



Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français

Désiré Ahoua

► To cite this version:

Désiré Ahoua. Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Français. ⟨NNT : 2015BORD0005⟩. ⟨tel-01235030⟩

HAL Id: tel-01235030

<https://theses.hal.science/tel-01235030v1>

Submitted on 27 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D.N° 41)

SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ

Par **Désiré AHOUA**

**Le nouveau droit de la restructuration
des sociétés commerciales des pays de l'Ohada,
comparaisons avec le Droit français**

Sous la direction de : **M. Bernard SAINTOURENS**, Professeur
Soutenue publiquement le 19 Février 2015

Membres du jury:

Monsieur BERNARD SAINTOURENS,
Professeur, Université de Bordeaux

Monsieur RONAN RAFFRAY,
Professeur, Université de Clermont-Ferrand 1, Auvergne, *rapporteur*

Monsieur DENIS POHE-TOKPA,
Maître de conférences, Université de Bordeaux

Monsieur ALAIN CLAUDE KAKOU,
Professeur, Université de Cocody Abidjan, Côte d'Ivoire, *rapporteur*, Président du jury

Résumé :

Dans un contexte de mondialisation, les entreprises africaines doivent s'adapter en permanence aux diverses contingences économiques, juridiques ou sociales. Conscient de cette réalité, le législateur africain a mis en place dans le cadre de la réforme de l'OHADA, un arsenal juridique afin de leur permettre de s'acclimater en permanence aux tendances et pressions du marché : le droit de la restructuration qui désigne l'ensemble des techniques conçues par le législateur pour réorganiser l'entreprise. Ces techniques ont eu pour source d'inspiration le droit français des restructurations qui a connu des mutations. La confrontation des deux systèmes de droit permet de constater que si dans les principes fondamentaux les deux systèmes répondent aux mêmes objectifs à savoir assurer la pérennisation des entreprises par la promotion de la croissance de l'entreprise et sa survie lorsqu'elle est le seuil de difficultés diverses, il existe toutefois des différences d'ordre pratique et technique consécutives aux dernières réformes intervenues.

Mots clés : fusion, augmentation de capital, plan de restructuration, conversion de créance en capital, règlement préventif, sauvegarde

Title : Restructuring law of OHADA commercial companies, comparative research with French Law

Abstract : In a context of globalization, the african companies have to adapt themselves permanently to economic legal or social contingencies. Conscious of that reality, african legislator set up within the OHADA reform legal measures to allow them acclimatize to the tendencies and markets pressure : the restructuring law which design all the technicals proceedings conceived by the legislator to reorganize the company. Those technicals was inspired by French law restructuring which has been reorganized. The confrontation of both systems allows to notice that if in the fundamental principles they are the same objectives consisting in sustainability of companies for their growth or their survival there are however practical and technical differences materialized by the recent french reforms.

Keywords : merger, increasing of shares, restructuring plan, debt equity swap, bankruptcy

Institut de recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine- IRDAP

16, avenue Léon Duguit- CS 50057- 33608 Pessac CEDEX

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	8
PARTIE I : LA RECHERCHE DE LA CROISSANCE DE L'ENTREPRISE A TRAVERS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION	25
TITRE I LA RESTRUCTURATION PAR LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE	30
CHAPITRE I LES LIMITES ATTACHEES A LA NOTION PATRIMONIALE DE LA FUSION	32
CHAPITRE II POUR UNE CONCEPTION ALTERNATIVE DES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION PAR VOIE DE FUSION	85
TITRE II LA CROISSANCE AU PLAN TRANSFRONTALIER : UNE REALITE LIMITEE.....	161
CHAPITRE I LES LIMITES DECOULANT DU REGIME JURIDIQUE DE LA FUSION TRANSFRONTALIERE	162
CHAPITRE II DES LIMITES DECOULANT DU REGIME DE PROTECTION DES SALARIES.....	195
PARTIE II LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION, UN MOYEN DE RESTAURATION DES ENTREPRISES DEFAILLANTES	227
TITRE I LA RESTAURATION AU MOYEN DES TECHNIQUES PREVENTIVES: UNE ATTRACTIVITE LIMITEE	231
CHAPITRE I L'INSUFFISANCE DES CRITERES D'OUVERTURE	232
CHAPITRE II LA FLEXIBILITE DU PLAN DE RESTRUCTURATION	283

TITRE II	LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CREANCIERS DANS LA RESTRUCTURATION DE L'ENTREPRISE.....	353
CHAPITRE I	DES CREANCIERS FAVORISES DANS LE PROCESSUS DE RESTRUCTURATION DE L'ENTREPRISE.....	355
CHAPITRE II	DES RESTRICTIONS PERSISTANTES DANS LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CREANCIERS	391
CONCLUSION		420
BIBLIOGRAPHIE		425

Proverbes 9 verset 10

« Le commencement de la sagesse, c'est la crainte de l'Eternel;
Et la science des saints, c'est l'intelligence. »

Mes sincères remerciements à Monsieur Bernard SAINTOURENS pour sa disponibilité ses conseils et surtout pour la confiance.

J'exprime ma profonde reconnaissance aux Professeurs POHE Denis, KAKOU Alain Claude et RAFFRAY Ronan d'avoir accepté de siéger dans mon jury.

A Sorheya et Stella pour votre patience et votre réconfort.
A tous les membres de ma famille dans son sens large et mes amis dont le soutien a été indéfectible.

A YVAN tu es parti trop tôt.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.P.	Assemblée plénière de la Cour de cassation.
AJDA	Actualité juridique droit administratif
Al.	Alinéa
Art.	Article
AU DSC et GIE	Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêts économique
AU PCAP	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
BJS	Bulletin Joly Société
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle).
CA	Cour d'appel
Cass.civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass.com.	Cour de cassation chambre commerciale
Cass.crim.	cour de cassation, chambre criminelle
Cass.soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C.C.J.A	Cour commune de Justice et d'Arbitrage
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. consom.	Code de la consommation.
C.trav.	Code du travail
Cons.constit.	Conseil Constitutionnel
C.C.C.	Revue Contrats - concurrence - consommation
CGI	Code Général des impôts
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes.
C.P.C.	Code de procédure civile.
C.P.I.	Code de la propriété intellectuelle.
C.E.	Conseil d'Etat.
Ch. M.	Chambre Mixte de la cour de cassation.
C.C.C.	Contrats concurrence- consommation.

D.	Dalloz recueil,
D.affaires	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat.
Dir.	Directive
DP	Dalloz périodique
Gaz. Pal.	Gazette du palais.
Idem	Au même endroit
Infra	Ci dessous
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP éd.E	Semaine juridique édition entreprise
JCP éd.G	Semaine Juridique édition générale
JCP éd. N	Semaine Juridique édition notariale
JCl. Civil	Juris-classeur civil.
J.. O.	Journal officiel
L.	Loi.
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
OBS.	Observations
ORD.	Ordonnance.
OHADA	Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RD Bancaire et fin	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RJ com.	Revue de Jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de Jurisprudence de droit des affaires
RPC	Revue des procédures collectives
Rép. Civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz.
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial.
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
S.	Sirey périodique.

Soc.	Chambre sociale de la cour de cassation.
Trib.civ	Tribunal civil.
Trib. gr. Inst	Tribunal de grande instance.

INTRODUCTION

« Les personnes morales dans la vie financière moderne, ne connaissent que des moments de stabilité courte et vivent de plus en plus entre deux restructurations¹. »

1. Le monde juridique est peuplé de personnes physiques et morales notamment les associations et les sociétés² qui apparaissent comme des instruments permettant à des individus de réaliser ensemble par la collecte de capitaux et par la réunion de leurs compétences respectives, une entreprise déterminée qu'ils ne pourraient réaliser seuls. Le rôle de ces acteurs dans l'activité économique est manifestement très important.

2. La définition de la société est donnée par les articles 1832 du code civil et 4 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE qui disposent que : « *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 des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne, les associés s'engagent à contribuer aux pertes.* ». Il en résulte que la constitution d'une société comporte l'ensemble des opérations, décisions et formalités qui permettent de rassembler économiquement et d'affecter juridiquement un patrimoine, une entreprise en vue de lui faire attribuer la personnalité juridique nécessaire à sa gestion.

¹ GERMAIN M, FRISON R. in RD bancaire et bourse, mai-juin 1997, p.120, n° 4.

² La société se distingue de l'entreprise qui est plus un concept économique dont elle est une technique d'organisation. Aussi dans le cadre de nos travaux le recours à la notion d'entreprise visera aussi bien les deux notions. Le terme société pour la doctrine a deux sens. Il désigne l'acte constitutif de la société c'est-à-dire soit le contrat de société soit la personne morale. Voy. MERCADAL B., mémento pratique sociétés commerciales, édition Francis Lefebvre 46^{ème} édition 2015, n°1, p.9.

3. Partant de cette définition, les auteurs se sont d'abord divisés, dans une approche classique³, sur la nature de la société avant d'élaborer une approche plus moderne prenant en compte non plus la nature, mais les finalités de la société.

4. Cette approche moderne de la société, dont le doyen RIPERT est le précurseur, part de l'idée que la société est au service d'une finalité. Cette analyse a permis l'éclosion de ce qu'on appelle la doctrine de l'entreprise. Ce courant est parfois baptisé l'école de Rennes, par référence à la faculté d'où il est parti. Selon cette approche, la société ne serait pas un groupement d'associés, mais une technique juridique d'organisation de l'entreprise⁴. Plus précisément, l'entreprise se présenterait comme une collectivité économique et humaine regroupant toutes les personnes liées à l'activité économique commune. Les actionnaires apporteraient leurs capitaux, les salariés leur force de travail, les banques leurs crédits ...

5. Cette notion d'entreprise est restée longtemps ignorée des juristes car elle est toujours assez difficile à cerner. Dans l'approche économique, elle est assimilée :

- à une idée, un projet et l'exploitation de cette idée, la mise en œuvre du projet ;
- une organisation regroupant des moyens en hommes, en capital et en matériel ;
- un agent économique productif, créateur de richesse et d'emplois.

³ Deux théories se sont opposées en doctrine, l'une analysant la société comme un contrat, l'autre comme une institution, certains ayant finalement, à raison, trouvé plus judicieux de faire la synthèse de ces deux courants. La théorie contractuelle s'appuyait sur les termes de l'article 1832 du code civil qui définit effectivement, dans son alinéa 1^{er} la société comme un contrat. Cette thèse contractuelle contenait toutefois des limites et ne pouvait à elle seule rendre compte de l'intégralité de la notion de société. De même le législateur a réglementé (avec notamment moult dispositions d'ordre public), le fonctionnement de la société battant en brèche son aspect contractuelle. Face à cette insuffisance de la thèse du contrat, certains auteurs ont alors proposé une autre analyse de la société : la thèse institutionnelle. Cette thèse s'est développée en réaction contre la conception contractuelle. Ses prémisses semblent venues d'Allemagne, elle a pénétré la doctrine française grâce à des auteurs comme Thaller(THALLER. E., traité élémentaire de droit commercial, 2^{ème} éd., 1900, qui qualifie les sociétés commerciales d'organismes dotés d'une charte.), et a influencé la jurisprudence à partir de la fin du XIX^{ème} siècle. La doctrine cherchant une meilleure explication aux phénomènes qui échappent à la théorie contractuelle, s'est souvent contentée de notions assez vagues. Le doyen Hauriou définissait l'institution, comme un groupement humain, organisé de façon durable pour la réalisation d'une idée.

⁴ PAILLUSSEAU, la société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise, thèse Rennes, 1965, les fondements du droit moderne des sociétés, JCP 1984, I, 3148.

6. Mais, il importe de bien comprendre que traditionnellement l'entreprise n'est pas considérée comme ayant, en elle-même, la personnalité juridique. Elle n'est pour cette raison classée, ni dans la catégorie des personnes physiques, ni dans celle des personnes morales. Certes, une doctrine particulièrement autorisée a pu estimer que l'évolution de notre droit positif va dans le sens d'une personnification de l'entreprise, que l'on devrait considérer comme un sujet de droit naissant même si l'on persiste à ne lui accorder qu'une personnalité d'emprunt. On s'aperçoit à la lecture des développements qui précèdent, qu'il est tout aussi impossible de faire entrer l'entreprise dans les classifications juridiques concernant les objets de droits que dans celles concernant les sujets de droit.

