabilité est illimitée[780]. La notion d'augmentation des engagements des actionnaires doit être définie de façon restrictive[781].

505. En ce qui concerne le droit OHADA, en l'absence de jurisprudence précise sur cette problématique, la jurisprudence française peut servir de référence aux juridictions OHADA, pour déterminer s'il y a ou non augmentation des engagements des actionnaires.

506. Le cas de la fusion transfrontalière. En droit français, le siège social constitue à la fois le critère de détermination de la loi applicable et de rattachement à un État car, il détermine la nationalité. Par exemple, une société est dite de droit français lorsqu'elle a son siège social en France[782]. Par conséquent, le changement de la localisation du siège de la société entraîne à la

---

[777] CA Versailles, 24 fév. 2005 : *JurisData* n° 2005-266293 ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 94, note J.-P. LEGROS ; *BJS* 2005, § 138, p. 626 ; *JCP E* 2005, 1046, n° 6, obs. J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER.
[778] CA Versailles, 27 janv. 2005, *op. cit.*, cette décision confirme un arrêt ancien Cass. civ., 9 fév. 1937, *op. cit.*
[779] J-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER, note sous CA Versailles, 27 janv. 2005, *op. cit.*
[780] A. BONNASSE., Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*
[781] D. BERT — T. LAKHDARI, l'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption, *op. cit.*
[782] M. COZIAN, A. VIANDIERet F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, *op. cit., n°* 271, p. 130.

fois le changement de nationalité et de la *lex societatis*[783]. Selon la tradition française, ce changement de nationalité implique le vote unanime des actionnaires[784].

507. Cette problématique se pose aussi lors de fusions transfrontalières. En effet, la fusion transfrontalière constitue un moyen de transférer le siège social de la société absorbée[785]. Le changement de nationalité et de loi applicable qu'entraîne la fusion transfrontalière devrait entraîner un vote unanime des actionnaires de la société absorbée. Car ces derniers ont un droit individuel au maintien de la loi ayant présidé à la conclusion de leur engagement avec la société. Les modifications résultant de cette opération sont si importantes que chaque actionnaire a le droit de se prononcer individuellement sur la question. L'unanimité constituait une mesure protectrice des droits des actionnaires. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la directive 2005/56/CE[786], l'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire se fait aux conditions de majorité prévues pour la modification des statuts. En effet, l'article L. 236-25 du Code de commerce applicable à la fusion transfrontalière renvoie à la section I, donc à l'article L. 236-2, alinéa 2 du Code de commerce dont les dispositions prévoient les règles communes à toutes les opérations de fusion.

508. En droit OHADA, conformément à l'article 199 de l'Acte uniforme, les fusions transfrontalières des sociétés des États membres restent soumises au régime des fusions internes. Or, la fusion interne est décidée à une majorité qualifiée. Contrairement au principe majoritaire, la règle de l'unanimité protectrice des droits des actionnaires est néanmoins très limitée en pratique.

509. Les difficultés pratiques de mise en œuvre de la règle de l'unanimité. La principale difficulté réside dans les modalités d'expression du consentement des actionnaires[787]. Selon un auteur, l'objectif de protection de la règle de l'unanimité justifie une expression individuelle et objective du consentement de l'actionnaire[788]. Ils doivent tous exprimer leur accord. C'est la raison pour laquelle les spécificités tenant au droit de vote doivent être écartées, puisque l'actionnaire donne son assentiment non pas par un vote en assemblée, mais en sa qualité d'actionnaire[789]. C'est ainsi que les titulaires d'actions sans droit de vote doivent être

---

783 Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. M. SOTOMAYOR « Nationalité des sociétés » : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 28-60 du 18 mars 2016 ; A. BOUGNOUX, Assemblée d'Actionnaires — Assemblées générales extraordinaires. — Limites des pouvoirs. Nullités : *JCL Société Traité*, Fasc. n° 140.30 du 15 mai 2013 ; M. NDIAYE MBAYE, Le transfert intracommunautaire du siège social dans l'espace OHADA : *Penant* n° 857, oct.-déc. 2006, pp. 416-432.
784 C. com., art. L. 225-97 ; M. COZIAN, A. VIANDIERet F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, *op. cit., n°* 274, p. 131.
785 C. CATHIARD, Transfert intracommunautaire de siège social, *op.cit.*
786 Dir. n° 2005/56/CE, art. 9, *op. cit.*
787 D. BERT et T. LAKHDARI, L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption, *op. cit.*
788 F. RIZZO, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, *RTD com.* 2000, p. 27.
789 D. BERT et T. LAKHDARI, *op. cit.*

appelés à donner leur approbation[790]. Il en est de même des actionnaires privés du droit de vote à titre de sanction ou du nu-propriétaire en sa qualité d'actionnaire[791]. En d'autres termes, le consentement de tous ceux qui ont la qualité d'actionnaire doit être recueilli, même s'ils n'exercent pas un droit de vote.

510. Une autre difficulté concerne l'obtention du consentement unanime des actionnaires. En effet, l'accord unanime de ces derniers paraît difficile, voire quasiment impossible à réaliser ou à obtenir dans les sociétés de taille importante, en raison de l'éclatement ou de la dispersion de l'actionnariat. Cette difficulté ne contribue pas à l'effectivité et à l'efficacité de la règle de l'unanimité.

511. Pour renforcer les droits des actionnaires, la jurisprudence confère à l'assemblée générale extraordinaire le pouvoir de modifier le projet de l'opération.

2) Le pouvoir de modifier le projet de l'opération

512. En droit OHADA, malheureusement, nous ne disposons pas de jurisprudence sur la question. Néanmoins, la solution dégagée par la jurisprudence française peut être appliquée dans cet ordre juridique. La prudence reste toutefois de mise en l'absence de décision. Sur cette question, la doctrine française est apparue divisée (a) avant qu'une décision récente de la Cour de cassation ne vienne donner une réponse précise (b).

a) Une doctrine française divisée

513. La doctrine s'est longtemps posé la question du pouvoir véritable de l'assemblée générale extraordinaire relatif au projet de l'opération. Cette dernière a-t-elle le pouvoir de modifier ce dernier ? Quelles sont exactement les prérogatives de l'assemblée générale extraordinaire ? La doctrine était partagée sur la question.

514. Pour un premier courant doctrinal, le projet de fusion et partant le rapport d'échange a un caractère définitif et non indicatif. Par conséquent, en l'absence d'approbation du projet par les actionnaires, c'est « *l'opération tout entière qui est sujette à révision* »[792]. En d'autres termes, l'assemblée générale extraordinaire ne peut pas modifier un projet de fusion ou, par extension, un projet d'apport partiel d'actif. Cette position s'expliquerait par le principe d'intangibilité de

[790] A. VIANDIER, Les actions de préférence : *JCP E* 2004, p. 1528, n° 21 s.
[791] D. BERT et T. LAKHDARI, *op. cit.*
[792] J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, t. 3, 1978, n° 879, p. 652.

l'ordre du jour prévu à l'article L. 225-105, alinéa 3 du Code de commerce dont les dispositions prévoient que « *l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour* ». En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation applique ce principe avec une extrême sévérité. Dans un arrêt de 2012, la Haute juridiction avait sans hésitation annulé la délibération d'une assemblée générale extraordinaire ayant voté une augmentation de capital social réservé aux salariés et décidé de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires, aux motifs que cette suppression n'avait pas été inscrite à l'ordre du jour de ladite assemblée[793].

515. En revanche, un second courant doctrinal considère, à la suite de l'AMF[794] (ex-COB) que l'assemblée générale extraordinaire peut modifier le projet de fusion tant sur les évaluations que sur la parité d'échange, à la seule condition que les assemblées générales de toutes les sociétés participant à l'opération adoptent la même modification. Cette dernière n'étant admise que pour prendre en compte les observations des commissaires à la fusion ou les faits nouveaux intervenus avant la date des réunions[795]. Cette position se justifie parce que l'assemblée générale extraordinaire demeure souveraine[796]. Cette solution doctrinale est plus en phase avec la protection des droits des actionnaires. C'est ce que confirme un arrêt de la Cour de cassation française.

b) La position de la Cour de cassation

516. La position de la Haute juridiction. Un arrêt récent de la haute juridiction tranche en faveur de la seconde thèse[797]. En l'espèce, les assemblées générales ont modifié le projet de fusion et particulièrement la valorisation des apports avant d'approuver l'opération. Mais certains actionnaires contestent cette modification et demandent alors la nullité de l'opération. La Cour de cassation rejette le pourvoi et admet que *« les assemblées générales des actionnaires des sociétés qui participent à l'opération de fusion peuvent, sans méconnaître les pouvoirs des organes sociaux ayant arrêté le projet de fusion, approuver la fusion après avoir modifié les conditions de l'opération, notamment pour tenir compte des observations du commissaire à la fusion »*[798]. La haute juridiction reconnaît explicitement

---

[793] Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11–17.256: *Bull. civ.* IV, n° 172 ; *D.* 2012. 2301, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2013. 158, note H. LE NABASQUE ; *BJS* 2012. 847, note R. MORTIER ; *Dr. sociétés*, 2013, comm. 5, note M. ROUSSILLE V. aussi, sur les conséquences pratiques à tirer de cet arrêt, ANSA, L'ordre du jour des Assemblées générales après l'arrêt du 25 sept. 2012, n° 12-063, déc. 2012.
[794] AMF (ex COB), Rapport annuel pour 1976, p. 31.
[795] A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento, op. cit.*, n° 83264.
[796] A. BONNASSE., Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*
[797] Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680: *D.* 2015. 2074, note X. DELPECH; *Dr. sociétés* déc. 2015, comm. 212, note crit. D. GALLOIS-COCHET ; *Rev. sociétés,* 2016, p. 159, note A. REYGROBELLET ; *JCP E* 20,161,037, note B. DONDERO.
[798] Ibidem.

à l'assemblée générale extraordinaire le pouvoir de modifier le projet dans toutes ses dispositions. Par conséquent, la décision de la Cour de cassation va plus loin que la seconde thèse. La solution ne dépend pas exclusivement du rapport des commissaires à la fusion, puisque la Cour de cassation emploie l'adverbe « *notamment »*[799]. C'est donc une décision au champ d'application très large. Cet arrêt redonne toute sa noblesse à l'assemblée des actionnaires et par conséquent, renforce leurs droits dans une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

517. Les demandeurs au pourvoi ont eu recours au droit de l'Union européenne, notamment à l'article 7, 3 de la directive 2011/35/UE sur les fusions de sociétés anonymes qui dispose que « *la décision [des assemblées générales des sociétés qui fusionnent] porte sur l'approbation du projet de fusion et, le cas échéant, sur les modifications des statuts que sa réalisation nécessite* ». Cet article est plus précis que l'article L. 236-2, alinéa 2 du Code de commerce dont les dispositions prévoient que « *les opérations sont décidées, pour chacune des sociétés concernées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts »* et que l'article L. 236-9, alinéa 1er du Code de commerce. L'article 7 de la directive semble exclure la possibilité de modifier le projet. Les assemblées devraient *a priori* se contenter d'approuver l'opération. Par conséquent, selon cet article, l'assemblée peut soit approuver le projet, soit le rejeter[800]. Mais l'article 7 de la directive dispose exactement que *« la fusion requiert au moins l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent »*. Autrement dit, le droit national d'un État membre peut prévoir une autre modalité en plus de l'approbation de la fusion, comme un pouvoir de modification[801]. Or, ce n'est pas la position prise par le législateur français comme le révèlent les articles précités.

518. Les limites de la décision de la Haute juridiction. La première limite concerne les droits des tiers en général et des créanciers sociaux en particulier. En effet, l'arrêt ne dit rien sur l'information de ces derniers. Comme étudié précédemment, le projet de l'opération doit faire l'objet d'un dépôt au greffe et d'une publicité pour informer les créanciers, afin qu'ils puissent exercer leur droit d'opposition[802]. Or, ces derniers exerceront leur droit d'opposition sur la base d'un document non définitif. Ainsi, un auteur se pose la question de savoir si les créanciers peuvent valablement apprécier l'opportunité de former opposition alors que le projet n'est pas définitif ou si la consultation du comité d'entreprise sur la base d'un document non définitif est compatible avec les obligations légales[803]. Un autre auteur répond que « *le projet de*

---

[799] B. DONDERO, note sous Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, *op. cit.*, D. GALLOIS-COCHET, note crit. sous Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, *op. cit.*
[800] D. GALLOIS-COCHET, note crit. sous Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, *op. cit.*
[801] B. DONDERO, note sous Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, *op. cit.*
[802] Sur l'ensemble de cette problématique, v. *supra* n° 384 et s.
[803] D. GALLOIS-COCHET, art. préc.

fusion n'est précisément […] qu'un projet »[804], mais toute la procédure de l'opération tourne autour de ce projet. Les droits des créanciers et des salariés ne sont pas protégés en cas de modification du projet de l'opération. *À* titre informatif, il serait souhaitable de réaliser une nouvelle publicité sur le site internet de la société et de publier un avis rectificatif dans le BODACC. Cette solution pose néanmoins, le problème des délais. Une autre solution serait que le législateur français entérine la jurisprudence de la Cour de cassation en reconnaissant un pouvoir de modification à l'assemblée générale. Il devrait par ailleurs, instaurer un régime de publicité pour le projet modifié. La nouvelle publicité pourrait avoir un régime allégé, comme un délai de quinze jours avant une nouvelle assemblée appelée à statuer sur le projet modifié.

519. La seconde limite est relative aux conséquences d'un désaccord entre les différentes assemblées générales des sociétés parties à l'opération. Cette décision est silencieuse sur cette problématique. Dans ce cas, les parties devraient revenir à la table des négociations pour trouver un accord. L'on constate ici que l'efficacité de la solution jurisprudentielle est subordonnée à l'accord de toutes les assemblées.

520. Dans le respect des règles précitées, l'assemblée générale de chaque société prend la décision sur l'une ou l'autre opération selon certaines modalités.

B) LES MODALITÉS DE PRISE DE LA DÉCISION

521. Les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif sont des opérations complexes en raison du chevauchement des procédures. Celles-ci obéissent à des modalités formelles (1), mais aussi à un régime de réalisation différent pour produire leurs effets (2) dans le but de protéger les actionnaires.

1) Les modalités formelles

522. Les législateurs français et OHADA ont mis en place des moyens pour améliorer la participation des actionnaires à la prise de décision au sein de la société de façon générale qui trouvent toute leur importance dans des opérations aussi complexes que la fusion et l'apport partiel d'actif. Il s'agit notamment du vote par correspondance[805]. On pense aussi à la visioconférence ou les moyens de communication qui permettent l'identification des

[804] B. DONDERO, art. préc.
[805] C. com., art. L. 225-107, I, al. 1er; AUSGIE, art. 133-1, al. 1er.

actionnaires[806]. Enfin, les actionnaires peuvent recourir à la représentation[807]. Nous ne traiterons pas de ces différentes modalités de vote dans notre thèse. Il ne sera analysé ici que la convocation (a) et l'ordre du jour de l'assemblée générale extraordinaire (b).

a) La convocation à l'assemblée générale extraordinaire

523. L'organe compétent. L'assemblée générale extraordinaire est normalement convoquée par les organes de gestion. Pour la S.A., il s'agit du Conseil d'administration, ou du directoire (propre au droit français) ou de l'Administrateur général (spécifique au droit OHADA)[808]. En pratique, en ce qui concerne la SAS, le pouvoir appartient au Président ou à toute personne désignée par les statuts[809]. À titre exceptionnel, l'assemblée générale extraordinaire peut être convoquée selon les cas, par d'autres personnes telles que le Conseil de surveillance (droit français), le commissaire aux comptes ou un mandataire *ad hoc*[810]. En effet, la jurisprudence française a déjà eu l'occasion de juger régulière la convocation de l'assemblée par le commissaire aux comptes en raison de l'urgence à décider de l'opération[811].

524. Le délai de la convocation. Ce délai a pour but de permettre aux actionnaires de prendre des dispositions afin d'être libres le jour de l'assemblée, mais surtout de leur permettre de s'informer et ainsi de bien se préparer à cette réunion. Le délai minimum de convocation est de quinze jours sur première convocation, avant l'assemblée appelée à statuer sur l'opération[812]. Il est abaissé à dix jours en droit français[813] et de six jours au moins en droit OHADA[814] sur la convocation suivante. En plus du délai de convocation, les clauses statutaires doivent organiser les règles de convocation[815] sous réserve des règles impératives.

525. Les formes de la convocation. Le droit français et OHADA des fusions ne prévoient pas la forme de la convocation des actionnaires à l'assemblée générale extraordinaire appelés à statuer sur l'opération. Les règles applicables sont celles qui sont prévues pour toute

---

[806] C. com., art. L. 225-103-1. Cet article créé par l'article 3 de l'Ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, publiées au JO du 5 mai, autorise les sociétés par actions non cotées à prévoir la tenue des assemblées générales par recours exclusif aux moyens de visioconférence ou de télécommunication. Toutefois, les actionnaires peuvent demander dans certaines conditions, la convocation d'une assemblée générale physique. AUSGIE, art. 133-2, al. 1er.
[807] C. com., art. L. 225-106, AUSGIE, art. 538, al. 1er.
[808] C. com.., art. L. 225-103; AUSGIE art. 516.
[809] C. com.., art. L. 227-1, al. 3, AUSGIE, art. 853-3.
[810] C. com., art. L. 225-103; AUSGIE art. 516.
[811] Cass. com. 9 juin 1969: *D.* 1970. 106, note A. PIROVANO.
[812] C. com., art. R. 225-69, AUSGIE, art. 518, al. 5.
[813] C. com., art. R. 225-69.
[814] AUSGIE, art. 518, al. 5.
[815] C. com., art. R. 225-62, AUSGIE, art. 518, al. 1er.

assemblée par le droit des sociétés. Pour renforcer la participation des actionnaires à l'assemblée générale, à l'instar des sociétés cotées, les textes prévoient différentes formes de convocation dans les sociétés non cotées. D'une part, celle-ci est faite par l'insertion d'un avis de convocation dans un journal d'annonces légales[816]. D'autre part, si toutes les actions sont nominatives, la convocation peut être faite par l'envoi d'une lettre recommandée ou une lettre simple (droit français)[817] ou encore une lettre au porteur contre récépissé (droit OHADA)[818]. Par souci de rapidité et de sécurité, la convocation peut être faite par un moyen électronique de télécommunication (courrier électronique ou télécopie)[819].

526. En droit français, la convocation doit préciser les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance et les lieux et les conditions dans lesquelles ils peuvent obtenir les formulaires nécessaires et les documents qui y sont annexés et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressées les questions écrites[820]. Par ailleurs, par souci d'information des actionnaires, elle doit contenir des mentions permettant l'identification de la société, mais aussi la nature de l'assemblée générale et son ordre du jour[821].

b) L'ordre du jour de chaque assemblée générale extraordinaire

527. Le régime. L'ordre du jour est défini comme « *la liste fixée à l'avance des questions qu'une assemblée délibérante aura à examiner au cours d'une séance, suivant le rang dans lequel elles ont été inscrites* »[822]. Il est en principe établi par l'auteur de la convocation des actionnaires à l'assemblée générale extraordinaire[823]. Pour renforcer leur information, le droit français prévoit que l'ordre du jour doit être explicite et intelligible pour qu'ils puissent se prononcer en connaissance de cause, sauf exception des sujets de « *minime importance* »[824], prévus par exemple par la clause relative aux « *questions diverses* ».

528. Dans l'optique d'améliorer la participation des actionnaires à l'assemblée, les textes prévoient la possibilité pour ces derniers dans le respect de certaines conditions de requérir l'inscription des projets ou points de résolution[825]. Ces conditions sont relatives à la détention

---

816 C. com., art. R. 225-67, al. 1er; AUSGIE, art. 518, al. 2.
817 C. com., art. R. 225-67, al. 2 lecture combine avec l'article R. 225-68, al. 1er.
818 AUSGIE, art. 518, al. 3.
819 C. com., art. R. 225-67, al. 2 lecture combinée avec l'article R. 225-63; AUSGIE, 518, al. 3.
820 C. com., art. R. 225-66, al. 2.
821 C. com., art. R. 225-66, al. 1er ; AUSGIE, art. 518, al. 4 et 519 al. 1er et 2.
822 G. CORNU, *Vocabuaire juridique*, *op. cit.*, V° Ordre, p. 716.
823 C. com., art. L. 225-105, al. 1er; AUSGIE, art. 520, al. 1er.
824 C. com., art. R. 225-66, al. 2 ; V. aussi CA Paris 12 nov. 2009 n° 08-22448, ch. 5-9, Caisse de prévoyance des agents de la sécurité sociale et assimilés (Capssa) c/ Tsatsaris : *RJDA* 5/2010, n° 517.
825 C. com., art. L. 222-105, al. 2 lecture combinée avec l'article R. 225-71 ; AUSGIE, art. 520, al. 3.

par l'actionnaire de 5 % du capital social, qui est dégressif en fonction de celui-ci[826]. De plus, le demandeur doit motiver sa requête[827], ce qui limite fortement cette prérogative.

529. Pour assurer l'efficacité de la réunion de l'assemblée générale, l'ordre du jour est encadré par le principe d'intangibilité. En effet, les articles L. 225-105, alinéa 3 du Code de commerce et 522, de l'Acte uniforme, l'assemblée ne peut en principe délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour, sauf exception[828].

530. En cas de fusion ou d'apport partiel d'actif, l'ordre du jour est spécifique à chaque société.

531. L'ordre du jour de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. L'Assemblée générale extraordinaire, après avoir pris connaissance du projet de fusion, du rapport des dirigeants et des rapports du commissaire à la fusion le cas échéant, statue sur le projet de fusion, sur l'augmentation du capital social et l'attribution des actions, la constatation de la réalisation définitive de l'opération, la modification des statuts et les pouvoirs en vue des formalités[829].

532. Depuis, la loi « Madelin »[830], l'assemblée générale de la société absorbante ne peut plus approuver la valeur de l'apport. En effet, l'article 15 de cette loi a abrogé l'article 378 de la loi du 24 juillet 1966, qui prévoyait que *« l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante statue sur l'approbation des apports en nature, conformément aux dispositions de l'article 193 »*. Ainsi, si la société absorbée possède aussi la qualité d'actionnaire de la société absorbante, elle peut valablement approuver l'opération. En d'autres termes, en cas de fusion, l'apporteur n'est pas tenu de s'abstenir de voter l'opération[831].

533. Contrairement au droit français, le droit OHADA a maintenu le principe qui prévalait avant la loi « *Madelin* ». Cette obligation est prévue à l'article 675 de l'Acte uniforme. En effet, cet article renvoie aux articles 619 et suivants de l'Acte uniforme relatif à l'apport en nature. Ainsi, l'assemblée générale extraordinaire doit statuer spécifiquement sur les apports en

---

826 *Ibidem.*

827 C. com., art. R. 225-71, al. 3 ; AUSGIE, art. 520, 5°.

828 Conformément à ces articles, les exceptions sont relatives à la révocation des membres d'un organe collégial et à leur remplacement. En droit OHADA, cette exception concerne aussi l'administrateur général ou son adjoint ; V.sur le pouvoir de modification du projet de l'opération par l'AGE, v. *supra* n° 528 et s.

829 M.-L. COQUELET et C. BARRILLON. Fusion, scission, *op. cit.*

830 Loi n° 94-126 du 11 fév. 1994, *op. cit.*

831 ANSA, Procédures des opérations de *Fusion, scission* et apport partiel d'actif après la loi « Madelin » du 11 fév. 1994 : mai-juin 1994, n° 2708 ; B. CAILLAUD et A. BONNASSE, Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes : *BJS* 1994, p. 733 ; J.-P. BOUÈRE, La loi Madelin et le droit des fusions Le législateur sait-il ce qu'il a voulu ? *BJS* 1994, p. 744 ; Rép. min. à Quest. écrite n° 20598 : *JOAN* Q 30 janv. 1995, p. 595.

nature. Si la société absorbée est aussi actionnaire de la société absorbante, elle ne peut pas participer au vote. Dans cet ordre juridique, il existe donc deux procédures distinctes, une relative à la valeur des apports et l'autre relative à l'approbation de la fusion proprement dite. Mais c'est une seule assemblée générale qui statue avec une résolution sur les apports en nature et une autre sur l'opération de fusion. De fait, la neutralité des voix ou des droits de vote de la société absorbée ne concernera que la résolution relative à l'apport en nature. Cette procédure rend plus difficile la réalisation de l'opération en droit OHADA, d'autant plus que la nomination d'un commissaire aux apports se fait à l'unanimité des actionnaires ou à défaut par la juridiction compétente sur requête des organes de gestion[832].

534. L'ordre du jour de l'assemblée générale de l'absorbée. L'ordre du jour de l'assemblée générale de la société absorbée est relatif à la lecture des rapports des dirigeants et des commissaires à la fusion, le cas échéant, aux apports, et des documents relatifs aux trois derniers exercices. Ensuite, il concerne l'approbation de l'opération, la dissolution anticipée sans liquidation de la société absorbée et le constat de la réalisation du projet, donc de la transmission universelle du patrimoine à la société absorbante. Enfin, cette liste prévoit aussi la question de la répartition des actions de cette dernière aux actionnaires, des questions diverses et des pouvoirs pour l'accomplissement des formalités.

535. L'ordre du jour en cas de fusion transfrontalière en droit français. L'assemblée de chaque société partie à l'opération délibère sur un ordre du jour très large. Il s'agit notamment des différents rapports mis à disposition et de l'approbation du projet de fusion transfrontalière. Ensuite, elle doit se prononcer sur le régime de participation des salariés. Par conséquent, celle-ci peut subordonner la réalisation de l'opération à son approbation des modalités décidées pour la participation des salariés dans la société issue de la fusion transfrontalière[833]. En outre, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 236-28 du Code de commerce, les actionnaires se prononcent par une résolution spéciale sur la possibilité de mise en œuvre des procédures d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des actionnaires minoritaires, lorsque cette possibilité est offerte aux actionnaires de l'une des sociétés participant à la fusion par la législation qui lui est applicable. La décision prise en application de ces procédures lie la société issue de la fusion[834]. Une plus grande vigilance est alors requise de la part des organes de gestion. Une telle résolution devrait être intégrée aux pourparlers de l'opération, surtout pour la société dont le droit ne prévoit pas une telle procédure, à savoir par

[832] AUSGIE, art. 619 sur renvoi de l'article 675.
[833] C. com.., art. L. 236-28.
[834] C. com., art. L. 236-28, al. 2.

exemple, une société française. L'originalité aurait été de prévoir une telle procédure indépendamment de la loi applicable, pour renforcer la protection des actionnaires minoritaires. Enfin, pour le reste, la société absorbante a un ordre du jour identique à une fusion interne selon la pratique et le droit national. Il en est de même de la société absorbée. Par conséquent, dans le cadre d'une opération avec une société française, selon qu'elle est la bénéficiaire ou celle qui disparaît, l'ordre du jour sera identique à celui précédemment étudié selon les cas.

536. L'ordre du jour pour un apport partiel d'actif. Pour l'apport partiel d'actif, l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire délibère notamment sur l'ordre du jour relatif au contrat d'apport partiel d'actif et l'augmentation corrélative du capital social ; l'évaluation des apports en nature, et éventuellement, des avantages particuliers et enfin sur la modification des statuts[835]. Précisons que concernant l'évaluation des apports en nature et les éventuels avantages particuliers, l'approbation doit se faire aux termes des articles L. 225-147 du Code de commerce et 619 et suivants de l'Acte uniforme. Par conséquent, si la société apporteuse détient des droits sociaux dans la société bénéficiaire, elle ne pourra pas exercer son droit de vote concernant la résolution précitée. *A contrario*, l'assemblée générale extraordinaire de la société apporteuse statue sur le traité d'apport partiel d'actif soumis au régime de la scission, la transmission universelle de la branche d'activité objet de l'apport et enfin, la modification des statuts. Néanmoins, les deux assemblées constatent lors de la délibération la réalisation de l'opération.

2) La réalisation de l'opération

537. La réalisation de l'opération renvoie à la date d'effet de l'opération. Parler d'effet de la fusion ou de l'apport partiel d'actif revient à analyser les conséquences de l'une ou l'autre opération sur les sociétés, sur les actionnaires et sur les créanciers. La question fondamentale est donc de déterminer le moment de l'union entre les deux sociétés et par conséquent, pour la fusion, de la transmission universelle du patrimoine et pour l'apport partiel d'actif, du transfert de la branche d'activité à la société bénéficiaire. En d'autres termes, du moment où se confondent leurs actifs et passifs, leurs associés, leurs dirigeants et enfin, de l'effet substitutif à l'égard des créanciers. S'agissant des actionnaires, la date de prise d'effet de la fusion est celle de l'assemblée générale extraordinaire. Toutefois, ce principe souffre d'un tempérament (a). En ce

[835] M.-L. COQUELET, Apport partiel d'actif, Joly éditions, mise à jour en 2016.

qui concerne les créanciers, la date d'effet est celle des inscriptions modificatives au registre du commerce (b).

a) La date d'effet de l'opération à l'égard des actionnaires

538. S'agissant des associés, sur cette question, il y a un principe et un tempérament.

539. Le principe. Aux termes des articles L. 236-4 du Code de commerce et 192-2° de l'Acte uniforme, en cas de fusion-absorption ou d'apport partiel d'actif, l'opération *« prend effet à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération […] »*. Par exemple, si l'assemblée de la société absorbée statue sur l'opération le 16 juin 2016 et celle de l'absorbante, le 18 juin 2016, la fusion sera réalisée à cette date[836]. C'est à partir de ce moment que le rapprochement produit tous ses effets à condition que la publicité soit ensuite respectée. C'est aussi à cette date que les actionnaires de la société absorbée deviennent « *officiellement* » ceux de la société absorbante[837].

540. En ce qui concerne la fusion transfrontalière, selon l'article L. 236-31-2° du Code de commerce, la fusion-absorption prend effet selon les prévisions du contrat. C'est donc la liberté contractuelle qui prévaut en la matière. Mais, cet article pose comme limite que l'opération ne peut pas prendre effet avant l'issue du contrôle de légalité[838]. Toutefois, il est toujours possible de prévoir une clause ayant pour objectif de traiter comptablement et fiscalement le résultat de la société dissoute pendant la période intercalaire allant de la date d'arrêté des comptes jusqu'à la date de réalisation (prise d'effet juridique) de l'opération[839]. Cette clause est communément appelée la clause de rétroactivité.

541. La clause de rétroactivité. Elle se définit comme la stipulation par laquelle les parties à une opération de fusion entendent reporter les effets de celle-ci à une date antérieure à celle de son approbation[840]. Le droit français et OHADA offrent aux parties à une fusion-absorption la possibilité de reporter dans le traité la date de la prise d'effet de l'opération. En effet, aux termes des articles précités, *« dans les autres cas, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine »*. C'est donc une

---

836 Exemple cité par M. COZIAN, A. VIANDIERet F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés, op. cit., n°* 1780, p. 745.
837 V. échange de titres *infra* n° 768 et s.
838 Sur le contrôle de légalité, v. *infra* n° 662.
839 C. CATHIARD, A.-S. POIRIER, Fusion transfrontalière : *Rép. droit des sociétés*, oct. 2010, dernière actualisation oct. 2013, n° 137.
840 *Ibidem*., n° 1781, p. 746.

double condition prévue par cet article. En pratique, cette période dite intercalaire s'étend souvent du 1er janvier au 31 décembre pour les sociétés dont la clôture de l'exercice intervient au 31 décembre. Dans l'exemple précité, la clause de rétroactivité dans le projet de fusion reportera celle-ci au 1er janvier 2016. Dans tous les projets de rapprochements analysés par nos soins, une clause de rétroactivité a été systématiquement insérée dans le contrat.

542. En doctrine, plusieurs questions se sont posées sur l'étendue de cette clause, à savoir si elle est restreinte ou limitée. La première est de savoir si la date de prise d'effet effective de l'opération est fixée à la date de rétroactivité, dans l'exemple précité, au 1re janvier, ou à celle de la dernière assemblée générale appelée à statuer sur l'opération. La seconde qui est une conséquence de la première est relative à un effet exclusivement comptable et fiscal de la clause de rétroactivité.

543. Une partie de la doctrine défend la thèse d'une rétroactivité restreinte[841]. En effet, suite aux modifications introduites par loi du 5 janvier 1988, s'est posé la question du sens des mots la fusion «*prend effet*». Deux lectures ont été envisagées. La première voit dans la prise d'effet le transfert de propriété tandis qu'une deuxième ne voit dans la prise d'effet que le transfert de jouissance de biens[842]. Cette dernière lecture est celle défendue par M. BOUÈRE qui considère qu'« *il ne peut y avoir d'effet rétroactif (ou différé) qu'en ce qui concerne la jouissance, bien que le mot ne soit pas utilisé* »[843]. Cette position est aussi celle de l'ANSA, qui réduit la rétroactivité à une simple utilité pratique et comptable[844]. La possibilité de prévoir conventionnellement le report de la date de réalisation de l'opération doit donc s'analyser à la lumière du principe selon lequel la transmission universelle du patrimoine est faite à la date de la réalisation définitive de l'opération. Or, en pratique, elle intervient à la date de la dernière assemblée générale approuvant l'opération. De plus, les dispositions de l'article R. 236-1, 4° du Code de commerce militent en faveur de l'interprétation précitée. En effet, cet article dispose que *« le projet de fusion ou de scission […] contient les indications suivantes : […] la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports »*. Cet article conforte donc l'idée selon laquelle la rétroactivité ne concerne que les effets comptables de l'opération par l'emploi des mots « *du point de vue comptable*».

---

841 J.-P. BOUÈRE, Fusions et scissions — Le problème des résultats intercalaires : *JCP E* 1992, I, 163 ; du même auteur, Fusions et scissions — Encore des pertes intercalaires ? : *JCP E* 1993, I, 258.
842 A. COURET, note sous Cass. com., 23 mars 1999, *op. cit.*
843 J.-P. BOUÈRE, *op. cit.*
844 V. note ANSA n° 2744 : comité juridique du 5 oct. 1994, n° 310.

544. La clause de rétroactivité connaît un énorme succès en pratique en raison notamment, des avantages tant sur le plan comptable que fiscal qu'elle procure aux sociétés parties à l'opération. En ce qui concerne son intérêt comptable, il s'agit surtout de l'évaluation des sociétés, l'évaluation des valeurs en fonction des pertes ou des bénéfices réalisés pendant ladite période[845]. En d'autres termes, la rétroactivité suppose que toutes les écritures comptables de la société absorbée, de la période dite intercalaire, soient enregistrées dans les comptes de la société absorbante, puisque le Code de commerce impose que « *le projet de fusion ou de scission […] contient les indications suivantes : […] la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports* »[846]. De plus, ce transfert n'obéit pas à un certain formalisme, car pour la Chancellerie, la clause de rétroactivité rend inutile une approbation par les actionnaires de la société absorbée de comptes arrêtés postérieurement à la date de prise d'effet[847]. Ainsi, un auteur a parfaitement résumé cet avantage, en ces termes : « *l'insertion d'une clause de rétroactivité dans une convention de fusion présente en effet d'incontestables vertus. Ainsi, lors de la fusion, les associés de la (ou des) société (s) absorbée (s) ont vocation à devenir associés de la société absorbante. Ces associés vont recevoir, en échange des titres qu'ils possédaient, des actions ou parts de la société absorbante. Or, la base de l'échange, la parité, est naturellement fonction de la valeur respective des sociétés en présence. Ces valeurs et cette parité ne sont généralement déterminables qu'après de longues négociations et tractations entre sociétés. Or, pendant cette période de négociations, les entreprises ne cessent pas pour autant leur activité ; il en résulte que les valeurs respectives des entreprises évoluent. Par voie de conséquence, les évaluations retenues à l'origine ont perdu leur raison d'être, car elles ne correspondent plus à la situation réelle des entreprises. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait pratiquer une révision constante de l'évaluation des sociétés qui fusionnent. On le conçoit sans peine, une telle solution ne peut résister à l'épreuve des faits. Aussi, les sociétés conviennent-elles le plus souvent d'une date qui servira de référence commune pour l'évaluation des entreprises et la détermination de la parité. Quand bien même la fusion ne serait terminée que plusieurs mois après, elle produira ses effets à partir de la date initialement convenue. La fusion est ainsi assortie d'une clause de rétroactivité* »[848].

545. S'agissant de l'avantage fiscal de la clause de rétroactivité, elle permet l'imputation des pertes intercalaires de la société absorbée sur les bénéfices de la société absorbante[849]. En effet, cette dernière peut englober dans ses résultats les bénéfices et les pertes de celle-ci pendant la période intercalaire et non ceux de l'exercice antérieur à la réalisation définitive de l'opération,

---

[845] N. MORELLI, article préc. ; S. SCHILLER, La rétroactivité des fusions : *JCP E*, 2013, 1513.
[846] C. com., art. R. 236-1, 4°, sur le contenu du projet de fusion, v. *supra* n° 189 et s.
[847] Rép. Min. n° 23088 : *JOAN Q*, 26 nov. 1975, p. 8951.
[848] A. COURET in note sous Cass. com., 23 mars 1999, n° 702 P, SA L'Étoile commerciale c/SA Fideicomi : *JCP E*, 1999, p. 1012.
[849] N. MORELLI, article préc. ; S. SCHILLER, La rétroactivité des fusions, *op. cit.*

comme le rappellent à juste titre des décisions du Conseil d'État[850]. On voit là tout l'intérêt pour l'absorbante, d'autant plus qu'en pratique, l'opération de fusion intervient souvent entre les sociétés du même groupe, celle-ci étant souvent l'actionnaire majoritaire de l'absorbée.

546. Pour l'apport partiel d'actif, il est désormais admis que cette opération peut avoir un effet rétroactif[851]. En droit français, cette interprétation est renforcée depuis l'insertion dans le Code de commerce de l'article L. 236-6-1 qui renvoie expressément à l'article L. 236-4 du Code de commerce. En droit OHADA, cette position résulte des termes de l'article 195 qui soumet chaque apport partiel d'actif au régime applicable aux scissions sans distinction. S'agissant de cette opération, le résultat intercalaire est un supplément d'apport qui fait partie du capital transféré[852]. En raison de la survivance de la société apporteuse, les pertes intercalaires sont prises en compte par l'une ou l'autre société et l'on pourrait aussi étendre la garantie prévue à l'article 1843-3 du Code civil auxdites pertes. Par conséquent, l'apporteur serait tenu envers la société bénéficiaire des pertes de la période intercalaire[853].

547. Par ailleurs, se pose la question de la portée juridique de cette clause à l'égard des tiers[854], au même titre que la publicité post-réalisation de l'opération. Elle doit être respectée dans tous les cas.

b) La date d'effet à l'égard des créanciers

548. Les inscriptions modificatives. Les publicités précédemment étudiées concernent l'information des actionnaires et des créanciers avant la réalisation de l'opération, afin qu'ils puissent exercer leur droit préalable à toute opération de fusion ou d'apport partiel d'actif[855]. En revanche, les inscriptions modificatives tendent à informer ceux-ci de la réalisation de l'opération[856]. Pour la société absorbante, il s'agit d'informer les créanciers de l'augmentation de son capital qui est une conséquence de l'opération. Il en est de même de la société bénéficiaire d'un apport[857]. S'agissant de la société absorbée, elle avertit ceux-ci de sa dissolution[858]. Elle doit accomplir les formalités spécifiques à cette dernière, notamment l'insertion d'un avis dans un

---

850 CE, 26 mai 1993 : *RJF* 7/93 n° 982 ; CE, 16 mai 1993 : *RJF* 7/93, n° 983 ;
851 *Bull. CNCC* n° 77 mars 1990, p. 109 ; *Bull. CNCC* n° 84 déc.1991, p. 558, *Bull. CNCC* n° 98, juin 1995, p. 204 ; ANSA n° 2552, mai-juin 1991, p. 3.
852 J.-P. BOUERE, Fusions et scissions-Le problème des résultats intercalaires, *JCP* E 1992, I, 163.
853 *Ibid.*
854 Nous analyserons cette problématique dans la rubrique relative à la caution, v. *infra* n° 1022 et s.
855 V. *supra* n° 318 et s.
856 C. com., art. R. 123-69, 3°, R. 123-70, lecture combinée avec R. 123-66 et R. 236-4 ; AUDCG, art. 52, al. 1er et 58, al. 1er.
857 C. com., art. R. 123-69, 3°; AUDCG, art. 52.
858 C. com., art. R. 123-70; AUDCG, art. 58, al. 1er.

journal d'annonces légales, dépôt au greffe du tribunal de commerce des procès-verbaux des assemblées générales relatifs à la dissolution et d'une copie de la déclaration de conformité et une insertion au BODACC (spécifique au droit français)[859].

549. Par ailleurs, en droit français, dans le cadre d'une fusion transfrontalière, ces publicités doivent aussi être réalisées par la société immatriculée en France, conformément à l'article 13 de la directive 2005/56 sur les fusions transfrontalières, qui renvoie à la législation nationale de chaque société partie à l'opération.

550. Ces différentes publicités doivent intervenir dans un délai d'un mois à compter de l'assemblée générale extraordinaire, au greffe du tribunal du siège social de chaque société partie à l'opération[860]. Ces formalités ont une importance capitale pour la sécurité juridique de la fusion ou de l'apport partiel d'actif, mais aussi pour la protection des droits des actionnaires et des créanciers. En effet, faute d'inscription modificative, l'opération est inopposable à ces derniers. C'est à compter de cette inscription au registre du commerce que l'opération est opposable aux créanciers, c'est-à-dire qu'elle produit ses effets à leur égard. Autrement dit, c'est à compter de cette formalité qu'il y a substitution dans la personne du débiteur dans sa relation avec le créancier. Ainsi, dans la fusion, la société absorbante remplace la société absorbée débitrice[861] et dans l'apport partiel d'actif, la société bénéficiaire se substitue à la société apporteuse s'agissant des dettes de la branche d'activité transmise[862] dans leur rapport au créancier.

551. L'opposabilité aux créanciers. L'inopposabilité de l'opération en l'absence d'inscription modificative se manifeste par le fait que le créancier peut prétendre que la société absorbée n'a pas été dissoute, dans le but de ne pas supporter la concurrence des créanciers de l'absorbante sur les biens de son débiteur. Les conséquences de celle-ci sont identiques à celle résultant du non-respect de la décision judiciaire ordonnant la constitution des garanties ou le remboursement en cas d'opposition[863]. On constate là toute l'importance de cette formalité. Ainsi, un auteur s'est même demandé si la date à prendre en compte de la réalisation de l'opération n'était pas celle de la radiation au RCS[864]. En effet, dans un arrêt du 31 mars 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation décide qu'« *en cas de fusion-absorption, la dissolution*

---

[859] M. COZIAN, A. VIANDIERet F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés, op. cit. n°* 609, p. 282 ; J.-M. MOULIN note sous Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10120, F–D, Sté Kavinag c/Sté financière Antilles Guyane (Sofiag) : *Rev. sociétés*, 2016, p. 29 ; AUSGIE, art. 202.
[860] C. com., R. 123-66; AUDCG, art. 58, al. 1er. Pour ce dernier acte, l'article 52, alinéa 1er, prévoit un délai de trente jours pour les inscriptions modificatives générales.
[861] V. *infra* n° 948.
[862] V. *infra* n° 985 et s.
[863] V. *supra* n°444 et s.
[864] A. COURET, note sous 23 mars 1999, *op. cit.*

de la société absorbée n'est opposable aux tiers que par sa mention au registre du commerce et des sociétés avec l'indication de sa cause, ainsi que celle de la raison sociale ou dénomination, de la forme juridique et du siège des personnes morales ayant participé à l'opération »[865]. Il a aussi été jugé que sur cette question la clause de rétroactivité était sans incidence[866]. Ce n'est donc pas à la date de l'assemblée générale approuvant l'opération et encore moins à la date de prise d'effet prévue par une clause de rétroactivité que l'opération est opposable, mais bien à l'inscription modificative au registre du commerce qu'elle produit ses effets à l'égard des créanciers sociaux. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 31 mars 2015, la demanderesse au pourvoi reprochait aux juges du fond de n'avoir pas vérifié que les formalités de publicité avaient été effectuées pour rendre opposable à son égard l'opération de fusion. C'est cet argument qui justifie la cassation de la décision par la Haute juridiction. L'on sait que ce formalisme a pour but non seulement de sécuriser l'opération, mais également de protéger les créanciers. Cette publicité permet d'informer ces derniers que, en raison de la fusion ou de l'apport partiel d'actif, leur partenaire économique a changé.

552. Quant à l'opposabilité de la dissolution, les articles L. 123-9, alinéa 1er du Code de commerce et 61, alinéa 1er, de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, disposent que « *la personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre* ». De plus, les articles L. 237-2, alinéa 3 du même Code et 201, alinéa 1er de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales précisent que *« la dissolution de la société n'a d'effet à l'égard des tiers qu'à compter de sa publication au registre du commerce »*. Il résulte de ce qui précède que l'existence des formalités spécifiques à l'opération de fusion et d'apport partiel d'actif n'est pas exclusive de celles spécifiques à la dissolution[867]. Par conséquent, une attention particulière doit être donnée à ces différentes formalités par souci de protection des créanciers. Il en est de même dans une opération simplifiée après la consultation éventuelle des actionnaires.

---

[865] Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10120, F–D, Sté Kavinag c/Sté financière Antilles Guyane (Sofiag) : *Rev. sociétés* 2016, p. 29, note J.-M. MOULIN.
[866] Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19.222 : *Dr. sociétés,* 2011, comm.189, note R. MORTIER.
R. MORTIER, La dissolution d'une société absorbée est opposable aux tiers à la date de sa publication, note sous Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19.222, *op.cit.*
[867] J.-M. MOULIN note sous Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10120, *op. cit.*

§2 — La problématique de la consultation et les opérations simplifiées

553. Le régime de la consultation précédemment étudié concerne les fusions ou apports partiels d'actifs internes ou internationaux. Dans les opérations dites simplifiées, la problématique est très différente. En effet, la question de la consultation pour l'opération simplifiée dans laquelle la bénéficiaire détient 100 % du capital (A) se différencie de celle relative à l'opération simplifiée dans laquelle la société bénéficiaire détient 90 % (B).

A) L'OPÉRATION SIMPLIFIÉE DANS LAQUELLE LA SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE DÉTIENT 100 % DU CAPITAL

554. Dans l'opération de fusion simplifiée, l'absence de consultation se justifie (1) ce qui n'est pas le cas de l'opération d'apport partiel d'actif (2).

1) Une absence justifiable pour l'opération de fusion

555. Nous présenterons les fondements de cette absence (a) avant d'analyser le régime de protection des actionnaires minoritaires (b).

a) Les fondements

556. En droit OHADA. Dans cet ordre juridique, seule l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée n'est pas tenue d'approuver l'opération. En revanche, celle de l'absorbante doit toujours approuver le projet[868]. Le législateur OHADA a ainsi pris en compte la présence des minoritaires dans la société absorbante.

557. En droit français. Aux termes de l'article L. 236-11, alinéa 1er du Code de commerce, « *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 pas lieu à l'approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération […]* ». Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi

[868] AUSGIE, art. 676.

du 17 mai 2011[869], l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbante statuait sur l'opération tandis que celle de l'absorbée ne statuait pas sur cette opération. Il convient de présenter successivement le cas de cette dernière et celui de l'absorbante.

558. En ce qui concerne, la société absorbée, l'absence d'approbation de l'opération par son assemblée générale extraordinaire se justifie au regard de la particularité de celle-ci. En effet, la société absorbante constitue son unique actionnaire, appelée aussi la « *mère* ». Par conséquent, l'issue favorable de cette assemblée est sans ambiguïté. En pratique, cette forme d'opération demeure la plus courante dans les groupes de sociétés. Or, la « *mère* » dans un groupe de sociétés décide souvent de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, parce que ces opérations correspondent à des orientations stratégiques du groupe. Par conséquent, la société absorbante ou la « *mère* » actionnaire unique de l'autre société ne saurait approuver une opération qu'elle a préalablement décidée. Comment ne pas soutenir avec une partie de la doctrine qu'« *il ne s'agit plus vraiment de fusionner deux structures juridiques autonomes* »[870], mais de « *donner une nouvelle configuration à un ensemble unique* »[871]. En revanche, tel n'est pas le cas dans la société absorbante. En effet, les actionnaires minoritaires de celle-ci doivent pouvoir donner leur avis sur l'opération de fusion, fut-elle simplifiée, parce qu'elle reçoit le passif de l'absorbée et celui-ci peut être important. De plus, l'actif net peut être négatif. Dans ce cas, comment justifier l'absence d'approbation de l'opération par son assemblée générale extraordinaire ? Cette absence s'expliquerait peut-être par la volonté du législateur français de simplifier le plus possible le régime des fusions. Or, cette simplification n'a pas tenu compte des problèmes pratiques posés par cette suppression. En effet, le défaut d'approbation de l'opération crée des difficultés dans l'établissement du calendrier de l'opération. Pour résoudre celles-ci, les praticiens convoquent systématiquement une assemblée générale extraordinaire dans les deux sociétés. Cette pratique devrait être généralisée pour assurer la protection des actionnaires minoritaires.

559. Au regard de ce qui précède, la fusion simplifiée devient une simple opération de gestion, parce que sa réalisation dépend désormais de la décision des dirigeants. Par conséquent, cette opération peut donc être soumise à l'expertise de gestion prévue à l'article L. 223-37 du Code de commerce comme précédemment développé[872]. Néanmoins, un régime de protection des actionnaires est prévu par les textes.

---

[869] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : *JORF* n° 0115 du 18 mai 2011 page 8537 texte n° 1, art. 64.
[870] B. SAINTOURENS et P. EMY, Simplification et amélioration de la qualité du droit après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *op. cit.* spéc. n° 21.
[871] Ibidem.
[872] Cf. *supra* n° 233 et s.

b) La protection des actionnaires minoritaires en droit français

560. Le droit d'obtenir la désignation d'un mandataire judiciaire aux fins de convocation de l'assemblée. Pour pallier l'absence de l'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante, l'alinéa 2 de l'article L. 236-11 du Code de commerce prévoit que « *toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion* ». En la matière, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation[873]. Si la condition de détention du capital social est remplie, celui-ci est tenu de désigner un mandataire[874]. En d'autres termes, les actionnaires n'ont pas à justifier d'un intérêt légitime. C'est une différence fondamentale avec l'opération de dissolution-confusion soumise à l'article 1844-5 du Code civil. En effet, cette opération se réalise par la déclaration de l'actionnaire unique, elle ne dépend donc pas d'une approbation de l'assemblée générale extraordinaire[875]. Cependant, lorsqu'un actionnaire de l'actionnaire unique use du droit prévu à l'article L. 225-103 du Code de commerce dont les dispositions prévoient que *« l'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas […] par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120* », il ne dispose pas du droit d'obtenir la désignation du mandataire. La juridiction des référés a le pouvoir d'apprécier, si la demande tend à « *des fins légitimes conformes à l'intérêt social et non à la satisfaction de fins propres aux demandeurs »*[876].

561. Les limites. Ce droit est certes protecteur des actionnaires, mais il apparaît manifestement limité. L'absence de réflexion sur le texte conduit à son ineffectivité et par extension, à son inefficacité[877]. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 236-11 du Code de commerce précité ne précise pas les conditions d'exercice de celui-ci. Premièrement, la loi n'organise pas une information spécifique des actionnaires sur l'existence du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif[878]. Par conséquent, ils seront, comme les autres actionnaires, informés selon les

---

[873] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, La réforme du droit commun des fusions, in La réforme des fusions et scissions de sociétés : *BJS* 2012, p. 262 et s.
[874] B. SAINTOURENS et P. EMY, Simplification et amélioration de la qualité du droit, *op. cit.*, H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, La réforme du droit commun des fusions, *op. cit.*
[875] Ibidem.
[876] CA Colmar, 24 sept. 1975 : *D.*1976, p. 348, note Y. GUYON. Cette décision a été confirmée par CA Paris, 15 mars 1990 : *Dr. sociétés,* 1990, comm. n° 131.
[877] A. BONNASSE., Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*
[878] M.-L. COQUELET, Apport partiel d'actif, *op. cit.*

dispositions générales des articles L. 236-6, R. 236-2 et R. 236-3 du Code de commerce[879]. Deuxièmement, les textes ne prévoient aucun délai dans lequel ils doivent demander la désignation d'un mandataire. Cette demande pourrait donc intervenir en théorie jusqu'à la réalisation de l'opération[880], ce qui renforce le droit de l'actionnaire au détriment de la sécurité juridique de celle-ci. Pour cette dernière, la demande pourrait intervenir à compter de la date de publication de l'avis du projet au BODACC ou sur le site internet de la société et jusqu'à la date d'effet de l'opération[881]. Il est recommandé de prévoir que l'opération prendra effet à la date de l'assemblée générale extraordinaire, en cas de désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de la convoquer[882]. Il devrait en être de même pour l'apport partiel d'actif simplifié.

2) Une absence critiquable pour l'opération d'apport partiel d'actif

562. En droit français. L'on sait que selon l'article L. 236-22 du Code de commerce, un apport partiel d'actif peut être soumis au régime de la scission, à savoir aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21 du Code de commerce. L'article L. 236-16 du Code de commerce renvoyant désormais à l'article L. 236-11 du même Code (régime de la fusion simplifiée « *à 100 %* »), il en résulte qu'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions peut désormais, toutes conditions par ailleurs réunies, accéder lui aussi au régime simplifié[883]. Pour autant, l'une des sociétés participant à l'opération doit détenir « *en permanence* », au sens de l'article L. 236-11 du Code de commerce, la totalité des actions représentant la totalité du capital de l'autre société.

563. La question qui se pose est celle de savoir si l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés doit approuver l'opération. La réponse à cette problématique est négative conformément à l'article L. 236-11 du Code de commerce. En effet, comme pour la fusion simplifiée, la loi ne prévoit pas l'approbation de l'opération par chaque assemblée générale extraordinaire des sociétés parties à l'opération d'apport partiel d'actif. Mais l'absence d'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire semble assez critiquable. D'une part, le législateur a légiféré par « *renvois* ». Il n'a pas tenu compte de la spécificité de l'opération d'apport partiel. Celui-ci aurait dû prendre le temps de vérifier l'adaptabilité du régime de fusion simplifiée à la scission simplifiée et par extension à l'apport

879 V. *supra* n°262 et s.
880 A. MAITRE et C. BOILLOT, Fusions… et confusions, *op.cit.*
881 *Ibidem.*
882 *Ibid.*
883 V. *supra* n° 51.

partiel d'actif simplifié. En effet, le législateur français aurait dû en supprimant l'approbation de l'opération par l'assemblée de la société absorbante, vérifier que cette suppression était compatible avec les autres régimes simplifiés. D'autre part, si dans l'opération de fusion simplifiée, il n'y a pas d'augmentation de capital, ce n'est pas le cas pour l'apport partiel d'actif simplifié. En effet, dans le sens de l'apport prévu par le droit français, à savoir, l'apport partiel d'actif d'une fille (détenue à 100 %) à sa mère, il y a bien une augmentation de capital[884]. Dans ce cas, l'opération doit être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire de l'apport, à savoir, la société mère. Signalons que cette augmentation débouche sur une participation croisée qui doit être régularisée avant l'expiration d'un délai d'un an, conformément aux articles L. 233-29 et R. 233-17 du Code de commerce.

564. La position du législateur a trouvé un écho auprès de l'ANSA. Pour cette dernière, l'apport partiel d'actif simplifié à 100 % n'implique pas « *une augmentation de capital dans la société mère en application des articles L. 236-11 et L. 236-3 — II du Code de commerce* »[885], et « *la question de l'interdiction des participations réciproques directes de l'article L. 233-29 lorsqu'une filiale souscrit à des actions de sa société mère ne se pose donc pas* »[886]. Cette position se justifie, si l'opération s'assimile à une opération d'« *apport-renonciation* » intégral[887], c'est-à-dire que les actions de la société mère qui devraient en principe être remises en rémunération de l'apport de la filiale sont remises à son actionnaire (*c'est-à-dire à la société mère).* En effet, en ce cas, il n'y a pas lieu d'approuver l'opération par l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire[888]. Toutefois, par transposition littérale de l'article L. 236-11 du Code de commerce, les actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport peuvent requérir du juge qu'il désigne un mandataire de justice chargé de procéder à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire s'ils réunissent au moins 5 % de son capital social. L'ANSA n'a vu que cette option et non celle qui consisterait, pour la société apporteuse, à conserver les actions remises en échange de l'apport.

565. La solution proposée pour le droit français. La principale solution consisterait à mettre fin aux renvois, en créant un régime spécifique pour l'apport partiel d'actif simplifié. Ainsi, dans ce nouveau régime, il serait précisé que l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire devra approuver l'opération. Dans le cas de la participation croisée, cette précision aurait le mérite de sécuriser l'opération. Il en est de même en cas d'« *apport renonciation*

---

[884] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, La réforme des fusions simplifiées, in La réforme des fusions et scissions de sociétés : *BJS* 2012 p. 273.
[885] ANSA, Comité juridique, 12 oct. 2011, *op. cit.*, p. 11.
[886] *Ibidem*.
[887] A. BONNASSE., Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*
[888] *Ibidem*.

intégral», pour éviter une éventuelle mise en œuvre de l'option reconnue à l'alinéa 2 de l'article L. 236-16 du Code de commerce aux actionnaires possédant 5 % du capital social de la société bénéficiaire. Néanmoins, dans l'attente de cette modification, il est vivement conseillé aux sociétés participant à l'opération du moins à la société bénéficiaire de convoquer systématiquement l'assemblée générale aux fins d'approbation de l'opération comme c'est le cas en droit OHADA.

566. En droit OHADA. Aux termes de l'article 195 de l'Acte uniforme, l'apport partiel d'actif est soumis au régime des scissions. Cependant, l'article 684 de l'Acte uniforme applique à la scission, donc à l'apport partiel d'actif, les dispositions des articles 670 à 683 de l'Acte uniforme, parmi lesquels, l'article 676 de l'Acte uniforme qui régit la fusion simplifiée *« à 100 %»*. Ainsi, il existe bien en droit OHADA, un régime d'apport partiel d'actif simplifié « *à 100 %* »[889].

567. À l'instar du droit français, le sens de l'apport est celui d'une filiale (détenue à 100 %) à la société mère. Dans ce cas, il y a bel et bien augmentation de capital. Mais, la question de l'approbation de l'assemblée générale par la société absorbante ne pose pas dans des termes identiques au droit français. En effet, l'article 676 de l'Acte uniforme exclut seulement l'approbation de l'opération par l'assemblée générale de la société absorbée. Appliqué à l'apport partiel d'actif, seule l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire peut statuer sur l'opération. Mais c'est une autre problématique qui se pose pour la fusion simplifiée « *à 90 %* ».

B) LA FUSION SIMPLIFIEE « *À 90 %* »

568. Précisions que cette forme d'opération n'existe qu'en droit français. Elle est inconnue du droit OHADA.

569. L'absence d'approbation de l'opération par l'AGE de la société absorbante. Selon l'article L. 236-11-1 du Code de commerce, lorsque la société absorbante détient en permanence 90 % des droits de vote de la société absorbée, il n'y a pas lieu à l'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante, sauf le droit pour un ou plusieurs actionnaires minoritaires de celle-ci détenant 5 % du capital social de demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer cette assemblée, comme c'est le cas pour la fusion simplifiée à 100 %[890].

---

[889] V. *supra* n° 56
[890] V. *supra* n° 561.

570. Pour simplifier encore un peu plus la procédure, la société absorbante peut proposer aux actionnaires minoritaires le rachat de leurs actions[891]. En cas de refus ou en cas d'absence de proposition, l'absorbante doit procéder à une augmentation de capital. Dans ce cas, comment concilier cette augmentation avec l'absence d'approbation de l'opération par son assemblée générale extraordinaire comme prévu par l'article L. 236-11-1 du Code de commerce. Cette dernière ne peut pas convoquer une assemblée générale dans le seul but de décider de l'augmentation du capital. Celle-ci et la fusion restent étroitement liées. L'augmentation du capital social constitue une conséquence de la fusion. Ainsi, selon une partie de la doctrine, la convocation d'une assemblée ruinerait l'objectif de simplification voulu par le droit national[892]. Par conséquent, cette augmentation a lieu de plein droit à la date de prise d'effet de la fusion contenue dans le traité de fusion. Ce qui signifie que le capital social de la société absorbante serait augmenté sur simple décision du conseil d'administration ou du directoire[893] puisque seul cet organe arrête le traité de fusion. La critique de ce texte s'accentue, parce qu'il n'a même pas prévu une certaine délégation de compétence au profit des dirigeants[894].

571. Les critiques. Pour l'ANSA, « *si les conditions de l'article L. 236-11-1 du Code de commerce sont remplies, une augmentation de capital (résiduelle) peut intervenir en l'absence de réunion de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante* »[895]. Il n'en sera pas toujours ainsi en pratique pour deux raisons. La première est le fait que la société absorbante qui détient 90 % des droits de vote ne détient pas forcément 90 % du capital social[896]. De plus, la société absorbée peut avoir été valorisée à un niveau plus élevé que la société absorbante[897]. L'augmentation du capital entraîne une modification des statuts. Or, une modification des statuts sans assemblée générale extraordinaire heurte le droit français des sociétés. Mais l'ANSA considère que *« c'est justement l'objet d'une dérogation de la loi que d'aller loin dans ce domaine (à défaut, le texte n'aurait pratiquement aucune portée)* »[898]. À notre avis, il demeure indispensable qu'une assemblée générale extraordinaire approuve l'opération et décide de l'augmentation du capital.

572. La seconde raison concerne le moyen probatoire de l'opération. En effet, l'absence d'assemblée générale extraordinaire pose un problème de preuve à l'égard du greffe du tribunal de commerce. Comment prouver au greffe l'existence d'une augmentation de capital sans

---

[891] C. com., art. L. 236-11-1, 2°.
[892] ANSA, Comité juridique, 12 oct. 2011, Nouveau régime des fusions après la loi de simplification du 17 mai 2011, *op. cit.*
[893] A. BONNASSE., Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*
[894] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, La réforme des fusions simplifiées, *op. cit.*
[895] ANSA, Comité juridique, 12 oct. 2011, *op. cit.*
[896] Sur cette question, V. *supra* n° 16 et s.
[897] H. LE NABASQUE, A. SOILLEUX, *op. cit.*
[898] ANSA, Comité juridique, *op. cit.*,

procès-verbal ? Gageons que le greffier n'accepterait pas des modifications dans ces conditions. Pour toutes ces raisons, les praticiens dans leur majorité convoquent systématiquement une assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. Cette convocation se justifie par un souci de sécurité juridique, mais elle est aussi protectrice des droits des actionnaires.

573. La solution retenue. Pour renforcer encore un peu plus la sécurité juridique et pour protéger les droits des actionnaires minoritaires, nous souscrivons à cette pratique qui prévoit dans les statuts que par dérogation à l'article L. 236-11-1, 1° du Code de commerce, l'opération de fusion simplifiée à 90 % sera autorisée ou décidée par une assemblée générale extraordinaire[899]. Certes, cela suppose que la société sache déjà à l'avance qu'elle réalisera une opération de cette forme à l'avenir. Mais presque tous les statuts contiennent souvent un titre relatif aux augmentations de capital en cours de vie sociale. Par conséquent, rien n'empêche chaque société de prévoir une telle clause au sein de ce titre qui aura le mérite de protéger les actionnaires minoritaires contre une augmentation de capital social décidée ou autorisée par les dirigeants. La collectivité des actionnaires aura ainsi un droit de regard sur cette augmentation et à ce titre, défendre aux mieux son intérêt.

574. Le maintien de l'obligation d'approbation par l'AGE de la société absorbée. Contrairement à la fusion simplifiée à 100 %, l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbée doit statuer sur l'opération, en raison du silence de l'article L. 236-11-1 du Code de commerce. Cette position du législateur semble se justifier par l'existence des actionnaires minoritaires qui doivent décider de l'opération, à l'instar des assemblées spéciales.

SECTION II — LA CONSULTATION DES ASSEMBLÉES SPÉCIALES

575. Le droit français et le droit OHADA font obligation aux sociétés de soumettre le projet de l'opération aux assemblées spéciales. Ces assemblées jouissent ainsi d'un droit de consultation, en plus du droit de consultation générale. Les sociétés participantes sont donc tenues de consulter, d'une part, les assemblées spéciales des actionnaires (§1) et, d'autre part, l'assemblée des obligataires (§2).

[899] A. BONNASSE, Fusions-scissions, *op. cit.*

§1 — La consultation des assemblées spéciales des actionnaires

576. La présentation de la consultation des assemblées spéciales des actionnaires suppose de définir la notion même d'assemblée spéciale (A) avant de présenter la décision proprement dite de l'assemblée spéciale (B).

A) LA NOTION D'ASSEMBLÉE SPÉCIALE

577. Cette notion se caractérise par une définition légale limitée (1). Il en découle la problématique concernant la possibilité pour les titulaires de droit de vote double de se réunir ou pas en assemblée spéciale (2).

1) Une définition légale limitée

578. Une définition doctrinale. Aux termes des articles L. 225-99 du Code de commerce et 555 de l'Acte uniforme, « l*es assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée ».* En d'autres termes, l'assemblée spéciale peut être considérée comme une « *sous assemblée* ». Mais ces articles ne définissent pas la notion de catégorie d'actions. Ainsi, comme le constatait le professeur JEANTIN, « *la notion de catégorie d'actions fait partie de ces notions que la doctrine tient pour acquises au point de faire l'économie même de leur analyse* »[900]. Faute d'une définition légale, une partie de la doctrine a fait sienne l'analyse de Cordonnier selon laquelle « *il n'y a aucune raison de ne pas conserver à ce terme, employé dans le langage juridique, la signification qu'on lui donne dans le langage courant. Une catégorie est une classe qui réunit des choses de même nature semblables entre elles, et différentes des choses voisines »*[901]. À ce titre, celui-ci peut revendiquer des droits dans la société, mais celle-ci pourra lui imposer des obligations[902]. Pour certains auteurs, une catégorie d'actions désigne l'ensemble des titres jouissant des mêmes droits et comportant pour leurs titulaires des obligations semblables[903]. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, le critère d'identité

---

900 M. JEANTIN, Observations sur la notion de catégorie d'actions : *D.* 1995, chron. p. 88. Pour aller plus loin, V. commentaires sur cet article de M. JEANTIN : CL. CHAMPAUD, Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires, in *Prospectives du droit économique* : dialogues avec M. JEANTIN, *Dalloz*, 1999, p. 161 et s., J.-J. DAIGRE, *Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers, in Prospectives du droit économique : dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 213 et s.

901 J. CORDONNIER : *Journ. Sociétés*, 1924, p. 441, n° 17.

902 M. JEANTIN, Observations sur la notion de catégorie d'actions, *op. cit.*

903 MERCADAL et JANIN, *Mémento Francis Lefevbre*, 1995, n° 1992.

de droits et d'obligations ne suffit pas à constituer une catégorie d'action[904]. Ainsi, pour qu'il y ait une catégorie d'actions, il faut que les droits et obligations soient attachés à l'action même[905]. Par conséquent, lorsque le droit ou l'obligation concernée résulte de la spécificité de la situation de l'actionnaire, il ne peut y avoir de catégorie d'actions[906].

579. Les catégories d'actions en voie d'extinction. En droit français, l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 a créé les actions de préférence, supprimant les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les actions de priorité, les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote[907]. Ces derniers constituent désormais des « *titres en voie d'extinction* », en raison de l'interdiction de leur émission[908]. Néanmoins, les titres émis avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance continuent d'exister jusqu'à leur extinction[909]. Ces titres constituent des catégories d'actions dont les titulaires doivent se réunir en assemblée spéciale.

580. Les actions de préférence. Les nouvelles dispositions concernant les actions de préférence donnent une souplesse et une liberté pour multiplier les titres, créant ainsi autant de catégories différentes[910]. Cette grande souplesse et liberté résultent des termes mêmes des articles L. 228-11, alinéa 1er du Code de commerce et 778-1, alinéa 1er, de l'Acte uniforme qui disposent « *lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent […]* ». Les « *droits particuliers* » cités par ces articles peuvent être soumis à une durée limitée ou être de nature financière ou non, et le droit de vote peut être supprimé[911]. Ainsi, sur le plan financier, nous pouvons citer notamment, une quote-part supérieure des bénéfices, le versement prioritaire du dividende, un droit au boni de liquidation et un rachat prioritaire[912].

---

904 M. JEANTIN, art. préc.
905 *Ibidem*.
906 *Ibidem*.
907 Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale : *JORF* n° 147 du 26 juin 2004, n° 11, commentaires par : P. LE CANNU, L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 — Généralités : *RTD com.* 2004, p. 530, L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et augmentations de capital, bref aperçu : *RTD com.* 2004, p. 531, L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et actions de préférence : *RTD com.* 2004, p. 533, quelques problèmes de droit transitoire posés par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 : *RTD com.* 2004, p. 537.
908 C. com., art. L. 228-29-8.
909 C. com., art. L. 228-29-8.
910 A. BOUGNOUX, Assemblées d'actionnaires — Assemblées spéciales : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 143-10 du 31 janv. 2014.
911 *Ibidem*.
912 F. D. POITRINAL, Actions de priorité : jusqu'où peut-on aller ? : *Banque et droit* 1998, n° 57, p. 14 ; J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, Les actions à privilèges financiers : *Actes prat. ing. sociétaire* 3-4/1997, spéc. p. 5 ; F. MONOD, Droits non financiers attachés aux actions privilégiées : *Dr. sociétés* 1996, chron. 9 ; Droits financiers attachés aux actions privilégiées : *Dr. sociétés* 1995, chron. 3 ; H. LE NABASQUE, La réforme des actions de

Pour les droits non pécuniaires, il peut s'agir notamment des actions à droit de vote temporaire, périodique, limité à certaines décisions[913]. Enfin, il est possible que l'action de préférence soit assortie d'un droit de vote double[914].

2) Le droit de vote double et l'assemblée spéciale

581. Il convient de présenter la nature des actions à droit de vote double (a) avant de définir si une assemblée spéciale de leurs titulaires est nécessaire (b).

a) La nature des actions à droit de vote double

582. Le régime juridique. Le droit de vote double permet de stabiliser l'actionnariat et aussi de se prémunir contre une prise de contrôle hostile[915]. L'attribution de ce droit déroge au principe d'« *une action une voix* », c'est-à-dire que le nombre de voix attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent. En droit français, depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Florange[916], l'attribution d'un droit de vote double est de droit dans les sociétés cotées et elle nécessite une clause statutaire dans les sociétés non cotées[917]. En droit OHADA, le régime d'attribution du droit de vote double est prévu aux articles 544 et 752 de l'Acte uniforme.

583. Le droit de vote double suscite des débats en droit français, particulièrement sur la question de la rupture de l'égalité qu'il entraîne[918]. L'autre débat concerne la question de savoir si les actions à droit de vote double constituent une catégorie particulière d'actions justifiant la réunion d'une assemblée spéciale par les titulaires de ces droits.

584. Les actions ordinaires à droit de vote double. Dans les sociétés non cotées, les articles L. 225-123, alinéa 1er du Code de commerce, 544 et 752 de l'Acte uniforme autorisent la

---

préférence : *JCP E* 2008, 2445 ; D. MARTIN, H. LE NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET et A. PIETRANCOSTA, Les actions de préférence : *Actes prat. ing. sociétaire*, nov.-déc. 2012, n° 126, dossier 6.

913 C. com., art. L. 228-11, al. 2, AUSGIE, art. 778-1, al. 3 ; VIANDIER, Les actions de préférence : *JCP E* 2004, 1440 ; P. LEDOUX, La nature de la préférence : *BJS* 2006, p. 1219.

914 AUSGIE, art. 778-1, al. 2 ; A. COURET, Le retour du débat sur le droit de vote double : *JCP E* 2013, 1518 ; *Dr. sociétés* 2013, étude 22 ; Th. MASSART, Les actions de préférence et la question du droit de vote, *in* Le nouveau droit des valeurs mobilières après la réforme du 24 juin 2004 : *Dr. et patr.* oct. 2004, n° 130, p. 86.

915 Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, *op. cit.*, n° 364.

916 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle : *JO* 1er avr. 2014 ; V. A. TÉZENAS du MONTCEL et B. MARTIN, Application de la loi Florange — Étude des AG 2015 : *JCP E* 2015, 1488.

917 C. Com., art. L. 225-123, al. 3.

918 A. COURET, Le retour du débat sur le droit de vote double, *op. cit.*, A. COURET, Le droit de vote double : *BJS* 2014, p. 488 ; P. BISSARA, P. DIDIER, Ph. MISSEREY, L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? Entretiens de Nanterre 1994 : *JCP E* 1994, *Cah. dr. entr.* 1994/5, p. 18.

création d'actions à vote double par l'effet soit d'une clause statutaire soit par l'assemblée générale extraordinaire. Deux conditions objectives doivent être remplies pour que la société puisse conférer à ses actions le droit de vote double. Les actions concernées doivent, d'une part, être entièrement libérées et, d'autre part, être inscrites au nominatif sur les registres de la société depuis deux ans au moins au nom du même actionnaire. Cette dernière condition appelle une observation : ce délai constitue un délai minimal dans la mesure où la loi recourt à l'adverbe « *au moins* », ce qui laisse à penser que les statuts pourraient exiger un délai plus long[919]. Ainsi, dès lors que le droit de vote double est instauré, toutes les actions qui remplissent les conditions précédentes en bénéficient automatiquement. La société respecte ainsi l'égalité entre les actionnaires, ne pouvant en réserver le bénéfice qu'à quelques-uns seulement. Au regard de ce qui précède, ces actions pourraient être considérées comme des actions ordinaires.

585. Les actions de préférence assorties d'un droit de vote double. À côté de ce régime des actions ordinaires à droit de vote double, la société peut décider de créer des actions de préférence assorties d'un droit de vote double[920]. Cette possibilité a été expressément prévue en droit OHADA par l'article 778-1, alinéa 2, de l'Acte uniforme, qui prévoit qu'un « *droit de vote double de celui conféré aux autres actions peut être conféré aux actions de préférence* ».

586. Une certaine ambiguïté demeure cependant, en droit français. En l'effet, l'article L. 228-11 alinéa 1er du Code de commerce impose le respect les conditions prévues à l'article L. 225-123 du même Code lorsque les actions de préférence sont assorties d'un droit de vote double. En d'autres termes, si une société française non cotée souhaite créer des actions de préférence assorties de droit de vote double, elle doit respecter les conditions de libération entière des actions et de nominativité de deux ans au nom du même actionnaire. Ce qui signifie donc qu'il n'y a pas de régime particulier pour les actions de préférence assorties d'un droit de vote double. Cette situation crée nécessairement une confusion, puisque en présence de droits de vote double, il serait difficile de savoir si les actions attachées à de tels droits sont des actions de préférence ou des actions ordinaires. En effet, deux thèses s'affrontent sur le fait de savoir si l'action de préférence doit toujours conférer un avantage supérieur aux actions ordinaires. Pour la première thèse, il devrait en être ainsi[921]. Cette position est renforcée par le fait que le texte

---

919 Rép. min. nº 5482, *JOAN* 5 déc. 1973.

920 A. COURET, Le retour du débat sur le droit de vote double, *op. cit.* Th. MASSART, Les actions de préférence et la question du droit de vote, *op. cit.*

921 J. DEVÈZE, A. COURET, T. PAULAIN-REHM, *Lamy droit du financement*, 2016, n° 440 ; D. DAVODET, A. GUENGANT, PH. ENGEL, S. LE PAVEC et S. DE VENDEUIL, Actions de préférence, questions de praticiens, 1re partie : *JCP E*, 2005. 1156 ; P. LE CANNU, L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et actions de préférence : *RTD com.* 2004, p. 533 ; D. OHL, Valeurs mobilières : *Rep. droit des sociétés*, sept. 2005, mise à jour juin 2016, n° 122 et s.

prévoit la procédure d'approbation des avantages particuliers en cas de création d'actions de préférence au profit de bénéficiaires dénommés[922]. En revanche, pour la seconde thèse, la notion de « *préférence* » devrait être entendue comme une différence[923]. Ainsi, comme le précise un auteur, *« les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents : c'est l'altérité et non le privilège qui définit l'action de préférence »*[924]. Cette position aurait principalement un fondement textuel. En effet, l'ancien article L. 228-11 du Code de commerce qui régissait les actions de priorité prévoyait que ces actions jouissaient « *d'avantages par rapport à toutes autres actions* ». Or, le mot « *avantage* » n'est plus dans le nouveau texte. Ensuite, ce même article à son alinéa 5 prévoit des dispositions particulières pour les actions de préférence sans droit de vote auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine. Comme le note une partie de la doctrine, « *si le texte prévoit lui-même la possibilité de droits financiers limités, il faut bien admettre que la somme des droits particuliers ne doit pas forcément réaliser un avantage particulier par rapport aux actionnaires* »[925]. De plus, le rapport du Président relatif à l'ordonnance de 2008 relative aux actions de préférence mentionne que *« les droits sont entendus au sens générique du terme, les titres pouvant donc être dotés d'obligations particulières et faire l'objet de restrictions »*. Dans le cas qui nous concerne, au regard de ce qui précède, il est donc possible de considérer que ces actions de préférence assorties de droit de vote double sont en fait des actions ordinaires « *faussement* » appelées actions de préférence, en raison de l'absence d'avantages ou de particularité par rapport à celles-ci. Néanmoins, une prudence s'impose compte tenu du débat que suscite la notion de préférence dans la doctrine française. Il aurait été préférable de laisser aux sociétés le soin de préciser les conditions pour l'octroi des actions de préférence assorties de droits de vote double, pour permettre une distinction avec les actions ordinaires à droit de vote double.

587. C'est notamment le cas du droit OHADA qui semble laisser la possibilité aux sociétés de prévoir les conditions d'attribution des actions de préférence assorties de droit de vote double, puisque l'alinéa 2 de l'article 778-1 de l'Acte uniforme ne renvoie pas aux dispositions des articles 544 et 752 de l'Acte uniforme applicables aux actions ordinaires à droit de vote double. On pourrait donc penser que les sociétés dans l'espace OHADA bénéficient d'une certaine liberté dans la fixation des conditions pour octroyer des actions de préférence à droit de vote double. Par exemple, un droit de vote double attaché à une action de préférence pourrait

---

922 C. com., art. L. 228— 15, J. DEVÈZE, A. COURET, T. PAULAIN-REHM, *Lamy droit du financement*, *op. cit.* Sur la procédure des avantages particuliers, V. *infra* n° 815 et s.
923 A. VIANDIER, Les actions de préférence, *op. cit.*
924 *Ibidem.*
925 J. DEVÈZE, A. COURET, T. PAULAIN-REHM, *Lamy droit du financement*, *op. cit.*

être attribué même en l'absence de condition d'ancienneté de deux ans. Toutefois, une autre interprétation paraît possible. Ainsi, peut-on considérer que si cet article ne renvoie pas aux conditions de droit commun prévues aux dispositions précitées, c'est parce que le législateur OHADA n'a pas souhaité répéter ce qui allait de soi, puisque l'alinéa 1er de cet article renvoie aux conditions précitées. Mais la particularité des actions de préférence commande de considérer que le législateur a préféré laisser la liberté aux sociétés dans un tel cas, car dans le cas contraire, il n'y aurait plus d'intérêt, sauf le nom, à attribuer des actions de préférence assorties de droit de vote double. Or, un tel intérêt réside dans la possibilité de réunir une assemblée spéciale.

b) La nécessité d'une assemblée spéciale

588. La position de la doctrine. En droit français, la doctrine semble fortement divisée à ce sujet. Certains auteurs considèrent que les actions ordinaires à droit de vote double ne constituent pas une catégorie particulière[926], parce que l'acquisition ou la cession de celles-ci implique la perte du droit de vote double[927]. Or, comme précédemment étudiée, on ne peut parler en principe de catégorie d'actions que lorsque les droits et les obligations sont exclusivement attachés aux titres et peuvent donc être exercés, quel qu'en soit le titulaire[928], ce qui n'est pas le cas pour le droit de vote double[929]. Pour une autre partie de la doctrine en revanche, les actions à droit de vote double constituent bien une catégorie particulière d'actions[930], parce que l'article L. 225-123, alinéa 1er du Code de commerce précise que le droit de vote double est attaché à l'action, et non à la qualité d'actionnaire. En effet, cet alinéa dispose qu'*« un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité de capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire »*. Le législateur français renvoie principalement à l'action et non à l'actionnaire, « *même s'il est vrai que le comportement de ce dernier n'est pas indifférent dans l'obtention de ce privilège de vote, puisqu'il récompense*

---

926 HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *Les sociétés commerciales, op. cit.,* p. 182 ; J.-P. VALUET, Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double : *Dr. sociétés*, 2014, n° 10, ét. 17 ; M. JEANTIN, Observations sur la notion de catégorie d'actions, *op. cit.*

927 J.-P. VALUET, *op. cit.*, M. JEANTIN, Observations sur la notion de catégorie d'actions, *op. cit.*

928 V. *supra* n° 579.

929 J.-P. VALUET, Le droit de vote des actionnaires en AG, *op. cit.*, M. JEANTIN, *op. cit.*

930 J. MESTRE, *D.* VELARDOCCHIO et A.-S. MESTRE, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2016, mis à jour 02/2017, n° 4800 ; A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.* n° 47726.

principalement la décision de ce même actionnaire d'avoir conservé et maintenu au nominatif ses actions pendant deux ans au moins »[931].

589. En droit OHADA, l'article 752, alinéa 1er, de l'Acte uniforme est écrit dans des termes identiques à l'article L. 225-123, alinéa 1er du Code de commerce. Il semble donc possible de considérer que les actions à droit de vote double constituent une catégorie particulière d'action.

590. La solution retenue. Les deux positions de la doctrine peuvent être admises. Il convient de distinguer deux cas. Dans la première situation, lorsque les actionnaires bénéficient d'actions de préférence assorties de droit de vote double, une assemblée spéciale paraît nécessaire, puisque ces actions constituent bien une catégorie particulière d'actions[932].

591. Dans le second cas relatif au droit de vote double attaché aux actions ordinaires, il convient aussi d'envisager deux hypothèses. Dans la première, si toutes les actions ordinaires ont le droit de vote double, l'assemblée spéciale ne semble pas nécessaire. Néanmoins, lors de l'assemblée générale extraordinaire appelée à approuver l'opération, les actionnaires devraient se prononcer par une résolution sur leur droit de vote double en cas de suppression ou modification. Par conséquent, les sociétés parties à l'opération devraient inclure cette résolution à l'ordre du jour de chaque assemblée. Dans la seconde, si seules certaines actions ordinaires bénéficient du droit de vote double, les titulaires desdites actions devraient être convoqués en assemblée spéciale. Cette solution est plus protectrice de leurs intérêts, car se pose la question du maintien de ce droit par la société absorbante[933]. Cette recommandation est confortée par le souhait d'un auteur qui voit même une certaine utilité à la réunion d'une assemblée spéciale des titulaires d'actions ordinaires[934], pour qu'ils contribuent à la prise de décision concernant l'opération.

B) LA DÉCISION DES ASSEMBLÉES SPÉCIALES

592. Nous présenterons les modalités de consultation (1) et les effets de la décision sur l'opération (2).

---

[931] B. GAY, OHADA : Le droit de vote privilégié dans les sociétés par actions : *JCP E* 2016, 1017.
[932] J. DEVÈZE, A. COURET, T. PAULAIN-REHM, *Lamy droit du financement*, *op. cit., n°* 439 ; D. OHL, Valeurs mobilières, *op. cit.*, n° 120
[933] Sur cette problématique, v. *infra* n°868 et s.
[934] J.-J. DAIGRE, Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers, *op. cit.*

1) Les modalités de consultation

593. Dans un souci de clarté, nous analyserons la consultation de l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissements en droit français (b) après l'analyse de la consultation des autres assemblées spéciales (a).

a) Les assemblées spéciales autres que celle des porteurs des certificats d'investissement

594. Le quorum et la majorité. En droit français, conformément à l'article L. 225-99, alinéa 3 du Code de commerce, *« les assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits. À défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée* ». Précisons néanmoins que selon cet article, les statuts des sociétés non cotées peuvent prévoir des quorums plus élevés.

595. S'agissant de la majorité, les règles de l'assemblée générale extraordinaire s'appliquent aux assemblées spéciales. En effet, ces dernières statuent « *à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés* »[935].

596. En droit OHADA, s'agissant du quorum, l'article 556 de l'Acte uniforme dispose que *« l'assemblée spéciale ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation. À défaut de ce dernier quorum, l'assemblée doit se tenir dans un délai de deux (2) mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation. Le quorum reste fixé au quart des actionnaires présents ou représentés possédant au moins le quart des actions* » et les assemblées spéciales statuent « à la majorité des deux tiers des voix exprimées » comme en droit français. Toutefois, le législateur OHADA prend soin de préciser qu'« *il n'est pas tenu compte des bulletins blancs* ».