7. L'entreprise transcende donc en quelque sorte, le droit et les classifications juridiques, et, un auteur a, fort justement, écrit à son propos, qu'elle n'est pas une notion juridique mais une notion économique et sociale⁵. Sans doute, c'est par le biais du sujet de droit qui l'exploite que l'on arrive à la concevoir. Ainsi, à chaque fois que l'on attribue des droits et obligations à une entreprise faute de personnalité juridique de cette dernière, c'est la personne physique ou morale qui l'exploite qui est visée. Autrement dit, pour faire entrer l'entreprise dans l'univers juridique⁶, on est venu (pour les partisans de la tradition, par une ellipse simplificatrice ; pour les partisans de la doctrine de l'entreprise) à personnifier en quelque sorte l'entreprise en l'identifiant au sujet de droit qui l'exploite et, comme il existe deux catégories de sujets de droits (les personnes physiques et les personnes morales) nous distinguerons notamment deux catégories d'entreprises commerciales : l'entreprise individuelle qui ne fera pas l'objet d'étude, et la société commerciales auxquelles seront consacrées nos développements.

8. Le caractère commercial de la société est déterminé par sa forme. En effet, sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes⁷.

9. Les sociétés, dès lors qu'elles accomplissent les formalités légales de constitution, et en tant qu'êtres collectifs doivent organiser la vie de ses acteurs principaux que sont les

⁵ PAILLUSSEAU J., les fondements modernes du droit des sociétés, JCP, G 1984, I, n° 3148.

⁶ Ainsi dans le cadre de nos travaux, l'entreprise et la société ne sont pas des réalités interchangeables, la seconde permettant à la première d'être personnifiée.

⁷ A.U.D.S.C et du GIE art. 6 voy. com. art.L.210-1.

associés qui lui ont apporté ses capitaux et les dirigeants qui la dirigent et la représentent. Elles doivent pouvoir fonctionner normalement et rechercher constamment du profit, but pour lequel elles sont constituées. Elles peuvent également disparaître dès lors que les associés le décident ou quand certaines circonstances rendent sa continuation inopérante. Ainsi, comme un être vivant, la société naît meurt et vit. Mais en cours d'existence, elle peut être confrontée à certains impératifs car son fonctionnement ne se conçoit pas en terme statique mais dynamique. Elle subit les péripéties de la conjoncture économique dominée par des modifications constantes. Divers éléments sont susceptibles d'affecter l'organisation de la société commerciale en cours d'existence. Le plus souvent, la volonté de la société qu'expriment, en son nom, ses organes dirigeants sous le contrôle des associés, en constitue la cause. Mais, il est possible également que ces événements découlent de circonstances parfois internes à la société, tels les résultats de son activité qui se transcrivent dans ses ressources financières. En tout cas, la vie des sociétés est parsemée d'événements importants qui traduisent la nécessité de l'adapter à l'évolution du contexte économique, social, financier et juridique.

10. La société est un être évolutif qui, pour faire face à des situations nouvelles⁸, doit dans l'objectif de sa survie s'adapter aux fluctuations de la conjoncture économique. Différents moyens permettent cette évolution notamment les restructurations⁹. Dans un environnement concurrentiel fortement mondialisé, dans le souci d'être pérennes et de croître, les entreprises sont confrontées en cours d'existence à divers événements qui vont les amener à procéder à des restructurations de toutes sortes car la nécessité de l'adaptation aux changements sociaux, économiques, juridiques, financiers, les contraintes et pressions du marché leur imposent des mutations profondes. En effet, elles sont en cours d'existence confrontées à diverses contingences notamment de croissance, crise ou développement qui vont les conduire à modifier continuellement leurs contours, en d'autres termes à se restructurer.

11. La restructuration est donc un impératif pour les entreprises et désigne un ensemble d'événements qui affectent la société dans sa structure car entraînant de véritables bouleversements sociétaires. Economiquement, elle permet essentiellement de renforcer la capacité concurrentielle des entreprises. Egalement, elles peuvent avoir des motivations industrielles ou financières. En effet, parce que les entreprises doivent pouvoir évoluer, le

⁸ DONDERO B., droit des sociétés, 3^{ème} édition 2013 Dalloz, p.241, n° 405.

⁹ Lamy droit du contrat, édition Wolters Kluwers France- octobre 2013, n° 4303.

droit est dans l'ensemble favorable aux restructurations d'entreprises¹⁰. Ce qui explique que nombre de disciplines juridiques s'intéressent à ce phénomène notamment le droit des sociétés, le droit du travail, le droit commercial, le droit fiscal, le droit des entreprises en difficultés...

12. Réalité économique, une entreprise qui adopterait une position statique dans un contexte en constante évolution serait nécessairement vouée à l'échec voire à la disparition. Pari sur l'avenir, l'acclimatation aux changements est un phénomène permanent de la vie des entreprises¹¹ qui non seulement se restructurent continuellement mais paraissent n'exister que pour changer sans cesse de configuration juridique en sorte que le modèle de l'entreprise, organisation stable, n'est plus guère compatible avec la mobilité, la volatilité des capitaux.

13. Cette impérieuse nécessité s'explique en grande partie par le fait que les entreprises doivent exercer leurs activités dans un contexte de mondialisation et d'ouverture de leurs économies nationales à la concurrence qui les mesure sur le plan international ou local avec des firmes étrangères très puissantes avec de grands capitaux et des technologies de pointes. La plupart des entreprises doit affronter une concurrence accrue et beaucoup plus qu'auparavant avec les sociétés multinationales. Dans un tel contexte, les entreprises africaines et françaises face à l'impératif de leur survivance doivent prendre des mesures afin de faire face à ce phénomène. La restructuration est dans cette perspective une obligation. Elle est d'autant plus nécessaire qu'elle permettra l'adaptation desdites entreprises aux fluctuations de l'économie et à l'accroissement de leurs productivités en modifiant selon les circonstances leurs moyens de production et leurs structures institutionnelles.

14. Le terme restructuration est également sous le feu de l'actualité rythmant la vie économique et financière tant nationale qu'internationale. En témoigne notamment la restructuration de la société MORY DUCROS par la validation du plan de reprise au profit de ARCOLE INDUSTRIES par le tribunal de commerce de PONTOISE¹². En illustre également, le projet de restructuration par voie de fusion des deux géants mondiaux de la publicité afin de faire face à l'avancée de GOOGLE ; Fusion entre PUBLICIS ET

¹⁰ Voy. notamment, GUYON Y., Droit commercial général et sociétés, édition ECONOMICA 2003, n° 562.

¹¹ PICCA G., « le droit du travail à l'épreuve de l'économie », Dr. Soc.1994, p.26.

¹² Source le point.fr dans son journal du 06 février 2014. http://www.lepoint.fr/economie/mory-ducros-validation-du-plan-de-reprise-par-arcole-industries-06-02-2014-1789026_28.php.

OMNICUM validée par les autorités de Bruxelles¹³. En témoigne enfin, la récente restructuration dans le secteur des télécommunications de la Société Française du Radiotéléphone qui a défrayé la chronique¹⁴. L'actualité dans l'espace OHADA n'est pas en marge de cette médiatisation des restructurations d'entreprises. En témoigne par exemple le lancement d'un programme national de restructuration et de mises à niveau des industries ivoiriennes.¹⁵

15. Or, malgré l'ampleur des enjeux qu'elle recèle, la notion de restructuration n'a pas véritablement fait l'objet d'une systématisation juridique car si le terme restructuration est partout il n'est défini nulle part. Pourtant, la notion domine les réalités économiques contemporaines. Que ce soit par la doctrine ou la jurisprudence, aucune notion de restructuration unanimement admise n'a été dégagée. Pour preuve, bien qu'utilisé dans le langage juridique, le terme « restructuration » n'a pas de régime légal spécifique et exhaustif, en témoigne son oubli dans le vocabulaire Juridique CAPITANT¹⁶. Il est vrai que la notion de restructuration par sa nature protéiforme pourrait décourager les faiseurs de systèmes¹⁷ car son emploi est doté pour le juriste d'une force évocatrice certaine : société, entreprise, groupe de sociétés, prise de participation, fusion, apport partiel d'actifs... Que faut-il donc entendre par restructuration ?

16. Etymologiquement, la restructuration est appréhendée comme l'action de réorganiser selon de nouveaux principes avec de nouvelles structures, un ensemble que l'on juge inadapté¹⁸. Elle est appréhendée par certaines sciences humaines notamment l'économie qui la définit comme un ensemble d'opérations qui ont un impact sur l'activité productive courante des unités économiques par le biais de transferts d'activités incluant la cession, la location ou la mise à disposition de tout ou partie des actifs productifs entre deux unités

¹³ BARRIERE F., la fusion filialisation, Revue des sociétés 2013, p.667. Notons que ce projet de fusion malgré son entérinement par les autorités de Bruxelles n'a pas abouti source http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/05/09/les-groupes-publicis-et-omnicom-renoncent-a-leur-fusion_4413910_3234.html.

¹⁴ http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/03/10/telecoms-restructuration-a-hauts-risques_4380353_3232.html

¹⁵ www.veille-ci.com.

¹⁶ Vocabulaire Juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 3^{ème} éd. 1992.

¹⁷ RIVERO J., apologie pour les faiseurs de systèmes : D. 1951, chron., p.99.

¹⁸ Dictionnaire LAROUSSE maxi poche, 2014, p.1214.

légales ou plus. Sont visées les restructurations dites au sens strict, c'est-à-dire celles qui emportent modification des structures: fusions, scission, apports partiels d'actif, les opérations de vente ou achat de fonds de commerce ou d'actifs productifs, les opérations de location gérance. Sont exclues : les opérations de restructuration interne et les opérations courantes (c'est-à-dire les opérations à caractère de gestion qui ne modifient pas substantiellement l'objet social des unités légales et qui ne s'accompagnent pas par ailleurs d'une autre opération de restructuration). Dans une restructuration, les différentes composantes de l'entreprise sont changées en termes d'activités mais aussi sur le plan des entités qui la composent¹⁹. Dans cette optique, l'économiste autrichien Joseph SCHUMPETER²⁰ analysait les restructurations comme un « processus de destruction créatrice ». La formule semble révéler un oxymore traduisant incontestablement que toute entreprise doit en permanence accepter le risque de devoir se transformer pour survivre en mettant en œuvre des réorganisations et des restructurations en développant de nouvelles activités et en sacrifiant d'autres devenues moins rentables.

17. Sur le plan juridique, il est difficile de définir ce qu'est une restructuration car le terme ne semble pas faire partie du vocabulaire juridique et ne fait en outre, l'objet d'aucune sémantique juridique malgré la fréquence de son utilisation²¹. La notion est en effet évoquée par de nombreuses dispositions légales²² et utilisée notamment en droit du travail à travers les attributions économiques du comité d'entreprise²³.

18. Pourtant, la réalité du phénomène de restructuration est ancienne, car pour n'être pas un phénomène nouveau, les restructurations sont aujourd'hui sous les feux de l'actualité, qu'elle soit économique ou juridique. Ce regain d'intérêt trouve d'abord à s'expliquer au plan économique par le fait que les restructurations ont changé à la fois de nature et serait-on tenté

¹⁹ CHAMPSAUR (P), Directeur général de l'INSEE, se transformer pour avancer, www.INSEE.fr.

²⁰ SCHUMPETER J., « capitalisme, socialisme et démocratie », 1942.

²¹ MASSART T., Panorama de l'environnement juridique de la restructuration, Revue Lamy droit des affaires, nov. 2010, n° 54.

²² Le terme a fait son intrusion dans le droit et notamment dans le droit du travail. En effet, le préambule de l'accord interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi dispose : « lorsque les entreprises entreprennent des opérations de fusions, de concentration ou de **restructuration** visant à augmenter la compétitivité des entreprises, elles doivent intégrer dans leurs études préliminaires les incidences prévisibles en ce qui concerne l'emploi et préparer les solutions permettant de réduire les éventuels licenciements par un effort de formation facilitant les mutations internes (point IV du préambule).

²³ L'article L 2323- 15 alinéa 1 du code du travail dispose que : « le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs ».

de dire de rythme. Longtemps attachées à un contexte de crise pour ne pas dire de faillite, les restructurations résultent désormais de décisions stratégiques et de choix de gestion qui en font une étape récurrente de la vie des entreprises engagées dans des processus de refonte et de reconfiguration permanents.

19. Pour le dire autrement, on assiste de nos jours au développement des restructurations offensives ou de compétitivité inscrites dans des logiques d'anticipation de résultats et pouvant s'opérer en situation de croissance par opposition aux traditionnelles restructurations défensives ou de crises justifiées par des enjeux de survie.

20. Elles sont depuis de longues dates, objet de réglementation et les branches du droit qui s'y intéressent sont nombreuses. Mais, ce sont surtout le droit des sociétés et le droit du travail qui sont au premier chef concernés par les opérations de restructurations: le premier parce qu'il vient les réglementer, le second parce qu'il s'efforce d'appréhender leurs conséquences sur l'emploi des salariés. On ne saurait toutefois conférer à ces propos une trop grande généralité. En effet, pas plus qu'elle n'emporte nécessairement des conséquences directes pour les salariés, une restructuration ne relève pas par nature du droit des sociétés.

21. Ce qui, pour revenir à l'épineuse question de la définition juridique de la restructuration, dont on ne trouve trace ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, aura comme élément déterminant le recours à une abondante doctrine.

22. La première acception vient du Professeur Bernard SAINTOURENS qui, dans sa thèse de doctorat, précise que sont à regrouper sous le vocable restructuration, les diverses opérations juridiques qui vont affecter les contours, les caractéristiques, le capital, la direction d'une entreprise.²⁴ Pour l'auteur en effet, les restructurations sont assimilables à toutes les opérations qui vont toucher l'entreprise dans ses spécificités, dans ses composantes. Il assimile donc la notion au moyen permettant sa réalisation. Cette précision est en tout état de cause, corroborée par Madame Christine MASQUEFA pour qui la restructuration de l'entreprise doit être abordée sous l'angle de la modification de la structure primitive de la société. Dans son approche, elle traite la question de la restructuration sous l'angle de la modification du cadre et du mode d'organisation de la structure concernée ce qui suppose une transformation durable et sensibles de ses éléments essentiels.²⁵ Cette modification trouve son

²⁴ SAINTOURENS B., droit du travail et restructurations juridiques des entreprises, thèse Bordeaux I 1982, p.9.

²⁵ MASQUEFA C., la restructuration, L.G.D.J.2000, n° 197, p.146.

origine dans un mécanisme juridique susceptible d'entraîner une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels. Elle se distingue de la réorganisation, simple changement ou transformation d'activité.

23. Les auteurs issus de l'espace OHADA ne sont pas en marge de cette approche de la restructuration. Dans le même ordre d'idée que ceux précédemment cités, ils voient la restructuration comme l'ensemble des techniques conçues par pour réadapter un contrat de société initial aux nécessités économiques du moment. Ils l'envisagent comme la dynamique des sociétés. Pour eux, la vie de la société ne se conçoit pas en terme statique mais dynamique. Celle-ci peut être restructurée si le besoin d'adaptation se fait sentir notamment en raison d'une modification des circonstances économiques.²⁶

24. Si pour notre part, ces définitions apportent d'indéniables éclaircissements quant à la notion de restructuration, elles restent cependant quelque peu restrictives. Plus précisément, elles ne rendent sans aucun doute compte de la notion de restructuration au sens du droit des sociétés et ne correspondent pas à la conception qu'en retient le droit du travail²⁷ ou le droit des procédures collectives qui tend au contraire à assimiler restructuration et réorganisation voire au redressement de l'entreprise défaillante.

25. Par exemple, Monsieur Gaël COUTURIER peut voir dans le plan de cession, un instrument de restructuration ou de redressement de l'entreprise défaillante²⁸. Cet aspect du droit de la restructuration est abordé par une partie de la doctrine sous l'angle de la diversité des procédures et impose de la concevoir sous l'aspect d'une véritable gestion stratégique qui prend en considération l'intensité et la nature des difficultés rencontrées par les entreprises²⁹. En d'autres termes, le concept de restructuration engloberait et viserait uniquement les réorganisations d'entreprises opérées dans le cadre des procédures collectives.

²⁶ ANOUKAHA F., CISSE A., NDIOW DIOUF, NGUEBOU TOUKAM J., POUGOUE PG., et SAMB M., sociétés commerciales et GIE, éd. Bruylant (12 décembre 2002), Juriscope 2002 n° 212, p.143 et n°266, p.180

²⁷ Les aspects relatifs au droit du travail des restructurations d'entreprise ne seront abordées que de manière partielle en ce qui concerne les restructurations transfrontalières. Pour une étude détaillée voir **OUAISSI H.**, les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés, L.G.D.J.2006.

²⁸ COUTURIER G., le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes BJS 2008, n° 35 et s.

²⁹ BROCARD E., les stratégies de restructuration des entreprises en difficultés, Petites Affiches, 11 mai 2011 n° 93, p.4

26. Toutefois pour notre part, cette approche pourrait paraître également quelque peu restrictive car si toute entreprise est susceptible de traverser des difficultés l'obligeant à se restructurer, toutes les entreprises ne font pas l'objet fort heureusement d'un plan de sauvegarde ou de redressement en un mot d'un plan de restructuration.

27. Aussi, la restructuration est envisagée comme une réponse à une difficulté sérieuse rencontrée par une entreprise laquelle peut aboutir à terme à la cessation des paiements³⁰. C'est la raison pour laquelle, il convient de retenir de la notion de restructuration une conception relativement large englobant à la fois les réorganisations affectant l'entreprise et celles qui concernent la modification même de la société, support juridique de cette dernière.

28. Dans le cadre de nos recherches, la restructuration va désigner toutes les techniques juridiques offertes par le législateur pour modifier la structure d'une entreprise ou la réorganiser en vue de l'adapter aux nécessités de l'environnement dans lequel elle évolue. La restructuration a une double appréhension. Une conception modificative qui aura une finalité offensive d'une part et d'autre part une conception réorganisatrice dans un contexte de crises et surtout défensive. Ces deux facettes de la restructuration vont alimenter notre étude comparative. Ce droit de la restructuration désignera aussi bien l'arsenal juridique que le législateur offre aux entreprises pour faire face aux difficultés qui menacent leurs existences que les procédés mis à leurs dispositions dans un contexte expansionniste voire de développement.

29. La restructuration peut être initiée aussi bien par des entreprises saines c'est-à-dire en bonne santé financière que par celles qui traversent des difficultés. Elle peut être préventive et volontaire dans l'optique d'améliorer la productivité et le dynamisme d'une entreprise. Également elle peut être forcée ou subie en raison de lourdes difficultés menaçant son existence et qui aura pour conséquence l'ouverture d'une procédure collective.

30. Il reste toutefois que les définitions sus citées, ont le mérite de faire la confusion entre la restructuration elle-même et les mécanismes juridiques supports. Cette confusion avant d'être celle du législateur est celle de la doctrine particulièrement en droit des sociétés.

³⁰ MASSART T., panorama de l'environnement juridique de la restructuration, Revue LAMY DROIT DES AFFAIRES p.66.

31. Tout d'abord la plupart des auteurs³¹ rapprochent opérations de restructuration et groupes des sociétés dans une dynamique du droit des sociétés. Consacrant la troisième partie de son ouvrage, le professeur CHAPUT rappelle que « *le droit des sociétés n'est pas statique, au contraire, il permet de répondre à l'évolution d'une entreprise et offre même les possibilités d'une véritable dynamique juridique* »³² que caractérisent les restructurations, opérations qui sont au cœur de la vie des groupes car la composition et la structuration des groupes sont d'une instabilité consubstantielle au phénomène³³. Cependant lorsque doit être précisée la relation existant entre le groupe de sociétés et la restructuration, une hétérogénéité des positions se fait jour : certains estiment que le groupe constitue une restructuration³⁴ ce qui revient à nier toute distinction entre ces deux notions et incidemment, toute spécificité à la notion de restructuration. Un auteur expose les restructurations comme le groupe en mouvement³⁵. Enfin pour d'autres, le groupe de sociétés est le résultat des restructurations³⁶.

32. En tout état de cause, lorsqu'il s'agit de décrire l'opération de restructuration, les auteurs pour la plupart ne traitent que de fusion et opérations assimilées³⁷, cession d'actions, offre publique d'acquisition, prise de participations, augmentation ou réduction de capital, transformation de la forme sociale. Seuls les professeurs COZIAN VIANDER et DEBOISSY, tout comme s'ils n'avaient pas défini le groupe en tant que résultat de la restructuration, n'exposent ces techniques juridiques qu'en tant que procédés de restructuration non en tant qu'opérations même de restructurations. En la distinguant de mécanismes juridiques qui n'en sont que la source, son autonomie est rendue à la restructuration : elle n'est réductible ni à

³¹ COZIAN M, VIANDER A, DEBOISSY F, droit des sociétés 27^{ème} édition LITEC, 2014, n°1449 et s., p715 et s. ; MERLE P., droit commercial, sociétés commerciales, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 1998, n° 635 et s., p.693 et s.

³² CHAPUT Y., droit des sociétés, P.U.F., coll.dr.fondamental, 1993, n°633 et s.

³³ COEURET A., contrats de travail et groupes de sociétés, in Groupes de sociétés : contrats et responsabilité, colloque LERADP-EDHEC, 19 novembre 1993, L.G.D.J, 1994, p.32.

³⁴ Au même titre que les transformations et les fusions de sociétés. Voy. GUYON Y. droit des affaires, tome 1. Droit commercial général et Sociétés, op.cit., n°562, p.582.

³⁵ DIDIER P., droit commercial, Tome 2 les groupes en sociétés, p.533.

³⁶ Le lieu privilégié des restructurations est le groupe de sociétés ; le groupe naît des restructurations et se développe par elles. En cela, il est bien le résultat des restructurations. Voy. COZIAN M., VIANDER A. et DEBOISSY F., droit des sociétés, préc... Voy. Egalement MERLE P, droit commercial, sociétés commerciales, 18^{ème} édition, DALLOZ 2015, p.815, n° 751 et s.

³⁷ C'est-à-dire scission et apport partiels d'actifs. Voy. par exemple, LAMY, sociétés commerciales édition 2014, p.927, n° 1921 et s.

l'une ou l'autre de ces techniques, ni se confond avec le groupe de sociétés. Néanmoins, cette tendance réductrice de la doctrine est aussi partagée par le législateur.

33. Assimilant déjà la restructuration à ses incidences, le législateur a aussi lorsqu'il s'agit d'appréhender la restructuration, tendance à occulter la distinction entre les mécanismes supports de la restructuration et l'opération de restructuration elle-même. En effet, à défaut de donner une définition précise de la restructuration, le législateur lorsqu'il souhaite viser une telle opération se contente d'exposer une définition assez vague ou très générale suivie d'une énumération non exhaustive de différents types de techniques juridiques censées éclairer le concept³⁸. Etant parfaitement connus et depuis longtemps analysés, ces mécanismes juridiques classiques tel la fusion, la cession, offrent un point de repère solide à partir duquel le raisonnement peut plus facilement s'orienter.

34. Face à cette multitude de procédés, il n'existe pas un régime juridique de la restructuration de l'entreprise. Mais plutôt une mosaïque de règles diverses issues de différentes branches du droit : droit des sociétés, droit du travail, droit bancaire, droit des contrats, droit de la concurrence ou encore droit des entreprises en difficultés. Or, malgré l'absence d'un ensemble homogène ce corps de règles est à la recherche d'un environnement réglementaire facilitateur des restructurations ou protecteurs des intérêts catégoriels.

35. Toutes ces critiques nous permettent d'évoquer dans le cadre de nos travaux le terme droit de la restructuration étant entendu que la notion de restructuration pour le droit est appréhendée par les techniques juridiques susceptible de traduire sa réalité. Et, en raison de la transversalité des règles régissant la notion, nous pouvons affirmer que ce droit n'a pas d'existence propre mais est un droit dérivé dont l'appréhension nécessite la lecture croisée de différentes branches du droit.

36. Pour cette raison, et comme le soutient le doyen Vedel, il est en train d'atteindre son autonomie. Celle-ci apparaissant lorsque pour la compréhension d'un domaine il est fait application des principes généraux et des méthodes de raisonnement empruntés purement et

³⁸ A cet effet, l'article L.2323-19 du code du travail précise que : « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modifications importante des structure de production de l'entreprise... »

simplement à une discipline existante³⁹. Ce mouvement « d'autonomisation » du droit de la restructuration correspond probablement à une loi d'évolution sociologique dans la société post industrielle liée à des manifestations diverses d'inflation et de technicisation du droit.

37. Pour l'essentiel, ce droit de la restructuration ou du moins ses techniques de reconnaissance consistent à réorganiser ou à réaménager l'entreprise. Il s'agit d'une opération tournée vers un avenir économique supposé meilleur. L'essentiel de la restructuration est de remodeler voir réorganiser la structure juridique (opérationnelle, organisationnelle ou capitalistique) dont on attend les effets bénéfiques au plan économique.⁴⁰

38. Dans l'espace OHADA,⁴¹ zone géographique regroupant des Etats qui ont décidé d'harmoniser leur droit des affaires en vue de mettre fin aux disparités qui constituent un frein à l'essor des investissements et à l'intégration à laquelle tous les Etats africains aspirent, ces procédés techniques sont principalement contenus dans les dispositions des actes uniformes relatifs au droit des sociétés commerciales et du GIE⁴² ainsi qu'à celui portant organisation

³⁹ VEDEL G., le droit économique existe-t-il ?, mélanges Vigreux, 1981, p.770.

⁴⁰ Voy sur ce point CHAMPAUD C., restructurations d'entreprises et droit de la concurrence- rapport de synthèse : in Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence, colloque LERADP-EDHEC, 14 décembre 1991, L.G.D.J., 1993, p.133.