597. Assemblée spéciale des titulaires des actions de préférence. L'assemblée spéciale des actionnaires réunit « *les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée* »[936]. Ainsi, les titulaires de chaque catégorie d'actions de préférence sont constitués en assemblée spéciale[937]. Cet organe

---

[935] C. com., art. L. 225-96, al. 3 sur renvoi de l'art. L. 225-99, al. 4.
[936] C. com., art. L. 225-99 al. 1er ; AUSGIE 555.
[937] A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et *D.* ROBINE, *Droit financier* : Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2012, n° 461 et s., *D.* MARTIN, H. LE NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET et A. PIETRANCOSTA, *Les actions de préférence*, *op. cit.*

contribue à la protection des droits des titulaires de ces actions. En effet, aux termes des articles L. 225-99, alinéa 2 du Code de commerce et 555, alinéa 3, de l'Acte uniforme, « *la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie* ». Ce n'est donc pas une consultation automatique, puisque seule la modification des droits conditionne la soumission du projet à l'assemblée spéciale. Toutefois, ces articles sont silencieux sur les conséquences d'une suppression des actions de préférence, situation pouvant se présenter en pratique. Une interprétation littérale des textes laisse à penser que seule la modification est envisagée par l'un ou l'autre des législateurs. On pourrait, par conséquent, affirmer qu'en cas de suppression, l'assemblée spéciale ne peut donner son avis sur le projet. Une telle explication serait contraire à l'objectif de protection des titulaires desdites actions. Elle serait aussi illogique, parce que la suppression apparaît plus grave qu'une simple modification, en raison de la disparition de celles-ci. L'abrogation étant plus grave, il y a donc une nécessité de consulter les titulaires desdites actions en assemblée spéciale. Il convient donc d'assimiler la suppression à la modification.

598. En ce qui concerne l'opération de fusion, les articles L. 236-9 du Code de commerce et 671 de l'Acte uniforme précisent 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* ». Plus précisément, les articles L. 228-17, alinéa 2 du Code de commerce et 778-12, alinéa 2, de l'Acte uniforme disposent qu'« *en l'absence d'échange contre des actions conférant des droits particuliers équivalents, la fusion ou la scission est soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale* ». Ces articles posent le principe de la protection des titulaires d'actions de préférence par un droit de consultation. Néanmoins, le mécanisme prévu dépend de l'échange contre des actions conférant des droits particuliers équivalents dans la société bénéficiaire. Il n'y a alors pas lieu de soumettre le projet à l'assemblée spéciale. Compte tenu des difficultés à cerner la notion de « *droits particuliers équivalents* »[938], il conviendrait de soumettre systématiquement le projet de l'opération à l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence. Il en est de même pour les titres en voie d'extinction ou dans une certaine mesure, pour les actions à droit de vote double.

599. Le cas des actions ordinaires à droit de vote double. Comme développé précédemment, lorsqu'une partie des actions bénéficient d'un droit de vote double, il serait souhaitable qu'une assemblée spéciale soit convoquée pour permettre aux titulaires de celles-ci

[938] V. Parité d'échange et actions de préférence, *infra* n°793 et s.

de se prononcer sur le projet de l'opération. Ils pourraient ainsi se prononcer en cas de modification ou de suppression de cet avantage[939].

600. La solution paraît plus claire pour les porteurs de certificats d'investissement et de droit de vote.

b) L'assemblée des porteurs de certificats d'investissement et de droit de vote en droit français.

601. La qualité d'actionnaire des titulaires de certificats. Les certificats sont des instruments financiers[940]. On distingue le certificat d'investissement et le certificat du droit de vote[941]. La doctrine s'est longtemps posé la question de savoir si les porteurs de ces certificats ont la qualité d'actionnaires. Ainsi, une partie d'entre elles assimile ces porteurs à des créanciers pouvant, à ce titre, exercer un droit d'opposition[942]. En revanche, une autre partie de la doctrine admet que les titulaires de certificats d'investissement et de certificats de droit de vote possèdent la qualité d'actionnaires[943]. Plusieurs éléments militent en faveur de cette interprétation. D'abord, le mode de création des certificats. Il s'agit d'un fractionnement de l'action existante par l'assemblée générale extraordinaire[944]. Ensuite, pour le certificat d'investissement, les porteurs bénéficient d'un droit aux dividendes, un droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital social en numéraire, un droit de communication des documents sociaux et un droit de contrôle sur la gestion de la société [945], à l'exception du droit de vote appartenant aux titulaires de certificat de vote[946]. De plus, depuis l'ordonnance de 2004, les porteurs de ces certificats disposent d'un droit préférentiel de souscription des actions de préférence conformément à l'article L. 228-29-9 du Code de commerce. Enfin, ils bénéficient d'une protection spécifique en cas de fusion.

602. La protection des porteurs de certificats en cas de fusion. Pour garantir la protection des droits des porteurs de certificats d'investissement et de certificat de vote lors

---

939 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.* n° 47726.
940 J.-F. ARTZ, Certificats d'investissement et certificats de droit de vote : *Rép. Droit des sociétés*, d'août 1992, actualisé en déc. 2010, n° 1.
941 Ibidem.
942 R. ALLOUCHE, F. PELTIER, Réflexions de praticiens sur le sort des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en cas de fusion : *BJS* 1992, p. 1166.
943 A. BOUGNOUX, Certificats d'investissement et certificats de droit de vote : *JCL Société Traité*, Fasc. n° 1830 du 22 Oct. 2010 ; J.-F. ARTZ, Certificats d'investissement et certificats de droit de vote : *Rép. Droit des sociétés* d'août 1992, actualisé en déc. 2010.
944 C. com., art. L. 228-30 et s. Pour une étude d'ensemble v. *Ibidem.*
945 J.-F. ARTZ, Certificats d'investissement et Certificats de droit de vote, *op. cit.* n° 33 et s.
946 *Ibidem*, n° 68 et s.

d'une fusion, le Code de commerce prévoit deux procédés, soit une procédure d'échange (qui sera traitée ultérieurement)[947], soit une procédure d'achat[948].

603. En ce qui concerne la procédure d'achat, aux termes de l'article L. 236-9, alinéa 3 du Code de commerce « *le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société absorbante n'acquière ces titres sur simple demande de leur part, dans les conditions de publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'État, et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. Tout porteur de certificats d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans le délai fixé par décret en Conseil d'État le demeure dans la société absorbante aux conditions fixées par le contrat de fusion, sous réserve des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 228-30* ». Deux constats découlent de cet article. Le premier concerne la nature du certificat. Il ressort de cet article que le droit de consultation et aussi l'offre de rachat n'intéressent que les certificats d'investissement et non les certificats de vote correspondant. Dans ce cas, quel est le sort de ces derniers ? Ils devraient disparaître en raison de l'achat des premiers par la société absorbante[949]. Cette interprétation s'explique par le fait que lors du fractionnement de l'action, il en ressort ces deux certificats correspondant l'un à l'autre. Pour la réalisation du fractionnement, l'actionnaire doit céder le certificat de vote[950].

604. Le second constat est relatif à l'interprétation à donner à la notion « *aux assemblées spéciales* ». Une lecture rapide de cet article laisse à penser que tant les porteurs de la société absorbée que ceux de la société absorbante doivent être consultés sur le projet de contrat de fusion. Il en résulte donc que la procédure de rachat prévue pour la société absorbante concernerait les certificats d'investissement émis par toutes les sociétés participant à l'opération, c'est-à-dire, ceux de la société absorbée et ses propres certificats[951]. Or, une partie de la doctrine considère que cette procédure ne concerne que les certificats d'investissement de la société absorbée[952]. Par conséquent, il n'y a pas lieu à consultation de l'assemblée spéciale des porteurs des certificats d'investissement de la société absorbante[953]. La lecture des travaux parlementaires de la loi du 5 janvier 1988[954] qui avait pour objectif de mettre en conformité le droit français

---

947 C. com., art. L. 228-30, dernier alinéa. V. *infra* n° 800.
948 C. com., art. L. 236-9, al. 3.
949 J.-F. ARTZ, Certificats d'investissement et certificats de droit de vote, *op. cit.*, n° 67.
950 *Ibidem* n° 20.
951 R. ALLOUCHE, F. PELTIER, Réflexions de praticiens sur le sort des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en cas de fusion, *op. cit.*
952 J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2e éd. 1991, 487 pages, nos927 et s.
953 R. ALLOUCHE, F. PELTIER, *op. cit.*
954 Loi n° 88-17 du 5 janv. 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi 66537 du 24-07-1966 sur les sociétés commerciales : *JORF* du 6 janv. 1988, p. 227.

avec les prescriptions des troisième et quatrième directives du Conseil des Communautés européennes relatives aux fusions et scissions[955] donne des éléments de justification. Ainsi, l'article 7-2 de la 3e directive désormais article 7-2 de la directive 2011/35/UE prévoit que « *lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la décision sur la fusion est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte* ». Or, le projet de loi soumis au Sénat en première lecture prévoyait la ratification de la fusion par l'assemblée générale des porteurs de certificats d'investissement[956]. Cependant, cette disposition fut rejetée par la Haute assemblée au motif que les certificats d'investissement n'étant pas des actions, ils ne devaient pas, dès lors, être concernés par l'article 7-2, mais plutôt par l'article 15 de la troisième directive désormais article 15 de la directive 2011/35/UE, selon lequel « *les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissaient dans la société absorbée, sauf si la modification de ces droits a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les porteurs de ces titres individuellement, ou encore si ces porteurs ont le droit d'obtenir le rachat de leurs titres par la société absorbante* »[957]. Ce texte qui est à l'origine de l'article 376 modifié de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 236-9 du Code de commerce vise donc expressément et exclusivement les porteurs de titres de la société absorbée qu'il souhaite protéger[958].

605. La solution proposée. Au regard de ce qui précède, il serait souhaitable de clarifier l'article L. 236-9, alinéa 3 du Code de commerce par souci de sécurité juridique. Cet alinéa pourrait être rédigé de la manière suivante : « *le projet de fusion est soumis à l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement de la société absorbée, statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société absorbante n'acquière ces titres sur simple demande de leur part […]* ». En attendant cette modification, il conviendrait de soumettre le projet de fusion à l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement des sociétés absorbante et absorbée par souci de conformité avec la lettre de l'alinéa 3 de l'article L. 236-9 du Code de commerce qui renforce la protection de ces derniers. Néanmoins, la procédure d'achat doit être réservée aux seuls certificats d'investissement émis par la société absorbée.

606. Les modalités de l'achat des certificats d'investissement. Conformément à l'alinéa 3 de l'article L. 236-9 du Code de commerce, les sociétés n'ont pas à soumettre le projet

---

955 Respectivement adoptées par le Conseil, les 9 oct. 1978 et 17 déc. 1982. La 3e directive a été codifiée par la directive 2011/35/UE, *op. cit.*

956 E. DAILLY, Rapport au nom de la Commission des lois, no 82 (1987-1988).

957 Dir. 2011/35/UE, *op. cit.*, art. 15.

958 R. ALLOUCHE, F. PELTIER, Réflexions de praticiens sur le sort des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en cas de fusion, *op. cit.*

de fusion aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement, si la société absorbante acquiert ces titres sur simple demande de leur part et que l'acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. Autrement dit, si les porteurs de certificats d'investissement demandent le remboursement de leurs certificats, les assemblées spéciales n'ont pas à approuver l'opération.

607. Un avis sur l'offre d'acquisition est inséré dans un journal d'annonces légales du siège social de la société absorbée[959]. Il peut être remplacé par l'envoi d'une lettre recommandée à chaque porteur et aux frais de la société, si toutes les actions de la société sont nominatives[960]. Par souci d'information, l'avis doit contenir la dénomination sociale, la forme, l'adresse du siège social et le montant du capital social de la société absorbante. Celui-ci doit, en outre, contenir les mentions nécessaires à l'exercice du droit des porteurs de certificats d'investissements. Ainsi, le prix offert, le mode de paiement, le délai pendant lequel l'offre sera maintenue et le lieu où l'offre peut être acceptée doivent être contenus dans l'avis de l'offre d'acquisition[961].

608. Si le porteur de certificat d'investissement n'a pas cédé ses titres dans les trente jours de la dernière mesure de publicité, il conserve cette qualité dans la société absorbante aux conditions fixées dans le traité de fusion[962].

609. Après cette consultation, chaque assemblée spéciale prend une décision dont les effets sont différents selon les catégories.

2) Les effets de la décision de l'assemblée spéciale sur l'opération

610. Au regard de ce qui précède, la question que l'on peut se poser concerne les conséquences éventuelles du refus de ratification de l'opération par une assemblée spéciale. Ainsi, le refus de l'assemblée spéciale d'actionnaires constitue un véritable veto à l'opération (a) ce qui ne semble pas être le cas pour les porteurs de certificats d'investissements (b).

959 C. com., art. R. 225-153 al. 2, sur renvoi art. R. 236-5 al. 3.
960 C. com., art. R. 225-153 al. 3, sur renvoi art. R. 236-5 al. 3.
961 M.-L. COQUELET, et C. BARRILLON. *Fusion, scission, op. cit.*
962 C. com., art. R. 236-5 al. 4.

a) Le refus de ratification par l'assemblée spéciale d'actionnaire : un veto à l'opération

611. L'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence. Aux termes des articles L. 225-99 alinéa 2 du Code de commerce et 555, alinéa 3 de l'Acte uniforme sur renvoi de l'article 778-12 de l'Acte uniforme, « *la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie* ». En d'autres termes, le refus de l'approbation de l'opération par l'assemblée spéciale des actionnaires constitue un véritable veto à l'opération. Par conséquent, les sociétés participantes ne peuvent passer outre[963]. Le veto renforce l'efficacité du droit de consultation. Pour assurer la protection de ces actionnaires, il faut donc être extrêmement vigilant lors de l'audit précontractuel. Les conseils doivent vérifier principalement dans la société absorbée la présence des actions de préférence. Ainsi, le calendrier de l'opération prendra en compte cet élément, pour mieux prévoir la date de la réalisation de l'opération. Par conséquent, il faudrait soumettre le projet à la ratification de l'assemblée spéciale avant l'assemblée générale appelée à approuver l'opération, pour parer à certaines éventualités et ainsi assurer la sécurité juridique de l'opération de fusion.

612. Le cas du droit de vote double. Comme analysé précédemment[964], conformément aux articles L. 236-9, alinéa 2 du Code de commerce et L. 225-99, alinéa 2 du même Code, et 555, alinéa 3 de l'Acte uniforme et 671 du même Acte précité, faut-il considérer que le refus de ratification par une assemblée spéciale constitue un veto à l'opération ? Une réponse affirmative peut être donnée eu égard à l'interprétation littérale de ces articles et par analogie avec ce qui est prévu pour l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence. Néanmoins, un doute persiste ; il convient donc d'être prudent en l'attente d'une décision de justice sur la question. Cette incertitude existe aussi pour l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissements.

b) L'ambiguïté concernant la décision de l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement en droit français

613. Il semble assez difficile de donner les conséquences du refus d'approbation de l'opération par l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement de la société absorbée, en raison de l'ambiguïté de l'article L. 236-9, alinéa 3 du Code de commerce précité.

---

963 M.-L. COQUELET, et C. BARRILLON. Fusion, scission, *op. cit.*
964 V. *supra* n° 585 et s.

La question qui se pose est de savoir si le refus de cette assemblée constitue un veto à l'opération. La doctrine paraît divisée sur cette problématique. Selon une partie de celle-ci, le refus constitue un veto, opposable à la société absorbée[965]. Cette dernière ne peut passer outre ce refus, en analogie avec le droit de veto de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, cette assemblée n'est investie que d'un simple droit à consultation[966]. Par conséquent, le refus d'approbation du projet de fusion ne s'impose pas à l'absorbée, faute de reconnaissance expresse d'un droit de veto. En effet, l'article L. 236-9, alinéa 3 du Code de commerce emploie le terme « *soumis* » et non celui de « *ratification* » prévu à l'alinéa 2 dudit article. Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de la loi du 5 janvier 1988[967]. En effet, le projet de loi n° 385 proposait la rédaction suivante pour l'alinéa 3 de l'article 376, devenu depuis l'alinéa 3 de l'article L. 236-9 du Code de commerce « *la fusion est soumise, le cas échéant, à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires […] et des assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires* ». Or, il ressort du rapport DAILLY qu'un amendement sénatorial a modifié cet article en supprimant la ratification par l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement[968]. En d'autres termes, ils ne peuvent pas bénéficier d'un droit de veto qui entraverait gravement la réalisation de l'opération. Donner un droit de veto aux porteurs de certificats d'investissement reviendrait à restreindre la réalisation de l'opération, au-delà de ce que prévoit le législateur.

614. Une modification de l'article L. 236-9, alinéa 3 du Code de commerce serait souhaitable pour expliciter les conséquences du refus d'approbation de l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement. Au moment de la rédaction de cette thèse, nous ne disposons pas des éléments nécessaires pour connaître l'impact de cet article sur les opérations. Toutefois, ces titres étant en voie d'extinction au profit des actions de préférence[969], désormais, le refus de ratification du projet par l'assemblée spéciale serait donc constitutif d'un veto à l'opération, ce qui ne serait pas le cas pour celle des porteurs des certificats d'investissement soumis au régime antérieur à l'ordonnance de 2004 sur les valeurs mobilières.

---

[965] A. COURET, Chronique législative : *BJS* mars 1988, p. 237, spéc. n° 15, *in fine*; J-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, *op.cit.* n° 911 ; M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal*, Groupe Revue Fiduciaire, 2012, n° 468.
[966] A. VIANDIER, Quelques aspects pratiques des fusions : *RJDA* 3/91, p. 171, spéc.nos 15 et s.
[967] Loi n° 88-17 du 5 janv. 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi 66537 du 24-07-1966 sur les sociétés commerciales, *op. cit.*
[968] E. DAILLY, Rapport au nom de la Commission des lois, n° 82 (1987-1988).
[969] V. *supra* n° 580 et s.

615. À l'instar du droit de consultation accordé aux actionnaires réunis en assemblée spéciale des actionnaires, les obligataires bénéficient aussi de ce droit.

§2 — La consultation de l'assemblée des obligataires

616. Les textes reconnaissent un droit de consultation aux obligataires. Mais, il s'agit d'un droit restreint (A) qui porte atteinte à son efficacité, de même que l'absence d'impact de la décision de l'assemblée des obligataires (B).

A) LA CONSULTATION DES OBLIGATAIRES, UN DROIT RESTREINT

617. Les modalités de mise en œuvre de ce droit sont différentes selon la société (1). De plus, les obligataires peuvent demander le remboursement anticipé de leur emprunt (2).

1) Des modalités de mise en œuvre différentes selon la société

618. L'absence de consultation des obligataires de la société absorbante ou bénéficiaire. Le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif n'a pas à être soumis aux obligataires de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport, mais l'assemblée générale des porteurs d'obligations peut donner mandat aux représentants de la masse pour former opposition à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que pour les créanciers ordinaires[970]. L'impossibilité de soumettre le projet de l'opération à l'assemblée des obligataires n'est pas compréhensible. Le droit d'opposition ne peut suffire à la protection des intérêts des obligataires compte tenu de son effet limité sur l'opération[971]. Il conviendrait d'étendre le droit de consultation à l'assemblée des obligataires de la société absorbante ou bénéficiaire de l'opération, car rien ne justifie une telle exclusion.

619. La consultation des obligataires de la société absorbée ou apporteuse. Le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif doit être soumis à l'assemblée des obligataires de la

[970] C. com., art. L. 236-15 et L. 236-19 ; AUSGIE, art. 681 et 687, v. *supra* n° 384 et s.
[971] V. *supra* n° 434 et s.

société absorbée ou de la société apporteuse en l'absence de remboursement des titres sur simple demande des obligataires[972]. Il y a donc une option entre la consultation et l'offre de remboursement anticipé. Selon un arrêt, les obligataires peuvent demander individuellement le remboursement anticipé de leurs obligations en cas de défaut de consultation ou d'absence de remboursement anticipé[973].

2) Le remboursement anticipé

620. La publicité de l'offre de remboursement. Les obligataires de la société absorbée doivent demander le remboursement de leur emprunt auprès de la société concernée. À ce titre, cette dernière doit offrir ce remboursement[974]. Le remboursement constitue l'alternative à la suppression de la consultation.

621. Dans un souci de protection des obligataires, une procédure de remboursement de l'emprunt doit être respectée par la société absorbée ou apporteuse. Elle consiste principalement, à la publication de l'offre de remboursement pour informer les obligataires[975]. Le droit français prévoit une publicité au Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO) et, à deux reprises, dans deux journaux habiletés à recevoir des annonces légales du département du siège social. Le délai entre ces différentes insertions est de dix jours au moins[976]. En revanche, le droit OHADA paraît moins précis sur la publicité que le droit français. Il prévoit une publicité dans un journal d'annonces légales sans autre précision[977]. Il est silencieux sur le nombre de publicités et le délai de celles-ci. Ce silence crée une insécurité juridique et n'est pas protecteur des obligataires. Par conséquent, une précision dans l'Acte uniforme devrait être faite par le législateur OHADA.

622. Par ailleurs, lorsque toutes les obligations sont nominatives, la publicité de l'offre de remboursement devient facultative. En effet, les titulaires de ces obligations sont informés de l'offre de remboursement par lettre simple ou recommandée[978].

623. La procédure de demande de remboursement. En droit français, à défaut d'une demande de remboursement dans un délai de trois mois, les obligataires conservent cette qualité

---

[972] C. com., articles L. 236-13 et L. 236-18 ; AUSGIE, articles 678 et 686.
[973] CA Orléans, 22 janv. 1998 : *Dr. sociétés*, comm. n° 95.
[974] C. com., art. L. 236-13 et L. 236-18 ; AUSGIE, art. 678 et 686.
[975] C. com., art. L. 236-13 et L. 236-18 ; AUSGIE, art. 678 et 686.
[976] C. com., art. R. 236-11.
[977] AUSGIE, articles 678 et 686.
[978] C. com., art. R. 236-11.

dans la société absorbante[979]. Le fait de conserver la qualité d'obligataires dans la société absorbante ou dans la société bénéficiaire de l'apport est une protection pour ceux-ci. Cette mesure prévient la passivité de certains d'entre eux. On ne saurait admettre qu'ils perdent cette qualité pour n'avoir pas demandé le remboursement de leurs obligations, alors même qu'une telle demande tend à protéger leurs intérêts.

624. En ce qui concerne l'apport partiel d'actif, l'article R. 236-12 du Code de commerce n'impose pas le respect du délai de trois mois, faute de renvoi à l'article L. 236-18 du Code de commerce. Par conséquent, les obligataires de l'apporteuse peuvent demander le remboursement de leurs titres à tout moment. Cette situation, certes protectrice de leurs intérêts, crée une certaine insécurité juridique sur l'opération. Les sociétés doivent ainsi attendre la demande de remboursement des obligataires pour clôturer l'opération. Pour pallier cette situation, pour une partie de la doctrine, il serait préférable de considérer qu'ils sont en droit de demander le remboursement de leur titre dans un délai de trois mois par analogie avec la fusion[980]. À notre avis, les sociétés pourraient aussi prévoir un tel délai dans le traité d'apport ou éventuellement, la société absorbée pourrait le prévoir dans le contrat d'émission. Ce délai contractuel devrait être inséré dans l'offre de remboursement publiée. Rien n'empêche cependant que, pour éviter toute confusion, l'article R. 236-12 du Code de commerce soit modifié en renvoyant aussi à l'article L. 236-18 dudit Code. Ainsi, les opérations seraient sécurisées et les intérêts des obligataires mieux protégés.

625. À l'instar du droit français, le droit OHADA prévoit que les obligataires conservent leur qualité chez l'absorbante ou la bénéficiaire, s'ils n'ont pas demandé le remboursement de l'emprunt[981]. En revanche, l'Acte uniforme demeure silencieux sur le délai dans lequel les obligataires doivent faire cette demande. L'alinéa 5 de l'article 678 de l'Acte uniforme sur les fusions applicable à l'apport partiel d'actif parle tout simplement de « *délai fixé* » sans aucune indication sur celui-ci. Dans ce cas, doit-on comprendre que les sociétés sont libres de fixer le délai dans lequel les obligataires doivent demander le remboursement de leur emprunt ? Une interprétation littérale de cet article laisse penser que les sociétés devraient préciser ce délai dans l'offre de remboursement et le traité de fusion. Cette interprétation s'explique aussi par le fait que l'article 678, alinéa 5, de l'Acte uniforme précise que les obligataires conservent leur qualité dans la société absorbante « *aux conditions fixées par le contrat de fusion* ». Néanmoins, cette liberté laissée aux sociétés ne semble pas être protectrice des obligataires. En effet, l'absence de

[979] C. com., lecture combinée des articles L. 236-13 et R. 236-12, AUSGIE, art. 678, al. 5.
[980] M.-L. COQUELET, et C. BARRILLON. Fusion, scission, *op. cit.*
[981] AUSGIE, art. 678, al. 5.

dispositions contraignantes crée une inégalité entre ces derniers. Dans l'espace OHADA, ils n'auront pas le même délai pour demander le remboursement de l'emprunt. Il serait souhaitable que le législateur OHADA précise un tel délai par une modification de l'alinéa 5 de l'article 678 de l'Acte uniforme. Il pourrait prévoir, comme en droit français, un délai de trois mois. Cette clarification aura le mérite d'assurer l'égalité entre obligataires, d'autant plus que la décision de leur assemblée spéciale n'a aucun impact sur l'opération.

B) L'ABSENCE D'IMPACT DE LA DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE DES OBLIGATAIRES

626. Le principe. Ils résultent des articles L. 228-73, alinéa 1er du Code de commerce, qui renvoie à L. 228-65, 3° du même Code et 810, alinéa 1er, de l'Acte uniforme qu'en cas de refus d'approbation du projet de l'opération par l'assemblée des obligataires, les sociétés peuvent passer outre et réaliser l'opération.

627. La publicité. La décision de passer outre le refus d'approbation, doit faire l'objet d'une publicité par les dirigeants des sociétés dans un journal d'annonces légales dans lequel a été inséré l'avis de convocation de l'assemblée ou au BALO, si toutes les obligations ne sont pas nominatives[982]. En revanche, en droit OHADA, le représentant de la masse doit être informé par lettre au porteur contre récépissé ou lettre recommandée avec demande d'avis de réception[983].

628. Les conséquences de la décision de passer outre le refus d'approbation. Le choix de passer outre entraîne plusieurs conséquences. La première consiste pour les obligataires à conserver cette qualité dans la société absorbante ou dans la société bénéficiaire de l'apport[984]. Cette conséquence irait à l'encontre de la volonté des obligataires. Si ces derniers ont refusé d'approuver l'opération, c'est peut-être parce qu'ils ne souhaitent pas conserver cette qualité dans la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport.

629. La seconde conséquence consiste pour eux à donner, s'ils le souhaitent, mandat au représentant de la masse de former opposition dans les conditions et effets prévus pour les créanciers non obligataires[985]. Selon une partie de la doctrine française, ce droit n'a aucun rapport avec celui de ces derniers. Il est complètement autonome. Son délai peut même courir de façon

982 C. com., art. R. 228-79 et R. 228-80.
983 AUSGIE, art. 810, al. 2.
984 C. com., art. L. 228-73 al. 2, AUSGIE art. 810, al. 1er.
985 C. com., art. L. 228-73 al. 3 et R. 236-9 ; AUSGIE, art. 810, al. 3, v.*supra* n°383 et s.

décalée par rapport à celui des créanciers ordinaires[986]. De plus, le délai d'opposition peut ne pas être expiré à la date des assemblées générales appelées à approuver l'opération[987]. Dans ce cas, les sociétés peuvent poursuivre l'opération, puisque l'opposition n'a pas d'effet suspensif. Mais les sociétés ne pourront pas valablement approuver l'opération en raison de l'existence d'une opposition en cours, étant entendu que le juge peut ordonner le remboursement de l'emprunt. Il faudrait consulter les obligataires longtemps avant l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération. Il serait préférable de prévoir un mécanisme de garanties. La négociation prend ici toute une importance pour garantir les intérêts des obligataires.

630. Au regard de ce qui précède, il apparaît que le refus d'approbation n'a aucun impact sur l'opération, ce qui contribue à l'inefficacité du droit de consultation. C'est aussi le cas de la sanction de la nullité.

[986] A. BONNASSE, Fusions-scissions. — Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.*
[987] *Ibidem.*

CHAPITRE II — LA NULLITÉ DE L'OPÉRATION, UNE SANCTION ILLUSOIRE

631. La fusion et l'apport partiel d'actif sont des opérations sensibles. Dans la mesure où des actionnaires peuvent s'opposer à l'opération, même si l'assemblée l'a votée, celle-ci peut ainsi susciter un important contentieux. Ces opérations étant complexes notamment en raison des évaluations auxquelles elles donnent lieu, constituent un terreau propice à de possibles contestations. Le contentieux qui s'élève à l'occasion de celles-ci peut concerner une demande d'annulation de l'opération. Mais la nullité semble illusoire au regard des causes restrictives de celle-ci (**Section I**) et de ses effets limités (**Section II**).

SECTION I — LES CAUSES RESTRICTIVES DE NULLITÉ

632. Il convient d'analyser les causes de nullité dans les opérations internes (**§1**) et dans les opérations spéciales (**§2**).

§1 — Les causes restrictives de nullité des opérations internes

633. Aux termes de l'article L. 235-8 alinéa 1er du Code de commerce, la nullité d'une opération de fusion ou de scission ne peut résulter que de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé de l'opération (B), ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité (A).

A) LE DÉFAUT DE DÉPÔT DE LA DÉCLARATION DE CONFORMITÉ

634. Les textes applicables. Il résulte des articles L. 236-6, alinéa 3 du Code de commerce et 198 de l'Acte uniforme qu'« *à peine de nullité, les sociétés participant à une opération de fusion ou apport partiel d'actifs 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 avec les textes ».

635. La déclaration commune. La question qui se pose est de savoir si les sociétés participantes peuvent établir une déclaration de conformité commune. Les textes précités demeurent silencieux sur le problème. Une réponse négative pourrait s'imposer, eu égard à l'objectif d'information assigné à cette formalité. Mais cette interprétation restrictive n'est pas celle de la Cour de cassation[988]. En effet, pour cette dernière, « *il importe peu que les deux sociétés participantes à l'opération de fusion aient fait une déclaration commune de conformité* »[989]. Pour la Haute juridiction, la déclaration commune atteint l'objectif voulu par le législateur qui est celui de certifier le respect des dispositions légales et réglementaires. La sanction ne peut être prononcée qu'en cas d'absence totale de dépôt de la déclaration de conformité. La décision de la Cour de cassation est une illustration de la jurisprudence qui restreint les causes de nullité en droit des sociétés.

636. Le rôle du greffier. En droit français, le greffier a l'obligation de contrôler le contenu de la déclaration sous peine d'engager sa responsabilité[990]. Ce contrôle permet de s'assurer de la légalité de l'opération. En revanche, une telle obligation n'existe pas dans l'Acte uniforme. Il ne dispose en effet d'aucun pouvoir de contrôle. Les sociétés participantes peuvent *« mentir »* dans la déclaration de conformité.

637. La position du législateur OHADA peut se comprendre. De quels moyens dispose un greffier pour vérifier le contenu de la déclaration ? Dans l'espace OHADA, les greffiers ne sont pas suffisamment formés pour examiner de telles opérations. Dans un souci de protection des actionnaires et des créanciers, il conviendrait de prévoir un véritable contrôle de la part des greffiers et d'assortir ce contrôle d'une sanction. Cela suppose cependant de former ces derniers, pour qu'ils connaissent au moins la procédure de ces opérations afin d'effectuer un contrôle efficace. Cette formalité ne doit pas être prise à la légère en raison de ces conséquences. Toutefois, l'absence de déclaration de conformité ne constitue pas la seule cause de nullité.

---

988 Cass. com. 27 mai 2008 n° 07-11. 428 : *RJDA* 8-9/08 n° 899 ; CA Paris 16 nov. 2010 n° 08-16014 : *RJDA* 6/11 n° 518.
989 *Ibidem*.
990 C. com., art. L. 236-6, al. 3.

B) LES CAUSES DE LA NULLITÉ DE LA DÉLIBÉRATION DE L'UNE DES ASSEMBLÉES

638. La fusion ou l'apport partiel d'actif peut être annulé en raison de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé l'opération. Il n'est pas nécessaire de constater la nullité de la délibération des autres assemblées. Les causes d'une telle nullité sont assez restrictives tant en droit français (1) qu'en droit OHADA (2).

1) En droit français

639. Les textes applicables. La fusion emportant modification des statuts, la nullité de la délibération ne peut résulter, conformément à l'article L. 235-1, alinéa 1er du Code de commerce que d'une *« disposition expresse du livre II du Code de commerce ou des lois qui régissent la nullité des contrats »*. Cette nullité se divise en une nullité obligatoire et une nullité facultative.

640. La nullité obligatoire. L'article L. 225-121, alinéa 1er du Code de commerce dispose que sont nulles les délibérations notamment prises en violation des dispositions relatives aux conditions de quorum et de majorité[991]. À ce titre, il faut préciser que si l'approbation de la fusion implique en principe une majorité qualifiée, l'absence d'approbation par tous les actionnaires d'une fusion entraînant une augmentation de leurs engagements encourt la nullité. Par ailleurs, la fusion par absorption d'une société par une société par actions simplifiée implique que la décision soit approuvée à l'unanimité[992]. Enfin, la nullité de la délibération de l'assemblée générale est prononcée pour violation des règles relatives à l'ordre du jour[993].

641. La nullité facultative. Pour cette nullité, l'alinéa 2 de l'article L. 225-121 du Code de commerce dispose que « *l'assemblée peut être annulée en cas de violation des dispositions fixant le droit de communication des actionnaires préalablement à l'assemblée générale* »[994]. La nullité des délibérations de l'assemblée peut également résulter de la violation des règles concernant la forme et les délais de convocation des assemblées générales[995], étant précisé que la nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires sont présents ou représentés[996]. Celle-ci peut aussi résulter de la

[991] C. com. art. L. 225-96, al. 2 et 3.
[992] Sur ce point, V. *supra* n° 497; CA Versailles, 27 janv. 2005, *op. cit.* cassé par Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-17802, *op. cit.*, C. com.. , interprétation combinée des articles L. 227-3 et L. 236-5.
[993] C. com., art. L. 225-105 ; *supra* n° 528 et s.
[994] C. com., art. L. 225-115 et L. 225-116.
[995] V. *supra* n° 524 et s.
[996] C. com., art. L. 225-104, al. 2.

violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions[997] ou du défaut d'établissement de la feuille de présence[998].

642. Sauf les cas de nullités précités, une irrégularité qui n'est pas expressément sanctionnée par la nullité ne peut donc permettre de remettre en cause l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Ainsi, une fusion dont les modalités prévoyaient une parité d'échange telle que les actionnaires détenant une seule action ne pouvaient devenir actionnaires de la société absorbante, sauf à acquérir des rompus, et précisaient que ceux qui ne pourraient réunir un nombre entier d'actions se verraient verser une soulte, ne saurait être annulée[999], exception faite d'un abus de majorité.

643. L'abus de majorité. La nullité de la délibération de l'assemblée générale peut aussi résulter d'un abus de majorité. Cet abus implique que la décision soit contraire à l'intérêt social et prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité[1000]. Dans ce cadre, il convient de relever que la dissolution de la société absorbée ne peut en elle-même caractériser le fait que l'opération soit contraire à son intérêt social. En effet, la disparition, conséquence de la fusion résulte de la loi[1001]. Ils découlent des conditions cumulatives exigées par la jurisprudence que lorsqu'une décision majoritaire n'est pas contraire à l'intérêt social, elle n'est pas abusive alors même qu'elle avantagerait les majoritaires au détriment de la minorité[1002]. Néanmoins, il a déjà été reconnu un abus de majorité lors d'une fusion dans une hypothèse d'une sous-valorisation excessive de la société absorbée[1003] et dans une opération d'apport partiel d'actif réalisée au profit d'une société en commandite par actions contrôlées par les majoritaires[1004].

Par ailleurs, lors d'une fusion-absorption rapide consécutive à une opération de LBO, la décision de la société absorbée approuvant cette opération peut constituer un abus de majorité, si la société holding n'est pas l'actionnaire unique de la société cible. Ainsi, cet abus a été reconnu pour des résolutions tendant à vider de leur substance le patrimoine de sociétés au profit de

---

997 C. com., art. L. 235-2-1.
998 C. com., art. L. 225-114.
999 CA Rouen, 6 juill. 2004 : *RJDA* 2/2005, 146.
1000 Cass. com., 7 juill. 1980 : *Bull. civ.*, IV, n° 287, *Rev. sociétés* 1980, p. 315, obs. J. H., AUSGIE, art. 130.
1001 CA Rouen, 6 juill. 2004 : *RJDA* 2/2005, 146, confirmée par CA Paris, 26 mars 2009, n° 07/04287, C. et a. c/SA Cofradim et a. : *BJS* 2009, p. 741, note A. COURET.
1002 D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés : *JCP E*, 1994. 404.
1003 CA Versailles, 1er oct. 1986 : *Juris-Data* n° 1986-600949 ; *BJS* 1987, p. 27, note P. Le CANNU ; V. aussi CA Paris, 30 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991. 137, obs. GUYON, Cass. com., 11 oct. 1967: *BJS* 1967, § 175, p. 300, *RTD com.* 1968, p. 94, obs. R. HOUIN; *D.* 1968, jurispr. p. 136, V. A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*, n° 215.
1004 Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16.581 : *JurisData* n° 2004-026236; *JCP E* 2005, 17 ; *JCP E* 2005, 131 ; *BJS* 2005, p. 241, note P. Le CANNU.

holdings dans lesquelles le groupe majoritaire a des intérêts prépondérants[1005]. Un arrêt de la Cour de cassation a également annulé une décision de fusion au motif que la société absorbée présentait un actif 80 fois supérieur à celui de l'absorbante, constituée dans le seul dessein de racheter les titres de l'absorbée et que cette opération avait été réalisée pour faire échec aux droits d'un minoritaire[1006]. En revanche, l'abus de majorité n'a pas été retenu dans une espèce où le minoritaire accusait l'actionnaire majoritaire, la société holding, d'avoir abusé de sa position en faisant voter une fusion entre elle et la société d'investissement en cause. La demande fut rejetée au motif que le minoritaire ne rapportait pas la preuve que cette opération avait été effectuée dans l'unique dessein de favoriser l'actionnaire majoritaire au détriment de ses intérêts et de ceux des autres minoritaires[1007].

Enfin, l'abus de majorité peut aussi être sanctionné par une condamnation des actionnaires majoritaires à des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice ainsi subi par les minoritaires[1008].

644. La fraude. La nullité de la délibération peut aussi être prononcée pour violation des principes généraux du droit comme la fraude. Ainsi, dans le cadre d'une fusion rapide, la décision approuvant l'opération peut être entachée de fraude, si le but de l'opération est de contourner l'interdiction prévue à l'article L. 225-216, alinéa 1er du Code de commerce[1009]. Par conséquent, l'intention frauduleuse peut être constituée lorsqu'une garantie est octroyée sur les anciens actifs de la société cible le jour de l'acquisition du prêt ou juste après la réalisation de la fusion ou encore en cas de vente d'actifs importants pourtant nécessaire au développement de l'entreprise, afin de permettre le remboursement des emprunts contractés par la société holding[1010]. De même, l'intention frauduleuse pourrait être constituée si l'opération de fusion paraît dépourvue de toute justification économique et faite dans l'unique dessein de favoriser l'intérêt personnel de certains actionnaires[1011]. Une opération de fusion a été aussi annulée pour fraude parce que l'assemblée générale extraordinaire s'était tenue à l'insu de l'actionnaire minoritaire, dans le but de l'évincer[1012].

[1005] CA Rouen 17 mars 1970, 2e ch., Jean Canthelou et autres c/Société des Anciens Etablissements Gasse Frères et Canthelou Réunis : *Gaz. Pal.* 1970 II, jur. p. 236.
[1006] Cass. com. 11 octobre 1967, n° 65-13.852, Delage et autres c/Goubert : *BJS* 1967, § 175, p. 300, *RTD com.* 1968, p. 94, obs. R. Houin ; *D.* 1968, jurispr. p. 136.
[1007] Cass. com. 7 juillet 1980, Mamelle c/Société d'investissement mobilier SIM : *Rev. sociétés* 1981, p. 315, obs. J. H.
[1008] Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19.420, 88-19.783, Société Huber et Cie c/Consorts Lamps : *Rev. sociétés* 1990, p. 607, obs. Y. CHARTIER ; *D.* 1992, p. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE.
[1009] Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers.
[1010] La fusion rapide, Thèmexpress, *op. cit.*
[1011] Cass. crim., 10 juill. 1995, X., Y. et Z., *op. cit.*
[1012] Cass. com. 11 octobre 1967, n° 65-13.852, *op. cit.*

En outre, s'agissant des opérations sur le capital social qui peuvent être rapprochées des fusions, la Cour d'appel de Paris a qualifié un coup d'accordéon de frauduleux, car un faisceau d'indices lui avait permis d'établir qu'il avait été décidé par des majoritaires en fraude des droits des minoritaires, en raison d'une décision prise en plein été, d'une souscription trop brève pour permettre aux minoritaires de mobiliser les liquidités alors que les majoritaires souscrivaient par compensation et d'un rapport du CA indiquant que l'opération était justifiée par un besoin de trésorerie alors qu'elle était libérée par compensation et prime d'émission d'un montant injustifié par la situation financière de la société[1013]. Ensuite, ce fut au tour de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence d'annuler une décision d'assemblée générale qui avait décidé une augmentation de capital dans des circonstances qui avaient empêché l'un des associés d'y assister, ce qui avait eu pour conséquence de réduire sa participation de 23 à 0,49 %[1014]. Enfin, une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis l'annulation d'une augmentation de capital pour fraude en constatant que la précipitation de l'opération n'était pas imposée par une obligation légale de reconstituer urgemment les capitaux propres et que les minoritaires n'avaient pas eu suffisamment de temps pour souscrire[1015]. Par conséquent, « *les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire étaient intervenues en fraude du droit des actionnaires minoritaires* »[1016]. Ainsi, comme le résume parfaitement un auteur, « *il existe donc un réel mouvement jurisprudentiel d'acceptation des demandes de nullités d'assemblées générales sur le fondement de la fraude, identifiée et appliquée comme un fondement efficace permettant de contester des opérations inacceptables* »[1017]. En d'autres termes, la fraude peut constituer un moyen efficace pour atténuer le caractère restrictif des causes de la nullité d'une délibération de l'assemblée générale extraordinaire[1018].

645. La violation des dispositions régissant la validité des contrats. La nullité de la fusion peut également résulter de la violation des dispositions régissant la validité des contrats[1019]. Il s'agit notamment des vices du consentement[1020]. À cet égard, il a été jugé qu'un contrat classé secret-défense dont le contenu n'avait pas été révélé aux actionnaires ne pouvait justifier une action en nullité sur le fondement du dol dès l'instant où ce contrat avait été porté à la connaissance des commissaires à la fusion et pris en considération dans le cadre de leur

---

[1013] CA Paris, pôle 5, ch. 8, 26 juin 2012, n° 1104043, Dofirad BV c/Gross : *Dr. sociétés*, 2012, p. 23, note D. GALLOIS-COCHET.
[1014] V. THOMAS, Spolier intentionnellement un associé à l'occasion d'une augmentation de capital est frauduleux, note sous CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 13 déc. 2012, n° 11/16 034, G. c/SARL Euro free shopping : *Rev. sociétés* 2013. 354, note V. THOMAS.
[1015] Cass. com. 16 avr. 2013, n° 09-10.583 et 09-13.651 : *Dr. sociétés* 2013. comm. 114, note R. MORTIER.
[1016] Cass com., 11 janv. 2017, n° 14-27052 : *BRDA* 3/17 n° 2, p. 3.
[1017] S. SHILLER, La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution des sociétés, *op. cit.*
[1018] Ibidem.
[1019] A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.* n° 215.
[1020] CA Paris, 29 juin 2004, n° 03-19704 : *RJDA* 1/05 n° 36.

mission[1021]. De même, ne constitue pas un dol le fait d'avoir retenu une parité d'*« une action »* de l'absorbée contre *« quatre actions »* de l'absorbante alors que les calculs de la parité aboutissaient à « *une action pour 4,46 à 4,64* »[1022]. En effet, les magistrats ont considéré que s'il est exact que la parité est un peu défavorable, « *l'écart est assurément si minime qu'il exclut toute intention dolosive et en tout cas, trop peu significatif pour entraîner pour cette seule raison l'annulation de l'opération »*[1023]. On constate ici encore une hésitation des juges à prononcer la nullité d'une fusion et par extension, d'un apport partiel d'actif. Il en est de même en droit OHADA.

2) En droit OHADA

646. Les causes de nullité. Aux termes de l'article 243 de l'Acte uniforme, « *la nullité de tous actes, décisions ou délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que : d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ; des textes régissant la nullité des contrats en général ; ou de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente».*

647. En ce qui concerne la fusion, depuis la révision de l'Acte uniforme, ce dernier contient désormais des causes spécifiques de nullité de la délibération de l'une des assemblées qui doit décider de l'opération. Ce régime de nullité oscille entre des nullités impératives ou obligatoires et celles qui sont facultatives. Il est utile de rappeler que toutes les causes de nullité prévues sont applicables aux assemblées générales extraordinaires des sociétés participant à une opération d'apport partiel d'actif sur renvoi de l'article 684 de l'Acte uniforme aux dispositions des articles 670 à 683 de l'Acte uniforme (régime de la fusion).

648. En ce qui concerne les nullités impératives, il s'agit du défaut de consultation de l'assemblée générale extraordinaire[1024] et/ou des assemblées spéciales d'actionnaires[1025]. Il en est de même en cas de défaut du rapport des dirigeants[1026] ou de ceux des commissaires à l'opération[1027]. Par ailleurs, la nullité est obligatoire en cas d'absence d'approbation de la valeur des apports en nature[1028]. En outre, le législateur OHADA prévoit une nullité impérative lorsque

---

[1021] Cass. com., 3 juin 1998, Solet c/SA Matra : *BJS* 1998, p. 921, note A. COURET, *RJDA* 1998, p. 824, *JCP E* 1998, p. 1304, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; CA Paris, 16 janv. 1996, Berthier c/Matra: *Juris-Data n°* 1996-020897, *BJS* 1996, p. 500, note A. COURET.
[1022] CA Versailles, 1er oct. 1986 : *Juris-Data* n° 1986-600949, *op. cit.*
[1023] Ibidem.
[1024] Il peut s'agir du non-respect des règles de quorum v. *supra* n°487, CA Abidjan, arrêt n° 1121 du 8 août 2003, *op. cit.*,
[1025] AUSGIE, art. 671, al. 3.
[1026] AUSGIE, art. 671, al. 5.
[1027] AUSGIE, art. 672, dernier alinéa.
[1028] AUSGIE, art. 675.

le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif n'a pas été soumis aux assemblées d'obligataires de la société absorbée ou de la société apporteuse[1029]. Enfin, l'absence d'unanimité de l'une des assemblées générales extraordinaires sur la fusion absorption d'une société par une société par actions simplifié entraîne une nullité impérative[1030].

649. Pour les nullités facultatives, le législateur OHADA emploie le groupe de verbe « *peuvent être annulées* ». Cela semble laisser une possibilité au juge de prononcer ou non la nullité de l'assemblée générale extraordinaire concernée. Cette faculté concerne d'une part, l'absence de certaines mentions obligatoires dans le rapport des dirigeants[1031] ou des commissaires à l'opération[1032]. D'autre part, la nullité peut aussi être demandée en cas de non-respect de l'obligation de mise à disposition de certains documents requis par les textes[1033].

650. Au regard de ce qui précède, la différence entre ces deux formes de nullités réside dans la gravité de la violation de l'obligation. Les premières sanctionnent une violation totale des droits des actionnaires, quand les secondes ne sont mises en œuvre que lorsque l'obligation n'est que partiellement exécutée par le débiteur de celle-ci. Néanmoins, les nullités impératives seront très peu constatées en pratique, en raison d'un risque minime d'une telle violation. Les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif étant très complexes, il sera très rare que les sociétés parties à de telles opérations omettent complètement leurs obligations, la procédure de celles-ci étant souvent organisée et contrôlée par des conseils juridiques.

651. Les critiques. Cette réforme a le mérite d'assurer la sécurité juridique, car elle pallie ainsi l'absence de jurisprudence sur les éventuelles causes de la nullité. De plus, il a été fait un effort de clarification[1034]. Néanmoins, ce régime reste assez illisible. En effet, pour un même article voire un alinéa, le législateur OHADA prévoit à la fois la nullité impérative et la nullité facultative. Dans cette situation, la lecture devient fastidieuse, puisqu'il faudrait lire chaque alinéa d'un article pour déterminer son régime de nullité.

652. Pour plus d'efficacité, une unification du régime spécial de la nullité de la délibération de l'une des assemblées en cas de fusion semble indispensable pour assurer la sécurité juridique. Le législateur pourrait à la faveur d'une prochaine modification de l'Acte uniforme insérer un article, qui prévoirait une nullité impérative ou facultative en cas de non-respect des obligations

---

1029 AUSGIE, art. 678 et 686, al. 1er.
1030 AUSGIE, art. 853-6.
1031 AUSGIE, art. 671, al. 5.
1032 AUSGIE, art. 672, dernier alinéa.
1033 AUSGIE, art. 674, dernier alinéa.
1034 Ph. MERLE, Le nouveau droit des sociétés de l'OHADA, in *Mél. M. GERMAIN*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 565, spéc. pp. 572.

prévues en matière de fusion ou d'apport partiel d'actif. Dans l'attente d'une telle modification, les praticiens devraient redoubler de vigilance à la lecture dudit régime pour éviter des conséquences fâcheuses lorsqu'ils réalisent de telles opérations. La même vigilance sera appliquée aux opérations spéciales.

§2 — Les causes de nullité des opérations spéciales

653. Les opérations spéciales désignent l'opération simplifiée (A) et la fusion transfrontalière (B).

A) L'OPÉRATION SIMPLIFIÉE

654. L'opération simplifiée à 100 %. En droit français, la nullité ne peut résulter que du défaut de déclaration de conformité puisque les assemblées générales ne statuent pas en principe sur l'opération. Dans cette opération, la fusion ou l'apport partiel d'actif prend effet au jour de la décision des dirigeants[1035]. La question qui se pose alors est de savoir si la nullité de la décision des dirigeants peut entraîner celle de l'opération simplifiée. Une réponse négative semble s'imposer, eu égard au caractère restrictif des dispositions relatives aux causes de la nullité d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En effet, l'article L. 235-8, alinéa 1er du Code de commerce dispose que « *la nullité d'une opération de fusion ou de scission ne peut résulter que de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé l'opération ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 236-6* ». Aucune référence n'est faite à une quelconque décision des dirigeants ou même à une opération simplifiée. Néanmoins, une décision d'un tribunal de commerce a déjà prononcé la nullité d'une opération de fusion simplifiée, aux motifs que le Président de la SAS avait outrepassé ses pouvoirs en décidant seul de ladite opération sans l'autorisation du Conseil de surveillance prévue dans les statuts[1036]. Or, le Président, seul organe obligatoire, représente la société à l'égard des tiers et il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances 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[1037]. Il en résulte que le fait que le président n'ait pas sollicité préalablement à la fusion l'autorisation du conseil de surveillance pouvait certes engager sa responsabilité

[1035] V. *Supra* n° 556 et s.
[1036] T. com Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774 : *BJS* 2013, p. 223, note Ph. MERLE.
[1037] C. com., art. L. 227-6, al. 1er et 4.

personnelle au sein de la société, mais ne permettait pas de faire prononcer la nullité de la fusion[1038], d'autant plus que les causes de la nullité demeurent restrictives. Celle-ci aurait donc pu être prononcée sur le fondement de l'erreur commise, constitutive d'un vice du consentement[1039].

655. Il conviendrait de modifier l'article L. 235-8 du Code de commerce pour y inclure une autre cause de nullité pour les opérations simplifiées. Par exemple, le législateur pourrait prévoir la nullité de la délibération du conseil d'administration, du directoire ou du Président comme cause de nullité de l'opération simplifiée. Toutefois, la fraude peut aussi constituer une cause de nullité de cette forme d'opération.

656. En droit OHADA, la nullité pourrait résulter en plus du défaut de déclaration de conformité, de la nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire la société absorbante, parce que l'article 676 de l'Acte uniforme n'exclut pas l'approbation de l'opération par cette assemblée en cas de fusion simplifiée. Il n'en est de même de l'apport partiel d'actif simplifié à 100 %.

657. L'opération simplifiée à 90 % en droit français. Pour cette opération, la nullité pourrait résulter du défaut de déclaration de conformité et de la nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée, puisque l'approbation du projet par cette dernière n'est pas exclue par l'article L. 236-11-1 du Code de commerce, sauf lorsque la société absorbante rachète les actions des actionnaires minoritaires. Dans ce cas, c'est la procédure de la fusion simplifiée à 100 % qui s'applique et, par conséquent, seule la première cause de nullité peut être invoquée, comme c'est le cas notamment pour la fusion transfrontalière.

B) LA FUSION TRANSFRONTALIÈRE

658. La fusion transfrontalière se caractérise par un double contrôle en droit français (1) et la nullité d'une telle opération dépend de l'ordre juridique concerné (2).

[1038] Ph. MERLE, note sous T. Bayonne 31 oct. 2012, n° 2012/004774, *op. cit.*
[1039] *Ibid.*

1) Un double contrôle en droit français

659. Le contrôle de l'opération de fusion s'effectue à un double niveau en matière de fusion transfrontalière. Ainsi, à côté d'un contrôle de conformité, il existe un contrôle de légalité.

660. Le contrôle de conformité. Il est prévu que, dans un délai de huit jours à compter du dépôt de la déclaration de conformité[1040], le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société participant à l'opération est immatriculée, délivre, après avoir procédé au même contrôle qu'en matière de fusion de droit interne[1041], une attestation de conformité des actes et des formalités préalables à la fusion[1042]. Le cas échéant, ce certificat précise si une procédure d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des actionnaires minoritaires est en cours[1043].

661. Le contrôle de légalité[*1044*]. Un notaire ou le greffier du tribunal dans le ressort duquel la société issue de la fusion sera immatriculée contrôle la légalité de la réalisation de la fusion dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'ensemble des documents[1045]. Il doit en particulier contrôler que les sociétés qui fusionnent ont bien approuvé un projet de fusion dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été correctement respectées[1046]. Pour mener à bien sa mission, le notaire ou le greffier doit recevoir de chaque société participante un dossier contenant, outre l'attestation de conformité délivrée par le greffier et datant de moins de six mois, le projet commun de fusion transfrontalière, les statuts de la société issue de la fusion transfrontalière, une copie des avis relatifs aux publicités légales, une copie du procès-verbal des assemblées des actionnaires et des obligataires et, enfin, un document attestant que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet de fusion dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été fixées conformément aux prescriptions légales[1047].

662. Il convient enfin de préciser que le notaire qui procède éventuellement au contrôle de légalité est soumis à un certain nombre d'interdictions qui garantissent son indépendance. En effet, il ne doit avoir ni instrumenté, ni rédigé d'actes sous seing privé, ni donné de

---

[1040] C. com., art. R. 236-17.
[1041] C. com., art. L. 236-6, sur renvoi.
[1042] C. com., art. L. 236-29, al. 1er.
[1043] C. com., art. L. 236-29, al. 2.
[1044] C. com., art. L. 236-30.
[1045] C. com., art. R. 236-20.
[1046] *Ibidem*
[1047] C. com., art. R. 236-19.

consultations juridiques à l'occasion de l'opération pour laquelle le contrôle est effectué, ni exercé dans une société ou dans un office qui aurait réalisé ces actes[1048]. Le non-respect de ces procédures rend la réalisation de l'opération hypothétique, voire impossible, puisqu'aux termes de l'article L. 236-31, 2° du Code de commerce, la fusion transfrontalière prend effet « *en cas de transmission à une société existante, selon les prévisions du contrat, sans toutefois pouvoir être antérieure au contrôle de légalité […]* ».

663. Ces contrôles assurent la sécurité juridique et la protection des intérêts des actionnaires et des créanciers, faute pour ceux-ci de pouvoir demander la nullité de l'opération après sa réalisation.

2) La nullité de la fusion transfrontalière selon l'ordre juridique concerné

664. Une nullité impossible en droit français. La nullité de la fusion transfrontalière soumise à la directive ne peut plus être recherchée, dès lors que l'opération a produit ses effets[1049]. C'est une mesure sécurisante pour celle-ci, mais moins pour les créanciers. La fixation de la date de prise d'effet est donc très importante[1050]. Il en est de même des contrôles de conformité et de légalité de l'opération.

665. En droit OHADA. Dans cet ordre juridique, en revanche, la nullité d'une fusion transfrontalière ou d'un apport transfrontalier peut être recherchée sur le fondement des causes prévues pour la fusion interne, en raison notamment du fait qu'il résulte de l'article 199 de l'Acte uniforme que « *Dans ce cas (fusion ou apport partiel d'actif transfrontalier), chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme dans l'État Partie de son siège* ». Par conséquent, les causes de nullité d'une délibération de l'une des assemblées prévues aux articles 671 et suivants de l'Acte uniforme s'appliquent en cas d'opération transfrontalière. De façon générale, ces causes restrictives tendent à assurer la sécurité juridique des opérations, au détriment de la protection des intérêts des actionnaires et des créanciers. Il en est de même dans l'action en nullité qui se manifeste par des effets limités.

[1048] C. com., art. R. 236-18.
[1049] Dir. 2005/56/CE, *op. cit.*, art. 17, C. com., art. L. 236-31, al. 2.
[1050] V. *supra* n°539 et s.

SECTION II — L'ACTION EN NULLITÉ AUX EFFETS LIMITES

666. Les actionnaires peuvent agir en nullité de la fusion ou de l'apport partiel d'actif. Il en est de même des anciens actionnaires. Ainsi, il a été jugé que seuls ces derniers sont « *en mesure d'agir pour faire prononcer la nullité de la fusion et, en cas de succès, pour faire rétablir la société dans sa situation antérieure* »[1051]. Il a ainsi été jugé que le commissaire aux comptes de la société absorbée n'a pas d'intérêt légitime pour agir en nullité de la fusion, sauf en cas de fraude[1052]. La qualité d'actionnaire s'apprécie au moment de la réalisation de l'opération. Néanmoins, la nullité se distingue par son caractère illusoire. Ce dernier se manifeste tant de l'action en nullité qui obéit à un régime particulier (§1) que dans les effets de celle-ci (§2).

§1 — L'action en nullité, un régime particulier

667. L'étude de l'action en nullité recouvre deux points : la possibilité de régularisation ou de couverture offerte par le législateur français et OHADA (A) et le délai de prescription de celle-ci (B).

A) LA POSSIBILITÉ DE RÉGULARISATION OU DE COUVERTURE

668. En droit français. En droit français, selon l'article L. 235-8, alinéa 2 du Code de commerce*, « 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 ».* Par exemple, il a été admis que le défaut d'unanimité des actionnaires d'une société anonyme pour décider de la fusion absorption de celle-ci par une société par actions simplifiée ne peut plus constituer une cause de nullité de la fusion, cette irrégularité ayant été couverte par

[1051] CA Paris, 29 juin 2004, n° 03-19704, *op. cit.* — dans le même sens : CA Versailles, 27 janv. 2005, *op. cit.,* CA Paris, 16 janv. 1996, Berthier et a. c/SA Matra-Hachette : *JCP E* 1996, n° 7, p. 215.
[1052] Cass. com. 7 oct. 1997, n° 1975 D, Guez c/Sté Enichem : *BJS* 1997, p. 1053, note P. LE CANNU.

la transformation de la SAS en société anonyme intervenue à la suite d'une assemblée générale extraordinaire[1053].

669. En droit OHADA. Aux termes de l'article 247 de l'Acte uniforme, *« la juridiction compétente saisie d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité. Elle ne peut pas prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance ».*

670. La possibilité de régulariser les vices affectant la fusion ou l'apport partiel d'actif a pour but d'assurer la sécurité juridique de telles opérations. En effet, l'octroi d'un délai de régularisation semble de droit lorsque la régularisation est possible. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une compétence liée du juge[1054]. Le pouvoir d'appréciation de ce dernier ne concerne que la durée du délai, faute de précision contraire dans les textes. Au regard de ce qui précède, il semble très difficile d'obtenir la nullité d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, parce que la plupart des causes de nullité précitées apparaissent régularisables. De plus, l'action de nullité doit être exercée dans un délai précis.

B) LE DÉLAI DE PRESCRIPTION

671. Un délai de prescription abrégé. Aux termes des articles L. 235-9, alinéa 2 du Code de commerce et 251, alinéa 3, de l'Acte uniforme, « *l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération ».* Ce bref délai n'est donc pas protecteur des actionnaires et des créanciers. Dans ce contexte, la question qui se pose concerne l'interprétation à lui donner. Doit-il être interprété de manière extensive ou restrictive ? Compte tenu du fait qu'il est moins protecteur, il devrait avoir une interprétation restrictive, c'est-à-dire ne s'appliquer qu'aux opérations citées dans cet article, à savoir la fusion et la scission. Dans ce cas, pour l'apport partiel d'actif, le délai de prescription serait le délai de trois ans[1055]. Ce n'est cependant pas le choix de la Cour de cassation qui déclare « *qu'après avoir retenu que l'opération d'apport partiel d'actif avait été placée et réalisée sous le régime applicable aux scissions et exactement énoncé que le délai de prescription abrégée de six mois prévu par le second alinéa de l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 235-9 du Code de commerce, était donc applicable à l'action tendant à l'annulation de cette opération* »[1056].

[1053] CA Paris, 26 mars 2009, n° 07/04287, C. et a. c/SA Cofradim et a., *op. cit.*
[1054] A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*, C. com., art. L. 235-8 al. 2 ; AUSGIE, art. 247.
[1055] C. com., art. L. 235-9, al. 1er ; AUSGIE, art. 251, al. 2.
[1056] Cass. com. 3 juin 2003, n° 931 FSP, Consorts Matruye c/SA La Téléphonie française : *BJS* 2003, p. 933, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 145, obs. H. HOVASSE.

Certes, l'article L. 235-9 du Code de commerce est silencieux sur un tel délai en cas d'action en nullité de l'apport partiel d'actif. Néanmoins, il fait référence à la scission dont l'apport partiel d'actif emprunte le régime juridique. La Haute juridiction s'engage dans la voie de l'application à un apport partiel d'actif de l'ensemble du régime juridique de la scission dès lors que les sociétés décident de placer cette opération sous celui-ci.

672. Cependant, pour allonger ce délai assez court, les demandeurs peuvent justifier d'une suspension selon une décision jurisprudentielle[1057], ce qui signifie qu'il s'agirait d'un délai de prescription et non d'un délai préfix[1058]. Mais en l'absence de preuve d'une cause de suspension du délai de prescription de six mois, l'actionnaire qui demanderait la nullité de l'opération hors celui-ci serait forclos[1059]. Néanmoins, il convient de noter que lorsque la cause de nullité est l'absence de dépôt de la déclaration de conformité, la prescription doit être celle de droit commun, puisque cette absence de dépôt rend impossible la modification de l'inscription au registre du commerce, sauf erreur du greffe modifiant l'inscription au registre du commerce sans ce dépôt[1060].

673. Un délai de prescription spécifique en cas de fraude ou d'abus de majorité. Le délai de prescription abrégé n'est pas applicable en cas de fraude ou d'abus de majorité. L'action en nullité pour fraude fait exception à toutes les règles. En effet, un arrêt de la Haute juridiction française confirme cette exception[1061]. La Chambre commerciale de la Cour de cassation considère que « *l'action en nullité fondée sur l'inobservation des dispositions applicables aux conventions réglementées ne s'appliquent pas lorsque leur annulation est demandée pour violation des lois ou principes régissant la nullité des contrats* »[1062] et en particulier pour fraude invoquée dans l'espèce. Ainsi, même si l'article L. 235-9, alinéa 2 du Code de commerce aménage un régime dérogatoire en matière de fusion ou d'apport partiel d'actif en prévoyant un délai abrégé de six mois, celui-ci n'empêche pas pour autant l'application de la prescription de droit commun en dehors du champ assigné au droit spécial. Cette possibilité ouverte au droit commun fournit « *un moyen aisé pour contourner les contraintes du droit spécial* »[1063] *et « la solution pourrait donner l'idée aux praticiens d'invoquer plus souvent la nullité pour fraude, de manière à pouvoir bénéficier du délai de prescription*

1057 Cass. com. 3 juin 2003, n° 931 FSP, Consorts Matruye c/SA La Téléphonie française, *op. cit.*
1058 A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*
1059CA Rennes, 2e ch., 19 juin 2007, Mazureau c/SAS Charal : *JurisData* n° 2007-353693 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 80, note J. MONNET.
1060 A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*
1061 Cass. com., 3 avr.2013, n° 12–15.492: *D.* 2013. 1384, note B. DONDERO; *Rev. sociétés*, 2013. 560, note A. REYGROBELLET ; *LPA* du 8 oct. 2013, n° 201, p. 5, IV, note S. MESSAÏ-BAHRI ; *JCP E* 2013. 1328, note H. HOVASSE; *Dr.sociétés* 2013, comm. 138, note M. ROUSSILLE.
1062 *Ibidem.*
1063 A. REYGROBELLET, note préc.

quinquennale du droit commun »[1064]. En d'autres termes, l'action en nullité sur le fondement de la fraude permet de contourner la prescription abrégée et d'accroître ainsi les possibilités de contestation[1065].

674. *In fine*, le législateur français et OHADA semblent avoir voulu que la nullité des opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif reste exceptionnelle. Mais, si le juge accueille la demande d'annulation de l'opération, il prononce dans ce cas la nullité de celle-ci qui produit néanmoins, des effets limités.

§2 — Les effets limités de la nullité de l'opération

675. Nous verrons les conséquences de la nullité (A) avant d'étudier la responsabilité des dirigeants (B).

A) LES CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ

676. La publicité de la décision. Aux termes des articles L. 235-11, alinéa 1er du Code de commerce « *lorsqu'une décision judiciaire prononçant la nullité d'une fusion ou d'une scission (ou d'un apport partiel d'actif) est devenue définitive, cette décision fait l'objet d'une publicité* » et 254 de l'Acte uniforme, « *la décision qui prononce la nullité d'une fusion ou d'une scission (ou d'un apport partiel d'actif) doit être publiée dans un délai d'un mois à compter du jour où cette décision est devenue définitive* ». Toutefois, en pratique, cette publicité est ineffective et inefficace dans les deux ordres juridiques, ce qui ne renforce pas la protection des actionnaires et des créanciers.

677. En premier lieu, en droit OHADA, l'article 254 précité indique seulement le délai de publication de la décision. Mais, il demeure silencieux sur le fait de la publier dans un journal d'annonces légales. Néanmoins, par analogie avec le régime de la publicité de la décision prononçant la nullité d'une société[1066], celle-ci doit être publiée dans un tel journal.

678. En second lieu, en droit français, l'article L. 235-11, alinéa 1er du Code de commerce dispose que « *cette décision fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'État* ». Or, à ce jour, aucun article n'a été pris pour préciser les modalités de cette publicité. En effet, les articles de la partie réglementaire, contenus dans le chapitre V, intitulé Des nullités, lui-

1064 H. HOVASSE, note préc.
1065 S. SHILLER, La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution des sociétés, *op. cit.*
1066 AUSGIE, art. 252.

même inséré dans le Titre III (dispositions communes aux diverses sociétés commerciales) du Livre II, ne font aucune référence à la publicité prévue à cet article. L'on s'étonne de cet oubli du législateur qui porte atteinte aux droits des actionnaires et des créanciers. Cependant, dans un souci de protection de ces derniers, la publicité pourrait intervenir au BODACC et dans un journal d'annonces légales dans un délai d'un mois.

679. L'inopposabilité de la nullité. Aux termes des articles L. 235-12 du Code de commerce et 255, alinéa 1er, de l'Acte uniforme, « *ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi* ». À ce titre, la bonne foi du tiers se présume. Mais cette présomption tombe si la preuve de la mauvaise foi est rapportée, plus précisément la preuve de la connaissance de la cause de la nullité par le tiers ou celle de son ignorance illégitime[1067].

680. La responsabilité des sociétés parties à l'opération. La nullité ne dispose que pour l'avenir. Elle ne bénéficie d'aucun effet rétroactif[1068]. Au regard de l'absence de cet effet, les articles L. 235-11, alinéa 2 du Code de commerce et 254 de l'Acte uniforme posent des règles très précises en ce qui concerne la décision de nullité de la fusion ou de l'apport partiel d'actif, en prévoyant que cette décision ne produit aucun effet « *sur les obligations nées à la charge ou au profit des sociétés auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prend effet la fusion ou la scission (ou apport partiel d'actif) et celle de la publication de la décision prononçant la nullité* ». C'est un principe protecteur des droits des créanciers et des actionnaires. Toujours dans cet objectif, les articles précités prévoient aussi qu'en cas de nullité, les sociétés ayant participé à l'opération sont solidairement responsables de l'exécution des obligations à la charge de la société absorbante[1069]. Il en est de même en cas d'une opération d'apport partiel d'actif, de la société apporteuse pour les obligations de la société bénéficiaire de l'apport[1070]. Au vu de ce qui précède, une société participante ne peut pas se prévaloir de la nullité pour refuser l'exécution de ses obligations. La solidarité entre celle-ci et l'autre société contribue à la protection des intérêts des actionnaires et des créanciers.

681. Compte tenu des conséquences dangereuses que la sanction de nullité entraîne pour l'opération, plus particulièrement pour la fusion, celle-ci n'est guère adaptée aux opérations de restructuration. Il serait donc préférable de s'orienter vers un système de mise en cause

---

1067 R. MASAMBA, Le régime des nullités issues de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE : *Jour. sociétés,* 2014*,* n° 120, p. 21.
1068 C. com., art. L. 235-11, al. 3 ; AUSGIE, art. 253 et 254.
1069 C. com., art. L. 235-11, al. 3 ; AUSGIE, art. 254.
1070 cette solidarité est différente de celle qui conditionne l'exercice du droit d'opposition des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif.

personnelle des dirigeants qui n'ont pas correctement appliqué les règles procédurales entourant ces opérations[1071].

B) LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES DIRIGEANTS

682. À chaque étape du processus de fusion ou d'apport partiel d'actif, la responsabilité personnelle des dirigeants peut être engagée. Ainsi, comme précédemment analysé, ces derniers peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée pour le non-respect de l'obligation d'information[1072]. C'est une sorte de protection *a priori*, c'est-à-dire avant la réalisation de l'opération, des actionnaires et des créanciers. Dans le cas qui nous intéresse, ils peuvent être condamnés lorsque la nullité de la fusion leur est imputable. C'est en quelque sorte une protection *a posteriori* à la réalisation de l'opération pour les catégories précitées. Le principe de cette responsabilité est prévu dans les textes. En effet, aux termes de l'article L. 235-13 du Code de commerce « *l'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. La disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché. Cette action se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité a été couverte* » et 256 de l'Acte uniforme, *« les associés et les dirigeants sociaux auxquels la nullité est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société. L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. La disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché. Cette action se prescrit par trois ans à compter du jour ou la nullité a été couverte ».* Ainsi, la responsabilité civile des administrateurs et autres dirigeants pourrait être mise en cause en cas de violation d'une disposition légale, si l'existence d'une faute de gestion, d'un préjudice et d'un lien de causalité sont établis[1073]. À cet égard, il convient de rappeler que l'opération de fusion elle-même ne saurait en principe constituer une faute de gestion dans la mesure où la fusion est décidée par l'assemblée générale[1074].

[1071] J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif » : *Rép. Droit des sociétés* de janv. 2011. Ce document a été actualisé en janv. 2016, n° 121.
[1072] V. supra n°273 et s.
[1073] A. BONNASSE et N. JÜLLICH, Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation, *op. cit.*, V. C. com., art. L. 225-251. *supra* n° 369 et s.
[1074] V. *supra* n° 485 et s.

683. Par ailleurs, il résulte des textes que cette action se prescrit par trois ans et que même en présence d'une couverture ou régularisation de la nullité, les actionnaires ou les créanciers peuvent exercer une action en dommages et intérêts. Ce sont des mesures protectrices pour ces derniers.

CONCLUSION DU TITRE II

684. Le droit des fusions applicable à l'apport partiel d'actif prévoit une compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire, en raison de la modification des statuts que ces opérations entraînent. Toutefois, cette compétence n'existe pas en cas d'opération simplifiée à 100%.

685. Par ailleurs, les textes envisagent également une consultation des assemblées spéciales d'actionnaires et des assemblées d'obligataires pour renforcer leurs droits dans de telles opérations. Néanmoins, l'efficacité de cette obligation se constate seulement pour les assemblées spéciales des actionnaires.

686. Enfin, pour renforcer l'efficacité du droit de consultation, les textes prévoient la nullité de l'opération. Mais, comme développé précédemment, c'est une sanction illusoire en raison des causes restrictives de sa mise en œuvre et de ses effets limités.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

687. Dans cette première partie, il a d'abord été montré que le droit français et le droit OHADA accordent un droit d'information aux actionnaires et aux créanciers lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif afin de permettre à ces derniers de protéger aux mieux leurs intérêts lors de l'une ou l'autre opération. Mais il a été aussi démontré que ce droit d'information semble inefficace. Cette inefficacité résulterait notamment d'une information au contenu insuffisant et dont les modalités de mise à disposition demeurent ambiguës, d'autant plus que la principale sanction du non-respect de cette obligation, la responsabilité des dirigeants, ne contribue pas à renforcer cette efficacité, puisqu'elle est soumise à des conditions restrictives.

688. Par ailleurs, l'information accordée aux créanciers leur permet de faire opposition à l'opération. Or, il s'avère que ce droit est également inefficace. Cette situation se justifie au regard des conditions restrictives de mise en œuvre de ce droit et de ses effets.

689. Dans un second temps, il a été exposé que les ordres juridiques étudiés confèrent en plus du droit d'information, un droit de consultation, pour permettre aux catégories précitées de se prononcer sur l'opération. Néanmoins, cette consultation est limitée, ce qui paraît critiquable. Il a de même été démontré que le droit de veto reconnu à l'assemblée spéciale des actionnaires renforce le droit de consultation de ladite assemblée, ce qui n'est pas le cas pour l'assemblée des obligataires. L'inefficacité de ce droit de consultation résulte également d'une certaine hésitation des tribunaux à prononcer la nullité de l'opération.

690. Ce constat d'inefficacité semble prouver que le droit d'information et de consultation ne permet pas aux catégories précitées de protéger aux mieux leurs intérêts lors de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. La question que l'on peut se poser est de savoir si cette inefficacité sera aussi constatée dans l'application du principe de transmission universelle du patrimoine, l'autre mesure de protection des actionnaires et des créanciers lors de ces opérations. Dans les développements qui suivent, des éléments de réponses seront proposés.

DEUXIÈME PARTIE : LA PROTECTION RELATIVE DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS PAR LE PRINCIPE DE TRANSMISSION UNIVERSELLE

691. La notion de transmission universelle du patrimoine. Le principe de transmission universelle du patrimoine constitue le fondement de l'opération de fusion et par extension, il s'applique à l'apport partiel d'actif soumis au régime de la scission. Ce mécanisme a été emprunté par le droit des sociétés au droit successoral[1075]. Par la transmission universelle du patrimoine, la société absorbée transmet l'ensemble de son patrimoine à la société absorbante. Dans le cas d'un apport partiel d'actif, il s'agit de transférer le patrimoine lié à la branche d'activité à la société bénéficiaire. Ce principe trouve son fondement dans les différents textes tant en droit français qu'en droit OHADA. Ainsi, le législateur français prévoit respectivement à l'article 1844-4 du Code civil qu'« *une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion. Elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles* » et à l'article L. 236-1, alinéa 1er du Code de commerce dispose qu'« *une ou plusieurs sociétés peuvent par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. Une société peut par voie de scission transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles* »[1076]. Par ailleurs, l'article L. 236-3 du Code de commerce dispose que « *la fusion […] entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires*… ». Il en est de même de l'article 189 de l'Acte uniforme dont les dispositions prévoient que « *la fusion est l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule soit par création d'une société nouvelle soit par absorption de l'une par l'autre []. La fusion entraîne la transmission à titre universel du patrimoine de la ou des sociétés qui disparaissent du fait de la fusion à la société absorbante ou à la société nouvelle* ».

[1075] Pour une étude complète, vf. A.-S. BARTHEZ : La transmission universelle des obligations, étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés, Thèse, Paris I, 2000.
[1076] C. com., art. L. 236-1 al. 1.

692. De par ses conséquences, la transmission universelle du patrimoine constitue une mesure protectrice des intérêts en présence lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En effet, par ce principe, les droits des actionnaires de la société absorbée sont maintenus dans la société absorbante pour la fusion et la société apporteuse dans une opération d'apport exerce les droits de l'actionnaire dans la société bénéficiaire (**Titre I**).

693. En ce qui concerne les créanciers, la transmission universelle du patrimoine semble être une protection limitée (**Titre II**).

TITRE I : LE MAINTIEN DES DROITS DES ACTIONNAIRES

694. La continuité de l'actionnariat, un principe bien établi. L'effet dévolutif de la transmission universelle du patrimoine entraîne la dissolution de la société absorbée en cas de fusion et une réorganisation de la société apporteuse en cas d'apport partiel d'actif. À ce titre, dans la première opération, les actionnaires bénéficient d'une protection. C'est la raison pour laquelle le législateur français[1077] et OHADA[1078] prévoient qu'« *elle (la fusion) entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion* ». Cette continuité de l'actionnariat résulte de l'effet légal de la transmission universelle du patrimoine. Cependant, l'acquisition de la qualité d'actionnaire de la société absorbante est subordonnée à un échange des droits sociaux (**chapitre I**). Toutefois, la continuité de l'actionnariat ne constitue pas le seul moyen de protection des actionnaires, d'autres mesures protectrices existent (**chapitre II**).

[1077] C. com., art. 236-3.
[1078] AUSGIE, art. 191.

CHAPITRE I — L'ÉCHANGE DES TITRES, UNE MESURE PROTECTRICE RELATIVE

695. L'échange des droits sociaux se réalise au moyen d'une parité d'échange déterminée par les sociétés à l'opération. Pour ce faire, celles-ci doivent préalablement être évaluées par des experts (**section I**) avant tout échange (**section II**).

SECTION I — L'ÉVALUATION DES SOCIÉTÉS PARTICIPANTES

696. L'évaluation des sociétés pose plusieurs problèmes. D'abord, cette notion ne bénéficie d'aucune qualification juridique. Ensuite, elle ne porte que sur des questions monétaires et enfin, par celle-ci, la valeur d'un bien est déterminée[1079]. Cette dernière désigne le prix auquel un bien peut être vendu sur le marché[1080]. Il y a donc un certain subjectivisme[1081].

697. L'évaluation des sociétés parties à l'opération demeure confrontée à certaines difficultés (§1) et dans le cadre de celle-ci, les évaluateurs peuvent voir engager leur responsabilité (§2).

§1 — Les difficultés de l'évaluation des sociétés participantes

698. Les difficultés peuvent être classées en deux catégories : celles relatives à la nature de l'évaluation (A) et celles concernant les méthodes d'évaluation (B).

[1079] G. DECOCQ, *Essai sur l'évaluation*, Thèse, Paris II, 1996.
[1080] G. CORNU, *op.cit.* V. Vénal, p.1065.
[1081] M. BEN SDIRA, La protection des actionnaires minoritaires à l'occasion des fusions de sociétés, Thèse, Limoges 2014, p. 100.

A) LES DIFFICULTÉS RELATIVES À LA NATURE DE L'ÉVALUATION

699. Les difficultés relatives à la nature de l'évaluation tiennent à la complexité de l'objet de l'évaluation (1) et à la particularité de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif (2).

1) La complexité de l'objet de l'évaluation

700. Les sociétés, objet de l'évaluation. Les difficultés de l'évaluation résident dans le fait que son objet est constitué de sociétés ou d'une fraction de société en cas d'apport partiel d'actif[1082]. Cette complexité est notamment due à la personnalité morale et à l'autonomie patrimoniale de la société concernée.

701. La difficulté apparaît plus marquée dans l'évaluation des biens incorporels, contrairement aux biens corporels. De plus, l'incidence des mobiles et des sentiments ne permettent pas de véritablement évaluer des biens qui sont parfois « i*nestimables »*[1083]. Dans ces conditions, la détermination de la valeur de la société avec tous ses éléments d'actif et de passif devient extrêmement difficile. La solution définitive doit tenir compte « *de tous les éléments psychologiques, économiques, commerciaux tirés de la structure même des entreprises dont on doit faire l'évaluation et qui par définition, échappent à tout calcul à base mathématique »*[1084].

702. Par ailleurs, l'évaluation d'un bien semble empreinte d'aléas. Cette position a été confirmée par un jugement du tribunal de commerce de la Seine en ces termes « *si la formule […] appliquée aux faits de la cause pour calculer la valeur d'une société ne peut permettre de déterminer une valeur exacte, tentative parfaitement vaine étant donné le caractère relatif et aléatoire de toute évaluation d'un bien, il suffit pour ce tribunal de constater qu'elle n'est pas absurde* »[1085]. Une doctrine avisée a considéré que cette décision constitue une « *bouffée de bon sens* »[1086].

703. La ou les valeurs d'une société. La question se pose de savoir s'il existe une seule voire plusieurs valeurs de la société. Selon un auteur, « *chaque essai d'approche de la notion de valeur d'entreprise est une source de perplexité pour l'observateur ou l'analyste : non seulement cette valeur paraît flotter dans l'espace et le temps, telle une bulle de savon, prête à monter ou à descendre au moindre soufflet, mais encore*

[1082] M. BEN SDIRA, thèse précitée *op. cit*, p. 102.
[1083] A. BERNARD, Estimer l'inestimable : *RTD civ.* 1995, p. 271.
[1084] J.-M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature : *D.* 1974, I, p. 94.
[1085] Trib. com. de la Seine, 8 juil.1960 : *RTD com.*, 1961, p. 636, obs. R. HOUIN.
[1086] J.-M. ROBERT, *op. cit.*

tout le monde ne la voit pas de la même couleur »[1087]. Un autre abonde dans le même sens, « *la valeur d'une entreprise est d'autant plus changeante et multiple que ses diverses composantes n'ont pas le même intérêt pour tous les observateurs : ce qui paraît essentiel aux uns peut être accessoire aux autres »*[1088]. Il résulte de ces observations qu'il existe plusieurs valeurs de la société. En effet, pour les sociétés parties à un projet de rapprochement, elle dépendrait de l'objectif de l'opération.

704. La prise en compte des mobiles et des finalités. Une autre question est de savoir si les mobiles et finalités de l'opération doivent être pris en compte dans l'évaluation des sociétés et partant dans la détermination de la parité d'échange. La doctrine paraît divisée. Pour un auteur, il faut exclure « *toutes évaluations qui reposeraient sur des hypothèses de fonctionnement mêmes si elles sont vraisemblables, voire probables, mais qui ne sont pas encore réalisées et qui peuvent, comme toutes prévisions être démenties par les faits* »[1089]. La prise en compte de ces éléments dans l'évaluation des sociétés introduit des facteurs subjectifs, incertains. Dans ce cas, il y a un risque de surévaluation préjudiciable aux intérêts des actionnaires. Par conséquent, il convient de ne prendre en compte dans l'évaluation des sociétés participantes que les « *facteurs objectifs et mesurables* ». Pour l'AMF (ex-COB), l'appréciation *« des facteurs subjectifs et non mesurables* » relève de la négociation[1090]. En effet, « *s'il est normal de s'appuyer sur les données du passé, il serait irréaliste et parfois nuisible à l'équité de prétendre écarter systématiquement les éléments d'avenir. La commission estime toutefois qu'en raison de la part d'incertitude qui s'attache à leur évaluation, ils devraient apparaître comme des motifs du choix final du rapport d'échange* »[1091]. La raison principale de l'exclusion des mobiles et de l'avenir dans l'évaluation des sociétés résiderait dans leur incertitude. Or, il ressort de la pratique que l'avenir est souvent pris en compte dans l'évaluation, mais aussi dans la détermination de la parité d'échange. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, « *il faut nécessairement faire l'évaluation en tenant compte des finalités de l'opération et par conséquent après définition de sa véritable nature économique qui peut d'ailleurs ne pas être la même pour les différentes parties en présence* »[1092]. Admettre le contraire, c'est nier l'opération de fusion comme technique de rapprochement entre des sociétés, mais surtout développer « *la sous-évaluation de l'entreprise apportée qui demeure regrettable malgré la sous-évaluation proportionnelle de l'entreprise absorbante* »[1093]. De plus, l'exclusion de la finalité de l'opération de

---

[1087] PH. COMTE, Valeurs économiques et valeurs juridiques dans les fusions d'entreprises, Entreprises Moderne d'Édition, 1970, p. 116.
[1088] G. HIRIGOYEN, *Problématique de l'évaluation des entreprises*, in Identité de la gestion, *Mél.en l'honneur du Professur P. LASSEGUE*, Vuibert GESTION, 1991, p. 83 et s., spéc. p. 84.
[1089] Ch. PINOTEAU, A propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel : *JCP G* 1973, études et commentaires n° 11134.
[1090] AMF (ex COB) Rapport Annuel pour 1976, p. 26.
[1091] *Ibid.*
[1092] R. PIROLLI, La parité d'échange des titres dans les fusions, in *Mél.Vigreux*, tome II, 1981, p. 607 et s., spéc.p.608.
[1093] *Ibidem*, p. 108.

l'évaluation des sociétés ne tient pas compte de la particularité de la fusion dans sa conception économique et financière[1094]. En définitive, l'évaluation devrait se faire dans « *une logique originale consistant à mesurer la part contributive de deux corps étrangers dans la synthèse d'un corps nouveau* »[1095]. Elle doit donc tenir compte des « *effets de synergie escomptés de la fusion* »[1096]. En d'autres termes, il faudrait prendre en compte l'impact positif de la fusion sur la croissance de la société absorbante.