⁴¹ À l'instar d'autres pays du monde qui ont entrepris des regroupements politiques et/ou économiques pour faire face à la mondialisation des réalités économiques, des États de la Zone Franc CFA, rejoints par les Comores et la Guinée, ont décidé d'harmoniser leur droit des affaires pour offrir aux opérateurs économiques, étrangers et locaux, une législation moderne, adaptée aux nouveaux défis de l'économie. Ils ont créé par le Traité de Port-Louis le 17 octobre 1993 (révisé le 17 octobre 2008 à Québec, Canada), l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) qui a institué l'espace OHADA. La création de cet espace et partant le droit y applicable répond à une logique : faciliter les échanges économiques entre les différents Etats membres afin de rendre possible leur intégration économique. Cette harmonisation s'est réalisée essentiellement par deux moyens : l'adoption et la promulgation d'actes uniformes applicables dans tous les pays et l'institution d'une cour commune de Justice et d'arbitrage chargée d'assurer l'unité du droit des affaires dans l'ensemble de ces pays.

Les objectifs de ce droit multiples sont confinés dans le traité de l'OHADA. Voy ; PAILLUSSEAU (J), le droit de l'OHADA un droit très original, pratique et actualités du droit OHADA, Journées d'études Juriscope Poitiers, p.101, voir www.ohada.com/ Ohadata D-12-64

⁴² Acte uniforme adopté le 17 avril 1997 , publié au JO OHADA n° 2 du 01 octobre 1997, p.1 et S. Remarquons que cet acte uniforme a été révisé le 30 janvier 2014 à OUAGADOUGOU et entré en vigueur le 5 mai 2014 et publié dans le journal officiel n° Spécial du 04 février 2014. Il convient de préciser qu'il existe des règles particulières qui s'appliquent à certaines sociétés particulières notamment les banques et les sociétés d'assurances.

des procédures collectives d'apurement du passif⁴³ qui ont modifié considérablement le droit des affaires applicable dans les Etats parties.

39. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de l'OHADA, ces Etats ne disposaient pas d'un régime des restructurations clairement défini. Le traité OHADA en s'inspirant de la pratique et de l'évolution jurisprudentielle, propose désormais un certain nombre de solutions innovantes tant conceptuelles que procédurales aux techniques de restructuration d'entreprises.

40. Celles-ci se sont pour la plupart inspirées du droit français⁴⁴. Cette adaptation du modèle français à l'espace concerné est très intéressante à de nombreux égards. Elle assure une unité de culture juridique entre l'Afrique, la France et l'Europe. Elle facilite de manière importante les recherches doctrinales et pratiques : le fond documentaire est commun. Elle permet aux investisseurs et aux financiers européens d'évoluer dans un environnement juridique familier.

41. Un juriste⁴⁵ à l'issue d'un examen comparatif minutieux des deux systèmes, a pu noter que si la législation de l'OHADA n'ignore pas certaines spécificités nationales, son particularisme ne doit pas être exagéré car elle reprend les notions et principes du droit français et ne fait que s'aligner sur l'évolution du droit français. Les techniques de restructurations n'ont pas dérogé à ce mimétisme.

42. Par exemple, les dispositions combinées de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 relative à la suspension provisoire des poursuites individuelles, la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 relative sur le règlement judiciaire et à la liquidation des biens et enfin la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ont fortement inspiré le droit OHADA des restructurations.

⁴³ Acte uniforme entré en vigueur le 10 avril 1998, publié au JO OHADA n° 7 du 1^{er} juillet 1998, p.1 et s.

⁴⁴ Le Professeur FILIGA SAWADO Michel a pu affirmer que l'acte uniforme sur les procédures collectives a été adopté en tenant compte principalement de l'expérience des Etats concernés et de la France en matière de procédures collectives. Cf. commentaire de l'acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, OHADA, traités et acte uniformes commentés et annotés, édition Juriscope 2012. p.1129 et s.

⁴⁵ BOUREL P., a propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique Recueil DALLOZ 2007, n° 14, p.969.

43. Or, la législation française a évolué considérablement et pourrait on dire est en parfaite et constante mutation. La récente loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et la récente révision opérée par l'ordonnance du 12 mars 2014 pour ce qui concerne les entreprises en difficultés constituent une illustration. En atteste également concernant les sociétés commerciales, la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 2012, qui est venue simplifier la procédure de fusion des sociétés commerciales en vue d'adapter les dispositions nationales françaises du droit des sociétés au droit communautaire et la dernière réforme du 31 juillet 2014⁴⁶.

44. Il est donc impérieux à la lumière de cette évolution de la conception et des mécanismes de restructuration d'entreprises en droit français de la confronter avec le droit OHADA. Cette mise en corrélation a pour but principalement de comprendre les deux systèmes juridiques, de dégager leurs limites et de proposer des solutions pour une efficience des procédés techniques qui revêtent une acuité particulière étant entendu que les restructurations d'entreprises constituent une solution moderne pour gérer et anticiper les changements. Elle permet d'aborder sur un même front les problèmes économiques, financiers, sociaux et environnementaux souvent dans un contexte transnational. Aujourd'hui encore les entreprises doivent s'adapter en permanence aux tendances et pressions du marché pour maintenir leur avantage concurrentiel.

45. Cette étude comparative est intéressante dans la mesure où elle est une contribution à la systématisation de la notion de restructuration par le recours à certaines techniques permettant de l'initier. Elle permettra, par contraste, de déceler ses originalités et imperfections et de proposer des solutions pour rendre ce droit en d'autres termes les techniques de restructuration étudiées plus attractives en vue de permettre aux entreprises africaines et françaises d'y recourir plus facilement. Elle mettra en relation deux systèmes juridiques différents géographiquement mais partageant matériellement des points de similitudes. L'étude ne se limitera pas dès lors à opérer uniquement le *distinguo* classique en vue de déceler les différences et les similitudes mais aura pour objectif en fonction des objectifs recherchés et des mécanismes juridiques utilisés de confronter les deux systèmes juridiques au plan de leur efficacité.

⁴⁶ Voy. Réflexions collectives sur l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, *Revue des sociétés*, novembre 2014, p.611.

46. Plusieurs centres d'intérêts pourraient transparaître de cette étude notamment la problématique de l'existence d'un droit de la restructuration, l'impact des restructurations sur certains intérêts catégoriels de la société notamment les actionnaires, les salariés, les créanciers, les différentes formes de restructuration. Mais nous nous efforcerons par une analyse pragmatique et critique de nous questionner sur l'utilité des techniques de restructuration et de juger leur efficacité. En effet, dans un environnement fortement concurrentiel, il serait important de s'interroger sur les logiques que sous-tendent les restructurations d'entreprises afin de vérifier de manière critique leur efficacité à la lumière des buts qu'elles sont censées permettre aux entreprises d'atteindre. En d'autres termes, quelles sont les finalités recherchées par les entreprises à travers le recours à une opération de restructuration et dans quelles mesures les moyens mis à leur disposition par le législateur leur permettent-ils d'accomplir ces objectifs.

47. A cette interrogation, il convient de préciser que les techniques de restructurations sont des moyens mis à la disposition des entreprises pour leur permettre de faire face aux vicissitudes qui pourraient menacer leur existence. Elles ont pour but de les maintenir de manière pérenne en mettant à leur disposition des outils nécessaires non seulement à leur développement mais également à leur survie pour éviter qu'elles ne soient emportées par des difficultés qui menacent leur existence. Cette double finalité constituera l'essence de nos travaux.

48. Ainsi, la restructuration peut consister en une modification radicale de l'organisation patrimoniale et juridique de l'entreprise. La personne morale disparaît, par exemple dans le but de réunir plusieurs patrimoines en un seul. Tel est l'objectif de la fusion. Cette technique de restructuration est fréquemment utilisée tant au plan interne qu'au plan transfrontalier et pose des problématiques importantes en ce qui concerne sa nature juridique et son régime juridique. Elle accroît la taille de l'entreprise et produit des effets de synergies. Une telle opération se déroule généralement lorsque la société est en bonis. Mais il peut arriver que la mutation de la structure juridique de l'entreprise en d'autres termes son remodelage s'effectue dans le cadre de procédures collectives. A cet effet, plusieurs mécanismes de restructuration existent. On peut citer entre autres, les mesures de restructuration de l'actif et du passif qui peuvent consister en une reconstitution des capitaux propres généralement matérialisée par une augmentation de capital. Elle peut également concerner la restructuration de la dette dont l'objectif sera d'apurer la dette des entreprises c'est-à-dire concrètement, une disparition pure et simple des dettes. Il en résulte une pluralité des techniques de restructuration dont

l'utilisation sera fonction des finalités recherchées par l'entreprise. C'est dire que la restructuration de l'entreprise gravite autour de deux axes majeurs, la restructuration de la dette et la restructuration du capital.

49. Pour résoudre et expliquer cette double logique, il s'agira dans un premier temps de démontrer que les techniques de restructuration répondent à une logique de croissance pour l'entreprise. (partie I) et dans un second temps nous efforcerons de justifier que les mécanismes de restructuration sont liés à des impératifs de survie car apparaissant comme des moyens de restauration des entreprises défailantes. (partie II)

PARTIE I : LA RECHERCHE DE LA CROISSANCE DE L'ENTREPRISE A TRAVERS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION

50. L'intérêt pour une entreprise de se restructurer répond à une logique de croissance c'est-à-dire de développement qui correspond à l'accroissement de sa taille dans le temps et se mesure grâce à l'observation de différents indicateurs tels que : l'augmentation des effectifs, des outils de production, du chiffre d'affaires, des bénéfices, des parts de marché. Cette croissance tend pour l'entreprise à rechercher une meilleure efficacité et peut s'effectuer par ses moyens propres mais également par son expansion notamment à travers son association à d'autres entités.

51. Cette croissance s'effectue par la concentration⁴⁷ des entreprises qui demeure primordiale dans un environnement économique moderne exigeant de plus en plus de moyens financiers, techniques et humains qu'une entreprise isolée ne parvient pas toujours à rassembler. Des entreprises petites, moyennes et grandes peuvent décider de concentrer leurs moyens afin d'accroître leur part de marché. Cette nécessité est l'une des données fondamentales de l'économie contemporaine. Les causes de son prodigieux développement sont multiples et variées : progrès technique nécessitant l'emploi de moyens de production accrus et sans cesse renouvelés, besoins de la recherche impliquant la création ou l'extension de laboratoires commerciaux... Elle suppose l'union de deux ou plusieurs entreprises sous une même direction, dans le but d'engendrer une unité économique nouvelle. Elle est caractérisée par deux facteurs essentiels, une unité de direction bien structurée et un contrôle patrimonial qui permet de réaliser et parfaire l'unité de décision⁴⁸.

⁴⁷ La doctrine dans sa majeure partie parle de croissance externe. Voy. MEFFRE S. mémento pratique Francis LEFEBVRE, fusion et acquisition 2014, n° 2, p.27.

43. AUSSDAT J. et CHAMBAZ A., technique des sociétés commerciales LITEC 4^{ème} édition 1975, n° 115 p. 216.

52. Les mobiles qui inspirent les dirigeants de l'entreprise varient selon les circonstances : idée de collaboration lorsque les entreprises sont de même importance ou de domination dans le cas contraire. Ses caractéristiques demeurent les mêmes car découlant à la base d'une volonté d'union et d'un désir de puissance économique.

53. Ce phénomène irréversible de concentration des entreprises propre à notre époque et caractéristique de la société dite « de consommation » n'est pas simplement subi, mais voulu de tous, notamment par les dirigeants des grands corps économiques, les pouvoirs publics, responsables de la croissance de l'économie nationale et de l'élévation du niveau de vie, les consommateurs eux-mêmes, qui réclament sans cesse de nouveaux produits. Ses avantages sont indéniables : regroupement des moyens de production, réduction des frais généraux, lutte contre la concurrence, augmentation de la productivité ... Egalement, elle permet aux entreprises de s'adapter à l'économie industrielle moderne laquelle ne leur laisse généralement aucun autre choix que de se grouper ou mourir. Ce qui justifie l'actualité du phénomène⁴⁹.

54. Pour permettre aux entreprises de répondre à cet impératif expansionniste, plusieurs instruments juridiques sont proposés par le législateur. Dans certains cas, la croissance de l'entreprise s'effectuera sans que la personnalité morale et l'autonomie juridique des sociétés concernées ne soient remises en cause. Elle s'effectue de ce fait autour d'une entreprise en principe la plus performante qui progressivement prend le contrôle des autres sociétés. Ces dernières jusqu'alors indépendantes deviennent ses filiales. C'est ainsi que naît un groupe de société⁵⁰ instrument de suprématie économique d'une société sur plusieurs autres. Mais cette expansion peut résulter de techniques juridiques plus radicales qui impliquent la disparition d'une ou plusieurs entreprises notamment par des opérations consistant à réunir deux

⁴⁹ Supra paragraphe 14.