705. Cette position est critiquable à plusieurs égards. Premièrement, la prise en compte de la finalité de l'opération renforcerait la complexité de l'évaluation des sociétés et pourrait favoriser la surévaluation de la société absorbée. Par ailleurs, les résultats futurs sont incertains et aléatoires. Une activité florissante aujourd'hui ne le sera pas forcément demain. Il suffit qu'une crise ou une guerre éclate dans un pays pour impacter un marché donné. À titre d'exemple, antérieurement à son rapprochement avec HOLCIM, la société LAFARGE rencontrait des difficultés en raison de sa grande dépendance au marché des pays africains producteurs de pétrole, mais aussi de la concurrence des pays émergents. Or, la chute du cours du pétrole a eu un impact sur l'économie de ces pays et par ricochet, sur les sociétés dépendant de leur marché. Quant à la société HOLCIM, elle dépend du marché des pays consommateurs de matières premières. Une baisse du prix de ces dernières entraîne de la croissance pour ces pays et par conséquent, contribue au dynamisme des sociétés dépendant de leur marché. Dans ces conditions, le rapport de force était clairement en faveur de la seconde dans la fusion réalisée le 8 mai 2015 avec la première[1097]. Cet élément a sûrement été pris en compte lors de l'évaluation des sociétés. Pour preuve, la parité d'échange fixée conformément à cette dernière a été modifiée en avril 2015 après la révélation des bénéfices réalisés par la société HOLCIM, plus importants que ceux escomptés[1098]. Deuxièmement, qu'advient-il si les objectifs assignés à l'opération ne sont pas atteints alors même qu'ils ont été pris dans l'évaluation des sociétés ? Les bases financières de l'opération seront-elles remises en cause si l'opération échoue ou si la société bénéficiaire périclite ? La synergie entre les deux sociétés sera tellement avancée qu'il sera souvent impossible de renégocier. Troisièmement, la doctrine favorable à la prise en compte des finalités de l'opération semble oublier l'impact positif de la société bénéficiaire sur la pérennité de l'investissement des actionnaires de la société absorbée. En pratique, la solidité de l'une des sociétés détermine souvent le sens de l'opération. En d'autres termes, le plus souvent,

---

1094 M. BEN SDIRA, thèse préc. p. 114.
1095 X. GROSCLAUDE, *Les droits des actionnaires dans les opérations de fusion,* Thèse, Strasbourg III, 1992, n° 175, p. 126.
1096 M. BEN SDIRA, thèse précitée, *op. cit.*, p. 115.
1097 Date de l'AGE de la société HOLCIM approuvant l'opération in D. COSNARD, Les actionnaires d'HOLCIM scellent les noces de ciment avec Lafarge : *Le Monde Economie* du 8 mai 2015.
1098 M. ALBOUY, LAFARGE-HOLCIM, Une fusion entre égaux ? *Les Échos* du 23 juil.2015.

la société bénéficiaire est la plus solide financièrement, mais aussi celle qui a le plus d'implantations. Ce fut le cas lors de la fusion intervenue entre la société HOLCIM et la société LAFARGE. La seconde profitera des implantations mondiales de la première, même si celle-ci bénéficie du marché africain de la seconde. Par ailleurs, si l'évaluation ne tient compte que de l'impact de la société absorbée ou de la société apporteuse, les actionnaires de la société bénéficiaire seront lésés dans l'opération. Ils le seront d'autant plus que leur participation dans le capital de la société bénéficiaire pourrait être diluée par l'échange des droits sociaux. Il conviendrait peut-être de déterminer la contribution de chaque société au gain de synergie escompté[1099]. Mais comment déterminer cette part contributive de chacune et attribuer une valeur ? La réponse à cette question ne paraît pas simple puisqu'il est convenu que la réalisation des gains de synergie semble constituée d'aléas[1100]. La nature des opérations en présence ajoute de la complexité à l'évaluation.

2) La complexité de l'opération nécessitant l'évaluation

706. La complexité de l'opération en raison d'un régime juridique particulier. La fusion et l'apport partiel d'actif constituent des opérations complexes, en raison notamment de leurs enjeux financiers qui sont souvent très importants. Cette complexité ne contribue pas à améliorer l'évaluation des sociétés.

707. Ce sont aussi des opérations singulières. Cette singularité se manifeste essentiellement par le principe de transmission universelle du patrimoine qui gouverne tant la fusion que l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Sur cette spécificité, Mme CHEMINADE relève que « *les actionnaires de la société absorbée sont ceux qui apportent et qui reçoivent* »[1101]. Néanmoins, cette conséquence découle de la nature même de l'opération de fusion en raison du principe précité. C'est la société absorbée ou apporteuse qui apporte les titres en raison de l'écran de la personnalité morale. Les actionnaires reçoivent les droits sociaux de la société absorbante tout simplement parce que celle-ci disparaît. C'est cette logique qui régit l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Dans cette opération, les actionnaires n'ont pas vocation à recevoir les titres de la société bénéficiaire de l'apport, faute de disparition de la société apporteuse.

[1099] M. BEN SDIRA, thèse précitée, *op. cit.* p. 117.
[1100] V. *supra* n° 705 et s.
[1101] Y. CHEMINADE, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes : *RTD com.*, 1970, p. 15 et s., spéc. p. 42.

708. Pour marquer un peu plus la particularité de la fusion par rapport à l'apport en nature de droit commun, un auteur a écrit qu'« *en réalité, la question de la rémunération de l'apport-fusion n'intéresse pas directement les sociétés qui fusionnent : elle se situe « au-dessus » d'elles, c'est-à-dire au niveau de leurs actionnaires ; ce qui importe dans une fusion, c'est avant tout de savoir à quelles conditions les associés de la société absorbante ou, en d'autres termes, quelle dilution les associés de la société absorbante accepteront pour que ceux de la société absorbée les rejoignent* »[1102]. Enfin, la fusion se singularise aussi par le fait qu'elle réalise la mise en commun de deux entreprises[1103]. Il ne subsiste donc qu'une seule société, ce qui renforce les difficultés d'évaluation.

709. En plus des difficultés précitées, existent aussi des difficultés liées aux méthodes d'évaluation.

B) LES DIFFICULTÉS LIÉES AUX MÉTHODES D'ÉVALUATION

710. Il convient d'analyser ces difficultés (1) avant de présenter la principale de leurs conséquences, la liberté des évaluateurs (2).

1) L'analyse des difficultés

711. Ces difficultés résultent du silence législatif tant sur la fusion interne (a) que sur la fusion transfrontalière (b).

a) Les difficultés en raison du silence législatif sur les méthodes d'évaluation

712. Le silence des textes. Le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif doit contenir une clause sur l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission est prévue à la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport[1104]. Or, ni le législateur français ni le législateur OHADA n'ont prévu les méthodes d'évaluation. Ce silence n'est pas un oubli, mais un acte délibéré se justifiant selon le ministre français de la Justice par le fait que « *les opérations de fusion sont complexes et il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui seraient,*

[1102] B. SOLLE, La question des valeurs d'apport dans les fusions : vrai ou faux problème ? : *BF Lefebvre* 6/1995, p. 387, n° 4.
[1103] X. GROSCLAUDE, thèse précitée, p. 76.
[1104] V. *supra* n°189.

dans certains cas, difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but recherché »[1105]. En d'autres termes, prévoir des méthodes légales d'évaluation complexifierait davantage l'évaluation des sociétés participantes. Ce silence se comprend aisément. Toutefois, les textes auraient pu prévoir les principes qui gouverneraient l'évaluation des sociétés[1106]. Ainsi, comme le note le Professeur GUYON, « *il aurait été souhaitable […] de fixer certains critères d'évaluation, ne serait-ce que la sincérité des méthodes et la spécificité des critères retenus, car les méthodes actuellement employées aboutissent à des résultats trop différents pour que l'équité soit satisfaite »*[1107]. En d'autres termes, il n'existe pas de méthodes exactes puisque deux experts n'arrivent pas forcément au même résultat. Néanmoins, l'intervention du législateur aurait été un gage de sincérité et aurait corrigé les divergences entre ces derniers dans la fusion interne, mais aussi et surtout dans la fusion transfrontalière.

b) Les difficultés en cas de fusion transfrontalière

713. Le silence de la directive sur les fusions transfrontalières. L'élément d'extranéité dans la fusion transfrontalière complexifie l'opération, peu importe qu'elle soit soumise à la directive 2005/56/CE ou non. Le législateur européen est resté silencieux sur la question des méthodes d'évaluation. La liberté a donc été laissée aux États membres d'appliquer leurs propres règles.

714. Les deux méthodes d'évaluation au sein de l'Union européenne. Il existe au sein de l'Union européenne deux méthodes d'évaluation des actifs[1108]. Il s'agit de la méthode de la juste valeur et celle de la valorisation du coût historique.

715. En ce qui concerne la méthode de la juste valeur, les actifs doivent être valorisés dans les bilans à leur juste valeur à la date de clôture du bilan[1109]. La juste valeur se définit comme « *le prix qui serait reçu pour la vente d'un actif ou payé pour le transfert d'un passif lors d'une transaction normale entre des participants de marché à la date d'évaluation »*[1110]. Cette méthode s'oppose à la « *valorisation au*

[1105] CHAMBON, Rép. Min., 18 mai 1974 : *Rev. sociétés* 1974, p. 57.

[1106] R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, op. cit. p. 68 ; Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit., p. 107.

[1107] *Ibidem.*

[1108] B. LECOURT, Fusions et scissions transfrontalières-Publication des réponses à la consultation publique : *Rev. sociétés* 2015, p. 687.

[1109] *Ibidem.*

[1110] Norme internationale d'information financière (IFRS) 13, v. pt. 9. Cette norme a été homologuée par le Règl. n° 1255/2012/UE du 11 déc. 2012 modifiant le règlement (CE) no 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) no 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 12, les normes internationales d'information financière IFRS 1 et 13 et l'interprétation IFRIC 20 de l'International Financial Reporting Interpretations Committee : *JOUE* 29 déc. 2012.

coût historique » selon laquelle l'actif est, dans les comptes, valorisé à son prix à la date d'achat, quand bien même sa valeur de marché a évolué depuis cette date[1111]. Ces méthodes peuvent donc aboutir à des résultats différents[1112]. Le rapport LENOIR sur l'avenir des sociétés européennes en signale l'existence en ces termes, *« au cours de la fusion d'Allianz AG avec sa filiale italienne RAS (convertissant ainsi Allianz AG en SE) nous avons rencontré la difficulté suivante : dans les États membres européens, différentes méthodes de détermination de la valeur des sociétés sont utilisées et obligatoires. En Allemagne par exemple, la méthode de valorisation basée sur les recettes capitalisées («Ertragswertverfahren ») prévaut, alors que dans d'autres États membres tels que l'Italie, d'autres méthodes de valorisation basées sur des multiples prévalent. Ces différences de méthode de valorisation peuvent entraîner des résultats différents qui peuvent provoquer de sérieuses difficultés dans la détermination de la parité d'échange applicable »*[1113]. Le même problème fut rencontré lors du rapprochement entre Allianz SE soumis au droit allemand et AGF soumis au droit français en raison des différences entre les méthodes d'évaluation. En effet, « *l'évaluation en France devant se faire sur une base multicritère tandis que le droit allemand impose une méthode reposant principalement sur l'actualisation des flux futurs de dividendes »*[1114]. L'application des méthodes d'évaluation différentes dans cette opération avait entraîné des résultats différents, ce qui a conduit à une contestation aux motifs que l'une des méthodes portait atteinte aux intérêts des actionnaires[1115]. C'est la raison pour laquelle, pour une meilleure protection de ces derniers, il conviendrait d'harmoniser les méthodes d'évaluation au sein de l'Union européenne[1116]. Toutefois, le Conseil des barreaux européens (CCBE) estime, au contraire, que pour des raisons fiscales, « *il n'est pas judicieux de fixer des règles communes d'évaluation dans tous les États membres dans le cadre d'une fusion transfrontalière* »[1117]. Cette absence d'harmonisation laisse la liberté aux évaluateurs de choisir la ou les méthodes d'évaluation.

2) La liberté des évaluateurs

716. Par évaluateur, il faut comprendre les commissaires à la fusion ou les commissaires à l'apport partiel d'actif ou encore les commissaires aux apports le cas échéant, mais aussi des

---

1111 B. LECOURT, Fusions et scissions transfrontalières -Publication des réponses à la consultation publique, *op. cit.*
1112 *Ibid.*
1113 N. LENOIR, La *Societas Europaea* ou SE, Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise : *Doc. fr.*, 2007, p. 216.
1114 D. MARTIN, Etude comparative de différentes modalités de rapprochements transfrontaliers : *Cah. Dr. entr.,* n° 6, nov. 2011, 37.
1115 C. NEUVILLE, Les fusions transfrontalières (2008) en ligne sur www.creda.cci-paris-idf.fr
1116 D. DAMON, Rapport sur la consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés, réactions de la chambre de commerce et de l'industrie de Paris (CCIP), adopté à l'Assemblée générale le 3 mai 2012, p. 19.
1117 CCBE, Réponse à la consultation de la Commission européenne sur les fusions et les scissions transfrontalières, 22 févr. 2015, spéc. pt. 9.

dirigeants de chaque société partie à l'opération qui sur le conseil de certains praticiens peuvent déterminer la valeur globale de leur société. Cette liberté se manifeste dans le choix des méthodes d'évaluation (a). Néanmoins, l'évaluation doit être faite dans les conditions satisfaisantes (b).

a) La liberté dans le choix des méthodes d'évaluation

717. Le pouvoir souverain des évaluateurs. Faute de précision légale, les parties sont donc libres de déterminer les valeurs des sociétés participant à l'opération. C'est la reconnaissance implicite de la liberté contractuelle[1118]. La valorisation des sociétés participantes résulte des négociations entre leurs dirigeants[1119]. Faute de définition légale sur les méthodes d'évaluation, les évaluateurs bénéficient d'une souveraineté dans le choix de celles-ci. Le Professeur GUYON a parfaitement résumé cette liberté, en ces termes, « *il ressort de tout cela que les critères d'évaluation laissent place à une marge de variation assez considérable. Paradoxalement, il n'y aurait donc pas une, mais plusieurs valeurs réelles, ou plutôt des ordres de grandeur acceptables, à l'intérieur desquels le commissaire jouirait d'un pouvoir quasi souverain d'appréciation* »[1120]. Cette liberté est admise par la jurisprudence qui reconnaît l'absence de méthode imposée pour l'évaluation de l'apport[1121]. Par conséquent, il n'existe pas de méthode d'évaluation universelle[1122].

718. Les différentes méthodes d'évaluation. Les méthodes d'évaluation ont fait l'objet de plusieurs études, principalement de thèses en droit[1123]. Par conséquent, pour cette problématique, nous n'aborderons que les grandes lignes. Il existe une multitude de méthodes d'évaluation : celles relatives au patrimoine, les méthodes économiques et enfin, celles fondées sur la survaleur c'est-à-dire le « *goodwill* »[1124].

[1118] B. SOLLE, La question des valeurs d'apport dans les fusions : vrai ou faux problème ? *op. cit.*

[1119] D. SCHIMDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2004, n° 297.

[1120] Cité in J.-J. DAIGRE, J. TUROT, M. AIMÉ, L'évaluation des apports en nature a une société de capitaux : *Actes prat. ing. Sociétaire,* 1995, p. 2 et s.

[1121] TGI Paris, 16 mai mai 1974 : *Rev. sociétés* 1975, p. 657.

[1122] J.-G. DEGOS, *Commissariat aux apports, évaluations et fusions*, CNCC Édition et Éditions comptables Malesherbes, 1995, p. 65 et s.

[1123] J. BACUS, *L'évaluation des titres d'entreprises en cas de restructuration*, Thèse, Paris II, 1999 (premier chapitre, du titre premier) ; Th. LAMBERT, *Le prix de cession des actions et parts sociales*, thèse précitée, 1991 (spéc. p. 17 à 38) ; A. MARRAUD DES GROTTES, *Les associés dans les opérations de restructuration*, Thèse, Paris I, 2003, p. 190 et s.

[1124] Sur l'ensemble de la question v. F. CEDDAHA, *Fusions, Acquisitions, Scissions*, Economica, 4e éd. 2013, p. 105 ; J.-G. DEGOS, *Commissariat aux apports, évaluations et fusions*, *op. cit.*

719. Dans l'évaluation patrimoniale, on tient compte de la valeur mathématique qui est déduite de la comptabilité de la société[1125]. Cette méthode n'est pas exempte de toute critique. En effet, les comptes ne reflètent pas toujours la situation réelle de la société. Il y a pour preuve tous les scandales liés aux malversations ou manipulations des comptes des sociétés. De plus, cette forme d'évaluation ne présente qu'une vision statique des sociétés et ne tient pas compte des potentialités économiques[1126]. Or, « *l'objet de l'estimation ne saurait aucunement être assimilé à un corps-mort […] à une masse d'objets, voire un amas de valeurs inertes, telles qu'un tas de ferraille ou une installation en sommeil. Tout au contraire, il s'agit d'évaluer les biens composés d'éléments remplissant toutes les conditions requises pour leur mise en œuvre efficace et appartenant à un organisme social autonome, doté d'une existence propre et dont le support matériel consiste dans l'ensemble de ses moyens d'exploitation utilisables et utilisés au sens le plus large du terme* »[1127].

720. En ce qui concerne l'évaluation économique, elle prend en compte d'une part, la valeur de rendement, c'est-à-dire la valeur globale de l'entreprise à partir de sa capacité bénéficiaire actuelle et régulière et d'autre part, la valeur de rentabilité, c'est-à-dire celle obtenue en substituant au bénéfice annuel moyen réalisé par l'entreprise le bénéfice annuel moyen effectivement encaissé, en tenant compte ou non de l'avoir fiscal[1128]. Cependant, la valeur de rendement tire sa principale limite dans le fait qu'elle suppose une constance dans la distribution de dividendes[1129]. Or, celle-ci demeure fluctuante, car elle dépend d'un régime juridique précis et de la politique de développement de l'entreprise[1130]. Comme le résume parfaitement le Professeur VASSEUR : *« entend-on se référer au rendement du titre au cours des derniers exercices, c'est-à-dire prendre en considération les dividendes servis ? Il n'y a pas là non plus un critérium sûr, car le dividende est essentiellement variable. La générosité ou la parcimonie des distributions donne une fausse idée de l'état véritable de l'entreprise »*[1131]. En d'autres termes, la valeur de rendement ne peut être une base exclusive de l'évaluation d'une société.

721. Enfin, l'évaluation peut être fondée sur la survaleur (*goodwill*) c'est-à-dire l'excédent de la valeur globale d'une entreprise à une date donnée, sur la juste valeur attribuée aux éléments identifiables à son actif, à cette date. Cet excédent constitue un élément d'actif incorporel qui tire sa source des bonnes relations de l'entreprise avec ses clients, de ses ressources humaines,

---

1125 *Ididem.*
1126 M. BEN SDIRA, thèse précitée, p. 108.
1127 UEEC, *Évaluation des entreprises*, Dunod, 1962, p. 3.
1128 J.-G. DEGOS, *Commissariat aux apports, évaluations et fusions*, *op. cit.*
1129 *Ibidem.*
1130 J.-G. DEGOS, *Commissariat aux apports, évaluations et fusions*, *op. cit.*
1131 M. VASSEUR, L'estimation de la valeur des entreprises et le droit commercial : *RTD com.*, 1963, p. 221 et s., spéc. p. 228.

d'un emplacement favorable, de sa réputation et de nombreux facteurs qui permettent à l'entreprise de réaliser des bénéfices supérieurs à la normale[1132]. La principale critique faite à cette méthode est le fait qu'elle soit « *inutile, car elle n'explique en rien les raisons de la rentabilité (et) ne correspond qu'à une justification des travaux des évaluateurs et ne permet pas d'éclairer a priori la discussion sur la valeur de l'entreprise* »[1133].

722. Au regard de ce qui précède, les critiques faites aux méthodes d'évaluation contribuent à faire prospérer l'idée selon laquelle celles-ci ne permettent pas de déterminer la valeur réelle des sociétés. Toutefois, certaines garanties doivent entourer l'évaluation pour qu'elle soit satisfaisante.

b) Les garanties d'une évaluation satisfaisante

723. Cette garantie passe tant par la désignation des experts en justice que par les méthodes choisies.

724. La désignation des experts. La désignation d'experts est obligatoire en doit français et OHADA[1134]. Celle-ci se fait par requête auprès du Président du tribunal de commerce de chacune des sociétés participantes[1135]. Cette nomination judiciaire garantit une certaine indépendance aux experts. Elle est définie par le Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes comme « *l'exercice en toute liberté, en réalité et en apparence, des pouvoirs et des compétences qui lui sont conférés par la loi* »[1136]. Afin de préserver cette indépendance, le commissaire à la fusion ou à l'apport partiel d'actif, le commissaire aux apports le cas échéant, sont soumis aux incompatibilités et interdictions légales prévues pour les commissaires aux comptes[1137]. Il a ainsi été jugé par la chambre criminelle de la Cour de cassation que viole les règles d'incompatibilités, la société d'audit (pourtant désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce) qui avait déjà effectué, à la demande de la société apporteuse, une mission d'évaluation de la société qui devait bénéficier du même apport[1138].

725. En droit OHADA, depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme révisé, les commissaires aux comptes des sociétés participantes ne peuvent plus être ni commissaire à la

---

1132 *Ibidem.*
1133 J. BACUS, thèse précitée, p. 70.
1134 C. com., art. L. 236-10; AUSGIE 672.
1135 C. com., art. L. 236-10 et R. 225-7 sur renvoi de l'article R. 236-6 ; AUSGIE 672 et 619.
1136 C. déontologie, art. 5.
1137 C. com., art. L. 236-10, al. 1er et L. 225-147 renvoient tous deux à l'article L. 822-11-3 du même code applicable aux commissaires aux comptes ; C. déontologique, art. 10 ; Rép. min. n° 24954 : *JOAN* Q 31 janv. 1976, p. 467.
1138 J.M. MOULIN, Précisions quant à la responsabilité pénale du commissaire aux apports : *Rev. sociétés* 2016, p. 616.

fusion ou à l'apport partiel d'actif ni commissaire aux apports. Cette modification ne peut être que saluée. C'est un pas vers une plus grande indépendance de ces derniers.

726. Par ailleurs, l'ordre des commissaires aux comptes français a une position différente lorsqu'il s'agit de la société sœur de l'entité dont ils sont commissaires aux comptes. Selon la commission éthique professionnelle, les interdictions de l'article L. 822-11, II du Code de commerce (ancienne version) ne concernent pas les missions de commissariat à la fusion ou aux apports réalisés pour des sociétés sœurs[1139]. En effet, ces interdictions visent les conseils ou prestations fournis à la personne ou à l'entité dont les comptes sont certifiés par le commissaire aux comptes ou aux personnes ou entité qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci au sens des I et II de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Certes, les textes ne font pas référence aux sociétés sœurs. Néanmoins, l'esprit de la loi est de garantir l'indépendance des commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif pour un meilleur contrôle de la qualité de l'information fournie aux actionnaires. Pour cette raison, ces derniers doivent être étrangers au groupe. En admettant ce principe, on ouvre une brèche aux sociétés membres d'un groupement, car elles désigneront le plus souvent les commissaires aux comptes d'une société sœur. Par ailleurs, la commission éthique précise que les commissaires ainsi désignés doivent analyser les risques[1140]. Cette position laisse perplexe. Ils deviennent donc juges et parties. Une telle situation ne garantit pas une véritable indépendance. Il devrait exister une autorité en amont pour exercer un contrôle dans de tels cas. L'information présentée aux actionnaires dépend de leur objectivité.

727. La méthode multicritère. Elle a été recommandée par l'AMF (ex COB) pour les sociétés cotées[1141], mais les sociétés non cotées ne manqueront pas d'en tenir compte[1142]. En pratique, c'est la méthode la plus répandue dans les opérations de fusions entre sociétés non cotées.

728. Cette méthode implique de la part des commissaires le choix d'une diversité des méthodes d'évaluation[1143]. Selon le Professeur GUYON, la méthode multicritère doit être objective, c'est-à-dire permettre de s'approcher le plus possible de la valeur vénale des actions[1144]. Cette dernière s'entend du juste prix[1145] ou de la valeur qui résulte ou résulterait du

---

1139 *Bull. CNCC* n° 170, juin 2013, CEP 2012-18, p. 307 et s.
1140 *Ibidem*.
1141 *Ibid.*
1142 CHAMBON, Rép. Min., *op. cit.*
1143 J.-G. DEGOS, *Commissariat aux apports, évaluations et fusions*, *op. cit.*, p. 56.
1144 Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit., p. 682.
1145 R. CHUILON, Les fusions de sociétés, recherches des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports : *JCP G* 1970, 2350.

jeu de l'offre et de la demande sur un marché[1146]. Néanmoins, selon Mme Colette NEUVILLE, la méthode multicritère a des limites, parce que « *les experts sont obligés de recourir à la méthode multicritère. Mais, il existe une certaine incertitude pour les actionnaires minoritaires, car les experts choisissent la ou les méthodes et les pondèrent à leur guise* »[1147].

729. La méthode objective multicritère s'oppose à la méthode subjective, c'est-à-dire celle qui tient compte de l'intérêt de l'opération pour les parties. Par conséquent, pour le Professeur GUYON, les experts ne doivent pas recourir à celle-ci[1148]. La jurisprudence française a confirmé la nécessité d'avoir recours à la première méthode[1149]. Mais, il s'avère qu'en pratique, il existe une certaine subjectivité dans le choix des critères pourtant objectifs. En effet, dans le choix de ces derniers, sont prises en compte la particularité des sociétés, les intentions des majoritaires, les données comptables[1150] et leur mise en œuvre semble influencée par l'appréciation personnelle[1151].

730. Par ailleurs, il convient de préciser que pour l'AMF, lorsque l'opération intervient entre des sociétés semblables, les critères doivent être identiques. En revanche, lorsque l'opération concerne la fusion-absorption d'une petite par une grande, les critères d'évaluations identiques ne sont pas nécessaires[1152]. Globalement, cette autorité recommande l'examen de la nature économique de l'opération et des intérêts en présence[1153]. Mais dans certaines circonstances, les experts peuvent utiliser un seul critère[1154].

731. Les experts, garants de la pertinence des valeurs. Dans un souci de protection des actionnaires, selon les articles L. 236-10 du Code de commerce et 672 de l'Acte uniforme, les experts indépendants doivent vérifier que « *les valeurs attribuées aux actions sont pertinentes* ». En d'autres termes, les commissaires doivent vérifier le caractère adéquat des critères et méthodes d'évaluation retenus et leur correcte application ou leur mise en œuvre[1155]. De même, l'AMF leur recommande de porter une appréciation critique tant sur les méthodes et critères employés

---

1146 J-J. DAIGRE, J. TUROT, M. AIMÉ, L'évaluation des apports en nature a une société de capitaux, *op. cit.*,
1147 Président de l'ADAM, notre entretien téléphonique du 31 mars 2014.
1148 Y. GUYON, *op. cit.*, p. 682.
1149 CA de Paris., 1er. A, 14 juin 1988 : Sirey 1988. 505, note A. VIANDIER ; Cons.const., Décisions des 16 janvier et 11 février 1982 à propos de l'indemnisation des actionnaires des sociétés nationalisées : *Rev. sociétés* 1982, 132, spéc. p. 140 et décisions n° 86-207 des 25 et 26 juin 1986 et n° 86-217 du 18 septembre 1986 : *Rev. sociétés* 1986, 606, note Y. GUYON.
1150 D. SCHIMDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op. cit.*, n° 246.
1151 *Ibidem, n°* 250.
1152 AMF (ex COB) Recommandations Juillet-Août 1977, *op. cit.*, p. 3 et s.
1153 *Ibidem*.
1154 CA de Paris, 5e A, 13 nov. 1990, Desmarais c/Total : *Rev. sociétés* 1991, Jurisp. p. 138, note Y. GUYON.
1155 CNCC, Avis technique, La mission de commissariat à la fusion, 02 décembre 2010, p. 6.

que sur les résultats obtenus par leur application. Dans leur mission, ils analysent les raisons qui ont conduit les dirigeants à adopter certains critères ou en écarter d'autres[1156].

732. Les principes garants d'une évaluation satisfaisante. Par souci de protection des intérêts des actionnaires, certaines garanties doivent entourer l'évaluation de chaque société partie à l'opération. D'abord, les experts doivent respecter l'égalité entre les deux sociétés participantes. Leur évaluation doit intervenir à la même date[1157]. Le respect de l'égalité suppose que les actions des deux sociétés soient évaluées selon les méthodes homogènes et sur la base des mêmes critères[1158]. Cette position a été confirmée par la jurisprudence qui admet que l'évaluation des sociétés parties à l'opération sur la base des mêmes critères ne constitue pas une atteinte aux droits des minoritaires[1159]. En effet, elle reconnaît que « *dans une opération de fusion, il importe avant tout que les patrimoines des deux sociétés soient évalués selon le même critère* »[1160]. Par conséquent, il n'est pas possible de fixer le rapport d'échange des actions de la société absorbante et de la société absorbée, dès lors que le calcul des valeurs des deux catégories d'actions (et par suite des patrimoines des deux sociétés) n'a pas été réalisé selon les mêmes bases et les mêmes critères. Cette unité de méthode est certainement nécessaire même si elle peut s'avérer insuffisante[1161]. Elle contribue à la protection des actionnaires minoritaires de toutes les sociétés participant à l'opération. L'égalité suppose aussi que les titres soient évalués de façon identique, c'est-à-dire sans un traitement privilégié des majoritaires de ces sociétés[1162]. En d'autres termes, « *une évaluation doit toujours avoir pour but essentiel de ne léser personne* »[1163]. Ensuite, les critères et les méthodes choisis doivent être spécifiques. En d'autres termes, l'évaluation doit être faite au regard de la nature de l'activité des sociétés parties à la fusion ou à l'apport partiel d'actif[1164]. Enfin, les évaluations doivent être sincères[1165]. La sincérité consiste à présenter les

---

1156 AMF (EX COB) Recommandations du 31 décembre 1972 concernant l'information à l'occasion des assemblées générales extraordinaires appelées à approuver des opérations d'apport ou de fusion — Rémunération des apports dans les opérations de fusion ou d'apport partiel : *Bull.* COB n° 44, p. 16 ; Recommandations Juillet-Août 1977 concernant l'information des actionnaires et la rémunération des apports en nature dans les opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif : *Bull. COB* n° 95 p. 3 et s. et Position-recomm. n°2011-11 du 21 juil.2011 sur les opérations d'apports ou de fusion.

1157 Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit., p. 682.

1158 CH. PINOTEAU, A propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel : *JCP G* 1973, études et commentaires n° 11134.

1159 CA Paris, 1er B, 8 déc.1988, Gugenheim c/S.A Au Bon Marché : *BJS* 1989, p. 337.

1160 CA Paris, 17 janv.1972 : *RTD. com* 1972, 421 note R. HOUIN.

1161 R. HOUIN, note sous CA Paris, 17 janv. 1972 : *RTD. com* 1972, 421.

1162 CA Douai, 7 juill. 1994 : *BJS* 1994, p. 994, note P. Le CANNU ; *Rev. sociétés* 1994, p. 713, note *D.* RANDOUX ; *RJDA* 1994, p. 996.

1163 C. DANTCHEFF et I. DANTCHEFF, Généralités —L'évaluation des entreprises (1er volet) L'utilité des évaluations et le concept de valeur. Les méthodes de valorisation : *Dr. fisc.* n° 46, 2016, 583.

1164 Y. GUYON, *Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 683.

1165 *Ibidem.*

choses telles qu'elles sont, sans détour ni mensonge[1166]. Les experts doivent chercher une approximation raisonnable et non une précision illusoire et artificielle[1167]. Ainsi, dans l'affaire Willot[1168], la Cour de cassation a souligné l'importance de la sincérité dans l'évaluation. Dans cette espèce, la haute juridiction a reproché aux experts « *le manque de sincérité consistant dans le fait d'avoir dissimulé aux actionnaires de la société absorbante la surprenante plus-value dont les titres venaient de faire l'objet* »[1169]. Il en résulte que la sincérité consiste à délivrer la bonne information aux actionnaires des sociétés parties à l'opération. Dans le cas contraire, la responsabilité des évaluateurs pourrait être engagée.

§2 — La mise en jeu de la responsabilité des évaluateurs

733. En pratique, l'évaluation des sociétés est faite par les dirigeants, les commissaires ne faisant que vérifier les valeurs attribuées[1170]. À ce titre, leur responsabilité pénale tant à titre principal à l'instar des dirigeants que comme complice de ces derniers (A) et civile (B) peut être engagée pour délit de majoration frauduleuse.

A) LE DÉLIT DE LA MAJORATION FRAUDULEUSE DES APPORTS

734. Les dangers de la majoration des apports. La responsabilité pénale se justifie par la dangerosité que représente la majoration frauduleuse pour les sociétés de capitaux. En effet, dans ces dernières, les actionnaires ont une responsabilité limitée aux apports. Ces derniers constituent le capital social de la société, gage général des créanciers sociaux. Or, la majoration donne une situation patrimoniale inexacte à ces derniers. Par ailleurs, elle porte aussi atteinte au patrimoine social. La société rémunère en effet, le transfert d'apport en attribuant à l'apporteur un nombre de droits sociaux plus important que celui auquel il doit normalement prétendre[1171].

1166 Y. GUYON, *Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 683.
1167 *Ibid.*
1168 Cass.crim., 12 avril 1976, affaire dite du Bon-marché : *JCP G* 1977, J 18523, note Y. GUYON ; *RTD com.*, 1976, 579, note R. HOUIN.
1169 *Ibidem.*
1170 V. *supra* n° 786.
1171 A. REYGROBELLET, L'action civile en cas de délits comptables : *LPA* 2007, p. 57.

735. Quant aux actionnaires, la majoration porte atteinte à leurs droits pécuniaires et politiques au sein de la société[1172]. Par exemple, si un nouvel actionnaire reçoit un nombre important d'actions en raison d'une majoration de son apport, les anciens actionnaires perdent ainsi une influence sur les décisions collectives[1173]. Cette situation a notamment été révélée dans l'affaire dite Le Bon Marché[1174]. Dans cette espèce, l'opération visait à prendre le contrôle des sociétés bénéficiaires des apports, Belle Jardinière et Saints Frères[1175].

736. La répression de la majoration frauduleuse des apports permet donc de préserver le gage des créanciers sociaux et d'assurer l'égalité entre les actionnaires[1176]. Dans le cadre de la fusion ou de l'apport partiel d'actif, la majoration des apports a un impact sur la parité d'échange et par conséquent, sur les titres que reçoivent les actionnaires de la société absorbée. Ces derniers recevront des titres sur la base d'une parité d'échange faussée. Ils pourraient ainsi avoir une influence anormale au sein de la société.

737. En droit français, antérieurement à la loi dite Madelin[1177], le commissaire à la fusion ou à l'apport partiel d'actif ne courait presque aucun de risque dans l'exercice de sa mission[1178]. Désormais, il peut engager sa responsabilité pénale puisqu'il assume aussi les missions de commissariats aux apports[1179]. Nous traiterons du délit de majoration des apports (1) dont les sanctions sont inefficaces (2).

1) La difficile constitution du délit de majoration des apports

738. Le fondement textuel. La responsabilité pénale en cas de majoration des apports trouve son fondement dans le Code de commerce et l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Conformément à l'article L. 225-8 du Code de commerce, lecture combinée avec l'article L. 236-10, III du même code et à l'article 673 de l'Acte uniforme, lecture combinée avec l'article 621 du même acte applicable à la SA, « *les commissaires aux apports apprécient sous leur*

[1172] M. TROCHU, M. JEANTIN, D. LANGÉ, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés (à propos de l'affaire Agache-Willot – Saint Frères, Le Bon Marché, La Belle Jardinière) : *D.* 1975, chr. II.
[1173] A. REYGROBELLET, L'action civile en cas de délits comptables, *op. cit.*
[1174] Trib. corr. Paris, 11e Ch., 16 mai 1974 : *D.* 1975. 37.
[1175] M. TROCHU, M. JEANTIN, D. LANGÉ, article préc.
[1176] *Ibid.*
[1177] Loi n° 95-126 du 11 février 1994, *op. cit.*
[1178] J.-G. DEGOS, Commissariats aux apports, op. cit., p. 62.
[1179] J.-G. DEGOS, Commissariats aux apports, op. cit., p. 62.

responsabilité, la valeur des apports en nature ». Il en est de même des commissaires à la fusion ou à l'apport partiel d'actif. Cette obligation concerne aussi la SAS sur renvoi à l'article L. 225-8 du Code de commerce par l'article L. 227-1 du même Code et en droit OHADA, conformément à l'article 853 de l'Acte uniforme.

Plus spécifiquement la responsabilité pénale des évaluateurs, c'est-à-dire les commissaires aux apports et les dirigeants, peut être engagée conformément à l'article L. 242-2 du Code de commerce, lecture combinée avec l'article L. 242-21 du même code dont les dispositions prévoient qu'« *est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9000 euros le fait, pour toute personne de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle* ». Il en est de même en droit OHADA, conformément à l'article 887, 4°, de l'Acte uniforme. Il s'ensuit que le délit de majoration frauduleuse suppose donc un élément matériel (a) et un élément moral (b).

a) Un élément matériel mal défini

739. Il résulte des articles précités des questions relatives à la définition de la surévaluation ou majoration des apports et de l'appréciation de celle-ci.

740. La définition de la surévaluation des apports. Que faut-il entendre par « *une évaluation supérieure à sa valeur réelle* » ? La surévaluation implique-t-elle une évaluation incorrecte ? Par une interprétation stricte, il semble que la notion de valeur réelle vise la valeur d'apport qui figure dans les comptes de la société. Or, il est généralement admis que la protection des actionnaires dépende essentiellement de la juste rémunération des apports[1180]. De plus, les textes ne définissent pas la notion de « *valeur réelle* ». Ce silence est source d'insécurité juridique, faute d'une précision importante sur l'élément matériel constitutif du délit de majoration des apports. Il revient donc à la jurisprudence de définir au cas par cas cet élément. Ainsi, la majoration serait constituée lorsque l'évaluateur, en donnant une valeur supérieure à leur valeur réelle aux biens apportés, a connaissance des inexactitudes des estimations[1181]. De même, la responsabilité des dirigeants d'une société avait été engagée pour un cas de surévaluation tenant à la prise en compte de biens appartenant à des sociétés liées à la société absorbée, mais finalement non apportés[1182]. Il y aurait aussi délit, si le commissaire aux apports reprenait intégralement les valeurs proposées par le président de la société apporteuse dont il ne pouvait ignorer

[1180] M. BEN SDIRA, thèse préc. p. 423.
[1181] H. MATSOPOULOU, *Infra*ctions comptables : *Rép. droit des sociétés*, avr. 1999, actualisé en janv. 2014, n° 136.
[1182] Cass. com. 8 mars 1982 : *BJS* 1982, p. 499.

l'inexactitude, étant commissaire aux comptes de la société[1183]. Enfin, dans le cadre d'une fusion simplifiée, la responsabilité du commissaire aux apports a été reconnue, parce qu'il a fautivement approuvé une surévaluation des apports en nature des sociétés absorbées (particulièrement leurs clientèles), ayant donné une apparence trompeuse de solvabilité à la société absorbante[1184].

741. L'appréciation de la surévaluation. Une autre difficulté concerne la façon dont la majoration doit être estimée. Celle-ci doit-elle être appréciée de manière objective, c'est-à-dire en tenant compte de la valeur vénale des apports ou de manière subjective, c'est-à-dire en prenant en considération la valeur d'utilisation de la société bénéficiaire de l'apport[1185] ? La doctrine semble divisée sur la question. Pour une partie de celle-ci, l'appréciation de la majoration doit être faite de façon objective[1186]. En revanche, pour une autre, elle doit se faire de manière subjective[1187]. Nous avons déjà eu l'occasion de nous prononcer sur les limites de ces deux approches[1188]. Toutefois, la surévaluation frauduleuse des apports s'apprécie au jour du transfert de propriété[1189]. S'agissant de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, c'est au jour de l'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur l'opération qu'il faut apprécier l'existence ou non d'une majoration des apports.

742. En plus de la surévaluation, il faut apporter la preuve d'une intention frauduleuse.

b) Un élément intentionnel, difficile à prouver

743. La notion d'intention frauduleuse. Qu'entend-on par intention frauduleuse ? Il n'existe pas une définition légale de cette notion[1190]. Cette intention suppose une volonté de majorer les apports[1191]. En effet, le Code de commerce et l'Acte uniforme précisent que la responsabilité pénale est engagée en cas de « *majoration frauduleuse* »[1192]. Elle doit donc être faite dans le but de tromper la société bénéficiaire de l'apport. En l'absence de fraude, la surévaluation devient une simple faute[1193] et dans ce cas, le délit n'est pas constitué. Il semblerait que le

---

1183 Cass. crim. 18 juin 1990 : *Rev. sociétés* 1990, p. 637, note B. BOULOC.
1184 Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-23. 640 : *BJS* 2014, p. 258 note B. DONDERO ; L. CAROLINE HENRY, De la responsabilité du commissaire aux apports : *Rev. sociétés* 2014, p. 201.
1185 Ch. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et majoration d'apports, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, Etudes de droit sous la direction de Joseph HAMEL, *Dalloz*, 1955, p. 51 et s., spéc. p. 56.
1186 Ibidem.
1187 G. BAUDEAU, Traités et protocoles des fusions, op. cit., p. 174.
1188 V. *supra* n° 705 et s.
1189 Ch. GAVALDA, *op. cit.*
1190 M. TROCHU, M. JEANTIN, D. LANGÉ, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, *op. cit.*
1191 *Ibidem.*
1192 C. com., L. 242-2 et L. 242-21 ; AUSGIE, art.887, 4°.
1193 Y. GUYON note sous Cass.crim., 12 avril 1976 : *JCP G* 1977, 18523.

législateur tant français qu'OHADA n'a pas souhaité faire de la majoration des apports un délit matériel[1194].

744. Le groupe de verbes « *ceux qui auront fait attribuer* » suppose de la part des évaluateurs un acte positif[1195]. De plus, cette rédaction ne permet pas d'étendre le délit de majoration à la tentative de majoration[1196]. Ce délit requiert la mauvaise foi[1197]. Cette dernière résulte de la *« conscience de la majoration »*, peu importe sa finalité[1198]. Ainsi, selon la Cour de cassation, la fraude peut consister en la dissimulation volontaire d'informations aux actionnaires, des éléments d'appréciation de nature à entraîner une réduction importante de la valeur des apports[1199]. Toutefois, la preuve d'un tel élément rend la constitution du délit de majoration frauduleuse illusoire. En pratique, il sera donc difficile d'engager la responsabilité pénale des dirigeants et des experts indépendants pour majoration frauduleuse des apports[1200].

745. Au regard de ce qui précède, l'incertitude quant à la définition de l'élément matériel et la difficulté de la preuve de l'élément intentionnel rend cette responsabilité inefficace. L'inefficacité est aussi renforcée par les limites du régime de ce délit.

2) Les limites du délit de majoration frauduleuse

746. Les limites se manifestent tant dans l'exclusion de la minoration des apports (a) que dans l'incohérence du régime des sanctions (b).

a) L'exclusion de la minoration des apports

747. Le silence des textes. L'article L. 242-2, lecture combinée avec l'article L. 242-21 du Code de commerce et l'article 887-4° de l'Acte uniforme ne sanctionnent pas la minoration des apports. Or, cette dernière pourrait aussi être dangereuse pour le crédit public,[1201] car elle favorise la dispersion de la propriété et limite par conséquent, la dilution des principaux

---

1194 M. BEN SDIRA, thèse précitée, p. 423.
1195 C. MOUKALA-MOUKOKO, L'état de l'application du droit pénal des affaires OHADA dans les Etats-parties : en ligne sur OHADA.com sous ohadata D-15-13, consulté le 15 janvier 2017.
1196 Ch. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et majoration d'apports, *op. cit.* p. 59.
1197 C. MOUKALA-MOUKOKO, L'état de l'application du droit pénal des affaires OHADA dans les Etats-parties, *op. cit.*
1198 Ch. GAVALDA, *op. cit.* p. 59.
1199 Cass.crim., 12 avril 1976 : *JCP G* 1977, J 18523, note Y. GUYON.
1200 Cass.crim., 6 avr. 2016, n°16-81.273, (F-P+B), Sté Vectora : *Rev. Sociétés*, 2016, p. 616, note J. M. MOULIN.
1201 Y. GUYON note sous Cass.crim., 12 avril 1976, *op. cit.*, Voir aussi D. KLING, Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports : *Dr. Société*s 2009, p. 1186.

actionnaires[1202]. De même, les promoteurs de l'opération peuvent aussi minorer les apports, soit pour des raisons fiscales, soit pour des raisons économiques (par exemple, un élément d'actif considéré comme n'ayant que peu de valeur), soit pour compenser la prise en charge d'un passif inconnu, mais redouté, soit enfin pour parvenir à la parité convenue à l'avance[1203].

748. Cependant, des doutes demeurent sur cet oubli. Peut-on considérer que la minoration des apports n'est pas sanctionnée par le droit positif ? Les évaluateurs (commissaires aux apports, commissaires à la fusion et dirigeants) peuvent-ils valablement minorer de manière frauduleuse des apports sans engager leur responsabilité pénale ? L'interprétation stricte qui prévaut en matière pénale commande de répondre par l'affirmative. La minoration n'étant pas prévue par les articles précités, elle ne peut donc être sanctionnée pénalement. C'est ce que rappelle justement une décision de justice, « *attendu que si le législateur a prévu en matière d'apports en nature une protection spéciale des associés minoritaires et des tiers pour des raisons intéressant l'ordre public et a ainsi défini l'obligation de libération des apports, la sanction de cette règle ne joue que lorsque ceux-ci sont indûment majorés ou fictifs […] ; que dans ces conditions, le moyen des frères X […], tiré de la minoration des apports en nature est mal fondé sur le terrain des apports en nature* »[1204]. En d'autres termes, les actionnaires « *victimes* » d'une minoration des apports ne peuvent engager la responsabilité pénale des évaluateurs faute d'incrimination. La position du tribunal se justifie par le principe selon lequel il n'existe pas de responsabilité pénale sans texte.

749. L'exemple de la jurisprudence du Conseil d'État. Contrairement au droit des sociétés, la minoration des apports est sanctionnée en droit fiscal. C'est ce qui résulte d'une décision du Conseil d'État affirmant que « […] *les associés majoritaires et dirigeants de la SA, ne pouvaient ignorer la sous-évaluation de l'avantage que leur consentait cette société ; que l'intention d'éluder l'impôt pour des montants importants doit être regardée comme établie par l'administration… »*[1205]. Il en ressort que la minoration ou la sous-évaluation est sanctionnée en raison de l'intention frauduleuse. Cette dernière se traduit par la volonté « *d'éluder l'impôt* ». En matière fiscale, les conditions de sanction de la minoration des apports semblent être assimilées à celles relatives à la majoration.

750. La solution proposée. *In fine*, la minoration des apports échappe au contrôle a priori, c'est-à-dire à la vérification des apports et, *a posteriori* aux sanctions pénales[1206]. Le silence des textes crée une inégalité de traitement entre les actionnaires *« victimes* » d'une majoration et

---

[1202] D. DUFOUR, E. MOLAY, Sous-évaluation à l'introduction en bourse et valorisation : L'exemple d'Alternext, en ligne sur les Archives-ouvertes.fr, consulté le 13 janvier 2017.
[1203] G. BAUDEAU, Protocoles et traités des fusions, op. cit., p. 175.
[1204] Trib. com. Seine, 8 juil.1960 : *RTD com.*, 1961, p. 636, obs. R. HOUIN.
[1205] CE, 10e et 9e, 14 nov. 2005 n° 254 313 aff. M et Mme LEMOINE.
[1206] G. BAUDEAU, *Protocoles et traités des fusions*, op. cit., p. 176.

ceux « *victimes* » d'une minoration. Les premiers peuvent engager la responsabilité pénale des évaluateurs et les seconds sont dépourvus de ce droit. Or, la minoration au même titre que la majoration porte atteinte à leur droit. C'est la raison pour laquelle, à l'instar du juge administratif, le juge judiciaire pourrait sanctionner la sous-évaluation ou la minoration en tenant compte de façon indirecte de la finalité assignée à la répression de la majoration frauduleuse des apports. Néanmoins, il serait souhaitable qu'une modification des articles précités intervienne pour y insérer le délit de minoration ou de sous-évaluation des apports pour une meilleure protection des intérêts des actionnaires.

751. En plus de cet oubli, il existe des incohérences dans le régime des sanctions.

b) Les incohérences du régime de la sanction du délit de majoration des apports

752. Lorsque le délit est constitué, des sanctions sévères sont prononcées à l'égard des contrevenants. Cependant, il existe dans le régime des sanctions des incohérences tant en droit français qu'en droit OHADA.

753. En droit français. Il convient d'abord de préciser que l'article L. 242-2 du Code de commerce applicable à la SA, prévoit une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende de 9 000 euros pour tout évaluateur ayant majoré frauduleusement les apports. Il en est de même pour la SAS conformément l'article L. 244-1 du Code de commerce qui renvoie à l'article précité. De plus, s'agissant des personnes physiques, la lecture combinée de l'article L. 249-1 du Code de commerce avec l'article 131-27 du Code pénal, prévoit des peines complémentaires relatives à l'interdiction d'une activité.

754. La première incohérence du droit français réside dans le montant des amendes en cas de délit de majoration frauduleuse. En effet, elle s'élève à 9 000 euros pour les dirigeants de la SA et SAS[1207]. Ce montant semble dérisoire eu égard aux rémunérations ou aux honoraires importants de la personne physique concernée (dirigeants ou commissaires aux apports). De plus, il n'est pas très dissuasif. Cette faiblesse a bien été mise en évidence par des auteurs en ces termes, « *est encore sanctionnée pénalement la majoration frauduleuse des apports ; dans ce dernier cas, plus grave […], l'amende encourue* ***n'est pourtant que de 9 000 euros*** *[…]* »[1208].

[1207] C. com., art. L. 242-2.
[1208] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés, op. cit., n°* 666.

755. La seconde concerne les peines complémentaires d'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Cette sanction a été introduite par l'article 27 de la loi sur la transparence de la vie publique[1209] qui a modifié l'article L. 242-6 du Code de commerce. Antérieurement à cette loi, il était impossible de prononcer des peines complémentaires en cas de majoration frauduleuse des apports. Ce texte a le mérite de renforcer les sanctions de ce délit. Toutefois, il ne s'applique pas aux dirigeants de SA, auteurs de ce délit, dans la mesure où ils ne sont pas visés par l'article 27 de la loi précitée. Or, cette peine est applicable au Président de la SAS sur renvoi de l'article L. 244-1 du Code de commerce à l'article L. 242-6 du même Code. Dans ce cas, comment justifier cet oubli du législateur français ? Une explication pourrait être trouvée dans le fait que ce sont les dispositions de l'article L. 242-2 du Code de commerce qui réglementent le délit de majoration frauduleuse des apports en nature concernant la SA et non l'article L. 242-6 modifié[1210]. Cet oubli montre toute l'importance d'une relecture attentive des textes pour corriger d'éventuelles incohérences. Il serait souhaitable de modifier l'article L. 249-1 du Code de commerce pour y inclure l'interdiction des droits civiques, civils et de famille en renvoyant à l'article 131-26 du Code pénal. Cet article pourrait s'écrire de la manière suivante : *« Les personnes physiques coupables des infractions prévues aux chapitres Ier à VIII du présent titre encourent également à titre de peines complémentaires l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du Code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement. Outre les peines complémentaires prévues à l'alinéa précédent, le tribunal peut également prononcer à titre de peine complémentaire, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue à l'article 131-26 du Code pénal* ». Cette incohérence se présente en des termes différents en droit OHADA.

756. Le droit OHADA. Dans cet ordre juridique, plus qu'une incohérence, c'est une véritable insécurité juridique à laquelle sont exposés les actionnaires « *victimes* » d'une majoration frauduleuse des apports dans cet espace juridique. L'article 887, 4° de l'Acte uniforme dispose qu'« *encourent une sanction pénale […] ceux qui frauduleusement auront fait attribuer à un apport en nature, une évaluation supérieure à sa valeur réelle* ». Cet article ne dit rien sur le quantum de la peine. Il ne

[1209] Loi n° 2013-907, 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique : *JO* 12 Oct. 2013 et rectif. *JO* 3 déc. 2013.

[1210] R. SALOMON, Commentaire sur la loi n° 2013-907, 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique : *Dr. sociétés*, 2014, comm.36.

précise que le principe de la sanction. Le droit OHADA demeure donc incohérent en matière pénale[1211]. Il procède par renvoi législatif au droit national des États membres[1212]. À ce titre, les États membres doivent fixer des sanctions spécifiques à la majoration frauduleuse des apports. Cette liberté trouve son fondement dans l'article 5 du traité OHADA dont les dispositions prévoient que : « *[…] Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États membres s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». La position du droit OHADA semble logique et prudente. L'harmonisation du droit pénal ne constitue pas un domaine aisé en pratique. Le silence du législateur permet d'aménager la susceptibilité des souverainistes au sein des États membres[1213]. L'absence de dispositions en ce domaine crée des vides juridiques et, par conséquent, des disparités entre États membres. En effet, à l'exception du Cameroun[1214], du Sénégal[1215] et de la République centrafricaine[1216], tous les autres pays membres de l'OHADA semblent n'avoir pas prévu de sanctions. Au-delà de ces disparités, cette situation entraîne une ineffectivité et une inefficacité de l'article 887,4, de l'Acte uniforme.

757. Cette situation est critiquable. Le silence du droit OHADA sur la peine semble contraire au principe de légalité qui prévaut en matière pénale. Le principe, « *pas d'infraction, pas de peine sans texte* » empêche d'engager la responsabilité pénale à défaut de sanctions précises. Il en résulte donc qu'à l'exception des trois pays précités, la responsabilité pénale pour délit de majoration frauduleuse ne serait presque jamais engagée dans les autres États membres. Certaines solutions peuvent pallier ce problème de disparités entre États membres. La première serait de leur donner un délai pour prendre des mesures effectives pour renforcer l'efficacité des textes. Cette solution se rapproche de celle de l'Union européenne qui donne aux États membres un délai pour transposer les directives dans leur ordre juridique. Ainsi, à défaut de mesures dans le délai imparti, l'organe normatif de l'OHADA devrait voter les sanctions requises qui s'appliqueront directement à l'ensemble des États membres. Les souverainistes objecteront qu'il

---

[1211] R. NEMEDEU, Une présentation critique de l'acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan OCAM-CEMAC : *Juris périodique* 2004, p. 94. L'article peut aussi être retrouvé plus facilement en ligne sur le site OHADA.com sous Ohadata D-06-29, le consulté le 16 janvier 2017.

[1212] C. MOUKALA-MOUKOKO, Le dirigeant pénalement responsable, en ligne sur le site OHADA.com sous Ohadata D-15-16 ; G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2013, p. 81 et s.

[1213] C. Moukala-Moukoko, *op. cit.*

[1214] Loi n° 2003/008 du 10 juill.2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA. La peine prévue pour le délit de majoration frauduleuse est de 3 à 5 ans de prison et 500 000 à 5 000 000 FCFA d'amende ou l'une de ces deux peines seulement.

[1215] Loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif aux sociétés et au GIE. Cette législation prévoit une peine de 1 à 5 ans d'emprisonnement et 100.000 à 1 000 000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement.

[1216] Loi n° 10 001 du 06 janv. 2010 portant code pénal. Ce dernier punit le délit de majoration frauduleuse des peines allant de 1 an à 5 ans de prison et/ou d'une amende de 1 000. 000 à 5 000 000 FCFA.

faudrait envoyer une mise en demeure et, en cas de non-respect de celle-ci, prendre les sanctions nécessaires. Cette solution serait inefficace parce que la sanction interviendrait *a posteriori*. De plus, combien d'États membres respecteront une telle mise en demeure ? Combien accepteront cette dernière sans menacer de quitter l'organisation ? [1217] En plus d'intervenir *a posteriori*, la procédure de mise en demeure serait très lente et lourde et ne réglerait pas l'absence des sanctions. Or, il est important de prévoir des sanctions pénales le plus rapidement pour renforcer l'effectivité et l'efficacité de l'article 887, 4° de l'Acte uniforme.

758. La seconde solution serait d'harmoniser les sanctions pénales passé un certain délai. Le Traité instituant l'OHADA demeure muet sur les conséquences de l'absence de dispositions nationales sur ces sanctions. Ainsi, les mesures prévues par les différents Actes uniformes seraient privées d'effectivité et d'efficacité faute de sanctions précises dans le droit national des États membres. Contrairement au droit de l'Union européenne où un État peut faire l'objet d'un recours en manquement[1218], le droit OHADA ne prévoit pas une telle procédure. Cette situation s'expliquerait par le souci de ménager la susceptibilité de certains États membres. Dans ce contexte, l'harmonisation des sanctions semble être la seule issue possible. En effet, cette entreprise serait relativement aisée en pratique, eu égard à une certaine similitude dans le quantum des peines entre les trois pays précités[1219]. Elle aurait le mérite de faire disparaître les inégalités entre les États membres. Pour ce faire, le droit OHADA pourrait s'inspirer des institutions qui lui sont proches, en raison notamment de l'identité des pays membres. Il s'agit des organisations comme l'OAPI[1220] et la CIMA[1221] qui déterminent directement des sanctions aux infractions sans s'encombrer de la souveraineté étatique. Ainsi, l'Acte uniforme prévoirait les sanctions du délit de majoration et de minoration frauduleuse des apports en particulier et toutes les autres sanctions pénales, en général. Le droit OHADA gagnerait en cohérence, en efficacité et protégerait au mieux les intérêts des actionnaires.

759. En plus de la responsabilité pénale, la responsabilité civile peut aussi être engagée en cas de majoration des apports.

[1217] Par exemple, la République du Bénin a menacé de quitter l'OHADA après une décision défavorable à son égard rendu par la CCJA.

[1218] TFUE, art. 258, 259 et 260. Ces articles énoncent les procédures juridiques à suivre si la Commission européenne ou un gouvernement d'un pays membre de l'Union européenne (UE) estime qu'un pays de l'UE ne répond pas aux obligations qui lui incombent en vertu des traités.

[1219] C. MOUKALA-MOUKOKO, L'état de l'application du droit pénal des affaires OHADA dans les États-parties, *op. cit.*,

[1220] Organisation africaine de la propriété intellectuelle, Annexes I (art. 58 à 68), II (art. 35 à 45), III (art. 37 à 50), IV (art. 32 à 42), VI (73 à 76).

[1221] Code interafricain des Marchés d'Assurance, v. art. 333 à 333-15.

B) LA MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ÉVALUATEURS

760. La responsabilité civile des évaluateurs peut être engagée en réparation du préjudice subi par l'actionnaire.

761. La jurisprudence de la Cour de cassation. La responsabilité civile peut permettre de réparer le préjudice causé par la majoration ou la minoration des apports, faute pour cette dernière d'une sanction pénale. Ainsi, dans une affaire de cession de parts, la haute juridiction reconnaît que « *le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation de la chose vendue* »[1222].

762. Le principe dégagé par la décision de la Cour de cassation pourrait s'appliquer à la fusion ou à l'apport partiel d'actif. Ainsi, les actionnaires *« victimes »* d'une minoration des apports peuvent obtenir réparation du préjudice subi. Dans le cas de l'apport partiel d'actif, ce droit appartient à la société apporteuse en cas de sous-évaluation de la valeur de la branche d'activité apportée.

763. Les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité. La responsabilité civile des évaluateurs ne peut être engagée qu'en cas de faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Il est souvent reproché aux experts un préjudice subi du fait du déséquilibre patent de la parité d'échange ou de l'absence de pertinence des valeurs prises en compte. Il peut aussi leur être reproché leur passivité, lorsqu'ils se sont contentés d'entériner les valeurs proposées par les dirigeants qui sont fondées sur une seule méthode d'évaluation[1223]. Dans ce cas, les commissaires manquent ainsi à leur obligation de vérification complète et prudente des évaluations.

764. Dans un arrêt du 7 janvier 2014, la Cour de cassation dessine les contours de la responsabilité civile du commissaire aux apports en cas de surévaluation[1224]. Au visa de l'ancien article 1382 du Code civil, la haute juridiction décide que « *le commissaire aux apports, qui a fautivement approuvé une surévaluation des apports en nature ayant donné une apparence trompeuse de solvabilité à la société absorbante n'est tenu que de réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à*

[1222] Cass. com., 4 févr. 2004 n° 01-13.516.
[1223] Trib. corr. Paris, 16 mai 1974 : *Rev. sociétés* 1975, p. 657 ; D. 1975,37.
[1224] Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-23640, *op. cit.*

créer »[1225]. Par cette décision, la Cour s'oppose à ce que le commissaire aux apports supporte l'intégralité des conséquences de la poursuite d'activité[1226].

765. En définitive, les actionnaires ont toujours la possibilité d'engager la responsabilité civile des évaluateurs pour réparer le préjudice subi du fait de la surévaluation ou même de la minoration des apports. Outre, la responsabilité des évaluateurs, les droits des actionnaires doivent être protégés lors de la détermination de la parité d'échange.

SECTION II — L'ÉCHANGE DES DROITS SOCIAUX

766. Les évaluations des sociétés parties à l'opération permettent d'établir la parité d'échange, élément indispensable à l'échange des droits sociaux. Ce dernier découle du principe de transmission universelle du patrimoine. En effet, compte tenu de la disparition de la société absorbée, les actionnaires doivent être protégés. À ce titre, ils reçoivent les titres de la société absorbante. Cet échange obéit à un principe (§1) qui souffre néanmoins de quelques exceptions (§2).

§ 1 — Le principe de l'échange

767. Pour l'échange des titres, il convient de déterminer de la manière la plus juste possible le nombre d'actions à recevoir par les actionnaires de la société absorbée. C'est que permet la parité d'échange. Cette dernière constitue un élément essentiel de toute opération de fusion. En effet, elle est « *en quelque sorte le prix de l'acquisition* »[1227].

768. Nous analyserons d'une part les conditions de sa détermination (A) avant de présenter les difficultés inhérentes à celle-ci (B).

[1225] Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-23640, *op. cit.*
[1226] B. DONDERO, La responsabilité du commissaire aux apports dans les fusions simplifiées : *BJS* 2014, p. 258, note sous Cass. com., 7 janv. 2014 n° 12-23640, *op. cit.*
[1227] H. SYNVET, La détermination du montant de la parité d'échange dans les fusions de sociétés cotées, in *Mél. D. R. MARTIN,* LGDJ. 2015, p. 573.

A) LA DÉTERMINATION DE LA PARITÉ D'ÉCHANGE

769. L'évaluation des sociétés participant à l'opération n'entraîne pas automatiquement la fixation de la parité d'échange. La parité définitive n'est fixée qu'à l'issue des négociations entre les dirigeants des différentes sociétés[1228] (1). Pour un auteur, « *la parité d'échange des actions sera bien souvent une transaction entre deux positions plus ou moins divergentes. Vouloir nier ces divergences reviendrait à nier l'homme lui-même* »[1229]. C'est la raison pour laquelle un contrôle intervient pour vérifier l'équité de cette parité (2).

1) La parité d'échange, un choix des majoritaires

770. Par majoritaires, il faut entendre les actionnaires de la société. Parler de choix des majoritaires sur la parité revient à expliquer que ce sont ces derniers qui la déterminent soit parce qu'ils sont dirigeants soit parce que sans être dirigeants, ils sont étroitement liés à ces derniers. Dans ce contexte, deux cas doivent être distingués : la situation dans laquelle les sociétés participantes n'ont pas de lien capitalistique entre elles (a) et celle où il existe un tel rapport, ce qui vise l'opération entre une mère et sa fille (b).

a) La parité d'échange entre des sociétés indépendantes

771. L'autonomie des sociétés parties à l'opération, un gage d'équité dans les négociations. Dans une opération entre deux sociétés indépendantes, la négociation constitue le principe qui sous-tend la détermination de la parité d'échange. Si les dirigeants déterminent les modalités de la négociation, celles-ci diffèrent « *d'une opération à l'autre : tantôt, en effet, et c'est le cas le plus fréquent, les parties en présence s'accordent dès l'origine sur une parité d'échange ; tantôt, au contraire, elles décident, soit de s'en remettre aux calculs ultérieurs d'un expert choisi d'un commun accord, soit de déterminer cette parité au moyen d'une formule agréée par tous* »[1230].

772. L'indépendance entre les deux sociétés constitue un gage de l'équité des négociations. Chaque partie présente ses positions sur cette question fondamentale. Comme le remarque un auteur, c'est *« à ce stade du choix de la parité que les négociations sont difficiles, chaque partie entendant non seulement interpréter à son avantage les différentes évaluations qui ont déjà été accomplies, mais encore invoquer*

1228 V. *supra* n°156 et s.
1229 Ph. COMTE, Valeurs économiques et valeurs juridiques dans les fusions d'entreprises, *op. cit.*, p. 114.
1230 G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op. cit.,* p. 62.

d'autres arguments d'opportunité qui peuvent militer en faveur d'une parité plutôt que d'une autre »[1231]. La solution à ce conflit dépendrait de la qualité de l'information dont disposent les parties à l'opération, mais aussi de l'importance de ce projet pour les sociétés et enfin, des contraintes qui encouragent l'une ou l'autre à réaliser la restructuration[1232]. En d'autres termes, la négociation de la parité peut résulter d'un rapport de force dépendant de bien des facteurs comme « *l'intensité du besoin, le degré de concurrence, les antécédents de la relation, l'état de conjoncture, la taille respective des entreprises, les réseaux d'alliances […]* »[1233]. Ces éléments de négociation ont été constatés dans le cadre de la fusion entre la société LAFARGE et la société HOLCIM. Le rapport de force dans cette opération était bien en faveur de cette dernière, compte tenu de ses résultats semestriels positifs publiés après la fixation de la parité. Par la négociation, la société HOLCIM a pu obtenir une nouvelle parité plus favorable que l'ancienne.

773. Une équité toutefois relative, en raison d'un possible conflit d'intérêts entre les dirigeants et les actionnaires. L'indépendance entre les sociétés constitue une garantie du sérieux de la négociation et un excellent contrôle de la loyauté de la parité[1234]. Cependant, la situation n'est pas aussi simple. L'indépendance juridique n'offre pas toujours une garantie de la sincérité dans la négociation et encore moins un gage de l'équité de la parité d'échange. En effet, celle-ci dépendrait aussi et surtout des avantages concédés aux dirigeants de l'une ou l'autre des sociétés. Par exemple, si leurs intérêts et ceux de la société convergent, l'équité de la parité lors de la négociation pourra être garantie. Dans le cas contraire, l'autonomie des sociétés serait insuffisante à garantir une parité juste. En pratique, les intérêts des dirigeants s'opposent souvent à ceux des actionnaires. Les premiers souhaitent conserver les pouvoirs de direction au sein de la nouvelle entité. Pour atteindre cet objectif, ils peuvent faire des concessions sur la parité d'échange. Ainsi, les actionnaires minoritaires pourraient être *« spoliés »* sans que les mandataires sociaux ne défendent au mieux leurs intérêts. Un auteur résume parfaitement ce conflit d'intérêts, « *plus précisément, la fusion apparaît pour les dirigeants comme le moyen le plus spectaculaire de prouver leur dynamisme et d'accroître au plus vite leur statut […]. Elles (les fusions) renforcent l'ancrage dans leur poste et conduisent à un accroissement de leur statut et rémunération. […] Les rémunérations des dirigeants avaient « explosé » depuis 20 ans du fait des fusions »*[1235]. Cette situation est accentuée dans les opérations mère fille.

1231 G. BAUDEAU, *Protocoles et traités de fusion*, *op. cit.,* p. 62.
1232 C. DUPONT*, La négociation*, Dalloz Gestion, 3e éd. 1990, p. 219.
1233 *Ibidem.*
1234 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op. cit.,* p. 223.
1235 J. DUVAL-HAMEL, Le paradoxe des fusions, vecteurs de la vie des affaires, *op. cit.*

b) La parité d'échange et l'opération mère fille

774. Il ne s'agit pas ici d'une opération simplifiée, mais d'une opération entre une société mère et sa filiale au sens des articles L. 233-1 du Code de commerce et 179 de l'Acte uniforme, dont les dispositions prévoient respectivement que *« lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme filiale de la première »* et *« Une société est société mère d'une autre société quand elle possède dans la seconde plus de la moitié du capital. La seconde société est la filiale de la première ».* Or, dans l'opération simplifiée, la mère détient 100 % du capital social de la fille et cette problématique ne pose pas[1236].

775. Pour notre cas, contrairement à l'opération précédente[1237], il n'existe pas vraiment de négociation[1238] ou du moins celle-ci peut être déséquilibrée en raison du pouvoir de la première sur la seconde[1239]. Mais d'aucuns objecteront que les filiales sont indépendantes juridiquement et à ce titre, les dirigeants peuvent et doivent défendre l'intérêt social. De plus, les actionnaires minoritaires pourront contester l'opération. S'il est vrai que la filiale est indépendante, ces derniers ne bénéficient d'aucun pouvoir décisionnel. Nier cette situation revient à méconnaître le fonctionnement des groupes de sociétés. L'indépendance juridique est une chose et l'indépendance réelle en est une autre, comme en témoigne toute la jurisprudence française relative au co-emploi[1240]. En pratique, la filiale reçoit toutes les instructions de la société mère. Cette dernière détermine les orientations et décide des opérations de restructuration. En outre, les dirigeants de la fille sont soit administrateurs de la mère, soit bénéficiaires d'un contrat de travail. Dans ces conditions, comment concevoir un minimum d'indépendance de la fille à l'égard de la mère ? Quel dirigeant braverait la personne qui l'a désigné à son poste ? De ce fait, les actionnaires minoritaires sont encore plus démunis que dans la précédente opération. Dans notre cas, la société mère décide de tout sur l'opération, les méthodes d'évaluation et détermine de manière unilatérale l'évaluation des sociétés et la parité d'échange. La filiale subit donc une décision unilatérale de son actionnaire majoritaire. S'agissant de la parité d'échange par exemple, les dirigeants de la société mère peuvent adopter des choix comptables maximisant la valeur de

---

1236 V. *infra* n° 821.
1237 V. *supra* n° 772.
1238 D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, *op. cit.,* p. 223.
1239 C. DJAMA et J. BOUTANT, Stratégie(s) comptable(s) des dirigeants dans la détermination de la parité d'échange : le cas des fusions françaises, 21 janv. 2011, en ligne sur les archives-ouvertes.fr, consulté le 15 janvier 2017.
1240 La plus récente : Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 14-27.266, affaires des salariés de Continental France. Néanmoins, dans cette décision la Cour ne reconnaît pas le co-emploi. Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 15-15481, affaires 3 Suisses. Dans cette espèce, la Haute juridiction reconnaît le co-emploi entre la filiale et la société mère.

celle-ci, permettant là aussi d'obtenir une parité plus favorable à cette dernière[1241]. L'objectif recherché dans ces conditions est d'opérer un transfert de richesses des actionnaires minoritaires au profit de l'actionnaire majoritaire[1242]. C'est la raison pour laquelle les actionnaires minoritaires, voire ultra-minoritaires doivent être protégés. Il est donc indispensable de garantir l'équité de la parité d'échange en améliorant son contrôle par les experts. C'est à cette condition que les droits de ces derniers pourront être mieux protégés.

2) Le contrôle de l'équité de la parité d'échange

776. Avant de présenter les différents contrôles effectués pour vérifier l'équité de la parité d'échange (b), il est indispensable de traiter du calcul de la parité d'échange (a).

a) Le calcul de la parité d'échange

777. La parité d'échange. Après l'évaluation, il convient de comparer les valeurs des deux sociétés parties à l'opération. La parité d'échange est le calcul du nombre de titres de la société absorbante qui doit être remis aux actionnaires de la société absorbée en échange de leurs titres. Par exemple, si la société **A**, valorisée à 3 millions d'euros avec un capital représenté par 10 000 actions, souhaite absorber une société **B**, valorisée à 1 million d'euros avec également un capital social représenté par 10 000 actions. Il convient dans un premier temps de déterminer la valeur réelle de l'action de chaque société. Par hypothèse, les différentes estimations ont abouti au résultat suivant : valeur réelle de l'action de **A** = 300 euros (3 000 000/10 000) et valeur réelle de l'action **B** = 100 euros (1 000 000/10 000). Par conséquent, la parité d'échange s'établira à : **VA/VB** soit 300/100 = 3, soit trois actions **B** pour une action **A**, ce qui signifie que chaque actionnaire de la société **B** recevra en échange une action **A** lorsqu'il présentera lui-même trois actions **B**[1243]. Ce rapport demeure théorique puisque les sociétés participantes pourraient décider d'une autre parité. En effet, comme le précise un auteur *« […] l'emploi d'une méthode multicritère pondérée n'interdit pas aux parties d'exercer leur libre arbitre quant à la détermination de la parité d'échange à partir des fourchettes de valeurs données par les évaluateurs pour autant que les intérêts des minoritaires soient préservés »*[1244]. En la matière, c'est donc la liberté contractuelle qui prévaut[1245].

[1241] C. DJAMA et J. BOUTANT, Stratégie(s) comptable(s) des dirigeants dans la détermination de la parité d'échange, *op. cit.*,
[1242] *Ibidem.*
[1243] Exemple tiré de J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif » : *Rép. droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 51.
[1244] J.-M. MOULIN, La fusion à l'épreuve de la liberté contractuelle, in *Mél. P. LE CANNU*, Daloz, 2014, p. 741.
[1245] V.*supra* n° 717 et s.

778. La fusion s'apparente pour la société absorbante à une augmentation de capital social. Il convient donc de déterminer le nombre d'actions à créer dans cette société. L'estimation est la suivante : Nombre d'actions société **A**/Parité d'échange, soit 10 000/3 = 3 333, 333 arrondi à 3 333 actions. La société **A** devra donc créer ces actions nouvelles pour refléter l'augmentation de capital résultant de l'absorption de **B**.

779. Dans notre exemple, supposons que l'actionnaire majoritaire de la société **B** possède 7500 actions et le minoritaire 2500 actions, soit pour ce dernier un pourcentage de 25 % du capital social. Après la fusion, il n'aura plus que 833 actions (2500 x 1/3) de la société absorbante, en raison d'un rapport d'échange défavorable. Il perdra de l'influence dans la nouvelle entité, sauf alliance avec les autres actionnaires. On mesure ici l'incidence de la fusion sur le pouvoir politique de cet actionnaire.

780. La prime de fusion. Elle constitue la différence entre la valeur nette de l'apport et la valeur nominale des actions nouvellement créées pour la rémunération. Elle doit être portée au passif du bilan au compte dénommé « *prime de fusion* »[1246]. Si nous reprenons l'exemple ci-dessus, la société **A** doit, on l'a vu, créer 3 333 actions nouvelles. **A** et **B** étant, par hypothèse, deux sociétés sans liens capitalistiques entre elles. Dans ces conditions, la société **A** :

— augmentera son capital de : 3 333 × 100 (valeur nominale de l'action de **A**) = 333 300 € ;

— il sera porté au compte « *prime de fusion* » de la société absorbante, la différence entre la valeur nette des biens qui lui sont transmis et le montant de l'augmentation de son capital[1247], soit 1 000 000 (valeur de B) — 333 300 (montant de l'augmentation du capital) = 666 700 €. Juridiquement, la prime de fusion est analysée comme un complément d'apport[1248].

781. La problématique de l'actif net négatif. Il se peut, mais cela est beaucoup plus rare, que la valeur nominale des titres de la société absorbante à émettre soit supérieure à leur valeur réelle. Dans ce cas, les actionnaires de la société absorbée vont recevoir des titres d'une valeur réelle inférieure à leur valeur nominale. En d'autres termes, la valeur des titres qu'ils reçoivent est, *ab initio*, inférieure à celle qu'ils apportent à la société absorbante[1249]. Ces derniers sont donc dans une situation inconfortable. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine a proposé certaines solutions pour protéger au mieux les intérêts des actionnaires de la société absorbée. Ainsi, un auteur a indiqué que « *dans une telle circonstance, il pourrait être judicieux d'inverser*

[1246] A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.* n° 82943.
[1247] C'est la définition donnée par CA Versailles, 27 janv. 2005, 12e ch., sect. 2, *op. cit.*
[1248] Rép. min. n° 27712 : *JOAN* Q 24 févr. 1973, p. 460.
[1249] S. SYLVESTRE, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? *BJS*, 2002, p. 1003.

le sens de la fusion. Si cela n'est pas possible, il peut aussi être procédé à une réduction de capital motivée par des pertes au niveau de la future société absorbante afin d'assainir sa situation financière avant l'opération de fusion. Enfin, il pourrait être envisagé de conférer aux actionnaires de la société absorbée des actions de préférence leur permettant de compenser la perte de valeur que représentera pour eux l'échange de droits sociaux d'une valeur inférieure à celle de ceux qu'ils détenaient jusqu'à présent chez l'absorbée »[1250]. En ce qui concerne la première solution, elle revient à ce que la future société absorbante devienne la société absorbée. Selon certains auteurs, cette solution serait impraticable parce qu'elle contrevient aux règles régissant l'augmentation de capital en droit des sociétés[1251]. En effet, la fusion-absorption emportant augmentation de capital de la société absorbante en vue de l'échange de ses titres contre ceux de la société absorbée, elle suppose qu'il y ait une contrepartie réelle à l'augmentation de capital afin que celle-ci ne présente aucun caractère fictif[1252]. Cette exigence est commandée par le principe de réalité du capital social dont le but est la protection des tiers. Pour cela, l'apport doit avoir une valeur positive au moins égale à l'augmentation de capital. C'est une règle impérative[1253]. Néanmoins, cette position doit être nuancée, lorsqu'il s'agit d'une fusion simplifiée d'une société détenue à 100 % par la société absorbante. Dans cette opération, il n'y a pas d'augmentation de capital. Par conséquent, une telle opération peut être réalisée avec une absorbée ayant un actif net négatif[1254].

S'agissant de la réduction du capital de la société absorbante, elle permettra l'imputation des pertes sur le capital, ce qui entraînera la disparition des pertes comptables. Si, à l'issue de cette opération, l'actif net de la société n'est plus négatif, la valeur réelle des actions de la société absorbante rejoint leur valeur nominale[1255]. Toutefois, une telle solution pourrait être confrontée à la réticence de certains actionnaires de la société absorbante. Par une telle opération, leurs droits diminuent et ils doivent, dans le cadre d'un coup d'accordéon, injecter des sommes supplémentaires dans la société[1256]. Cette frilosité devra être surmontée par la négociation entre les différentes parties. Enfin, il est possible d'octroyer des actions de préférence aux actionnaires de la société absorbée. Selon un auteur, cette solution semble « *[…] en premier lieu difficile à mettre en œuvre, car elle implique que malgré l'absorption, la société issue de la fusion soit susceptible de générer des bénéfices distribuables suffisants pour compenser le préjudice causé par la fusion. De plus, il sera très difficile de calculer le montant du dividende prioritaire qui devra être accordé aux actionnaires de la société absorbée pour*

[1250] J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif », *op. cit.*, n° 54.
[1251] J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, *op. cit.*, n° 845 ; S. SYLVESTRE, *op. cit.*
[1252] M.-L. COQUELET et C. BARILLON, Fusion, scission, *op. cit.*
[1253] J.-J. DAIGRE, « Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ? », *JCP. E* 1992, I, 165.
[1254] *Ibidem.*
[1255] M.-L. COQUELET et C. BARILLON, Fusion, scission, *op. cit.*
[1256] S. SYLVESTRE, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? *op. cit.*

compenser la perte occasionnée par la fusion»[1257]. Par ailleurs, dans l'opération entre des sociétés indépendantes, elle ne contribue pas à ce que la valeur des actions corresponde au moins à la valeur au nominal des actions à émettre[1258]. Au regard de ce qui précède, le coup d'accordéon semble être la solution la plus plausible et plus protectrice des intérêts des actionnaires.

782. La situation de l'apport partiel d'actif. La parité d'échange permet de calculer le nombre de titres de la société bénéficiaire qui doit être remis à la société apporteuse[1259]. Mais, cette dernière peut redistribuer ces titres à ses actionnaires dans le cadre de l'apport à une société nouvelle[1260] ou les conserver.

783. Dans la société bénéficiaire, l'apport entraîne une augmentation du capital par émission d'actions nouvelles pour rémunérer la branche d'activité. Ainsi, soit une société **A** qui apporte une branche complète d'activité à la société **B**, au capital social de 500 000 euros composé de 5000 actions de 100 euros de valeur nominale. La branche d'activité est valorisée à un montant de 1 100 000 euros. Il n'existe aucun lien capitalistique entre les deux sociétés[1261]. Dans le but de rémunérer cet apport, la société **B** procède à une augmentation de capital d'un montant de 600 000 euros donnant lieu à l'émission de 6000 actions nouvelles d'une valeur nominale de 100 euros. Il en ressort une prime d'apport de 500 000 euros (1 100 000 euros - 600 000 euros)[1262]. La société **A** recevra ainsi ces 6 000 actions et deviendra ainsi le nouvel actionnaire majoritaire de la société **B**.

784. Compte tenu de l'importance de l'échange tant dans les opérations de fusion que d'apport partiel d'actif, il est nécessaire de vérifier son équité.

b) La vérification de l'équité

785. Le contrôle par le commissaire à l'opération. Dans une opération de fusion, le commissaire à l'opération est un acteur des protections[1263]. C'est la raison pour laquelle compte tenu de l'importance de la parité d'échange, il lui incombe de vérifier son équité. En effet, aux termes des articles L. 236-10 Code de commerce et 672 de l'Acte uniforme, les commissaires à l'opération (sauf décision unanime de ne pas les désigner comme c'est le cas en droit français)[1264],

---

1257 S. SYLVESTRE, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? *op. cit.*
1258 *Ibidem*.
1259 M.-L. COQUELET, Apport partiel d'actif, Joly éditions, mis à jour en 2016.
1260 C. com., art. L. 236-17 sur renvoi de l'article L. 236-22.
1261 Cet exemple est tiré de E. TORT, *L'essentiel des Fusions et acquisitions*, éd. Lextenso, 2015, p. 55.
1262 E. TORT, L'essentiel des Fusions et acquisitions, op. cit.
1263 R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales, op. cit. n° 46.
1264 V. *infra* n°210.

vérifient que « *le rapport d'échange est équitable* ». À ce titre, il doit dans un premier temps, assurer l'égalité entre les actionnaires des différentes sociétés. En d'autres termes, l'échange des droits sociaux doit donc rétribuer de façon égalitaire les actionnaires de la société absorbée sans léser ceux de la société bénéficiaire[1265]. La parité doit permettre une répartition des actions proportionnelle à la contribution des actifs des sociétés sans l'enrichissement de la société issue de la fusion[1266]. Dans un second temps, le commissaire à l'opération doit vérifier qu'il n'existe pas des faits de nature à minorer les apports, des pertes exceptionnelles subites ou tous faits pouvant remettre en cause la rémunération des apports[1267]. Enfin, compte tenu de la particularité de l'apport partiel d'actif, cet expert apprécie le nombre de titres à créer qui résulte de la comparaison de la valeur de l'ensemble apporté et de la valeur unitaire de l'action de la société bénéficiaire de l'apport[1268].

786. Le contrôle judiciaire. En plus du contrôle du commissaire à l'opération, un contrôle judiciaire peut être exercé sur la parité d'échange au moyen d'une action en contestation. En pratique, les minoritaires n'obtiennent pas souvent gain de cause[1269], comme le précise un auteur en ces termes : « *au cours des trente dernières années, aucune action de cette sorte fondée sur le caractère lésionnaire de la parité n'a été accueillie*»[1270].