⁵⁰ Sur la notion de groupe Voy. LECOURT A., Groupe de sociétés, encyclopédie DALLOZ, Répertoire de droit des sociétés, janvier 2011 (mise à jour en janvier 2014) v° groupe de société. L'enjeu d'un tel regroupement est clair. Il s'agit naturellement de doter les entreprises nationales de moyens leur permettant d'accroître leur compétitivité sur le marché mondial. Voy. MERLE Ph. , « Droit commercial. Sociétés commerciales », 18^e éd., 2015, coll. Précis, Dalloz, p.815, n° 751.

patrimoines⁵¹ distincts au sein d'une même structure par voie notamment de fusion qui demeure le mode privilégié de restructuration des entreprises le plus couramment utilisé ces dernières années et qui serait le moyen le plus commode d'atteindre la dimension optimum de l'entreprise par la mise en commun de moyens de production jusque-là dispersés⁵².

55. Cette opération constitue une technique parfaite pour réaliser la concentration des entreprises à forme sociale et fonctionne tant à l'échelon national qu'international. Au même titre que les groupements, elle facilite le renforcement des sociétés et leur adaptation aux modifications économiques générales. Sa singularité provient de la modification de la structure même des sociétés concernées qui tend à faciliter le développement et la croissance d'une ou plusieurs sociétés par agrégation ou par éclatement suivi de reconstitution de

⁵¹ Cette confusion du patrimoine est prévue par les dispositions de l'article 1844-5 du code civil. Notons que cette possibilité de transmission universelle du patrimoine doit être nuancée et notamment en matière de procédures collectives. En effet, la Cour de cassation a jugé que l'ouverture d'une procédure collective contre une société unipersonnelle fait obstacle à l'application de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil prévoyant la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique en cas de dissolution d'une société unipersonnelle (LIENHARD A., obs. sous Cass. com., 12 juill. 2005, D. 2005, p. 2002) La solution qui s'évince de cet arrêt était souhaitée par plusieurs auteurs ; elle prend le contre-pied d'une précédente décision de la Cour de cassation (Cass. com., 7 juill. 2004 : Juris-Data n° 2004-024781) et semble mettre fin à une pratique judiciaire divergente. La transmission universelle du patrimoine de la société à son associé unique est une technique qui déroge au droit commun des sociétés. Inscrite par la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 à l'alinéa 3e de l'article 1844-5 du Code civil (voy. Germain M., Le droit commun des sociétés après la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises : JCP G 1988, I, 3341, n° 5. Elle était avant tout destinée à faciliter la transmission des petites entreprises en évitant les lourdeurs d'une phase complète de liquidation. Dès la dissolution, l'associé unique se trouve ayant cause à titre universel de la société, succédant intégralement tant à l'actif qu'au passif de celle-ci. Cette modification législative s'est révélée très préjudiciable aux associés uniques personnes physiques qui pouvaient se trouver ainsi exposés à supporter un passif important (JEANTIN M., La transmission universelle du patrimoine d'une société, Mélanges Dérrupé : GLN Joly, Litec 1991, p. 290. Pour cette raison, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi NRE) a réservé la transmission universelle aux seuls associés uniques personnes morales (aujourd'hui C. civ., art. 1844-5, al. 4e.) Outre sa spécificité naturelle, ce mécanisme de transmission universelle s'est révélé difficile à appliquer lorsque la société unipersonnelle se trouve frappée par un jugement de liquidation judiciaire. En affirmant dorénavant la prééminence du droit de la liquidation judiciaire sur celui de la dissolution des sociétés unipersonnelles, la Cour de cassation évite les difficultés qui auraient pu résulter de la rencontre entre des dispositions qui n'ont jamais été conçues pour s'appliquer de manière simultanée.

⁵² GUYON Y., droit des affaires, tome 1 droit commercial général et des sociétés, 12^{ème} édition 2003 n° 625, p. 678.

sociétés. Elle constitue non seulement une technique de développement mais aussi de renflouement des entreprises en difficultés⁵³.

56. Par une fusion, deux ou plusieurs sociétés vont avoir un impact plus important sur le marché et renforcer leur capacité concurrentielle. Grâce à ce procédé, elles vont atteindre le chiffre d'affaires nécessaire pour dégager les bénéfices permettant les investissements indispensables au développement de l'équipement, à la recherche de nouveaux produits ou l'amélioration des produits existants. Par de telles opérations, les sociétés vont rationaliser leur politique et mieux utiliser leurs moyens. Cela permettra ainsi d'abaisser les prix de revient grâce à l'amélioration des conditions de production, de distribution... Cependant, il ne faut pas occulter les inconvénients de cette opération. En effet, une fusion mal conçue ou mal réalisée peut être source de paralysie due au gigantisme né de l'opération⁵⁴. Elle peut au lieu de résorber les difficultés antérieures, les accroître. Se rajoutent également les conditions d'échange des actions qui peuvent être défavorables aux minoritaires⁵⁵...

57. Conscient des enjeux que ce mécanisme recèle, l'objectif du législateur au fil des réformes a été non seulement de lui donner une existence juridique mais également de prendre des mesures en vue de faciliter et de simplifier sa réalisation au double plan national et transfrontalier. Pour se faire, il a aligné la conception de ce mode de mutation des structures sociétaires sur un mécanisme bien connu du juriste : la transmission universelle du patrimoine ; théorie qui permet par voie de conséquence de déterminer la finalité de l'opération et de la singulariser. Or, les évolutions juridiques économiques financières et jurisprudentielles permettent d'affirmer que cette conception patrimoniale de l'opération de restructuration est dépassée en raison non seulement des limites que ce mécanisme emprunté au droit successoral appliqué au droit des sociétés contient, mais également parce qu'une nouvelle perception de l'opération de fusion se fait jour. (titre I)

⁵³ Cet aspect renflouement de cette technique sera abordé de manière liminaire dans la seconde partie de nos travaux. HAEL J-Ph les techniques de renflouement des entreprises en difficultés : LGDJ 1982, n° 302.

⁵⁴ GIBIRILA D., Droit des sociétés, 3^{ème} édition, Ellipses, p.103 n° 180 et s.

⁵⁵ DE LA BASTIDE B., les risques nés de la présence de minoritaires dans les opérations de restructuration : P.A. 20 nov.1996, n° 140, p.6.

58. En outre, ces opérations de fusion qui n'étaient pas réglementées au plan transfrontalier, le sont désormais, par l'édiction d'un régime juridique apte à favoriser les rapprochements transfrontaliers. Toutefois, cette réalité est limitée ainsi que nous le démontrerons.(titre II)

TITRE I LA RESTRUCTURATION AU MOYEN DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE

59. Le mécanisme de fusion, outil de restructuration, est fondé sur une notion empruntée par le droit des sociétés au droit successoral : la transmission universelle du patrimoine. Cette caractérisation légale signifie que la finalité de la fusion est de transmettre l'ensemble du patrimoine d'une entreprise à une autre. En d'autres termes, la croissance de l'entreprise s'effectue au moyen de cette notion qui en constitue la pierre angulaire⁵⁶. A cet effet, les législateurs français et OHADA disposent respectivement :

60. « 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 nouvelles⁵⁷.

61. En outre, « 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 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 nouvelle⁵⁸.

62. En dépit de la divergence conceptuelle⁵⁹ qui pourrait transparaître de la lecture de ces dispositions, le trait caractéristique de cette technique juridique réside dans la transmission universelle du patrimoine qu'elle opère. Cette conception de la fusion divise la doctrine dans sa généralité. En effet tandis que certains auteurs défendent une thèse contractuelle affirmant que la fusion serait tout simplement un contrat entre deux sociétés pour modifier ensemble

⁵⁶ La transmission universelle du patrimoine peut être utilisée par les entreprises en difficultés notamment par la voie de la confusion du patrimoine mais également être prévue par le plan de restructuration. Voy. infra para 1000.

⁵⁷ C. Com., art. L.236-1 alinéa 1.

⁵⁸ A.U. D.S.C. et du G.I.E. art. 189 alinéa1.

⁵⁹ Divergence que nous relèverons dans le cadre de la section II sur la démonstration de la nature contractuelle de l'opération

leur organisation⁶⁰. D'autres⁶¹ ont adopté une thèse plus fonctionnelle assimilant la fusion à la transmission universelle du patrimoine. Cette acception a influencé le législateur.

63. Aussi, ce débat doctrinal nous amène à nous interroger sur l'actualité de cette conception légale étant entendu qu'il est permis de constater l'usage de certains mécanismes qui semblent s'apparenter à la fusion. La croissance de l'entreprise devrait elle être recherchée dans sa conception patrimoniale qui permet de la singulariser ?

64. A cette interrogation importante de conséquences, nous pouvons affirmer que si cette nature est consacrée par le législateur, il existe des limites qui l'entravent de manière considérable et nous permettent de conclure en sa désuétude (chapitre I). Aussi nous proposons que le législateur s'intéresse à une conception alternative des opérations de fusion. (chapitre II)

⁶⁰ ROUTIER R., les fusions de sociétés commerciales, LGDJ 1994, préface. G.F. Martin, n° 66, p. 25.

⁶¹ C'est la doctrine classique et dominante : ESCARRA et RAULT, les sociétés commerciales, 1955, n° 1215, HOUIN (R), la fusion de s sociétés, in Etudes de droit contemporain 1962.

CHAPITRE I LES LIMITES ATTACHEES A LA NOTION PATRIMONIALE DE LA FUSION

65. L'opération de restructuration par voie de fusion est une réalité en droit des sociétés dont l'existence est pour l'essentiel fondée sur sa nécessité pratique et dont la fonction bien connue et consacrée par le législateur est d'assurer la transmission d'un ensemble d'éléments actifs et passifs.

66. Or, en plus de l'inexistence d'une véritable unité conceptuelle⁶², ce mécanisme regorge un certain nombre de limites concernant même sa quintessence et sa réalisation. Elles résultent de l'absence de définition légale mais plus généralement du caractère peu incitatif de ces critères (section I). En outre, sa réalisation se trouve entravée (section II).

Section I La complexité des critères de la fusion

67. La complexité des critères requis par les législateurs pour la croissance patrimoniale demeure une entrave à la restructuration ce d'autant plus qu'ils sont difficiles à appréhender. En effet, les conséquences attachées à leur mise en œuvre apparaissent peu incitatives dans le rapprochement des entreprises que la restructuration est censée opérer. Ces critères sont au nombre de trois ainsi qu'il résulte de la lecture des articles L.236-1 du code de commerce et 189 de l'acte uniforme OHADA⁶³. Il en va du caractère exceptionnel de la disparition de l'une des sociétés parties à l'opération et ses conséquences assez dramatiques. Mais également de la transmission du patrimoine notion inconnue du droit des sociétés et empruntée au droit successoral.

⁶² La doctrine est divisée ainsi que l'atteste même le Professeur Florence DEBOISSY dans la préface de l'ouvrage de RAFFRAY R., la transmission universelle du patrimoine des personnes morales, DALLOZ, 2011.

⁶³ Nous ne traitons pas dans nos développement du troisième critère relatif à l'acquisition de la qualité d'associé de l'absorbante.

Para I Le caractère exceptionnel de la disparition d'une des sociétés parties à l'opération

68. La croissance de l'entreprise requiert la disparition de l'une des sociétés qui équivaut à sa dissolution, laquelle à la différence de celle de droit commun, n'est pas suivie de liquidation. Ce caractère exceptionnel de la dissolution est posé par le législateur qui précise que la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent. Cette disparition déroge au droit commun **(A)** et entraîne également la perte de la personnalité morale d'au moins une des deux sociétés avec diverses conséquences **(B)** souvent peu incitatives à un rapprochement entre sociétés.

A. Une disparition dérogeant au droit commun

69. Fin légale de l'entreprise, la dissolution est comparable selon une image répandue des sociétés à la mort des personnes physiques car la dissolution marque la fin irrémédiable de l'entreprise constituée sous la forme sociale initialement choisie par les associés.

70. Aux termes des dispositions de l'article L.237 -2 du code de commerce et 204 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sociétés commerciales et du GIE, une société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution. La liquidation est la conséquence normale de la dissolution voire de la disparition de la société. Or, dans le cadre des fusions, il n'y a pas lieu à liquidation ce d'autant plus que la société absorbée se trouve liquidée du seul fait de la réalisation de la fusion sans qu'il n'y ait lieu à liquidation. L'opération implique transmission universelle des biens de la société absorbée et exclusion de la nomination du liquidateur de même que les règles relatives à la procédure de liquidation des sociétés.

71. A la suite des opérations de restructurations, la société absorbée est dissoute. Cette exigence initialement posée par la jurisprudence dans un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 1946⁶⁴ conserve aujourd'hui toute sa valeur. Ainsi, deux sociétés qui conviennent de regrouper leurs activités commerciales sans perdre leur existence propre ne peuvent être considérées comme ayant fusionné⁶⁵. La solution est incontestable depuis que

⁶⁴ Cass. 28 janvier 1946 D. 1946, jurispr. p. 168.