787. Le juge ne jouit d'aucune compétence pour fixer la parité, même s'il considère que cette parité est inéquitable[1271]. Ainsi, il a été jugé que « *la cour d'appel n'avait pas à refaire les évaluations contestées* »[1272]. Il appartient seulement au juge de « *vérifier si les éléments utiles pour l'évaluation des sociétés et la fixation des parités d'échange des actions avaient été fournis aux personnes qui étaient chargées d'y procéder et pris en compte par elles ainsi que par les commissaires ayant pour mission de contrôler leurs travaux et, notamment, de s'assurer que les valeurs attribuées à chaque société étaient pertinentes et le rapport d'échange équitable* »[1273]. Il en résulte que le juge ne procède qu'à contrôle formel[1274] qui porte essentiellement sur l'objet de la mission du commissaire conformément à l'article L. 236-10 du Code de commerce[1275]. Autrement dit, celui-ci devrait se poser la question de savoir si l'expert a procédé aux vérifications et appréciations imposées par cet article et si le rapport contient les

---

1265 D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., p. 224.
1266 R. CHUILON, Les fusions de sociétés, recherches des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports, *op. cit.*
1267 *Ibidem*.
1268 J-G. DEGOS, Commissariat aux apports, évaluations et fusions, op. cit., p. 58.
1269 CA Versailles, 1er oct. 1986 : *BJS* 1987, p. 27, note P. Le CANNU.
1270 D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 225, p. 230.
1271 *Ibidem*, n° 224, p. 229.
1272 Cass. com., 3 juin 1998, *op. cit.*
1273 *Ibidem*.
1274 D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 224, p. 229.
1275 *Ibidem*.

mentions dudit texte. Cette démarche a été expressément décrite par la Cour d'appel de Douai en ces termes, « *l'opération critiquée est régulière, que les minoritaires n'ont pas été désavantagés, même s'ils n'ont pas reçu au minimum une contrepartie correspondant à la cotation boursière de leurs actions, car les commissaires à la fusion estiment qu'ils ont été équitablement traités après avoir passé en revue différents critères d'évaluation de celle-ci, comme le recommande la COB »*[1276]. Il apparaît donc que le contrôle judiciaire est très restreint[1277], ce qui ne contribue pas à la protection des actionnaires.

788. Les pistes d'amélioration. Compte tenu des difficultés à obtenir une modification de la parité devant le juge, il convient d'améliorer les missions du commissaire à l'opération. Plusieurs solutions ont été proposées dans un rapport commandé par l'AMF (ex COB)[1278]. Certes, ce rapport concerne la fusion entre sociétés cotées, mais les solutions proposées peuvent être étendues aux sociétés non cotées. Selon ce rapport, la première solution serait de publier le nom de l'expert indépendant, pour permettre aux actionnaires de lui communiquer leurs observations[1279]. Cette solution serait probablement de peu d'efficacité, car, il n'est pas évident que le commissaire à l'opération prenne en compte les observations des minoritaires dans son rapport, ce d'autant plus qu'il a été désigné sur proposition des dirigeants. Cette solution ne serait efficace que si une disposition législative la prévoit et que celle-ci oblige l'expert à tenir compte des observations des minoritaires, du moins à les mentionner dans son rapport.

789. La seconde solution serait de généraliser la pratique de certains tribunaux qui désigne systématiquement un second expert qui dispose d'un « *regard neuf »*[1280], lorsque les sociétés ne proposent que la nomination d'un seul expert[1281]. Là encore, cette solution s'avérerait ineffective, parce qu'en pratique, les sociétés font entériner par le tribunal la désignation de deux experts. Il serait particulièrement souhaitable que les tribunaux de commerce jouent pleinement leur rôle en désignant eux-mêmes ces derniers comme le prévoient les articles L. 236-10, I, alinéa 1er du Code de commerce et 672, alinéa 1er, de l'Acte uniforme.

790. *In fine*, il est aussi nécessaire d'assurer la protection des actionnaires, quand des difficultés particulières surviennent lors de la fixation de la parité d'échange.

[1276] CA Douai, 7 juill. 1994, *op. cit.*
[1277] D. SCHMIDT, *op. cit., n°* 225, p. 230.
[1278] J.-F. LEPETIT ET H. PHILIPPE, La protection des actionnaires minoritaires dans les opérations de fusion et de garanties de cours, éd. AMF (ex COB), 1996, p. 34.

[1279] *Ibidem.*

[1280] J.-F. LEPETIT ET H. PHILIPPE, La protection des actionnaires minoritaires dans les opérations de fusion et de garanties de cours, *op. cit.*
[1281] *Ibidem.*

B) LES DIFFICULTÉS DE DÉTERMINATION DE LA PARITÉ D'ÉCHANGE

791. Ces difficultés concernent les valeurs mobilières (1) et l'existence des rompus (2).

1) La parité d'échange et les valeurs mobilières

Par souci de clarté, il convient de présenter le cas des actions de préférence (a) et le cas des certificats d'investissement et certificats de droit de vote (b).

a) Les actions de préférence

792. Le régime juridique. Les actions de préférence permettent de soutenir l'investissement au sein des sociétés. C'est la raison pour laquelle le Code de commerce et l'Acte uniforme ont pris en compte la situation de leurs titulaires dans une optique de protection de leurs intérêts lors d'opération de restructuration et plus particulièrement en cas de fusion. En effet, aux termes des articles L. 228-17 du Code de commerce et 778-12 de l'Acte uniforme, « *en cas de fusion ou de scission, les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés* ». Il en résulte que le calcul de la parité d'échange doit tenir compte de ces actions. De ces articles, deux situations doivent néanmoins être distinguées. Selon la première, si les actions de préférence sont échangées contre les actions comportant des droits équivalents, l'approbation de l'opération par l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence devient facultative[1282]. Dans le deuxième cas, en l'absence de cet échange, l'opération est soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale conformément à la procédure prévue aux articles L. 225-99 du Code de commerce et 555 de l'Acte uniforme[1283]. L'échange permet par conséquent d'éluder cette procédure. La question est de savoir lequel de ces deux mécanismes serait plus protecteur. De prime abord, il est possible de considérer que l'échange garantit mieux les intérêts des porteurs d'actions de préférence qu'une assemblée dont on connaît le plus souvent l'issue favorable à l'opération. Toutefois, cet optimisme est freiné par une lecture attentive des L. 228-17 du Code de commerce et 778-12 de l'Acte uniforme. En effet, le législateur y parle de « *droits particuliers équivalents* » ou encore de « *parité d'échange spécifique* » sans aucune autre précision, ce qui crée une insécurité juridique.

[1282] V.*supra* n° 582.
[1283] V. *supra* n° 582.

793. L'imprécision sur la notion de *« droits équivalents »*. Ni le législateur français ni le législateur OHADA ne donnent une définition de la notion de « *droits particuliers équivalents* » pouvant justifier l'absence d'approbation du projet de l'opération par une assemblée spéciale des actionnaires. Ce silence est d'autant plus grave que l'échange des titres contre des actions comportant des « *droits particuliers équivalents* » contribue à l'ineffectivité du droit de consultation.

794. La question se pose donc de savoir ce que suppose l'équivalence des droits. Selon le Vocabulaire juridique, la notion d'équivalence renvoie à une « *identité de valeur et partant d'effet (de droit) ou de régime (juridique) entre divers actes, formes, procédures, modes de preuve,* etc. »[1284]. Dans le cas des articles précités, il s'agirait d'une équivalence en valeur[1285]. Autrement dit, les actions échangées contre les actions de préférence doivent avoir la même valeur. Selon le Garde des Sceaux : « *Il s'agit de permettre l'échange d'actions de préférence contre d'autres actions de préférence donnant droit à l'attribution préférentielle d'un dividende ou à la désignation d'un membre du conseil de surveillance, en tenant compte éventuellement d'une parité d'échange en fonction de la réduction du droit consentie. En revanche, s'il n'existe pas dans la nouvelle société d'actions de préférence disposant de droits particuliers équivalents, la parité d'échange devra tenir compte de l'abandon de ce droit* »[1286]. Il en résulte qu'il s'agit d'une identité de droits et non d'équivalence comme prévu par la loi[1287]. Or, les droits identiques peuvent ne pas avoir la même valeur[1288]. Ainsi, pour renforcer ce mécanisme, il est nécessaire d'évaluer les différentes actions de préférence, ce qui n'est pas chose aisée en pratique[1289]. Par souci de protection des actionnaires, le législateur devrait prévoir, comme le suggère une partie de la doctrine, que les droits particuliers soient de même nature, mais aussi de même valeur[1290]. C'est peut-être le sens de la parité spécifique.

795. La problématique de la parité d'échange spécifique. Aux termes des articles L. 228-17 du Code de commerce et 778-12 de l'Acte uniforme « *en cas de fusion ou de scission, les actions de préférence peuvent être échangées […] selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés* ». Autrement dit, en cas d'abandon des droits particuliers, les sociétés parties à l'opération de fusion doivent fixer une parité spécifique. Ce mécanisme de protection valide par analogie l'objectif recherché par les investisseurs en fonds propres qui est celui d'un

---

1284 G. CORNU, *Vocabuaire juridique*, préc. p. 413.
1285 E. LE DOLLEY, L'équivalence en droit financier : *BJS* 2009, p. 204.
1286 Rép. min. n° 13316 : JO Senat Q 30 sept. 2004, p. 2236.
1287 H. LE NABASQUE, Sort des actions de préférence en cas de fusion ou de scission de la société émettrice : *RDBF* 2005, 27
1288 *Ibidem.*
1289 S. SCHILLER, L'évaluation de la préférence : *Rev. sociétés* 2006, p. 703 ; R. ARAKELIAN, Action de préférence : *Rép. droit des sociétés*, juillet 2015, n° 111.
1290 *Ibidem.*

« *droit de liquidation préférentiel* » en cas de fusion[1291]. Ce droit est en quelque sorte un droit de préférence de celui qui le détient sur les autres actionnaires. En cas de cession d'actions de la société cible par exemple, le prix sera attribué par priorité aux cédants investisseurs. Une fois ces derniers désintéressés, seul le surplus éventuel dudit prix de vente revient aux autres actionnaires. En notre matière, le projet de fusion déclenche la mise en œuvre de ce droit. Il s'agit de fixer une parité plus favorable pour les actions de préférence que celle fixée pour les actions ordinaires. En d'autres termes, les textes institutionnalisent « *la différence de parité entre les différentes catégories d'actions, reconnaissant de ce fait que les actions de préférence peuvent valoir plus cher que les actions ordinaires* »[1292]. Néanmoins, si les actions de préférence ont moins de droits que les actions ordinaires, ces dernières auront une parité plus favorable que les premières. De plus, la parité spécifique n'est pas toujours nécessaire en cas de réduction ou suppression des droits particuliers[1293]. C'est par exemple le cas d'un droit particulier consistant à désigner un membre d'un organe ou d'un droit de veto. Ce dernier ne bénéficie pas d'une valorisation. En pratique, les actionnaires de la société absorbée perdent ainsi un avantage du fait de l'opération, d'autant plus que les textes ne précisent pas les conséquences d'une éventuelle absence de valorisation de certains droits[1294]. *A contrario*, le maintien à l'identique des droits particuliers dans la société absorbante ne constitue pas un obstacle à une compensation, soit par des droits particuliers augmentés, soit par la remise d'actions supplémentaires pour respecter le principe d'équivalence[1295]. Dans tous les cas, une consultation de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence reste obligatoire[1296] parce qu'avec la parité d'échange spécifique, il s'agit de l'abandon des droits particuliers[1297].

796. L'absence d'indication sur le rôle du commissaire à l'opération. Les articles précités ne donnent aucune indication sur le rôle du commissaire à l'opération. Compte tenu de sa mission d'information lors de l'opération, il ne peut être indifférent à la présence des actions de préférence[1298]. Par conséquent, il devrait pouvoir apprécier l'équité du rapport d'échange en prenant en compte leur existence.

1291 R. ARAKELIAN, *op. cit.,* n° 125 ; S. ROY-BOSSI, Les mécanismes de liquidation préférences en droit français : *BJS* 2007, p. 429.
1292 *Ibidem*.
1293 A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions : *JCL Soc. Traité*, Fasc n° 162-10 du 31 oct. 2014, mis à jour le 26 févr.2015, n° 19.
1294 A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.* n° 19.
1295 *Ibidem.*
1296 V.*supra* n° 589.
1297 A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.* n° 96.
1298 *Ibid.*

797. Faute de précision textuelle sur son rôle, l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence pourrait user de la faculté qui lui est reconnue par les articles L. 228-19 du Code de commerce et 778-15, alinéa 1er, de l'Acte uniforme, de désigner un commissaire aux comptes pour vérifier le respect par la société des droits particuliers attachés aux actions de préférence. Cette mission pourrait facilement s'intégrer au projet de fusion. Le commissaire aux comptes de chaque société pourrait donc contrôler que l'échange des droits particuliers respecte l'équivalence voulue par les textes. Il a l'obligation, conformément aux articles précités, de donner son avis dans un rapport spécial à communiquer lors d'une assemblée spéciale des porteurs des actions de préférence. Toutefois, sa mission ferait double emploi avec celle qu'exercerait le commissaire à l'opération[1299]. Dans ce contexte, une bonne coordination entre ces acteurs de la protection des actionnaires est nécessaire. En tout état de cause, il faudrait que l'un des experts se penche sur la question dans l'intérêt de ces derniers.

798. Il convient de préciser que la procédure de vérification des avantages particuliers semble ne pas être applicable étant donné qu'il ne s'agit pas ici d'une création d'actions de préférence comme le prévoient les articles L. 228-15 du Code de commerce[1300] et 778-10 de l'Acte uniforme. Il devrait en être de même pour les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote.

b) L'échange des certificats d'investissement et les certificats de droit de vote

799. En plus d'une procédure d'achat[1301], le Code de commerce prévoit une procédure d'échange des certificats. En effet, aux termes de l'article L. 228-30, alinéa 8 dudit code, *« en cas de fusion ou de scission, les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote d'une société qui disparaît peuvent être échangés contre des actions de sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine »*. Cet article n'indique pas la nature des actions qui seront reçues en échange des certificats. S'agit-il des actions ordinaires ou des actions de préférence. Il s'agirait des premières, faute de précision textuelle. Dans ce cas, se pose le problème de la valeur réciproque de titres échangés[1302]. Par cet échange, les certificats disparaissent sans une véritable contrepartie en termes de valeur des titres. Par conséquent, leurs titulaires deviennent de simples actionnaires ordinaires, peut-être

---

1299 V.*supra* n° 786.
1300 A. VIANDIER, Les actions de préférence — (Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31) : *JCP E* 2004, 1440.
1301 V. *supra* n° 603 et s.
1302 J.-F. ARTZ, Certificats d'investissement et Certificats de droit de vote, *op. cit.* n° 66.

contre leur volonté[1303]. La mesure la plus protectrice pour les porteurs de certificats serait qu'ils conservent leur qualité dans la société absorbante et ainsi, ils ne perdraient pas les avantages qui y sont attachés[1304]. D'autres difficultés sont liées à l'existence des rompus.

2) Parité d'échange et rompus

800. La notion de rompus. En pratique, la parité ne permet pas souvent d'attribuer un nombre entier de titres. En effet, son calcul peut faire apparaître des nombres avec des décimales communément appelés rompus. Pour surmonter cette difficulté, plusieurs solutions sont prévues soit par les statuts (a), soit par la loi (b).

a) La solution conventionnelle : la cession des droits formant rompus

801. Le droit français. Généralement dans certaines sociétés, une clause statutaire laisse la liberté aux actionnaires de régler la question des rompus en ces termes : « *Les* actionnaires *doivent faire leur affaire personnelle de toute acquisition ou cession de droits pour obtenir l'attribution d'un nombre entier d'actions* ». Les actionnaires bénéficient d'une alternative soit acquérir un droit supplémentaire, soit céder leur droit formant rompu et ainsi se contenter de l'attribution d'un nombre entier de titres. En pratique, c'est cette technique qui est la plus usitée dans les opérations de fusion.

802. Cependant, lorsque certains droits formant rompus n'ont pas été attribués, la société absorbante peut, sur simple décision du conseil d'administration, du directoire ou du président selon le cas, mettre en œuvre la procédure de mise en vente de titres de la société absorbante non réclamés conformément à l'article L. 228-6 du Code de commerce, après l'expiration d'un délai d'un an suivant la publication de cette décision, dans les conditions prévues par les articles R. 225-11 et R. 228-12 du Code de commerce. Ce délai s'applique aux fusions intervenues après le 1er avril 2015. Pour celles antérieures à cette date, il était de 2 ans[1305].

[1303] J.-F. ARTZ, Certificats d'investissement et Certificats de droit de vote, *op. cit.* n° 66.
[1304] A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.* n° 100.
[1305] L'article L. 228-6 a été modifié par l'article 15 de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises : *JORF* n° 0177 du 2 août 2014, p. 12 820, texte n° 11.

803. À compter de la date de la vente, les titulaires des droits formant rompus ne peuvent plus prétendre qu'à la répartition en numéraire du produit net de la vente des titres de la société absorbante non réclamés[1306].

804. Le droit OHADA. L'article 566 de l'Acte uniforme prévoit expressément que « *les droits formant rompus sont négociables et cessibles* ». Cet article a le mérite d'être clair et précis, contrairement au droit français. Néanmoins, l'article précité dans son alinéa 2 pose une limite en prévoyant que « *toutefois, l'assemblée générale extraordinaire peut dans les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 565 ci-dessus décider de manière expresse que les droits formant rompus ne sont pas négociables et que les actions correspondantes doivent être vendues* ». Il y a là une différence avec le droit français. En effet, dans cet ordre juridique, comme précédemment évoqué, la décision de vente revient aux organes de gestion et de direction de chaque société alors qu'elle est de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire en droit OHADA. Les organes de gestion et de direction ne peuvent que fixer ses modalités sur autorisation de cette dernière[1307]. Toutefois, le droit français semble plus protecteur, dans la mesure où pour les droits formant rompus non attribués, il prévoit une procédure d'information des actionnaires et laisse un délai à ces derniers pour se manifester.

805. Enfin, en droit OHADA, « *les sommes provenant de la vente sont allouées aux titulaires des rompus au plus tard trente jours après la date d'inscription à leur compte du nombre entier d'actions attribuées* »[1308]. Les parties pourraient aussi recourir aux solutions légales pour régler le problème des rompus.

b) Les solutions légales alternatives à la cession des droits formant rompus

806. À défaut de la cession de rompus, la société absorbée ou apporteuse peut soit procéder à une réduction du capital social avant la réalisation de l'opération soit décider de verser une soulte en espèces.

807. La réduction du capital. Cette solution a été recommandée par l'AMF[1309]. Dans le but de protéger les droits des actionnaires de la société absorbée, l'AMF considère que la société

[1306] C. com., art. L. 228-6, al. 2.
[1307] AUSGIE, art. 567.
[1308] AUSGIE, art. 566 al.3.
[1309] *Bull. AMF* (ex COB) janv.1980, p. 11 et 12 ; Rapport AMF (ex COB) 1980, p. 42.

bénéficiaire doit prendre des mesures nécessaires pour ceux dépourvus du nombre suffisant de titres pour participer à la fusion[1310].

808. La réduction du capital social constitue la conséquence du rachat des titres suivie de leur annulation. En droit français, cette opération est régie par l'article R. 225-156, alinéa 1er du Code de commerce dont les dispositions prévoient que « *les dispositions des articles R. 225-153 à R. 225-155 ne sont pas applicables lorsque l'assemblée générale, pour faciliter une augmentation du capital, une émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, une fusion ou une scission, a autorisé le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un petit nombre d'actions en vue de les annuler* » et l'article 647, alinéa 1er, de l'Acte uniforme de prévoir dans le même sens que « *les dispositions des articles 643 et 646 du présent Acte uniforme ne sont pas applicables lorsque l'assemblée générale, pour faciliter une augmentation de capital, une fusion ou une scission a autorisé le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acheter un grand nombre d'actions représentant au plus 1 % du montant du capital social, en vue de les annuler* ». Le but est donc de faciliter l'opération de fusion. À ce titre, l'offre de rachat n'est pas nécessairement proposée à tous les actionnaires de la société et ne fait pas l'objet d'une publicité par insertion dans un journal d'annonces légales, comme c'est le cas en droit commun[1311]. Le mécanisme n'est néanmoins pas protecteur, car, certains actionnaires seront exclus de la procédure de rachat. En revanche, les créanciers sociaux disposent d'un droit d'opposition à compter du dépôt du procès-verbal de l'assemblée générale au greffe du tribunal[1312]. L'opération de réduction de capital est suspendue tant que les oppositions ne sont pas réglées[1313]. Ce droit d'opposition est distinct de celui au titre de la fusion ou de l'apport partiel d'actif[1314]. Toutefois, cette procédure aussi intéressante qu'elle soit pour l'opération est très limitée en raison du pourcentage d'actions objet du rachat. En effet, en droit français, l'alinéa 2 de l'article R. 225-156 du Code de commerce dispose que « *l'achat réalisé dans les conditions prévues à l'alinéa précédent ne peut porter, au cours d'un même exercice, que sur un nombre d'actions représentant au plus 0,25 % du montant du capital social* ». En revanche, en droit OHADA, ce pourcentage est de *1 %* conformément à l'article 647 précité. Cette restriction s'expliquerait par « *le caractère très simplifié de l'opération de rachat, comparé à une procédure ordinaire de réduction de capital* »[1315]

1310 *Bull. AMF* (ex COB) janv.1980, *op.cit.* ; Rapport AMF (ex COB) 1980, *op.cit.*

1311 C. com., art. R. 225-153 et AUSGIE, art. 643 qui prévoient l'obligation dans une telle procédure de proposer l'offre de rachat à tous les actionnaires et impose une insertion de l'offre dans un JAL.

1312 C. com., art. R. 225-152 et AUSGIE, art. 633.

1313 V. *supra* n°438 et s. ; C. com., art. L. 225-205, al. 3 et AUSGIE, art. 637.

1314 V. *supra* n° 383 et s.

1315 R. MORTIER, Rachats d'actions ou de parts sociales-Généralités : *JCL Banque-crédit-bourse*, Fasc. n° 1658, mis à jour 6 juin 2014.

et aussi par le fait que le capital social constitue le gage général des créanciers sociaux dans les sociétés par actions.

809. Pour renforcer l'information des actionnaires, les commissaires aux comptes, dans le rapport sur l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, donnent leur avis sur l'opportunité et les modalités d'un tel rachat[1316].

810. En pratique, cette solution n'est pas très utilisée. Cette procédure demeure très longue et compliquée malgré la simplification prévue par les textes. En effet, elle ralentit la réalisation de l'opération puisqu'elle allonge le calendrier de celle-ci, contrairement à la cession qui se réalise de manière concomitante à la fusion. C'est en raison de cette lourdeur que certaines sociétés optent pour le versement d'une soulte.

811. Le versement d'une soulte. En droit français, la possibilité de verser la soulte a été introduite par la loi du 5 janvier 1988[1317]. L'article 371 issu de la loi du 24 juillet 1966 ne faisait en effet aucune allusion au versement d'une quelconque soulte. Par conséquent, le choix de cette modalité faisait perdre à l'opération son caractère de fusion[1318]. Désormais, les articles L. 236-1, alinéa 4 du Code de commerce et 191, alinéa 2, de l'Acte uniforme admettent la possibilité de verser une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur des droits sociaux créée en rémunération des apports.

812. En droit français cette limite de 10 % prévue par l'article L. 236-1, alinéa 4 du Code de commerce constitue une différence avec l'article 30 de la directive 2011/35 sur les fusions de sociétés dont les dispositions prévoient que « *lorsque la législation d'un État membre permet, pour une des opérations visées à l'article 2, que la soulte en espèces dépasse le taux de 10 %, les chapitres III (fusion par absorption) et IV (fusion par constitution d'une société nouvelle) ainsi que les articles 27, 28 et 29 sont applicables* ». Le droit français n'a pas saisi cette opportunité pour admettre une telle possibilité en cas de fusions internes de sociétés. Ce n'est néanmoins pas le cas pour les fusions transfrontalières. En effet, l'article L. 236-26 du Code de commerce qui reprend l'article 3,1, de la directive 2005/56/CE admet la dérogation au principe de la soulte maximale de 10 % en ces termes « *le traité de fusion peut prévoir le versement d'une soulte supérieure à 10 % de la valeur nominale ou à défaut, au pair comptable, des titres ou actions attribués, lorsque la législation d'au moins un État membre concerné par la fusion reconnaît cette possibilité* ». Cette souplesse du législateur européen tient compte

[1316] C. com., art. L. 225-156, al. 3 et AUSGIE, art. 647 al. 3.
[1317] Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions des sociétés commerciales modifiant la loi n° 68-538 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, art. 1er : *JO* 6 janvier 1988.
[1318] M.-L. COQUELET et C. BARRILLION, Fusion, scission, *op. cit.*

du caractère restrictif de la limite des 10 % et contribue à faciliter les fusions transfrontalières[1319]. Toutefois, l'efficacité de cette mesure dépend de l'existence d'une telle disposition dans la législation d'un État membre applicable à une société partie à la fusion.

813. Cependant, la question se pose de savoir si la soulte doit être versée à tous les actionnaires ou seulement à certains d'entre eux après renonciation à l'échange des actions[1320]. Aucune réponse ne résulte de la lecture des textes. Deux réponses sont possibles. La première serait de verser la soulte à une partie des actionnaires. Toutefois, une telle solution entraînerait une rupture d'égalité. En revanche, la seconde consisterait à payer l'ensemble des actionnaires. Mais un tel choix aurait un impact sur les fonds de la société et surtout sur le coût de l'opération. Une partie de la doctrine française opte pour la première réponse, sous réserve du respect de la procédure de vérification des avantages particuliers[1321]. Cette idée pourrait être applicable en droit OHADA. Par conséquent, il faudrait aussi respecter la procédure des avantages particuliers prévue dans l'Acte uniforme[1322].

814. Préalablement à la procédure de vérification des avantages particuliers, les actionnaires concernés doivent expressément et individuellement en accepter le principe[1323]. Dans le cadre de la fusion, c'est le commissaire à la fusion ou à défaut, le commissaire aux apports qui est compétent pour vérifier cette procédure[1324]. Cette solution a le mérite de diminuer les coûts et d'alléger le calendrier de l'opération. De plus, il paraît mieux placé pour apprécier lesdits avantages puisqu'il a établi au préalable un rapport sur les modalités de l'opération et sur l'équité de la parité d'échange[1325].

815. Le « *commissaire aux avantages particuliers* » apprécie sous sa responsabilité ces avantages[1326]. Pour informer les actionnaires, son rapport doit être mis à leur disposition huit jours avant l'assemblée générale extraordinaire statuant sur l'opération de fusion[1327]. Néanmoins, sa mission est très limitée. Il n'est pas juge du bien-fondé du choix du versement de la soulte à

[1319] Le Conseil des barreaux européens (CCBE), Réponse à la proposition de la Commission sur les fusions transfrontalières des sociétés, du 5 mars 2004, en ligne sur CCBE. org ; H. LE NABASQUE, Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008, *op. cit.*

[1320] X. GROSCLAUDE, thèse préc. p. 76.

[1321] G. DAUBLON, Le statut juridique des fusions et scissions de sociétés après la loi n° 88-17 du 5 janv.1988 : *Defrénois* 1988, art. 34 221, pp. 433 et s., spéc. n° 5.

[1322] AUSGIE, art. 619 et s. sur renvoi de l'article 673.

[1323] X. GROSCLAUDE, thèse précitée, p. 76.

[1324] C. com., art. L. 236-10. En droit OHADA, cela ne résulte pas directement des dispositions applicables à la fusion. C'est la lecture combinée des articles 619 et s. et 673 de l'Acte uniforme qui permet de déterminer que le commissaire à la fusion est aussi compétent pour apprécier les avantages particuliers.

[1325] V. *supra* n° 205 et s.

[1326] C. com., art. L. 225-147 et AUSGIE, art. 621.

[1327] C. com., art. R. 225-136 et AUSGIE, art. 622.

une catégorie d'actionnaires. Celui-ci procède du consentement de ces derniers[1328]. Le commissaire apprécie tout simplement la consistance et les incidences éventuelles sur leur situation[1329].

816. Au regard de ce qui précède, les rompus permettent, au dire d'un auteur, que « *la fusion ne se traduise pas, pour certains associés, par une expropriation partielle* »[1330]. Autrement dit, leur prise en compte constitue une mesure protectrice des intérêts de certains actionnaires. Toutefois, eu égard à la diversité des solutions pour les régler, la protection de ces derniers doit être le leitmotiv du choix de l'une ou l'autre solution.

817. Il sera présenté dans les lignes qui suivent que l'échange des droits sociaux souffre de quelques exceptions.

§2 — Les exceptions à l'échange

818. Le principe dans une opération de fusion ou même d'apport partiel d'actif demeure l'échange des actions. Néanmoins, certaines exceptions légales existent en la matière (A). Il peut aussi s'agir de limites contractuelles telles que les clauses d'agrément (B).

A) LES EXCEPTIONS LÉGALES

819. Elles recouvrent la situation dans laquelle les sociétés ont un lien capitalistique (1) et l'opération d'apport partiel d'actif (2).

1) Le lien capitalistique entre les sociétés

820. Il est fréquent que l'une des sociétés qui envisagent la fusion ait une participation dans l'autre. Il s'agit le plus souvent de la société absorbante, mais l'inverse peut se présenter. Ainsi, aux termes de l'article L. 236-3, II du Code de commerce et 191 de l'Acte uniforme, *« il n'est pas procédé à l'échange d'actions de la société bénéficiaire contre des actions des sociétés qui disparaissent lorsque ces actions sont détenues soit par la société bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de cette société ; soit par la société qui disparaît ou par une personne agissant en son propre*

[1328] Rép. min. n° 31295 : JOAN CR, 3 déc. 1990, p. 5543.
[1329] *Ibid.*, aussi AUSGIE art. 621. L'ancienne version de cet article ne contenait pas cette précision.
[1330] X. VAMPARYS, note sous Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12691, X. c/Sté Axa et a. : *BJS* 2009, p. 998.

nom, mais pour le compte de cette société ». Il en résulte que deux situations doivent être distinguées : celle dans laquelle la société bénéficiaire ou un prête-nom détient des actions de la société absorbée (a) et le cas dans lequel cette dernière ou un prête-nom détient les actions dans la première (b).

a) Les actions détenues par la société bénéficiaire

821. Dans ce cas, la société absorbante détient une double qualité. D'une part, elle reçoit le patrimoine de la société absorbée, qu'elle doit rémunérer par une attribution d'actions nouvelles et d'autre part, en tant qu'actionnaire de celle-ci, elle a vocation à recevoir une fraction des actions nouvelles qu'elle doit émettre. Or, une telle répartition est contraire aux articles L. 236-3, II du Code de commerce et 191 de l'Acte uniforme. La pratique a souvent recours soit à la fusion-renonciation soit à la fusion-allotissement[1331].

822. La fusion-renonciation. En ce qui concerne la fusion-renonciation, il peut s'agir d'une fusion-renonciation intégrale ou d'une fusion-renonciation partielle[1332]. La première correspond à la situation dans laquelle la société absorbante détient à elle seule l'intégralité des titres du capital de l'absorbée (filiale à 100 %). Dans ce cas, la fusion ne conduit à aucun échange d'actions et donc à aucune augmentation de capital, mais, au contraire, à l'annulation des titres de la filiale que la société absorbante détenait en contrepartie de la transmission universelle du patrimoine de la première au profit de la seconde[1333]. En revanche, par la fusion-renonciation partielle, la société absorbante se borne à créer les droits sociaux nécessaires à la rémunération des actionnaires de la société absorbée autres qu'elle-même. De cette manière, la société absorbante renonce à émettre les actions qui devaient lui revenir[1334].

823. En guise d'illustration, on va considérer une société **A** au capital de 2 400 000 € divisé en 240 000 actions de 10 € dont la valeur unitaire réelle est de 18 €. Dans le portefeuille de la société **A** figurent 30 000 actions d'une société **B** achetées pour 330 000 € (soit 11 € par action). La société **B** a un capital de 1 200 000 €, divisé en 120 000 actions de 10 € ayant une valeur réelle de 12 €[1335]. La fusion entre les deux sociétés est envisagée, **A** absorbant **B** qui lui transmet un actif net évalué à la valeur réelle de 1 440 000 €. Par hypothèse, les deux sociétés sont sous

---

1331 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.* n° 82962.
1332 J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif », *op. cit.*, n° 60.
1333 *Ibidem*.
1334 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.*, n° 82962.
1335 Cet exemple est cité par A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento, op. cit.*, n° 82963.

contrôle distinct. Le rapport d'échange (sur la base des valeurs réelles) s'établit comme suit : **VA/VB** = 18/12 = 3/2 d'où un rapport de 2 actions A pour 3 actions **B**.

824. La société **A** devrait donc créer 80 000 actions nouvelles (120 000 × 2/3) dont 20 000 resteraient sa propriété puisqu'elle détient le quart des actions **B** (30 000 sur 120 000). Pour éviter ce résultat, la société A déclare dans l'acte de fusion « *renoncer* » à la fraction de l'augmentation de capital (20 000 × 10 = 200 000 €) qui correspond à ses propres droits (1/4) dans l'apport de la société **B**. La société **A** limite donc son émission à 60 000 actions nouvelles attribuées aux actionnaires de la société **B** autres qu'elle-même à raison de 2 actions **A** pour 3 actions **B**, d'où une augmentation du capital de 600 000 € (60 000 × 10 €, valeur nominale de l'action **A**)[1336].

825. La fusion-allotissement. Dans ce système, les parties à l'opération peuvent convenir d'une attribution en partage à la société absorbante de la fraction du patrimoine de l'absorbée qui correspond aux droits de celle-ci, le surplus seul faisant l'objet d'un véritable apport-fusion[1337]. Cette opération aboutit mathématiquement au même résultat que la « *fusion-renonciation* »[1338]. En effet, si l'on reprend l'exemple précité, la société absorbante reçoit toujours un actif net d'une valeur réelle de 1 440 000 € et elle limite son augmentation de capital à 600 000 € (60 000 actions nouvelles de 10 €). Cependant, dans celle-ci, l'annulation de la participation de 330 000 € détenue par la société A dans la société B est réputée faite antérieurement à la fusion proprement dite, en raison de l'attribution en partage à la société A de la fraction de l'actif de la société B correspondant à ses droits, soit : 1 440 000 × 1/4 = 360 000 €.

826. Au regard de ce qui précède, la « *fusion-allotissement* » s'analyse juridiquement en une liquidation partielle de société suivie, un instant après, d'une fusion[1339], ce qui n'est pas le cas lorsque la société absorbée est actionnaire de l'absorbante.

b) Les actions détenues par la société absorbée dans la société absorbante

827. La reconnaissance de la détention de ses propres titres par la société bénéficiaire. Lorsque la société absorbée détient des titres de la société absorbante, cette dernière va trouver ses propres actions dans le patrimoine qui lui est transmis par la société

1336 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento, op. cit.*, n° 82963.
1337 *Ibidem* n° 82967.
1338 *Ibid*
1339 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento*, *op. cit.*, n° 82968.

absorbée. Elle détiendrait ainsi ses propres droits sociaux, pratique interdite par les textes[1340]. Toutefois, conformément aux articles L. 225-213 du Code de commerce et 641 de l'Acte uniforme, cette interdiction ne s'applique pas « *aux actions entièrement libérées, acquises à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel* ». En d'autres termes, la société absorbante peut conserver ses propres actions qui lui sont transmises dans le cadre de la fusion.

828. La généralité de l'expression « *acquises à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel* » laisse à penser que cette exception vise non seulement les actions figurant dans le patrimoine de la société absorbée, mais aussi celles qu'elle a pu s'engager à acquérir, par exemple si elle a souscrit antérieurement à la fusion une promesse d'achat portant sur les actions de la société bénéficiaire[1341]. Cependant, cette liberté a des limites légales. En effet, la société absorbante a l'obligation de les céder dans un délai de deux ans lorsqu'elle détient plus de 10 % de son capital. À l'expiration de ce délai, elles doivent être annulées[1342]. En pratique, la société bénéficiaire décide souvent d'annuler lesdites actions. C'est notamment le cas dans l'hypothèse d'une fusion à l'envers, c'est-à-dire l'absorption d'une société mère par sa fille qui peut aboutir à un pourcentage d'autodétention très élevé[1343].

829. La problématique du respect du formalisme de la réduction du capital social de droit commun. En cas d'annulation des actions, la question se pose de l'applicabilité du formalisme de la réduction du capital social et notamment le délai d'opposition des créanciers[1344]. Selon une partie de la doctrine, la procédure de réduction de capital non motivé par les pertes n'est pas applicable dans ce cas parce que cette réduction n'est que la conséquence d'une opération de fusion, mais à condition que cette modalité soit clairement mentionnée dans l'avis de projet de l'opération[1345]. À l'instar de l'ANSA[1346], nous ne souscrivons pas à cette position. Premièrement, l'article L. 225-213, alinéa 2 du Code de commerce n'exclut pas la procédure de droit commun, comme c'est le cas lorsqu'un tel mécanisme intervient pour régler les problèmes des rompus[1347]. Or, cet article introduisant une dérogation au droit commun doit être interprété de manière restrictive. Par conséquent, en l'absence de précision textuelle, une telle procédure doit être suivie et respectée pour garantir les intérêts des créanciers. Deuxièmement, les titres ne sont annulés qu'en l'absence de cession dans un délai de deux ans.

1340 C. Com., art. L. 225-206; AUSGIE, art. 639.
1341 A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit.,* n° 141.
1342 C. com., art. L. 225-213, al. 2 ; AUSGIE, lecture combinée des art. 640, al. 2 et 641, al. 2.
1343 A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit., n°* 142.
1344 V. *supra* n° 438 et s.
1345 A. CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento, op. cit.,* n° 82,972; A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit., n°* 142.
1346 ANSA, CJ, 7 mai 1997, n° 421, n° 2908.
1347 V. *supra* n° 801 et s.

En d'autres termes, la société peut décider de les vendre. L'annulation des titres n'est pas tant une conséquence de la fusion, mais plutôt celle du défaut de cession dans le délai requis par les textes. Enfin, le fait pour les créanciers d'avoir bénéficié d'un droit d'opposition lors de la fusion ne peut justifier l'exclusion de ce droit dans ce cas. En effet, une partie de la doctrine ne voit pas l'utilité d'une telle opération en raison de la mise en œuvre de l'opposition par les créanciers lors de la fusion[1348]. D'une part, les deux opérations ne se réalisent pas de manière concomitante, de telle sorte que l'exercice de l'action en opposition dans le cadre de la réduction du capital social non motivé par les pertes ne peut ralentir le calendrier de la fusion. D'autre part, dans nos développements précédents, nous avons montré que l'opposition dans cette dernière opération est moins efficace que dans la première[1349]. Par conséquent, il n'y a pas de raison d'éluder la procédure de droit commun.

La problématique de l'échange de titres se pose aussi pour un apport partiel d'actif.

2) L'apport partiel d'actif

830. Il convient de préciser que l'échange d'actions n'existe pas dans un apport partiel d'actif au sens strict (a), ce qui n'est pas le cas pour l'opération dite de scission partielle (b).

a) L'absence d'échange dans l'apport partiel d'actif

831. Deux différences essentielles caractérisent l'apport partiel d'actif par rapport à la fusion. D'une part, la non-disparition de la société qui réalise l'apport[1350]et d'autre part, les titres émis en contrepartie de l'apport sont remis à la société apporteuse et non à ses actionnaires. Il n'y a donc pas d'échange de droits sociaux. Il a ainsi été jugé qu'une opération « *d'apport partiel d'actif, même placée sous le régime des scissions, ne donne pas lieu à échange de droits sociaux ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu le caractère indifférent de l'absence d'indication de la parité d'échange* »[1351]. Toutefois, ce principe doit être nuancé, car la société apporteuse peut décider de redistribuer ces titres à ses actionnaires dans le cadre de l'apport à une société nouvelle ou non.

[1348] A. BONNASSE, Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions, *op. cit., n°* 142.
[1349] V. *supra* n° 434 et s.
[1350] CA Colmar, 4 févr.1994: *JurisData* n° 046643.
[1351] Cass. com., 8 juillet 2003, n° 1182 FD, Consorts Barré c/SA Brosse Packaging et autres, *op. cit.*

b) La remise de titres aux actionnaires de la société apporteuse en droit français

832. Le droit fiscal. Lorsque la société apporteuse décide de distribuer les actions reçues en contrepartie de l'apport, l'opération perd la qualification d'apport partiel d'actif et devient une scission partielle[1352]. Dans ce cas, cette opération devrait perdre le bénéfice du régime de faveur applicable aux opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, faute pour la société apporteuse de conserver les titres reçus pendant un délai de trois ans[1353]. Toutefois, l'article 115, 2 du Code général des impôts considère que cette répartition ne constitue pas *« une distribution de revenus mobiliers »* pour lesdits actionnaires. Par conséquent, la société apporteuse peut bénéficier du régime de non-imposition, à la seule condition d'avoir obtenu un agrément du ministre en charge du Budget[1354], agrément qui selon la Cour de justice n'est pas conforme au droit de l'Union européenne, lorsqu'il est appliqué à un apport transfrontalier[1355].

833. Le droit des sociétés. Lorsque la société apporteuse souhaite attribuer à ses actionnaires des titres de la société bénéficiaire, la question se pose de savoir quel organe de celle-ci est habilité à décider de cette répartition. En d'autres termes, qui de l'assemblée générale extraordinaire ou ordinaire a compétence pour distribuer ces titres ? Selon une partie de la doctrine, tout dépendrait des conséquences de cette distribution[1356]. Si, la société apporteuse décide de réaliser une réduction de capital social à la suite de la remise des titres de la société bénéficiaire de l'apport, cette réduction peut s'opérer soit par réduction du nombre de titres de capital, soit par réduction du nominal de ces mêmes titres[1357]. Dans ces deux cas, la compétence revient à l'assemblée générale extraordinaire statuant aux conditions de quorum et de majorité requise pour la modification des statuts[1358]. Cette procédure doit néanmoins respecter le principe d'égalité entre actionnaires[1359].

834. On notera cependant que cette réduction du capital de la société apporteuse non motivée par des pertes ouvre un droit d'opposition aux créanciers sociaux dont le délai est de vingt jours suivant le dépôt au greffe du procès-verbal de délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'opération[1360]. Une difficulté survient toutefois, dès lors que l'apport a été soumis

---

1352 V. *supra* n° 59 et s.
1353 CGI, art. 210 B, 1, a.
1354 CGI, art. 115, 2.
1355 CJUE, 1re ch., 8 mars 2017, aff. C-14/16, Euro Park Service : *JCP E*, mars 2017, act. 239 ; *D*. 2017, p. 567.
1356 H. LE NABASQUE, Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle, *op. cit.*, J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif », *op. cit.*
1357 *Ibidem*.
1358 C. com., art. L. 225-204, al.1er, art. L. 236-2 et L. 236-9 pour les SA.
1359 C. com., art L. 225-204, al. 1er.
1360 C. com., art. L. 225-205 et R. 225-152.

au régime des scissions. En effet, soumis à ce régime, il aura ouvert un droit d'opposition de trente jours, non suspensif, courant du jour de la publicité du projet au BODACC ou sur le site internet de la société[1361] (donc un délai qui précède cette fois la tenue de l'assemblée). Par conséquent, lorsque les deux opérations (d'apport et de répartition des titres entre les actionnaires) interviennent concomitamment (situation très fréquente en pratique), l'opération d'attribution ne peut pas intervenir avant l'expiration d'un délai de vingt jours suivant la date du vote de l'assemblée, alors que la société émettrice est déjà soumise à une opposition qui court depuis trente jours au moins (soit au total une durée minimum de cinquante jours : trente jours avant, vingt jours après)[1362].

835. Si la société apporteuse décide de considérer la distribution des titres comme s'il s'agissait d'une distribution de dividendes, elle devrait imputer cette distribution en priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice clos puis, si besoin, sur les réserves dont l'assemblée générale a la libre disponibilité[1363]. Dans ce cas, la compétence de la distribution appartient à l'assemblée générale ordinaire annuelle, et à n'importe quelle assemblée générale, si l'imputation se fait sur les postes de réserves et primes disponibles[1364].

836. Quelques exemples de scission partielle. Un certain nombre d'opérations importantes réalisées sous le double régime de l'article 115, 2 du Code général des Impôts et de l'article L. 236-22 du Code de commerce se sont effectivement traduites par une « *répartition* » des titres entre les actionnaires de la société apporteuse[1365].

837. C'est ainsi que la scission de Dassault Systèmes et de Dassault Aviation s'est réalisée, en 1998, sous le régime d'un tel « *apport-répartition* » puisqu'à l'occasion de l'apport par l'État français de sa participation dans Dassault Aviation à la société Aérospatiale, Dassault Aviation a apporté ses titres Dassault Systèmes à la société Dassault Participations, en faisant suivre cet apport d'une redistribution simultanée des actions Dassault Participations ayant rémunéré l'apport à ses propres actionnaires, à raison d'une action Dassault Participations pour une action Dassault Aviation[1366].

838. De même, dans le cadre du rapprochement des sociétés Vivendi, Seagram et Canal +, la société Canal +, après avoir fait apport à la société SIG 40 de l'ensemble de ses activités, à

1361 V. *supra* n° 350 et s.
1362 H. LE NABASQUE, Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle, *op. cit.*
1363 *Ibidem.*
1364 *Ibid*; J.-M. MOULIN, « Fusion, scission, Apport partiel d'actif », *op. cit.*
1365 H. LE NABASQUE, art. préc.
1366 *Ibidem.*

l'exception des activités d'édition et de diffusion des programmes Canal + et de la base de données de ses abonnés, a immédiatement distribué les actions SIG 40 qui avaient rémunéré son apport à ses propres actionnaires, sous le régime de l'article 115-2 CGI, à raison d'une action SIG 40 pour une action Canal + [1367].

839. Lors de la constitution d'EADS, la société Aérospatiale-Matra, après avoir fait apport de l'ensemble de ses actifs à la société EADS en échange d'actions nouvelles émises par cette dernière, a attribué immédiatement à ses actionnaires, dans le cadre de sa liquidation, les actions EADS qu'elle venait de recevoir, à raison d'une action EADS pour une action Aerospatiale-Matra, à l'effet d'éviter les rompus[1368].

En plus des exceptions légales, il peut aussi exister des exceptions conventionnelles.

B) LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES : LES CLAUSES D'AGRÉMENT

840. La notion de clause d'agrément. La clause d'agrément est une clause statutaire qui a pour effet de soumettre l'entrée dans la société des nouveaux actionnaires à l'accord des anciens. En droit français, dans les sociétés par actions simplifiées, depuis l'ordonnance 2017-747 du 4 mai 2017, elle ne peut plus être introduite ou modifiée à l'unanimité des actionnaires, mais par une décision prise collectivement par ces derniers dans les conditions et formes prévues par les statuts[1369]. En droit OHADA, leur adoption ou leur modification reste soumise à l'unanimité[1370].

841. La problématique. En ce qui concerne l'opération de fusion, deux cas doivent être distingués. Le premier concerne les actionnaires de la société absorbée et le second est relatif à la présence dans le patrimoine de celle-ci des titres d'une autre société. S'agissant des actionnaires, il est admis tant en droit français qu'en droit OHADA qu'ils ne peuvent être soumis à la procédure d'agrément dans la société absorbante, même en présence d'une clause statutaire, parce qu'ils tirent leur nouveau statut de l'effet dévolutif de l'opération[1371]. En effet, le principe de transmission universelle du patrimoine impose à la société bénéficiaire d'accueillir

---

[1367] H. LE Nabasque, *op. cit.*

[1368] H. LE NABASQUE, Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle, *op. cit.*

[1369] C. Com. art., L. 227-19 qui renvoie à l'article L. 227-14.

[1370]AUSGIE, art. 853-22 renvoie à l'article 853-18.

[1371] J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 919 et s., Ph. MERLE avec la collaboration A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, *op.cit.*, n 823.

ces derniers[1372]. Dans le second cas, en revanche, il en va différemment si les statuts de la société tierce prévoient une procédure d'agrément.

842. Pour l'apport partiel d'actif, la problématique peut se poser si l'actif apporté contient des actions d'une société tierce qui soumet une telle opération à l'agrément.

843. Compte tenu de ce qui précède, la société bénéficiaire tant dans la fusion que dans l'apport partiel d'actif, en sa qualité d'actionnaire pourrait être soumise à une telle procédure dans le respect de certaines conditions. En d'autres termes, elle doit être agréée par la société tierce (1). Toutefois, les effets de l'agrément paraissent inadaptés aux opérations précitées, mais plus particulièrement à l'opération de fusion. (2).

1) Les conditions d'applicabilité de la clause d'agrément

844. Il conviendrait de présenter l'ambiguïté du droit français (a) avant d'analyser la clarté du droit OHADA (b).

a) L'ambiguïté du droit français

845. La notion de cession et fusion. Aux termes de l'alinéa 1er et 3 de l'article L. 228-23 du Code de commerce, « *dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts. Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant* ». La question se pose du sens tant de cet article que de la notion de cession contenue dans celui-ci. Selon une partie de la doctrine, les exceptions prévues par ce texte sont d'interprétation stricte[1373]. Par conséquent, la société absorbante devrait être agréée, puisque la Cour de cassation a précisé en 1986 que « *l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre d'actes pour lesquels la clause est interdite* »[1374].

[1372] J.-P. BERTREL et M. JEANTIN, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 919 et s., Ph. MERLE avec la collaboration A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, *op.cit.*, n 823.

[1373] Ph. MERLE avec la collaboration A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, *op.cit.*, n°823.

[1374] Cass. com., 3 juin 1986 : *D.*, 1987, jur., p. 85 note J.-J. DAIGRE ; *JCP N,* 1988, p. 260 et *JCP E*, 1987, II, n° 15 083, note Y. PACLOT ; *RTD com.*, 1987, p. 209, obs. Y. REINHARD ; *JCP E*, 1986, I, n° 15 486, n° 6, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

846. S'agissant de la notion de cession, elle aurait une acception large étant donné que l'article emploie le terme « *à quelque titre que ce soit* ». Par conséquent, l'agrément doit être demandé, « *quel que soit le moyen de transmission des droits sociaux utilisé : fusion, scissions…* »[1375]. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation en 1972 avait considéré que la clause d'agrément ne pouvait s'appliquer au transfert résultant d'un apport-scission, car ce dernier ne pouvait être analysé en une « *cession isolée faite à un tiers* »[1376]. En effet, juridiquement la cession et la fusion constituent deux opérations distinctes. La première suppose le versement d'une somme d'argent alors que dans la seconde, il s'agit d'un échange de titres[1377]. De plus, ces opérations obéissent à des régimes distincts.

847. La nécessité d'une clause statutaire claire et précise selon la jurisprudence. La lecture de certains arrêts de la Cour de cassation laisse entrevoir une évolution sur l'interprétation de la notion de « *cession* » contenue dans l'article L. 228-23 du Code de commerce.

848. Dans une première affaire, le problème juridique concernait l'interprétation de la clause pour déterminer son champ d'application. En réponse à cette question, la Cour de cassation a affirmé que « […] *la clause litigieuse ne visait que la cession à une personne étrangère à la société et ne saurait être appliquée à la transmission des parts par voie de fusion-absorption de sociétés dont le mécanisme est différent de la cession […]* »[1378]. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt de 2014 relatif à l'opération de confusion de patrimoine en ces termes, « *le transfert du contrat de bail par l'effet d'une transmission universelle du patrimoine d'une société dissoute à son associé unique ne vaut pas cession du bail commercial, de sorte que l'autorisation du bailleur prévue en cas de cession n'est pas requise* »[1379]. La Cour de cassation a ainsi écarté la clause d'agrément dans cette opération. Ces arrêts donnent au principe de transmission universelle du patrimoine toute son efficacité, toute sa plénitude. L'interprétation de la haute juridiction ne peut être que saluée. Toutefois, les Hauts magistrats ne remettent pas en cause l'applicabilité d'une clause d'agrément à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Elle conditionne l'efficacité de celle-ci à sa clarté et à sa précision. Autrement dit, cette clause doit désigner expressément la fusion, la scission, l'apport partiel d'actif ou toute opération emportant transmission universelle du patrimoine. Dans le cas contraire, le principe produit tous ses effets.

[1375] Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 823.
[1376] Cass. com., 19 avr.1972, n° 69-14054: *BJS* oct.1972, p. 617, n° 299, *D.* 1972, jur.p.528, note D. SCHMIDT.
[1377] V. *Supra* n° 767 et s.
[1378] Cass. com., 12 févr.2008, n° 06-20. 966, FS-D, SCEA Domaine de Cabriac c/SA Bernard Taillan France : *JCP E* 2008, 2209, note Y. PACLOT ; *BJS* 2009, p. 28, note P. Le CANNU.
[1379] Cass. com., 9 avr. 2014, n° 13-11640, SCI France d'Outre-Mer c/Sté La Bastide, F-PB : *L'essentiel Droit des contrats*, 2014, p. 2, note M. CAFFIN-MOI ; *BJS* 2014, p. 434, note L. CAMENSULI-FEUILLARD.

849. Dans ces différentes affaires, la Cour de cassation a été confrontée à deux intérêts légitimes à protéger. Le premier concerne la société absorbante et donc l'efficacité du principe de transmission universelle du patrimoine. Le second est relatif à la société tierce à l'opération. Pour cette dernière, la « *guerre économique* » à laquelle se livrent les sociétés commande la protection de celle-ci. Se pose alors la question de savoir quel intérêt doit prévaloir sur l'autre ? Cette opposition représente ainsi un « *choc de principe* »[1380]entre celui de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la liberté contractuelle et de l'effet dévolutif de l'opération de fusion ou de scission. Les arrêts précités trouvent justement le bon équilibre par l'interprétation restrictive des clauses d'agrément.

850. *In fine*, la clause statutaire de la société tierce doit viser expressément la fusion ou l'apport partiel d'actif. Dans le cas contraire, les juges disposent d'un pouvoir souverain pour déterminer le champ d'application de celle-ci[1381].

L'ambiguïté du droit français semble ne pas exister en droit OHADA.

b) La position claire et précise du droit OHADA

851. Le fondement textuel. Antérieurement à la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales intervenues le 30 janvier 2014, le principe de la validité des clauses d'agrément dans la SA n'était pas admis dans l'Acte uniforme. Désormais, l'article 765-3, de l'Acte uniforme dispose que « *dans une société dont les actions ne sont pas admises à la négociation sur une bourse des valeurs, il peut être stipulé dans les statuts que la transmission d'actions à un tiers étranger à la société, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires* ».

852. Le champ d'application de la procédure d'agrément. L'article précité emploie des termes généraux pour déterminer les opérations soumises à agrément. Il semble possible d'assimiler la notion de « *transmission d'actions* » tant à la cession qu'aux autres opérations de restructurations, notamment la fusion ou l'apport partiel d'actif. La seule obligation réside dans l'existence d'une clause statutaire prévoyant une telle procédure. Contrairement à la jurisprudence française, la désignation expresse de la fusion ou l'apport partiel d'actif ne serait pas nécessaire puisqu'il existe un fondement légal. Gageons que la jurisprudence OHADA aura

[1380] Expression employée par A. CONSTATIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes : *BJS* 2003, p. 742.
[1381] A. CONSTATIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission, *op.cit.*

l'occasion de se prononcer sur cette question pour permettre aux praticiens de mieux cerner la problématique de cette clause.

853. Au regard de ce qui précède, la société bénéficiaire pourrait être agréée par une société tierce. Toutefois, cette clause paraît inadaptée aux opérations précitées.

2) L'inadaptation de la clause d'agrément à l'opération fusion ou d'apport partiel d'actif

854. Il n'existe guère de difficultés lorsque la procédure d'agrément est respectée et que l'agrément est obtenu par la société bénéficiaire. Cependant, les problèmes surviennent lorsque l'agrément n'est pas demandé ou que sollicité, il est refusé par la société tierce. Les effets de cette omission (b) ou du refus (a) se révèlent inadaptés à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

a) L'inadaptation en cas de refus d'agrément

855. Dans la situation de refus, la société absorbante ou la société absorbée a bien demandé l'agrément, mais il lui a été refusé. Nous analyserons deux situations.

856. Avant la réalisation de l'opération. La première situation concerne la demande d'agrément avant la réalisation du projet. Si, l'agrément est refusé, les parties à l'opération peuvent y renoncer[1382]. Cette renonciation n'est possible que si la possession des titres de la société tierce constituait le but de l'opération. Dans le cas contraire, la société absorbée ou apporteuse peut demander le rachat des actions concernées. En effet, en cas de refus d'agrément, l'organe de gestion de la société tierce est tenu « *dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital* »[1383]. Si l'achat n'est pas réalisé à l'expiration du délai de trois mois à compter du refus, l'agrément est considéré comme donné[1384].

[1382] A. CONSTATIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission, *op. cit.*

[1383] C. com., art. L. 228-24 ; AUSGIE, art. 769 Solution identique pour la SAS en raison du silence des articles L. 227-1 du Code de commerce et 853-3 de l'Acte uniforme.

[1384] C. com., art. L. 228-24 ; AUSGIE, art. 771.

857. Après la réalisation de l'opération. La situation la plus complexe concerne celle où l'agrément est refusé après la réalisation de l'opération, c'est-à-dire après la disparition de la société absorbée ou avant la fin de la procédure de rachat. Dans ce cas, la société absorbée ne peut exercer son droit de repentir[1385] parce qu'elle a disparu du fait de l'opération de fusion. Dans ce cas, la société bénéficiaire aura la propriété des actions sans la qualité d'actionnaire, faute d'avoir été agréée[1386]. En pratique, elle ne pourra pas bénéficier des attributs de cette qualité. C'est la raison pour laquelle afin de prévenir de telles difficultés, la majorité de la doctrine recommande d'assortir la fusion d'une condition suspensive consistant dans l'agrément de la société tierce[1387].

858. Pour l'apport partiel d'actif, la solution semble différente. Dans ce cas, la société apporteuse pourrait exercer le droit de repentir puisqu'elle subsiste à l'opération.

859. L'inadaptation se manifeste aussi en cas de défaut de demande d'agrément.

b) L'inadaptation en cas de défaut de demande d'agrément

860. Le principe de nullité de la cession en cas de défaut d'agrément. Il peut s'avérer que les sociétés parties à l'opération omettent de demander l'agrément lorsqu'il est prévu dans les statuts d'une société tierce. Cette absence tombe sous le coup des articles L. 228-23, alinéa 4 du Code de commerce et 771-1-1 de l'Acte uniforme qui prévoient la nullité de l'opération intervenue en violation de la clause d'agrément[1388]. La nullité constitue une sanction énergique, efficace et donc dissuasive[1389].

861. L'inadaptation de la nullité à l'opération de fusion. Cette sanction est inadaptée à la fusion et à l'apport partiel d'actif pour plusieurs raisons. D'abord, cette nullité n'entraîne pas celle de l'opération, car le régime de nullité est très restrictif. Elle ne peut en effet, résulter que des causes expressément prévues par les textes[1390]. Or, le défaut de demande d'agrément ne constitue pas une telle cause. Par conséquent, la nullité ne frappe que le transfert des droits

---

[1385] C. com., art. L. 228-24 ; AUSGIE, art. 771-1 Solution identique pour la SAS en raison du silence des articles L. 227-1 du Code de commerce et 853-3 de l'Acte uniforme.

[1386] M. JEANTIN, Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales : *Dr. sociétés* 1988, p. 2.

[1387] *Ibid.*, M.-L. COQUELET et C. BARRILLON, Fusion-Scission, *op. cit.*

[1388] Il en est de même concernant la SAS conformément aux articles L. 227-15 du code de commerce et 853-19-1 de l'Acte uniforme.

[1389] A. CONSTATIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission, *op. cit.*

[1390] C. com., art. L. 235-8 et AUSGIE, art. 198 et 242, sur cette question, v. *supra* n° 632 et s.

sociaux[1391]. Ensuite, la nullité implique le retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire que les titres de la société tierce reviennent dans le patrimoine de la société absorbée. Or, « […] *le retour à l'état antérieur n'est pas possible en l'espèce, en raison de la disparition de la société absorbée […]* »[1392]. Il ne peut donc y avoir une restitution des actions[1393]. Dans ce contexte, la nullité devient une sanction inefficace en raison de cette dissolution[1394]. Enfin, selon un auteur, l'application stricte du régime de la nullité dans ce cas serait *« comparable à une forme d'expropriation, sans indemnisation »*[1395], solution inacceptable et remettant en cause le principe de transmission universelle du patrimoine[1396].

862. La mise en œuvre d'une procédure de rachat. La solution à ce problème passerait par la mise en œuvre d'une procédure de rachat[1397]. C'est du moins la position prise par la Cour d'appel de Paris, pour qui « *l'allocation de dommages et intérêts, qui constituerait dans un tel cas la seule sanction appropriée selon les appelantes, ne répond pas à l'objectif de la clause d'agrément insérée aux statuts. Il y a lieu par suite, d'appliquer le dispositif de rachat prévu à l'article L. 228-24 en cas de refus d'agrément, étant observé que ce dispositif vise à tirer les conséquences d'un défaut d'agrément. […] et désigner un expert pour évaluer ces actions […] »*[1398].

863. Les recommandations. Une très grande vigilance reste de mise. Premièrement pour la rédaction de la clause d'agrément, il est conseillé aux praticiens de prévoir dans les statuts des sociétés une clause d'agrément claire qui vise expressément la fusion, la scission, l'apport partiel d'actif ou toute opération emportant transmission universelle du patrimoine. Ainsi, « *ce n'est que grâce à la prévisibilité des parties que la liberté en droit des sociétés sera source d'efficacité et de sécurité juridique* »[1399]. Deuxièmement, lors de l'audit contractuel, les praticiens doivent vérifier dans l'actif de la société absorbée ou de la branche d'activité, l'existence des actions d'une société tierce. Dans ce cas, il est opportun de demander les statuts de celle-ci pour s'assurer de l'applicabilité éventuelle de la clause d'agrément. La reconnaissance de l'application de la clause d'agrément à une opération emportant transmission universelle du patrimoine montre l'importance de la liberté contractuelle et aussi l'insuffisance de ce principe.

1391 CA Rennes, 10 janv.2001 ; CA Paris, 3e, 9 févr. 2006, n° 05/03072, SA Eurofog et autre c/SAS Ixsea : *BJS* 2006, p. 766, note X. VAMPARYS.

1392 *Ibidem.*

1393 P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 6e éd., 2015, n° 1640.

1394 I. URBAIN-PARLÉANI, La fusion absorption à l'épreuve des clauses d'agrément, le cas particulier des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce, in *Mél. Y. GUYON*, aspects actuels du droit des affaires, Dalloz 2003, p. 1062.

1395 A. CONSTATIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission, *op. cit.*

1396 *Ibidem.*

1397 C. com., art. L. 228-24 pour SA ; AUSGIE, art. 769.

1398 CA Paris, 9 févr. 2006, *op. cit.*

1399 I. URBAIN-PARLÉANI, *op. cit.*

CHAPITRE II — L'INSUFFISANCE DU PRINCIPE DE TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE

864. Le principe de transmission universelle du patrimoine, principe fondamental du régime de la fusion ou de l'apport partiel d'actif, ne suffit pas à justifier le maintien de certains droits. En effet, l'efficacité du transfert des droits est subordonnée à l'existence d'une clause statutaire ou conventionnelle (**Section I**). Dans ce contexte, il est indispensable de prévoir un mécanisme plus efficace de protection pour ceux qui souhaitent quitter la société avant la réalisation de l'opération. Or, le droit de retrait n'est pas généralisé par les ordres juridiques français et OHADA. Dès lors, pour améliorer la protection des actionnaires, il conviendrait de leur reconnaître ce droit lors de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif (**Section II**).

SECTION I – L'INSUFFISANCE DANS LE MAINTIEN DE CERTAINS DROITS

865. En principe, l'effet dévolutif de l'opération de fusion devrait commander le maintien de tous les droits qui existaient au sein de la société absorbée dans la société absorbante. Or, le principe de transmission universelle du patrimoine est fortement limité en ce qui concerne le maintien du droit de vote double dans la société bénéficiaire (§1) et de la clause de garantie de passif (§2).

§ 1 — Le droit de vote double

866. Dans un souci de protection des titulaires de droit de vote, le principe est le maintien de ce droit dans la société bénéficiaire (A). Toutefois, l'efficacité de cette mesure dépend de l'existence d'une clause statutaire dans la société absorbante (B).

A) LE MAINTIEN DU DROIT DE VOTE DOUBLE

867. Il convient d'analyser le principe du transfert du droit de vote double (1) avant de présenter les difficultés pratiques auxquelles peuvent être confrontées les sociétés parties à l'opération (2).

1) Le principe du transfert

Aux termes de l'article L. 225-124, alinéa 2 du Code de commerce « *la fusion ou la scission de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la ou des sociétés bénéficiaires, si celles-ci en bénéficient* » et l'article 545, alinéa 3, de l'Acte uniforme prévoit que « *la fusion est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société absorbante si les statuts de celle-ci le prévoient* ». Autrement dit, le droit de vote double peut survivre à l'opération de restructuration. C'est donc un mécanisme de protection des titulaires de droit de vote double. Premièrement, cette protection est renforcée par le fait que les actionnaires de la société fusionnée obtiennent directement un tel droit dans la société bénéficiaire, quelle que soit la source de celui-ci[1400]. Deuxièmement, le principe prévu par les textes semble applicable même lorsque les statuts de la société absorbante fixent un délai de détention supérieur à celui prévu par ceux de la société absorbée. Dans ce cas, si l'actionnaire de la société absorbée ne possède pas l'ancienneté requise par les statuts de la société absorbante, il ne dispose pas d'un droit de vote double, mais conserve le bénéfice de l'ancienneté acquise dans la société absorbée avant la réalisation de l'opération[1401]. Par ailleurs, l'ANSA recommande, par souci de sécurité juridique, de prévoir expressément cette solution dans le traité de fusion approuvé par les assemblées des sociétés participantes[1402].

868. La différence entre le droit français et le droit OHADA. Le mécanisme de protection précité ne concernerait que la fusion en droit OHADA contrairement au droit français qui l'étend à la scission[1403] et par conséquent, à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Il en sera ainsi à chaque fois que la branche d'activité apportée aura des actions auxquelles sont attachées un droit de vote double. En revanche, en droit OHADA, par une interprétation restrictive de l'article 545, alinéa 3, de l'Acte uniforme, ce principe ne s'appliquerait pas en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Ce silence semble être un oubli des rédacteurs de ce texte. En effet, dans les dispositions générales

---

1400 A. COURET, Le droit de vote double, *op. cit.*
1401 ANSA, C.J. du 5 avril 1995, n° 331.
1402 *Ibidem.*
1403 C. com., art. L. 225-124.

applicables à la fusion, il est toujours fait mention de la scission et donc indirectement de l'apport partiel d'actif. Dès lors, en l'état actuel du droit positif, seule la fusion entre dans le champ d'application dudit article. Dans l'intérêt des actionnaires, il serait souhaitable de le modifier, pour étendre son champ d'application à la scission et par ricochet à l'apport partiel d'actif. Il pourrait s'écrire de la manière suivante : « *la fusion ou la scission de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société absorbante, si les statuts de celle-ci le prévoient* ». Dans l'attente d'une éventuelle modification, les parties pourraient prendre en compte le droit de vote double lors des négociations.

869. La critique du régime. La rédaction lapidaire de ces articles ne permet pas d'appréhender tous les problèmes pratiques qui surgissent lors de ces opérations et principalement en cas de fusion. Ainsi, selon un auteur, l'article L. 225-124 du Code de commerce, est « *maladroitement rédigé et peu compréhensible en l'état* »[1404]. S'il est vrai que les textes ne peuvent prévoir l'ensemble des difficultés pratiques d'une mesure, leur rédaction doit néanmoins contribuer à la compréhension et à l'application des dispositions aux situations pratiques.

2) Les difficultés pratiques

870. Dans les faits, les réponses aux difficultés pratiques soulevées par l'existence des actions à droit de vote double ne satisfont pas nécessairement les praticiens.

871. La situation dans laquelle seule la société absorbante a institué un droit de vote double. Dans cette hypothèse, les actionnaires de la société absorbée ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la loi[1405]. Ils ne bénéficieront d'un droit de vote double qu'après expiration du délai de détention prévu par les statuts de la société absorbante. Celui-ci est calculé à compter de la réalisation de l'opération[1406]. Pour contourner cette situation, les actionnaires de la société appelée à être dissoute pourraient modifier les statuts de celle-ci, avant la réalisation de l'opération pour instituer un tel droit[1407]. Le droit de vote double institué en cours de vie sociale bénéficie d'un effet immédiat, sauf précision contraire de l'assemblée générale

---

[1404] A. COURET, Le droit de vote double, *op. cit.*

[1405] F. GRILLIER, P. DELPECH, De quelques difficultés soulevées par les opérations de fusion : *RTDF* 2012, p. 49 et s.

[1406] *Ibidem.*

[1407] C. MAISON BLANCHE, La fusion : les conséquences en matière de franchissement de seuils et de détention des droits de vote : *RTDF* 2008, p. 93.

extraordinaire[1408]. Dans ce cas, la protection prévue par la loi semble applicable. Toutefois, un auteur considère que la détention sous forme nominative des actions doit être conforme aux exigences d'ancienneté requises par les statuts de la société absorbante[1409].

872. La situation dans laquelle seule la société absorbée a institué un droit de vote double. Dans ce cas, les actionnaires de celle-ci ne peuvent pas prétendre au maintien de leur droit de vote double chez la société absorbante, car cette dernière n'a pas prévu un tel droit dans ses statuts[1410]. Ils perdent ce droit sans véritable contrepartie. Dans ce cas, pourrait-on imaginer une compensation comme celle prévue aux articles L. 228-17 du Code de commerce et 778-12 de l'Acte uniforme, dont les dispositions prévoient qu'*« en cas de fusion ou de scission, les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés »* ?[1411] Autrement dit, la parité tiendrait compte de la perte du droit de vote double, lorsqu'il constitue une préférence[1412]. Une telle compensation sans base légale paraît peu probable, sauf négociation entre les différentes parties. Cependant, les actionnaires de la société absorbée pourraient continuer à bénéficier du droit de vote double ou conserver le délai de détention dans la société absorbante, si cette dernière avant la réalisation de l'opération modifie ces statuts pour y inclure un tel droit[1413]. Ce montage ne semble pas très répandu en pratique. En effet, très peu de sociétés accepteraient de mettre en place des droits de vote double pour que d'autres actionnaires en conservent les bénéfices. Seules les négociations peuvent régler une telle question.

873. La situation dans laquelle la société absorbée bénéficie d'un droit de vote double dans une société tierce. En droit français, l'alinéa 3 de l'article L. 225-124 du Code de commerce dispose que *« les droits de vote double dans des sociétés tierces dont bénéficie la société absorbée ou la société scindée sont maintenus, en cas de fusion ou de scission, au profit de la société absorbante ou de la société bénéficiaire de la scission ou, selon le cas, au profit de la société nouvelle résultant de l'opération de fusion ou de scission »*. Cette clarification a été apportée par l'article 144 de la loi 2016-1691[1414] qui corrige ainsi l'ambiguité qui prévalait dans l'article L. 225-124 avant la modification[1415]. En droit OHADA,

---

[1408] ANSA, CJ., sept-oct., 1994, n° 2730, CJ. du 3 fév.1999, n° 3010 et CJ., du 3 sept. 2008, n° 08-037

[1409] C. MAISON BLANCHE, La fusion, *op. cit.*

[1410] C. com., art. L. 225-124 et AUSGIE, 545.

[1411] V. *supra* n° 796.

[1412] Sur la question de la préférence par rapport à l'action ordinaire, v. *supra* n° 585 et s.

[1413] F. GRILLIER, P. DELPECH, De quelques difficultés soulevées par les opérations de fusion, *op. cit.*

[1414] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : *JORF* du 10 décembre 2016.

[1415] Antérieurement à la modification introduite par la loi n° 2016-1691, l'article L. 225-124, alinéa 1er du Code de commerce disposait que « *toute action convertie au porteur ou transférée en propriété perd le droit de vote double attribué en*

l'article 545 de l'Acte uniforme est silencieux sur ce cas. Deux interprétations seraient possibles. Selon la première, la société absorbante perdrait le bénéfice de ce droit faute de disposition spécifique et selon la seconde, elle pourrait l'exercer dans la société tierce conformément au principe de transmission universelle du patrimoine. Ce principe retrouverait ainsi toute son efficacité, car, les actions à droit de vote double détenues par la société absorbée sont des éléments du patrimoine transférés à la bénéficiaire. Toutefois, un doute demeure en l'absence de précision textuelle et de jurisprudence. Ce silence est une source d'insécurité juridique. Une clarification de ce texte par le législateur OHADA serait souhaitable. Dans cette œuvre, il pourrait s'inspirer de son homologue français, même si ce dernier met des limites à l'efficacité de l'effet dévolutif de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif.

B) LA NÉCESSITÉ D'UNE CLAUSE STATUTAIRE DE LA SOCIÉTÉ ABSORBANTE

874. La liberté contractuelle, limite au maintien du droit de vote double. Il ressort des articles L. 225-124, alinéa 2 du Code de commerce et 545, alinéa 3, de l'Acte uniforme que le principe du maintien du droit de vote double n'a pas un caractère d'ordre public. En effet, le premier précise que « *la fusion ou la scission de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la ou des sociétés bénéficiaires, si celles-ci en bénéficient* » et le second de prévoir, « *la fusion de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société absorbante si les statuts de celle-ci le prévoient* ». En d'autres termes, le transfert du droit de vote double dans la société absorbante est conditionné par la réciprocité. Les actionnaires de la société absorbée ne peuvent bénéficier de ce droit ou du délai de détention des actions que si les statuts de celle-ci prévoient un tel mécanisme, ce qui constitue une limite à l'efficacité de cette disposition. Une fois encore, l'effet dévolutif de l'opération de fusion et de l'apport partiel d'actif est fortement restreint par le législateur. En l'absence de clause statutaire en ce sens, les actionnaires ou encore la société bénéficiaire de l'apport sont ainsi privés du droit de vote double. En pratique, il faudrait lors de l'audit contractuel, bien analyser les statuts des différentes sociétés parties à l'opération par sécurité juridique. Il doit en être de même pour les clauses de garantie de passif.

---

application de l'article L. 225-123. Néanmoins, le transfert par suite de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de donation entre vifs au profit d'un conjoint ou d'un parent au degré successible ne fait pas perdre le droit acquis et n'interrompt pas le délai mentionné aux premier et dernier alinéas de l'article L. 225-123. Il en est de même, sauf stipulation contraire des statuts, en cas de transfert par suite d'une fusion ou d'une scission d'une société actionnaire ».

§ 2 — Les clauses de garantie de passif

875. Dans nos précédents développements, nous avons évoqué le fait que la clause de garantie de passif pouvait être insérée dans le protocole[1416] ou même dans le projet de l'opération[1417]. Cette pratique a été empruntée aux cessions d'actions. En effet, cette clause est très répandue dans ces opérations[1418]. Par elle, le cédant s'engage à prendre en charge tout ou partie du passif existant antérieurement à l'opération et qui se révélerait postérieurement à celle-ci[1419].

876. Dans l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, la garantie stipulée au profit de la société absorbée ou apporteuse doit être transmise à la société absorbante ou bénéficiaire, quelle que soit sa nature, conformément au principe de transmission universelle du patrimoine (A) même si ce transfert peut être limité par les parties (B).

A) LA TRANSMISSION DE LA CLAUSE DE GARANTIE DE PASSIF

877. Les différentes garanties de passif. La pratique distingue traditionnellement la clause de garantie de passif proprement dite, par laquelle le cédant s'engage à verser à la société les sommes correspondant à un passif antérieur, mais révélé postérieurement à l'opération[1420] et celle dite de garantie de valeur ou de clause de révision de prix qui ne joue qu'au profit de l'acquéreur en proportion des droits sociaux acquis même s'il ne possède plus la propriété des actions cédées[1421]. En pratique, pour assurer l'exécution de cette garantie, le débiteur de cette obligation a souvent recours à une autre garantie encore appelée « *garantie de la garantie* »[1422]. Celle-

---

1416 V. *supra* n° 167.
1417 V. *supra* n° 192.
1418 Pour aller plus loin, Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 776 et s., A. COURET, La conciliation des mécanismes de garantie dans les cessions de droits sociaux, *in Mél. Ph. MERLE,* Dalloz, 2013, 121 ; F.-X. TESTU, *Garanties en matière d'acquisitions d'entreprise* : Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010 ; P. MOUSSERON, Les conventions de garantie dans les cessions de contrôle : *JCL Commercial*, Fasc. n° 1110 du 8 sept. 2011, dernière mise à jour 5 oct. 2012 et Les conventions de garantie dans les opérations sur droits sociaux : *BJS* 2009, p. 892 ; B. LECOURT, Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux : *Rép. droit des sociétés* de sept. 2006, dernière mise à jour janv. 2016.
1419 *Ibid.*
1420 Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15119 : *Rev. sociétés,* 2013. 611, note P. HOANG.
1421 Pour cette distinction, v. P. MOUSSERON, Les conventions de garantie dans les cessions de contrôle, *op. cit.*
1422 Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 777.

ci peut prendre la forme d'un séquestre conventionnel, d'une sûreté réelle ou personnelle[1423], d'une garantie autonome[1424] ou encore d'une assurance de la garantie[1425].

878. La transmission de la garantie, un principe bien établi en droit français. L'effet dévolutif du principe de transmission universelle du patrimoine commande le transfert de l'ensemble de l'actif et du passif de la société absorbée ou de la branche d'activité dans un apport partiel d'actif. Cette transmission inclut aussi les garanties conventionnelles signées tant au profit de la société absorbée que de la société apporteuse pour la branche d'activité. C'est ainsi que la jurisprudence française affirme de façon constante que la société absorbante peut se prévaloir de la garantie stipulée en faveur de la société absorbée, même en l'absence de précision dans le traité de fusion ou d'apport partiel d'actif[1426]. Toutefois, la jurisprudence admet une restriction contractuelle à cette transmission.

B) LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE UNE LIMITE RECONNUE PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

879. Le droit français. Le principe est la transmission de la clause de garantie de passif à la société absorbante. Toutefois, ce transfert peut être limité contractuellement par les parties. En effet, la Cour de cassation affirme qu'*« en l'absence de stipulation contractuelle contraire »*[1427], la société absorbante peut bénéficier de la garantie stipulée en faveur de la société absorbée. La haute juridiction laisse aux parties la possibilité de prévoir les effets de la transmission universelle du patrimoine. À l'instar de la clause relative au maintien du droit de vote double[1428], la clause de garantie de passif devrait être interprétée de manière restrictive, car, elle limite l'effet dévolutif de l'opération de fusion ou d'apport d'une branche d'activité. Dès lors, les parties doivent expressément prévoir qu'elles refusent à la transmission de ladite clause en cas d'opérations emportant transmission universelle du patrimoine. Dans le cas contraire, ce mécanisme de protection retrouverait toute son efficacité.

880. Le droit OHADA. Le transfert de la clause de garantie de passif pourrait aussi être admis, puisque cet ordre juridique reconnaît à l'instar du droit français l'effet dévolutif de

---

1423 *Ibidem*.
1424 Cass. com., 30 oct. 2007, n°06-14846.
1425 H. HUSSON, De l'utilité au bon usage de l'assurance de garantie de passif : *BJS* 2010, p. 1034.
1426 Cass. com., 10 juil. 2007, n°05-1458 (n°968 FSPB), X. : *BJS* 2007, p. 1225, note A. COURET, D. 2007, p. 2113, obs. A. LIENHARD, *Rev. sociétés* 2007, p. 798, note M. DUBERTRET ; Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-15213 (FD), Sté Le Carbonne Lorraine : *BJS* 2009, p. 1062, note X. VAMPARYS; Cass. com., 11 sept. 2012, n° 09-, 69,347 (F-D).
1427 Cass. com., 10 juil.2007, n° 05-1458 (n° 968 FSPB), X, *op. cit.*
1428 V. *supra* n° 868 et s.

l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. En revanche, la restriction à ce transfert imposée par la jurisprudence française ne saurait s'appliquer en droit OHADA, faute d'une jurisprudence claire et précise. Par conséquent, cette clause serait transmise même en cas de stipulation contractuelle contraire. Cette position se justifie par le fait que cette limite est d'interprétation stricte. À ce titre, elle ne saurait s'appliquer qu'à un ordre juridique qui reconnaît cette restriction. Étant un obstacle au plein effet d'un principe fondamental, chaque ordre juridique et sa jurisprudence devraient définir les restrictions propres à son droit positif. Dans l'espace OHADA, en la matière, le principe de transmission universelle du patrimoine retrouverait ainsi toute sa plénitude. En pratique, la clause de garantie peut constituer une garantie pour les parties à l'opération, lorsqu'elle est insérée dans le traité de fusion ou d'apport partiel d'actif.

881. Au regard de ce qui précède, le principe de transmission universelle du patrimoine est fortement limitée par la liberté contractuelle. Dans ce cas, il faudrait prévoir un mécanisme protecteur plus efficace. Il pourrait s'agir du droit de retrait.

SECTION II — UN DROIT DE RETRAIT EN CAS DE FUSION

882. La notion de retrait. Le retrait de l'actionnaire peut être défini comme « *la faculté reconnue à un associé de quitter la société, en obtenant que celle-ci ou ses coassociés lui remboursent la valeur de ses droits sociaux* »[1429]. Par conséquent, le droit de retrait confère un moyen de quitter la société sans la nécessité de trouver un acquéreur[1430]. Ce mécanisme contribue à l'idée de finalisation de la perte de l'affectio societatis par le retrayant[1431]. Il assure à l'actionnaire le pouvoir de se désolidariser d'un groupement ne répondant plus, objectivement ou subjectivement, à ses propres aspirations[1432]. Celui-ci dispose donc d'un choix, « *celui de rester ou de partir de la société* »[1433].

883. Le droit de retrait ne sera étudié que par rapport à la fusion, le problème ne pose pas pour l'apport partiel d'actif. Pour une meilleure compréhension, il convient de le présenter en

[1429] Y. GUYON, Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit., n° 119.
[1430] *Ibidem*.
[1431] E. GEORGES, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, Thèse, Poitiers, 2004, p. 64 et LGDJ 2006, p. 296 et s.
[1432] *Ibid.*
[1433] A. CATHELINEAU, Le retrait dans les sociétés civiles professionnelles : *JCP E*, 2001, p. 888.

droit français et en droit OHADA (§1) avant d'indiquer les modalités d'un tel droit, s'il venait à être reconnu en cas de fusion (§2).

§ 1 —Le droit de retrait en droit français et en droit OHADA

884. Le mécanisme du droit de retrait se caractérise tant en droit français qu'en droit OHADA par son absence de généralisation à toutes les sociétés (A). Or, une telle extension pourrait renforcer la protection des actionnaires (B).

A) L'ABSENCE DE GÉNÉRALISATION DU DROIT DE RETRAIT

885. En droit français et OHADA, le droit de retrait est admis dans certaines sociétés (1). Il est également reconnu dans certaines législations (2).

1) Un droit limité à certaines sociétés

886. En droit français, le droit de retrait n'est reconnu que dans les sociétés à capital variable[1434], dans les sociétés civiles[1435] et dans la société anonyme cotée dans certaines circonstances[1436]. Pour cette dernière, l'article L. 433-4, 3° du Code monétaire et financier fait obligation à l'AMF de fixer les procédures d'offre et de demande de retrait lorsque « *la ou les personnes physiques ou morales qui contrôlent, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, une société dont le siège est établi en France et dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État parti à l'accord sur l'Espace économique européen se proposent de soumettre à l'approbation d'une assemblée générale extraordinaire une ou plusieurs modifications significatives des dispositions statutaires, notamment relatives à la forme de la société, aux conditions de cession et de transmission des titres de capital ainsi qu'aux droits qui y sont attachés, ou décident le principe de la fusion de cette société avec la société qui la contrôle ou avec une autre société contrôlée par celle-ci, de la cession ou de l'apport à une autre société de la totalité ou du principal des actifs, de la réorientation de l'activité sociale ou de la suppression, pendant plusieurs exercices, de toute rémunération de titres de capital. Dans ces cas, l'Autorité*

[1434] C. com., art. L. 231-6 et s.
[1435] C. civ., art. 1845 et s.
[1436] C. mon. et fin., art. L. 433-4 ; Règl. gen., AMF, art. 236-6. Pour une étude complète de la question, V. A. MARRAUD DES GROTTES, thèse précitée, p. 297 et s.

des marchés financiers apprécie les conséquences de l'opération au regard des droits et des intérêts des détenteurs de titres de capital ou de droits de vote de la société pour décider s'il y a lieu de mettre en œuvre une offre publique de retrait ». En d'autres termes, une procédure de retrait est prévue en cas d'apport à une autre société de la totalité ou du principal des actifs, de la fusion de la filiale par sa mère, de l'absorption d'une société contrôlée par la fille et enfin, en cas d'opération entre sociétés sœurs. Elle s'expliquerait par les dangers que la domination de la société absorbante peut engendrer sur la situation des minoritaires de la société absorbée soudain plus dilués qu'auparavant[1437].

887. En droit OHADA. À l'instar du droit français, le droit de retrait est reconnu dans la société à capital variable[1438].

888. À l'exception des cas précités, le droit de retrait n'est pas reconnu en cas de fusion interne ou transfrontalière de sociétés non cotées.