⁶⁵ Cass. soc., 14 mars 1979 : Bull. civ. 1979, V, n° 233.

l'article 1844-8 du Code civil applicable à toutes les sociétés a décidé que la dissolution de la société en dehors des cas de fusion ou de scission emporte sa liquidation.

72. Ce sont les modalités de réalisation de l'opération qui déterminent les sociétés qui disparaîtront à la suite de la fusion ou de la scission. En cas de fusion-absorption, seules la ou les sociétés absorbées sont dissoutes ; l'opération se soldant pour la société absorbante par une augmentation de capital. La fusion n'affecte absolument pas la personnalité morale et ne saurait donner naissance à un être moral nouveau. Dans l'hypothèse d'une fusion par création de société nouvelle, la personnalité morale de toutes les sociétés regroupées disparaît.

73. A défaut de disparition de la personnalité morale d'au moins l'une des sociétés parties à l'opération, celle-ci ne saurait recevoir la qualification de fusion qui en raison de la perte de la personnalité morale entraîne d'importantes conséquences juridiques.

B. L'importance des conséquences attachées à la disparition : la perte de la personnalité morale

74. La dissolution de la société absorbée ou scindée engendre d'importantes conséquences. À l'inverse des autres cas de dissolution, il n'y a pas lieu de procéder à la liquidation de ladite société, ce qui implique l'inapplication de plein droit des règles relatives à la liquidation. Il est donc tout à fait inutile et juridiquement critiquable de nommer un liquidateur. La règle de la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation ne reçoit pas d'application.⁶⁶

75. En tout état de cause, l'opération de concentration des entreprises 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 la réalisation définitive de l'opération⁶⁷.

76. Tant que la société dont le patrimoine va être transporté est encore en vie, la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à l'absorbante ne peut s'opérer.

⁶⁶ Cass. com., 11 févr. 1986 : Bull. civ. 1986, IV, n° 15.

⁶⁷ C.Com., art. L.236-3 alinéa 1 et A.U. D.S.C. et du GIE art. 191 alinéa 1.

Ce transfert étant consubstantiel de la disparition de la société absorbée dont il est indissociable et ne peut se réaliser tant que sa personne morale n'est pas dissoute. Ce principe a été consacré par un important arrêt ⁶⁸ qui, même s'il concerne l'hypothèse somme toute assez confidentielle d'un comité interprofessionnel agricole, revêt une grande importance théorique et pratique du point de vue du droit des sociétés mais également du point de vue du droit commun des groupements comme de la théorie des personnes morales.⁶⁹

77. En l'espèce, visant « *le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne* », principe qu'elle force pour l'occasion, la chambre commerciale de la cour de cassation apporte dans le silence de la loi une pierre essentielle à la construction de solutions cohérentes dans l'hypothèse plus fréquente en pratique que l'on pourrait le penser de restructurations de groupements autres que les sociétés commerciales. Le Conseil interprofessionnel du vin d'Anjou et de Saumur, groupement interprofessionnel habilité à percevoir des cotisations auprès des membres des professions constituant l'organisation, a été absorbée par l'association interprofessionnelle des vins de Loire. La personne morale absorbante déclarant venir aux droits du comité absorbé a agi en justice en vue d'obtenir la condamnation sous astreinte d'un professionnel à lui communiquer les déclarations nécessaires à l'établissement de ses cotisations. La difficulté est née du fait que le comité créé par la loi ne peut être dissout que par une loi qui en l'espèce n'est pas intervenue. Était-il possible d'envisager en l'absence de dissolution de la personne morale absorbée, une transmission universelle de son patrimoine à la personne morale absorbante ? Les juges d'appel ont répondu par l'affirmative en considérant que la dissolution du comité n'était pas une condition de l'existence et de la réalisation du traité de fusion, mais une conséquence de celles-ci ; aussi le fait qu'il continue d'exister en tant que personne morale ne rendait il pas sans effet la subrogation dans les actions en justice intervenue au profit de l'association. Se basant sur le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne, la chambre commerciale a cassé l'arrêt d'appel au motif que « *la transmission universelle du patrimoine 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* ». La portée pratique de la solution selon laquelle toute transmission universelle du patrimoine d'une personne morale suppose la dissolution préalable du groupement personnifié est loin d'être négligeable. La Cour étend ainsi le principe posé par l'article L.236-3 du code de commerce en cas de fusion et de scission de

⁶⁸ Cass. Com. 12 juill. 2004 : Juris Data n° 2004-024688.

⁶⁹ TREBULLE F. G., observations sous cass. Com., 12 juillet 2004, n° 1260.

sociétés commerciales à toutes les autres personnes morales à commencer par les sociétés civiles ce, dans la mesure où l'article 1844-4 du code civil qui envisage l'hypothèse de la fusion et de la scission d'une société étant à cet égard muet pour ce qui concerne les associations déclarées. Cette extension analogique est pleinement justifiée dans la mesure où la règle exprimée par l'article L.236-3 n'est que la manifestation d'un principe plus général, au demeurant parfaitement formulé dans le visa, selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne.

78. Il s'ensuit que le patrimoine ne peut exister sans le support d'une personne physique ou morale ; mais encore que la personne ne peut exister sans patrimoine. En conséquence, dans le cas d'une personne physique, la transmission de l'ensemble du patrimoine ne peut s'opérer qu'après son décès. De la même façon, dans le cas d'une personne morale, la transmission universelle du patrimoine ne peut s'opérer qu'après son décès, ce qui suppose qu'elle est liée à la disparition préalable de la personne morale laquelle suppose une dissolution du groupement. En tout état de cause, la disparition de l'absorbée est la condition posée par le législateur pour enclencher la transmission du patrimoine de celle-ci vers l'absorbante. A défaut, l'opération de fusion ne peut valablement se réaliser.

79. Cette solution a été étendue également à une autre décision dans laquelle, la cour de cassation a décidé que la transmission universelle à une association du patrimoine d'une association absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute. En conséquence, et en l'espèce, l'association absorbante ne peut se subroger dans les droits de l'absorbée au motif que la dissolution de cette dernière ne figure pas parmi les conditions suspensives de la fusion⁷⁰. La cour se situe en amont pour refuser à l'absorbante la transmission d'une créance à l'absorbée ; elle lui répond qu'elle ne pourrait se prévaloir d'une transmission universelle si l'organisme d'origine avait pu lui transférer son patrimoine, ce qui aurait supposé qu'il fut dissout. Ce faisant, la cour applique le principe classique du patrimoine tel qu'Aubry et Rau l'avaient dégagée à la fin du 19^{ème} siècle dans une approche personnaliste⁷¹. Elle accrédite ainsi un peu plus son application généralisée à toutes les personnes morales. D'un point de vue purement intellectuel, on pourrait discuter cette assimilation parce que la philosophie personnaliste qui sous tend la conception classique du patrimoine n'a de sens que pour les personnes

⁷⁰ Cass.com., 31 Janv.2006, n° 04-14576, BJS 01 Juin 2006, n° 6, p. 814.

⁷¹ Voy., dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D.Alland, et F.T. Rials, LAMY, PUF, v° « patrimoine » par P.L.Frier.

physiques. En outre, la malléabilité infinie de la personnalité morale, qui est utile mais pure création de l'esprit, rend difficilement assimilable l'un à l'autre. Mais, d'un point de vue réaliste, rien ne s'oppose vraiment à la transposition dès lors qu'elle présente un intérêt pour les personnes morales et leurs métamorphoses. La théorie classique du patrimoine peut elle cependant être appliquée telle quelle, alors qu'elle ne relève plus en cas d'une conception philosophico politique de l'être humain, mais d'un besoin pratique ? est il vraiment nécessaire de conditionner le transfert universel du patrimoine à la disparition de la personnalité juridique de la personne morale absorbée ? le patrimoine n'est pas de l'essence de la personne morale, des entités pouvant ne pas en avoir, au premier chef les associations. La preuve en vient du droit des sociétés, qui attache également le transfert universel du patrimoine au simple apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, ce qui a également été discuté mais a été définitivement confirmé. La raison en vient de la fictivité de la personnalité morale qui lui confère une formidable souplesse et adaptabilité. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence maintient le cap, ce que confirment les arrêts étudiés et n'admet le transfert universel de patrimoine en matière de fusion que lorsque le groupement absorbé a juridiquement disparu.

80. A l'instar du décès d'une personne physique, c'est le patrimoine tout entier qui se transmet et non les biens sociaux envisagés isolément. Par conséquent, la société absorbante ou nouvelle acquiert tous les biens et toutes les créances de la société absorbée ou scindée et prend en charge le passif de celle-ci selon les modalités prévues au contrat de fusion ou de scission et sans que l'on doive respecter les formalités de l'article 1690 du code civil ou celles de la cession de fonds de commerce⁷². La société absorbante devient l'ayant cause à titre universel de la société absorbée, tenue de toutes les obligations de cette dernière non réservées lors de la fusion⁷³. Elle vient par voie de conséquence aux droits de la société et requiert l'ensemble du patrimoine de l'absorbée tant dans sa phase active que dans sa phase passive. Elle se substitue à l'absorbée dans tous ses droits, biens et obligations⁷⁴ même si cette règle connaît des tempéraments au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté ainsi qu'en raison de l'existence de droits extrapatrimoniaux telle la responsabilité pénale.

⁷² DAIGRE J.J., note sous cass.com.1^{er} juin 1993 : BJS 1993, p.892.

⁷³ Com. 13 février 1963, : Bull. civ.III, n° 104.

⁷⁴ Cass. Com., 8 novembre 2005, p. 2875, rappelant que la fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail entraîne le transfert de plein droit du cautionnement garantissant le paiement des loyers.

81. En résumé, la transmission ne peut s'opérer tant que la société n'est pas dissoute. Cette hypothèse se trouve aux antipodes de la théorie de madame Yvonne CHEMINADE⁷⁵ qui invite à constater combien le sort de la société absorbée est confus : la fusion opère t'elle dissolution ou transformation ? S'agit-il d'un terme ou d'une évolution qu'imposent des nécessités économiques ? Pour cet auteur, la fusion n'étant qu'une simple transformation, le critère de dissolution doit être abandonné. Elle continue en s'interrogeant si une dissolution qui n'a pas pour but de mettre un terme aux opérations sociales est une dissolution véritable. Le fondement de cette idée pour l'auteur est que sous l'empire de la loi du 24 juillet 1966, « *la société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit* ». En déclarant que la fusion entraîne « *la dissolution sans liquidation ...* », on aurait pu s'attendre à ce que le législateur reprenne le premier principe en ajoutant une exception pour la fusion. Or, en l'absence d'une telle exception, la restructuration par voie de fusion devrait plus s'apparenter à une transformation.

82. Nous partageons difficilement cette idée de madame CHEMINADE pour la raison toute simple que si, d'une part, la transformation de la société est analysée comme une mesure autonome de restructuration par l'ensemble de la doctrine, au même titre que les fusions, elle consiste à changer la forme c'est-à-dire de « vêtement » juridique de la personne⁷⁶. D'autre part, dans le cas de la transformation, il n'y a pas de disparition de la personne morale en d'autres termes, de dissolution. Or, en matière de fusion, comme il vient d'être démontré, il est obligatoire pour que la transmission universelle du patrimoine s'opère que l'une des sociétés en l'occurrence l'absorbée, disparaisse. Au surplus, cette impérativité nous amène à nous interroger sur une autre finalité de la restructuration à l'instar de la croissance : celle d'assurer la disparition des entreprises ? Cette finalité de la restructuration résulterait des articles L.236-3 du code de commerce et 189 alinéa 2 de l'acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique qui imposent la disparition de la société absorbée. Ce principe a été posé par la haute juridiction⁷⁷. En affirmant 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 », la cour de cassation laissait entendre que l'une au moins des sociétés parties à l'opération devait disparaître. Cette position classique est également admise par la doctrine qui est unanime pour considérer qu'une véritable fusion implique la disparition

⁷⁵ CHEMINADE Y., nature Juridique de la fusion de sociétés anonymes, RTD Com., 1970, p.15.

⁷⁶ RIASSETTO I., typologie des transformations, BJS 2010, p.3890.

⁷⁷ Arrêt du 28 janvier 1946 précité.

d'une au moins des sociétés parties à l'opération. Il n'est pas certain, cependant qu'une telle affirmation rende pleinement compte de la réalité. Si une société transmet à une autre la quasi-totalité de son actif, si son personnel, ou la quasi totalité de celui-ci est mis au service de la dite société, si en un mot, la substance de l'entreprise est transmise à une autre entreprise, est il raisonnable d'affirmer qu'il n'a pas de fusion au seul prétexte que la première conserve une certaine vie juridique ?