889. Le fondement de l'absence du droit de retrait en cas de fusion entre sociétés non cotées. L'absence de reconnaissance du droit de retrait se justifie par le fait que la mise en œuvre de ce mécanisme ralentirait la réalisation de l'opération. En effet, l'exercice de ce droit entraîne normalement le remboursement de la valeur des actions aux actionnaires qui souhaitent quitter la société[1439]. Or, le paiement d'une somme élevée peut avoir un impact sur les fonds de cette dernière et porter ainsi atteinte à l'économie générale de l'opération de fusion, en remettant en cause les bases financières de l'opération. Il peut également constituer un obstacle à la mobilité des sociétés[1440]. Pour autant, doit-on sacrifier la protection des minoritaires à l'autel de la facilitation des rapprochements entre sociétés ? L'objectif de simplification du régime de la fusion a motivé les différentes réformes[1441]. C'est ainsi que selon la Cour de justice, la fusion transfrontalière constitue une des modalités de la liberté d'établissement[1442]. Or, selon le législateur européen, il convient de supprimer les restrictions à cette liberté[1443]. Mais les directives européennes ont aussi pour finalité la protection des droits des actionnaires minoritaires[1444]. Dans ces conditions, il semble difficile de concilier ces deux intérêts antagonistes.

[1437] H. HOVASSE, La fusion de sociétés cotées dans la réforme des offres publiques d'acquisition : *RD bancaire et bourse*, janv.-févr. 1999, p. 3.
[1438] AUSGIE, art. 269-1 et s.
[1439] H. HOVASSE, La fusion de sociétés cotées dans la réforme des offres publiques d'acquisition, *op. cit.*
[1440] M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ 1997, n° 317.
[1441] Directive 2011/35/UE, consid. 2, Directive 2005/56/CE, consid. 2 et 3 ; Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, précitée.
[1442] CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC*, aff. C-411/03, *Rec.,* p. 10 805, arrêt rendu avant la directive fusion.
[1443] Dir. n° 2011/35/UE, consid. 2.
[1444] Dir. n° 2011/35/UE, consid. 4 ; *Ibid*, consid. 5.

890. Les droits français et OHADA des fusions constituent une particularité puisque certaines législations ont reconnu un tel droit à des actionnaires minoritaires.

2) Un droit reconnu dans certaines législations

891. Contrairement au droit français et au droit OHADA qui ne permettent l'exercice du droit de retrait aux actionnaires de la société que dans certaines circonstances, certaines législations ont prévu un tel mécanisme en cas de fusion transfrontalière.

892. L'élément déclencheur de la protection. Aux termes de l'article 4 § 2 in fine de la directive 2005/56 « *un État membre peut adopter pour les sociétés participant à une fusion transfrontalière et relevant de sa législation, des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux associés minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion transfrontalière* ». Le législateur européen laisse ainsi la liberté aux États membres de prévoir un mécanisme de protection des actionnaires minoritaires. Le droit français n'a pas saisi cette opportunité. Toutefois, cette liberté est encadrée par le principe de proportionnalité. En effet, l'instauration d'un tel régime doit se faire dans *« le respect des principes de proportionnalité définis par la cour de justice* »[1445]. En d'autres termes, les règles spécifiques de protection des minoritaires ne doivent pas être excessives au point d'entraver la réalisation des opérations.

893. Pour mesurer la portée de la protection des actionnaires minoritaires, il convient de déterminer ce que recouvre la phrase « *les associés minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion transfrontalière* ». Faut-il entendre ceux qui ont voté contre le projet en assemblée générale extraordinaire ou les actionnaires qui ont pris connaissance de l'opération avant cette assemblée et qui adressent un courrier exprimant leur point de vue aux dirigeants de la société ? Le législateur européen ne donne aucun élément de réponse à ces questions. Pour une partie de la doctrine, le simple fait pour l'actionnaire minoritaire de manifester son mécontentement à l'égard d'un aspect de cette opération fait naître à son égard le bénéfice de la protection[1446]. L'opposition en assemblée générale semble l'emporter puisque c'est au sein de cette dernière qu'ils sont appelés à se prononcer pour ou contre l'opération. Dans ce contexte, en cas d'opposition d'un ou des minoritaires au cours de l'assemblée générale extraordinaire de l'une des sociétés concernées, la réalisation de l'opération serait retardée, parce qu'il faudrait d'abord

---

[1445] B. LECOURT, L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? *Rev. sociétés*, 2004, p. 223.
[1446] *Ibidem.*

mettre en œuvre le mécanisme de protection prévu dans la loi dudit pays. D'aucuns pourraient objecter que la fusion peut néanmoins se réaliser malgré cette opposition. En pratique, tout dépendrait du régime de protection prévu par la législation de l'État membre concerné. Par souci de sécurité juridique, il conviendrait de prévoir que la réalisation de la fusion ne serait définitive qu'après le respect des droits des minoritaires opposés à la fusion.

894. Les législations européennes reconnaissant un droit de retrait. Contrairement au droit français, certaines législations des États membres de l'Union européenne prévoient un régime spécifique de protection des actionnaires minoritaires opposés à l'opération de fusion transfrontalière. Il s'agit notamment du droit italien[1447], allemand, autrichien et danois.

895. En droit italien, les minoritaires ont droit à une sortie en cash en cas de fusion transfrontalière[1448]. Par exemple, les actionnaires de RAS, filiale d'Allianz absorbée en 2006 ont bénéficié de cette procédure.

896. En droit allemand**,** il existe une procédure de rachat obligatoire des titres des actionnaires opposés à l'opération de fusion transfrontalière[1449]. En effet, le § 122i de l'*Umwandlungsgesetz* prévoit que le projet commun de fusion transfrontalière contient une clause qui propose aux actionnaires minoritaires opposés à l'opération le rachat de leurs titres. Cette procédure n'est pas inconnue en droit français des fusions. En effet, l'article L. 236-11-1 du Code de commerce prévoit un tel mécanisme lors de la fusion d'une société détenue à 90 % des droits de vote[1450]. Néanmoins, celle-ci demeure différente de celle prévue en droit allemand. Dans ce dernier cas, l'obligation de rachat semble déclenchée par un acte volontaire, un acte d'opposition du minoritaire alors qu'en droit français, c'est l'actionnaire majoritaire qui fait une proposition de rachat des actions aux minoritaires concernés conformément à l'article L. 236-11-1, 2° du Code de commerce. La position du législateur français semble contraire à l'article 28, a, de la directive 2011/35/UE dont les dispositions prévoient que « *les actionnaires minoritaires de la société absorbée peuvent exercer le droit de faire acquérir leurs actions par la société absorbante* ». Autrement dit, il appartient aux actionnaires minoritaires de la société dissoute, à eux seuls, de solliciter l'acquisition de leurs titres. La position du législateur allemand serait plus conforme à la directive et plus protectrice, parce qu'elle laisse la liberté à ceux-ci de quitter la société ou non en fonction de leur intérêt.

[1447] Codice civile, art. 2437-c.

[1448] BECH-BRUNN, Lexidale, Study on the application of the cross-border mergers for the directorate general the internal market and services and the European Union, septembre 2013, p. 565.

[1449] *Ibidem* p. 453.

[1450] Sur cette problématique, v. *supra* n° 571.

897. En droit autrichien, les actionnaires détenant 25 % du capital social peuvent bloquer la fusion transfrontalière par un vote contre l'opération en assemblée générale et cette opposition est inscrite au procès-verbal. Dans ce cas, ils bénéficient d'un droit de sortie contre une compensation appropriée. Cette dernière doit être contenue dans le projet[1451]. Ce fut notamment le cas pour la fusion transfrontalière avec création d'une SE réalisée en 2013 entre la société de droit français Vivalis et celle de droit autrichien Intercell qui a donné naissance à la société Valneva SE[1452]. Il a ainsi été prévu un droit de retrait assorti d'une compensation financière fixé à 1,69 € par action pour chaque actionnaire d'Intercell AG ayant voté contre la fusion lors de l'assemblée générale[1453]. Toutefois, cette compensation était limitée pour éviter que la mise en œuvre de ce droit ne rende la fusion très onéreuse. Dans ce contexte, les parties ont décidé que si le droit de retrait était exercé pour plus de 4 138 800 actions d'Intercell AG, soit 7,5 % du capital social émis, la fusion ne serait pas réalisée[1454]. Dans un objectif de protection des actionnaires retrayants, la loi autrichienne impose aux parties de fournir les garanties du montant de cette compensation. À ce titre, Vivalis SA a octroyé une caution bancaire[1455].

898. Enfin, à l'instar du droit autrichien, le droit danois prévoit aussi un droit de retrait avec compensation en cas de fusion transfrontalière. Ce fut le cas lors de la fusion intervenue en 2014 entre la société de droit français BioAlliance Pharma SA (absorbante) et celle de droit danois la société Topotarget A/S (absorbée) qui a donné naissance à la société Onxeo. Toutefois, le droit de remboursement en vertu de l'article 286 du Danish Companies Act, ne devait pas dépasser 14 331 711 actions, soit 10 % de la totalité du capital social en circulation de Topotarget à la date du projet de fusion[1456].

899. Pour éviter les disparités entre le régime de protection des actionnaires minoritaires au sein de l'Union européenne, le législateur européen aurait dû prévoir un régime spécifique dans la directive 2005/56, comme la reconnaissance d'un droit de retrait aux actionnaires minoritaires, à charge pour les États membres de prévoir les modalités de mise en œuvre.

[1451] BECH-BRUNN, Lexidale, *op. cit.*, p. 245.
[1452] Sur l'ensemble de cette fusion, v. P. MORIER, La structuration juridique de la fusion entre Vivalis et Intercell — L'exemple d'une fusion transfrontalière à parité variable réussie, Mémoire Paris I, 2015 ; C. CATHIARD, Fusion transfrontalière avec création de SE : l'exemple de Valneva SE : Fusions & Acquisitions magazine, sept.-oct. 2013, p. 46.
[1453] Ibidem.
[1454] C. CATHIARD, Fusion transfrontalière avec création de SE, *op. cit.,* P. MORIER, mémoire préc. p. 22.
[1455] Ibidem.
[1456] Avis du projet de fusion transfrontalière : BALO, *bull.* n° 63 du 26 mai 2014.

B) LA GÉNÉRALISATION DU DROIT DE RETRAIT, UNE MESURE EFFICACE

900. Les fondements de la reconnaissance d'un droit de retrait dans l'opération de fusion entre sociétés non cotées. Le droit de retrait doit être reconnu aux actionnaires minoritaires[1457]. Plusieurs raisons justifient la reconnaissance de ce droit de retrait à ces derniers. La première concerne la parité d'échange. Dans une opération de fusion, ils peuvent être lésés par la parité d'échange qui est fixée par les majoritaires[1458]. La seconde est spécifique à la fusion transfrontalière dans laquelle le risque encouru par les minoritaires est accentué en raison de l'élément d'extranéité de l'opération. En effet, dans cette dernière, ils seront éventuellement confrontés à un changement de loi applicable moins favorable que celle dont ils dépendaient jusqu'à la réalisation de l'opération[1459]. Cette modification de la loi applicable à la société absorbée peut leur être dommageable[1460]. Troisièmement, du fait de la fusion, les actionnaires minoritaires peuvent perdre la liquidité de leurs actions[1461].

901. Par ailleurs, le droit de retrait aurait une fonction comminatoire parce qu'il permettrait de rationaliser le principe majoritaire dans la mesure où le comportement du majoritaire serait dicté par la crainte de voir le minoritaire quitter la société[1462]. Un tel mécanisme va, à ce titre, améliorer la protection des minoritaires dans les opérations intragroupe. Ainsi, l'effet comminatoire de ce droit peut devenir un instrument d'une rénovation de la négociation, « *l'obligation de proposer systématiquement pareille porte de sortie aux actionnaires minoritaires […] devrait irrésistiblement conduire à changer les mentalités et le climat de la négociation. Les actionnaires majoritaires deviendraient tendus vers l'objectif de convaincre les minoritaires de conserver leurs titres ; on devrait donc observer un glissement de la négociation vers l'intérêt concret des actionnaires à participer à la fusion. Le prix de l'offre de retrait alternative s'éloignerait d'une indemnisation pour devenir le moyen pour les minoritaires d'exprimer leur défiance et de ne pas partager le destin de l'actionnaire majoritaire* »[1463]. Nous ne souscrivons pas à cet optimisme naïf de l'effet comminatoire du droit de retrait. Ce dernier serait, au contraire, un excellent moyen pour le ou les majoritaires de pousser les minoritaires vers la sortie pour faciliter l'opération. En effet, il faut tenir compte du fait que le plus souvent, le souci de quitter la société qui anime le minoritaire correspond « *souvent voire toujours* » à la volonté du majoritaire de

---

1457 M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op.cit.,* n° 317 ; E. GEORGES, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, *op.cit.* p. 296 et s.
1458 V. *supra* n° 771.
1459 Sur le changement de loi applicable, v. *supra* n° 111.
1460 B. LECOURT, L'avenir du droit français des sociétés, *op.cit.*
1461 *Ibidem.*
1462 E. GEORGES, *op. cit.,* n° 390.
1463 X. GROSCLAUSE, thèse précitée, *op. cit.,* n° 433.

l'exclure[1464]. De plus, il est douteux qu'il existe une négociation entre « *égaux* », entre le ou les majoritaires et les minoritaires ne disposant pas de la minorité de blocage, même avec la possibilité d'exercer le droit de retrait.

902. Pour les sociétés non cotées, la reconnaissance d'un droit de retrait serait très simple, en raison de l'inexistence de la contrainte liée au marché réglementé. Cette protection pourrait être reconnue aux actionnaires de la société absorbée et de l'absorbante[1465]. La mise en œuvre de ce droit permettrait d'obtenir le remboursement des titres, sans pour autant empêcher la réalisation de l'opération.

903. Les critiques à la reconnaissance du droit de retrait. Une partie de la doctrine française ne souhaite pas la reconnaissance d'un droit de retrait en cas de fusion. D'abord, cette dernière objecte que ce droit est inutile compte tenu de la négociabilité des actions et que par conséquent, les minoritaires pourraient quitter la société avant la réalisation de l'opération[1466]. Ainsi, pour un auteur « *le retrait s'est avéré inutile dans les sociétés de capitaux, car les fonctions qui lui sont assignées dans les sociétés de personnes sont assurées dans ces sociétés par d'autres institutions telles que la cession d'actions* »[1467]. En d'autres termes, la possibilité de recourir à une opération de cession, rend le droit de retrait inutile. Cet argument ne convainc pas. La négociabilité ne permet pas de quitter la société à tout moment et dans des conditions financières décentes. Dans les sociétés non cotées par exemple, « *le marché des droits sociaux est souvent étroit ou inexistant, de telle sorte que l'associé, surtout s'il est minoritaire, peut ne trouver aucun acquéreur* »[1468]. Dans ce cas, les minoritaires sont « *prisonniers de leurs titres* », ne disposant pas d'un marché leur permettant de céder facilement leurs droits sociaux. Or, l'existence d'un marché confère en principe de la valeur aux actions. En pratique, il est plus facile pour le majoritaire ou le titulaire d'un bloc de contrôle de vendre ses titres. En effet, les acquéreurs sont souvent, voire exclusivement intéressés par le pouvoir qu'ils auront dans la société. Cet intérêt contribue à la vente des actions concernées dans des conditions financières plus intéressantes. Un auteur a parfaitement résumé la situation du minoritaire en ces termes, « *en toute hypothèse, il appartiendra au minoritaire désireux de se retirer par ce moyen (la négociabilité de ses actions) de trouver un cessionnaire disposé à acquérir ses titres à un prix non lésionnaire. Cette recherche peut présenter plus ou moins de difficultés. Elle sera aisée si, compte tenu de la*

[1464] M.-A. FRISON-ROCHE, L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires, in Actionnaires dirigeants, où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? *JCP E., Cah. Dr. de l'entreprise*, 1994, n° 36, p. 24.
[1465] M. NDIAYE MBAYE, thèse précitée, *op. cit.*, n° 806.
[1466] I. SAUGET — JEANTIN, *Le retrait d'associé*, Thèse, Paris X, 1991, n° 353.
[1467] *Ibidem*.
[1468] Y. GUYON, Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, *op. cit.*, n° 52, p. 98.

répartition du capital, les titres en cause peuvent permettre à un associé de devenir majoritaire : « titres charnières », les titres détenus par le majoritaire n'en seront alors que plus convoités. Ces mêmes titres en revanche, si la société est déjà contrôlée par un actionnaire majoritaire présenteront peu d'attrait et laisseront indifférent l'investisseur soucieux de participer au gouvernement social. Le minoritaire, dans ce cas, est exposé à une dépréciation de ses titres, voire à l'impossibilité de trouver un acquéreur »[1469]. La reconnaissance d'un droit de retrait permettrait donc de pallier l'absence de marché pour les sociétés non cotées. Ainsi, le minoritaire exerçant son droit de retrait aura comme acquéreur « *obligé* » le ou les majoritaires. Il pourrait s'agir de la société absorbante.

904. Ensuite, une partie de la doctrine considère que la reconnaissance d'un droit de retrait porterait atteinte au principe de la majorité qui préside au gouvernement de la SA. D'une part, c'est assez réducteur de refuser ce droit en se limitant exclusivement à la SA. D'autre part, c'est aussi méconnaître que ledit principe constitue une substitution de la règle de l'unanimité pour faciliter le fonctionnement de la société. La loi de la majorité se caractérise par une légitimité formelle, puisque l'observation du seul critère du nombre suffit à conférer à la décision sa validité et son opposabilité[1470]. En revanche, l'unanimité se caractérise par une légitimité naturelle parce qu'elle prend en compte la souveraineté que chaque actionnaire tire de son droit subjectif[1471]. Le principe majoritaire n'est permis que pour des décisions ne modifiant pas la substance de l'engagement des actionnaires[1472]. Certes, la fusion n'augmente pas nécessairement les engagements de ces derniers, mais elle rompt le pacte social, c'est-à-dire qu'elle remet en cause les bases sur lesquelles les actionnaires se sont engagés. En d'autres termes, cette opération remet en cause l'*affectio societatis*[1473].

905. Enfin, le dernier argument des opposants serait financier. En effet, le coût de l'exercice du droit de retrait aurait un impact négatif sur les fonds de la société. Dans ce contexte, la réalisation de l'opération pourrait être remise en cause. Toutefois, en pratique dans les opérations de fusion transfrontalière avec des pays ayant institué un tel mécanisme, on constate une mise en œuvre très faible du droit de retrait de la part des minoritaires. Ainsi, lors de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires D'INTERCELL, 97,4 % des voix exprimées ont approuvé le projet de fusion avec VIVALIS SA[1474]. En d'autres termes, très peu de minoritaires ont exercé ce droit reconnu par la loi autrichienne. De même, lors de la fusion

---

[1469] O. DOUVRELLEUR, Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? *Rj.com.*, 1991, p. 122 et s., spéc., p. 126.
[1470] C. RUELLAN, La loi de la majorité dans les sociétés commerciales, Thèse, Paris 2, 1997 n° XII, p. XI.
[1471] *Ibidem.*
[1472] C. com., art. L. 225-96 et AUSGIE, 551.
[1473] O. DOUVRELLEUR, article préc.
[1474] P. MORIER, mémoire *préc.* p. 22.

précitée entre la société absorbée danoise Topotarget A/S et la société absorbante française Bioalliance Pharma, le droit de retrait reconnu par la législation danoise n'a été exercé par aucun des 8 000 actionnaires de Topotarget A/S[1475]. Ces exemples montrent que ce droit n'a en fait, aucune incidence sur l'opération de fusion. Par conséquent, le législateur français et OHADA pourraient reconnaître ce droit tout en le soumettant à certaines modalités.

§ 2 —Les modalités d'un droit de retrait

906. Le droit de retrait ne devrait pas être généralisé à toutes les opérations (A). Il faudrait aussi garantir un juste prix en cas de mise en œuvre de ce droit (B).

A) LES OPÉRATIONS JUSTIFIANT UN DROIT DE RETRAIT

907. Par souci de clarté, il est préférable de présenter les opérations nécessitant un droit de retrait (1) avant d'analyser le formalisme qu'il doit remplir (2).

1) Un champ d'application limité

908. Le Sénat avait proposé lors de l'examen de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (DDOEF) de permettre aux actionnaires minoritaires de sociétés commerciales de se retirer dans trois situations : la transformation de la société anonyme en commandite ; la détention de 95 % du capital social ou des droits de vote par un actionnaire agissant seul ou de concert et enfin, le comportement fautif dans le but d'apporter une solution efficace à l'abus de majorité[1476]. Cependant, cette proposition n'a pas été retenue[1477]. Il n'était pas question dans cette loi de la fusion de sociétés.

909. Il ne semble pas nécessaire de généraliser le droit de retrait à l'ensemble des opérations réalisées par une société en cours de vie sociale. Il doit être reconnu aux actionnaires minoritaires dans la fusion interne et transfrontalière[1478].

[1475] C. CATHIARD, Avec ou sans création de SE, les fusions transfrontalières de sociétés cotées se multiplient, *Option Finance,* n° 1290, 27 oct. 2014, p. 28.
[1476] Ph. MARINI, Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées : *LPA* 4 nov. 1998, p. 27.
[1477] *Ibidem.*
[1478] Toutefois, Mme C. NEUVILLE, Présidente de l'ADAM souhaite réserver le droit retrait aux actionnaires minoritaires exclusivement en cas de fusion transfrontalière, notre entretien téléphonique du 31 mars 2014.

910. La fusion interne. Le droit de retrait doit être reconnu aux actionnaires minoritaires dans une opération entre des sociétés ayant un lien capitalistique entre elles ou contrôlées par une même société, c'est-à-dire dans les opérations mère fille ou entre sœurs. Dans cette forme d'opération, les assemblées générales ne sont pas vraiment souveraines. Ce n'est que « *l'apparence d'un vote démocratique en assemblée, faussé par la position d'actionnaire majoritaire de la société absorbante »*[1479]. Il n'existe aucune négociation véritable sur la parité d'échange[1480]. Dans ce cas, il y a rupture objective du pacte social en raison de l'absence de négociation[1481].

911. Il conviendrait aussi de l'étendre à la fusion entre sociétés sans lien capitalistique parce qu'il peut aussi exister un conflit d'intérêts entre les dirigeants et les actionnaires[1482]. Dans ces conditions, il serait donc souhaitable de protéger les intérêts des minoritaires.

912. La fusion transfrontalière. Pour la fusion transfrontalière, compte tenu de l'élément d'extranéité et de l'absence d'harmonisation des mesures protectrices des actionnaires minoritaires au sein de l'Union européenne, il faudrait reconnaître le droit de retrait à ceux qui n'ont pas « *la volonté d'union et l'acceptation d'aléas communs »*[1483]. Il devrait en être de même en droit OHADA.

913. Le droit de retrait permettrait à l'actionnaire minoritaire qui ne souhaite plus rester dans la société de partir sans perturber le fonctionnement de celle-ci. Un auteur a écrit à juste titre, « *tenter l'aventure dans la société absorbante ou quitter le navire serait certes, mettre les minoritaires au pied du mur. Cette situation serait en tout cas préférable à celle, actuelle, qui revient à les mettre très souvent devant le fait accompli »*[1484]. Le principe étant admis d'un droit de retrait lors des opérations de fusion tant interne que transfrontalière, quelle forme envisager pour ce droit de retrait ?

2) Le formalisme du droit de retrait

914. Parler de formalisme revient à présenter les différentes modalités de reconnaissance du droit de retrait à un actionnaire en cas de fusion ou toute opération emportant transmission universelle du patrimoine. Il s'agit aussi de s'interroger sur la compétence de l'assemblée générale extraordinaire.

1479 H. LE NABASQUE et M. BAFFREAU, L'obligation de déposer ou de maintenir une offre publique : *Droit des sociétés, Actes prat. ing. sociétaire*, juil.-août 1999, p. 5 spéc. p. 19.
1480 V. *supra* n° 775.
1481 M. BEN SDIRA, thèse précitée, p. 544.
1482 V. *supra* n°774.
1483 CA Paris, 26 févr. 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, p. 688, note A. P.S.
1484 R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales, *op. cit.* n° 323.

915. Une reconnaissance par une clause statutaire. Par cette clause, la société s'engagerait à racheter les titres des minoritaires opposés à une opération de fusion**.** Selon un auteur, le retrait conventionnel serait un gage de souplesse[1485]. En effet, il reviendrait aux actionnaires de prévoir dans les statuts les modalités d'exercice du droit de retrait, en d'autres termes, de déterminer la valeur de remboursement des actions sous réserve des dispositions de l'article 1843-4 du Code civil[1486].

916. Cependant, une clause statutaire pourrait être limitée par certaines dispositions légales. D'abord, le rachat par la société de ses propres titres n'est possible que pour faciliter la réalisation d'une fusion[1487]. Or, il s'avère qu'il n'est nullement prévu pour les sociétés non cotées un rachat d'actions pour faciliter le retrait des actionnaires minoritaires, comme le rappelle à juste titre un auteur, « *il apparaît donc que l'achat de ses actions par la société afin de permettre les retraits d'associés ne figure pas parmi les exceptions prévues par le législateur. Or, il n'est pas douteux que celles-ci soient limitatives… »*[1488]. Il a ainsi été jugé que les dispositions relatives au rachat par la société de ses propres actions étaient « *impératives* » et n'incluent aucunement « *la situation dans laquelle la société se serait engagée envers un actionnaire à lui racheter ses titres »*[1489]. Par conséquent, la mise en œuvre d'une promesse individuelle de rachat doit respecter les dispositions des articles L. 225-207 et suivants du Code de commerce[1490].

917. Ensuite, la clause pourrait aussi violer le principe d'égalité entre les actionnaires, si le retrait n'est réservé qu'aux seuls actionnaires minoritaires. En effet, conformément aux articles L. 225-204 du Code de commerce et 366 de l'Acte uniforme, la réduction du capital, « *en aucun cas, ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires* ». Par conséquent, l'offre de rachat doit être présentée à tous les actionnaires[1491].

918. Enfin, l'instauration d'une clause de retrait sans disposition légale pourrait être nulle, car une telle clause entraînerait une variabilité du capital[1492]. Or, l'article L. 231-1 du Code de commerce interdit la clause de variabilité du capital dans la SA, à l'exception de la SAS. En revanche, en droit OHADA, l'article 269-1 de l'Acte uniforme admet la variabilité du capital

---

1485 M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, *op. cit.*, n° 317.
1486 *Ibidem.*
1487 V. *supra* n° 809.
1488 I. SAUGET — JEANTIN, thèse précitée, *op. cit.*, n° 373 ; E. GEORGES, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, *op. cit.*, n° 150, p. 95.
1489 Cass. civ., 1re, 15 nov. 2010, n° 09-69308 (n° FD) : *BJS* 2011, p. 179, note H. LE NABASQUE.
1490 H. LE NABASQUE, note sous Cass. civ., 1re, 15 nov. 2010, *op.cit.*
1491 C. com., art. R. 225-153 et AUSGIE, art. 643 ; H. Le NABASQUE, note sous Cass. civ., 1re, 15 nov. 2010, n° 09-69308, *op. cit.*
1492 I. SAUGET — JEANTIN, thèse précitée, *op. cit., n°* 372.

dans la SA non cotée et la SAS. Par conséquent, dans cet ordre juridique et pour une SAS en droit français, une telle clause ne serait pas invalidée. Toutefois, compte tenu de l'incertitude entourant une clause statutaire, une autre solution est possible.

919. Une reconnaissance dans un pacte d'actionnaires. Dans ce cas, la faculté de retrait s'analyse en une promesse unilatérale d'achat sous condition suspensive[1493]. Cette dernière se définirait comme une promesse par laquelle le ou les majoritaires s'engagent à acheter les titres des minoritaires en cas d'opposition de ces derniers à l'opération. Néanmoins, une telle promesse paraît difficile à obtenir pour un actionnaire minoritaire ne disposant pas d'un pouvoir financier important dans la société ou d'une minorité de blocage.

920. Il se pose par ailleurs la question de l'efficacité de cette promesse. En d'autres termes, peut-elle faire l'objet d'une exécution forcée ? Il a été longtemps considéré que la promesse unilatérale ne pouvait pas faire l'objet d'une exécution forcée même en cas de complicité frauduleuse de sa violation, car elle fait naître une obligation de faire[1494]. Or, la violation de cette dernière n'était sanctionnée que par l'octroi des dommages et intérêts conformément à l'article 1142 ancien du Code civil dont les dispositions prévoyaient que « *l'obligation de faire […] se résout en dommages et intérêts […]* »[1495]. Toutefois, en pratique, certaines décisions admettaient l'exécution forcée d'une promesse unilatérale soit de vente ou d'achat[1496]. Selon la Cour de cassation, « *les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente »*[1497]. Pour renforcer l'efficacité d'une telle promesse inscrite dans un pacte d'actionnaires, les minoritaires devaient obtenir du ou des majoritaires une clause prévoyant l'exécution forcée. Toutefois, cette problématique ne se pose plus vraiment depuis la codification à l'article 1221 du Code civil d'une telle mesure pour toutes les obligations. En effet, cet article dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Cet article renforce l'efficacité d'une clause de retrait contenue dans un pacte d'actionnaires.

[1493] H. LE NABASQUE, P. DUNAUD, et P. ELSEN, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires : *Actes prat. ing. sociétaire*, oct. 1992, p. 2 et s., spéc. n° 53, p. 12.
[1494] Cass. civ., 3° 15 déc. 1993, n° 91-10199 : *JCP G* 1995, II, n° 2356 note D. MAZEAUD ; Cass. civ., 3e, 30 avr. 1997, n° 95-17598 : *BJS* 1997, p. 877, note J.-J. DAIGRE ; Y. REINHARD, Exécution en nature des pactes d'actionnaires : *RDC* 2005, p. 115 ; H. LE NABASQUE, P. DUNAUD et P. ELSEN, *op. cit.*
[1495] *Ibidem.*
[1496] Cass. civ., 3e, 27 mars 2008 : *D.* 2008, p. 2973, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.,* 2008, p. 475, obs. B. FAGES ; Trib. com. Paris, 17 oct. 2014, n° 2014054628 : *BJS* 2015, p. 131, note S. MESSAÏ-BAHRI.
[1497] Cass. civ., 3e, 27 mars 2008, *op. cit.*

921. La reconnaissance légale du droit de retrait, un gage d'efficacité. Une clause statutaire ou extrastatutaire ne peut pas avoir la même efficacité qu'une disposition légale. C'est la raison pour laquelle le droit de retrait des actionnaires opposés à l'opération doit être reconnu dans la loi. Cette reconnaissance serait un gage d'efficacité et donc de protection de ces derniers qui ne resteraient pas « *prisonniers* » de la société bénéficiaire de l'opération.

922. Cette solution est d'autant plus nécessaire que la procédure de rachat qu'entraîne la mise en œuvre du droit de retrait n'est pas en inconnu en droit français et en droit OHADA. Il n'y aurait donc, *a priori*, aucune difficulté d'étendre ce mécanisme aux opérations précitées.

923. De plus, en droit français, le droit de retrait est aussi reconnu dans une opération de transfert de siège social d'une société européenne. En effet, aux termes de l'article L. 229-2, alinéa 3 du Code de commerce « *en cas d'opposition à l'opération, les actionnaires peuvent obtenir le rachat de leurs actions dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». Cette procédure de rachat est prévue aux articles R. 229-6 et suivant du Code de commerce. La reconnaissance d'un droit de retrait dans cette opération et pas dans une fusion transfrontalière manifeste une certaine incohérence du droit français et crée une inégalité entre actionnaires pouvant être confrontés à une opération qui produit les mêmes effets. En effet, la fusion transfrontalière entraîne aussi un changement de siège social et de loi applicable pour l'une des sociétés parties à l'opération[1498]. Par conséquent, il serait souhaitable de reconnaître un tel droit lors d'une modification législative. Ainsi, les clauses statutaires aménageraient tout simplement les modalités pratiques de sa mise en œuvre.

924. Le débat sur la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. La mise en œuvre du droit de retrait induit une réduction du capital social justifiant de ce fait une modification des statuts. La question se pose de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. La doctrine française paraît divisée sur cette question. Pour certains auteurs, l'assemblée générale extraordinaire n'est pas tenue de siéger pour décider d'une modification des statuts[1499]. Par conséquent, « *il appartient alors aux dirigeants de la société de constater le retrait en apportant les modifications nécessaires* »[1500]. Cette position est contraire aux articles L. 225-96 du Code de commerce dont les dispositions prévoient que « *l'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions […]* ». Or, il semble que cet article soit d'ordre public. En pratique, il est douteux qu'une telle décision soit admise par le greffe lors de l'inscription

---

[1498] V. *supra* n°111.
[1499] R. MORTIER, Les fusions de sociétés commerciales, *op. cit.* ; I. SAUGET — JEANTIN, thèse précitée, *op. cit.*, n° 632.
[1500] *Ibidem.*

modificative au RCS. Par conséquent, une décision d'un organe de gestion ou de direction ne peut pas modifier les statuts.

925. Pour une autre partie de la doctrine, en revanche, l'assemblée générale extraordinaire doit siéger pour décider de la modification des statuts consécutive à la réduction du capital qui, elle-même, est consécutive au retrait de l'actionnaire[1501]. Ainsi, pour M. COVIAUX, « *l'assemblée générale extraordinaire doit intervenir pour tous les cas où le rachat entraîne une réduction du capital* »[1502]. Nous souscrivons pleinement à cette position conforme aux textes. L'interprétation de l'article précité laisse penser que cette assemblée demeure seule compétente chaque fois qu'une opération entraîne une modification des statuts. Peu importe que cette modification soit consécutive à un acte involontaire ou volontaire de la société.

926. *In fine*, le droit de retrait ne serait véritablement efficace que si des garanties entourent son exercice, en assurant un prix juste aux minoritaires.

B) LA GARANTIE D'UN PRIX JUSTE

927. Pour renforcer l'efficacité du droit de retrait, il convient de déterminer le prix des titres cédés et le débiteur de l'obligation de rachat, c'est-à-dire qui de la société absorbée ou de la société absorbante, si elle est l'actionnaire majoritaire, devrait supporter la charge financière de la mise en œuvre de ce droit par les actionnaires minoritaires.

928. Le débiteur du prix en cas de mise en œuvre du droit de retrait. La question essentielle est de savoir qui est le débiteur de l'obligation de rachat. Pour y répondre, deux hypothèses doivent être étudiées. La première serait que la charge financière soit supportée par la société absorbée. Cette possibilité est très contraignante parce qu'elle oblige cette dernière à procéder à une réduction de capital non motivé par les pertes. Or, cette procédure reste très encadrée et longue[1503]. De plus, elle doit avoir les moyens financiers nécessaires au remboursement des actionnaires minoritaires opposants. Or, dans les faits, la situation financière de la société absorbée paraît souvent délétère.

929. La deuxième hypothèse serait que la société absorbante supporte la charge financière du rachat des titres des minoritaires opposants. En pratique, elle est souvent l'actionnaire

---

[1501] M. NDIAYE MBAYE, thèse précitée, *op. cit.*, n° 807 ; J.-CL. COVIAUX, L'achat par une société de ses propres actions, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, p. 202.
[1502] J.-CL. COVIAUX, *op. cit.*
[1503] V. *supra* n° 808 et s.

majoritaire de l'absorbée et l'initiatrice de l'opération. Ainsi, comme le note un auteur, « *si une décision prise à la majorité change la règle du jeu, alors le minoritaire doit pouvoir s'en retirer sans dommage, c'est-à-dire en obligeant l'auteur de la nouvelle donne à racheter les titres, si ceux-ci ne peuvent être vendus normalement […] S'il y a rupture du pacte social, alors celui-ci ne peut l'empêcher, il ne dispose pas de quotité suffisante dans le capital ou la répartition des votes pour cela, il doit pouvoir s'en dépêtrer […]* »[1504] et un autre de préciser qu'« *en tout état de cause, un droit de retrait généralisé n'est concevable qu'à la charge de l'acquéreur (du contrôle) et non par la société elle-même* »[1505]. La société absorbée n'a pas à supporter la charge financière de décisions, le plus souvent indépendante de sa volonté. De plus, étant un moyen de protection des actionnaires minoritaires, le droit de retrait remplit une fonction d'indemnisation, car sa réalisation « *intervient en réponse aux expectatives déçues de l'actionnaire à qui il offre une ultime voie de valorisation de sa participation* »[1506].

930. La nécessité de conditions financières équitables. Un droit de retrait légal permet d'encadrer la sortie des minoritaires en leur garantissant un départ à des conditions financières équitables. Dans une opération soumise au droit français, la détermination du prix des titres cédés doit obéir au régime prévu par l'article 1843-4, I du Code civil dont les dispositions prévoient que : « *Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ». Par une interprétation de cet article, les parties doivent prévoir les modalités précises de calcul de la valeur des titres pouvant être appliquées par elles-mêmes ou par un expert. Depuis l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014[1507] qui a modifié l'article 1843-4 du Code civil, « *l'expert désigné est tenu d'appliquer lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention des parties* ». Dans le cas contraire, cet article serait appliqué au litige de façon impérative[1508]. Il peut y aller de l'intérêt des parties de fixer dans les statuts ou dans une convention les modalités de détermination de la valeur. Cependant, cette possibilité suppose une négociation entre l'actionnaire majoritaire et les minoritaires. Il semble peu probable que ces derniers, à l'exception de ceux disposant d'une minorité de blocage, soient en

---

1504 M.-A. FRISON-ROCHE, L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires, *op. cit.*
1505 A. COURET, Cession d'entreprise : brèves réflexions autour de quelques éléments d'un statut des minoritaires, in *prospectives du droit économique* : dialogues avec M. JEANTIN, éd. Dalloz 2009, p. 205 et s., spéc. p. 211.
1506 E. GEORGES, Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme, *op. cit.* n° 387.
1507 Ord. n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janv. 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises : *JORF* n° 0177 du 2 août 2014, p. 12820.
1508 Cass. com., 24 nov.2009, n° 08-21.369 : *D.* 2009, p. 2924, obs. A. LEINHARD ; *Rev. sociétés* 2011, 149, étude H. LE NABASQUE, confirmé par 26 févr. 2013, n° 11-27. 521.

mesure d'imposer une valeur au premier. Dans ce contexte, il apparaît que les conditions financières ne pourraient véritablement être équitables qu'en recourant à un expert désigné en justice et non proposé par le majoritaire.

CONCLUSION TITRE I

931. En entamant la rédaction du présent titre et après avoir présenté, dans la partie précédente le droit d'information et de consultation, la question suivante était au centre des préoccupations : comment limiter les effets de l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif sur les droits des actionnaires ? À cette question, la première réponse consiste en un échange de titres. Par ce moyen, les actionnaires de la société absorbée reçoivent les titres de la société absorbante.

932. Séduisante en apparence, cette solution s'avère être inefficace en raison notamment de l'absence de méthodes d'évaluation et de la liberté du ou des majoritaires dans le choix desdites techniques. De plus, la mise en jeu de la responsabilité des évaluateurs s'est aussi révélée inefficace en raison des conditions de sa mise en œuvre difficiles et des sanctions non dissuasives. Par ailleurs, la sous-évaluation n'est pas prévue tant par le droit français que par le droit OHADA.

933. Il s'avère également que le principe de transmission du patrimoine est insuffisant à justifier le maintien de certains droits, tels que le droit de vote double ou la clause de garantie de passif. Il est en effet restreint par la liberté contractuelle. Il en sera de même pour la protection des intérêts des créanciers sociaux.

TITRE II : LA PROTECTION RELATIVE DES CRÉANCIERS

934. L'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif entraîne des conséquences importantes tant pour les sociétés parties à l'opération que pour les actionnaires et les créanciers sociaux. De par l'une ou l'autre opération, ces derniers subissent un changement de débiteur et n'ont comme seule alternative que d'exercer un droit d'opposition aux effets limités[1509]. Divers mécanismes permettent la protection des créanciers : la transmission universelle du patrimoine, les sûretés et spécifiquement à l'apport partiel d'actif, la solidarité. Cette dernière ne sera pas traitée dans cette thèse en raison du fait qu'elle ne pose plus vraiment de problème en pratique. D'une part, compte tenu de l'inadaptation à l'apport partiel d'actif de la solidarité légale prévue à l'article L. 236-20 et L. 236-21 du Code de commerce[1510], la jurisprudence française a façonné un régime de solidarité spécifique à cette opération, en admettant que la société bénéficiaire et la société apporteuse sont solidaires des créanciers de la branche d'activité transmise[1511]. D'autre part, cette protection est complètement inefficace du fait de la liberté laissée aux parties de l'exclure dans le traité d'apport. Dans la pratique qui est la nôtre, la solidarité entre la société apporteuse et la société bénéficiaire est systématiquement exclue des traités d'apports partiels d'actifs. Il en est de même de ceux dont nous avons pris connaissance[1512]. L'exclusion constitue même une clause banale, générale, insérée systématiquement dans le projet d'apport partiel d'actif par tous les logiciels juridiques. De fait, la pratique a déjà intégré l'absence de solidarité, à tel point qu'il s'agirait du principe et non plus de l'exception. Les problématiques récentes concernent d'abord, pour la fusion, celle de la transmission de la responsabilité pénale ; ensuite, pour l'apport partiel d'actif, celle de l'étendue du patrimoine transmissible rattaché à la branche d'activité, et enfin, pour les deux opérations, la transmission des garanties ou sûretés.

[1509] V. *supra* n° 434 et s.

[1510] Sur l'ensemble de la question : H. LE NABASQUE, La solidarité des sociétés dans les opérations d'apport partiel d'actif soumises au régime des scissions, in *prospectives du droit économique : dialogues* avec M. JEANTIN, éd. D.1999, p. 273 ; H. HOVASSE et S. ROBINEAU, L'inadaptation des articles 385 et 386 de la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif : *BJS* 1998, p. 203 ; TH. NGUYEN, *La protection des créanciers sociaux dans les opérations emportant transmission universelle du patrimoine*, Thèse, Paris II, 2003, p. 61

[1511] Cass. com., 8 févr.2011, F.-D., n° 10-12.273, Sté Hydraulique PB c/Sté Duffort-Biguet immobilier : *BJS* 2011, p. 418, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2012, p. 33, note L. AMIEL-COSME.

[1512] Ce fut le cas notamment dans le contrat d'apport partiel d'actif signé le 15 sept. 2016, entre la société KEYYO (SA) et la société IP CASH (SAS).

935. Ainsi, le principe de transmission universelle du patrimoine qui gouverne la fusion et l'apport partiel d'actif peut constituer un moyen de protection des créanciers (**Chapitre I**). Toutefois, la confrontation de ce mécanisme à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif fait ressortir son inefficacité à protéger les créanciers en ce qu'il ne permet pas toujours de transférer les sûretés (**chapitre II**).

CHAPITRE I — LE PATRIMOINE TRANSMISSIBLE

936. Le principe de transmission universelle du patrimoine est prévu dans les textes tant en droit français qu'en droit OHADA.

937. En droit français, l'article 1844-4 du Code civil dispose qu'« *une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion. Elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles* ». L'article L. 236-1 du Code de commerce ajoute qu'« *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. Une société peut aussi par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés nouvelles ». Pour sa part, l'article L. 236-3 du code précité dispose que « la fusion […] entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires* ».

938. En droit OHADA, l'article 189, alinéa 3 et l'article 191, alinéa 1er de l'Acte uniforme sont rédigés dans les termes identiques aux articles précités. Les textes précités ne prévoient qu'un principe général de transmission de patrimoine. Dans ce contexte, il convient de déterminer le patrimoine transmissible dans une opération de fusion **(section I)** et dans un apport partiel d'actif (**section II**).

SECTION I — LE PATRIMOINE TRANSMISSIBLE DANS L'OPÉRATION DE FUSION

939. Dans un souci de protection des créanciers, il est important de déterminer le patrimoine transmissible. La réponse à cette problématique passe d'abord par la définition de la notion d'actif et de passif, élément du patrimoine (§1). Après avoir défini le patrimoine, nous nous attellerons à présenter la problématique de la transmission de la responsabilité pénale en général, et en particulier, celle des amendes (§2).

§ 1 —La notion de patrimoine actif et passif

940. Le patrimoine dans sa composante active et passive à transmettre à la société absorbante, est quelque peu insaisissable en raison d'une absence de définition dans le droit des fusions (A). Néanmoins, le législateur et la jurisprudence, en particulier, la jurisprudence française ont précisé les modalités de transmission du patrimoine (B).

A) L'ABSENCE DE DÉFINITION DU PATRIMOINE TRANSMIS

941. Cette absence se matérialise par un oubli de définition dans les textes. Toutefois, le législateur français a pris soin de préciser le seul élément transmissible (1). Pour pallier cette omission, la Cour de justice a donné les éléments permettant de caractériser le patrimoine transmissible (2).

1) L'oubli de la définition dans les textes

942. Les articles L. 236-3 du Code de commerce et 191 de l'Acte uniforme disposent que *« la fusion entraîne […] la transmission universelle de leur patrimoine dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération* ». Ces articles posent le principe de la transmission universelle du patrimoine. Le professeur M. GERMAIN à la suite du Doyen ROBLOT et de RIPERT constatait déjà que « *la définition de ce qui est transmissible pose problème* »[1513]. En effet, ni les articles précités ni l'article 19-1, a de la directive 2011/35/UE ne définissent la notion de patrimoine actif et passif, objet de la transmission universelle. Ces textes sont silencieux sur les biens transmissibles à la société bénéficiaire de l'opération. Ce silence est source d'insécurité juridique pour l'opération, et par conséquent, ne permet pas d'assurer efficacement la protection des créanciers.

943. Le bail commercial[1514], seul élément transmissible avec certitude. En droit français, le bail commercial est le seul élément transmissible avec certitude en cas de fusion. En effet, l'article L. 145-16 du Code de commerce dispose que : *« […] En cas de fusion ou de scission de sociétés, en cas de transmission universelle de patrimoine d'une société réalisée dans les conditions prévues à l'article 1844-5 du Code civil ou en cas d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues aux articles L. 236-6-1, L. 236-22 et L. 236-24 du présent code, la société issue de la fusion, la*

[1513] M. GERMAIN, Traité de droit commercial, *op. cit.* n° 2579.
[1514] V. sur la problématique du droit d'opposition du bailleur, *supra* n° 448 et s.

société désignée par le contrat de scission ou, à défaut, les sociétés issues de la scission, la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine ou la société bénéficiaire de l'apport sont, nonobstant toute stipulation contraire, substituées à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail ». Il y a donc une transmission de plein droit du bail commercial à la société absorbante. Antérieurement à la modification de cet article[1515], la Cour de cassation avait déjà admis le transfert du bail commercial dans le cadre d'une confusion de patrimoines soumise à l'article 1844-5 du Code civil en ces termes : « […] *cette dissolution avait entraîné la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute, incluant le droit au bail dont elle était titulaire, à l'associé unique […]* »[1516]. La position précise du législateur français s'explique par la nécessité de protéger les intérêts de la société absorbante en assurant la poursuite de l'activité, compte tenu de l'importance du bail commercial dans le fonds de commerce.

944. En revanche, en droit OHADA, la question est de savoir si le bail, appelé dans cet ordre juridique « *bail à usage professionnel* »[1517] dont le régime s'inspire de celui du bail commercial, est transmis avec la même automaticité qu'en droit français. En effet, l'Acte uniforme sur le droit commercial général semble silencieux sur le sort de ce contrat en cas d'opération emportant transmission universelle du patrimoine. Pour répondre à cette problématique, deux hypothèses sont envisageables. La première serait de considérer que le bail est transmis automatiquement à la société absorbante sans autorisation préalable du bailleur, à l'instar du droit français. Cette interprétation se fonde d'une part, sur l'effet dévolutif de l'opération de fusion et d'autre part, sur l'importance du bail pour la poursuite de l'activité de la société absorbée. Le bail étant un élément du patrimoine de cette dernière, il doit être transmis à la société qui se substitue au preneur initial. Dans la deuxième hypothèse, le transfert du bail à la société absorbante serait subordonné à une clause expresse en ce sens. Ainsi, en l'absence d'une précision sur l'autorisation du bailleur, il sera transmis automatiquement à la société absorbante. Dans ce contexte, par souci de sécurité juridique, il faudrait lors de l'audit contractuel, vérifier le contenu de tous les contrats en général et du contrat de bail, en particulier. Le silence de l'Acte uniforme laisse ainsi une place à la liberté contractuelle. Néanmoins, une prudence s'impose. Il convient d'attendre une décision de la Cour de justice de l'OHADA pour appréhender le sort

---

[1515] L'article L. 145-16 du Code de commerce a été modifié par l'article 6 de la Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises. Cette loi étend le bénéfice de la transmission de plein droit du bail commercial à la TUP sous l'égide de l'article 1844-5 du Code civil.

[1516] A. REYGROBELLET, Le bail commercial aspiré par la TUP, note sous Cass. civ., 3e, 9 avr. 2014 n° 13-11.640 : *Rév. sociétés* 2014, p. 497 ; L. CAMENSULI-FEUILLARD, Transmission universelle du patrimoine de la société locataire, note sous Cass. civ., 3e, 9 avr. 2014 n° 13-11.640 : *BJS* 2014, p. 434.

[1517] AUDCG, art. 101 et s.

du bail à usage professionnel en cas de fusion et d'une manière générale, les éléments caractéristiques du patrimoine transmissible.

2) Les éléments caractéristiques du patrimoine transmissible

945. Comme certains auteurs, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé à juste titre l'absence de définition du patrimoine transmissible[1518]. C'est dans ce contexte que dans une espèce soumise à son appréciation, la Cour a précisé les éléments permettant d'appréhender le patrimoine à transmettre à la société absorbante. D'abord, elle note que la directive ne renvoie pas aux dispositions nationales des États membres en ce qui concerne la définition du patrimoine[1519]. Par conséquent, cette notion doit avoir une interprétation autonome et uniforme qui tient compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause[1520]. La notion de patrimoine actif et passif doit donc faire l'objet d'une interprétation téléologique. Ensuite, pour la Cour de justice, celle-ci s'inscrit dans la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine et la disparition de la société absorbée[1521]. Enfin, la définition du patrimoine à transmettre s'inscrit dans la finalité de protection des actionnaires et des tiers. Il s'ensuit que la définition du contenu du patrimoine dans sa composante active et passive doit être très extensive. Autrement dit, les juges des États membres doivent à chaque fois qu'il existe une contestation sur ce contenu avoir recours à l'interprétation téléologique.

946. *In fine*, l'incertitude sur le patrimoine transmissible demeure tant en droit OHADA qu'en droit français. Une interprétation extensive du patrimoine, surtout du passif, contribuerait à la protection des créanciers. Toutefois, malgré l'absence de définition du patrimoine dans sa composante active et passive, son transfert de la société absorbée à la société absorbante obéit à certaines modalités protectrices des intérêts en présence.

B) LES MODALITÉS DE TRANSMISSION DU PATRIMOINE

947. Le principe de substitution de la société absorbante à la société absorbée. La société absorbante se substitue à la société absorbée en raison de sa dissolution. Ce principe est

[1518] CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 :146, Modelo Continente Hipermercados : *BJS* 2015, p. 200 note A. COURET ; *RLDA* mai 2015, n° 5583, note A. REYGROBELLET ; *JCP E* 2015, 1234, note F. BARRIÈRE.
[1519] CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 : 146, *op. cit.* pt. 26.
[1520] *Ibid.*, pt. 27.
[1521] CJUE, 5 mars 2015, *op. cit.*, pt.28.

prévu aux articles L. 236-14, alinéa 1er du Code de commerce et 679, alinéa 1er, de l'Acte uniforme dont les dispositions prévoient que *« la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci […] »*. En d'autres termes, pour protéger les créanciers sociaux, la société absorbante recueille les obligations et dettes de la société absorbée et doit par conséquent, s'en acquitter. Ce mécanisme protecteur s'expliquerait aussi par l'obligation *Ultra vires*[1522] de la société bénéficiaire en raison de la confusion des patrimoines[1523]. Ainsi, il a été jugé que « *la société absorbante est tenue de la totalité du passif de la société absorbée, et les créanciers de la société absorbée qui a disparu du fait de sa dissolution ont une action directe contre la société absorbante »*[1524]. L'action des créanciers est donc fondée sur la substitution de la société absorbante à la société absorbée.

948. L'absence de novation. Aux termes de l'article 1329 du Code civil, la novation est « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier* ». En d'autres termes, elle se caractérise par la disparition d'une obligation et la création d'une autre. Dans une opération de fusion, alors même que la société absorbante se substitue à la société absorbée, il n'y a pas de novation. En effet, les articles L. 236-14, alinéa 1er du Code de commerce et 679, alinéa 1er, de l'Acte uniforme disposent que « *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires […] sans que cette substitution emporte novation à leur égard* ». C'est en raison de la transmission universelle du patrimoine qu'il y a absence de novation[1525]. Par ce principe, la première continue la personne de la seconde. Il n'y a donc pas véritablement changement de débiteur. Cette absence de novation entraîne plusieurs conséquences pour la société absorbante. D'une part, elle reprend tels qu'ils sont les engagements de la société absorbée, sans aucune modification tant dans les modalités convenues de paiement que dans celles relatives aux sûretés, garanties ou taux d'intérêt[1526]. En d'autres termes, la société absorbante ne peut modifier le contrat signé entre les créanciers et la société dissoute. D'autre part, il n'y a pas non plus déchéance du terme des droits et obligations ainsi transmis[1527].

[1522] Expression latine signifiant au-delà des forces de la succession, employée pour caractériser l'obligation de contribuer aux dettes d'un héritier ou d'un légataire si celui-ci a accepté la succession, même si le passif successoral excède l'actif à recevoir.

[1523] R. RAFFRAY, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Thèse, Bordeaux, 2009, Dalloz, 2011, n° 87.

[1524] CA Riom., 5 mai 1980 : *Rev. sociétés* 1981, p. 597, note J.G.

[1525] R. RAFFRAY, *op. cit.* n° 399.

[1526] J.G. note sous CA Riom., 5 mai 1980 : *Rev. sociétés* 1981, p. 604 ; Trib. Regional hors classe de Dakar (SÉNÉGAL), Jugement n° 634 du 10 avril 2002, TOBACCO MARKETING CONSULTANT c/Jean-marc DARES, BAT-BRITCO et Maître Jacques d'ERNEVILLE, en ligne sur le site www.ohada.com., OHADATAJ-05-95, consulté le 13/10/2017.

[1527] C. com., art. L. 236-14 al. 1er et L. 236-20 ; AUSGIE, art. 679.

949. La transmission du patrimoine, une règle d'ordre public. Par souci de protection des créanciers sociaux, le caractère d'ordre public a été reconnu à la transmission universelle du patrimoine par la jurisprudence française[1528]. La fusion a un « *effet subrogatoire impératif* »[1529] et à ce titre, une clause du traité de fusion ne peut limiter son effet dévolutif[1530]. Ainsi, la société bénéficiaire ne peut pas laisser tout ou partie du passif à la société absorbée qui serait sans support faute d'existence juridique de cette dernière. C'est ce que rappelle à juste titre la Cour d'appel de Riom en ces termes, « *le patrimoine est indivisible, et sa transmission qui est universelle comprend obligatoirement aussi bien l'actif que le passif dans leur intégralité* »[1531]. Contrairement à l'héritier en droit des successions, la société absorbante ne peut exclure certaines dettes du patrimoine de la société absorbée. Autrement dit, elle ne peut pas choisir certains éléments du passif et en laisser d'autres. L'effet dévolutif de la transmission universelle du patrimoine ne nécessite pas en principe, une expression de la volonté de la société bénéficiaire. De même, le principe bien connu du droit des successions « *d'acceptation sous bénéfice d'inventaire* » est inconnu du droit des fusions[1532].

950. La transmission du patrimoine se réalise de plein droit. Le patrimoine de la société absorbée est transmis à la société absorbante dès la réalisation de l'opération. Ce transfert automatique est indépendant de la volonté des créanciers. Ainsi, il n'est donc pas nécessaire de respecter la publicité prévue à l'article 1690 du Code civil français[1533] ou encore celle relative à l'apport d'un fonds de commerce à une société en constitution ou déjà existante[1534]. Cette automaticité s'explique par « *la combinaison des règles du transfert universel de patrimoine, qui dispensent de l'accomplissement des formalités d'opposabilité propres à chaque catégorie de biens et de celles de la publicité légale de la fusion et de la scission par mention au Registre du commerce et des sociétés* »[1535]. Elle se justifie aussi par le souci de donner un plein effet à l'effet dévolutif de la fusion et d'assurer la sécurité juridique de l'opération. Toutefois, cette automaticité est limitée par la loi. Ainsi, en présence de

---

1528 CA Riom., 5 mai 1980, *op. cit.*
1529 CA Paris, 17 avr.1976 : *Rev. sociétés* 1977, p. 69.
1530 CA Riom, 5 mai 1980, *op. cit.*
1531 *Ibidem.*
1532 Sur l'ensemble de la question v. A.-S. BARTHEZ, La transmission universelle des obligations, étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés, Thèse, Paris I, 2000.
1533 Cass. civ., 7 mars 1972 : *JCP*, 1972, II, 17 270, note Y. GUYON *; RTD.com.*, 1972, 654, obs. R. HOUIN ; Trib. Regional hors classe de Dakar (SÉNÉGAL), Jugement n° 634 du 10 avril 2002, *op. cit.*
1534 C. Com., art. L. 141-21, al. 1er.
1535 V. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3è éd., Montchrestien, 1994, p. 388, n° 765.

certains biens comme les immeubles[1536], les marques ou les brevets, l'opposabilité aux tiers demeure soumise à l'accomplissement des formalités spécifiques[1537].

951. La société absorbante comptable du passif omis. Une dette peut avoir été cachée ou oubliée dans le projet ou traité de fusion, mais elle peut aussi être inconnue au moment de sa rédaction. La question se pose de leur transfert à la société absorbante. Dans ce cas, celle-ci est également tenue d'une dette omise ou cachée, compte tenu de l'universalité de la transmission du patrimoine. L'énumération des dettes et des créances dans le traité n'a pas aucun impact sur l'effet dévolutif de l'opération. Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966 que l'omission d'une dette dans le traité de fusion n'est pas de nature à compromettre le transfert de ladite dette[1538]. Cette jurisprudence a depuis été confirmée par d'autres arrêts de la Cour de cassation[1539] et reprise dans une décision en droit OHADA[1540]. En d'autres termes, toute dette omise est transmise de plein droit à la société bénéficiaire. Cette solution jurisprudentielle a le mérite de prévenir certaines fraudes comme l'« *oubli* » intentionnel de certaines dettes. La société absorbante pourrait ainsi faire le tri de ces dernières et opposer cette omission aux créanciers sociaux souhaitant recouvrer leur créance qui seraient ainsi exposés au risque de ne pas obtenir le remboursement souhaité étant donné que la société absorbée aura disparu au jour de la réalisation de l'opération. Le principe de la transmission des dettes omises constitue donc une mesure protectrice de leurs intérêts.

952. La société absorbante comptable du passif virtuel. S'agissant du passif virtuel, il renvoie aux dettes en germes, potentielles, pas encore nées au moment de la réalisation de l'opération. Dans un souci de protection des créanciers, la société bénéficiaire en est également comptable. À ce titre, elle peut être condamnée à supporter les conséquences de la révélation des vices cachés d'un bien vendu, après la réalisation de la fusion[1541]. Peu important que l'obligation ne présente aucun caractère certain car « *sans exister à l'époque de la fusion, elle était en puissance du contrat, dont l'objet ouvre le cas échéant à l'acheteur à l'encontre du vendeur une action pour vice caché de la chose vendue* »[1542]. Le patrimoine n'est pas seulement composé des biens présents, mais

---

[1536] C. civ., art. 710-1.
[1537] Cette particularité a été rappelée par la Cour d'appel de Paris dans une affaire relative à l'opposabilité des droits portant sur une marque, à l'issue d'une opération de fusion-absorption : V. CA. Paris, 13 octobre 2004 : RJDA 3/05, n° 266, p. 222.
[1538] Cass. com., 13 févr.1963 : *Bull. civ., III*, n° 87.
[1539] Cass. com., 7 déc. 1967: *D.*, 1968, 113, note DALSACE; Cass. com., 5 mars 1991 n° 88-19629 : *D.*, 1991, 441, note J. HONORAT; *BJS* 1991, p. 500, note M. JEANTIN; *Rev. sociétés* 1991,549, n° 7, note Ch. BOLZE, *Rev. Dr. Bancaire et bourse* 1991, n° 25, p. 102, note M. JEANTIN et A. VIANDIER ; JCP 1992, n° 8, II, p. 52, note M. MARTEAU-PETIT ; *LPA*, 30 oct. 1991, n° 130, note P. LE CANNU ; Cass. com., 4 févr.1997 : *BJS* 1997, p. 448, note M.-L. COQUELET.
[1540] Trib. Regional hors classe de Dakar (SÉNÉGAL), Jugement n° 634 du 10 avril 2002, *op. cit.*
[1541] CA Riom, 5 mai 1980, *op. cit.*
[1542] J.G., note sous CA Riom, préc.

aussi d'un potentiel de biens[1543]. Par conséquent, le passif ne saurait être réduit à celui déterminé au jour de la transmission. Cette dernière englobe donc les dettes qui, au jour de la réalisation de l'opération, ont une existence virtuelle. Comme le résume un auteur, *« recueillir le patrimoine d'une société qui entre dans une autre par fusion, c'est assumer le tout pour la société absorbante, le visible autant que l'insoupçonné dans le passif transmis »*[1544].

953. Cependant, cette décision aussi protectrice qu'elle puisse être pour les créanciers est critiquable à certains égards. En premier lieu, elle met à la charge de la société absorbante, une dette qui n'existait pas avant la réalisation de l'opération par un effet de rétroactivité contraire à l'article L. 236-3 du Code de commerce. En effet, cet article dispose que « *le patrimoine des sociétés absorbées est dévolu à la société absorbante […], dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération* ». En d'autres termes, la société absorbante recueille le patrimoine de la société absorbée tel qu'il est au jour de la prise d'effet de l'opération. En second lieu, la parité est calculée en fonction de l'état du patrimoine connu. Les seules variations admises sont celles qui interviennent pendant la période intercalaire[1545], c'est-à-dire entre le projet de fusion et la décision des assemblées. La décision de la cour d'appel de Riom fait varier la consistance du patrimoine de la société absorbée aux dépens de l'intérêt de la société absorbante[1546], indirectement de celui de ses associés et de ses créanciers. Cette position protectrice des intérêts des créanciers de la société absorbée est convenable car l'objectif de la transmission universelle du patrimoine y compris le passif omis ou virtuel est d'assurer la continuité du droit de gage général de ces derniers.

954. Au regard de ce qui précède, la notion de patrimoine transmis est entendue de façon large. Cette interprétation est aussi confortée par la position de la Cour de justice de l'Union européenne sur la transmission de la responsabilité pénale et sa conséquence, les amendes.

1543 J.G., note sous CA Riom, préc.
1544 *Ibidem*.
1545 V. *supra* n° 542.
1546 J.G, art. préc.

§ 2 —LA TRANSMISSION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

955. La responsabilité pénale suppose la culpabilité (une faute) et l'imputabilité (l'imputation de la faute à une personne)[1547]. À l'origine, elle ne concernait que les personnes physiques. Mais, depuis 1994, la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée[1548]. L'objectif de celle-ci est de punir l'auteur de la faute pénale par une peine de prison ou/et d'amende.

956. La question de la transmission de la responsabilité pénale et de sa conséquence, l'amende, à la société absorbante s'est longtemps posée en droit positif français et a suscité à ce titre, une réponse contradictoire de la jurisprudence française (A), avant que la Cour de justice de l'Union européenne ne vienne donner une réponse claire et précise à valeur de principe (B).

A) LA POSITION CONTRADICTOIRE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

957. Le principe de la transmission universelle du patrimoine commande que la société bénéficiaire recueille l'ensemble des obligations de la société absorbée.

958. La question posée est de savoir si la responsabilité pénale est transmissible à la société bénéficiaire. La problématique ne concerne pas les sanctions déjà infligées à la société absorbée qui, à ce titre, sont déjà inscrites dans le passif de celle-ci et sont par conséquent, transmises à la société absorbante dès la réalisation de l'opération de fusion[1549]. Mais elle concerne les amendes dont les faits générateurs sont antérieurs à la réalisation de la fusion et qui ne sont devenues exigibles qu'après ladite réalisation. Il est donc question de savoir si ces sanctions peuvent être prononcées contre la société absorbante et par conséquent, si les amendes y afférentes sont transmises à celle-ci. En d'autres termes, la responsabilité pénale est-elle transmissible ? Pour répondre à cette question, il faut présenter la position de la Cour de cassation (1) avant celle du Conseil d'État (2).

[1547] Auteur inconnu, Fiche d'orientation, Responsabilité pénale : *Dalloz*, mis à jour décembre 2016.
[1548] Sur la question, H. MATSOPOULOU, Responsabilité pénale des personnes morales : *Rep. droit des sociétés*, D. sept. 2002, mise à jour juin 2016.
[1549] Cass. crim., 28 févr. 2017, n° 15-81.469 : JurisData n° 2017-003478 : *Dr. sociétés*, 2017, comm. 80, J. HEINICH.

1) La position de la Cour de cassation

959. Les solutions sont différentes selon les chambres de cette Haute Juridiction. La chambre commerciale est favorable à la transmission de la responsabilité pénale contrairement à la chambre criminelle.

960. La position de la chambre commerciale. La jurisprudence française admet le transfert des sanctions à la société absorbante en cas de manquement aux règles de la concurrence par la société absorbée[1550]. À ce titre, la chambre commerciale de la Cour de cassation admet que le chiffre d'affaires de la société absorbante serve de base de calcul de la sanction lorsque l'Autorité de la concurrence (ex. Conseil de la concurrence) statue[1551]. Par ailleurs, elle admet aussi la transmission de l'amende civile prononcée contre la société absorbée pour des pratiques commerciales abusives au motif que « *le principe de personnalité de peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise [...]* »[1552]. La chambre commerciale de Cour de cassation donne ainsi son plein effet à l'effet dévolutif de l'opération de fusion. Ce transfert se justifierait par plusieurs raisons. La première est que la société absorbante assure « *la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise* »[1553]. En effet, le texte sanctionne l'entreprise vue comme une unité économique et de production, et non la personne morale[1554] et comme le précise le Conseil constitutionnel, « *l'absorption de la société auteur de ces pratiques par une autre société ne met pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante* »[1555]. La seconde est fondée sur la nature des sanctions du droit économique. Elles ont pour objectif de corriger la réalisation des profits lors d'une opération répréhensible. L'acte répréhensible a peut-être contribué à l'enrichissement de l'entreprise transmise à la société absorbante. Dès lors, cette dernière doit supporter les sanctions encourues pour cet acte. Cette solution protectrice est renforcée depuis par le Conseil constitutionnel qui, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la Cour de cassation[1556], a considéré que la condamnation d'une société absorbante à raison d'infractions administratives, en l'occurrence,

---

[1550] Déc. n° 86/398/CEE, 23 avr.1986, Polyproplène *: JOCE*, 18 août 1986, L230-TPICE, 17 déc. 1991, n° T-6/89, Enichem Anic Spa : *RTD com.* 1992, p. 735, obs. C. BOLZE; Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-16776.
[1551] Cass. com., 28. janv. 2003, n° 01-00528.
[1552] Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29166, Sté carrefour, FS-PBR : *BJS* 2014, n° 3, p. 180, note A. COURET.
[1553] L. CHATAIN-AUTAJON, « Pratiques anticoncurrentielles et restructurations : qui supporte la sanction ? » : *RDL Conc.*, oct.2006, p. 95
[1554] A. COURET, note sous Cass. com., 21 janv. 2014, *op. cit.*
[1555] Cons. const., 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, ECLI:FR:CC:2016:2016.542.QPC : *BJS* 2016, p. 611, note B. DONDERO.
[1556] Cass. com., QPC, 18 févr. 2016, n° 15–22.317 : JurisData n° 2016-002822.

des pratiques restrictives de concurrence, commises par une société absorbée, était conforme à la Constitution[1557].

961. La position de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Contrairement à la chambre commerciale, la chambre criminelle se prononce nettement en défaveur de la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante. Cette position trouve son fondement dans l'article 121-1 du Code pénal français dont les dispositions prévoient que : « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ». Il s'agit de la responsabilité pénale et de sa conséquence, le principe de la personnalité des peines et des sanctions. Pour la chambre criminelle, l'action publique est éteinte par la fusion-absorption de la société absorbée qui aurait pu être sanctionnée pénalement[1558]. En d'autres termes, la disparition de cette dernière empêche toute poursuite de la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée avant la réalisation de l'opération.

962. La position de la chambre criminelle de la Cour de cassation entraîne plusieurs conséquences. D'abord, se pose le problème du sort de l'action civile. L'on sait que cette dernière est très liée à l'action publique comme le précise la Haute juridiction en ces termes *« les tribunaux répressifs ne sont compétents pour connaître de l'action civile en réparation du dommage né d'une infraction intentionnelle qu'accessoirement à l'action publique »*[1559]. Ainsi, la société absorbante peut-elle réparer le préjudice qui résulte d'une action publique éteinte ? Pour la chambre criminelle, *« ils (les tribunaux répressifs) ne peuvent se prononcer sur l'action civile qu'autant qu'il a été préalablement statué au fond sur l'action publique »*[1560]. Autrement dit, tant que la responsabilité pénale de la société absorbée n'est pas établie avant la réalisation de l'opération, les victimes potentielles (ou créancières) ne peuvent pas se retourner contre la société absorbante au moyen de l'action civile. Par conséquent, l'extinction de l'action publique en raison de la disparition de la société entraîne celle de l'action civile. Cette solution est certes conforme aux textes, mais moins protectrice.

963. Ensuite, le principe de transmission universelle du patrimoine s'efface devant la responsabilité pénale et donc le principe de la personnalité des délits et des peines. La restriction à l'efficacité du premier principe par le second revient à ne pas admettre la responsabilité pénale du fait d'autrui.

[1557] Cons. const., 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, *op. cit.*
[1558] Cass. crim., 23 avr. 2013, n° 12–83.244, F-S+P+B: *RTD. com.*, 2013, p. 817, note B. BOULOC; Cass.crim., 25 oct. 2016, n° 16-80.366 : JurisData n° 2016-022301 : *Dr. sociétés*, 2017, comm. 34, obs. R. SALOMON ; *BJS*, 2017, P. 137, note D. REBUT ; *Rev. sociétés* 2017, p. 234, note H. MATSOPOULOU ; Cass.crim., 28 févr. 2017, n° 15-81.469, *op. cit.*
[1559] Cass.crim., 23 avr. 2013, n° 12-83.244, *op. cit.*
[1560] *Ibidem.*

964. Enfin, une telle solution pourrait favoriser la fraude. Cette dernière consiste en une manœuvre destinée à écarter une disposition impérative en évitant de se placer dans les conditions qui déclenchent son application[1561]. La société absorbante et la société absorbée pourraient réaliser une opération de fusion dans le but d'éviter les poursuites à celle-ci. Ce cas peut notamment se rencontrer dans les relations mère-fille. S'il est vrai qu'en cas de fraude avérée, la société absorbante sera tenue en lieu et place de la société absorbée en cas d'infractions commises par cette dernière avant la réalisation de l'opération, toute la difficulté est dans la preuve de l'intention frauduleuse. Comment prouver que l'opération n'est pas guidée par l'intérêt économique, mais plutôt par le souci d'éluder la responsabilité pénale d'une partie. En la matière, le juge ne bénéficie pas d'une compétence pour juger de l'opportunité d'une opération. Par conséquent, la mise en jeu de la responsabilité pénale de la société absorbante sur le fondement de la fraude serait illusoire en pratique. Il est donc possible de penser que sauf cas exceptionnel, la société absorbante ne supportera pas la responsabilité pénale pour les faits commis par la société absorbée avant la réalisation de l'opération. C'est peut-être pour éviter les fraudes que le Conseil d'État a pris le contre-pied de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

2) La position du Conseil d'État : une position conforme au principe de transmission universelle du patrimoine

965. La transmission des sanctions prononcées par l'AMF. Contrairement à la chambre criminelle de Cour de cassation, le Conseil d'État admet la transmission des sanctions prononcées par l'AMF[1562]. Pour la haute juridiction administrative « *la mission de régulation des marchés dont est investie la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers […] qu'il n'est pas contesté qu'à la suite de l'opération de fusion-absorption intervenue le 31 décembre 2004, la société X a […], été absorbée […] sans être liquidée ni scindée, le principe de la personnalité des peines ne faisait pas obstacle à ce que la commission des sanctions prononçât une sanction pécuniaire […]* »[1563]. La Haute juridiction administrative distingue donc la sanction à caractère pénal et la sanction pécuniaire.

966. En ce qui concerne la sanction pécuniaire, la Haute juridiction administrative considère qu'elle est transmissible conformément au principe de transmission universelle du patrimoine. Cette position s'expliquerait d'une part, par le principe de la continuité de

---

[1561] D. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Paris, Dalloz, 1957.
[1562] CE, 30 mai 2007, n° 293423 : *RJDA* 02/08, n° 151 ; CE, 17 déc. 2008, n° 316000 : *RJDA* 04/09, n° 358 ; CE, 22 nov. 2000, n° 207697 : *JCP E*, II, n° 10 531, note R. SALOMON.
[1563] *Ibidem*.

l'entreprise de l'absorbée dans la société absorbante[1564] et d'autre part, au regard de la mission de régulation du marché qui incombe à l'autorité des marchés financiers.

967. S'agissant des sanctions à caractère pénal, le Conseil d'État refuse leur transmission conformément au principe de la responsabilité pénale personnelle. Ainsi, il a été jugé que « *le principe de la personnalité des peines faisait obstacle à ce que le Conseil des marchés financiers infligeât à la société absorbante un blâme à raison des manquements commis par la société absorbée avant son absorption »*[1565]. La Haute juridiction assimile ici la sanction disciplinaire à une condamnation pénale[1566], ce qui justifie son intransmissibilité à la société absorbante.

968. La transmission des sanctions fiscales. En matière de sanctions fiscales, le Conseil d'État a aussi été confronté au principe de la responsabilité pénale personnelle et son pendant, la personnalité des peines et des sanctions. La question s'est alors posée de l'efficacité du principe de transmission universelle du patrimoine par rapport à ce principe. Face à ce dilemme, la Haute juridiction administrative fait prévaloir l'effet dévolutif de la fusion et par conséquent, admet que les pénalités pour fraude ou évasion fiscale prononcées contre la société absorbée pour des faits propres soient imputées à la société absorbante. Ainsi, il a été jugé qu'« *eu égard aux objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscales auxquels répondent les pénalités fiscales, le principe de personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, ces sanctions pécuniaires soient mises, compte tenu de la transmission universelle du patrimoine, à la charge de la société absorbante, d'une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou de sociétés issues de la scission, à raison des manquements commis, avant cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée »*[1567]. Le Conseil d'État semble avoir été guidé d'abord, par l'impératif d'efficacité de la sanction administrative, ensuite, par le souci de renforcer le bon fonctionnement du système fiscal[1568] et enfin, en raison du critère de la continuité de l'entreprise de la société absorbée dans la personne de la société absorbante. La solution de la juridiction administrative s'explique aussi par le fait que « *les intérêts financiers de l'État doivent être préservés »*[1569].

[1564] A. COURET, note sous Cass. com., 21 janv. 2014 : *BJS* 2014, n° 3, p. 180.
[1565] CE, 22 nov. 2000, n° 207697, *op. cit.*
[1566] H. MATSOPOULOU, note sous Cass. crim., 25 oct. 2016, *op. cit.*
[1567] CE, Avis, 4 déc. 2009, n° 329173, Sté Rueil Sports : *JurisData* n° 2009-081570 ; *JCP E* 2010, 1143, § 3, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. droit fiscal*, 2009, n° 50, act. 371-Rappr.et cpr Cons. const., n° 2012-239 QPC, 4 mai 2012 : *Dr. pén.* 2012, comm. 119, obs. J.-H. ROBERT, au sujet de la transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute ; Conseil d'État, 9e sous-section jugeant seule, 23/07/2014, 359 902, Inédit.
[1568] J.-L. PIERRE, Efficacité des pénalités fiscales, principe de personnalité des peines et personnes morales : *Dr. fiscal,* n° 6, 2010, comm. 181.
[1569] *Ibidem.*

969. La position protectrice du Conseil d'État se rapproche de celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

B) LA POSITION DE LA CJUE

970. Dans son arrêt du 5 mars 2015 largement commenté[1570], la Cour de justice de l'Union européenne a donné une position assez précise et générale sur la transmission de l'amende, en l'espèce contraventionnelle, dont la portée mérite une analyse (1) notamment l'incidence sur le droit français d'une telle solution (2).

1) La portée de l'arrêt

971. Le principe. Par son arrêt du 5 mars 2015, la Cour de justice admet la transmission du passif issu d'une dette contraventionnelle, à caractère pénal, de la société absorbée à la société absorbante. En l'espèce, cette dernière se voit imputer le manquement de la société absorbée aux obligations relatives au droit du travail. La Cour de justice se fonde sur la directive 78/855[1571]codifiée par la directive 2011/35/UE. Elle rappelle d'abord que la fusion par absorption entraîne *ipso jure* la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, conformément à l'article 19 de la directive 78/855. La Cour en déduit donc la « *transmission à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion* »[1572]. Elle rejette ainsi l'argument du gouvernement allemand et de la société MCH selon lequel seule la responsabilité civile est transmissible à la société absorbante.

972. Les problématiques suscitées par cet arrêt. Cet arrêt a suscité quelques interrogations. En premier lieu, en droit français, il s'est agi de la compatibilité de cette décision avec le principe à valeur constitutionnelle de la responsabilité pénale personnelle et donc de la personnalité des peines et des sanctions. Il est vrai que la Cour de justice ne se penche pas réellement sur la compatibilité entre ce principe et la transmission d'un passif pénal[1573]. Ce silence s'expliquerait par l'impossibilité pour la Cour d'interpréter un droit national[1574],

---

[1570] CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 : 146, Modelo Continente Hipermercados, préc. H. LE NABASQUE, Personnalité des délits et des peines et fusions, *op. cit.*
[1571] Dir. n° 78/855/CE, 9 oct.1978 concernant les fusions de sociétés anonymes.
[1572] CJUE, 5 mars 2015, *op. cit.*, pt. 22.
[1573] A. COURET, note sous CJUE, 5 mars 2015 : *BJS* 2015, p. 200.
[1574] CJUE, 5 mars 2015, *op. cit.*, pt.19.

conformément à l'article 267 TFUE et comme affirmé par une jurisprudence constante[1575]. En d'autres termes, les droits nationaux ont la liberté d'interpréter la notion de *« passif »* transmissible et d'y inclure le passif pénal ou non[1576]. Dans ses conclusions, l'avocat général avait proposé une formulation négative *« l'article 19 […] doit être interprété dans le sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale comme l'article 112 du Code des sociétés commerciales tel qu'il est appliqué au Portugal […] »*[1577]. Si la Cour avait adopté cette formulation, elle aurait fortement limité la portée de son arrêt. S'écartant partiellement des conclusions de son avocat général, la Cour opte pour une réponse plus large, donc plus normative : « *l'article 19 […] doit être interprété en ce sens qu'une fusion par absorption […] entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende […]* »[1578]. Pour la Haute juridiction, en l'absence de transmission de la responsabilité pénale, *« la fusion opérerait comme une cause d'extinction des obligations et pourrait même n'intervenir que dans ce but »*[1579]. L'idée sous-jacente est donc de limiter la fraude.

973. En deuxième lieu, de manière plus générale, s'est posée la question des infractions susceptibles d'être transmises à la société bénéficiaire. Les faits de l'espèce ne visent qu'une responsabilité contraventionnelle. Les commentateurs s'accordent à dire que la solution de la Cour est applicable à toute forme de responsabilité[1580] car, l'attendu de la décision est assez large et neutre, « *la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende »*[1581].

974. En outre, quel est le champ d'application de cette solution ? La décision est – elle applicable à toutes les opérations emportant transmission universelle du patrimoine (scission, apport partiel d'actif, confusion de patrimoines) ? La lecture de l'arrêt du 5 mars 2015 recommande une réponse nuancée à cette question. En ce qui concerne les opérations de scissions ou de confusion de patrimoine, une réponse positive semble s'imposer puisqu'il y a disparition de l'une des sociétés. S'agissant de l'apport partiel d'actif, la solution donnée par la Cour de justice n'a pas vocation à s'appliquer à cette opération. En effet, dans cet arrêt, la motivation principale de la Cour est la « *cessation de l'existence de la société »*, c'est-à-dire la disparition de la société auteur de l'infraction à caractère pénal[1582]. Autrement dit, c'est parce que la société absorbée disparaît du fait de l'opération que la Cour admet la transmission de l'amende pour

---

1575 CJUE, 26 sept. 2013, Textdata Software, C-418/11, pt.28 et 41.
1576 H. LE NABASQUE, La personnalité des délits et des peines, *op. cit.*
1577 M. WATHELET, Avocat général, Concl.usions du 12 novembre 2014.
1578 CJUE, 5 mars 2015, *op. cit.*, pt. 22.
1579 *Ibid.*, pt. 59.
1580 *Ibid.*, A. COURET, note sous CJUE, 5 mars 2015, *op. cit.*, H. LE NABASQUE, La personnalité des délits et des peines, *op. cit.*
1581 CJUE, 5 mars 2015, *op. cit.*, pt.35 et dispositif.
1582 *Ibidem*, pt. 28 et 33.

éviter son extinction et ainsi prévenir les fraudes. Or, faute de dissolution de la société apporteuse, le créancier peut donc se retourner contre cette dernière, responsable de l'infraction.

975. En troisième lieu, s'est aussi posé le problème du type de sociétés susceptible de se voir appliquer cette jurisprudence. La Cour a appliqué la directive 78/855 devenue depuis la directive 2011-1935/UE, qui ne concerne que les sociétés anonymes, comme indique son titre « *concernant les fusions de sociétés anonymes* ». Le même raisonnement sera-t-il appliqué en cas de fusions entre SARL ou SAS[1583]. Une réponse affirmative trouve son fondement dans les articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce qui s'appliquent indistinctement à toutes les sociétés commerciales[1584].

976. *In fine*, pour protéger aux mieux les intérêts des créanciers, la Cour fait une interprétation extensive du principe de transmission universelle du patrimoine, mais également du patrimoine transmissible. Cette décision contribue à donner une véritable efficacité à l'effet dévolutif des opérations de fusion, ce qui pourrait avoir une incidence sur le droit français.

2) L'incidence sur le droit français

977. La conformité de la jurisprudence française à l'arrêt précité. La Cour de justice veille au respect du droit de l'Union européenne en interprétant les directives. Toutes les décisions rendues par une juridiction nationale doivent être conforme à la jurisprudence de l'Union européenne. En effet, l'interprétation des directives par la Cour de justice a une autorité de la chose jugée à l'égard de tous les États membres. Ses arrêts s'incorporent à la disposition qu'ils interprètent[1585] car, la lecture « *éclaire et précise, lorsqu'en est besoin la signification et la portée de la règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur* »[1586].

978. Compte tenu de l'arrêt du 5 mars 2015, c'est normalement l'ensemble de la jurisprudence française qui restreint l'effet de la transmission universelle du patrimoine qui devra évoluer pour prendre en compte la position extensive du juge de l'Union européenne. Ainsi, selon un auteur, cette évolution était peut-être déjà amorcée avec l'arrêt du 21 janvier 2014[1587]. Dans cette espèce, la Cour de cassation admet la transmission à la société bénéficiaire, d'une amende civile non encore prononcée avant la réalisation de l'opération de fusion. Il a aussi été

[1583] A. REYGROBELLET, note sous CJUE, 5 mars 2015 : *RLDA* mai 2015, n° 5583.
[1584] *Ibidem*.
[1585] A. Reygrobellet, *op. cit.*
[1586] CJCE, 10 févr. 2000, aff. C-50/96, L. SHRÖDER.
[1587] A. COURET, note sous Cass. com., 21 janv. 2014, *op. cit.*

jugé que « *le caractère personnel de l'astreinte ne s'oppose pas à ce que sa liquidation, qui tend à une condamnation pécuniaire, puisse être poursuivie à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée antérieurement à la date de la publication de la fusion-absorption* »[1588]. En l'espèce, l'astreinte n'avait pas encore été liquidée au jour de la réalisation de l'opération, c'est-à-dire pas encore inscrite dans le patrimoine de la société absorbée avant sa disparition. La chambre civile de la Cour de cassation a pris une décision protectrice des créanciers en ce qu'elle est conforme à l'arrêt de la Cour de justice précité, ce qui n'est toujours pas le cas de la chambre criminelle.

979. La résistance de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 25 octobre 2016[1589], la chambre criminelle, au visa de l'article 121-1 du Code pénal, a refusé d'appliquer la solution prise par la Cour de justice dans son arrêt du 5 mars 2015. En l'espèce, il s'agissait de savoir si la société absorbante peut être poursuivie pour des faits commis par la société absorbée avant sa dissolution. Pour la chambre criminelle, « *l'article 121-1 du Code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique* »[1590].

980. Ce refus s'explique pour deux raisons. La première, la chambre criminelle rappelle que l'interprétation par la Cour de justice de la directive fusion est « *dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers* ». Le principe d'effet direct permet aux particuliers d'invoquer directement une norme de l'Union européenne devant une juridiction nationale. Or, s'agissant des directives, la jurisprudence de la Cour de justice a toujours considéré qu'elles ne peuvent pas, par elles-même, créer d'obligations dans le chef des particuliers et qu'une disposition d'un tel texte ne peut pas être invoquée contre eux par un État membre[1591]. Cette position trouve son fondement dans l'article 288 du TFUE dont les dispositions prévoient que « *[…] la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens […]* ». Autrement dit, la directive ne s'adresse qu'aux États membres. À ce titre, elle ne peut pas être invoquée contre les particuliers et ne peut donc pas influer sur leur éventuelle responsabilité pénale[1592]. Il a ainsi été jugé qu'« *une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, de déterminer*

[1588] Cass. civ., 2e, 1er sept. 2016, n° 15-19524 : *Gaz. Pal*, n° 38, p. 78, note J.-M. MOULIN ; *Rev. sociétés*, 2017, p. 145, note B. LECOURT.
[1589] Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16–80.366, *op. cit.*
[1590] *Ibidem.*
[1591] CJCE, 26 févr. 1986, n° 152/85, Marshall c/Southampton and Southe-West Hampshire Area Health authority; CJUE, 5 oct. 2004, n° C-397/01 à C-403/01, Pfeiffer e.a.
[1592] D. REBUT, note sous Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16–80.366, *op. cit.*

ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »[1593]. C'est la raison pour laquelle la chambre criminelle refuse qu'une directive justifie les poursuites pénales à l'encontre d'une personne morale[1594]. C'est aussi sur ce fondement que dans un arrêt du 3 février 2016, au visa de l'article 288 du TFUE, elle a cassé une condamnation fondée sur une application directe des dispositions d'une directive[1595].

981. La deuxième, le refus du transfert de la responsabilité pénale est également conforme au droit de l'Union européenne. En effet, pour la Cour de justice, l'obligation d'interprétation conforme aux textes européens ne doit pas entraîner une interprétation *contra legem* du droit national[1596]. En d'autres termes, selon la chambre criminelle, l'application de la solution de l'arrêt du 5 mars 2015, aurait été contraire au principe à valeur constitutionnelle de la responsabilité pénale personnelle prévue à l'article 121-1 du Code pénal, ce que justement la Cour de justice interdit. Toutefois, la chambre criminelle semble méconnaître la continuité économique entre la société absorbée et la société absorbante. Elle ne devrait pas appliquer ce principe aux personnes morales avec autant de rigueur qu'à l'égard des personnes physiques. En effet, la personne morale est une fiction juridique et par conséquent, sa responsabilité pénale est toujours du fait d'autrui, c'est-à-dire qu'elle ne peut être engagée qu'en raison des actions de ses organes[1597].

982. Pour régler ce conflit de jurisprudence[1598] et se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice, une intervention législative est indispensable[1599]. En effet, aux termes de l'article 291, § 1er, TFUE, « *les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union* ». En d'autres termes, pour respecter la jurisprudence de l'Union européenne et aussi l'obligation faite à chaque État membre de mettre en œuvre les directives, il revient au législateur français de prévoir une exception au principe de la responsabilité pénale personnelle. Dans ce cas, l'article 121-1 du Code pénal pourrait s'écrire de la manière suivante : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Par dérogation à l'alinéa précédent, en cas de fusion ou de scission, la responsabilité pénale de la société absorbante ou des sociétés bénéficiaires peut être engagée pour les faits commis par la société absorbée ou la société scindée avant la réalisation de l'opération ».* C'est la condition essentielle pour garantir la protection des créanciers dans la

---

1593 CJCE, 3 mai 2005, n° C-387/02, Berlusconi : *Rec. CJCE*, I, p. 3565, pt 74.
1594 D. REBUT, note sous Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16–80.366, *op. cit.*
1595 Cass. crim., 3 févr. 2016, n° 14-85198.
1596 CJUE, 4 juill. 2006, n° C-212/04, Adeneler c/Ellinikos Organismos Galaktos, pt 110.
1597 R. SALOMON, note Cass.crim., 23 avr. 2013, n° 12-83.244, F-S+P+B, *op. cit.*
1598 R. HERVET et A. SALON, Fusion par absorption et transfert de la responsabilité pénale : Comment désamorcer le conflit jurisprudentiel naissant ? *Dr. pén.*, 2017, ét. 9, p. 11.
1599 *Ibidem* ; D. REBUT, note sous Cass. crim., 23 avr. 2013, n° 12–83.244, F-S+P+B, *op. cit.*

fusion. Se posé également le problème du patrimoine transmissible en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

SECTION II —LE PATRIMOINE TRANSMISSIBLE DANS L'OPÉRATION D'APPORT PARTIEL D'ACTIF

983. La caractéristique essentielle de l'apport partiel d'actif réside dans la survie à l'opération de la société apporteuse. Dans ce contexte, la question s'est posée de l'applicabilité du principe de transmission universelle à cette opération. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe, affirme que « *l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions entraîne à l'instar de la fusion, la transmission universelle du patrimoine pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport* »[1600](§1). La solution jurisprudentielle a été critiquée en raison des conséquences pratiques qu'un tel principe fait peser sur l'opération (§2).

§ 1 —L'APPLICABILITÉ DU PRINCIPE DE TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE À L'APPORT PARTIEL D'ACTIF

En droit français, la position de la jurisprudence a été fortement critiquée par une partie de la doctrine (A) en raison notamment du fait qu'une telle extension n'avait pas de fondement textuel, ce qui n'est plus le cas actuellement (B).

A) LES CRITIQUES

984. En droit français, l'article L. 236-22 du Code de commerce permet aux sociétés parties à une opération d'apport partiel d'actif de soumettre cette opération au régime des scissions et par conséquent, au régime des fusions des sociétés[1601]. Elles profitent ainsi d'un

[1600] Cass. com., 16 févr.1988 n° 86-19645 : *BJS* mars 1988, p. 271, n° 69; *JCP E* 1988, II, 15 177, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER.
[1601] V. *supra* n° 35.

avantage fiscal[1602]. En revanche, en droit OHADA, l'article 195 de l'Acte uniforme soumet tout apport partiel au régime des scissions[1603].

985. La position précitée de la Cour de cassation est certes protectrice des intérêts des créanciers, mais elle est critiquable tant sur le plan théorique que pratique[1604].

986. L'extension du principe de la transmission universelle à l'apport partiel d'actif contraire à la théorie classique du patrimoine. Un auteur dénonçait déjà l'extension du principe de la transmission universelle du patrimoine à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions comme contraire à la théorie française du patrimoine[1605]. En effet, selon cette théorie[1606], le patrimoine est indissociablement lié à la personne, en ce qu'il est l'émanation de la personnalité. Par conséquent, il ne peut être transmis que si la personne qui en est le support disparaît, ce qui n'est pas le cas de l'apport partiel d'actif, puisque la société apporteuse survit à l'opération[1607]. Ainsi, pour le Professeur JEANTIN, « *il ne peut exister de transfert universel du patrimoine que dans la mesure où la société titulaire du patrimoine disparaît ; il s'agit là d'une conséquence inéluctable de la conception française du patrimoine […]. L'arrêt méconnaît donc le rapport indissoluble […] de la transmission universelle du patrimoine à la dissolution sans liquidation d'une au moins des sociétés* »[1608]. Il poursuit en déclarant que « *la solution retenue traduit une incohérence manifeste puisqu'en droit français il ne saurait exister d'autres successeurs universels que le successeur de la personne décédée, et, pour les sujets de droits, de personnes morales dissoutes. Dans ces conditions, on doit considérer qu'il existe une incompatibilité logique entre l'idée même de transfert universel du patrimoine dans la mesure où la société titulaire du patrimoine ainsi transmis, disparaît, il s'agit là d'une conséquence inéluctable de conception française du patrimoine. On ne saurait donc éluder cette conséquence logique pour le seul bénéfice de la technique de l'apport partiel d'actif* »[1609]. La position de cet auteur se justifie par son attachement à une interprétation rigoureuse des principes du droit civil. C'est la raison pour laquelle, il recommande de repenser la question de l'application de ce principe à cette opération « *en ne perdant pas de vue ces directives essentielles données en la matière par la théorie du patrimoine qui constitue en définitive, la seule clef d'une application raisonnée et*

[1602] M. JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, in *Mél. J. DERRUPÉ*, Joly, 1991, p. 287 et s.
[1603] Sur cette question, v. *supra* n° 36.
[1604] V. sur cette problématique, v. *infra* n° 993 et s.
[1605] M. JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, *op. cit.*
[1606] Dite théorie d'AUBRY ET RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae : 4e éd., 1873, Tome VI ; V. LASSERRE, La doctrine du patrimoine chez Zachariae, mémoire DEA en philosophie du droit : Paris II, 1995.

[1607] O. BARRET, A propos de la « transmission universelle du patrimoine », in *Mél. M. JEANTIN*, D. 1999, p. 113 ; J.-P. LE GALL, Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine, in prospectives du droit économique : *dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 260.

[1608] M. JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, *op. cit.*
[1609] *Ibid.*

cohérente du principe de transmission universelle du patrimoine »[1610]. C'est peut-être pour répondre à cette recommandation que dans un arrêt du 12 juillet 2004, la Cour de cassation réaffirme cette théorie en déclarant *que « la transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute […] »*[1611]. Cet arrêt doit cependant, être nuancé. En effet, sa solution s'explique par le fait qu'en l'espèce, la dissolution de la société absorbée ne pouvait intervenir que par une loi car, elle avait été créée par voie législative[1612]. On constate là l'inapplicabilité du régime des fusions et par conséquent, du principe de la transmission universelle du patrimoine.

987. D'une manière générale, faute d'une disparition de la société apporteuse, l'opération d'apport partiel d'actif ne devrait réaliser selon un auteur qu'une transmission à titre particulier[1613] ou selon un autre une transmission à titre universel puisqu'elle porte sur une fraction seulement du patrimoine en raison de l'adjectif partiel[1614]. C'est donc un contresens tant terminologique que juridique de parler de transmission universelle du patrimoine d'un apport partiel d'actif soumis au régime de la scission.

988. Une position protectrice des créanciers réaffirmée. Faisant fi des critiques suite à son arrêt de principe de 1988[1615], la Cour de cassation a confirmé sa position en ces termes : « *il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport »*[1616]. Par cette décision, la Cour de cassation consacre « *le principe de l'assimilation pure et simple de l'apport partiel d'actif qui change alors de nature pour devenir une véritable scission partielle* »[1617]. Il résulte de la jurisprudence qu'une fraction du patrimoine peut être détachée de la personne support et donc transmise comme un bien isolé[1618]. La solution de la Cour de cassation nuance la théorie classique du patrimoine chère au droit français. C'est donc la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation[1619] qui, est d'ailleurs présente dans certaines dispositions. En effet, le droit français

---

[1610] M. JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, *op. cit.*
[1611] Cass. com., 12 juil. 2004, n° 03-12673 : *BJS* juin 2004, p. 1554, note C.-M. BERNARD ; *JCP E* 2005, 129, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.
[1612] *Ibidem.*
[1613] M.-L. COQUELET, C. BARILLON, Apport partiel d'actif, Joly éditions, mise à jour 12 mai 2014.
[1614] Y. GUYON, Les apports partiels d'actifs, in *Mél. JEANTIN*, D. 1999, p. 245.
[1615] Cass. com., 16 févr.1988 n° 86-19645, *op. cit.*
[1616] Cass. com., 5 mars 1991, n° 88-19629, *op. cit.* Cette décision a été réaffirmée par Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16339, F-D, Sté Diderot Holding c/P : *Rev. sociétés* 2015, p. 724, note, J.-M. MOULIN.
[1617] Ch. BOLZE, note sous 5 mars 1991, *op. cit.*
[1618] *Ibidem.*
[1619] *Ibid.*

connaît déjà le patrimoine d'affectation par la création du régime de la fiducie[1620] et de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Pour ce dernier, l'article L. 526-6, alinéa 1er du Code de commerce dispose que « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale* ». C'est un véritable coup porté au principe de l'unicité du patrimoine, puisqu'une personne peut être à la tête de deux patrimoines. Toutefois, ce ne sont que des nuances, parcequ'en pratique la mise en œuvre de ces différents régimes renvoie souvent à la théorie de l'unicité du patrimoine, lorsque ceux-ci sont confrontés au droit des sûretés, au droit des régimes matrimoniaux ou encore aux procédures collectives[1621].

989. Pour un auteur, la jurisprudence de la Cour de cassation tend à consacrer « *l'unité patrimoniale des biens, droits et obligations constituant l'entreprise et le régime spécifique dont ils relèvent* »[1622]et par conséquent, consacre ainsi « *l'autonomie patrimoniale des droits, biens et obligations liés à la branche d'activité apportée* »[1623]. Cette solution ne souffre plus d'aucune d'ambiguïté dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation qu'il s'agisse de la chambre sociale[1624] ou commerciale[1625].

L'extension du principe de transmission universelle du patrimoine à l'apport partiel d'actif soumis au régime de la scission constitue une véritable création jurisprudentielle qui a été confortée par la loi.

B) LE FONDEMENT TEXTUEL

990. Le principal fondement des critiques contre la position de la Cour de cassation était l'absence de dispositions claires et précises sur l'application du principe de la transmission universelle du patrimoine à l'apport partiel d'actif. Ainsi, pour certains commentateurs français, il n'est pas évident de déduire de l'article L. 236-22 du Code de commerce, une volonté du législateur d'assimiler complètement l'apport partiel d'actif sous le régime de la scission à une

---

[1620] C. civ., art. 2011 et s.

[1621] Pour aller plus loin sur ces questions : Ch. LEBEL, Entrepreneur individuel à responsabilité limitée : *JCL Sociétés Traité, Fasc.* n° 4, mis à jour le 16 mars 2015 ; F. ROUSSEL, M.-Ch. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNY, De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) : *JCP E*, 2008, 2199 ; M. MEKKI, Le patrimoine aujourd'hui : *JCP G*, 2011, D. 1258 ; E. DINH, L'EIRL, un hybride en droit français : *JCP E*, 2010, 1979.

[1622] Ch. BOLZE, note sous 5 mars 1991, *op. cit.*

[1623] *Ibidem.*

[1624] Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-29691 : *BJS* 2014, p. 441, note B. DONDERO ; *JCP S* 2014, 1416, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; Cass. soc., 19 nov.2014, n° 13-19263 et s., FS-PB : *JCP G* 2014, 1342, note B. ALDIGÉ et 1343, note F. BOUSEZ ; Cass. soc., 10 déc. 2014, n° 13-22430 et s., n° 13-23255 et s., et n° 13-21157 et s.

[1625]Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16339, F-D, Sté Diderot Holding c/P : *Rev. sociétés*, 2015, p. 724, note J.-M. MOULIN.

scission[1626]. Autrement dit, faute d'un renvoi de cet article aux dispositions de droit commun, le principe de la transmission universelle ne devrait pas trouver application dans cette opération. Cet article ne permet aux sociétés que d'emprunter le régime juridique de la scission et non de définir cette opération comme une scission au sens strict. S'il est vrai que l'article L. 236-22 du Code de commerce ne renvoie qu'aux articles relatifs à la scission et non aux articles du droit commun des fusions et scissions, cette critique est désormais sans fondement depuis que la loi du 22 mars 2012[1627] a créé l'article L. 236-6-1 dont les dispositions prévoient que « *la société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-1 à L. 236-6* ». Il en résulte que le principe de la transmission universelle du patrimoine s'applique à l'apport partiel d'actif soumis au régime de la scission sur renvoi exprès aux articles L. 236-1 et L. 236-3 du Code de commerce, dont les dispositions admettent ce principe.

991. L'extension de ce principe à l'apport partiel d'actif soumis au régime de la scission est certes protectrice des intérêts des créanciers, mais elle pose des difficultés pratiques aux sociétés parties à une telle opération.

§ 2 —LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'APPLICABILITÉ DU PRINCIPE DE TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE

992. Sur le plan pratique, l'extension du principe de la transmission universelle du patrimoine à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions pose le problème de la délimitation de la part du passif à transmettre à la société bénéficiaire de l'apport et de celle conservée par la société apporteuse[1628] (A). Il convient toutefois de préciser que dans certaines circonstances propres à l'opération d'apport partiel d'actif, le patrimoine de la branche d'activité peut être intransmissible (B).

[1626] M.-L. COQUELET, C. BARILLON, Apport partiel d'actif, *op. cit.*
[1627] Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, *op. cit.,* art. 16.
[1628] O. BARRET, à propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société, *op. cit.*, p. 113.

A) LES DIFFICULTÉS DE DÉTERMINATION DU PASSIF TRANSMISSIBLE

993. L'absence de critère pour déterminer le contenu du passif transmissible. Compte tenu de la liberté de délimiter le passif transmissible, la question s'est posée du sort des dettes omises dans le traité d'apport ou pas encore nées, à l'instar de l'opération de fusion. Dans cette dernière, en raison du transfert de l'ensemble du patrimoine, ces dettes sont transmises à la société absorbante[1629]. La solution est différente dans un apport partiel d'actif s'agissant du transfert d'une branche et non d'un ensemble comme dans le cas précédent. Pour résoudre cette difficulté, la Cour de cassation considère que « *sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission ou d'apport, en cas d'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, la transmission universelle de biens, droits et obligations s'opère de plein droit, dès lors que le bien, droit ou obligation se rattache à la branche d'activité apportée même sur les biens, droits, et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figuraient pas dans le traité d'apport ou de fusion* »[1630]. En d'autres termes, les dettes omises sont transmises automatiquement à la société bénéficiaire si elles sont rattachées à la branche d'activité[1631]. Il a ainsi été jugé que dans le silence du traité d'apport partiel d'actif relatif au transfert de la branche construction, la société bénéficiaire était tenue de la responsabilité décennale pour les désordres nés de la construction de pavillons réalisés par la société apporteuse[1632]. La position de la jurisprudence est conforme au principe de la transmission universelle du patrimoine. Elle renforce son efficacité quant à la protection des créanciers car la société bénéficiaire ne peut pas refuser le paiement d'une dette sous prétexte que celle-ci n'est pas citée dans le traité d'apport ou dans la liste annexée audit traité. Par conséquent, une dette non exclue de manière expresse dans le traité d'apport est de fait transmise si elle est par nature rattachée à la branche d'activité. Mais cela suppose de connaître exactement le contenu de la branche d'activité, ce qui n'est pas toujours aisé en pratique[1633].

994. C'est peut-être la raison pour laquelle cette position jurisprudentielle est très critiquée. La chambre commerciale ne donne aucun critère permettant de déterminer avec exactitude le contenu du passif transmissible. Comment un créancier peut-il savoir si sa créance est transmise ou pas ? En effet, on ne peut exiger de lui d'avoir la perspicacité d'un juge pour

---

[1629] V. *supra* n° 952 et s.
[1630] Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13501: *BJS* 2004, p. 649, note P. Le CANNU.
[1631] *Ibidem* ; Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731: *Dr. société*, 2008, comm. 256, note H. HOVASSE; *RTD com.*, 2009, p. 387, note P. Le CANNU et B. DONDERO ; *BJS* 2009, p. 112, note. X. VAMPARYS; Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23895: *BJS* 2013, p. 575, note B. DONDERO; *Rev. sociétés*, 2014, p. 27 note V. THOMAS; Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16339, F-D, *op. cit.*
[1632] Cass. com., 5 mars 1991, *op. cit.*
[1633] P. Le CANNU, note sous Cass. com., 4 févr. 2004, *op. cit.*

savoir avec exactitude s'il y a transfert de la créance[1634]. Comme le note un auteur, « *la scission partielle crée généralement des problèmes d'imputation et d'inventaire, car les contours exacts de la branche d'activité ne sont pas toujours nettement dessinés […]* »[1635]. Ainsi, il est possible de craindre une détermination insuffisante des dettes rattachées aux actifs transmis[1636].

995. Par ailleurs, compte tenu de cette jurisprudence, le juge peut transmettre une dette après les faits si cette dernière semble par nature attachée à la branche d'activité transmise à la société bénéficiaire. En d'autres termes, le contenu du traité d'apport et la liste annexée audit traité ne sont pas exclusifs des créances et dettes transmises. Il est donc possible d'aller bien au-delà des actes et de transmettre une dette rattachée par nature à la branche d'activité, ce qui fait planer une incertitude sur les opérations d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions[1637]. Une partie de la doctrine évoque même une certaine « *instabilité de l'apport partiel d'actif* »[1638]qui entraîne une insécurité juridique pour l'opération et pour les créanciers.

996. Le critère de l'exploitation par la chambre sociale de la Cour de cassation. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que la société bénéficiaire de l'apport était tenue d'indemniser les victimes d'accidents de travail pour la faute inexcusable de la société apporteuse, parce que l'obligation d'indemnisation avait pris naissance à l'occasion de l'exploitation du fonds apporté[1639]. Le critère de l'exploitation est donc un élément permettant de caractériser la transmission d'une dette à la société bénéficiaire. En d'autres termes, il faut que le contrat de travail soit lié à la branche d'activité transférée. C'est ainsi que dans une série d'arrêts liés à l'exposition à l'amiante, la Cour de cassation, au visa des articles L. 236-3, L. 236-20 et L. 236-22 du Code de commerce, déclare qu'« *en statuant ainsi par des motifs inopérants tirés du transfert légal des contrats de travail en cours, sans qu'il résulte de ses constatations que l'obligation était étrangère à la branche d'activité apportée ou expressément exclue du traité d'apport, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »[1640]. Le transfert du contrat de travail n'est plus le fondement de l'obligation de la société bénéficiaire. Peu important qu'il soit transféré, il suffit que l'obligation ait un lien avec la branche

---

1634 P. Le CANNU, note sous Cass. com., 4 févr. 2004, *op. cit.*
1635 Ch. BOLZE, note sous Cass. com., 5 mars 1991, n° 88-1962, *op. cit.*
1636 Y. GUYON, Les apports partiels d'actifs, *in mél. JEANTIN*, D. 1999, p. 242.
1637 P. Le CANNU, note sous Cass. com., 4 févr. 2004 : *BJS* 2004, p. 649 ; H. HOVASSE, note sous Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731 : *Dr. soc.*, 2008, comm.256 ; P. Le CANNU et B. DONDERO, note sous Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731, *RTD com.*, 2009, p. 387, X. VAMPARYS, note sous Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731 : *BJS* 2009, p. 112.
1638 B. DONDERO, note sous Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23895, *op. cit.*
1639 Cass. soc., 9 avr.1998, n° 96-17533 : *RJS*, 1998/5, p. 415, n° 645.
1640 Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-29691 : *BJS* 2014, p. 441, note B. DONDERO ; *JCP S* 2014, 1416, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; Cass. soc., 19 nov.2014, n° 13-19263 et s., FS-PB : *JCP G* 2014, 1342, note B. ALDIGÉ et 1343, note F. BOUSEZ ; Cass. soc., 10 déc. 2014, n° 13-22430 et s., n° 13-23255 et s., et n° 13-21157 et s.

d'activité transférée, pour que cette dernière soit tenue envers lesdits salariés. La chambre sociale donne au principe de la transmission universelle du patrimoine toute son efficacité.

997. La solution de la Cour de cassation renforce la protection des créanciers salariés sur le fondement du droit des sociétés en prenant le contre-pied du droit du travail et à cet égard, elle nous paraît critiquable. D'abord, la société bénéficiaire de l'apport n'est substituée à la société apporteuse que pour les contrats transférés conformément à l'article L. 1224-2 du Code de travail dont les dispositions prévoient que « *le nouvel employeur est en outre tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification* ». Autrement dit, la protection ne vaut que si le contrat de travail est transféré au repreneur. Or, dans les espèces, les contrats de travail n'avaient pas été repris par la société bénéficiaire. Par conséquent, au regard du droit du travail, la charge d'indemnisation ne lui avait pas été transmise, elle n'en était pas responsable.

998. Ensuite, la Haute juridiction semble avoir omis que l'idée sous-jacente de la transmission universelle du patrimoine est la protection des créanciers du fait de la disparition de la personne morale débitrice de l'obligation. Or, l'apport partiel d'actif se singularise par la survivance de la société apporteuse. Dans les cas d'espèce, l'employeur initial, la société apporteuse, avait toujours une existence juridique. Les salariés n'étaient pas démunis, ils pouvaient se retourner contre cette dernière pour être indemnisés. Par conséquent, l'employeur initial c'est-à-dire la société apporteuse devait être tenu tant au titre de la faute inexcusable qu'au titre de l'exposition à l'amiante[1641].

999. Enfin, la position de la chambre sociale constitue un véritable danger pour la société bénéficiaire car, elle fait peser sur cette dernière la responsabilité d'une dette dont elle ignorait l'existence au moment de l'opération d'apport partiel d'actif.

1000. La solution proposée. Pour pallier la jurisprudence toujours plus extensive de la Cour de cassation, qu'elle soit de la chambre commerciale ou sociale, en matière d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, un auteur considère que les cessions d'actifs sans passif sont préférables, même avec un coût fiscal plus élevé, à cette forme d'opération[1642]. Ce souhait risque de ne pas vraiment trouver preneur en pratique, compte tenu du fait que le coût fiscal constitue souvent l'élément déclencheur d'une opération de restructuration. Or, en soumettant l'apport partiel d'actif au régime de la scission, les sociétés souhaitent tout simplement bénéficier du régime fiscal de faveur appliqué aux opérations de fusions ou scissions.

[1641] B. DONDERO, note sous Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-29691, *op. cit.*
[1642] P. Le CANNU, note sous Cass. com., 4 févr. 2004, *op. cit.*

1001. En définitive, il est important de rédiger correctement le traité d'apport partiel d'actif pour se prémunir contre toute mauvaise surprise. Comme le note le Professeur JEANTIN, « *en raison de la transmission universelle du patrimoine, le passif est transmis de plein droit, ce qui impose une rédaction attentive du traité d'apport partiel* »[1643]. Il est donc recommandé « *sous peine de voir naître de nombreuses difficultés ultérieures (de) répartir de manière extrêmement précise les dettes et les créances entre les branches d'activité apportées et celles qui sont conservées »*[1644]. C'est à ce prix que les opérations d'apport partiel d'actif seront vraiment sécurisées, même s'il est vrai qu'une répartition extrêmement précise ne résoudrait pas toute la question.

1002. Compte tenu de la particularité de l'apport partiel d'actif, des exceptions subsistent à la transmission du patrimoine de la branche d'activité.

B) LES EXCEPTIONS À LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE DANS UN APPORT PARTIEL D'ACTIF

1003. Dans son arrêt du 5 mars 1991, la Cour de cassation déclare « *sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission ou d'apport, communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, dans le cas d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport […]* »[1645]. Cette jurisprudence a été reprise dans un arrêt assez confus d'une juridiction nationale de l'espace OHADA[1646]. Le patrimoine de la branche d'activité est intransmissible dans trois hypothèses : une clause expresse, la fraude, la confusion ou la communauté d'intérêts.

1004. L'exclusion de la transmission de certains éléments du passif par une clause expresse du traité d'apport. Cette hypothèse est prévue aux articles L. 236-21 du Code de commerce et 689 de l'Acte uniforme qui reconnaissent la possibilité de ne mettre qu'une partie du passif de la branche d'activité à la charge de la société bénéficiaire de l'apport. Le droit français et le droit OHADA donnent ainsi toute sa place à la liberté contractuelle. En d'autres termes, le principe de la transmission universelle du patrimoine appliqué à l'apport partiel d'actif n'est pas absolu. Les parties peuvent moduler l'étendue du patrimoine attaché à la branche

---

[1643] M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, *op.cit.* n° 796.
[1644] *Ibidem.*
[1645] Cass. com., 5 mars 1991, n° 88-19629, *op. cit.*
[1646] Trib. Regional hors classe de Dakar (SÉNÉGAL), Jugement n° 634 du 10 avril 2002, *op. cit.* Dans cet arrêt, il y a une confusion entre l'apport partiel d'actif et la fusion, tantôt, la décision parle de traité d'apport et société bénéficiaire tantôt, elle parle de fusion et société absorbante. A notre avis, il s'agirait d'une opération d'apport partiel d'actif.

d'activité transmise à l'occasion de l'opération[1647]. Cela signifie qu'elles peuvent exclure du transfert des éléments se rattachant à la branche d'activité ou inclure ceux qui lui sont étrangers. En présence d'une clause d'exclusion, le juge est tenu de s'incliner. Il ne peut décider de transférer un élément du passif qui a été exclu par le traité d'apport.

1005. Cependant, selon les textes, la dérogation n'est efficace que si elle est expresse. Se pose alors la question de la définition de la notion de « *dérogation expresse* ». Pour la Cour de cassation, « *le caractère exprès de la dérogation à la transmission universelle du patrimoine organisée par les dispositions des articles L. 236-6-1, L. 236-22 et L. 236-24 du Code de commerce ne saurait factuellement se confondre avec des mentions d'ordre comptable qui ne garantissent pas une parfaite information des créanciers sociaux dont il importe d'assurer la légitime protection* »[1648]. Autrement dit, le traité doit mentionner de manière précise, claire, sans ambiguïté les dettes ou créances qui, bien que rattachées à la branche d'activité, restent à la charge de la société apporteuse. Cette obligation de précision est nécessaire, afin que le créancier sache qui est son débiteur[1649]. Le traité d'apport est un document indispensable à l'information des créanciers. Par conséquent, il doit être le plus clair et précis possible. Néanmoins, ni la jurisprudence ni les textes ne donnent de précisions sur le contenu de la clause dérogatoire. À l'instar de certains auteurs, nous nous demandons « *quels mots sont-ils aptes à exclure un passif dont on ne connaît pas l'existence ?* »[1650]. Par exemple, la clause stipulant qu'« *est transmis à la société bénéficiaire de l'apport le passif indiqué ci-après, à l'exclusion de tout autre élément* »[1651] est-elle suffisante pour protéger les intérêts de la société bénéficiaire ? La réponse n'est pas évidente.

1006. Lors de la rédaction du projet de traité d'apport partiel, les parties doivent prendre le temps nécessaire pour lister les éléments d'actif et de passif transmis à la société bénéficiaire. Mais, il y a toujours un risque lorsqu'elles établissent le passif qui n'est pas transmis à la société bénéficiaire car, elles pourraient omettre un élément. Il en serait de même du passif inconnu[1652]. Cette question pourrait être réglée par la négociation. Les parties pourraient insérer dans le traité d'apport une clause selon laquelle la société apporteuse reste tenue du passif inconnu rattaché à la branche d'activité. Elles pourraient également comme le suggère un auteur, établir un avenant

---

1647 J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16339, F-D, Sté Diderot Holding c/P : *Rev. sociétés*, 2015, p. 724.
1648 Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16339, F-D, Sté Diderot Holding c/P, *op. cit.*
1649 J.-M. MOULIN, note préc.
1650 P. Le CANNU et B. DONDERO, note sous Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731, *RTD com.*, 2009, p. 387.
1651 *Ibidem.*
1652 P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*

au traité, selon le même formalisme que ledit traité afin qu'il soit opposable aux tiers[1653]. Cet avenant devrait ainsi permettre de parfaire la transmission à la société bénéficiaire[1654].

1007. Au regard de ce qui précède, il faut une extrême rigueur dans la rédaction des traités d'apport. Il en va de la sécurité juridique de l'opération. Les praticiens doivent donc être très précis dans la rédaction de la clause dérogatoire. Elle pourrait être rédigée de la manière suivante, « *est transmis à la société bénéficiaire de l'apport le passif indiqué ci-après, à l'exclusion de tout autre élément, c'est-à-dire du passif omis, virtuel, qui apparaîtrait après la réalisation de l'opération* ».

1008. La fraude. En ce qui concerne la fraude, deux cas doivent être distingués. Le premier concerne la fraude aux droits des créanciers. Dans une espèce, la société apporteuse avait fait apport d'une branche d'activité à laquelle était attaché un prêt. Le prêteur demanda le remboursement du prêt non pas à la société bénéficiaire conformément au principe de la transmission universelle du patrimoine, mais à la société apporteuse en raison de la fraude à ses droits. Au visa de l'article L. 236-20 du Code de commerce et du principe « *fraus omnia corrumpit* », la Cour de cassation reconnaît la fraude au droit du prêteur et admet l'inopposabilité de l'apport partiel d'actif[1655]. Dans cette affaire, la fraude est caractérisée par l'absence d'information du prêteur sur l'opération d'apport partiel d'actif, comme convenu dans le contrat de prêt qui avait financé l'activité apportée et les brevets transmis. Faute de précision dans l'arrêt, le maintien du prêt était peut-être conditionné par la continuité de l'activité par l'emprunteur, en raison des brevets financés.

1009. Le deuxième est relatif à la fraude aux droits de la société bénéficiaire. Dans une affaire, la responsabilité de la société apporteuse avait été engagée pour fraude pour n'avoir pas informé la société bénéficiaire de l'existence d'un litige en cours, en déclarant expressément dans le traité d'apport qu'il n'existait aucun litige[1656]. Par conséquent, elle demeurait seule tenue envers son ancien client. Dans cette espèce, la Cour de cassation sanctionne le manque de loyauté de la société apporteuse. Par ailleurs, dans son arrêt, elle prend en compte le dol dans les cessions[1657].

1010. L'existence d'une communauté ou de confusion d'intérêts entre les sociétés apporteuse et bénéficiaire. A l'instar des cas précités, la société apporteuse reste tenue du

---

[1653] V. *supra* n° 320 et s.
[1654] J.-M. MOULIN, note préc.
[1655] Cass. com., 22 févr.2005, n° 02-10405, Anvar c/SA Financière de l'Érable : *BJS* 2005, p. 852, note P. Le CANNU. Il en est de même dans l'opération de fusion, V., la fraude paulienne, *supra* n°461, la fraude de la caution, *infra* n°1050.
[1656] Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-12189 : *BJS* 1994, p. 1300, note A. COURET.
[1657] A. COURET, note sous Cass. com., 18 oct. 1994, *op. cit.*

passif de la branche d'activité transférée en cas de communauté ou de confusion d'intérêts. Dans cette situation, la société apporteuse laisse croire aux créanciers qu'elle entend maintenir son engagement à leur égard. Dans une espèce soumise à la chambre commerciale de la Cour de cassation, une société mère apporte à sa filiale une branche d'activité. Mais celle-ci est tenue responsable des dettes de la branche d'activité transférée pour avoir créé une apparence vis-à-vis des créanciers de ladite branche[1658]. Pour fonder l'apparence, les juges ont relevé entre autres, l'identité du lieu d'exploitation, de l'enseigne, des numéros de téléphone, des papiers commerciaux, des interlocuteurs identiques[1659], etc.

1011. Cette solution de la chambre commerciale remet en cause le principe de l'autonomie des personnes morales, mais elle s'explique par la volonté de protéger les créanciers de bonne foi, ce qui n'est pas toujours le cas, lorsque le principe de la transmission universelle du patrimoine est confronté aux sûretés qui leur sont accordées.

[1658] Cass. com., 5 févr.1991, n° 89-12232 : *BJS* 1991, p. 391, note P. DELEBECQUE ; Trib. Regional hors classe de Dakar (SÉNÉGAL), Jugement n° 634 du 10 avril 2002, *op. cit.*
[1659] *Ibidem.*

CHAPITRE II — LE PRINCIPE DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE ET LES SÛRETÉS

1012. La notion de sûreté. Selon les Professeurs CABRILLAC et MOULY, la sûreté est une « *prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur* »[1660]. Cette définition a été complétée par un autre auteur, pour qui « *toute sûreté se caractérise en premier lieu par sa finalité particulière. Elle permet à son bénéficiaire d'échapper à la loi du concours entre les créanciers. La sûreté est donc un avantage qui s'ajoute aux droits que le créancier tient normalement de son droit de gage général* »[1661]. En d'autres termes, la sûreté contribue à renforcer la protection du créancier en ce qu'elle constitue un mécanisme de protection supplémentaire. La liste des sûretés est très longue et variée. Traditionnellement tant en droit français qu'en droit OHADA, on distingue les sûretés personnelles des sûretés réelles. Par les premières, un tiers se porte garant et par les secondes, le débiteur affecte à la garantie de sa dette une chose sur la valeur de laquelle le créancier espère être payé en cas de défaillance ou d'insolvabilité[1662].

1013. La problématique. Les sûretés et plus spécifiquement les sûretés personnelles sont très répandues dans la pratique des affaires. Il s'agit notamment du cautionnement et la garantie autonome[1663]. Dans ce contexte, elles soulèvent des difficultés lors d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. Se pose alors la question du sort de ces sûretés ? Pour répondre à cette question, nous confronterons dans un premier temps, le principe de la transmission universelle au cautionnement (section I) et dans un second temps, à la garantie autonome (section II) en proposant les solutions pour garantir au mieux la protection des créanciers.

[1660] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, *Droit des sûretés*, 10e éd., 2015, p. 2.
[1661] D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 10e éd., LGDJ 2015, p. 26.
[1662] S. PRAICHEUX, Sûretés financières : *Rép. droit des sociétés*, oct. 2010, actualisé en janv. 2012, n° 2.
[1663] L'article 2287-1 du Code civil prévoie expressément trois sûretés personnelles : le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention contrairement à l'article 12 de l'Acte uniforme sur les sûretés qui n'en prévoit que deux, à savoir : le cautionnement et la garantie autonome. C'est la raison pour laquelle nous avons fait le choix dans cette thèse de nous limiter à ces deux sûretés. De plus, le caractère de sûreté au sens strict de la lettre d'intention est discuté en doctrine.

SECTION I —LE PRINCIPE DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE ET LE CAUTIONNEMENT

1014. La définition du cautionnement. Aux termes de l'article 2288 du Code civil : *« celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». En droit OHADA, c'est l'article 13, alinéa 1er, de l'Acte uniforme sur les sûretés qui définit le cautionnement comme « *un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même* ». En d'autres termes, le cautionnement est une convention par laquelle une personne physique ou morale (dite caution) s'engage à payer la dette d'une autre personne (dite débiteur principal) à son créancier. La caution ne vient en garantie qu'en cas de défaillance du débiteur principal. C'est la forme classique du cautionnement. Ce dernier est lié à la dette qu'il garantit. Il constitue en ce sens un accessoire de celle-ci.

1015. En droit français, il existe également une pratique particulière : le sous — cautionnement. Ce dernier est prévu à l'article 2291 du Code civil, qui prévoit à son alinéa 2 : « *On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné* ». La sous-caution garantit donc la caution. Elle ne s'engage qu'à l'égard de la caution. Par conséquent, le créancier principal est tiers au contrat de sous-cautionnement. En d'autres termes, la sous-caution garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur et non sa dette envers le créancier principal. Ce dernier est dépourvu d'action directe contre la sous-caution[1664]. S'agissant du droit OHADA, le législateur semble n'avoir pas voulu encadrer le sous-cautionnement, considérant que les dispositions applicables au cautionnement lui seraient étendues.

1016. La problématique. Lors d'opérations de fusions ou d'apport partiel d'actif, la problématique du transfert du cautionnement se pose compte tenu de *l'intuitus personae* attaché à ce type de contrat. Conformément à la transmission universelle du patrimoine auquel est attaché le principe de substitution sans novation, les droits et obligations de la société absorbée

[1664] Cass. Com., 30 mars 2005 : Bull. civ, IV, n° 71.

ou de la branche d'activité sont transmis avec l'ensemble des accessoires qui leur sont attachés, notamment avec les garanties personnelles[1665]. De ce constat, deux questions se posent s'agissant de la protection des créanciers sociaux bénéficiant d'un engagement de caution. La première est celle de savoir si la caution peut s'exonérer de son engagement de garantie en cas de disparition du débiteur cautionné ou du créancier garanti. La deuxième concerne la disparition de la caution elle-même et par conséquent, de la possibilité de transférer son engagement à la société absorbante qui se substituerait ainsi à la caution initiale. La réponse donnée à cette question est différente selon l'obligation de garantie. Ainsi, tant le droit positif français et OHADA admet la transmissibilité de l'obligation de règlement (§ 1) contrairement à l'obligation de couverture (§ 2).

§ 1 —LA TRANSMISSIBILITÉ DE L'OBLIGATION DE RÈGLEMENT

L'obligation de règlement s'analyse comme le paiement de la dette antérieure à la réalisation de l'opération. De jurisprudence constante, elle est transmise du fait de la fusion ou de l'apport partiel d'actif (A) même si les cautions essayent souvent d'éluder cette responsabilité (B).

A) UNE JURISPRUDENCE CONSTANTE

1017. En droit français. En vertu du principe de la transmission universelle du patrimoine, les dettes antérieures à la réalisation de l'opération sont transmises à la société bénéficiaire en cas d'absorption du débiteur. Il en va de même des garanties attachées à ces dettes qui au même titre que ces dernières sont déjà inscrites dans le patrimoine de la société dissoute. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence française retient que la caution est tenue de son obligation de règlement pour lesdites dettes. Ainsi, il a été jugé que « *dès lors qu'à l'actif du patrimoine de l'une des sociétés fusionnées figuraient, à la date de la fusion, des créances que les cautions s'étaient engagées à couvrir, les mêmes cautions demeurent indubitablement tenues d'en garantir le règlement auprès de la société nouvelle* »[1666]. Autrement dit, elles ne peuvent donc invoquer l'opération pour échapper à

[1665] N. MORELLI, Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : *BJS* 2004, p. 932 ; G. DAMY, Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine : *Dr. et patr.* sept. 2004, p. 46 ; *supra* n° 949.
[1666] Cass. com., 20 janv. 1987 : *Rev. sociétés*, 1987, p. 401, note O. BARRET.

cette obligation[1667]. Cette mesure protectrice concerne aussi bien la fusion de la société débitrice, de la caution que celle du créancier.

1018. La position protectrice de la jurisprudence française est conforme à l'article L. 236-14, alinéa 1er du Code de commerce dont les dispositions prévoient que la substitution n'emporte pas novation à l'égard des créanciers[1668] et en conséquence, n'est pas une cause extinctive de l'obligation de règlement de la caution. En effet, l'obligation de la société absorbée survit à l'opération, sans être modifiée, ni dans sa cause, ni dans sa nature, ni dans les garanties dont elle est assortie, ni dans ses modalités[1669]. Ainsi, dans une espèce où la société débitrice avait été absorbée, la Cour de cassation a réaffirmé l'absence de novation en précisant notamment que « *la dette de la société absorbée est entrée, sans modification de sa date de naissance, dans le patrimoine de la société absorbante* »[1670].

1019. Par le transfert de l'obligation de règlement, la Cour de cassation donne son efficacité maximale à la transmission universelle du patrimoine. La haute juridiction renforce la sécurité juridique des relations commerciales afin que l'opération de fusion ne soit pas un prétexte pour éviter d'honorer ses engagements. Les règles précitées sont également applicables à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

1020. En droit OHADA. Conformément au principe de la transmission universelle du patrimoine, la caution est tenue de l'obligation de règlement en cas de dissolution du débiteur, du créancier et d'elle-même, à l'instar du droit français. Il en est de même lors de l'apport partiel d'actif. Par conséquent, elle ne peut éluder sa responsabilité du fait de cette opération ou de la fusion.

B) LES MOYENS INVOQUÉS PAR LES CAUTIONS POUR ÉLUDER LEUR OBLIGATION

1021. Les cautions tentent souvent d'éluder leur obligation en évoquant plusieurs arguments tels que l'exigibilité de la créance ou la rétroactivité de l'opération. Pour renforcer la protection des créanciers, la Cour de cassation a apporté des précisions importantes sur ces différents arguments.

[1667] Cass. com., 17 oct. 1978: *Bull. civ.*, IV, n° 231, p. 195 ; Cass. com., 20 avr. 2017, nº 15-19851, F – D ; Cass. com., 22 févr. 2017, nº 14-26704, F – D.
[1668] Sur l'absence de novation, v. *supra* n° 949.
[1669] Cass. com., 26 oct. 1983: *Rev. sociétés* 1984, p. 297, note P. MABILAT.
[1670] Cass. com. 28 juin 2017 n° 15-27605 : *Gaz. Pal.,* 2017, n° 34, p. 66, note J.-L. VALLENS.

1022. L'argument de l'exigibilité de la dette. L'exigibilité de la dette de la caution se distingue de sa naissance. En ce qui concerne l'exigibilité, elle constitue le terme d'une dette, c'est-à-dire la date à laquelle le créancier peut exiger le remboursement immédiat de sa créance. En revanche, la date de naissance de l'obligation de la caution est la date de formation du contrat. C'est celle-ci qui doit être prise en compte et non l'exigibilité de la dette qui peut intervenir après l'opération[1671]. En d'autres termes, si la dette est née avant la réalisation de l'opération, l'exigibilité même postérieure à cette dernière n'a aucune incidence sur la transmissibilité de l'obligation de règlement.

1023. La question de l'exigibilité s'est notamment posée à propos du contrat de prêt en raison de son échelonnement. En pratique, l'exigibilité de l'obligation de remboursement du prêt peut intervenir après la réalisation de l'opération. De jurisprudence constante, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère que le remboursement du prêt est une obligation à terme, qui constitue une dette présente même si elle ne devient exigible qu'après la prise d'effet de l'opération[1672]. Autrement dit, la caution est tenue au paiement des sommes dues par le débiteur défaillant, si la signature du prêt est intervenue avant la réalisation de l'opération[1673].

1024. L'argument de la rétroactivité de l'opération. En plus de l'exigibilité, les cautions invoquent souvent la rétroactivité de l'opération pour tenter d'échapper à leur engagement. En pratique, la clause de rétroactivité permet le report de la prise d'effet de l'opération[1674].

1025. La question se pose alors de l'impact d'un tel report conventionnel sur l'obligation de garantie de la caution. Selon la Cour de cassation, cette dernière ne peut se prévaloir de la rétroactivité[1675]. En l'espèce, l'opération de fusion est approuvée lors de deux assemblées générales réunies le 31 décembre 1993 et le 13 janvier 1994 et les parties conviennent dans le traité de fusion par une clause de rétroactivité que *« toutes les opérations sociales actives et passives effectuées depuis le 1er janvier 1993 seront considérées comme ayant été réalisées pour le compte de la société absorbante »*[1676]. Pour la haute juridiction, la date d'approbation par l'assemblée générale constitue

---

[1671] M. JEANTIN, note sous CA Paris, 1re, 4 juin 1993, n° 93/2432, Sté Sagir invest et autre c/Sté Champex : *BJS* 1993, p. 895.
[1672] Cass. com., 17 juil. 2001, n° 1502 FP-P, Caisse d'épargne et de prévoyance-Pays de Loire c/Dupas : *BJS* 2001, p. 1249, note P. SCHOLER ; *JPC G* 2001, I 356, obs. Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER ; *Rev. sociétés*, 2002, p. 45, note M.-L. COQUELET ; Cass. com., 21 janv. 2003, n° 145 FSP, Banque Populaire du Sud-Ouest c/Blain : *BJS* 2003, p. 414, note P. SCHOLER ; Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14305 : *Dr. sociétés,* 2008, comm. n° 155, obs. H. HOVASSE.
[1673] Cass. com., 20 avr. 2017, *op. cit.* ; Cass. com., 22 févr. 2017, *op. cit.* ; Cass. com. 28 juin 2017, *op. cit.*
[1674]Sur la rétroactivité de l'opération, v. *supra* n° 542.
[1675] Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20555, SA L'étoile commerciale c/SA Fideicomi : *BJS* 1999, p. 679, note R. ROUTIER ; *JCP E*, 1999, p. 1012, note A. COURET.
[1676] *Ibidem.*

la date définitive de l'opération, ce qui signifie que la rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés parties à l'opération. Par conséquent, il est opéré « *une distinction entre la date de réalisation et la date d'effet de la fusion, ce qui conduit à dissocier les effets de la rétroactivité des effets de la fusion : si la rétroactivité n'a aucun effet à l'égard de la caution, la fusion produit néanmoins le sien* »[1677]. Cette jurisprudence par ailleurs, a été confirmée par une autre décision[1678].

1026. Cette solution protectrice des créanciers sociaux, paraît toutefois, critiquable sur le plan juridique. Premièrement, une telle interprétation ne résulte pas de l'article L. 236-4 du Code de commerce qui précise que la fusion prend effet à « *la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date* »[1679]. Il en résulte que la prise d'effet de la fusion à la date de l'assemblée générale n'est que supplétive de la volonté des parties. Elle n'est prise en compte qu'en l'absence d'une date d'effet conventionnelle. Cette rédaction milite donc pour une interprétation très extensive de la clause de rétroactivité du traité de l'opération. Par conséquent, la caution pourrait l'invoquer.

1027. Deuxièmement, le législateur français est silencieux sur la nature dudit effet. Aucun élément ne permet de considérer que « *l'effet* » cité dans l'article L. 236-4 du Code de commerce ne concerne que les effets comptables et fiscaux et non juridiques[1680]. La jurisprudence française fait une distinction non prévue par les textes. Néanmoins, la position de la Cour de cassation confirme la thèse d'une rétroactivité limitée défendue par une partie de la doctrine[1681].

1028. *In fine*, la position restrictive de la jurisprudence ne peut qu'être saluée parce qu'elle contribue à la protection des intérêts des créanciers. Une interprétation extensive aurait des conséquences désastreuses sur les relations économiques, car elle contribuerait au non-respect des engagements pris par les cautions. Néanmoins, la jurisprudence française n'est pas aussi protectrice des créanciers sociaux s'agissant de l'obligation de couverture.

[1677] R. ROUTIER, note sous Cass. com., 23 mars 1999, *op. cit.*
[1678] Cass. com., 29 janv. 2002: *BJS* 2002, p. 683, note M.-L. COQUELET.
[1679] Sur ce principe, cf. *supra* n° 540.
[1680] Sur l'effet comptable et fiscal, v. *supra* n° 545.
[1681] Sur ce débat, v. *supra* n° 544.

§ 2 —L'INTRANSMISSIBILITÉ CRITIQUABLE DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

La distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture a été théorisée par M. Christian MOULY. Pour ce dernier, l'obligation de couverture est par essence intransmissible[1682]. De cette distinction découle la définition selon laquelle elle constitue le cautionnement des dettes futures, celles à naître après la réalisation de l'opération.

Un auteur propose de renouveler cette théorie qui aboutit à une nouvelle distinction entre la période de couverture qui évolue dans le cautionnement des dettes futures et l'obligation de couverture qui puise sa thèse dans le cautionnement classique[1683]. Ainsi, l'exécution de cette dernière est subordonnée à la réalisation du risque couvert. Par conséquent, celle-ci ne s'oppose pas à l'obligation de règlement, le paiement n'étant que son exécution[1684]. À ce titre, elle constitue une « *prestation imaginaire* »[1685]. C'est la raison pour laquelle l'obligation de couverture est intransmissible (A), mais cette intransmissibilité est relative (B).

A) UNE LIMITE JURISPRUDENTIELLE

1029. À la lecture de la jurisprudence française, l'intransmissibilité de l'obligation de couverture est générale, c'est-à-dire en cas de disparition du débiteur, du créancier ou de la caution (1). Dans ce contexte, il est nécessaire de proposer des solutions pour assurer la protection du créancier garanti (2).

1) Une intransmissibilité générale

1030. Il convient d'analyser l'intransmissibilité de l'obligation de couverture sous deux angles. Le premier concerne l'absorption de la caution et la disparition du débiteur garanti et le second est relatif à la dissolution du créancier garanti.

1031. L'absorption de la caution ou du débiteur cautionné. La distinction de M. MOULY a trouvé un écho pour la première fois dans un arrêt de la Cour de cassation en

---

[1682] Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979, n° 325 et s.
[1683] V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, Thèse, Paris I, 2009.
[1684] *Ibidem*.
[1685] V. MAZEAUD, *p. cit.*

date du 1982[1686]. En l'espèce, une banque demande au gérant d'une SARL de se porter caution pour garantir l'ensemble du passif de la société à son égard sans limitation de durée. Il s'agit en fait d'un cautionnement général. Après le décès de la caution, la banque assigne les héritiers de celui-ci en paiement du passif accumulé par la SARL débitrice garantie. Pour se soustraire à cette responsabilité, les héritiers avancent que l'engagement « *n'était pas tel que la caution y fut obligée* »[1687] et par conséquent, que cette obligation ne leur avait pas été transmise. La haute juridiction suit ce raisonnement et déclare *« (…) qu'aucune dette n'existait à la charge du débiteur principal au décès de Noël Ernault, l'arrêt retient que celui-ci n'était pas tenu à cette date, il ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers pour des dettes nées postérieurement (…) »*[1688]. Pour M. MOULY, cet attendu doit être lu de la façon suivante *: « la caution qui n'était pas tenue à cette date d'obligations de règlement ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers… »*[1689]. L'obligation de couverture s'éteint au décès tant de la personne physique que de la personne morale. Le décès constitue donc un terme extinctif de l'engagement de couverture de la caution[1690].

1032. La position de la jurisprudence française se justifierait d'une part, par *l'intuitus personae* qui préside à la conclusion du contrat de cautionnement avec l'obligation couverture[1691] et d'autre part, par le risque encouru par la caution en cas d'engagement général et illimité. Ce danger résulte du fait que dans un tel engagement, le montant et la durée sont indéterminés. En effet, l'étendue de l'obligation est inconnue tant par la caution que par le débiteur principal. Celle-ci constitue le seul élément tangible susceptible d'être rattaché au contrat de cautionnement[1692].

1033. Cependant, nous souscrivons à la position d'une partie de la doctrine qui considère que l'obligation de couverture doit être maintenue lorsque la caution est un professionnel, c'est-à-dire un établissement bancaire comme dans la plupart des cas. Il devrait en être de même lorsqu'elle est absorbée[1693]. Dans le premier cas, compte tenu de sa qualité, elle connaît l'étendue de son engagement. Dans le second, elle est responsable de ce changement de situation par l'approbation qu'elle donne à l'opération. Elle décide donc en connaissance de cause. Dans ce contexte, pourquoi limiter les effets d'une opération qui a été décidée par la caution elle-même ?

1686 Cass. com., 29 juin 1982 : *D.* 1983, jurisp.360, note Ch. MOULY.
1687 *Ibidem.*
1688 *Ibid.*
1689 Ch. MOULY, note sous Cass. com., 29 juin 1982, *op. cit.*
1690 Cass. com., 22 févr. 2017, n° 14-26704, F – D.
1691 *Ibid.*, M.-L. COQUELET, thèse précitée, p. 289 et s.
1692 Ch. MOULY, note sous Cass. com., 29 juin 1982, *op. cit.*
1693 A. COURET et B. DONDERO, La société absorbante d'une sous-caution est tenue d'exécuter le contrat conclu antérieurement à la fusion, note sous Cass. com., 7 janv.2014 : *BJS* 2014, n° 2, p. 98.

Il n'est pas nécessaire de restreindre son obligation[1694]. En revanche, il en est différemment lorsque le débiteur cautionné est absorbé. Dans ce cas, la caution subit une mutation de la situation en considération de laquelle elle s'était engagée dans le contrat de cautionnement. Cette mutation est indépendante de sa volonté. À ce titre, elle doit être protégée[1695].

1034. S'agissant de l'intuitus personae, cette expression est employée pour caractériser les opérations « *dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle [...], en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc.* »[1696]. Ainsi, la personnalité du débiteur et du créancier contribue à la nature du cautionnement de dettes futures puisque la caution ne s'engage à les garantir qu'en raison de la confiance que lui inspirent ces derniers[1697]. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation refuse le transfert de l'obligation de couverture en cas de disparition de la société débitrice[1698]. La prise en compte de l'intuitus personae dans la personne du débiteur ou de la caution est compréhensible au regard de la relation de confiance qui existe entre ces derniers.

1035. L'absorption du créancier. Au même titre que l'absorption de la caution ou du débiteur cautionné, la jurisprudence française considère que la disparition du créancier cautionné met fin à l'obligation de couverture[1699]. Autrement dit, la fusion-absorption de la société bénéficiaire de la garantie, entraînant sa disparition, limite l'engagement aux sommes dues avant la réalisation de l'opération. Le cautionnement est caduc pour les dettes futures[1700]. Cette solution semble se justifier par le fait que la caution serait aussi engagée en considération de la personne du créancier. En pratique, le créancier est souvent un établissement financier. À ce titre, la caution espère une sévérité dans l'octroi du crédit afin de ne pas gonfler exagérément le passif du débiteur cautionné[1701]. Cette position s'expliquerait aussi par une interprétation erronée de l'article 2292 du Code civil, aux termes duquel *« (…) on (le cautionnement) ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté »*.

1036. La position de la jurisprudence française est fort critiquable. D'abord, la Cour de cassation intègre, dans les limites mentionnées à l'article précité, la personnalité du débiteur

---

1694 A. COURET et B. DONDERO, La société absorbante d'une sous-caution est tenue d'exécuter le contrat conclu antérieurement à la fusion, *op.cit*.
1695 *Ibidem*.
1696 G. CORNU, *Vocabuaire juridique, op. cit. V° Intuitu personae*, p.573.
1697 Ch. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, *op. cit.*
1698 Cass. com., 25 oct.1983 : *Rev. sociétés* 1984, p. 297, note p. MABILAT.
1699 Cass. com., 25 nov. 1997: *BJS*, 1998, p. 109, note J.-F. BARBIÈRI. Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13 – 17.779, *op. cit.* Cet arrêt confirme Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-166.11, Sté Victoria Hôtel, F-D.
1700 Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13 – 17.779 : *BJS* 2014, p. 706, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2014, comm.189, obs. D. GALLOIS-COCHET.
1701 Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 331, p. 436.

cautionné et du bénéficiaire de la garantie. Or, ni les textes ni la jurisprudence elle-même ne précise la notion de limites. Ce silence crée une insécurité juridique pour les créanciers. C'est la raison pour laquelle, il nous semble que ces limites ne devraient concerner que la nature des dettes garanties et leur quantum. Car, s'il est vrai qu'il doit exister un lien de confiance entre le débiteur et la caution, la personne du créancier n'est pas à notre avis déterminante dans l'engagement de celle-ci. Ainsi, selon une partie de la doctrine, « *dans les rapports caution-créancier, l'argument tenant à l'intuitus personae tombe* »[1702] et un autre auteur de poursuivre, « *la personne du créancier était le plus souvent indifférente pour la caution et que son changement n'avait pas pour effet de modifier l'étendue de la dette cautionnée, au sens de l'article 2292 du Code civil, de sorte qu'une dérogation à la transmission universelle du patrimoine n'était pas justifiée* »[1703].

1037. Ensuite, la position jurisprudentielle porte atteinte aux intérêts des créanciers qui sont souvent des établissements financiers. La substitution d'un tel établissement par un autre n'aura pas une véritable incidence sur l'engagement de caution, les pratiques bancaires étant harmonisées.

1038. En outre, la position de la jurisprudence est quelque peu étrange. En effet, lorsque le créancier garanti est bénéficiaire d'une opération de fusion par exemple, c'est à dire est la société absorbante, l'obligation de couverture est maintenue de plein droits[1704], ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est dissoute, parce qu'il y aurait dans ce contexte création d'une personne morale nouvelle[1705]. Cette ambivalence s'expliquerait par une interprétation erronée de la dissolution qui suit une opération de fusion[1706]. Elle permet de marquer une rupture entre la personnalité juridique et le patrimoine transmis. De plus, il n'y a pas liquidation de la société. Par conséquent, l'activité de la société dissoute se poursuit au sein de la société bénéficiaire. Ainsi, « *le vêtement juridique ne change que par pure commodité, par souci d'une saine gestion, pour dissocier clairement des branches d'activité* »[1707]. Par cette position, la jurisprudence française semble méconnaître la réalité économique. En effet, même en l'absence de modification juridique de la personnalité de la société bénéficiaire, il y a néanmoins des changements dans celle-ci, notamment en matière de politique commerciale, de politique sociale et d'activité. La société bénéficiaire se réorganise pour s'adapter à la nouvelle situation. Il est donc possible qu'un être

---

[1702] Ph. SIMLER, note sous Cass. com., 22 janv.1985 : *JCP G*, 1986, II, n° 20591.
[1703] H. LECUYER, Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société créancière ou de la société débitrice : *Dr. sociétés*, n° 2, 2006, comm.16.
[1704] P. SCHOLER, note sous Cass. com., 17 juill.2001, n° 1502 FP-P, Caisse d'épargne et de prévoyance-Pays de Loire c/Dupas : *BJS* 2001, p. 124.
[1705] Cass. com., 17 juill. 2001, n° 1502 FP-P, Caisse d'épargne et de prévoyance-Pays de Loire c/Dupas, *op. cit.*
[1706] N. MORELLI, Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion, *op. cit.*
[1707] J.-F. BARBIÉRI, « Cautionnement et sociétés : 10 ans de jurisprudence » : *JCP E*, 1992 ; *Cah. Dr. entr.*, p. 21.

nouveau se crée sur le plan économique, pouvant ainsi aggraver la dette et par conséquent, l'engagement de la caution, ce qui lui serait préjudiciable en cas d'engagement général. La position de la Cour de cassation paraît incohérente car, elle se limite à une modification purement juridique et non à la réalité pratique ou économique de la modification.

Enfin, cette position jurisprudentielle serait contraire à certains principes du droit. En effet, elle est contraire au principe de la transmission universelle du patrimoine, principe « *cardinal* » du régime de la fusion, étendu à l'apport partiel d'actif, prévu à l'article L. 236-3 du Code de commerce qui impose le transfert de toutes les dettes et de leurs garanties. Par cette position restrictive, la Cour de cassation prive ce principe de toute son efficacité. Par ailleurs, elle remet en cause le principe d'absence de novation de l'effet substitutif de la fusion ou de l'apport partiel d'actif prévu à l'article L. 236-14 du Code de commerce[1708]. De plus, la haute juridiction semble ne pas reconnaître la force obligatoire du contrat issue de l'article 1103 du Code civil (ancien 1134, alinéa 1er) dont les dispositions prévoient que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Or, selon une partie de la doctrine « (…) *La continuation des contrats en cours lors du décès de l'un des contractants ou de la dissolution d'une société par l'effet de la fusion ou de la scission s'impose comme une impérieuse nécessité, en raison même de la force obligatoire du contrat* »[1709].

1039. S'agissant du droit OHADA, la réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés intervenue en 2010, a étendu le champ d'application du cautionnement en consacrant expressément le cautionnement de dettes futures[1710]. Se pose, à l'instar du droit français, la question du sort d'une telle garantie en cas de disparition de la caution, du débiteur principal ou du créancier. La réponse à cette question a été donnée dans l'alinéa 4 de l'article 36 de l'Acte uniforme sur les sûretés dont les dispositions prévoient que « *les engagements de la caution simple ou solidaire passent à ses héritiers uniquement pour les dettes nées antérieurement au décès de la caution* ». Cet article ne précise pas s'il s'agit des héritiers, personnes physiques ou morales. Il pourrait par conséquent, être appliqué aux héritiers personnes morales, même s'il est vrai que la notion de « *décès* » renvoie à la mort d'une personne physique. Autrement dit, la société absorbante est libérée de l'obligation de couverture. Le droit OHADA entérine ainsi la position de la jurisprudence française adoptée en 1982[1711]. Il tranche ainsi le débat qui prévaut toujours en droit français. Toutefois, il est silencieux sur la question de savoir si la caution reste tenue en cas

---

[1708] Sur l'absence de novation, v. *supra* n°949.
[1709] L. AYNÈS, *La cession du contrat*, Economica, 1984, n° 216.
[1710] AUS, art. 13, al. 1er ; M. BRIZOUA-BI, Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA : *Dr. et pat*r 2010, p. 60 ; M. SAMB, La révision des sûretés personnelles en droit OHADA : *Revue de droit uniforme africain,* n° 005, 2011, p. 8-16.
[1711] Cass. com., 29 juin 1982 : D. 1983, jurisp. 360, note Ch. MOULY

de disparition du créancier garanti ou du débiteur principal. Par analogie au droit français, la disparition de ces derniers serait une cause extinctive de l'engagement de couverture, ce qui n'est guère protecteur pour les créanciers sociaux. Néanmoins, une prudence s'impose dans l'attente d'une décision de la Cour de justice de l'OHADA. Dans ce contexte, leur protection devrait être renforcée lors de la fusion ou de l'apport partiel d'actif.

2) Les solutions préconisées

1040. Il semble que la protection de la caution soit plus importante pour la Cour de cassation que celle des créanciers sociaux. Si la société bénéficiaire est créancière, elle est ainsi privée d'un élément du patrimoine qui est pourtant transmissible selon les textes. De même, le créancier qui ne participe pas à une opération précitée perd néanmoins le bénéfice de cette garantie en cas de disparition du débiteur principal ou de la caution.

1041. Plusieurs solutions peuvent contribuer à la protection des créanciers sociaux.

1042. Premièrement, nous souscrivons à la position d'un auteur qui considère qu'il faudrait modifier l'article L. 236-3 du Code de commerce pour y prévoir expressément la transmission des cautionnements au titre de l'obligation de couverture[1712]. Cette modification aurait au moins le mérite de mettre un terme au débat et de renforcer la protection des créanciers.

1043. Deuxièmement, pour plus de cohérence, une approche *in concreto* serait indispensable[1713]. Elle implique d'analyser les conséquences de la transmission universelle du patrimoine sur l'obligation de couverture de la caution[1714]. Par conséquent, la partie qui se prévaut du caractère *intuitus personae* du contrat de cautionnement doit apporter la preuve que l'opération entraîne un déséquilibre dans l'engagement[1715]. L'approche *in concreto* aurait le mérite de permettre au créancier d'appeler la caution sans courir le risque que cette dernière invoque la disparition d'une partie au contrat pour éluder son engagement.

1044. Par ailleurs, la caution pourrait à la demande du créancier réitérer son engagement de couverture au profit du bénéficiaire[1716].

[1712] G. DAMY, Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine : *Dr. et patr.,* 2004, p. 46.
[1713] A. VIANDIER, Les contrats conclus *intuitus personae* face à la fusion des sociétés, in *Mél. C. MOULY*, Litec, 1998, p. 198.
[1714] N. MORELLI, article préc.
[1715] M.-L. COQUELET, La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats *intuitu personae*, *op.cit.* ; O. BARRET, A propos de la transmission universelle du patrimoine, *op. cit.*,
[1716] D. GALLOIS-COCHET, Sort du cautionnement en cas d'absorption du créancier : *Dr. sociétés*, 2011, comm.214.

1045. Troisièmement, pour renforcer l'efficacité de cette sûreté lors d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, les parties peuvent prévoir une clause contractuelle dès la conclusion du contrat relative à la survie de l'obligation de couverture. En d'autres termes, la caution s'engage à l'avance à respecter son obligation de couverture en cas de disparition de la société créancière ou du débiteur cautionné[1717]. La liberté contractuelle reprend donc toute sa place. La doctrine semble partagée sur la validité d'une telle clause[1718]. Pourtant, elle serait conforme aux exigences de la Cour de cassation selon lesquelles l'obligation de couverture n'est maintenue qu'en cas de manifestation expresse de la volonté de la caution. Autrement dit, l'intransmissibilité de l'obligation de couverture n'est pas absolue.

B) UNE INTRANSMISSIBILITÉ RELATIVE

Dans le but de sécuriser les relations économiques et ainsi de protéger les créanciers, la jurisprudence a d'abord précisé les conditions de transmissibilité de l'obligation de couverture (1) avant d'atténuer quelque peu sa jurisprudence (2).

1) Les conditions de la transmission de l'obligation de couverture

En présence d'une clause expresse ou d'un cas de fraude avérée, la Cour de cassation admet la transmission de l'obligation de couverture. En d'autres termes, la caution reste tenue de son engagement aux dettes futures.

1046. Une clause expresse. Selon la Cour de cassation, « *en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'est engagée envers la société absorbée n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante* »[1719]. C'est la prise en compte de la liberté contractuelle telle qu'elle est définie à l'article à 1102 du Code civil, comme la liberté des parties de déterminer le contenu de leur contrat. Dans notre cas, pour la jurisprudence, l'obligation de couverture est maintenue en cas de manifestation expresse de la volonté du garant. Il est donc

[1717] G. DAMY, article préc.
[1718] En faveur d'une telle clause, J. GRILLOT et M. SAINTE-CÈNE, Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés : *Banque et droit*, sept.-oct. 1994, p. 3 ; A. LIENHARD semble plus hésitant : *D.* 2001, p. 2415-2416.
[1719] Cass. civ., 1er, 28 sept. 2004, n° 03-10810 : *BJS* 2005, p. 586, n° 132, note M.-L. COQUELET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 371, note D. LEGEAIS ; Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13 – 17.779, *op. cit.* ; Cass. com., 17 mai 2017, no 15-15745.

indispensable d'établir l'engagement exprès de la caution à garantir les dettes postérieures à la réalisation de l'opération.

1047. Cependant, se pose la question de la preuve de cet accord exprès, conformément à l'article 2292 du Code civil dont les dispositions prévoient que *« le cautionnement doit être exprès »*, c'est-à-dire donné par écrit. En d'autres termes, seul un écrit clair, fonde la transmission de l'obligation de couverture. Il a ainsi été jugé que le respect de l'obligation d'information par le créancier substitué à l'égard de la caution restée silencieuse ne permet pas d'établir la manifestation expresse de sa volonté[1720]. Son comportement importe peu, ce qui fait dire à plusieurs auteurs qu'il existe une présomption irréfragable de l'absence d'engagement de la caution, sauf manifestation expresse[1721]. Par exemple, l'envoi d'un courrier par la caution aux créanciers garantis dans lequel elle précise sa volonté de maintenir son engagement pour les dettes postérieures serait suffisant à caractériser la manifestation expresse.

1048. Pour se prémunir contre les mauvaises surprises, il est nécessaire d'établir lors de l'audit contractuel, un état détaillé des contrats de cautionnement nécessitant l'accord exprès de la caution. La négociation en amont assurerait la sécurité juridique de l'opération et la protection des créanciers.

1049. La transmission de l'obligation de couverture en cas de fraude. À défaut de manifestation expresse de la volonté de la caution, l'obligation de couverture peut être maintenue en cas de fraude de la part de la caution, en vertu du principe « *fraus omnia corrumpit* ». À l'instar de la fraude paulienne[1722], ce principe constitue une limite à l'extinction de l'obligation de couverture en cas de disparition de l'une des parties au contrat de cautionnement. Ainsi, il a été jugé que *« les transformations successives ont été réalisées pour des raisons de pure convenance personnelle par XXX (la caution) en vue de s'exonérer de son obligation, sans pourtant vouloir dénoncer son cautionnement »*[1723]. La fraude se caractérise par un élément matériel et intentionnel. En premier lieu, il résulte de cet arrêt que ces transformations constituent l'élément matériel de la fraude. Elles ont justifié la solution de la Cour de cassation en raison de la fictivité de l'une des sociétés parties à l'opération de fusion. Ainsi, il y avait entre la société absorbante et la société absorbée une identité d'objet social, d'activité, d'établissement, d'actionnaires et de dirigeants[1724]. Cette

---

[1720] Cass. com., 17 mai 2017, *op. cit.*
[1721] M.-L. COQUELET, note sous Cass. civ., 1er, 28 sept. 2004, n° 03-10810 : *BJS* 2005, p. 586 ; N. MORELLI, le sort du cautionnement, *op. cit.*
[1722] V. *supra* n° 461 et s.
[1723] Cass. com., 10 oct. 1995: *BJS*, 1995, p. 1058, note M.-L. COQUELET ; *Rev. sociétés*, 1995, p. 708, note R. ROUTIER ; *LPA* 13 déc.1995, p. 15, note A. COURET et P. Le CANNU.
[1724] Cass. com., 10 oct. 1995, *op. cit.*

solution a été reprise par un arrêt d'appel en date du 10 janvier 2001[1725]. En l'espèce, les juges du fond établissent que « *la fusion a été réalisée pour permettre à la société caution de mettre fin à son engagement de caution tout en continuant à conserver des titres de la société absorbante* »[1726]. Dans cette affaire, il a été constaté l'identité de siège social des sociétés parties à l'opération, l'exercice d'une même activité et la présence des mêmes dirigeants.

1050. Cependant, la position de cet arrêt est critiquable. D'abord, les juges semblent considérer les réorganisations d'entreprises comme des indices d'une éventuelle fraude. Il en serait donc ainsi chaque fois que la caution est dirigeante du débiteur cautionné ou encore lorsqu'une société mère est la caution de sa fille. Dans l'un ou l'autre cas, la caution est partie intégrante du processus de réorganisation. Or, ces opérations sont très répandues en pratique. C'est la raison pour laquelle la réalisation d'une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif n'est pas suffisamment pertinente pour constituer un cas de fraude.

1051. Ensuite, les indices précités caractérisent une entreprise unique[1727]. Dans ce cas, il est possible de faire un rapprochement avec le droit des procédures collectives. Or, en la matière, l'extension d'une procédure collective à une autre personne morale pour fictivité se raréfie en raison des difficultés à apporter les preuves dans un tel cas, au profit de celle de la confusion des patrimoines[1728]. Cette dernière se caractérise par la confusion des comptes et l'entretien de relations financières anormales[1729].

1052. Enfin, l'élément intentionnel est établi par l'absence d'intérêt social pour une société partie aux opérations de fusion. Autrement dit, ces dernières ont été réalisées dans l'intérêt exclusif de la caution, et comme le précise la Cour de cassation par « *pure convenance personnelle* » dans le but d'éluder l'obligation de couverture[1730].

1053. A l'instar de la fraude paulienne, la conséquence de la fraude, sur le fondement du principe général « *la fraude corrompt tout* », est l'inopposabilité de l'opération au créancier garanti[1731]. La caution sera donc tenue des dettes nées après la réalisation de l'opération[1732]. Dans ce cas, l'opération n'est pas une cause extinctive de l'obligation de couverture, ce qui constitue une protection des créanciers. Néanmoins, l'inopposabilité ne concerne que le seul créancier

---

1725 CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001 : *BJS* 2002, p. 594, note N. MORELLI.
1726 *Ibidem*.
1727 N. MORELLI, note sous CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001, *op. cit.*
1728 F. REILLE, « Les conditions de l'extension de procédure collective. Dix questions-réponses » : *Gaz. Pal.* 19 janv. 2016, n° 254q1, p. 80.
1729 *Ibidem*.
1730 Cass. com., 10 oct. 1995, *op. cit.*, CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001, *op. cit.*
1731V. *supra* n° 474.
1732 CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001, *op. cit.*,

cautionné, ce qui est logique. On ne saurait priver l'opération d'efficacité à l'égard de l'ensemble des créanciers, alors même que la preuve de la fraude n'est pas rapportée à leur égard. De même, dans le cadre d'une fusion par exemple, l'acte frappé du sceau de la fraude subsistera et produira tous ses effets dans les rapports entre la société cautionnée absorbée et la société absorbante[1733]. C'est en cela que la sanction de la fraude est originale parce qu'elle fait « *exception à toutes les règles* » et restaure celle à laquelle a voulu se soustraire la caution[1734]. La haute juridiction tend ainsi à mieux protéger les créanciers sociaux bénéficiant d'une garantie. C'est aussi la raison pour laquelle elle a atténué sa jurisprudence.

2) Un revirement limité de la jurisprudence française

1054. La question du sort du contrat de cautionnement ou de sous-cautionnement est souvent posée lors de la mise en œuvre d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif, comme le montre un arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 janvier 2014[1735] (a) dont la portée méritée d'être analysée (b).

a) **L'arrêt de principe du 7 janvier 2014**

1055. Dans cette espèce**,** une société consent un crédit de stock à une autre société. Le remboursement de ce crédit est garanti par une caution, laquelle fait souscrire à une banque un sous-cautionnement. En 2006, la caution règle au créancier les sommes dues par le débiteur principal défaillant. Elle assigne à son tour en exécution de sa garantie de sous-caution, l'établissement bancaire ayant absorbé la banque initialement engagée en cette qualité. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 11 avril 2012 fait droit à la demande.

1056. Dans cette affaire, le problème juridique est le suivant : la disparition de la sous-caution du fait de la fusion emporte-t-elle extinction de son engagement ? La haute juridiction répond par la négative en affirmant « *qu'aux termes de l'article L. 236-3, I du code de commerce, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ;*

[1733] R. ROUTIER, note sous Cass. com., 10 oct. 1995, *op. cit.*
[1734] M.-L. COQUELET, note sous Cass. com., 10 oct.1995, *op. cit.*
[1735] Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204 : *Dr. et patr.* 2014, n° 241, p. 106, obs. A. AYNÈS ; *Rev. sociétés*, 2014, p. 291, note J.-J. ANSAULT ; *BJS* 2014, p. 98, note A. COURET et B. DONDERO ; *RTD. civ.*, 2014, p. 154, obs. P. CROCQ ; *Dr. société* 2014, comm. 45, obs. D. GALLOIS-COCHET ; *JCP G* 2014, 236, note H. HOVASSE ; *JCP G* 2014, n° 14, 435, note Ph. SIMLER ; *D.* 2014, p. 2442, obs. J.-C. HALLOUIN.

qu'il s'ensuit qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci ; qu'ayant relevé que le contrat de sous-cautionnement avait été conclu antérieurement à la fusion, la cour d'appel en a exactement déduit que la Banque populaire rives de Paris était tenue de l'exécuter»[1736]. Dans cet arrêt, deux arguments permettent le maintien de l'obligation de couverture de la sous-caution : le principe de la transmission universelle du patrimoine et l'antériorité du contrat de sous-cautionnement. Par ces derniers, la Cour de cassation martèle que ce contrat, de part son antériorité à l'opération, est inscrit dans le patrimoine de la société absorbée et à ce titre, a bien été transmis à la société bénéficiaire. Par conséquent, cette dernière, substituée à la sous-caution initiale, est tenue d'exécuter l'obligation souscrite avant la réalisation de l'opération par celle-ci.

1057. Dans cet arrêt, contrairement à sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation ne fait pas allusion à la date de naissance des créances et encore moins à la distinction classique entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture, ce qui fait dire à une certaine partie de la doctrine que cette décision met fin à cette opposition, mais seulement en ce qui concerne l'absorption de la sous-caution[1737]. Elle renforce ainsi le principe de transmission universelle du patrimoine et par conséquent, la protection des créanciers sociaux. La question se pose donc de savoir si cette solution est transposable à l'absorption de la caution, du débiteur principal ou du créancier.

b) **La portée de l'arrêt du 7 janvier 2014**

1058. La portée de cet arrêt doit être présentée sous deux angles : la dissolution de la caution et du débiteur cautionné ou du créancier garanti.

1059. En cas d'absorption de la caution. La question s'est posée de l'extension de cette solution à la dissolution de la caution. Une réponse positive semble s'imposer pour plusieurs raisons.

1060. Sur le plan du régime juridique, le sous-cautionnement est régi par le droit du cautionnement[1738]. En effet, l'article 2291, alinéa 2 du Code civil précité qui définit cet engagement est inscrit dans le chapitre relatif au cautionnement. C'est la raison pour laquelle,

---

[1736] V. note sous Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204, *op.cit.*

[1737] A. COURET et B. DONDERO, note sous Cass. com., 7 janv. 2014, *op. cit.* ; A-F. ZATTARA-GROS, Sort du cautionnement conclu par la société absorbée antérieurement à la fusion, note sous Cass. com., 7 janv. 2014 : *Gaz. Pal*, févr. 2014 n° 35, p. 15.

[1738] *Ibid.*, M. JULIENNE, note sous Cass. com., 7 janv. 2014 : *Lamy droit civil*, 2014, 116 ; H. HOVASSE, note sous Cass. com., 7 janv. 2014 : *JCP G* 2014, 236.

selon une partie de la doctrine, rien ne justifierait une différence de traitement entre le sous-cautionnement et le cautionnement[1739], puisque précise un auteur « *au regard de son régime, le sous-cautionnement est un banal cautionnement* »[1740]. Mais pour un autre auteur, « *il n'est pas certain d'une transposition de cette décision à la caution de premier rang car le but de la Cour de cassation dans cet arrêt est d'assurer l'efficacité de la contre-garantie et ainsi la protection de la caution. La fonction du sous-cautionnement justifierait donc un traitement différencié* »[1741]. Si l'on suit le raisonnement de cet auteur, cette décision s'inscrirait donc dans le sillage de la jurisprudence qui tend à une protection absolue de la caution. Dans ce cas, comment comprendre que la Cour de cassation renforce la protection du créancier (en l'espèce la caution) en cas de sous-cautionnement et refuse la même protection pour le créancier social en cas de disparition de la caution ? Par ailleurs, comment justifier que la haute juridiction assure l'efficacité de la contre-garantie en excluant par là même la garantie principale ? Une réponse négative s'impose au regard de la large diffusion de cet arrêt. De plus, cette interprétation est confortée par un arrêt récent de la Cour de cassation qui transpose au sous-cautionnement lors d'un apport partiel d'actif les solutions admises pour le cautionnement en cas de fusion[1742].

1061. Sur le plan pratique, les établissements bancaires, professionnels par excellence de l'octroi des garanties, sont souvent caution ou sous-caution.

1062. En d'absorption du débiteur garanti ou du créancier. On ne peut que s'accorder avec une partie de la doctrine qui considère que la solution de l'arrêt de 2014 ne peut être transposée à la disparition du débiteur cautionné ou du créancier garanti[1743]. Autrement dit, en cas d'absorption de l'un ou l'autre, l'obligation de couverture est éteinte. La caution est libérée pour l'avenir. Dans ces situations, c'est donc le *statu quo*.

1063. Cette interprétation a été confirmée par un arrêt du 16 septembre 2014[1744] et plus récemment par un arrêt du 8 mars 2017[1745]. Dans cette dernière espèce, une société de cautionnement s'était portée garante aux termes d'un contrat de cautionnement des engagements d'un débitant de tabac envers la société SEITA. La caution avait obtenu une contre-garantie auprès d'une banque au moyen d'un sous-cautionnement. Puis, la société SEITA

1739 A. COURET et B. DONDERO, article préc. H. HOVASSE, note sous Cass. com., 7 janv. 2014, *op. cit.*
1740 H. HOVASSE, note sous Cass. com., 7 janv. 2014, *op. cit.*
1741 P. COLLET, Les spécificités du sous-cautionnement : *Lamy Dr. civil*, 2015, n° 124.
1742 Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-14.290 (F-D), Caisse Fédérale de Crédit mutuel Centre Est Europe c/S : Rev. sociétés, 2017, p. 407, note J.-M. MOULIN.
1743 H. HOVASSE, art. préc., Ph. SIMLER, L'absorption d'une société sous-caution-Retour sur un énigmatique arrêt de la cour de cassation, note sous Cass. com., 7 janv.2014 : *JCP G* 2014, n° 14, 435 ; A. AYNÈS, note sous Cass. com., 7 janv. 2014 : *Dr. et patr.* 2014, n° 241, p. 106.
1744 Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-17.779, *op. cit.*
1745 Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-14.290 (F-D), *op. cit.*

a transféré à une autre société, la société ALTADIS, par un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions sa branche relative à la distribution du tabac. Après désintéressement du créancier principal, la société ALTADIS, la caution se retourna contre la sous-caution pour obtenir son remboursement. Le problème juridique est le suivant : la sous-caution est-elle tenue de respecter son engagement alors que le créancier principal garanti a apporté la branche objet de la garantie à une autre entité ? Au visa des articles 2292 du Code civil et L. 236-1 du Code de commerce, la Cour de cassation casse et annule la décision de la Cour d'appel qui avait fait droit à la demande de la caution et déclare qu'« *en cas de transmission universelle par le créancier, par voie de scission, d'une branche complète et autonome d'activité à une autre société, l'obligation de la sous-caution, qui s'est engagée envers la caution de ce créancier, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la scission que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la sous-caution de garantir les dettes du débiteur envers la société bénéficiaire de la transmission, et qu'elle avait constaté que la société Altadis avait mis en jeu le cautionnement de la société européenne de cautionnement pour le montant de factures échelonnées du 18 juin au 9 septembre 2010, toutes postérieures à la scission, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »[1746]. Il en résulte que la Cour de cassation assimile encore un peu plus le régime juridique de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions à celui de la fusion. On assiste ainsi comme le note un auteur, « *à l'émergence des solutions unifiées dans les opérations de restructuration sociétaire impliquant un transfert universel du patrimoine* »[1747]. Toutefois, cette solution est critiquable, au même titre que celle relative au cautionnement[1748]. S'il est vrai que la sous-caution doit reconsidérer son engagement lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif impliquant le débiteur principal, il n'en est rien s'agissant du créancier. En effet, son engagement peut être affecté en cas de changement du débiteur garanti puisque la possibilité que la garantie accordée soit appelée peut augmenter sensiblement[1749]. Ainsi, comme le précise une partie de la doctrine, « *cette application cumulative des dispositions de l'article 2292 du Code civil et L. 236-1 du Code de commerce conduit à générer un heureux équilibre en combinant harmonieusement les exigences propres du droit commercial et celles relatives au droit civil est ainsi obtenu : l'obligation de règlement du passif né à la date de la réalisation de la fusion subsiste à la charge de la caution tandis que l'obligation de couverture éteinte de facto ne peut être ranimée que par le jeu de la volonté renouvelée de la caution* »[1750]. En revanche, en cas de changement du créancier, la jurisprudence

[1746] Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-14.290 (F-D), *op. cit.*
[1747] J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-14.290 (F-D), *op. cit.*. Sur l'ensemble de cette question, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, *op. cit.*
[1748] Sur les critiques relatives à l'extinction de l'obligation de couverture en cas de disparition du créancier garanti, *supra* n° 1036.
[1749] J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-14.290 (F-D), *op. cit.*
[1750] *Ibidem.*

devrait donner la primauté au principe de la transmission universelle du patrimoine au détriment de la protection de la sous-caution ou de la caution.