83. Il est difficile de le penser et l'examen de certains articles laisse entrevoir une évolution du droit positif sur ce point. Dans cette perspective a été proposée, l'opportunité d'un régime alternatif aux fusions par voie de disparition de l'une des sociétés en cause. Les inconvénients inhérents à la fusion traditionnelle amènent à s'interroger sur l'opportunité d'un modèle alternatif, qui pourrait s'inspirer, mais en les simplifiant, des techniques déjà utilisées dans d'autres pays et qui viennent, par exemple, de permettre la « fusion entre égaux ».

84. Ainsi, à côté de la fusion-dissolution de la société absorbée que le droit positif connaît, la « fusion-filialisation » devrait être prévue. Les actionnaires de sociétés parties à une fusion devraient avoir le choix entre, d'une part, dissoudre la société absorbée et transférer à titre universel son actif et son passif à la société absorbante, d'autre part, ne pas dissoudre celle-ci et maintenir son patrimoine en l'état. Dans les deux cas, les actionnaires de la société cible deviendraient actionnaires de la société initiatrice. Dans le premier cas, leurs actions disparaissent lors de la dissolution sans liquidation de la société absorbée. Dans le second, leurs actions seraient automatiquement transférées à la société initiatrice, la société cible devenant sa filiale. Les sociétés souhaitant fusionner (économiquement) auraient alors une modalité alternative à la fusion (juridique) traditionnelle. La souplesse apportée, évitant les inconvénients de la fusion-absorption, laisse penser que cette forme, si elle venait à être prévue, sachant que peu de modifications seraient nécessaires et des protections équivalentes à celles du régime de la fusion traditionnelle existeraient, pourrait connaître succès.

85. Quoiqu'il en soit, la dissolution de la personne morale est la condition de la transmission universelle du patrimoine dont le régime emprunté mérite d'être précisé.

Para II la transmission universelle du patrimoine, mécanisme emprunté : l'utilisation d'un mécanisme successoral pour définir la fusion

86. L'utilisation de la notion de transmission universelle du patrimoine pour définir la fusion avant d'être celle du législateur est celle de la doctrine dans son entièreté. En effet, Monsieur Jean Marc MOULIN présente la fusion comme la transmission par une ou plusieurs sociétés de leur patrimoine à une société existante ou à une société nouvelle qu'elles constituent⁷⁸. C'est dire que la fusion s'apparente à cette notion de transmission universelle du patrimoine, qui est une notion empruntée par le droit des sociétés au droit successoral. De même que les héritiers continuateurs de la personne du défunt reçoivent l'intégralité de son patrimoine sans qu'il y ait lieu de procéder à un règlement préalable du passif⁷⁹.

87. Pièce maitresse du régime juridique des opérations de croissance par voie de fusion, elle connaît un important succès en témoignant non seulement un contentieux non négligeable mais encore une reconnaissance législative de plus en plus large. L'identification de la nature juridique de la transmission universelle du patrimoine n'est pas en soi un problème car elle demeure une forme de transmission, c'est-à-dire une opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre⁸⁰. Sa particularité dans le cadre des opérations de restructuration est son absence de définition légale qui sera comblée par la doctrine (B) et sa récente évolution(A).

⁷⁸ MOULIN J M. Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit des sociétés, V° Fusion, scission et apports partiels d'actifs, n° 15

⁷⁹ JEANTIN M., la transmission universelle du patrimoine d'une société, in Mél. Deruppé, GLN-Joly-LITEC, 1991, p.287.

⁸⁰ CORNU G., et MALINVAUD P., Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, quadrige, 2007, 8^{ème} éd., V° « Transmission ».

A. l'évolution récente de la conception patrimoniale de la fusion

88. La conception patrimoniale, c'est-à-dire le recours à la notion de transmission universelle du patrimoine pour définir l'opération de restructuration est récente, ce d'autant plus qu'à l'origine, seul un critère économique définissait la fusion (1). Le législateur dans sa volonté de la consacrer juridiquement a eu recours au principe successoral de la transmission universelle qui permet de différencier l'opération de restructuration d'autres opérations que nous aborderons. (2)

1. D'un critère économique à un critère juridique

89. Issue de la pratique, la matière des fusions a longtemps été encadrée par le seul travail des juges. Il a fallu attendre la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 pour que le législateur commence à s'intéresser à cette opération⁸¹. Mais ladite loi ne donnait pas de la fusion une définition complète se contentant d'énumérer les divers schémas de ces opérations:

1° l'absorption par une société préexistante ainsi que l'absorption par une société nouvellement créée, étaient dites fusions ;

2° les apports à des sociétés préexistantes de tout le patrimoine d'une société qui disparaissait étaient taxés de fusions. Elle procédait en d'autres termes par une énumération limitative des opérations susceptibles d'être taxées de fusion.

90. C'est avec la réforme des fusions opérée par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 que cette opération qui n'était pas définie⁸² a été consacrée par les textes. En effet, cette loi édictée pour mettre le droit français en harmonie avec les troisième et sixième directives des communautés européennes⁸³ définissait la fusion comme une « *opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires, de la ou des sociétés absorbées, d'actions de la société absorbante et,*

⁸¹ CHADEFaux M., les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal, 7^{ème} éd., 2012, Groupe Revue Fiduciaire.

⁸² CHEMINADE Y, la nature juridique des fusions RTD Com., 1970, 15.

⁸³ 3^{ème} directive n° 78-855 du 9 oct. 1978 sur les fusion et 6^{ème} directive n° 82-891 du 12 décembre 1982 sur les scission V.O. Loy, RTD eur. 1980. 352.

éventuellement, d'une soule en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale de leur paire comptable »⁸⁴. Cette loi a posé les bases d'une définition de l'opération de concentration s'alignant sur les directives européennes susvisées.

91. Avec cette mise en harmonie ce n'est plus le critère économique : l'absorption et la combinaison de sociétés qui va qualifier l'opération, mais le critère juridique de transmission de patrimoine⁸⁵. L'article 1^{er} de la loi n° 88-17 disposait in limine « *qu'une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société...* » tandis que l'article 2 précisait que « *la fusion... entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires...* »

92. Cette définition de la fusion semble être la consécration définitive des thèses qui étaient soutenues par de nombreux auteurs⁸⁶ pour caractériser l'opération. La cause paraît donc entendue tant en droit OHADA⁸⁷ qu'en droit français pour l'assimilation de la fusion à la technique juridique de la transmission universelle et de dissolution sans liquidation, concepts qui se trouvent dorénavant au centre de la définition tant de la scission que de la fusion et qui permet de caractériser ces procédures et d'en faire une opération unitaire distinguée d'opérations de restructurations voisines.

2. Un mécanisme distinct d'opérations voisines

93. La transmission universelle du patrimoine permet de distinguer la fusion des techniques de restructuration voisines du droit des sociétés (a). Mais il convient de s'interroger sur l'actualité de cette distinction à travers la jurisprudence(b).

⁸⁴ Art. 3 de la directive n° 78/855.

⁸⁵ REINHARD Y., RTD Com 41 (2), avril –juin 1988, p.238.

⁸⁶ ESCARRA et RAULT, les sociétés commerciales, 1995, n° 1215.

⁸⁷ Notons que le droit OHADA qui est un système satellite du droit français, c'est la définition du droit français qui demeure applicable.

a. La distinction de la fusion avec des opérations de restructuration voisines

94. Ces opérations voisines de la fusion sont multiples notamment la cession d'actifs, la scission et surtout l'apport partiel d'actif.

a.1. Distinction de la fusion avec la cessions d'actifs

95. La société qui vend à une autre son fonds de commerce et ses immeubles n'est pas réputée fusionner car elle ne disparaît pas du seul fait de la cession. L'entité juridique demeure même si l'activité change par la force des choses et que la société cédante se mue par exemple en société de portefeuille.

a.2. Distinction Fusion et scission

96. La scission est le démembrement d'une société qui disparaît, chacune des pièces issues de la division prenant sa liberté, qu'elles soient destinées à constituer des sociétés indépendantes ou à agréger une société existante.

97. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 236-1 du code de commerce et 190 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et au GIE, la scission se définit comme l'opération par laquelle une société transmet l'intégralité de son patrimoine à plusieurs sociétés, existantes et/ou nouvelles c'est-à-dire créées pour l'occasion. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les sociétés qui vont réceptionner le patrimoine de la société scindée soient des sociétés existantes des sociétés nouvelles ; lors de la constitution d'un groupe par voie de filialisation, par exemple, il n'est pas rare qu'une partie du patrimoine de la société scindée soit attribuée à une société existante (par exemple, l'immobilier) tandis que le reste du patrimoine est alloué à plusieurs sociétés nouvelles.

98. Cette opération est fréquente en pratique car elle permet la constitution de holdings par le bas dès lors qu'une société souhaite isoler les différentes branches d'activités qu'elle a développées dans des structures juridiques différentes et mieux cernées par les investisseurs et

les analystes. Ainsi, à titre d'exemple, le grand groupe français Accor a-t-il récemment procédé à une scission conduisant à isoler ses actifs hôteliers au sein d'une société dénommée Accor Hôtellerie tandis que les autres actifs ont été apportés à une seconde société dénommée Edenred introduite en bourse le 2 juillet 2010. On la rencontre aussi fréquemment dans les montages d'optimisation patrimoniale lorsqu'un chef d'entreprise prépare sa succession.

99. À l'instar de l'opération de fusion, la scission se caractérise elle aussi à la fois par la dissolution sans liquidation de la société scindée, la transmission universelle de son patrimoine à plusieurs autres sociétés qui créent (dans l'hypothèse de sociétés nouvelles) ou augmentent (dans l'hypothèse de sociétés existantes) en conséquence leur capital social et, enfin, l'attribution de droits sociaux émis par les sociétés bénéficiaires des apports aux associés de la société scindée sans que le versement d'une soulte, dès lors qu'elle ne représente pas plus de 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées, en contrepartie des apports réalisés n'altère la qualification de l'opération

100. Comme en matière de fusion, toute société, dès lors qu'elle a la personnalité morale, peut participer, à un titre ou à un autre, à une opération de scission. Il est même expressément prévu par la loi pour rendre le droit français conforme aux dispositions de la directive n° 78/855 du 9 octobre 1978, que des sociétés en phase de liquidation puissent y participer dès lors que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas encore fait l'objet un début d'exécution.

101. Une opération de scission peut également conduire au déclenchement des procédures de contrôle des concentrations économiques et, dans ce cas, conduire à la notification de l'opération soit à l'Autorité de la concurrence, soit à la Commission européenne selon que l'opération conserve un caractère domestique ou, au contraire, acquiert une dimension communautaire

102. La différence est sensible avec la fusion qui est une réunion et non une division. Toutefois, il ne faut pas exagérer son particularisme car le régime juridique et fiscal des scissions est calqué sur celui des fusions.

a.3. la distinction Fusion et apport partiel d'actif

103. L'apport en nature d'une partie de l'actif à une autre société s'apparente à une vente à ceci près que la rémunération change. Ici des actions, là des espèces. D'un côté, la société bénéficiaire de l'apport augmente son capital, de l'autre, elle se contente d'acheter un bien, opération sans conséquence sur son capital ; Quant au régime fiscal, il est tout aussi pénalisant dans les deux cas.

104. L'apport partiel d'actif consiste pour une société, à faire apport à une autre société, nouvelle ou préexistante, d'une partie de ses éléments d'actifs et à recevoir, en contrepartie, des droits sociaux de la société bénéficiaire. Autrement dit, il s'agit d'une simple opération d'apport soumise au régime des augmentations de capital par apports en nature ou des constitutions de société du côté de la société bénéficiaire et une simple décision de gestion relevant des organes de direction du côté de la société apporteuse.

105. L'opération d'apport partiel d'actif peut répondre à diverses motivations : filialisation d'un département, avant ou non sa transmission à des tiers dans une volonté de recentrage d'activité. Elle peut être aussi le moyen d'autonomiser une branche d'activité qui sera dès lors mieux valorisée. Elle est aussi utilisée pour constituer des filiales communes entre des sociétés différentes. C'est la voie royale de la constitution de holding par le bas. Elle peut opportunément constituer une défense, tant en terme de prévention, qu'en terme de riposte, à une offre publique⁸⁸. Elle peut aussi offrir à des sociétés différentes de regrouper leurs activités communes sous une même entité juridique.

106. Deux différences essentielles caractérisent l'apport partiel d'actif par rapport à la fusion et à la scission : d'une part, la non-disparition de la société qui réalise l'apport⁸⁹, l'apport partiel d'actif ne constituant pas une opération emportant un transfert universel de tout ou partie du patrimoine d'une personne morale à une ou plusieurs autres et, d'autre part, les titres émis en contrepartie de l'apport sont remis à la société qui effectue celui-ci et non à ses associés.