1064. *In fine*, l'arrêt du 7 janvier 2014, confortée par la jurisprudence postérieure, marque un revirement seulement en cas d'absorption de la caution, même si pour une partie de la doctrine, il s'agit plutôt d'une exception patente au droit du cautionnement[1751]. Cette décision brise l'unité des solutions concernant le destin du cautionnement en cas d'opération de restructuration[1752]. Nous ne pouvons qu'être satisfaits de ce pas fait par la jurisprudence française dans la protection des droits des créanciers sociaux. Il est souhaitable qu'il en soit de même en cas de dissolution du créancier, pour garantir une protection maximale à la société bénéficiaire substituée. Cette évolution est d'autant plus souhaitable que la garantie autonome semble être inefficace.

SECTION II—LE PRINCIPE DE TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE ET LA GARANTIE AUTONOME

1065. La définition. Aux termes de l'article 2321, alinéa 1er du Code civil, la garantie autonome est « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ». Cette définition a été reprise en droit OHADA en des termes différents par l'article 39, alinéa 1er, de l'Acte uniforme sur les sûretés qui définit la garantie autonome comme « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues* ». Ces articles résument la particularité de la garantie autonome, à savoir l'autonomie par rapport au contrat de base.

1066. En pratique, on rencontre une multitude de garanties autonomes. Il peut s'agir notamment des garanties à première demande, garantie documentaire, garantie à première

1751 A. COURET et B. DONDERO, article préc.
1752 *Ibidem.*

demande justifiée[1753]. La première est plus usitée dans la pratique des affaires et à ce titre, elle nous intéresse principalement.

1067. La problématique. À l'instar du cautionnement se pose la question du sort de la garantie autonome en cas de disparition du débiteur principal, du garant ou du créancier garanti. Selon la jurisprudence française, elle est intransmissible. Toutefois, cette intransmissibilité est critiquable (§1). Dans ce contexte, il est indispensable de proposer les solutions pour garantir au mieux les intérêts des créanciers (§2).

§ 1 —L'intransmissibilité critiquable de la garantie autonome

1068. Nous présenterons d'abord le régime juridique de la garantie autonome (A) avant d'analyser la jurisprudence de la Cour de cassation (B).

A) LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA GARANTIE AUTONOME

1069. Pour appréhender les règles applicables à la garantie autonome, il convient d'analyser brièvement les principes fondamentaux qui régissent cette dernière : l'autonomie et l'inopposabilité des exceptions. En ce qui concerne l'autonomie de la garantie, les articles 2321, alinéa 1er du Code civil et 39, alinéa 1er, de l'Acte uniforme sur les sûretés précités expriment parfaitement cette autonomie. Se pose alors la portée exacte de cette dernière. Elle signifie d'abord que l'engagement du garant est constitutif d'une obligation nouvelle[1754]. Alors que dans le cautionnement, la caution s'oblige à payer la dette du débiteur principal[1755], le garant s'engage à payer une certaine somme selon les modalités convenues dans le contrat. Ainsi, en l'absence d'un tel engagement, c'est-à-dire faute de détermination « *à l'avance* » du montant de la garantie, la garantie autonome est requalifiée en cautionnement[1756].

1070. L'autonomie suppose aussi que l'obligation du garant est indépendante de celle du débiteur principal[1757]. Cette indépendance fonde l'inopposabilité des exceptions[1758].

[1753] Ph. SIMLER, Garanties autonomes-Nature juridique-Caractères-Typologie : *JCL Banque Crédit Bourse, Fasc.* n° 742, dernière mise à jour, 27 mars 2016.
[1754] *Ibidem.*
[1755] C. civ., art. 2288, AUS, art. 13, al. 1er.
[1756] Cass. com. 20 avril 2017, n° 15-18.203 (F-D) : AJ contrat 2017, p. 293, note G. MEGRET.
[1757] *Ibidem.* n° 32.
[1758] C. civ., art. 2321, al.3, AUS, art. 41.

L'inopposabilité des exceptions signifie que le garant qui exécute son engagement ne peut opposer au bénéficiaire de la garantie que les exceptions tirées du contrat de garantie lui-même[1759]. Concrètement, il est tenu de payer, quel que soit le sort du contrat principal, à l'exception de l'abus ou la fraude. Ainsi, il a été jugé que le garant ne peut invoquer le contrat principal, notamment la diminution de la garantie du fait des paiements de l'emprunteur, pour éluder son engagement[1760]. Il a été également jugé que les paiements effectués en dehors de la garantie par le débiteur principal ne sauraient libérer le garant qui s'est engagé à exécuter une prestation personnelle, une obligation distincte de l'obligation résultant du contrat de base[1761]. On mesure ici toute la rigueur de la garantie autonome qui la différencie du cautionnement. En effet, ce dernier est accessoire au contrat principal. Ainsi, la nullité du contrat de base entraîne la nullité du cautionnement. De plus, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette[1762]. C'est peut-être en raison de la rigueur de la garantie autonome que la Cour de cassation considère qu'elle n'est pas transmise automatiquement en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif.

B) LES RESTRICTIONS À LA TRANSMISSION DE LA GARANTIE AUTONOME

1071. Pour mieux appréhender la problématique, nous présenterons d'une part, le droit français (1) avant d'analyser la position du droit OHADA (2).

1) Une restriction jurisprudentielle en droit français

1072. Pour mieux apprécier le droit positif français, il convient de présenter dans un premier temps l'arrêt du 31 janvier 2017 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation (a) avant de critiquer cette décision (b).

[1759] Ph. SIMLER, Garanties autonomes-Nature juridique-Caractères-Typologie, *op. cit.*, n° 33.

[1760] CCJA, Arrêt n° 021/2003 du 18 avril 2013. Affaire Société Nationale d'Assurance, du Crédit et du cautionnement dite SONAC c/1. Banque Islamique du Sénégal dite BIS ; 2. Nouvelle société des mines et travaux publics dite NSMTP.

[1761] CCJA, Arrêt n° 022/2013 du 18 avril 2013, Affaire Organisation Internationale pour les Migrations dite OIM c/Madame MEKPE ODJO Marguerite, JuriData n° J022-04/2013.

[1762] C. civ., art. 2313, al.1er ; AUS, art. 29, al.1er.

a) **L'arrêt du 31 janvier 2017**

1073. À l'instar du cautionnement, se pose la question du sort de la garantie autonome en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif. La Cour de cassation dans un attendu de principe déclare que « *sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie* »[1763]. En l'espèce, une société donne son fonds de commerce consistant en l'exploitation d'un hôtel-bar-restaurant en location-gérance à une autre société. La locataire-gérante remet à la société loueuse une garantie à première demande consentie par une banque. Puis la société bailleresse transmet la branche d'activité objet du contrat de location-gérance à une société tierce. Ultérieurement, la société locataire-gérante résilie le contrat. La société bénéficiaire de l'opération demande la mise en œuvre de la garantie automne en raison de l'inexécution de ses obligations par le locataire.

1074. Le problème juridique est le suivant : en cas de scission affectant la société bénéficiant d'une garantie autonome (société créancière), la société bénéficiaire de l'apport partiel d'actif peut-elle se prévaloir de la garantie, sans que le garant ait réitéré son engagement à son égard ?[1764] Dans un premier temps, les juges du fond font droit à la demande de la société bénéficiaire sur le fondement du principe de transmission universelle du patrimoine en précisant que « *sauf clause contraire, la transmission universelle du patrimoine qui résulte d'une opération de fusion ou de scission n'est pas incompatible avec le caractère intuitu personae de la garantie autonome* »[1765]. C'est cette décision que casse la Cour de cassation au double visa des articles 2321 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce en refusant la transmission automatique de la garantie autonome en cas d'opération emportant transmission universelle du patrimoine. Cette décision des hauts magistrats a fait l'objet de vives critiques de la doctrine.

b) **Les critiques à l'égard de cet arrêt**

1075. La décision de la Cour de cassation est critiquable à plusieurs égards. D'abord, les textes sur lesquels elle se fonde prévoient respectivement que « […] *sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* » et que « *la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation*

[1763] Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Pyrénées de Gascogne c/Sté nouvelle les Grandes Rousses : JurisData n° 2017-001404 ; *JCP E* 2017, 1424, note J.-M. MOULIN ; *JCP G*, 2017, 310, note Ph. SIMLER ; *BJS* 2017, P. 234, note B. DONDERO ; *RDC* 2017, n° 2, p. 253, note R. LIBCHABER.
[1764] B. DONDERO, note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.* ; J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*
[1765] CA Pau, 2e ch., sec.1 19 mars 2015, n° 15/1148, n° 13/04011.

des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires ». Dans son arrêt, la haute juridiction semble donner la primauté à l'article 2321 du Code civil au détriment de l'efficacité du principe de transmission universelle du patrimoine. Elle renforce de fait la protection du garant contrairement à celle du créancier. Or, cet article fait l'objet d'un débat en doctrine quant à sa signification et sa portée. À quoi renvoie le verbe « *suivre* » dans ce texte ? Ni le législateur ni la jurisprudence ne donne la portée de cet article. De prime abord, on constate que ses termes sont très vagues et laissent ainsi une large place à différentes interprétations. Il est possible de penser que l'intransmissibilité de la garantie autonome est de principe même en cas d'opérations emportant transmission universelle du patrimoine. C'est en tout cas la position de certains auteurs qui considèrent que le caractère autonome et l'*intuitu personae* de cette garantie devraient conduire à la déclarer intransmissible[1766]. En revanche, pour d'autres auteurs, cet article ne vise qu'une opération de cession à titre particulier de la dette. En d'autres termes, il s'applique en cas de changement du titulaire de la « *dette garantie* »[1767]. Nous souscrivons à la position d'une partie de la doctrine qui considère qu'en cas d'opération de transmission universelle du patrimoine comme en l'espèce, c'est l'article L. 236-3 du Code de commerce qui doit prévaloir[1768]. D'ailleurs, la jurisprudence de la haute juridiction allait en ce sens avant cet arrêt. En effet, elle a décidé dans un arrêt du 19 décembre 2006 que la garantie autonome se transmettait avec le prêt garanti en cas d'apport partiel d'actif dès lors qu'elle se rattachait à la branche d'activité apportée[1769].

1076. Ensuite, la décision de la Cour de cassation est fondée sur l'autonomie de la garantie. Les hauts magistrats semblent avoir opposé l'autonomie au caractère accessoire[1770]. Or, l'autonomie s'opposerait à la dépendance[1771]. Il a précédemment été souligné que l'autonomie empêche le garant d'opposer au bénéficiaire de la garantie les exceptions tirées du contrat de base. S'il est vrai que la garantie autonome est détachée du contrat de base dès sa souscription, l'autonomie ne suppose pas comme semble le laisser penser la Cour de cassation qu'il n'existe aucun lien entre l'obligation garantie et la garantie autonome étant donné que le législateur précise à l'alinéa 1er de l'article 2321 du Code civil que « *la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers* ». Par conséquent, elle

---

[1766] L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés : la publicité foncière* : LGDJ, 9e éd., 2015, n° 347.
[1767] Ph. SIMLER, note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, *op. cit. ;* Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière* : Précis Dalloz, 7e éd., 2016, n° 307.
[1768] Ph. SIMLER note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, *op. cit. ;* J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*
[1769] Cass. com., 19 déc. 2006: JurisData n° 2006-036835 ; *JCP G* 2007, I, 158, n° 14, obs. Ph. SIMLER.
[1770] R. LIBCHABER, note sous note sous Cass. com. 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*
[1771] J.-M. MOULIN, note sous Cass. com. 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*

demeure l'accessoire de l'obligation principale. En effet, lorsque le garant appelé paie, c'est bien la dette du débiteur qui est payée[1772]. D'ailleurs, après le règlement, le garant bénéficie d'un recours contre le donneur d'ordre puisqu'il ne supporte pas la charge définitive de la dette. Il aurait été préférable que la Cour de cassation revienne à une signification moins forte, moins rigoureuse de l'autonomie pour assurer l'efficacité du principe de la transmission universelle du patrimoine et la protection du créancier bénéficiaire de cette garantie.

1077. En outre, prenons l'argument de l'autonomie avancé par la Cour de cassation pour justifier l'intransmissibilité de la garantie autonome. Si cette dernière est autonome par rapport au contrat de base, elle fait donc naître une créance autonome inscrite dans le patrimoine du créancier. Il en est de même de la dette autonome qui s'intègre dans le patrimoine du garant. À ce titre, elle obéit au régime de toute créance ou dette présente dans le patrimoine de la société concernée. Par conséquent, en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif, elle doit être transférée à la société bénéficiaire de l'opération, conformément à l'article L. 236-3 du Code de commerce. C'est d'ailleurs ce que l'arrêt contesté avait clairement constaté en déclarant que *« la garantie à première demande accordée au titre de la location-gérance de l'hôtel se rattache à l'activité hôtelière cédée »*[1773] et déduit « *qu'il n'y avait pas lieu ni de mentionner l'existence de cette garantie dans l'acte de cession, ni de recueillir le consentement exprès de la banque sur le transfert de garantie* »[1774]. La Cour d'appel a donné toute son efficacité au principe de la transmission universelle du patrimoine et a assuré ainsi la protection du créancier garanti.

1078. Enfin, c'est peut-être sur le plan pratique que la décision de la Cour de cassation va avoir des conséquences importantes. En premier lieu, rappelons que la garantie autonome a été introduite en droit français par le moyen des contrats internationaux. Pour pallier la protection de la caution par la jurisprudence française, les praticiens ont développé cette sûreté personnelle compte tenu de son efficacité[1775]. Or avec cette décision, la Cour de cassation jette une forme discrédit sur cette sûreté et de fait, affaiblit les relations économiques puisque cette garantie est très répandue dans le monde des affaires. Désormais, quel créancier accepterait une telle sûreté sans réelle efficacité ? En second lieu, cette décision conduit à une impasse[1776]. En effet, en l'absence de transmission de la garantie en cas de scission ou de fusion, la société bénéficiaire n'aura aucun recours parce que la société scindée ou absorbée conformément à l'article L. 236-3 du Code de commerce a disparu. Plus grave sera la situation de la société

[1772] R. LIBCHABER, note sous note sous Cass. com. 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*
[1773] CA Pau, 2e ch., sec.1 19 mars 2015, *op. cit.*
[1774] *Ibidem.*
[1775] Ph. SIMLER, Garanties autonomes-Nature juridique-Caractères-Typologie, *op. cit.*, n° 1.
[1776] R. LIBCHABER, note sous note sous Cass. com. 31 janv. 2017, n° 15-19.158, *op. cit.*

bénéficiaire dans un apport partiel compte tenu de la survie société apporteuse. Ainsi, la première ne pourra pas bénéficier de la garantie et il en sera de même pour la deuxième qui aura transféré la branche d'activité objet de la garantie. On assiste ainsi à une uniformité du régime du cautionnement des dettes futures et de la garantie autonome, ce qui ne semble pas être le cas en droit OHADA.

2) Le silence du droit OHADA

1079. Contrairement au droit français, l'Acte uniforme sur les sûretés a encadré de manière détaillée la garantie autonome. En effet, elle est régie par les articles 39 et suivants de ce texte. Aux termes de l'article 42 de l'Acte uniforme « *sauf clause ou convention contraire expresse, le droit à garantie du bénéficiaire n'est pas cessible* ». La question de pose du sens à donner à la notion de cessibilité dans cet article. Doit-elle être comprise comme toute opération emportant substitution du bénéficiaire, y compris celle qui entraîne une transmission universelle du patrimoine ? À notre avis, cette notion doit être interprétée de manière restrictive. Elle a donc une acception stricte, entendue comme une opération de vente. Par conséquent, l'incessibilité de la garantie autonome ne serait pas le principe en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif. Une telle interprétation est conforme à l'effet dévolutif de ces opérations et garantit les intérêts des créanciers. Toutefois, une prudence s'impose dans l'attente d'une décision de la Cour de justice de l'OHADA. En effet, au moment de la rédaction de ces lignes, nous n'avons pas connaissance d'une décision ayant statué sur le sort de la garantie autonome lors d'une opération emportant transmission universelle du patrimoine. Dans ce contexte, des solutions sont envisageables pour assurer la protection des intérêts des créanciers tant en droit OHADA qu'en droit français.

§ 2 —Les solutions pour assurer l'efficacité de la garantie autonome

1080. Pour assurer la protection des intérêts des créanciers, il est indispensable de repenser complètement la relation entre les sûretés personnelles et les opérations emportant transmission universelle du patrimoine. C'est la raison pour laquelle il convient de proposer des solutions adéquates. Ces dernières peuvent être classées en deux catégories. La première est relative aux solutions spécifiques à cette sûreté (A) et la seconde plus générale, concerne le recours aux sûretés réelles (B).

A) LES SOLUTIONS SPÉCIFIQUES À LA GARANTIE AUTONOME

1081. Les solutions spécifiques renvoient à des solutions législative et conventionnelle.

1082. La solution législative. En ce qui concerne le droit français, dans l'attente que la jurisprudence française revienne à une interprétation classique de l'autonomie entendue comme « *application particulière de l'inopposabilité des exceptions* »[1777], une intervention législative est souhaitable. Premièrement, nous souscrivons à la position d'une partie de la doctrine qui propose, à l'instar des dispositions sur le cautionnement[1778], de réécrire le dernier alinéa de l'article 2321 du Code civil afin d'y inclure la transmission de la garantie autonome en cas de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif[1779]. Il pourrait s'écrire de la manière suivante : « […] *Sauf convention contraire*, *la garantie autonome ne suit pas l'obligation garantie. Par dérogation à l'alinéa précédent, cette sûreté suit l'obligation garantie en cas d'opération soumise aux articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce* ». Ainsi, il n'y aura plus d'opposition entre les dispositions du Code civil et du Code de commerce. Cette réécriture aura le mérite d'assurer la protection des créanciers sociaux garantis lors d'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif. L'article 2321 du Code civil réécrit s'appliquera à des situations distinctes : la cession (transmission à titre particulier) et toute opération emportant transmission universelle du patrimoine. En l'absence de clause contraire, l'intransmissibilité en cas de cession sera supplétive de la volonté des parties. Mais la garantie sera transmise automatiquement en cas de transmission universelle du patrimoine.

1083. Deuxièmement, il serait souhaitable de réintroduire l'ancien article 1122 du Code civil dont les dispositions prévoyaient que « *l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ». Il admettait le principe de la transmission des obligations contractuelles aux ayants cause universels des parties[1780]. Malheureusement, cette disposition n'a pas été reprise dans le droit commun lors de la réforme du droit des obligations. Le rapport de présentation de l'ordonnance ne précise pas les motifs de cette suppression.

1084. S'agissant du droit OHADA, l'absence de décision sur le sort de la garantie crée une certaine insécurité juridique. Pour pallier cette situation et assurer la protection des créanciers sociaux garantis, il serait souhaitable à l'instar du droit français et de ce que le législateur OHADA a prévu pour le cautionnement, mais tout en étant moins restrictif, d'insérer

---

[1777] R. LIBCHABER, note sous note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, *op. cit.*
[1778] Sur le cautionnement, *supra* n° 1043.
[1779] J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*
[1780] M. BOURASSIN, La transmission à cause de mort des sûretés : *JCP N*, 2017, 1144.

dans les dispositions relatives à la garantie autonome, un article qui prévoirait la transmission de la garantie autonome en cas de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

1085. Dans l'attente d'une sécurisation législative, des solutions conventionnelles sont envisageables.

1086. La solution conventionnelle. L'intransmissibilité de la garantie autonome n'est pas absolue. En effet, dans son attendu de principe, la haute juridiction déclare que « *sauf convention contraire…* ». Elle admet ainsi l'idée d'une dérogation contractuelle à l'absence de transfert de la garantie. La cour de cassation laisse la possibilité de limiter la portée de sa jurisprudence. Cette liberté ne peut être que saluée, parce qu'elle va atténuer les effets néfastes de cette décision.

1087. Les praticiens vont avoir un rôle important pour repenser ou corriger les garanties autonomes afin d'assurer leur efficacité. Pour les garanties déjà souscrites, lors des audits contractuels préalables aux opérations de restructuration, les praticiens doivent être vigilants sur l'existence d'une telle garantie et ainsi attirer l'attention de leur client sur son sort, surtout s'il en est bénéficiaire.

1088. Pour les garanties à souscrire, les rédacteurs doivent attirer l'attention des parties sur la nécessité de régler le sort de cette garantie en cas d'opération emportant transmission universelle du patrimoine[1781]. Pour la sécurité des relations économiques, gageons que les clauses de survie de cette sûreté en cas de fusion ou d'apport partiels se généraliseront afin de protéger les intérêts des créanciers. Ces derniers pourraient aussi recourir à d'autres sûretés comme les sûretés réelles.

B) LE RECOURS AUX SÛRETÉS RÉELLES

1089. Le régime général. Par la sûreté réelle, un bien ou un ensemble de biens est affecté à la garantie d'une ou plusieurs dettes d'un débiteur[1782]. Autrement dit, cette sûreté permet l'appréhension d'un bien[1783]. En droit français, l'article 2323 du Code civil, première disposition générale applicable aux sûretés réelles, enseigne qu'elles sont « *les causes légitimes de préférence* », tout

[1781] J.-M. MOULIN, note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15 – 19.158, *op. cit.*
[1782] Ph. SIMLER, Sûretés réelles — Classification : *JCL Civil Code, Fasc.* unique, date de dernière mise à jour 14 oct. 2015.
[1783] S. PRAICHEUX, Sûretés financières : *Rép. droit des sociétés*, oct. 2010, actualisé en janv. 2012, n° 59.

en précisant que cette définition correspond aux privilèges et aux hypothèques. Toutefois, cette définition légale nous semble limitée compte tenu de la multitude de sûretés réelles[1784].

1090. En droit OHADA, l'article 50, alinéa 1er, de l'Acte uniforme sur les sûretés donne une liste exhaustive des sûretés réelles mobilières : « *le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges* » et les articles 190 et suivants du même Acte de prévoir l'hypothèque comme seule sûreté réelle immobilière. Il en est différemment du droit français. Si la liste de l'article 50 précité est identique à celle de l'article 2329 du Code civil, à l'exception du droit de rétention prévue plutôt à l'article 2286 du Code civil, le droit français connaît une liste plus étendue des sûretés réelles immobilières. Il s'agit des privilèges, du gage immobilier et des hypothèques[1785].

1091. La sûreté réelle est généralement constituée par le débiteur lui-même. Mais, un tiers peut affecter un bien en garantie de la dette de celui-ci[1786].

1092. Cette sûreté confère au créancier un droit de préférence et un droit de suite. Le premier permet au créancier d'être payé par préférence aux autres créanciers sur le prix de la vente du bien grevé, sauf s'il y a un créancier bénéficiant d'un meilleur rang. Le second lui permet de saisir ce bien en quelques mains qu'il se trouve[1787]. Néanmoins, s'agissant du droit de suite, il est limité en l'absence de publicité de la sûreté. La solution serait de généraliser la publicité des sûretés mobilières à l'instar des sûretés immobilières, même s'il est vrai que cela aura un coût pour les bénéficiaires.

1093. Une sûreté réelle plus efficace qu'une sûreté personnelle. La problématique est celle de savoir si une sûreté réelle est plus efficace qu'une sûreté personnelle en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif du constituant. Autrement dit, le créancier bénéficiaire de la première est-il mieux loti qu'un autre bénéficiant de la seconde. La réponse semble affirmative pour plusieurs raisons. D'une part, le caractère accessoire d'une sûreté réelle n'est pas remis en cause contrairement à celui de la garantie autonome. À ce titre, elle suit l'obligation garantie à l'instar du cautionnement. Ainsi, en cas d'absorption du débiteur constituant, cette sûreté n'est pas éteinte. D'autre part, l'*intuitu personae* qui justifie l'extinction de l'engagement dans le cadre des sûretés personnelles est indifférente aux sûretés réelles[1788]. En effet, comme précédemment indiqué, elles confèrent un droit réel sur le bien affecté en garantie et non un droit personnel à

[1784] Ph. SIMLER, Sûretés réelles — Classification, *op. cit.*
[1785] C. civ., art. 2373.
[1786] Ph. SIMLER, Sûretés réelles, *op. cit.*
[1787] *Ibidem.*
[1788] M. BOURASSIN, La transmission à cause de morts des sûretés, *op. cit.*

l'encontre du débiteur constituant ou le tiers garant. C'est la raison pour laquelle la disparition du débiteur, du tiers garant ou du créancier pour cause de fusion ou d'apport d'une branche d'activité n'a aucune incidence sur l'efficacité de cette garantie. En la matière, la prépondérance est donnée à l'*intuitu réi*[1789]. Toutefois, il appartiendra au créancier d'effectuer les formalités de publicité nécessaires et spécifiques à la sûreté réelle pour garantir sa pleine efficacité.

1094. En droit français, compte tenu de cette efficacité, les sûretés réelles seraient aux dires d'un auteur, celles qui sont privilégiées par les marchés financiers[1790]. En effet, la directive n° 2002/47/CE relative aux contrats de garantie financière[1791] n'évoque que les sûretés réelles[1792].

Nous ne pouvons traiter ici l'ensemble des sûretés réelles compte tenu de leur multitude. Il appartiendra aux créanciers, et plus précisément aux conseils et rédacteurs d'actes, de choisir la sûreté réelle la plus appropriée, en fonction des enjeux financiers et du patrimoine du débiteur. Gageons que la position restrictive de la jurisprudence française sur le sort des sûretés personnelles en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif va contribuer au développement des sûretés réelles. De même, nous pensons que les praticiens français dans un objectif de flexibilité et d'efficacité vont développer et introduire en droit français les garanties conventionnelles existant dans d'autres droits[1793].

[1789] Elle signifie en considération de la chose. M. BOURASSIN, La transmission à cause de morts des sûretés, *op. cit.*
[1790] S. PRAICHEUX, Sûretés financières, *op. cit.*
[1791] Dir. n° 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière : *JOUE* 27 juin 2002, transposé en droit français par l'Ordonnance n° 2005-171 du 24 févr. 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière : *JORF* 25 févr. 2005. Cette directive a été modifiée successivement par la directive n° 2009/44/CE et par la directive n° 2014/59/UE.
[1792] S. PRAICHEUX, Sûretés financières, *op. cit.*
[1793] J. SCHMEIDLER, thèse précitée, n° 1186.

CONCLUSION TITRE II

1095. Deux axes se dégagent des développements précédents. Dans un premier temps, l'intérêt s'est porté sur le patrimoine transmissible. On a tenté de démontrer que la transmission universelle dudit patrimoine était limitée en raison d'une absence de définition et des restrictions imposées par la jurisprudence française. Cette limite paraît encore plus marquée dans l'apport partiel d'actif compte tenu de la particularité de cette opération.

1096. Dans un second temps, l'accent a été mis sur le principe de transmission universelle du patrimoine et les sûretés. Au fil des développements, il est ressorti une certaine confrontation entre les deux en raison des restrictions de la jurisprudence.

CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE

1097. À l'entame de cette seconde partie, il était question de savoir comment limiter les effets de l'opération tant sur les droits des actionnaires que sur ceux des créanciers sociaux ?

1098. Au terme de ces développements, il convient de soutenir que le principe de transmission universelle du patrimoine, principe fondamental de l'opération de fusion concourt à la protection des droits des catégories précitées. Ainsi, en ce qui concerne les actionnaires, il contribue l'échange des titres, malgré l'absence de méthodes d'évaluation. De même, il justifie le maintien du droit de vote double ainsi que le transfert du compte courant d'associé ou encore des clauses de garantie de passif. Toutefois, il est fortement limité.

1099. S'agissant des droits des créanciers, le principe de transmission universelle du patrimoine en admettant le transfert de l'actif et du passif de la société absorbée ou de la branche d'activité contribue à la protection des créanciers, puisque la société bénéficiaire tant dans l'opération de fusion ou d'apport partie d'actif peut être plus solvable que le débiteur initial. Mais là encore, ce principe est limité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1100. Au moment où s'achève cette étude sur la protection des actionnaires et des créanciers dans les opérations de fusion et d'apport partiel d'actif tant en droit français qu'en droit OHADA, rappelons qu'il s'agissait de savoir si les droits accordés aux actionnaires et aux créanciers lors de ces opérations contribuent efficacement à la protection de leurs intérêts. De même, il a aussi été question de savoir si le principe de la transmission universelle du patrimoine concourait efficacement à la protection de ces catégories. Enfin, il s'agissait de trouver des voies et moyens susceptibles de renforcer l'efficacité de ces mécanismes de protection.

A) UNE PROTECTION INSUFFISANTE

1101. Une obligation d'information au contenu restreint. Pour les actionnaires, le droit d'information s'est révélé insuffisant en ce qu'il ne prend pas en compte les protocoles de fusion ou d'apport partiel d'actif, documents pourtant indispensables à la compréhension des enjeux de l'opération. Les modalités de mise à disposition de l'information sont pleines d'ambiguïté et parfois contradictoires.

1102. Le droit de consultation. Le droit de consultation ne pose pas de difficultés particulières. Toutefois, il résulte une ambiguïté sur le pouvoir de certaines assemblées spéciales lors de telles opérations. De plus, ce droit n'est reconnu qu'aux obligataires et s'avère pour cette catégorie inefficace puisqu'il n'a pas d'effet sur l'opération au même titre que l'opposition.

1103. Un droit d'opposition inefficace pour les créanciers. Force est de constater que le droit d'opposition est inefficace. Cette inefficacité se justifie d'abord, par un délai préfix pour faire opposition, ensuite par des conditions strictes imposées par la jurisprudence française et enfin, par l'absence d'effet suspensif de l'opération, contrairement aux opérations de confusion de patrimoines et de réduction du capital non motivée par des pertes.

1104. Le cas de la fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne. En droit français, il a été démontré l'absence d'une protection uniforme des actionnaires et des créanciers dans une opération de fusion transfrontalière. Cela a pour conséquence une protection variable au sein de l'UE.

1105. La liberté contractuelle et la parité d'échange. Nous avons relevé une importance accrue de la liberté contractuelle dans les opérations de fusion. Les parties choisissent les méthodes d'évaluations et fixent une parité d'échange qui n'est pas toujours équitable. En la matière, les contrôles sont très limités.

1106. Des sanctions à l'efficacité non démontrée. Notre recherche nous a permis de constater que les sanctions ne sont pas toujours efficaces. En effet, la responsabilité personnelle des dirigeants et la responsabilité des évaluateurs ne sont pas toujours aisées à engager. De plus, la nullité de l'opération est une sanction qui semble revêtir un caractère illusoire.

1107. Le principe de transmission universelle du patrimoine, un principe malmené par la liberté contractuelle. Les sociétés participant à l'opération peuvent limiter l'effet dévolutif du principe de la transmission universelle du patrimoine. Dans l'opération de fusion, on pense notamment au droit de vote double ou à la clause de garantie de passif. Dans l'apport partiel d'actif, les sociétés peuvent déterminer l'étendue du patrimoine transmissible.

1108. Le principe de transmission universelle du patrimoine, un principe malmené par la jurisprudence. Il ressort de cette étude que la jurisprudence française limite fortement le principe de la transmission universelle du patrimoine. Elle refuse en effet la transmission de l'obligation de couverture de la caution en cas d'absorption du débiteur cautionné et du créancier garanti. Il en est de même de la garantie autonome.

1109. Un constat : un droit fait pour sécuriser les rapprochements entre sociétés. Notre étude nous a permis de constater que le régime des fusions tant applicable à la fusion qu'à l'apport partiel d'actif est surtout tourné vers la sécurisation et la facilitation des rapprochements entre les sociétés. En effet, les textes tendent de plus en plus vers un assouplissement des règles. Qui dit assouplissement dit moins de protection des actionnaires et des créanciers en présence. D'abord, le principe de transmission universelle du patrimoine, principe directeur de la fusion facilite la transmission de l'ensemble du patrimoine étant donné que les sociétés parties à l'opération ne sont pas tenues de respecter la procédure prévue à l'article 1690 du Code civil. Ensuite, la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté laissées aux parties donnent de la souplesse à l'opération. Par exemple, le fait pour les actionnaires de décider à l'unanimité de ne pas désigner des commissaires à l'opération ou de ne pas établir le rapport des dirigeants. On songe également à la décision prise à la majorité même pour une fusion transfrontalière. Par ailleurs, on pense aussi au fait que la décision de fusion ou d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions est prise à la majorité tant en droit français qu'en droit OHADA, même lorsque l'opération constitue une opération transfrontalière. En outre, la multiplication des

régimes d'opérations simplifiées contribue à l'accessibilité de ces différentes techniques. Il s'agit notamment de la fusion simplifiée à 100 %, de la fusion simplifiée à 90 %, de l'apport partiel d'actif simplifié à 100 %, ou encore de la fusion transfrontalière simplifiée à 100 %. Enfin, le principe de régularisation systématique de la cause de nullité ou encore l'impossibilité en droit français de prononcer la nullité d'une fusion transfrontalière, fait du droit des fusions, un droit essentiellement adapté au monde des affaires.

1110. Dans la confrontation entre la facilitation des rapprochements entre les sociétés et la protection des actionnaires et des créanciers, le législateur français et son homologue OHADA ont fait le choix de la première au détriment de la seconde, ce qui fait dire à un auteur que le droit des fusions constitue un droit en *« porte-à-faux »* avec l'objectif de protection, en raison notamment de l'existence d'un régime à l'efficacité limitée[1794]. C'est la raison pour laquelle, au cours de nos développements, certaines propositions ont été faites pour renforcer la protection des actionnaires et des créanciers.

B) LES PROPOSITIONS

1111. Le droit commun, un moyen de contourner l'inefficacité du droit des fusions. Tant les actionnaires que les créanciers peuvent recourir au droit des obligations pour protéger aux mieux leurs intérêts compte tenu de l'inefficacité du droit des fusions. Il s'agit notamment de l'expertise de gestion en cas de fusion simplifiée, de l'expertise *in futurum* ou encore de l'action paulienne pour contourner les conditions restrictives de l'opposition ou enfin de la fraude. À ce titre, le droit des fusions coexiste avec le droit commun. Il ne constitue pas un droit autonome, un droit qui se suffit à lui-même pour garantir les intérêts des actionnaires et des créanciers lors d'opérations étudiées.

1112. La protection des actionnaires par la voie législative. Nous avons procédé lors de nos développements à une description détaillée de chaque droit accordé aux actionnaires lors des opérations de fusion. Nous avons aussi présenté les difficultés liées à l'évaluation des sociétés et les conséquences sur la parité d'échange. Compte tenu de cette situation, nous avons proposé plusieurs solutions.

1113. La première consiste à renforcer le contenu de l'information des actionnaires. À ce titre, nous avons suggéré de communiquer le protocole de fusion ou d'apport partiel d'actif à tous les actionnaires avant l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération. Ce document

[1794] R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales, *op. cit.* p. 21 et s.

serait ainsi dans la liste des documents objet de la mise à disposition. À défaut d'une telle communication, on a proposé une information soucieuse du secret des affaires, une mise à disposition de ce document à l'attention des commissaires à l'opération ou du commissaire aux apports selon les cas.

1114. La seconde solution serait d'améliorer le rôle des commissaires à l'opération ou aux apports. Cette amélioration peut passer par une désignation vraiment indépendante, c'est-à-dire que le Président du tribunal doit désigner personnellement les commissaires à l'opération sur une liste des experts agrées et ne plus, comme c'est le cas actuellement, entériner le choix des sociétés parties à l'opération. Il a également été suggéré qu'une modification législative intervienne afin que le commissaire aux apports vérifie aussi l'équité du rapport d'échange en l'absence des commissaires à l'opération.

1115. La troisième solution serait d'octroyer un droit de retrait dans les textes aux actionnaires minoritaires. Ce droit leur permettrait de quitter la société absorbée aux conditions avantageuses avant la réalisation de l'opération. Nous avons aussi évoqué la nécessité d'un régime de protection spécifique à la fusion transfrontalière dans le droit français.

1116. Une protection des créanciers par la réglementation et la contractualisation. À chaque étape de nos développements, nous avons souhaité une modification de certaines dispositions légales pour corriger les incohérences et ainsi assurer la protection des créanciers. Nous avons également proposé de contractualiser certains mécanismes de protection des créanciers. La contractualisation a le mérite d'introduire de la souplesse. Elle contribue à une meilleure protection, puisque les parties négocient, certes avec l'aide des conseils, les clauses nécessaires à la protection de leurs intérêts. Elles peuvent ainsi prévoir dans le contrat de cautionnement une clause de survie de l'obligation de couverture. Il en est de même d'une clause prévoyant la transmissibilité de la garantie autonome.

1117. Recommandations à la pratique. Les conseils juridiques jouent un rôle important dans les opérations de fusions ou d'apport partiel d'actif et notamment lors de l'audit préalable à ce type d'opération. Il leur est donc recommandé d'être extrêmement vigilants lors des audits. Ils doivent d'abord faire un inventaire des contrats mis à leur disposition dans la DATAROOM (chambre de données). Ensuite, les praticiens sont obligés d'apprécier les incidentes financières et même juridiques des engagements contractuels. Enfin, cette appréciation doit déboucher sur l'analyse des contrats nécessitant l'accord préalable du cocontractant de la société pour être transmis à l'autre société.

1118. Nous conseillons au rédacteur des contrats de prendre des précautions pour assurer l'efficacité des clauses contractuelles. Il est donc nécessaire de se garder de tout automatisme dans la rédaction des actes, en évitant au maximum de recourir à la technique du « *copier-coller* ».

C) LES PERSPECTIVES

1119. Pour l'avenir, certains domaines de protection restent donc à conquérir. Cela pourra se réaliser par le contrat, par la réglementation, mais aussi par l'interprétation de la jurisprudence.

1120. Sur le plan législatif, plusieurs réformes sont envisagées. C'est ainsi qu'en droit de l'Union européenne (droit français par ailleurs après transposition dans l'ordre juridique interne), la révision de la directive 2005 sur les fusions transfrontalières devrait en même temps qu'elle offre la possibilité aux acteurs économiques de l'Union de recourir à la technique des scissions transfrontalières ou de l'apport partiel d'actifs transfrontalier, instaurer une harmonisation des droits des actionnaires et des créanciers sociaux lors d'une opération de fusion transfrontalière[1795]. C'est aussi le cas du droit français qui envisage une réforme des sûretés pour rendre attractif le droit français. Le projet de réforme prévoit la clarification des conséquences sur le cautionnement de la dissolution de la société créancière, débitrice ou caution[1796]. Il crée un article 1844-4-1 qui va entériner les solutions précitées de la jurisprudence de la Cour de cassation[1797]. Néanmoins, ce projet ne va pas aussi loin que nous le souhaitons[1798].

1121. L'objectif de protection des actionnaires et des créanciers doit toujours être présent dans la lettre et l'esprit de chaque réforme tant en droit français qu'en droit OHADA, c'est à cette condition que ces dispositions seront suffisamment efficaces.

[1795] B. LECOURT, Fusions et scissions transfrontalières, article préc. V. aussi Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, « *Améliorer le* marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », COM (2015) 550 final, 28 oct. 2015. Pour un commentaire sur cette communication, voir B. LECOURT, Communication de la Commission « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises » : mesures ayant trait au droit des sociétés : *Rev. sociétés*, 2016, p. 124.

[1796] M. GRIMALDI, D. MAZEAUD, P. DUPICHOT, Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés : *D.* 2017, n° 30, p. 1717.

[1797] V. *supra* n° 1018 et s.

[1798] V. nos propositions, sur le cautionnement *supra* n° 1041 et s., sur la garantie autonome, *supra* n° 1081 et s.,

BIBLIOGRAPHIE

I) DICTIONNAIRES & ENCYCLOPÉDIES

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1992

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF Paris, 2016.

II) TRAITES, OUVRAGES GENERAUX & MANUELS

Droit français

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.) *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., 1873, Tome VI.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, 10e éd., 2015.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 12e éd., Dalloz, 2016.

CHARVÉRIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento pratique Sociétés commerciales,* Francis Lefébvre, 2017.

CONSTANTIN (A.), *Droit des sociétés*, 6e éd. Dalloz, 2014.

COURET (A.), LE NABASQUE (H.) et COQUELET (M.-L.), *Droit financier*, 2e éd., Dalloz, 2012.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 29e éd. LexisNexis, 2017.

CROCQ (P.), AYNES (L.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 9e éd., 2015.

DIDIER (P.) ET DIDIER (Ph.), *Droit commercial*, T. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011.

GERMAIN (M.), MAGNIER (V.) *Les sociétés commerciales,* Tome II, 22 éd. LGDJ, 2017.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, droit commercial général et Sociétés*, T1, 12ème éd., Economica, 2003.

HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILAT (P.) *Les sociétés commerciales,* Dalloz, T.2, 1972.

HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILAT (P.) *Sociétés commerciales*, Dalloz, T.3, 1978.

JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, éd. Monchrestien, 1994.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 6e éd. LGDJ, 2015.

LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 12e éd., LGDJ, 2017.

LENOIR (N.), *La Societas Europaea ou SE, Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise :* Doc. fr., 2007.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2016.

MAZEAUD (H.) et MAZEAUD (L.), CHABAS (J.), DE JUGLART (M.), *Leçons de droit civil, principaux contrats : Vente et échange,* 7 éd., Montchrestien.

MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.), *Mémento des sociétés commerciales*, éd. F. Lefebvre, 2005.

MERLE (Ph.) avec la collaboration Fauchon (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 20e éd., 2017.

MESTRE (J.) et VELARDOCCHIO (D.) et MESTRE (A.-S.), *Lamy Sociétés Commerciales* : éd. Wolters Kluwer, 2016, mis à jour en 2017.

PENHOAT (C.), *Droit des sociétés*, 3e éd., 1991.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, les obligations, la responsabilité délictuelle*, 5e éd. Litec, 1996.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 10ème éd., Précis Dalloz, 2015.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.

Droit OHADA

AKAM AKAM (A.) et BAKREO (V.), *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2017.

ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *Sociétés commerciales et G.I.E*, Bruylant, 2002.

MUKA TSHIBENDE (L.-D.), *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A*, PUAM, 2009.

NGOUMTSA ANOU (G.), *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2013.

III) OUVRAGES SPECIALISES

ALLOUCHE (J.) et FREICHE (J.), *Restructurations d'entreprises : regards croisés*, Librairie VUIBERT, 2007.

AYNÈS (L.), *La cession du contrat*, Economica, 1984.

BAUDEAU (G.), *Protocoles et traités de fu*sion, Librairies techniques, 1968.

BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.) *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales,* 2e éd. Litec, 1991.

BILLIAU (M.), *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002.

BLANDIN (A-L.), DEYSINE (M.-A.), *2e partie comptes sociaux et Résultat fiscal*, Memento Expert, Francis Lefebvre PWC, Fusions & Acquisitions 2012.

BOUCOBZA (X.), *L'acquisition internationale de société*, LGDJ 1998.

BOUERE (J.-P.), *Société par actions simplifiée*, GLN Joly 1994.

CHADEFAUX (M.), *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal*,, 8ème éd. Groupe Revue Fiduciaire, 2017.

CHARVERIAT (A.) ET COURET (A.), *La SAS*, éd. Francis Lefebvre, 2001.

CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008.

CONAC (P.-H.), *Fusions transfrontalières de sociétés*, Larcier, 2011.

COPPER-ROYER (J.), *De la fusion des sociétés, essai juridique*, Dalloz, 1933.

COVIAUX (J.-CL.), *L'achat par une société de ses propres actions, in Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978.

DEGOS (J.-G.), *Commissariat aux apports, évaluations et fusions*, CNCC Edition et Editions comptables Malesherbes, 1995.

DEVEZE (J.), COURET (A.), PAULAIN-REHM (T.), *Lamy droit du financement*, 2016.

DRAPIER (S.), *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001.

DUPONT (C.), *La négocaition*, Dalloz Gestion, 3e ed. 1990.

GAVALDA (Ch.*), Les délits concernant les fausses déclarations et majoration d'apports, in le droit pénal spécial des sociétés anonymes,* Etudes de droit sous la direction de Joseph Hamel, Dalloz, 1955.

GEORGES (E.), *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ 2006.

GERMAIN (M.), PERIN (P.-L.), *SAS, La société par actions simplifiée*, 6 éd. Joly éditions, 2016.

GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. LGDJ 2002.

LARRIVE (P.) et UETWILLER (J.-J.), *Guide de rédaction des statuts de la SAS*, éd. EFE, 1995.

LECOURT (B.), *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préf. Y. GUYON, LGDJ, 2000.

MATRAY (D.), *Les clauses d'adaptation de contrats, in les grandes clauses de contrats internationaux*, Bruylant (Bruxelles), 2005.

MENJUCQ (M.), *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ 1997.

MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979.

MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, éd. F. Lefebvre, 1988.

MOUSSERON (J.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.B.) *Technique contractuelle*, 5 éd. F. Lefebvre, 2017.

MOUSSERON (P.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, 2e éd., 1997.

MOUSSERON (P.), *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2014.

MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international*, éd. A. Pedone, 2015.

PRIETO (C.), *La société contractante*, PU Aix, 1994.

RIPERT (G.), « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », 2e éd. LGDJ, 1951.

ROUTIER (R.), *Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, 1994.

SCHACHERER J, « *Restructurations d'entreprise* », Groupe revue fiduciaire, édition 2012.

SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2004.

TESTU (J. X.)*, Contrats d'affaires, Dalloz référence*, 2010.

TILQUIN (T.) *Traité des fusions et scissions*, éd. Kluwer, 1993.

TORT (E.), *L'essentiel des Fusions et acquisitions*, éd. Lextenso, 2015.

TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes* morales, LGDJ, 2013.

UNION EUROPÉENNE DES EXPERTS COMPTABLES (UEEC), *Evaluation des entreprises,* Dunod, 1962.

VIANDIER (A.*), La notion d'associé*, Préf. F. TERRE, LGDJ, 1978.

VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Paris, Dalloz, 1957.

IV) MONOGRAPHIES, MEMOIRES ET THESES

AHOUA (D.), *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse Bordeaux, 2015.

BARTHEZ (A.-S.), *La transmission universelle des obligations, étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, Thèse Paris I, 2000.

BEN SDIRA (M.), *La protection des actionnaires minoritaires à l'occasion des fusions de sociétés*, thèse Limoges, 2014.

BOUREIMA SOUMANA (S.)*, La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés*, Thèse Bordeaux, 2015.

CELLIER (J.) *La protection des partenaires de la société anonyme dans les apports partiels d'actif*, Paris 1, 1992.

COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse Paris x, 1994 ;

DECOCQ (G.), *Essai sur l'évaluation*, Thèse dactyl. Paris II, 1996.

DESPRES (I.), *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004

GEORGES (E.), *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, Thèse Poitiers, 2004.

GROSCLAUDE (X.), *Les droits des actionnaires dans les opérations de fusion*, Thèse Strasbourg III, 1992

GUEBIDIANG A TCHOYI-DOUMBE (H.), *La Cession de droits sociaux de l'associé minoritaire,* Thèse UNIVERSITÉ D'Auvergne — CLermont-Ferrand I, 2010.

GUERMONPREZ (M.), *Les facteurs d'échec des fusions entre égaux* : Mémoire, Paris I, 2014.

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Thèse Paris II, 2010.

KALAANI (A.), *La fusion de sociétés en droit interne et international : contribution à la notion de" contrat-organisation",* Thèse Paris II, 2015.

KEUFFI (D.), *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse Strasbourg 2009.

LAMBERT (Th.), *Le prix de cession des actions et parts sociales*, thèse Nancy 2, 1991.

LASSERRE (V.), *La doctrine du patrimoine chez Zachariae, mémoire DEA en philosophie du droit :* Paris II, 1995.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération-contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse Paris II, 2010.

MAIGRET-MATHIOT (A-S.), *L'expertise dans les sociétés commerciales*, Thèse Reims 2003.

MARRAUD DES GROTTES (A.), *Les associés dans les opérations de restructuration*, Thèse Paris I, 2003.

MAZEAUD (V.), *L'obligation de couverture*, Thèse Paris I, 2009.

MBAYE (M.N.), *Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse Paris X, 2006.

MORIER (P.), *La structuration juridique de la fusion entre Vivalis et Intercell — L'exemple d'une fusion transfrontalière à parité variable réussie*, Mémoire Paris I, 2015.

NGA NGUYEN (TH.V.), *La protection des créanciers dans les opérations emportant transmission universelle de Patrimoine*, Thèse Paris II, 2003.

OSMAN (A.), *La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien (étude comparative)*, Thèse Rennes I, 2015.

PIROLLI (R.), *L'évaluation des entreprises et branches d'entreprises dans les opérations de concentration et de remembrement*, thèse es sciences de gestion, Paris I, 1979.

POISSON (M.-D.), *La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux*, Thèse Université de Clermont Ferrand, 1984.

PRIETO (C.), *La société contractante*, thèse Aix-Marseille, 1994.

RAFFRAY (R.), *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse Bordeaux, 2009, Dalloz, 2011.

RECORDON (P.A.), *La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en droit français*, Université de Genève, Genève librairie de l'Université, Thèse n° 6 151 973.

RUELLAN (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, Thèse Paris II, 1997.

SABEH AFFAKI (B.), *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes* : Thèse Paris II, 1995

SAINTOURENS (B.), *Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises*, thèse Bordeaux I, 1982.

SAUGET (V.I.), *Le retrait d'associé*, Paris X, 1991.

SCHMEIDLER (J.), *La protection des créanciers dans les fusions internationales de sociétés : droit international et comparé*, Thèse Paris II, 2011.

WAREMBOURG-AUQUE (F.), *La succession aux biens d'une personne morale de droit privé,* Thèse Lille II, 1977.

V) ARTICLES ET CHRONIQUES

Droit français

ALLOUCHE (R.), PELTIER (F.), Réflexions de praticiens sur le sort des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en cas de fusion : *BJS* 1992, p. 1166.

ARAKELIAN (R.), Action de préférence : *Rép. droit des sociétés*, juillet 2015, n° 111.

ARTZ (J.-F.), Certificats d'investissement et Certificats de droit de vote : *Rép. Sociétés, Dalloz*, août 1992, actualisé en décembre 2010.

AUTEUR INCONNU, Les spécificités du sous-cautionnement : *Lamy droit civil*, 2015, n° 124.

AUZERO (G.), Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel : *BJS* 2006, p. 867.

BARBIÉRI (J.-F.) « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », in *Mél. D. SCHMIDT*, éd. Joly, 2005, p. 51.

BARBIÉRI (J.-F.), « Cautionnement et sociétés : 10 ans de jurisprudence » : *JCP E*, 1992 ; *Cah. dr. entr.*, p. 21.

BARRET (O.), A propos de la « transmission universelle du patrimoine », in *Prospectives du droit économique* : dialogues avec M. JEANTIN, *Dalloz*, 1999, p.109 et s.

BARRIERE (F.), La fusion-filialisation : *Rev. sociétés*, 2013, p. 667.

BARRIERE (F.), Un apport sans apport : la fusion triangulaire à l'envers : *BJS,* 2009, p.1173.

BEGUIN (J.), La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières, in *Mél. Ch. Gavalda*, *Dalloz*, 2001, p. 19.

BERLIOZ (G.), Le droit à l'information en matière de fusions, in *L'information en droit privé*, Travaux de conférence d'agrégation, sous la dir. de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, LGDJ., 1978, p.261.

BERNARD (A.), Estimer l'inestimable : *RTD civ.* 1995, p.271.

BERT (D.), LAKHDARI (T.), L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption : *D.* 2005, 1636.

BERTREL (J-P.), Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou de scission *: Dr. et patr.* 2003, p. 33.

BERTREL (J-P.), Le débat sur la nature de la société, in *Mél. A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 131.

BISSARA (PH.), DIDIER (P.), MISSEREY (PH.), L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? Entretiens de Nanterre 1994 : JCP E 1994, *Cah. dr. entr.* 1994/5, p. 18.

BONNASSE (A.) et JÜLLICH (N.), Fusions et scissions — Effets. Actions en contestation *: JCL sociétés Traité*, Fasc. n° 162-20, dernière mise à jour 4 nov. 2015.

BONNASSE (A.) Fusions-scissions. - Réalisations des fusions et scissions : *JCL sociétés* Traité, Fasc n° 162-10 du 31 oct. 2014, mis à jour le 26 févr. 2015.

BOUERE (J.-P.), Fusions et scissions — Encore des pertes intercalaires ? : *JCP E* 1993, I, 258.

BOUERE (J.-P.), Fusions et scissions — Le problème des résultats intercalaires : *JCP E* 1992, I, 163.

BOUERE (J.-P.), Le législateur sait-il ce qu'il a voulu ? *BJS,* 1994, p. 744.

BOUGNOUX (A.), Assemblée d'Actionnaires — Assemblées générales extraordinaires. — Limites des pouvoirs. Nullités : *JCL société traité*, Fasc. n° 140.30 du 15 mai 2013.

BOUGNOUX (A.), Assemblées d'Actionnaires. — Assemblées générales extraordinaires. — Généralités. Fonctionnement : *JCL société traité*, Fasc. n° 140-10 du 18 mars 2013.

BOUGNOUX (A.), Certificats d'investissement et Certificats de droit de vote : *JCL société Traité,* Fasc. n° 1830 du 22 Octobre 2010.

BOUGNOUX (A.), Assemblées d'actionnaires — Assemblées spéciales *: JCL sociétés Traité*, Fasc. n° 143-10 du 31 janv. 2014.

BOULOC (B.), L'ingérence étatique récente dans le droit des sociétés commerciales, in *Mél.* Ph. MERLE, Dalloz, 2012, p.67.

BOURASSIN (M.), La transmission à cause de morts des sûretés : *JCP N*, 2017, 1144.

CAILLAUD (B.) et BONASSE (A.), Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes *: BJS*, 1994, p. 733.

CAROLINE HENRY (L.), De la responsabilité du commissaire aux apports : *Rev. sociétés*, 2014, p. 201.

CARRÉ (J.-F.) et BOL (S.), Les « apports partiels d'actifs simplifiés », des apports partiels d'actifs sans augmentation du capital ? *JCP E*, 2012, p. 15.

CATHIARD (C.), Avec ou sans création de SE, les fusions transfrontalières de sociétés cotées se multiplient, *Option Finance*, n° 1290, 27 oct. 2014, p. 28.

CATHIARD (C.), Fusion transfrontalière avec création de SE : l'exemple de Valneva SE : *Fusions & Acquisitions magazine,* sept.-oct. 2013, p. 46.

CATHIARD (C.), POIRIER (A.-S.), Fusion transfrontalière : *Rép. droit des sociétés*, oct. 2010, dernière actualisation oct. 2013.

CATHIARD (C.), Transfert intracommunautaire de siège social : *Rép. droit des sociétés*, juin 2014

CHABERT (P.-Y.), La figure de la scission partielle en droit français : *Rev. sociétés* 2005. 759.

CHAMPAUD (Cl.) Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires, in *Prospectives du droit économique* : dialogues avec M. JEANTIN, *Dalloz*, 1999, p. 161.

CHARTIER (Y.), L'expertise de l'article 226 : *JCP G*, 1972, I, 2507.

CHATAIN-AUTAJON (L.), « Pratiques anticoncurrentielles et restructurations : qui supporte la sanction ? » : *RDL Conc.,* oct. 2006, p. 95.

CHEMINADE (Y.), Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes : *RTD com.*, 1970, pp.15, spéc. p.42

CHUILON (R.), Les fusions de sociétés, recherches des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports *: JCP G* 1970, 2350

COLLET (P.), Les spécificités du sous-cautionnement : *Lamy Dr. civil*, 2015, n° 124.

COMTE (PH.), Valeurs économiques et valeurs juridiques dans les fusions d'entreprises, *Entreprises Moderne d'Edition*, 1970, p.116.

CONSTANTIN (A.), L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes : *BJS* 2003, p.742.

CONTIN (R.) et HOVASSE (H.), L'expert de minorité dans les sociétés par actions : *D.S.*, 1971, chron., p.75.

COQUELET (M.-L.) et BARRILLON (C.), Fusion, scission : *Joly éd.* Mis à jour en 2016.

COQUELET (M.-L.), Fusion de sociétés. — Apport partiel d'actif : *JCL Sociétés* Traité, Fasc. n° 164-10 du 25 oct. 2006 dernière mise à jour le 23 mars 2015.

COQUELET (M.-L.), La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats intuitu personae : *Actes prat. ing. sociétaire*, janv-févr. 2000, p. 20.

COQUELET (M.-L.), Réduction du capital social : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 159-10 dernière mise à jour le 15 juil. 2015.

CORDONNIER (J.) : *Journ. sociétés* 1924, p. 441, n° 17.

COUDIN (P.), La fiscalité de la scission partielle : *Journ. sociétés* janv. 2007, p. 44.

COURET (A.) et ROSENPICK (P.), L'articulation entre déclarations et clauses de garantie d'actif et de passif : *Dr. et patr.* 2008, p. 175.

COURET (A.), Cession d'entreprise : brèves réflexions autour de quelques éléments d'un statut des minoritaires, *in prospectives du droit économique* : dialogues avec M. JEANTIN, éd. *D.* 1999, p. 205

COURET (A.), Chronique législative : *BJS* 1988, p. 237 ;

COURET (A.), L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 : *BJS* 2016, p. 433.

COURET (A.), La COB et la protection des minoritaires : *BJ.* 1991, § 249, p.686.

COURET (A.), La conciliation des mécanismes de garantie dans les cessions de droits sociaux, in *Mél. Ph. MERLE*, Dalloz 2013, p. 121.

COURET (A.), Le droit de vote double : *BJB* 2014, p. 488.

COURET (A.), Le retour du débat sur le droit de vote double : *JCP E* 2013, 1518 ; Dr. sociétés 2013, étude 22.

DAVODET (D.), GUENGANT (A.), ENGEL (PH), LE PAVEC (S.) et DE VENDEUIL (S.), Actions de préférence, questions de praticiens, 1re partie : *JCP E*, 2005. 1156

DAIGRE (J.-J.), « Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ? » : *JCP. E* 1992, I, 165.

DAIGRE (J.-J.), Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers, in *Prospectives du droit économique* : *dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 213.

DAIGRE (J.-J.), LE BLANC (H.) et GERRY (D.), Restructuration des sociétés : apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ? : *Actes prat. ing. sociétaire,* n° 9, 1993, p. 3.

DAIGRE (J.-J.), MONOD (F.) et BASDEVANT (F.), Les actions à privilèges financiers : *Actes prat. ing. sociétaire* 3 — 4/1997, spéc. p. 5.

DAIGRE (J.-J.), TUROT (J.), AIMÉ (M.), L'évaluation des apports en nature a une société de capitaux : *Actes prat. ing. sociétaire*, 1995, p. 2.

DAMY (G.), Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine : *Dr. et patr.* Sept. 2004, p.46.

DANTCHEFF (C.) et DANTCHEFF (I.), Généralités — L'évaluation des entreprises (1er volet) L'utilité des évaluations et le concept de valeur. Les méthodes de valorisation : *Dr. fisc.* n° 46, 2016, 583.

DAUBLON (G.), Le statut juridique des fusions et scissions de sociétés — après la loi n° 88-17 du 5 janv.1988 : *Defrénois* 1988, art. 34221, pp. 433.

DE BÉRARD (F.), Les mesures d'instruction in futurum : retour sur la procédure de l'article 145 du CPC : *Gaz. Pal.*, 8 déc. 2012, p. 19, n° 343.

DE FORESTA (G.), Rapports du commissaire à la fusion : formalités inutiles ou bien inutilité de la réforme ? *Lexbase Hebdo, édition privée* n° 290 du 31 janv. 2008.

DELHAYE (A.) et GILLES (S.), La clause de break-up fees dans les accords préliminaires des opérations de M & A, in dossier La lettre d'intention : *Option finance, La lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity*, 15 juin 2015, p. 4.

DEREN (O.), Les différents types de garanties contractuelles, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux : *BJS* 2010, p.9.

DEROUIN (Ph.), Les fusions triangulaires de sociétés : *BJS,* 2008, p. 1026.

DEZEUZE (E.), La réparation du préjudice devant la juridiction pénale : *Rev. sociétés*, 2003, p.261.

DIDIER (P.), Brèves notes sur le contrat-organisation, in *Mél. F. Terré*, Dalloz-PUF, 1999, p. 635.

DIDIER (P.), Le consentement sans l'échange : contrat de société : *RJ com.* 1995, n° spéc. sur l'échange des consentements, p. 74.

DINH (E.), L'EIRL, un hybride en droit français : *JCP E*, 2010, 1979.

DJAMA (C.) et BOUTANT (J.), Stratégie (s) comptable (s) des dirigeants dans la détermination de la parité d'échange : le cas des fusions françaises, 21 janv. 2011, en ligne sur *les archives-ouvertes.fr.*

DONDERO (B.) et LE CANNU (P.), Décret n° 2011-1473 du 9 nov. 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés : JO 10 nov. 2011, p.18893 ; *RTD com., 2011, 763.*

DONDERO (B.), L'apport-défaisance, in le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, *Mél. P. Le CANNU* : Dalloz-LGDJ, 2014, p. 257.

DONDERO (B.), La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés…, note sous Cass. com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280, C. c/SA Comptafrance : *JCP E* n° 1, 2013, 10

DOUVRELLEUR (O.), Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? *RJC* 1991, p.122 et s., spéc., p. 126.

DUFOUR (D.), MOLAY (E.), Sous-évaluation à l'introduction en bourse et valorisation : L'exemple d'Alternext, en ligne sur *les Archives-ouvertes.fr.*

DUVAL-HAMEL (J.), Le paradoxe des fusions, vecteurs de la vie des affaires, in Paroles de praticiens : entrepreneuriat, management et droit, *Mel. M. GERMAIN*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 77.

ERNST (P.), La figure de la scission partielle en droit belge ou « la scission à la française à la belge » : *Journ. sociétés 2007, n° 39, p. 32.*

ETAIN (P.), DOUCEDE (V.), Les droits des créanciers de l'absorbée dans les opérations de fusion : *Actes prat. ing. sociétaire*, mai-juin 2012, p. 20.

FAUGÉROLAS (L.) ET DEVAL (P.), La protection des obligataires internationaux en cas de fusions ou de scission de la société émettrice, in *Mél. D. SCHMIDT - Liber Amicorum*, Joly éd. 2005, p. 239.

FORBIN (G.), « Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers ? », *RDAI,* 1998, n° 4/5, p. 478.

FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2011 et la procédure en la forme des référés : *D.* 2011, p. 2668.

FRECHETTE-KERBRAT (A.) « La réforme du régime des fusions opérée par la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit » : *Option finance,* n° 1130, 20 juin 2011, p. 28, spéc. § 4, p. 30.

FRISON-ROCHE (M.-A.), L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires, in Actionnaires dirigeants, ou se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? *JCP E., Cah. Dr. de l'entreprise*, 1994, p.19 et s., spéc. n° 22.

GAVOTY (C.) et ULLMANN (P.), L'absorption par une société par actions simplifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? *BJS* 2001, p. 831.

GERMAIN (M.), L'opposition en droit des sociétés : *LPA* 2007, n° 68, p. 21.

GODON (L.), La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques : *BJS,* 2001, p.728, spéc.p.731.

GRILLIER (F.), DELPECH (P.), De quelques difficultés soulevées par les opérations de fusion : *RTDF,* n° 32 012, doctrine, p. 39.

GRILLOT (J.) et SAINTE-CÈNE (M.), Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés, *Banque et droit*, sept.-oct. 1994, p. 3.

GRIMALDI (M.), MAZEAUD (D.), DUPICHOT (P.), Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés : *D.* 2017, n° 30, p. 1717.

GUYON (Y.) et BUCHBERGER (M.) Administration. — Responsabilité civile des administrateurs : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 132-10 du 24 févr. 2016.

GUYON (Y.), Les apports partiels d'actifs, in *prospectives du droit économique* : dialogues avec M. JEANTIN, *Dalloz*, 1999, p. 237.

GUYON (Y.), Assemblées d'actionnaires : *Rép. droit des sociétés* de septembre 2002, actualisé en avril 2015.

HERVET (R.) et SALON (A.), Fusion par absorption et transfert de la responsabilité pénale : Comment désamorcer le conflit jurisprudentiel naissant ? *Dr. pén.,* 2017, ét. 9, p. 11.

HIRIGOYEN (G.), Problématique de l'évaluation des entreprises, in *identité de la gestion, in Mél. en P. LASSEGUE*, Vuibert Gestion, 1991, p.83 et s., spéc. p.84.

HOVASSE (H.) et ROBINEAU (S.), L'inadaptation des articles 385 et 386 de la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif : *BJS,* 1998, p. 203.

HOVASSE (H.), La fusion de sociétés cotées dans la réforme des offres publiques d'acquisition : *RD bancaire et bourse* janv.-févr.1999, p.3.

HUGOT (A.) et HAINS (TH.), L'encadrement des pourparlers dans le projet de réforme du droit des obligations : un léger goût d'inachevé, in dossier La lettre d'intention : Option finance, *La lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity*, 15 juin 2015, p. 6.

HUSSON (H.), De l'utilité au bon usage de l'assurance de garantie de passif : *BJS* 2010, p. 1034.

JEANTIN (M.), Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales : *Dr. sociétés*, 1988, p. 2.

JEANTIN (M.), Observations sur la notion de catégorie d'actions : *D.* 1995, chron. p. 88.

JEANTIN (M.), La transmission universelle du patrimoine d'une société, in *Mél. DERRUPE*, éd. Joly, 1991, p. 287.

JEANTIN (M.), Les mesures d'instruction « *in futurum* » *: D.* 1980, chron. 205.

KALAANI (A.), Les obligataires dans les opérations de concentration *: RLDA*, n° 120, 2016, p. 35.

KLING (D.), Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports : *Dr. sociétés* 2009, p.1186.

KORNPROBST (E.), Fusion**,** scission et apport partiel d'actif (Régime fiscal) : *Rép. droit des sociétés,* juin 2010, actualisation, janv. 2016, spéc. n° 33.

LAUGIER (M.), « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? », *BJS*, 2003, p. 261 et spéc., n° 11.

LE CANNU (P.), De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité ?, *BJS* 2005, p. 561.

LE CANNU (P.), Des questions sans réponses, in *Mél. Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p.603.

LE CANNU (P.), Effectivité et ineffectivité du droit des sociétés, in *Mél. D. SCHMIDT* - Liber Amicorum, éd. Joly, 2005, p. 337.

LE CANNU (P.), Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion : *BJS* 1988, p. 553

LE CANNU (P.), L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 : généralités : *RTD com.* 2004, p. 530

LE CANNU (P.), L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et actions de préférence : *RTD com.* 2004, p. 533.

LE CANNU (P.), L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et augmentations de capital, bref aperçu : *RTD com.* 2004, p. 531.

LE CANNU (P.), L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire : *Rev. sociétés,* 1999, p. 519.

LE CANNU (P.), L'expertise de gestion à la suite de la loi NRE : de la chicane au dialogue, site internet *www.droit21.com ER047*.

LE CANNU (P.), Quelques problèmes de droit transitoire posés par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 : *RTD com.* 2004, p. 537.

LE DOLLEY (E), L'équivalence en droit financier : *BJS* 2009, p. 204.

LE GALL (J.-P.), Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine, in *prospectives du droit économique* : *dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 260.

LE NABASQUE (H.), La personnalité des délits et des peines et fusions : *BJS* 2015, p.393.

LE NABASQUE (H.), La réforme des actions de préférence : *JCP E* 2008, 2445.

LE NABASQUE (H.), La solidarité des sociétés dans les opérations d'apport partiel d'actif soumises au régime de scission, in *prospectives du droit économique* : *dialogues avec M. JEANTIN,* Dalloz, 1999, p. 271.

LE NABASQUE (H.), Le déclin annoncé de la masse des obligataires : *RD banc. Fin.* n° 3, 2017, repère n° 3.

LE NABASQUE (H.), Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle : *Rev. sociétés*, 2005, p. 779.

LE NABASQUE (H.), Les fusions et scissions transfrontalières : *Rev. sociétés*, 2013, p. 412.

LE NABASQUE (H.), Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 : *Rev. sociétés*, 2008, p. 493.

LE NABASQUE (H.), L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social : *Rev. sociétés*, 2005, p. 9.

LE NABASQUE (H.), DUNAUD (P.), et ELSEN (P.), Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires : *Actes prat. ing. sociétaire*, oct. 1992, p. 2 et s., spéc. n° 53, p. 12.

LE NABASQUE (H.), SOILLEUX (A.) La réforme du droit commun des fusions, in La réforme des fusions et scissions de sociétés : *BJS* 2012, p. 262 et s.

LE NABASQUE (H.), SOILLEUX (A.) et DUGUAY (A.), Les scissions et les apports partiels d'actifs simplifiés : *BJS* 2012, p.274 et s.

Le NABASQUE (H.), SOILLEUX (A.), La réforme des fusions simplifiées, in *La réforme des fusions et scissions de sociétés* : *BJS* 2012, p. 265 et s.

LE NABASQUE (H.), Sort des actions de préférence en cas de fusion ou de scission de la société émettrice : *RDBF* 2005, 27.

LE NABASQUE (H.) et BAFFREAU (M.), L'obligation de déposer ou de maintenir une offre publique : *Actes prat. ing. sociétaire*, juil.-août 1999, p.5 spéc. p. 19.

LEBEL (Ch.), Entrepreneur individuel à responsabilité limitée : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 4, mis à jour le 16 mars 2015.

LECOURT (A.), La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus : *BJS* 2008, p. 806.

LECOURT (B.), Accès à l'information sur les sociétés : directive sur l'interconnexion des registres du commerce et des sociétés au sein de l'Union européenne : *Rev. sociétés,* 2012, p. 656.

LECOURT (B.), Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux : *Rép. Sociétés*, Dalloz sept. 2006, dernière mise à jour janv. 2016.

LECOURT (B.), Commission Europeenne (ex. commission des communautés européennes), Livre vert sur l'interconnexion des registres du commerce, 4 nov. 2009 *: Rev. sociétés* 2009, p. 892.

LECOURT (B.), Communication de la Commission « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises » : mesures ayant trait au droit des sociétés : *Rev. sociétés*, 2016, p. 124.

LECOURT (B.), Droit des sociétés de l'Union européenne : Ency. Dalloz, *RDE,* de mars 2014, actualisé en janv. 2016.

LECOURT (B.), Fusions et scissions transfrontalières —Publication des réponses à la consultation publique : *Rev. sociétés*, 2015, p. 687.

LECOURT (B.), L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? *Rev. sociétés*, 2004, p. 223.

LECUYER (H.), Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société créancière ou de la société débitrice *: Dr. sociétés* 2006, comm.16.

LEDOUX (P.), La nature de la préférence : *BJS* 2006, p. 1219.

LEFAILLET (CH.) et BENOIT (A.), La confidentialité dans les opérations de haut de bilan des sociétés non cotées, in dossier La lettre d'intention : *Option finance,* La lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity, 15 juin 2015, p. 6.

LÉOBON (T.), La partie déclarative des conventions de garantie de passif : *JCP E* 2010, 1391.

LEQUETTE (S.), Le contrat-coopération-contribution à la théorie générale du contrat : *RTD civ.* 2012, p. 588.

LEROY (Y.), La notion d'effectivité du droit : *Droit et société*, 3/2011, n° 79, pp. 715-732.

LIENHARD (A.), Conditions de l'absorption d'une SA par une SAS *: D.* 2005, AJ p. 716.

LOUSSOUARN (Y.), Obligations et contrats spéciaux, Action paulienne : *RTD civ.*, 1973, p. 771.

LOUSSOUARN (Y.), TROCHU (M.) et SOTOMAYOR (R.M.), Nationalité des sociétés : *JCL Sociétés traité*, Fasc. n° 28-60 du 18 mars 2016.

LUCAS (F.-X.), Le RCS, expression du génie français : *BJS* 2013, p. 1.

LUCAS (F.-X.), La loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques in *Dr. sociétés* n° 8-9, hors-série, 2001, spéc. p. 17.

LUCAS (F.-X.), Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur *: RDBF* 2002, p. 216.

MAISON-BLANCHE (C.) La fusion : les conséquences en matière de franchissement de seuils et de détention des droits de vote : *RTDF* 2008, p. 93.

MAITRE (A.) et BOILLOT (C.) Fusions… et confusions. - A propos du décret du 9 novembre 2011 : *JCP G* 2011. 1305.

MANSUY (F.), Assemblées d'actionnaires. — Règles communes à toutes les assemblées. — Préparation de l'assemblée. Information des actionnaires *: JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 136-30 du 26 mars 2012, mis à jour le 23 févr. 2016.

MANSUY (F.), Assemblées d'actionnaires. — Règles communes à toutes les assemblées. — Participation de l'actionnaire à l'assemblée : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 136-20 du 7 nov. 2007, mis à jour le 23 mai 2014.

MANSUY (F.), Assemblées d'actionnaires. — Règles communes à toutes les assemblées. — Tenue de l'assemblée : *JCL Sociétés Traité*, Fasc. n° 136-35 du 10 juin 2015, mis à jour le 9 déc. 2015.

MARINI (Ph.), Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées : *LPA* 4 nov. 1998, p. 27.

MARTIN (D.), Étude comparative de différentes modalités de rapprochements transfrontaliers : *Cah. dr. entr.,* n° 6, nov. 2011, dossier 37.

MARTIN (D.), LE NABASQUE (H.), MORTIER (R.), FALLET (C.), et PIETRANCOSTA (A.)., Les actions de préférence : *Actes prat. ing. sociétaire,* nov.-déc. 2012, n° 126, dossier 6.

MASSART (TH.), Les actions de préférence et la question du droit de vote, in Le nouveau droit des valeurs mobilières après la réforme du 24 juin 2004 : *Dr. et patr.* oct. 2004, n° 130, p. 86.

MATSOPOULOU (H), Responsabilité pénale des personnes morales : *Rep. droit des sociétés*, *D.* sept. 2002, mise à jour juin 2016.

MEKKI (M.), Le patrimoine aujourd'hui : *JCP G*, 2011, D. 1258.

MENJUCQ (M.), La filialisation internationale par apport partiel d'actif en ligne sur *www.revuegeneraledudroit.eu* du 13 juil. 2001.

MENU (S.), Réflexions sur le préjudice précontractuel : *LPA*, 1er févr. 2006, n° 23, p.6.

MERCADAL (B.), À propos de la clause « *Material Adverse Change* » en matière de fusions de sociétés*, RJDA* 2/2003, p. 83.

MERLE (Ph.), Le nouveau droit des sociétés de l'OHADA, in *Mel. M. GERMAIN*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 565.

MICHEL-CORDIER (E.), VAMPARYS (X.), « Clause de breakup et pourparlers en vue de la cession de droits sociaux » *: BJS 2009*, p. 820.

MICHELIN-FINIELZ (S.), L'expertise de l'article 226 et l'expertise préventive dans la société anonyme : *Rev. sociétés* 1982, p. 33.

MONOD (F.), Droits non financiers attachés aux actions privilégiées : Dr. sociétés 1996, chron. 9 ; Droits financiers attachés aux actions privilégiées : *Dr. sociétés* 1995, chron. 3.

MORELLI (N.), Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : *BJS* 2004, p. 932.

MORTIER (R.), Rachats d'actions ou de parts sociales-Généralités : *JCL Banque-crédit-bourse,* Fasc. n° 1658, mis à jour 6 juin 2014.

MORTIER (R.), Rachats d'actions ou de parts sociales en vue d'une réduction du capital social : *JCL Banque-Crédit*, Fasc. 1659 dernière mise à jour le 11 avr. 2011.

MOULIN (J.-M.), Précisions quant à la responsabilité pénale du commissaire aux apports : *Rev. sociétés*, 2016, p.616.

MOULIN (J.-M.), « Fusion, scission, Apport partiel d'actif » : *Rép. droit des sociétés* de janv. 2011. Ce document a été actualisé en avr. 2016.

MOULIN (J.-M.), La fusion à l'épreuve de la liberté contractuelle, in le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, *Mél. P. LE CANNU* : Dalloz-LGDJ, 2014, p. 741.

MOURY (J.), Expertise de gestion-La concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, in prospectives du droit économique : *dialogues avec M. JEANTIN,* Dalloz, 1999, p. 298.

MOUSSERON (P.), LA COTARDIÈRE (A.) et VICTOR-MICHEL (L.), Les clauses de break-up fee : essai d'analyse quantitative : *BJS* 2015, p. 160.

MOUSSERON (P.), Les conventions de garantie dans les cessions de contrôle : JCL Commercial, Fasc. n° 1110 du 8 sept. 2011, dernière mise à jour 5 oct. 2012 —Les conventions de garantie dans les opérations sur droits sociaux : *BJS* 2009, p. 892.

NICOLAS (E.), La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente : *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

NORMAND (J.), Les limites du référé probatoire (art.145 NCPC) : *RTD civ.*, 1990, p. 134.

OHL (D.), Valeurs mobilières : *Rep. droit des sociétés*, sept. 2005, mise à jour juin 2016.

PAILLUSSEAU (J.), La garantie de conformité dans les cessions de contrôle : *JCP E* 2007, n° 1238.

PETOT-FONTAINE (M.), Sarl-Fusions et scissions-Apport partiel d'actif : *JCL Sociétés* Traité, Fasc.79-10, 23 mars 2012, dernière mise à jour le 13 oct. 2014

PEZANT (M.), Les accords de confidentialité : *Actes prat. ing. sociétaire*, mars-avril 2015.

PIERRE (J.-L.), Efficacité des pénalités fiscales, principe de personnalité des peines et personnes morales : *Dr. fiscal* n° 6, 2010, comm. 181.

PINOTEAU (Ch.), A propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel : *JCP G* 1973, études et commentaires n° 11134.

PIROLLI (R.), La parité d'échange des titres dans les fusions, in *Mél. VIGREUX*, tome II, 1981, p. 607.

PLANE (M.) et PUJALS (G.), Les banques dans la crise : *Rev. OFCE*, n° 110, juil. 2009, p. 179 et s. spéc. p.196, en ligne sur *www.ofce.sciences-po.fr*.

POITRINAL (F. D.), Actions de priorité : jusqu'où peut-on aller ? : *Banque et droit* 1998, n° 57, p. 14.

PORACCHIA (D.) et MARLAND (L.), LBO (Acquisition avec effet de levier) : *Rép. droit des sociétés*, janv. 2005, actualisation, janv. 2014.

PORACCHIA (D.), Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commise à l'occasion de fonctions, in le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, *Mél. P. LE CANNU* : Dalloz-LGDJ, 2014, p. 377.

PRAICHEUX (S.), Sûretés financières : *Rép. droit des sociétés*, oct. 2010, actualisé en janv. 2012.

REILLE (F) « Les conditions de l'extension de procédure collective. Dix questions-réponses » : *Gaz. Pal.* 19 janv. 2016, n° 2541, p. 80.

REINHARD (Y.), Exécution en nature des pactes d'actionnaires : *RDC* 2005, p.115

REYGROBELLET (A.), L'action civile en cas de délits comptables : *LPA* 2007, p. 57.

RIZZO (F.), Le principe d'intangibilité des engagements des associés, *RTD com.* 2000, p. 27.

ROBERT (J.-M.), Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature : *D.* 1974, I, p. 94.

ROUSSEL (F.), LARCHER (M.-Ch.), HOAREAU (O.) et DOBIGNY (A.), De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) : *JCP E*, 2008, 2199.

ROY-BOSSI (S.), Les mécanismes de liquidation préférences en droit français : *BJS* 2007, p. 429.

SAINTOURENS (B.) et EMY (P.), Simplification et amélioration de la qualité du droit après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *: Rev. sociétés* 2011, p.467 et s., spéc. n° 21.

SAINTOURENS (B.), Les réformes du droit des sociétés par la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : *Rev. sociétés* 1994, p. 628.

SALOMON (R.), Commentaire sur la loi n° 2013-907, 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique : *Dr. sociétés*, 2014, comm.36.

SCHILLER (S.), L'évaluation de la préférence : *Rev. sociétés*, 2006, p. 703.

SCHILLER (S.), La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution des sociétés : *Rev. sociétés*, 2014, p. 211.

SCHILLER (S.), La rétroactivité des fusions : *JCP E*, 2013, 1513.

SCHMIDT (D.) De l'intérêt commun des associés : *JCP E*, 1994. 404.

SEBIRE (M.-E.) et ISSAD (M.), La modernisation du droit des émissions obligataires et le big bang de la représentation des porteurs d'obligations : *Bull.joly Bourse*, 2017, p. 282.

SEGAL (L.), PELCERF (V.), Fusions, scissions et apports partiels d'actifs : harmonisation des délais et modification du régime de publicité par le décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011, *option Finance* n° 1166 du 26 mars 2012, p. 34.

SIMLER (Ph.), Garanties autonomes-Nature juridique-Caractères-Typologie : *JCL Banque Crédit Bourse*, Fasc. n° 742, dernière mise à jour, 27 août 2015.

SIMLER (Ph.), Sûretés réelles — Classification : *JCL Civil Code*, Fasc. unique, date de dernière mise à jour 14 oct. 2015.

SOLLE (B.), La question des valeurs d'apport dans les fusions : vrai ou faux problème ? : *BF Lefebvre* 6/1995, p. 387, n° 4.

SYLVESTRE (S.), Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? *BJS*, 2002, p. 1003.

SYNVET (H.), La détermination du montant de la parité d'échange dans les fusions de sociétés cotées, in *Mél. DIDIER R. MARTIN*, LGDJ, 2015, p.573.

TEZENAS du MONTCEL (A.) et MARTIN (B.), Application de la loi Florange — Étude des AG 2015 : *JCP E* 2015, 1488.

TROCHU (M.), JEANTIN (M.), LANGE (D.), De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés (à propos de l'affaire Agache-Willot – Saint Frères, Le Bon Marché, La Belle Jardinière) : *D.* 1975, chr. II.

UETWILLER (J.-J.), L'absorption d'une SA par une SAS est-elle une transformation ? *Gaz. Pal.*, 20 janv. 2005, p. 12.

URBAIN-PARLÉANI (I.) et BOIZARD (M.), L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 : *Rev. sociétés*, 1996, p. 447.

URBAIN-PARLEANI (I.), L'expertise de gestion et l'expertise *in futurum* : *Rev. sociétés* 2003, p. 223.

URBAIN-PARLEANI (I.), La fusion absorption à l'épreuve des clauses d'agrément, le cas particulier des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce, in *Mél. Y. GUYON*, aspects actuels du droit des affaires, Dalloz 2003, p.1062.

VABRES (R.), Masse des obligataires : *Dr. sociétés*, 2017, comm.148.

VALUET (J.-P.), Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double : *Dr. sociétés*, 2014, spéc. n° 20.

VASSEUR (M.), L'estimation de la valeur des entreprises et le droit commercial : *RTD com.*, 1963, p.221 et s., spéc. p. 228.

VATINET (R.), La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles : *Rev. sociétés*, 2003, p. 247.

VIANDIER (A.), Les actions de préférence — (Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, art.31) : *JCP E* 2004, 1440.

VIANDIER (A.), Les actions de préférence : *JCP E* 2004, 1440.

VIANDIER (A.), Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés*, in Mél. C. MOULY*, Litec, 1998, p. 198.

VIANDIER (A.), Quelques aspects pratiques des fusions : *RJDA* 3/91, p.171

VIDAL (D.), La responsabilité civile des dirigeants sociaux — pour un plaidoyer en faveur d'un changement de désignation de la faute séparable : *JCP 2001, Cahiers dr. entr.,* n° 3., spéc. p. 19.

WDOWIAK (S.), La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre incertitudes et hésitations *: Gaz. Pal.* 6 avr. 2013, p. 8, spéc. n° 6.

Droit OHADA

AGBOYIBOR (P.K.), Juge de l'exécution et juge des référés dans l'O.H.A.D.A : *RDAI*, 2003, p. 216 et s.

AKAM AKAM (A.), La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA : *Rev. internationale de droit économiqu*e, 2007, p. 211.

BRIZOUA-BI (M.), Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA : *Dr. pat.* 2010, p. 60.

CARTRON (A.-M.) et MARTOR (B.), L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA *: Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1, Janv-Févr. 2010, p. 24.

FOKO (A.), L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA : *Rec. Penant* n° 867, 2009, p. 173.

GAY (B.), OHADA : le droit de vote privilégié dans les sociétés par actions : *JCP E* 2016, 1017.

ISSA-SAYEGH (J.), « L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone Franc », *Revue de jurisprudence commerciale*, juin 1999, p. 3.

LENDONGO (P.) Le registre du commerce et du crédit mobilier, (formation pour de juristes camerounais en droit OHADA du 11 au 22 avril 2011) en ligne sur *www.ohada.org.*

LOUKAKOU (D.), Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA : *Rec. Penant* n° 848, juil.-sept. 2004.

MASAMBA (R.), Le régime des nullités issu de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE : *Jour. sociétés* n° 120, 2014, p. 21.

MBOSSO (J.), Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé : *RDAI*, 2000, p. 216 et s., spéc. p. 217.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), La réforme du droit des sociétés commerciales de droit O.H.A.D.A : *Rev. sociétés*, 2002, p. 255 et s., spéc. p. 260.

MOUKALA-MOUKOKO (C.), L'état de l'application du droit pénal des affaires OHADA dans les Etats-parties : en ligne sur le site *OHADA.com* sous ohadata D-15-13

MOUKALA-MOUKOKO (C.), Le dirigeant Pénalement responsable, en ligne sur le site *OHADA.com* sous Ohadata D-15-16.

NDIAYE MBAYE (M.), Fusions, scissions et apports partiels d'actifs, in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la direction de POUGOUÉ (P.-G.), édition Lamy 2011

NDIAYE MBAYE (M.), Le transfert intracommunautaire du siège social dans l'espace Ohada : *Penant* n° 857, oct.-déc. 2006, pp.416-432.

NEMEDEU (R.), Une présentation critique de l'acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan OCAM-CEMAC : Juris périodique 2004, p.94, (en ligne) sur *OHADA.com* sous Ohadata D-06-29.

NJOYA NKAMGA (B.), Dirigeants sociaux, in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la direction de POUGOUÉ (P.-G.), édition Lamy 2011, p. 692, n° 352.

NOUVION (F.), Filialisation des succursales de sociétés étrangères en sociétés de droit OHADA Aspects juridiques et enjeux fiscaux : *Rec. Penant*, n° 892 Juillet-Septembre 2015.

SAMB (M.), La révision des sûretés personnelles en droit OHADA : *Revue de droit uniforme africain*, n° 005, 2011, p. 8-16.

VI) RAPPORTS, REPONSES MINISTERIELLES ET DOCUMENTS DIVERS

Rapports

BECH-BRUNN, LEXIDALE, Study on the application of the cross-border mergers for the directorate general the internal market and services and the European Union, septembre 2013.

DAMON (D.), Rapport sur la consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés, réactions de la chambre de commerce et de l'industrie de Paris (CCIP), adopté à l'Assemblée Générale le 3 mai 2012.

PETIT (B.), Rapport sur le préjudice personnel de l'associé : RJDA 10/05, p. 924.

MARINI (P.), *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier Ministre, La documentation française, 1996.

Documents divers

Les documents de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)

AMF (ex COB), Rapport annuel, 1981.

AMF (ex COB), Rapport annuel, 1987.

AMF (ex COB), Rapport annuel, 1976.

Bull. AMF (ex COB) janv.1980.

Bull. AMF (ex COB), n° 295, octobre 1995.

Position-recomm. n° 2011-11 du 21 juill. 2011 sur les opérations d'apports ou de fusion.

Rapport AMF (ex COB) 1980, p.42

Recommandations du 31 décembre 1972 concernant L'information à l'occasion des assemblées générales extraordinaires appelées à approuver des opérations d'apport ou de fusion - Rémunération des apports dans les opérations de fusion ou d'apport partiel : Bulletin n°44.

Recommandations Juillet-Août 1977 concernant l'information des actionnaires et la rémunération des apports en nature dans les opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif : Bulletin n°95.

Les documents de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA)

ANSA, L'ordre du jour des Assemblées générales après l'arrêt du 25 septembre 2012, n° 12-063, déc. 2012.

ANSA, n° 11-055, courrier de la Direction des Affaires civiles et du Sceau en date du 25 novembre 2011.

ANSA, n°2552, mai-juin 1991.

ANSA, Procédures des opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif après la loi " Madelin" du 11 février 1994 : mai-juin 1994, n° 2708.

ANSA-AFEP-MEDEF, Requête commune, Décret du 9 novembre 2011 sur les fusions-difficultés pratiques, com.11-055.

COMITE JURIDIQUE de sept-oct., 1994, n°273.

COMITE JURIDIQUE du 10 sept.2003, n°04-004.

COMITÉ JURIDIQUE du 12 oct. 2011, n°11-057.

COMITE JURIDIQUE du 3 févr.1999, n°3010.

COMITÉ JURIDIQUE du 3 sept. 2008, n°08-037.

COMITE JURIDIQUE du 5 avril 1995, n°331.

COMITE JURIDIQUE du 5 oct. 1994, n°310.

COMITE JURIDIQUE du 7 mai 1997, n° 421, n° 2908.

COMMUNICATION. nov. 1988, n°2433.

Commission europeenne

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », COM(2015) 550 final, 28 oct. 2015.

Conseil des Barreaux Européens (CCBE)

Réponse à la consultation de la commission européenne sur les fusions et les scissions transfrontalières, 22 févr. 2015.

Réponse à la proposition de la Commission sur les fusions transfrontalières des sociétés, du 5 mars 2004.

Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC)

Avis technique, La mission de commissariat à la fusion, 02 décembre 2010.

Bull.CNCC n° 170, juin 2013, CEP 2012-18.

CNCC, Etudes juridiques, Etudes n°20 : Fusions et opérations assimilées, 1988.

Administration fiscale

BOFIP, Titre premier fusions de sociétés-Généralités et rappel des régimes antérieurs [DB 4I1], 1er nov. 1995, réf. n°4I1, en ligne sur archives-bofip.impots.gouv. fr.

Réponses ministérielles

Rép. min. n° 13316 : JO Senat Q 30 sept. 2004, p. 2236.

Rép. min. à Quest. écrite nº 20598 : *JOAN* Q 30 janv. 1995, p. 595.

Rép. min. n° 31295 : JOAN CR, 3 déc. 1990, p. 5543.

Rép. Min. n° 23088 : JOAN Q, 26 nov. 1975, p. 8951.

Réponse sur les opérations de fusion, JOAN, 5 avril 1975, p. 1080.

CHAMBON, Rép. Min., 18 mai 1974 : *Rev. sociétés*, 1974, p.57.

Rép. min. n°27712 : JOAN Q 24 févr. 1973, p. 460

Rép. min. nº 5482, *JOAN* 5 déc. 1973.

Article de presse

Les Échos

ALBOUY (M.), LAFARGE-HOLCIM, Une fusion entre égaux ? Les Echos du 23 juil. 2015.

RICHEBOIS (V.), « Publicis-Omnicom, récit d'une fusion mort-née », Les Échos du 28 mai 2014.

SCHMITT (F.) et GUEUGNEAU (R.), « Bouygues engage un bras de fer avec l'Etat pour vendre sa filiale à Orange », Les Echos du 31 mars 2016.

SCHMITT (F.) et GUEUGNEAU (R.), « Orange - Bouygues, ou l'éternel psychodrame des télécoms français », Les Echos du 05 avr. 2016.

VIANDIER (A.), Le juge, l'administrateur et l'actionnaire minoritaire, Les Echos du 4 juill. 2002.

La Tribune

AUTEUR INCONNU, « Bayer lorgne Monsanto en vue d'une fusion de titans », 19 mai 2016

AUTEUR INCONNU, « T-Mobile : AT&T annule son offre de 30 milliards d'euros », La Tribune du 20 déc. 2011.

CUNY (D.), L'arme secrète de Bouygues pour SFR : une clause de non-exécution colossale : la tribune du 24 mars 2014.

LEJOUX (C.), 2015, année record pour les fusions-acquisitions dans le monde, in la Tribune du 29 déc. 2015.

Le monde Economie

COSNARD (D.), Les actionnaires d'HOLCIM scellent les noces de ciment avec LAFARGE : Le Monde Economie du 8 mai 2015

VII) CODES, LOIS ET DECRETS

Codes français

Code de commerce 2017.

Code civil 2017.

Code de procédure civile française 2017.

Lois françaises

Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions des sociétés commerciales modifiant la loi n° 68-538 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : JO du 6 janvier 1988, p. 227 et s.

Loi no 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifié : JORF n° 2 du 4 janvier 1994, p. 129.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : JO 22 juin 2004.

Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire : JORF n°0155 du 4 juillet 2008, p. 10705.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : JORF n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471.

Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives : JORF n° 0071 du 23 mars 2012, p. 5226.

Loi n° 2013-907, 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique : Journal officiel 12 Octobre 2013 et rectif. Journal officiel 3 Décembre 2013.

Décrets français

Décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés : JORF n° 0261 du 10 novembre 2011, p. 18893.

Textes africains

Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

Acte uniforme sur les sûretés.

Cameroun : Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA.

République Centrafricaine : Loi n° 10 001 du 06 janv. 2010 portant Code pénal centrafricain, art.215 : J.O.R.C.A. 2010, éd. spéciale, 15 janv. 2010.

Textes européens

Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE du 27 juin 2001.

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 rendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (version codifiée).

Directive n° 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre (version codifiée) : JOUE, 25 nov. 2009.

Directive n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 sur les fusions de SA : JOUE 29 avr. 2011.

Dir. Parl. et Cons. UE n° 2012/17 du 13 juin 2012 sur l'interconnexion des registres du commerce et des sociétés, modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés : *JOUE* 16 juin 2012.

Règl. n° 1255/2012/UE du 11 déc. 2012 modifiant le règlement (CE) no 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) no 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 12, les normes internationales d'information financière IFRS 1 et 13 et l'interprétation IFRIC 20 de l'International Financial Reporting Interpretations Committee : *JOUE* 29 déc. 2012.

Dir. 2012/30/UE DU Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États

membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (refonte) : *JOUE* 14 nov. 2012.

Dir. (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés : *JOUE* 30 juin 2017.

VIII)JURISPRUDENCE

Jurisprudence européenne

Cour de justice de l'union européenne

CJUE, 5 oct. 2004, n° C-397/01 à C-403/01, Pfeiffer e.a. CJCE, 26 févr. 1986, n°152/85, Marshall c/Southampton and Southe-West Hampshire Area Health authority.

CJCE, 3 mai 2005, n° C-387/02, Berlusconi : *Rec. CJCE*, I, p. 3565, pt 74.

CJUE, 4 juill. 2006, n° C-212/04, Adeneler c/ Ellinikos Organismos Galaktos, pt 110.

CJUE, 1re ch., 8 mars 2017, aff. C-14/16, Euro Park Service : *JCP* E, mars 2017, act. 239; D. 2017, p. 567.

Jurisprudence française

Cour de cassation

Cass. com., 16 juill.1985: *BJS* 1986, p.361; *Bull. civ*, n° 218, p.180; *JCP*, 1985, IV, 334.

Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15745.

Cass. com., 1er juin 1993, n° 91-14.740.

Cass. com., 5 janv. 1926 : *Gaz. Pal.* 1926, 1, 389.

Cass. com., QPC, 18 févr. 2016, n° 15-22.317: *JurisData* n° 2016-002822.

Cass. com., 11 juin 1954 : *JCP G* 1954, II, n° 8387.

Cass. civ., 1ère, 18 déc. 1957 : *Bull.civ.*, I, n° 69 ; D. 58. 224.

Cass. com., 9 mai 1961 : *Bull. civ.* IV, n° 203.

Cass. com., 13 févr. 1963 : *Bull.civ.*, III, n° 87.

Cass. civ., 3ème, 22 nov. 1968 : *RTD civ.*, 1969, p.562.

Cass. civ. 15 déc. 1969, n°67-13.253 : *Bull. civ.* IV, n° 382.

Cass. com., 28 juin 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 182, p. 170.

Cass. com., 17 oct. 1978: *Bull. civ.*, IV, n° 231, p.195.

Cass. com., 21 avr. 1980, n°78-14765: *Bull. civ.* IV, n° 158

Cass. crim., 26 janv. 2010, n° 09-81.864.

Cass. civ., 1re, 25 déc. 1981 : *JCP G*, 1981. II.19628.

Cass. com. 4 mars 1986 : *BJS* 1986, p. 887.

Cass. com., 17 octobre 1989 : *Dr. sociétés*, 1989, Comm. n° 385.

Cass. civ., 1ère13 janv. 1993, Sté française de factoring international factors France c/Clouzet : *Bull.*civ. 1993, I, n° 5, p. 4 ; *JCP G* 1993, II, 22 027.

Cass. com., 21 févr. 1995 : *BRDA* 1995/9, p. 4.

Cass. com., 9 mai 1995 : *RJDA*, 1995/7, p.677, n° 846.

Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-16776.

Cass. civ., 12 novembre 2003, n° 12-10. 252.

Cass. com. 26 nov. 2003, n°00-10.949.

Cass. com., 21 janv. 2004: *RJDA* 2004, n° 712.

Cass. com. 21 sept. 2004 n° 1241 : *RJDA* 12/04 n° 1326.

Cass. com. 8 nov. 2005 n° 1380: *RJDA* 3/06 n° 271.

Cass. civ. 3e, 28 juin 2006, n° 04-20.040.

Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14846**.**

Cass. civ. 3e, 7 janv. 2009, n° 07-20.783.

Cass. com. 9. mars 2010 n° 08-21.547: *RJDA* 6/10 n° 637.

Cass. com., 13 juil. 2010, n° 09-13103.

Cass. civ., 3e, 11 janv. 2012, n° 10–20.633: *JurisData* n° 2012-000275.

Cass. com., 11 sept. 2012, n° 09-69 347 (F-D).

Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-17.195 : *JurisData* n° 2013-012523 ; *RJDA* 12/2013, n° 1022, p. 961.

Cass. com. 12 mars 2013 n° 12-11.970 (n° 252 F-D).

Cass. soc., 10 déc. 2014, n° 13-22430 et s., n° 13-23255 et s., et n° 13-21157 et s.

Cass. crim., 3 févr. 2016, n° 14-85198.

Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 14-27.266, affaires des salariés de Continental France.

Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 15-15481, affaires 3 Suisses.

Cass com., 11 janv 2017, n° 14-27052 : *BRDA* 3/17 n° 2, p.3.

Cass. com., 22 févr. 2017, n° 14-26704, F-D.

Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-19851, F-D.

Cass. com. 28 juin 2017 n° 15-27605.

Conseil d'Etat

CE, 10e et 9e, 14 nov.2005 n° 254313 aff. M et Mme Lemoine.

CE, 16 mai 1993 : *RJF* 7/93, n° 983.

CE, 17 déc. 2008, n° 316000 : *RJDA* 04/09, n° 358.

CE, 22 nov. 2000, n° 207697.

CE, 26 mai 1993 : *RJF* 7/93 n° 982.

CE, 30 mai 2007, n° 293423 : *RJDA* 02/08, n° 151.

CE, 9e sous-section jugeant seule, 23/07/2014, 359 902, Inédit.

Cour d'appel

CA Douai, 22 fév. 1978 : *Gaz. Pal.* 1978. 2. Somm. 472.

CA Paris, 15 sept. 1999, SA FCB : *Juris-Data* n° 1999-117335.

CA Rouen 17 mars 1970, 2e ch., Jean Canthelou et autres c/Société des Anciens Etablissements Gasse Frères et Canthelou Réunis : *Gaz. Pal.* 1970 II, jur., p. 236.

CA Aix, 29 nov .2000 : *JurisData*, n° 131638.

CA Aix-en-Provence, 16 mars 2010, n° 09/06356.

CA Bordeaux, 12 déc. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-332634.

CA Bordeaux, 16 avr. 2008 : *Juris-Data* n° 2008-367367.

CA Caen, 20 févr. 2007 : *Juris-Data* n° 2007-340859.

CA Colmar, 4 févr.1994: *JurisData* n° 046643.

CA Limoges, 17 janv. 2013 n° 11/01356.

CA Lyon, 1er oct. 2015, n° 13/07719 : *JurisData* n° 2015-021901.

CA Montpellier, 17. déc. 1930 : *DP* 1933 II p. 45.

CA Paris 12 nov. 2009 n° 08-22448, ch. 5-9, Caisse de prévoyance des agents de la sécurité sociale et assimilés (Capssa) c/Tsatsaris : *RJDA* 5/2010, n° 517.

CA Paris 16 nov. 2010, n° 08/16014 : *RJDA* 6/11 n° 518.

CA Paris, 10 déc. 2009, n° 07/07101.

CA Paris, 12 mars 2008, n° 06/04526.

CA Paris, 12 févr. 2013, SCI Sycomore: *Juris-Data* n° 2013-002270.

CA Paris, 14 nov. 2007 : *Juris-Data* n° 2007-359027.

CA Paris, 14ème ch. A, 26 mars 2003 : *RJDA* 2003, n° 841, p.745.

CA Paris, 15 mars 1990 : *Dr. sociétés,* 1990, comm. n° 131.

CA Paris, 16 janv. 1996, Berthier et a. c/SA Matra-Hachette : *JCP E* 1996, n° 7, p. 215.

CA Paris, 16 mai 2012 : *Juris-Data* n° 2012-010693.

CA Paris, 17 nov. 2010, n° 09/07199.

CA Paris, 17 avr.1976 : *Rev. sociétés*, 1977, p. 69.

CA Paris, 1er. B, 8 déc.1988, Gugenheim c/S.A Au Bon Marché : *BJS* 1989, p. 337.

CA Paris, 20 mai 2010, 07/18 265.

CA Paris, 23 janv. 2009, n° 07/16 908.

CA Paris, 27 sept. 2006, SARL Aqies : *Juris-Data* n° 2006-321289.

CA Paris, 28 mars 1997 : Juris-Data n°021924.

CA Paris, 29 juin 2004, n° 03-19704 : *RJDA* 1/05 n° 36.

CA. Paris, 13 octobre 2004 : *RJDA* 3/05, n° 266, p. 222.

CA Paris, 3e ch., B, 27 janv. 1995 : *JurisData* n° 1995-021207 ; *Dr. sociétés,* 1995, comm. n° 78.

CA Paris, 4 juill.1991 : *JCP E* 1991, pan. 991.

CA Paris, 4 mai 2000 : *D.* 2000, IR 369, *Rev. sociétés* 2 000 584.

CA Paris, 6 déc. 1984, Sté Verzinkerei Zug AG c./S.A Aubecq Auxi et autres : *BJS*, 1985, p. 322.

CA Pau, 2e ch., sec.1 19 mars 2015, n° 15/1148, n° 13/04011.

CA Poitiers, 20 nov. 2015, n° 14/02445 : *JurisData* n° 2015-025157.

CA Riom, 10 juin 1992 : *JurisData*, n° 001635.

CA Rouen, 2e ch., 17 mai 1990 : *JurisData* n° 1990-600230 ; *BJS* 1991, p. 407.

CA Rouen, 5 mai 2009 : *Juris-Data* n° 2009-003921.

CA Toulouse, 22 juin 2010, n° 10/156.

CA Versailles, 21 janv. 1993 : *Rev. sociétés,* 1993, p. 884.

CA Versailles, ch. 14, 11 sept. 2014, n° 14/03997, SARL Aviatec ; SA Motul ; SELARL Minault/c SA Motul.

CA Versailles, 2 déc. 1987 : *D.* 1988, *inf. rap.* 16.

Tribunaux

TGI Angers, 8 oct. 2009 : *Juris-Data* n° 2009-011061.

TGI Paris, réf. 16 mai 1988 : *JCP*. 1988. IV. 261.

TGI Strasbourg, 23 sept. 1969 : *RJ. com*. 1970, p. 150, n° 16.

Trib. com. paris, 28 déc. 1994 : *RDBB*, 1995, p. 32-33.

Trib. corr. Paris, 16 mai 1974 : *Rev. sociétés*, 1975, p. 657 ; D. 1975,37.

Trib.com. Paris 12 juin 1972 : *BJS* 1973, p. 324.

Jurisprudence OHADA

CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, aff. Société Continentale des Pétroles et d'Investissements, M. Sefou Fagbohoun, Sonacop, M.Cyr Koty, M. Mounirou Omichessan c/Etat béninois, Ohadata J -06-101.

TPI Yaoundé, Ord. Réf. n° 494/0, 6 février 2001 Ndjeudjui Thaddée c/Continental Business Machines S.A.

CA Abidjan, arrêt n° 1121 du 8 août 2003, La société ASH international Disposal et autres c/Zokora Simplice : ohadata J -03-320.

CA Abidjan, n° 376 du 2 mars 2004, Sté Metalock Process-U Sarl c/Tourre Guitart Jorge Clusela, Ohadata J -04-489.

CA Centre/Yaoundé, arrêt n° 75/Civ/04-05 du 17 nov. 2004, Aff. n° 317/RG/04-05, SNAC, SNAC VIE, Jean Chebaut c/Mouiche Moïse.

CCJA, Arrêt n° 021/2003 du 18 avril 2013. Affaire Société Nationale d'Assurance, du Crédit et du cautionnement dite SONAC c/1. Banque Islamique du Sénégal dite BIS ; 2. Nouvelle société des mines et travaux publics dite NSMTP.

CCJA, Arrêt n° 022/2013 du 18 avril 2013, Affaire Organisation Internationale pour les Migrations dite OIM c/Madame MEKPE ODJO Marguerite, JURIDATA N° J022-04/2013.

Trib. com. d'Abidjan, 27 déc. 2013 : en ligne sur www.tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/contrats/RG1357CC27DEC 2013.

Trib. régional de Niamey, jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Abass Hamoud c/Jacques Claude Lascour.

Trib. Régional de Niamey, Ordonnance de référé n° 245 du 22 oct. 2002, Abass Hammoud c/Jacques Claude Lacour et Dame Evelyne Dorothée Flambard, Ohadata J -04-80.

Trib. Régional Hors classe de Dakar, Ordonnance de référé n° 1671 du 23 déc. 2002, Abdoulaye Ndiaye c/Ndiouga Lo, Ohadata J -03-186.

Trib. Régional Hors classe de Dakar, Ordonnance référé n° 901, du 9 août 1999, Hassane Yacine c/Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohadata J -02-198.

Notes et observations de jurisprudence française

ALDIGÉ (B.) note sous Cass.soc., 19 nov. 2014, n° 13-19263 et s., FS-PB : *JCP G*, 2014, 1342.

AMIEL-COSME (L.) note sous Cass. com., 8 févr.2011, F.-D., n°10-12.273, Sté Hydraulique PB c/Sté Duffort-Biguet immobilier : *Rev. sociétés*, 2012, p. 33.

AMRANI-MEKKI (S.) obs. sous Cass. civ., 3ème, 27 mars 2008 : *D.* 2008, p. 2973.

A.P.S. obs. et note sous :

- CA Paris, 26 févr. 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, p. 688.
- Cass. com., 17 juin 1974, n° 73-10.541 : *JurisData* n° 1974-097194 ; Gaz. Pal. 1975, 1, Jurispr. p. 127.
- Cass. com., 12 mars 1974 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 662.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.) note sous Cass.soc., 18 juin 2014, n°12-29691 : *JCP S* 2014, 1416.

BAILLOD (R.) note sous CA Versailles, 11 juin 1998, n° 346/96 : *JurisData* n° 1998-055284 ; *BJS* 1998, p. 1168.

BARBIERI (J.-F.) obs. et note sous :

- Cass. Com., 24 nov. 2015, n° 14-20163: *BJS* 2016, n°2, p.106.
- Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *Rev. sociétés*, 2003, p. 479.
- Cass. com. 1er avr. 1997 n°879 : *RJDA* 5/97 n°659, 2e espèce, *BJS* 1997, p. 650.

BARRET (O), note sous Cass. com., 20 janv. 1987 : *Rev. sociétés*, 1987, p. 401.

BASTIAN (D.) note sous CA Douai, 24 mai 1962 : *JCP* 1962. II. 12871.

LECOURT (B.) note sous Cass. civ., 2e, 1er sept. 2016, n°15-19524.

BERNARD (C.-M.) note sous Cass. com., 12 juil. 2004, n°03-12672 : *BJS* 2004, p.1554.

BERTREL (J.-P.) obs. et note sous :

- Cass. crim., 10 juill. 1995 : *Dr. et patr.,* 1996, n° 36, p. 18.

BESSON (A.) note sous Cass. civ. 9 févr. 1937 : *D.P.* 1937, jur. p. 73.

BOLZE (CH.) note sous Cass. com., 5 mars 1991 n°88-19629 : *Rev.sociétés*, 1991, p. 549.

BONNEAU (T) obs. et note sous :

- CA Versailles, 22 déc. 2006 : *Dr. sociétés*, 2007, p. 28.

- Cass. civ.,2e, 6 mai 1997, n° 95-11857: *JCP E* 1997, II, 983.

- CA Versailles, 13ème ch., 11 fév. 1993 : *Dr. sociétés*, 1993 comm. n° 136.

- Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : D. 1993, 139.

- Cass. com 28 janv. 1992 : *Dr. sociétés*, 1992, p. 77.

B.P note sous Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : *LPA* 1993, n°15, p.17.

BOULOC (B.) obs. et note sous :

- Cass. crim., 23 avr. 2013, n°12-83.244, F-S+P+B: *RTD.com.*, 2013, p.817

- Cass. crim., 14 oct. 1991, n° 90-80.621: *JurisData* n° 1991-003102; *Rev. sociétés*, 1992, p. 782.

- Cass. crim. 4 février 1985, n° 84.91-581, Rozenblum : *Rev. sociétés*, 1985, p. 648.

- Cass. Crim., 12 avr.1976 : *Rev. sociétés*, 1976, p. 293.

BOUSEZ (F.) note sous Cass.soc., 19 nov. 2014, n° 13-19263 et s., FS-PB : *JCP G*, 2014, 1343.

BOUSQUET (J. CL.) obs. et note sous :

- CA Aix, 29 avr. 1980 : *D*. 1983, IR 69.

- CA Riom, 1er déc. 1972 : *D*. 1973, jur. p. 282.

BRIGNON (B.) note sous Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.405 et 14-13.689 : *JurisData* n° 2015-012490 ; *BJS* 2015, p. 446.

BURST (J.-J.) obs. et note sous :

- Cass. com. 13 nov. 1972 : *D*. 1973. 397.

- CA Paris, 1ère., 17 janv. 1972, Margaritoff c. Société Citroën : *JCP G* 1972.

CAFFIN-MOI (M.) note sous Cass. com., 9 avr. 2014, n° 13-11640, SCI France d'Outre-Mer c/ Sté La Bastide, F-PB : *l'essentiel Droit des contrats*, 2014, p. 2.

CAILLAUD (B.) et LE CANNU (P.) note sous Cass. com. 15 juil.1992, n° 90-16409 : *BJS* 1992, p. 1111.

CAMENSULI-FEUILLARD (L.) note sous Cass. com., 9 avr. 2014, n° 13-11640, SCI France d'Outre-Mer c/ Sté La Bastide, F-PB : *BJS* 2014, p. 434.

CAPITANT (H.) note sous Cass. civ., 17 mai 1927 : *D.P,* 1928, I, 25.

CHABOT (G.) note sous Cass. com., 13 mai 2003, n°10955 : *JCP G* 2003, II, 10193.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) obs. sous Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *RTD com.* 2003, p. 741.

CHARTIER (Y.) obs. et note sous :

- Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15.987, Société Bureau Equipement c/ Société Tual : JurisData n° 1996-002212; *Rev. sociétés*, 1997, p. 110.

- Cass. com., 4 juin 1991, n° 89-16.847 : JurisData n° 1991-001489; *JCP E* 1991, pan. 924 ; *Rev. sociétés,* 1992, p. 55.

- Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19.420, 88-19.783, Société Huber et Cie c/ Consorts Lamps : *Rev. sociétés*, 1990, p. 607.

- Cass. com. 29 nov. 1983 : *Rev. sociétés*, 1984, p. 317.

CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) obs. et note sous :

- CA Versailles, 27 janv. 2005 : *JCP E* 2005, 1046.

- Cass. com., 12 juil. 2004, n°03-12672 *: JCP E* 2005, 129.

- Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *JCP E* 2003, p. 1203.

CHOLEY-COMBE (J.-Y.) note sous Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19.420, 88-19.783, Société Huber et Cie c/ Consorts Lamps : D. 1992, p. 56.

COQUELET (M.-L.) obs. et note sous :

- CA Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992, Urssaf de Paris-région parisienne *c/ SARL SCILI*, BJS 2011. 914.

- Cass. civ. 2e, 19 févr.2009, n°05-22.044 : *Dr. sociétés*, 2009, comm. 89.

- Cass. com., 7 juin 2006, n°05-11.384 : *BJS* 2006, p. 1491.

- Cass. civ., 1e, 28 sept. 2004, n°03-10810 : *BJS* 2005, p. 586.

- Cass. com., 10 déc. 2003, n°1790 FD, SA Actival c/SA Cie foncière Fideimur et autre : *BJS* 2004, p. 518.

- Cass. com., 8 juil. 2003, n°1182 FD, Consorts Barré c/SA Brosse Packaging et autres : BJS 2003, p. 1152.

- Cass. com., 19 nov. 2002, n°1907 FSP, Caisse Fédérale de crédit mutuel du Nord c/Sarl Ediscan et autres : *BJS* 2003, p. 178.

- Cass. com., 29 janv. 2002 : BJS 2002, p. 683.

- Cass. com., 17 juil. 2001, n°1502 FP-P, Caisse d'épargne et de prévoyance-Pays de Loire c/Dupas : *Rev. sociétés*, 2002, p. 45.

- Cass. com., 10 oct. 1995 : *BJS*, 1995, p.1058.

CORDONNIER note sous Trib. com. Seine, 19 déc. 1920 : *Journ. sociétés* 1924, p. 516.

COSSON obs. et note sous :

- Cass. crim. 16 janv.1989, n° 87-85.164, Jean-Marcel Renaud et autres : *D.* 1989. 495.

COURET (A.) obs. et note sous :

- Cass. com., 21 janv. 2014, n°12-29166, Sté carrefour, FS-PBR : *BJS* 2014, p.180.

- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841: *JCP E* 2010, 1416.

- CA Paris, 26 mars 2009, n° 07/04287, C. et a. c/ SA Cofradim et a. : *BJS* 2009, p. 741.
- Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-15.977, Chane Nam c/ Banque de La Réunion : *BJS* 2009, p. 399.
- Cass. com.,10 juil. 2007, n°05-1458 (n°968 FSPB), X. : *BJS* 2007, p. 1225.
- CA Paris, 25 oct. 2002 : *BJS* 2003, p. 213.
- Cass. com., 3 juin 1998, Solet c/SA Matra : *BJS* 1998, p. 921.
- CA Paris, 16 janv. 1996, Berthier c/ Matra : Juris-Data n° 1996-020897, BJS 1996, p. 500.
- Cass. crim., 10 juill. 1995 : *BJS* 1995, p. 1048.
- Cass. com., 18 oct. 1994, n°92-12189 : *BJS* 1994, p. 1300.

COURET (A.) et LE CANNU (P.) obs. et note sous :

- Cass. com., 10 oct. 1995 : *LPA* 1995, p.15.
- Cass. crim., 10 juill. 1995 : *BJS* 1995, p. 1048.

DAIGRE (J.-J.) obs. et note sous :

- Cass. 2e civ., 12 juillet 2001 ; Beigbeder c/ Schelcher et a. (arrêt n° 1390 FS-P+B) Juris-Data n° 2001-010673 : *JCP E*, 2003, 287.
- Cass. civ., 3°, 30 avr. 1997, n°95-17598 : *BJS* 1997, p. 877.
- Cass. civ.,2e, 6 mai 1997, n° 95-11857: *BJS* 1997, p. 989.
- Cass. com., 3 juin 1986 : *D.*, 1987, jur. p. 85.

DALSACE (A.) obs. et note sous :

- Cass. com., 7 déc.1967 : *D.*, 1968, 113.
- Cass. com., 7 juin 1963 : *D.* 1964, p. 308.
- CA Douai, 24 mai 1962 : *D.* 1962.688.
- Cass. com., 18 avr. 1961 : *Gaz. Pal.* 1961, 2, jur. p. 15 ; S. 1961, p. 257.
- CA Paris, 4 mai 1960 : *D.* 1960.673.
- Cass. com., 27 oct. 1959: *D.* 1960, p. 454.

D. B obs et note sous :

- Cass. com., 18 avr. 1961 : *D.* 1961, jur. p. 661 ; *JCP G* 1961, II, 12164.

- Cass. com., 6 févr. 1957 : *JCP G* 1957, II, 10325 ; *JCP CI* 1958, 62109 ; *Rev. sociétés,* 1959, p. 29.

DEBOISSY (FL.) obs. et note sous :

- Cass. civ., 3e, 17 mai 2006, n°05-10.936, Sté Immobilière Berri Champs Elysées c/Société Arnell : *JCP E* 2007, 1049, n°6.

DEBOISSY (FL.) et WICKER (G.) obs. et note sous :

- CE, Avis, 4 déc. 2009, n° 329173, Sté Rueil Sports : *JurisData* n° 2009-081570 ; *JCP E* 2010, 1143, § 3.

DE FONTBRESSIN (P.) note sous Trib. com. Paris 4 mai 1981 : *RJ com.* 1982, p. 7.

DELEBECQUE (PH.) obs. et note sous :

- Cass. com., 13 mai 2003, n°10955 : *RDC* 2004, p. 376.

- Cass. com., 5 févr. 1991, n°89-12232 : *BJS* 1991, p. 391.

DELEBECQUE (PH.) et SIMLER (PH.) obs. sous Cass. com., 17 juil. 2001, n°1502 FP-P, Caisse d'épargne et de prévoyance-Pays de Loire c/Dupas : *JCP G* 2001, I, 356.

DEROUIN (P.) note sous Cass. com., 6 févr. 1990 : *BJS* 1990, p. 377.

DONDERO (B.) obs. et note sous :

- Cass. com., 31 janv. 2017, n°15-19.158, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Pyrénées de Gascogne c/Sté nouvelle les Grandes Rousses : *JurisData* n°2017-001404, *BJS* 2017, p. 234.

- Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, P+B, A. c/Sté Habitation moderne : *JurisData* n° 2015-022074 ; *JCP E*, 2016, 1037.

- Cass. com., 15 sept. 2015, no 13-25275, Sté Acosta SPF c/ Sté Vici Carpets: *Gaz. Pal.*, 2016, n°5, p.75.

- Cass. soc., 18 juin 2014, n°12-29691 : *BJS* 2014, p. 441.

- Cass. com., 7 janv. 2014, n°10-18319 : *BJS* 2014, p. 258.

- Cass. com., 12 févr. 2013, n°11-23895 : *BJS* 2013, p. 575.

- Cass. com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280, C. c/SA Comptafrance : *JCP E* 2013, 1000.

- Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-14.154 : *Rev. sociétés*, 2012, p. 418.

- Cass. com., 18 oct. 2011, n° 1018989 : *BJS* 2012, p. 116.

- Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *D.* 2003, jur. 2623.

DUBERTRET (M.) note sous Cass. com., 10 juil. 2007, n°05-1458 (n°968 FSPB), X. : *Rev. sociétés*, 2007, p. 798.

DUPICHOT (P.) note sous Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-26.298 : *JurisData* n° 2014-030506 ; *BJS* 2015, p. 134.

ESMEIN (P.) note sous Cass. civ. 1re, 20 janv. 1953 : *JCP* 1953, II, 7677.

FAGES (B.) obs. et note sous :

- Cass. civ., 3ème, 27 mars 2008 : *RTD civ.* 2008, p.475.

- Cass. com., 20 nov. 2007 : *RTD civ.*, 2008, p. 101.

- CA Paris, 13 sept. 2007 : *RTD civ.*, 2008, p. 101.

- CA Paris, 3e, 4 déc. 2007, no 06/12554, SA Mongoual et autres c/ SAS Montaigne Jean Goujon et autre : *BJS* 2008, p. 307.

FOUCHARD (P.) obs. et note sous :

- CA Dijon, 27 avr. 1983 : *Clunet*, 1983, p. 610.
- TGI Dijon, 9 juin 1981 : *Clunet*, 1983, p.111.

FRANCOIS (J.) obs. sous Cass. civ.,1ère, 15 janv. 2015, n°13-21.174, PB : *D*. 2015.611.

GALLOIS-COCHET (D.) obs. et note sous :

- Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, P+B, A. c/Sté Habitation moderne : *Dr. sociétés,* 2015, comm.12.
- Cass. com., 15 sept. 2015, no 13-25275, Sté Acosta SPF c/ Sté Vici Carpets: *Dr. sociétés*, 2016, comm.8.
- Cass. com., 16 sept. 2014, n°13-17.779 : *Dr. sociétés*, 2014, comm.189.
- Cass. Com., 10 déc. 2013, n° 12-24.198 :*Dr. sociétés*, 2014, comm. 63.
- CA Paris, pôle 5, ch. 8, 26 juin 2012, n° 1104043, Dofirad BV c/ Gross : *Dr. sociétés*, 2012, p. 23.
- Cass. com., 18 oct. 2011, n° 1018989 : *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 10.

GIL (G.) obs. et note sous :

- CA Versailles, 6 août 2015, n°12/08939 : *BJS* 2016, p. 38.
- Cass. civ., 2e, 24 sept. 2015, n°14-19012, Sté Acantys, F-D : *BJS* 2015, p.624.
- Cass. com., 15 sept. 2015, n°13-25275, Sté Acosta SPF c/ Sté Vici Carpets: *BJS* 2015, p. 581.
- Cass. com., 12 mai 2013, n° 12-17579, Sté Reka France, F–D : *BJS* 2013, p. 551.

GODON (L.) obs. et note sous :

- Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-17205, F-D : BJS 2010, p. 32.
- Cass. com., 21 sept. 2004, n°00-21601, SCPC c/Sté CDM : *BJS* 2005, p.73.

GUYÉNOT (J.) obs. et note sous :

- CA Paris, 16 février 1982 : *Rev. sociétés,* 1982, p. 848.
- Cass. com. 26 janv. 1970: *D*. 1970. 643.

GUYON (Y.) obs. et note sous :

- Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : *JCP G*, II, 22029.
- Cass. com 28 janv. 1992 : *Rev. sociétés*, 1992, p. 508.
- CA Paris, 30 nov. 1990 : *Rev. sociétés*, 1991, p. 137.
- CA de Paris, 5e. A, 13 nov. 1990, Desmarais c/Total : *Rev. sociétés*, 1991, p.138

- CA Paris, 26 janv. 1990 : *Rev. sociétés*, 1990, p. 294.
- Cass. com., 10 mai 1988, n°86-16786 : *Bull.civ.*, IV, n°160 ; *BJS* 1988, p.483, n°157 ; *Rev. sociétés*,1988, p.601.
- Trib. com. mixte Pointe-à-Pitre, 9 janv. 1987 : *Rev. sociétés*, 1987, p. 285.
- Cass. crim., 12 avril 1976, affaire dite du Bon-marché : *JCP G* 1977, jur. 18523.
- CA Colmar, 24 septembre 1975 : *D.*1976, p. 348.
- Cass. civ., 7 mars 1972 : *JCP* 1972, II, 17270.
- Cass. com. 26 janv. 1970 : *JCP* 1970. II. 16385.

HALLOUIN (J.-C.) obs. et note sous :

- Cass. com., 12 déc. 2006, n°05-15619 : BJS 2007, p.492.
- Cass. com. 1er avr. 1997 n°879 : *D.* 1998, somm. com. 180.

HAMEL note sous Cass. civ., 21 juin 1950 : *D.* 1951, 749.

HASSLER (TH.) note sous CA Paris, 8 juin 1988 : *D.* 1969. comm. 297.

HÉMARD (J.) obs. sous Cass. com., 10 mars 1976 : *Rev. sociétés,* 1976, p. 332.

HEINICH (J.) obs. sous Cass. crim., 28 févr. 2017, n° 15-81.469 : *JurisData* n° 2017-003478, *Dr. sociétés*, 2017, comm. 80.

HOANG (P.) note sous Cass. com., 14 mai 2013, n°12-15119 : *Rev. sociétés* 2013. p. 611.

HONORAT (A.) obs. et note sous :

- Cass. com., 5 mars 1991 n°88-19629 : *D.*, 1991, 441.
- Cass. com. 18 juill. 1989: *Defrénois* 1990, art. 34788, p. 633.
- Cass. com., 24 févr. 1987, n° 86-14.951 : *JurisData* n° 1987-000356 ; *BJS* 1987, p. 213 ; *D.* 1987, jur. p. 599.

HOUIN (R.) obs. et note sous :

- Cass. crim., 12 avril 1976, affaire dite du Bon-marché : *RTD com.* 1976, 579.
- CA Amiens, 5 oct. 1974 : *RTD com* 1975, p. 136 .
- Cass. com., 17 juin 1974, n° 73-10.541 : *RTD com.* 1975, p. 534.
- Cass. civ., 7 mars 1972 : *RTD.com.* 1972, 654.
- CA Paris., 17 janv. 1972 : *RTD. com* 1972, 421.
- Cass. com. 11 octobre 1967, n° 65-13.852, Delage et autres c/ Goubert: *BJS* 1967, p. 300, *RTD com.* 1968, p. 94.
- Cass. com., 24 janv. 1967 : *Bull. civ.* 1967, n° 45, p. 40 ; *RTD com.* 1967, p. 820.
- Cass. com., 18 avr. 1961 : *RTD com.* 1961, p. 634.
- Trib. com. Seine, 8 juil.1960 : *RTD com.*1961, p.636.

- Trib. com. Paris, 1er août 1954 : *RTD com*. 1975.130.

HOVASSE (H.) obs. et note sous :

- Cass. com., 3 juin 2008, n°06-13761 –n°06-18.007 : *JCP E* 2008, 2210.
- Cass. com., 14 mai 2008, n°07-14305 : *Dr. sociétés,* 2008, comm. n°155.
- Cass. com. 19 déc 2006, Cassado c/ SAS Cofradim : *JurisData* n° 2006-036664; *Dr. sociétés* 2007, comm. 51.
- Cass. com., 7 juin 2006, n°05-11.384 : *JCP E* 2006, 2294.
- Cass. com., 13 déc. 2005, n°03-16.878 Sarl Garage Loustaunau c/SA Ets Lavillauroy : *JCP E* 2006, 1669.
- Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707, Consorts Matruye c/SA La Téléphonie française : *JurisData* n° 2003-019288 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 145.
- Cass. com., 15 mars 1994 : *Defrénois*, 1994, art. 35881, n°5, Chron.

JAUFFRET (A.) note sous Cass. civ. 9 févr. 1937 : *RGDC* (revue générale de droit commercial) 1938, p. 529.

JEANTIN (M.) obs. et note sous :

- CA Paris, 1re, 4 juin 1993, n°93/2432, Sté Sagir invest. et autre c/Sté Champex : *BJS* 1993, p. 895.
- Cass. com. 19 nov. 1991 : Bull. civ. IV, n° 355 ; *JCP* 1992. II. 21833.
- Cass. com., 5 mars 1991 n°88-19629 : *BJS* 1991, p. 500.
- Trib. com. Paris, 26 juin 1988 : *Rev. sociétés*, 1989, p. 647.
- CA Paris, 26 déc. 1986 : *D*. 1987, p. 344.
- Cass. com., 7 déc. 1981 : D. 1982, *inf. rap*., 312 ; *Rev. sociétés*, 1982, p. 519.

JEANTIN (M.) et VIANDIER (A) obs. et note sous :

- Cass. com., 5 mars 1991 n°88-19629 : *Rev. Dr. bancaire et bourse* 1991, p. 102 .
- Trib. com. Paris, 5 juin 1989 : *RD bancaire et bourse* 1989, no 16, p. 213.

J.G. note sous CA Riom., 5 mai 1980 : *Rev. sociétés*, 1981, p. 597.

J. H. obs. et note sous :

- Cass. com. 7 juillet 1980, Mamelle c/ Société d'investissement mobilier SIM : *Rev. sociétés*, 1981, p. 315.
- CA Paris, 24 mai 1974 : *Rev. sociétés*, 1975, p. 101.

JOURDAIN (P.) obs. sous Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *RTD civ*. 2003, p. 509.

J.R. obs. et note sous

- Cass. com., 11 févr.1986 : *Dr. sociétés*, 1986, comm. 138.

- Cass. com., 17 mai 1965 : *JCP G* 1966, II, 14647.

LAMBOIS (C.) note sous Cass. com., 10 juin 1963 : *Bull. civ.*, III, n°285, *D.* 1968, p. 116.

LE BARS (B.) note sous Cass. com., 25 janv. 2005, n° 01-11377 : *JurisData* n° 2005-026720 : *BJS* 2005, p. 599.

LE CANNU (P.) obs. et note sous :

- Cass. com., 8 févr.2011, F.-D., n°10-12.273, Sté Hydraulique PB c/Sté Duffort-Biguet immobilier : *BJS,* 2011, p.418.
- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841: *JurisData* n° 2010-002958; *Rev. sociétés,* 2010, p. 304.
- Cass. com., 12 févr. 2008, n°06-20. 966, FS-D, SCEA Domaine de Cabriac c/SA Bernard Taillan France : *BJS* 2009, p. 28.
- Cass. com., 22 févr. 2005, n°02-10405, Anvar c/ SA Financière de l'Erable : BJS 2005, p. 852.
- CA Versailles, 27 janv. 2005 : *RTD com.* 2005, p. 365.
- Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16.581 : JurisData n° 2004-026236 ; *JCP E* 2005, 17 ; *JCP E* 2005, 131 ; *BJS* 2005, p. 241.
- Cass. com., 4 févr. 2004 n°01-13.516 : *BJS* 2004, p. 649.
- Trib. com. Paris, 27 juin 2002 : *Rev. sociétés*, 2002, p. 719.
- Cass. com. 7 octobre 1997, n°1975 D, Guez c/Sté Enichem : *BJS* 1997, p. 1053.
- Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15.987, Société Bureau Equipement c/ Société Tual : *JurisData* n° 1996-002212; *Dr. sociétés*, 1996, comm. 151 et 180 ; *BJS* 1996, p. 923.
- CA Douai, 7 juill. 1994 : *BJS* 1994, p. 994.
- Trib. com. Roubaix, 6 mai 1994, Association Défense des Actionnaires Minoritaires (ADAM) c/ SA La Redoute : *BJS* 1994, p. 651.
- Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : *BJS* 1993, p. 343.
- CA Paris, 28 déc. 1992 : *BJS* 1993, p. 434.
- Cass. com., 15 juil. 1992, Bonnet-Dian et autres c. ANAF et autres : *Rev. sociétés*, 1992, p.752.
- Cass. com. 19 nov. 1991 : Bull. civ. IV, n° 355 ; *BJS* 1992, p. 66.
- Cass. com., 5 mars 1991 n°88-19629 : LPA, 30 oct. 1991, n° 130.
- CA Versailles, 19 déc. 1989 : *BJS* 1990, p.182.
- CA Paris, 2 nov. 1989 : *Rev. sociétés*,1990, p. 39.
- Cass. com. 30 mai 1989 : *Rev. sociétés*, 1989, p. 641 ; *BJS* 1989, p. 715.
- CA Paris, 8 déc. 1988 : *Rev. sociétés*, 1989, p. 227.

- CA Versailles, 1er oct. 1986: *BJS* 1987, p. 27.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.) obs. et note sous :

- Cass. com., 18 oct. 2011, n° 1018989 : *RTD com.* 2011, p. 766.
- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841: *RTD com*. 2010, p. 377.
- Cass. civ. 2e, 19 févr. 2009, n°05-22.044 *: RTD.com*, 2009, 389.

LECOURT (A.) note sous Com., 10 déc. 2013, n° 12-24.198*, Rev. sociétés* 2014, p. 503.

LEGEAIS (D.) obs. et note sous :

- Cass. civ., 1e, 28 sept. 2004, n°03-10810 : *Rev. sociétés*, 2005, p. 371.

LEGROS (J.-P.) note sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992, Urssaf de Paris-région parisienne *c/ SARL SCILI* : *Dr. sociétés*, 2012, n° 2, Comm. 52.

LE NABASQUE (H.) obs. et note sous :

- Cass. civ., 1re, 15 nov. 2010, n°09-69308 (n°FD) : *BJS* 2011, p.179.
- Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17.256 : *Rev. sociétés*, 2013. 158.
- Cass. civ. 2e, 19 févr.2009, n°05-22.044 : *BJS* 2009, p. 578.
- Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *BJS* 2003, p. 786.
- Cass. crim., 10 juill. 1995 : *RJDA* 5/1996, n° 640, chron. p. 432.
- Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : *Dr. sociétés*, 1993. n°58.
- Cass. com. 15 juil.1992, n° 90-16409 : *Dr. sociétés*, 1992, comm. 220.

LIBCHABER (R.) note sous Cass. com., 31 janv. 2017, n°15-19.158, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Pyrénées de Gascogne c/Sté nouvelle les Grandes Rousses : JurisData n°2017-001404, *RDC* 2017, n°2, p.253.

LIENHARD (A.) obs. et note sous :

- Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17.256 : D. 2012. 2301.
- Cass. com.,10 juil. 2007, n°05-1458 (n°968 FSPB), X. : D. 2007, p. 2113.
- Cass. civ., 3e, 17 mai 2006, n°05-10.936, Sté Immobilière Berri Champs Elysées c/Société Arnell : D. 2006, p.1867.
- CA Versailles, 27 janv. 2005 : *D.* 2005, AJ. p. 716.
- Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *D. aff.* 2003, p. 1502.

LUCAS (F.-X.) obs. et note sous :

- Cass. com., 25 janv. 2005, n° 01-11377 : *JurisData* n° 2005-026720, *Dr. sociétés*, 2005, comm. 129.

- Cass. civ., 2e, 7 janv. 1999, n°97-1083 (n° 4 PB), SA Vericar c/ SA Gauduel Grenoble Nord (cons. rapp. Buffet) : *Bull.civ.*, II, n°3; BJS 1999, p. 666.

- CA Paris 14e ch. sect. B, 4 sept. 1998, n° 98/03519, SA Groupe Open c/ SA Sip : *BJS* 1999, p. 250.

LIENHARD (A.) obs. et note sous :

- Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17. 256 : *D.* 2012. 2301.

- Cass. com.,10 juil. 2007, n°05-1458 (n°968 FSPB), X. : *D.* 2007, p. 2113.

- Cass. civ., 3e, 17 mai 2006, n°05-10.936, Sté Immobilière Berri Champs Elysées c/Société Arnell : *D.* 2006, p.1867.

- CA Versailles, 27 janv. 2005 : *D.* 2005, AJ. p. 716.

- Cass. com., 20 mai 2003, dit *Seusse* : *D. aff.* 2003, p. 1502.

MABILAT (P.) obs. sous Cass. com., 26 oct. 1983 : *Rev. sociétés*, 1984, p. 297.

MARTEAU-PETIT (M.) obs. et note sous :

- Cass. com. 19 nov. 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 355 ; *Rev. sociétés*, 1992, p. 510.

- Cass. com., 5 mars 1991 n°88-19629 : *JCP* 1992, n° 8, II, p. 52.

- Cass. com. 30 mai 1989 : *JCP* 1990, II, 21405.

MATSOPOULOU (H.) note sous Cass. crim., 25 oct. 2016, n°16-80.366: *Rev. sociétés* 2017, p. 234.

MAZEAUD (D.) obs. et note sous :

- Cass. com., 3 octobre 2006 : *D.* 2007, p. 765.

- Cass. civ., 3°, 15 déc. 1993, n°91-10199 : *JCP G* 1995, II, n°2356.

MEGRET (G.) note sous Cass. com. 20 avril 2017, n° 15-18.203 (F-D) : *AJ contrat* 2017, p. 293.

MENJUCQ (M.) obs. et note sous :

- CA Versailles 4 juin 1999 : *BJS* 1999, p. 1124.

MERLE (PH.) obs. et note sous :

- Trib. com Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774: *BJS* 2013, p. 223.

- Cass. com., 15 juin 1999, n° 1240, P, Delbari et autre c/ Banque Paribas et autres (cons. rapp. Métiver) : *BJS* 1999, p. 915.

MESTRE (J.) obs. et note sous :

- Cass. com., 11 févr.1986 : *RTD civ.,* 1986, p. 602.

MESTRE (J.) et FAGES (B.) obs. sous Cass. com., 27 sept. 2005, n°03-18.738, inédit : *RTD civ.*2006, 316.

MESSAÏ – *BAHRI (S.) obs. et note sous :*

- Trib. com. Paris, 17 oct. 2014, n° 2014054628 : *BJS* 2015, p.131.

- Cass. com. 28 juin 2005, SA Total Fina Elf et autre c/ ST2 KPMG et autre (Apres discussions autour de l'indemnisation du préjudice individuel de l'associé) : *BJS* 2006, p.80.

MIGNOT (M.) note sous Cass. 3e civ., 12 mars 2014, n° 13-12155 : *L'essentiel droit bancaire*, 2014, n°5, p. 2.

MONNET (J.) obs. et note sous :

- CA Rennes, 2e ch., 19 juin 2007, Mazureau c/ SAS Charal : JurisData n° 2007-353693; *Dr. sociétés*, 2008, comm. 80.

- Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-18.952: JurisData n° 2005-030513; *Dr. sociétés*, 2005, comm. 221.

MONSERIE (H.) note sous Cass. civ., 3e, 3 févr. 1999 : *RTD com.*, 1999, 456.

MORELLI (N.) note sous CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001 : *BJS*, 2002, p. 594.

MOUIAL-BASSILANA (E) note sous Cass. com., 27 mai 2014, n°12-28.657: *BJS* 2014, p. 467.

MOULIN (J.-M.) obs. et note sous :

- Cass. com., 8 mars 2017, n°15-14.290 (F-D), Caisse Fédérale de Crédit mutuel Centre Est Europe c/S : *Rev. sociétés*, 2017, p. 407.

- Cass. com., 31 janv. 2017, n°15-19.158, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Pyrénées de Gascogne c/Sté nouvelle les Grandes Rousses : *JurisData* n°2017-001404 ; *JCP E* 2017, 1424.

- Cass. civ., 2e, 1er sept. 2016, n°15-19524: *Gaz. palais*, n°38, p.78.

- Cass.crim., 6 avr. 2016, n°16-81.273, (F-P+B), Sté Vectora : *Rev. Sociétés*, 2016, p. 616.

- Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10120, F–D, Sté Kavinag c/ Sté financière Antilles Guyane (Sofiag): *Rev. sociétés*, 2016, p. 29.

- Cass. com., 31 mars 2015, n°14-16339, F-D, Sté Diderot Holding c/P: *Rev. sociétés*, 2015, p.724.

MOULY (CH.) obs. et note sous :

- Cass. com., 29 juin 1982 : *D.* 1983, jur. 360.

- CA Montpellier, 7 janv. 1980 : *Rev. sociétés*, 1980, p. 737.

MOUSSERON (J.-M.) obs. et note sous :

- CA Paris, 1ère ch. A, 31 août 2006, n°06/15395, aff. B. et alii c. G.D.F. SA et alii : *BJS* 2007, p. 113.

NOÉMIE (S.) note sous CA paris 5e, 24 juin 1998, n°96/03147, SA Soges c/SA Deho Systems : BJS, 1999, p.79.

NORMAND (J.) obs. sous Cass. civ. 2e, 14 mars 1984 : *Bull. civ.* II, n° 49, p. 34 ; *RTD civ.*1984, p. 562.

OHL (D.) note sous Cass. com., 27 janv.1998, n°93-11. 437 : *JCP G* 1998, II, 10177.

OPPETIT (B.) note sous Trib. com. Paris, 1er août 1954 : *Rev. sociétés*, 1974, p. 685.

PACLOT (Y.) obs. et note sous :

- Cass. com., 12 févr. 2008, n°06-20. 966, FS-D, SCEA Domaine de Cabriac c/SA Bernard Taillan France : *JCP E* 2008, 2209.
- Cass. com., 3 juin 1986 : *JCP E*, 1987, II, n°15083.

PAILLUSSEAU (J.) obs. et note sous :

- Cass. crim., 10 juill. 1995 : *Bull. crim.* 1995, n° 253 ; *JCP G* 1996, II, 22572.

PERROT (R.) obs. et note sous :

- Cass. civ., 2e, 16 mai 2012, n°11-17229: *RTD civ.*, 2012, p.769.

PETIT ET REINHARD (Y.) obs. sous Cass. com. 1er avr. 1997 n°879 : *RTD com.* 1997, 647.

PETRONI-MAUDIERE (N.) obs. sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2016, n° 15-21484 : *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, 2016, n°9, p. 4.

PICHARD note CA Aix en Provence, 4e civ., 12 juin 1997, Mottier c/Syndicat des copropriétaires La Baie des Anges : *LPA* 1998, p. 23.

PIROVANO note sous Cass. com. 9 juin 1969 : *D.* 1970. 106.

PORACCHIA (D.) note sous

- CA Paris, Ch. 5-5, 3 déc.2009, n°07-8326, SA Sté Hydraulique PB c/SA Duffort-Biguet immobilier : *Rev.sociétés*, 2010, p. 443.
- Cass. com., 12 déc. 2006, n°05-15619 : *Rév. sociétés*, 2007, p.76.

RAFFRAY (R.) obs. sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841: *JurisData* n° 2010-002958; *BJS* 2010, p. 533.

RANDOUX (D.) obs. et note sous :

- Cass. com., 18 oct. 2011, n° 1018989 : *JCP E* 2012, 1002.
- CA Douai, 7 juill. 1994 : *Rev. sociétés*, 1994, p. 713.
- Cass. com., 17 juin 1974, n° 73-10.541 : *Rev. sociétés*, 1977, 84.

RAULT (J.) note sous CA Paris, 17 déc. 1954 : *RTD com.* 1955. 590.

RAYMOND (G.) note sous TGI Arras, réf. 9 oct. 1981 : *JCP.* 1982. I. 19852.

REBUT (D.) note sous Cass. crim., 25 oct. 2016, n°16-80.366 : *BJS* 2017, p. 137.

REINHARD (Y.) obs. et note sous :

- Cass. com. 19 nov. 1991 : Bull. civ. IV, n° 355 ; *RTD com.* 1992. 639.
- Cass. com. 7 juill. 1987: *RTD com.* 1988, 317.

- CA Lyon, 25 juin 1987, inédit : *RTD com*. 1988.70, n° 1.

- Cass. com., 3 juin 1986 : *RTD com*.1987, p. 209.

RONTCHEVSKY (N.) note sous Cass. com., 15 juin 1999, n°97-16439 : *BJS* 1999, p. 579.

ROUSSEAU (H.) note sous Cass. civ. 9 févr. 1937 : *S*. 1937, p. 129.

ROUSILLE (M.) obs. et note sous :

- Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17.256 : *Dr. sociétés* 2013, comm. 5.

- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841: *Dr. sociétés* 2010, n° 117.

ROUTIER (R.) obs. et note sous :

- Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17. 256 : BJS 2012, p. 847.

- Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19.222 : *Dr. sociétés*, 2011, comm.189.

- Cass. com., 10 oct. 1995 : *Rev. sociétés*, 1995, p.708.

RUFF (S.) et BARBIERI (J.-F.) note sous T. com., réf., 12 août 1993, Fontalivant c/SA Sylvert : *BJS* 1994, p. 169.

SAINTOURENS (B.) obs. et note sous :

- Cass. com., 3 juin 2008, n°06-13761 –n°06-18.007 : *BJS* 2008, p. 905.

- Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707, Consorts Matruye c/SA La Téléphonie française : JurisData n° 2003-019288 ; *BJS* 2004, p. 933.

- Cass. com., 27 janv. 1998, n°93-11. 437 : *Rev. sociétés*, 1998, p. 767.

- Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : *Rev. sociétés*, 1993, p. 426.

SALOMON (R.) obs. et note sous :

- Cass. crim., 25 oct. 2016, n°16-80.366: JurisData n°2016-022301 ; *Dr. sociétés*, 2017, comm. 34.

- Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-26.298 : *JCP E,* 2015, 1353, n ° 16. CE, 22 nov. 2000, n° 207697 : *JCP E*, II, n°10531.

SCHOLER (P.) obs. et note sous :

- Cass. com., 21 janv. 2003, n°145 FSP, Banque Populaire du Sud-Ouest c/Blain : *BJS* 2003, p. 414.

- Cass. com., 17 juil. 2001, n°1502 FP-P, Caisse d'épargne et de prévoyance-Pays de Loire c/Dupas : *BJS* 2001, p. 1249.

SCHMIDT (D.) obs. Et note sous :

- Cass. com., 19 déc. 1983, n° 82-12.179 : *JurisData* n° 1983-702674 ; *Rev. sociétés,* 1985, p. 105.

- Cass. com.,19 avr.1972, n°69-14054 : *BJS* 1972, p.617, n°299, *D.* 1972 , jur. p. 528.

SIMLER (PH.) obs. et note sous :

- Cass. com., 31 janv. 2017, n°15-19.158, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Pyrénées de Gascogne c/Sté nouvelle les Grandes Rousses : JurisData n°2017-001404 ; JCP G, 2017, 310

- Cass. com., 19 déc. 2006 : *JurisData* n° 2006-036835 : *JCP G* 2007, I, 158.

- Cass. com., 22 janv.1985 : *JCP G*, 1986, II, n°20591.

SORTAIS note sous Cass. com., 15 juil.1982 : *Rev. sociétés*, 1983, p. 75.

STAES (O.) obs. sous CA Rennes, 1er mars 2007 : *RD transports*, 2007, comm. n° 138.

SYLVESTRE (S.) note sous Cass. com., 15 janv. 2002 : *RJDA* 6/02, n° 650 ; BJS 2002, p. 689.

THOMAS (V.) obs. et note sous :

- Cass. com., 12 févr. 2013, n°11-23895 : *Rev. sociétés*, 2014, p. 27.

- CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 13 déc. 2012, n° 11/16 034, G. c/SARL Euro free shopping : *Rev. sociétés,* 2013. P. 354.

TRÉBULE (F. G.) obs. sous Trib. com. Paris, 27 juin 2002 : *Dr. sociétés*, 2003 comm. n° 2.

VAMPARYS (X.) obs. et note sous :

- Cass. com., 24 nov. 2009, n°08-16428 : *BJS* 2010, p. 243.

- Cass. com., 9 juin 2009, n°08-15213 (FD), Sté Le Carbonne Lorraine : *BJS* 2009, p. 1062.

- Cass. com., 26 mai 2009, no 08-12691, X. c/ Sté Axa et a. : *BJS* 2009, p.998 .

- Cass. civ., 3e, 17 mai 2006, n°05-10.936, Sté Immobilière Berri Champs Elysées c/Société Arnell : *BJS* 2006, p. 1450.

- CA Paris, 3e, 9 févr.2006, n°05/03072, SA Eurofog et autre c/SAS Ixsea : *BJS* 2006, p.766.

VALLENS (J.-L.) note sous Cass. com. 28 juin 2017 n° 15-27605 : *Gaz.Pal.,* 2017, n° 34, p. 66.

VASSEUR (M.) obs. sous Cass. com., 5 févr. 1985, n°82-15.297 : *D.* 1985, jur. p. 269.

VATEL (D.) note sous Cass. com., 15 juin 1999, n°97-16439 : *RJDA* 08/99, n°949 ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 844.

VIANDIER (A.) obs. et note sous :

- Cass. com. 19 déc 2006, Cassado c/ SAS Cofradim : *JCP E* 2007, 1192.

- Trib. com. Paris, 27 juin 2002 : *JCP E*, 2002, p. 1253 .

- Cass. com., 12 janv.1993, 91-12548, CE Hotel George V c/ Société Hôtel George V : *JCP E* 1993. II. 415

- T. com. Paris, 1er déc. 1992, SA Conseil et Gestion internationale (CGI) et a.c. Simon ès qual. et a, : RJDA 1993, n° 513 ; *JCP E* 1993, jur. 384.

- CA de Paris., 1er. A, 14 juin 1988 : *Sirey* 1988. 505.

- CA Paris, 14 juin 1988 : *D.*1988, p.105.

VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) obs. et note sous :

- Cass. com., 3 juin 1998, Solet c/SA Matra : RJDA 1998, p. 824, *JCP E* 1998, p. 1304.

- CA Aix en Provence, 4e civ., 12 juin 1997, Mottier c/Syndicat des copropriétaires La Baie des Anges : *JCP E* 1997, I, 710.

- Cass. com., 3 juin 1986 : *JCP E*, 1986, I, n°15486, n°6.

VIANDIER (A.), CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) obs. et note sous :

- Cass. com., 16 févr.1988 n°86-19645 : *BJS*1988, p.271, n°69 ; *JCP E* 1988, II, 15177

VIDAL (D.) obs. et note sous :

- CA Orléans, 22 janv. 1998 : *Dr. sociétés,* 1998, n°95.

- CA Paris, 26 janv. 1990 : *Dr. sociétés*, 1990, n° 324.

VIVIER (J.-L.) note sous CA Nouméa, 28 sept. 1987 : *JCP*. 1988. II. 20994.

Notes et observations de jurisprudence de l'européenne

BOLZE (C.) obs. sous Déc. n° 86/398/CEE, 23 avr. 1986, Polyproplène : JOCE, 18 août 1986, L230-TPICE, 17 déc. 1991, n°T-6/89, Enichem Anic Spa : *RTD com*. 1992, p. 735.

COLONNA D'ISTRIA (A.) et VALENTIN (C.) note sous CJCE 5e ch., 15 janv. 2002, n° C-43/00, Andersen og Jensen ApS c/ Skatteministeriert : *BJS* 2002, p. 348.

COURET (A.) note sous CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 :146, Modelo Continente Hipermercados : *BJS* 2015, p. 200.

BARRIERE (F.) note sous CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 :146, Modelo Continente Hipermercados : *JCP E*, 2015, 1234.

IDOT (L.) note sous CJCE, 13 déc. 2005, Sevic systems, aff. c-411/03, rec. i. 10805 : *Europe* 2006. comm. 47.

LEVEL note sous CJCE., 13 nov. 1990, aff. C-106/89 ; Marleasing S.A c. Commercial Internacional de Alimentacio SA *: JCP N* 1992, II, J, p.189.

REYGROBELLET (A.) note sous CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, EU : C : 2015 :146, Modelo Continente Hipermercados : *RLDA* mai 2015, n°5583.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Action de préférence, 586, 793
Action paulienne, 461 à 468
Agrément, 841,842,843
Ajournement 307 à 313
Assignation, 409
Avantages particuliers, 799
Augmentation de capital, 194, 195, 211,212, 295, 563, 564, 567, 570, 571, 824

B

Bail commercial, 448, 449, 944, 945
Branche d'activité, 39 à 46

C

Cautionnement, 1015 à 1046
Certificats d'investissement, 602 à 615
Cessions, 802 à 806
Clause de blocage des titres, 166
Clause de break up fees, 168 à 170
Clause de confidentialité, 171 à 173
Clause Material adverse change, 174
Clause de garantie du passif, 167, 876 à 881
Contrat
- d'échange, 26
- imparfait, 29
- organisation, 26
- solennel, 29
Coresponsabilité, 376

D

Déclaration de conformité, 635 à 638, 655 à 658
Dépôt au greffe, 320, 321, 334
Droit d'opposition, 383 à 453
Droit de vote double, 578 à 592, 600, 613

E

Exigibilité, 1023, 1024
Expertise de gestion, 233 à 254
Expertise *in futurum*, 248 à 256

F

Fraude, 656, 674, 744, 745
Fraude paulienne, 459 à 473
Fusion par constitution d'une société nouvelle, 14
Fusion rapide, 21
Fusion triangulaire, 22

G

Garantie autonome, 1066 à 1094
Garantie de passif, 191, 875 à 878

H

Holding, 21, 644

I

Injonction de faire, 292 à 307
Inopposabilité, 452 à 457, 474, 552
Intuitu personae, 1033, 1035, 1044

L

LBO, 21
Liberté contractuelle, 875, 880 à 882

M

Mandataire judiciaire, 561

N

Négociations, 156 à 160
Non-résidents, 412, 413

O

Obligataire, 107, 393 à 405

P

Personnalité des peines, 962 à 973
Pourparlers, 156

Q

Quérable, 359
Quorum, 487 à 492

R

Rachat, 571, 604, 605
Réduction de capital non motivée par des pertes, 147, 438 à 440
Responsabilité pénale, 735 à 751
Rétroactivité, 542 à 545, 1025 à 1028

S

Salariés, 122, 179, 536
Sûretés réelles, 1090 à 1095

T

Théorie contractuelle, 32
Théorie du patrimoine, 987
Théorie institutionnelle, 32

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS 5

SOMMAIRE 7

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 9

INTRODUCTION 13

I) LA FUSION ET L'APPORT PARTIEL D'ACTIF EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT OHADA 13

A) La définition de la fusion et de l'apport partiel d'actif 14

1) La notion de fusion 15

a) Une définition limitée 15

i) La définition fondée sur les effets 15

ii) Les différentes formes de fusion 16

b) La fusion contrat ou institution ? 19

i) La conception contractuelle de la fusion 19

ii) La conception institutionnelle de la fusion 22

2) L'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions 23

a) La notion de branche complète et autonome d'activité 23

i) En droit français, une notion inconnue du droit des sociétés 24

ii) La notion de branche complète et autonome d'activité en droit OHADA 26

b) Les différentes formes d'apport partiel d'actif 27

B) Un régime juridique commun aux deux opérations 31

1) L'évolution du droit français 31

2) Une réglementation tardive en droit OHADA 34

II) LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES ASSOCIÉS ET DES CRÉANCIERS 36

A) Les fondements de la protection des associés 38

1) La définition de l'associé 38

2) Les risques encourus par les associés 40

B) Les fondements de la protection des créanciers 41

1) La notion de créancier 41

2) Les risques encourus par le créancier 43

III) LA DÉLIMITATION DU SUJET, SES INTÉRÊTS, LA PROBLÉMATIQUE ET L'ANNONCE DU PLAN 45

A) La délimitation du sujet et ses intérêts 45

1) La délimitation du sujet 45

2) Les intérêts du sujet 47

B) La problématique et l'annonce du plan 49

1) La problématique générale 49

2) L'annonce du plan 51

PREMIÈRE PARTIE : LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS PAR L'INFORMATION ET LA CONSULTATION 52

TITRE I : LE DROIT À L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS 54

Chapitre I — L'information des actionnaires : un contenu perfectible 56

Section I — Le projet de l'opération : un document d'information essentiel mais non exclusif 57

§1 — La rédaction du projet 57
A) Le processus d'élaboration du projet 57
1) Le protocole de l'opération 57
2) La nécessité d'une information des actionnaires sur le contenu du protocole 60
a) Les clauses non exhaustives du protocole de l'opération 60
b) L'information des actionnaires sur le contenu du protocole 65
B) Le contenu du projet 69
1) Les organes compétents pour établir le projet 69
2) Un contenu spécifique à chaque opération 70
A) Le contenu du projet pour les opérations classiques 70
B) Un contenu spécifique à certaines opérations 73
§2 — L'information complémentaire au projet 75
A) L'information complémentaire du droit des fusions 76
1) Les rapports des dirigeants et des commissaires à l'opération 76
a) Un contenu réglementé 76
b) Les exceptions critiquables à l'établissement des rapports 78
2) L'information comptable et financière 82
a) L'information comptable 82
b) L'information sur la modification de l'actif et du passif, une spécificité du droit français 84
B) Les recours de droit externe au processus de fusion pour parfaire l'information 86
1) L'expertise de gestion 86
a) La notion d'acte de gestion 87
b) L'application à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif 88
2) L'expertise *in futurum* en droit français 92
a) Les conditions moins restrictives de l'expertise *in futurum* 92
b) La coexistence de l'expertise *in futurum* avec l'expertise de gestion 94
Section II — La mise à disposition de l'information 97
§1 — Le formalisme de la mise à disposition 97
A) Les differentes formes de mise a disposition 97
1) La mise à disposition au siège social 98
2) La mise à disposition sur internet 98
B) Les modalités de la mise à disposition 99
§ 2 — Les sanctions du non-respect de l'obligation d'information 101
A) L'inefficacité de la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants 101
1) L'action individuelle 101
a) Les conditions de mise en jeu de la responsabilité 102
b) Les modalités de mise en œuvre de l'action individuelle 104
2) La reconnaissance par la jurisprudence française du préjudice personnel : l'atteinte aux droits politiques 106
B) Les sanctions efficaces 107
1) La procédure d'injonction de faire 107
a) Les différences entre le droit français et le droit OHADA 107
b) Une efficacité différente selon l'ordre juridique 112
2) L'ajournement de l'assemblée générale extraordinaire 115
Chapitre II — L'information des créanciers, un préalable à l'action en opposition 120
Section I — La mise à disposition de l'information aux créanciers 121
§1 — Le registre du commerce 121

A) L'amélioration de l'accès à l'information par l'interconnexion des registres de commerce au sein de l'Union européenne 121
1) Le dépôt au greffe du projet de l'opération 121
2) L'interconnexion des registres de commerce 122
B) La facilité théorique de l'accès à l'information par le fichier régional en droit OHADA 125
§2 — Les modalités de la publicité 127
A) Le contenu de l'avis objet de la publicité 127
B) La mise en œuvre de la publicité en droit français et la responsabilité des dirigeants 130
1) Les nouvelles modalités de la publicité en droit français 130
a) La publicité au BODACC 130
b) Les ambiguïtés de la publicité sur le site internet 133
2) La responsabilité civile personnelle des dirigeants 136
a) Les conditions strictes de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants 136
b) Les améliorations possibles 139
Section II — L'inefficacité du droit d'opposition 142
§1 — Les conditions d'exercice strictes du droit d'opposition 142
A) Les titulaires du droit d'opposition 142
1) Les créanciers non obligataires 143
2) Les créanciers obligataires 144
a) La masse des obligataires, seul organe compétent pour l'exercice du droit d'opposition 144
b) Les conditions de mise en œuvre du droit d'opposition 147
B) Les modalités restrictives 149
1) Un délai préfix, une condition du droit des fusions 149
2) Les conditions restrictives de la jurisprudence française relatives à la créance 152
§2 — Les effets limités du droit d'opposition et l'alternative 157
A) L'inefficacité des effets 158
1) L'absence d'effet suspensif 158
2) La liberté du juge et la sanction de l'inexécution de sa décision 160
a) La liberté du juge saisi 160
b) L'inopposabilité, sanction de l'inexécution de la décision judiciaire 162
B) L'action paulienne, une alternative au droit d'opposition 165
1) Le régime de l'action paulienne 165
a) Les conditions 165
b) L'action paulienne et l'opération emportant transmission du patrimoine 167
2) L'efficacité de la protection en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif 169

CONCLUSION DU TITRE I 172

TITRE II : LE DROIT DE CONSULTATION DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS OBLIGATAIRES 174

Chapitre I — La consultation des assemblées des sociétés participantes 176
Section I — La compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire 176
§1 — La prise de décision par l'assemblée générale extraordinaire 176
A) Les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire 176
1) Le pouvoir de décision 177
a) Le principe majoritaire 177

b) Les exceptions 180
2) Le pouvoir de modifier le projet de l'opération 187
a) Une doctrine française divisée 187
b) La position de la Cour de cassation 188
B) Les modalités de prise de la décision 190
1) Les modalités formelles 190
a) La convocation à l'assemblée générale extraordinaire 191
b) L'ordre du jour de chaque assemblée générale extraordinaire 192
2) La réalisation de l'opération 195
a) La date d'effet de l'opération à l'égard des actionnaires 196
b) La date d'effet à l'égard des créanciers 199
§2 — La problématique de la consultation et les opérations simplifiées 202
A) L'opération simplifiée dans laquelle la société bénéficiaire détient 100 % du capital 202
1) Une absence justifiable pour l'opération de fusion 202
a) Les fondements 202
b) La protection des actionnaires minoritaires en droit français 204
2) Une absence critiquable pour l'opération d'apport partiel d'actif 205
B) La fusion simplifiée « *à 90 %* » 207
Section II — La consultation des assemblées spéciales 209
§1 — La consultation des assemblées spéciales des actionnaires 210
A) La notion d'assemblée spéciale 210
1) Une définition légale limitée 210
2) Le droit de vote double et l'assemblée spéciale 212
a) La nature des actions à droit de vote double 212
b) La nécessité d'une assemblée spéciale 215
B) La décision des assemblées spéciales 216
1) Les modalités de consultation 217
a) Les assemblées spéciales autres que celle de porteurs des certificats d'investissement 217
b) L'assemblée des porteurs de certificats d'investissement et de droit de vote en droit français 219
2) Les effets de la décision de l'assemblée spéciale sur l'opération 222
a) Le refus de ratification par l'assemblée spéciale d'actionnaire : un veto à l'opération 223
b) L'ambiguïté concernant la décision de l'assemblée spéciale des porteurs de certificats d'investissement en droit français 223
§2 — La consultation de l'assemblée des obligataires 225
A) La consultation des obligataires, un droit restreint 225
1) Des modalités de mise en œuvre différentes selon la société 225
2) Le remboursement anticipé 226
B) L'absence d'impact de la décision de l'assemblée des obligataires 228
Chapitre II — La nullité de l'opération, une sanction illusoire 230
Section I — Les causes restrictives de nullité 230
§1 — Les causes restrictives de nullité des opérations internes 230
A) Le défaut de dépôt de la déclaration de conformité 230
B) Les causes de la nullité de la délibération de l'une des assemblées 232
1) En droit français 232
2) En droit OHADA 236
§2 — Les causes de nullité des opérations spéciales 238
A) L'opération simplifiée 238

B) La fusion transfrontalière 239
1) Un double contrôle en droit français 240
2) La nullité de la fusion transfrontalière selon l'ordre juridique concerné 241
Section II — L'action en nullité aux effets limités 242
§1 — L'action en nullité, un régime particulier 242
A) La possibilité de régularisation ou de couverture 242
B) Le délai de prescription 243
§2 — Les effets limités de la nullité de l'opération 245
A) Les conséquences de la nullité 245
B) La responsabilité personnelle des dirigeants 247

CONCLUSION DU TITRE II 249

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 250

DEUXIÈME PARTIE : LA PROTECTION RELATIVE DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS PAR LE PRINCIPE DE TRANSMISSION UNIVERSELLE 252

TITRE I : LE MAINTIEN DES DROITS DES ACTIONNAIRES 254

Chapitre I — L'échange des titres, une mesure protectrice relative 256
Section I — L'évaluation des sociétés participantes 256
§1 — Les difficultés de l'évaluation des sociétés participantes 256
A) Les difficultés relatives à la nature de l'évaluation 257
1) La complexité de l'objet de l'évaluation 257
2) La complexité de l'opération nécessitant l'évaluation 260
B) Les difficultés liées aux méthodes d'évaluation 261
1) L'analyse des difficultés 261
a) Les difficultés en raison du silence législatif sur les méthodes d'évaluation 261
b) Les difficultés en cas de fusion transfrontalière 262
2) La liberté des évaluateurs 263
a) La liberté dans le choix des méthodes d'évaluation 264
b) Les garanties d'une évaluation satisfaisante 266
§2 — La mise en jeu de la responsabilité des évaluateurs 270
A) Le délit de la majoration frauduleuse des apports 270
1) La difficile constitution du délit de majoration des apports 271
a) Un élément matériel mal défini 272
b) Un élément intentionnel, difficile à prouver 273
2) Les limites du délit de majoration frauduleuse 274
a) L'exclusion de la minoration des apports 274
b) Les incohérences du régime de la sanction du délit de majoration des apports 276
B) La mise en jeu de la responsabilité civile des évaluateurs 280
Section II — L'échange des droits sociaux 281
§ 1 — Le principe de l'échange 281
A) La détermination de la parité d'échange 282
1) La parité d'échange, un choix des majoritaires 282
a) La parité d'échange entre des sociétés indépendantes 282
b) La parité d'échange et l'opération mère fille 284
2) Le contrôle de l'équité de la parité d'échange 285
a) Le calcul de la parité d'échange 285
b) La vérification de l'équité 288
B) Les difficultés de détermination de la parité d'échange 291

1) La parité d'échange et les valeurs mobilières 291
a) Les actions de préférence 291
b) L'échange des certificats d'investissement et les certificats de droit de vote 294
2) Parité d'échange et rompus 295
a) La solution conventionnelle : la cession des droits formant rompus ..295
b) Les solutions légales alternatives à la cession des droits formant rompus 296
§2 — Les exceptions à l'échange 300
A) Les exceptions légales 300
1) Le lien capitalistique entre les sociétés 300
a) Les actions détenues par la société bénéficiaire 301
b) Les actions détenues par la société absorbée dans la société absorbante 302
2) L'apport partiel d'actif 304
a) L'absence d'échange dans l'apport partiel d'actif 304
b) La remise de titres aux actionnaires de la société apporteuse en droit français 305
B) Les exceptions conventionnelles : les clauses d'agrément 307
1) Les conditions d'applicabilité de la clause d'agrément 308
a) L'ambiguïté du droit français 308
b) La position claire et précise du droit OHADA 310
2) L'inadaptation de la clause d'agrément à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif 311
a) L'inadaptation en cas de refus d'agrément 311
b) L'inadaptation en cas de défaut de demande d'agrément 312
Chapitre II — L'insuffisance du principe de transmission universelle du patrimoine 315
Section I — L'insuffisance dans le maintien de certains droits 315
§ 1 — Le droit de vote double 315
A) Le maintien du droit de vote double 316
1) Le principe du transfert 316
2) Les difficultés pratiques 317
B) La nécessité d'une clause statutaire de la société absorbante 319
§ 2 — Les clauses de garantie de passif 320
A) La transmission de la clause de garantie de passif 320
B) La liberté contractuelle, une limite reconnue par la jurisprudence française ..321
Section II — Un droit de retrait en cas de fusion 322
§ 1 — Le droit de retrait en droit français et en droit OHADA 323
A) L'absence de généralisation du droit de retrait 323
1) Un droit limité à certaines sociétés 323
2) Un droit reconnu dans certaines législations 325
B) La généralisation du droit de retrait, une mesure efficace 328
§ 2 — Les modalités d'un droit de retrait 331
A) Les opérations justifiant un droit de retrait 331
1) Un champ d'application limité 331
2) Le formalisme du droit de retrait 332
B) La garantie d'un prix juste 336

CONCLUSION TITRE I 339

TITRE II : LA PROTECTION RELATIVE DES CRÉANCIERS 341

Chapitre I — Le patrimoine transmissible 343
Section I —Le patrimoine transmissible dans l'opération de fusion 343
§ 1 — La notion de patrimoine actif et passif 344
A) L'absence de définition du patrimoine transmis 344
1) L'oubli de la définition dans les textes 344
2) Les éléments caractéristiques du patrimoine transmissible 346
B) Les modalités de transmission du patrimoine 346
§ 2 —La transmission de la responsabilité pénale 351
A) La position contradictoire de la jurisprudence française 351
1) La position de la Cour de cassation 352
2) La position du Conseil d'État : une position conforme au principe de transmission universelle du patrimoine 354
B) La position de la CJUE 356
1) La portée de l'arrêt 356
2) L'incidence sur le droit français 358
Section II —Le patrimoine transmissible dans l'opération d'apport partiel d'actif 361
§ 1 — L'applicabilité du principe de transmission universelle du patrimoine à l'apport partiel d'actif 361
A) Les critiques 361
B) Le fondement textuel 364
§ 2 — Les conséquences pratiques de l'applicabilité du principe de transmission universelle du patrimoine 365
A) Les difficultés de détermination du passif transmissible 366
B) Les exceptions à la transmission du patrimoine dans un apport partiel d'actif 369
Chapitre II — Le principe de la transmission universelle du patrimoine et les sûretés 373
Section I — Le principe de la transmission universelle du patrimoine et le cautionnement 374
§ 1 — La transmissibilité de l'obligation de règlement 375
A) Une jurisprudence constante 375
B) Les moyens invoqués par les cautions pour éluder leur obligation 376
§ 2 — L'intransmissibilité critiquable de l'obligation de couverture 379
A) Une limite jurisprudentielle 379
1) Une intransmissibilité générale 379
2) Les solutions préconisées 384
B) Une intransmissibilité relative 385
1) Les conditions de la transmission de l'obligation de couverture 385
2) Un revirement limité de la jurisprudence française 388
a) L'arrêt de principe du 7 janvier 2014 388
b) La portée de l'arrêt du 7 janvier 2014 389
SECTION II— Le principe de transmission universelle du patrimoine et la garantie autonome 392
§ 1 — L'intransmissibilité critiquable de la garantie autonome 393
A) Le régime juridique de la garantie autonome 393
B) Les restrictions à la transmission de la garantie autonome 394
1) Une restriction jurisprudentielle en droit français 394
a) L'arrêt du 31 janvier 2017 395
b) Les critiques à l'égard de cet arrêt 395
2) Le silence du droit OHADA 398
§ 2 — Les solutions pour assurer l'efficacité de la garantie autonome 398
A) Les solutions spécifiques à la garantie autonome 399

B) Le recours aux sûretés réelles 400
CONCLUSION TITRE II 403

CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE.....405

CONCLUSION GÉNÉRALE.....407

A) Une protection insuffisante 407
B) Les propositions 409
C) Les perspectives 411

BIBLIOGRAPHIE.....412

I) DICTIONNAIRES & ENCYCLOPEDIES 412
II) TRAITES, OUVRAGES GENERAUX & MANUELS 412
III) OUVRAGES SPECIALISES.....413
IV) MONOGRAPHIES, MEMOIRES ET THESES.....415
V) ARTICLES ET CHRONIQUES 417
VI) RAPPORTS, REPONSES MINISTERIELLES ET DOCUMENTS DIVERS 431
VII) CODES, LOIS ET DECRETS.....434
VIII) JURISPRUDENCE.....436

INDEX ALPHABETIQUE 458

TABLE DES MATIERES.....460