⁸⁸ DAIGRE, LE BLANC et GERRY, Restructuration des sociétés : apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ?, Actes pratiques 1993, n° 9.

⁸⁹ Colmar, 4 févr. 1994, JurisData n° 046643.

107. Il reste que les traits caractéristiques de l'apport partiel d'actif peuvent conduire à qualifier une opération comme tel, soumis au régime des scissions, même si l'opération en cause n'y faisait pas expressément référence dès lors que le traité d'apport comportait des clauses similaires à celles stipulées dans deux autres traités d'apport qui optaient pour ce genre d'opération⁹⁰.

108. Les apports partiels d'actifs sont couramment pratiqués par les sociétés qui veulent céder une branche d'activité ne correspondant plus à leurs objectifs ou filialiser un département jusque là dépourvu d'autonomie juridique. Intervenues entre sociétés soumises à des législations différentes, ces apports offrent un palliatif aux rapprochements transfrontaliers qui en l'état actuel de la législation ne sont pas règlementés.

109. Néanmoins, ces opérations de re-structuration posée par le législateur⁹¹ n'ont guère attiré l'attention de la doctrine car ce mécanisme est très ambigu. En effet, les juristes moins précis mais plus nuancés sur ce point que les fiscalistes, ne peuvent donner de l'apport partiel qu'une définition négative. Ce n'est pas un apport en nature pur et simple car il ne porte pas sur un bien isolé, dont il entraînerait le transfert à titre particulier, mais sur un ensemble de biens composant une branche d'activité complète, susceptible de fonctionner de manière autonome. L'apport partiel d'actif opère transmission à titre universel, englobant à la fois des meubles et des immeubles, un actif et un passif. Mais ce n'est pas non plus une fusion ou une scission puisque la société auteur de l'apport n'est pas dissoute. C'est elle, et non ses associés, qui reçoit les droits sociaux émis par la société bénéficiaire de l'apport. Or, la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission de l'universalité de ses biens à la société absorbante sont l'essence même de la fusion.

110. Les insuffisances de cette définition apparaissent vite. On sait ce que n'est pas l'apport partiel d'actifs. On continue d'ignorer sa véritable nature. Ainsi, comment qualifier l'opération lorsque le bien apporté constitue un ensemble complexe, comme notamment un fonds de commerce. On serait tenté d'y voir un apport partiel d'actif puisqu'un fonds de commerce est susceptible de fonctionner de manière autonome. En réalité, l'apport paraît pur et simple car dans le régime de celui-ci, le bénéficiaire du fonds n'acquiert pas les contrats qui permettent de l'exploiter et ne prend pas en charge le passif du cédant. La solution n'est pas satisfaisante car elle revient à traiter une universalité de fait comme un bien isolé. Mais elle

⁹⁰ DAIGRE note sous Paris, 13 mai 2005, Bull. Joly 2005. 1363.

⁹¹ C.Com.art.L 236-22 et AU DSC et du GIE. Art.195.

n'est qu'une manifestation parmi bien d'autres des insuffisances de la théorie du fonds de commerce.

111. En outre, si l'apport partiel d'actif n'est pas une fusion, puisque la société auteur de l'apport n'est pas dissoute, il peut néanmoins être soumis au régime des fusions et des scissions. L'apport partiel d'actif cesse d'être un acte de gestion relevant de la compétence des dirigeants de la société auteur de l'apport et requiert une délibération de l'assemblée extraordinaire des associés de cette société. Cette soumission au régime des fusions est en principe facultative.

112. En définitive, le régime des apports partiels d'actifs est jugé insuffisant et nous estimons qu'il est hybride. Une certaine logique se cache néanmoins sous le désordre apparent des solutions. Le régime simple c'est-à-dire celui des apports en nature produit des effets limités. Le régime complexe c'est-à-dire celui des fusions scissions entraînent des conséquences plus complexes. On ne peut assimiler LAPA à une fusion car la société auteur de l'apport survit alors que la société absorbée est dissoute. Il n'est dès lors pas possible de raisonner comme s'il y avait transmission de tout le patrimoine c'est-à-dire transmission universelle du patrimoine. La société auteur de l'apport conserve nécessairement au moins un élément d'actif symbolique. Par conséquent la transmission résultant d'un apport partiel d'actif est une transmission à titre universel : elle porte sur une fraction seulement du patrimoine. Notons qu'en droit OHADA, à la différence du droit français en vertu de l'article 195, le régime des apports partiels ne peut être calqué que sur celui des scissions à l'exclusion des fusions. L'OHADA précisant 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 des scissions.

113. En conclusion, largement pratiquée dans la vie des affaires mais problématique pour les juristes, la figure de l'apport partiel ne cesse d'interroger quant à son identité et son régime juridique. Son identité défie quelque peu le sens commun. Par rapport à l'apport en nature ordinaire, l'apport partiel d'actif entraîne le transfert d'un ensemble de biens. Aussi bien existe-t-il un régime particulier plus avantageux, lorsque l'apport porte sur une branche complète d'activité dans ces éléments tant actifs que passifs ; on parle alors d'apport partiel

d'actifs, opération que les parties peuvent soumettre au régime des scissions⁹². La solution est très pratique mais singulière. On comprend que dans une fusion absorption, le patrimoine de la société absorbée soit totalement dévolu à l'absorbante, tant de manière active que de manière passive : l'absorbée étant dissoute, qui assumerait la charge du passif ? Dans l'apport partiel d'actif, l'apporteuse demeure et reçoit en contrepartie de son apport des titres sociaux. La transmission universelle du patrimoine n'a rien de naturel : elle est artifice technique. Mais l'apport partiel d'actif connaît un autre problème d'identité et les ambiguïtés de la nature même de l'opération rejaillissent inexorablement sur son régime. En dépit du mécanisme de transmission universelle du patrimoine, il paraît difficile d'oublier que l'apporteur existe toujours. Le créancier impayé par le ou le bénéficiaire de l'apport, face à des engagements qui dérangent sera tenté de prétendre que telle ou telle obligation ne s'inscrit pas dans le périmètre de l'apport et qu'il faut donc en débattre avec l'apporteuse seule, laquelle entendra conduire un raisonnement inverse.

2. L'actualité de la distinction de la fusion dans la Jurisprudence

114. L'actualité de la distinction de la fusion de certaines notions juridiques ou d'opérations de modification de la structure de l'entreprise se manifeste par la différenciation de celle-ci d'avec l'apport en société. En effet, fusionner n'est pas apporter en société ainsi que l'a affirmé la chambre commerciale de la Cour de Cassation⁹³. Pour la juridiction suprême, l'opération de fusion-absorption, qui entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante et qui n'a pas pour contrepartie l'attribution à la société absorbée de droits sociaux au sein de la société absorbante, ne constitue pas un apport fait par la première à la seconde. Dans cette espèce, Deux sociétés ont consenti un bail commercial stipulant au profit du preneur un droit de préférence en cas de vente, d'échange ou d'apport en société de l'immeuble loué ; l'une des sociétés, après avoir absorbé l'autre société bailleresse, a été elle-même absorbée par une autre société. Le locataire commercial, soutenant que cette seconde fusion constituait une violation du pacte de préférence stipulé à son profit, a demandé l'annulation de l'apport de l'immeuble ainsi réalisé. Le jugement rendu par le Tribunal fit droit à sa demande et est en suite infirmé par la Cour d'appel qui précise que la fusion n'était pas intervenue en violation

⁹² C.Com., art. L 236-22.

⁹³ COQUELET M.-L. note Cass. com., 9 nov. 2010, SA Beauté esthétique c/ SARL Detraz et Cie-Les-Menaux : JurisData n° 2010-020700 ; Dr. sociétés 2011, comm. 1.

du pacte de préférence. Cette précision de la cour d'appel est confirmée par la cour de cassation pour laquelle en effet, l'opération de fusion-absorption, qui entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante et n'a pas pour contrepartie l'attribution à la société absorbée de droits sociaux au sein de la société absorbante, ne constitue pas un apport fait par la première à la seconde. C'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a retenu pour dire que la fusion n'était pas intervenue en violation du pacte de préférence, que cette opération n'était pas un apport en société.

115. En résumé, il faut retenir que le trait caractéristique de la fusion mécanisme de restructuration par excellence réside dans la transmission universelle du patrimoine, notion qui comme il vient d'être démontré, n'a fait l'objet d'aucune définition de la part du législateur. Aussi, le recours à la doctrine pour définir la notion sera d'une importance capitale.

B. La quintessence de la notion de transmission : une notion égrenée par la jurisprudence

116. A proprement parler, le caractère universel de la transmission ne justifie qu'une chose : que toutes les dettes et tous les biens transmissibles de l'auteur se trouvent transmis en bloc à ses ayants cause, avec cette conséquence concrète que ces derniers ne peuvent opérer aucun tri parmi les éléments reçus, ni se réfugier derrière leur ignorance d'un élément du patrimoine pour en refuser la transmission.

117. Ainsi, s'agissant des personnes morales, la même règle conduit à considérer que les éléments d'actif et de passif se trouvent transmis quand bien même ils n'auraient pas été mentionnés dans l'acte opérant transmission⁹⁴.

118. La restructuration par voie de fusion emporte transmission universelle du patrimoine de la ou des sociétés dissoutes à la société bénéficiaire absorbante ou nouvelle. Cette disposition souligne l'extrême particularisme des opérations de fusion qui par le recours à une procédure unique, permet de transférer l'intégralité du patrimoine d'une personne à une

⁹⁴ COURET A., note sous Com.10 juillet 2007, BJS 2007, n° 321.

autre⁹⁵. Cela signifie que la société bénéficiaire des apports se substitue activement et passivement dans tous les droits et obligations contractuels et délictuels des sociétés fusionnées sans que cela entraîne novation ou déchéance du terme.

119. La transmission universelle du patrimoine entraîne l'obligation pour le bénéficiaire de la transmission de l'actif social de s'acquitter du passif social qui du fait de la restructuration recueille nécessairement une universalité de droit, à savoir un ensemble de biens et de dettes. Il devient du fait de cette technique de restructuration, un ayant cause universel⁹⁶. Il en résulte que la transmission universelle du patrimoine est spécifique car elle produit un effet dévolutif voire substitutif universel qui se traduit non seulement par la transmissibilité des éléments d'actifs (1) mais aussi ceux du passif social (2)

1- La transmissibilité des éléments d'actif

120. Le trait caractéristique de l'universalité réside dans la distinction qu'elle postule avec les différents titres particuliers qui la composent. L'universalité est donc un bien autonome des biens qui y sont inclus⁹⁷. Il résulte de cette caractéristique que la transmission universelle des éléments d'actif, les droits de propriété, les créances et les contrats⁹⁸ se distingue en principe de sa transmission à titre particulier. Ce transfert des biens s'effectue de manière globale et non analytique élément par élément.

121. Par la réception de l'universalité, l'ayant cause reçoit ainsi tout l'actif transmissible de son auteur sans qu'il soit nécessaire que celui-ci soit mentionné dans l'acte de transmission universelle et sans qu'il soit possible pour l'ayant cause d'effectuer une

⁹⁵ Sur ce point voy. RAFFRAY R., la transmission universelle du patrimoine des personnes morales, thèse soutenue le 4 décembre 2009, n° 80, para 86.

⁹⁶ Est ayant cause universel ou à titre universel, celui qui reçoit une universalité de droit correspondant au patrimoine ou à une partie du patrimoine de son auteur. L'identité de la vocation de l'ayant cause universel et de l'ayant cause à titre universel tient donc à ce que tous deux ne reçoivent pas un bien isolé, mais un ensemble de biens et de dettes. Le titre universel se définit comme « (...) la vocation, attribuée par la loi ou par la volonté du défunt de prolonger le patrimoine, tant du point de vue passif que du point de vue actif (...) JUBAULT C., Droit civil, les Successions, les libéralités, Montchrestien, Domat, droit privé, 2005, n° 102).

⁹⁷ Sur le régime de l'universalité de fait, Voy. DENIZOT A, l'universalité de fait, thèse, LGDJ, coll.A. Varennes, 2008.

⁹⁸ Sur la possibilité de considérer le contrat comme un bien, BAHANS J.-M., théorie générale de l'acte juridique et droit économique, thèse, Bordeaux IV, 1998, n° 552 et s. ; sur sa qualification d'actif de l'entreprise, V. DEBOISSY F. et WICKER G., « droit du contrat et droit du marché » RDC 2006, n° 4, p. 1321 et s.

sélection parmi les éléments d'actif inclus dans l'universalité. Notons que cet effet essentiel de la transmission de l'universalité de droit a été peu mis en évidence par la doctrine⁹⁹.

122. Cette transmission universelle reste de plein droit car étant le résultat d'une disposition légale. Elle concerne tous les biens qui appartenaient à la société absorbée même ceux qui n'auraient pas été spécialement visés par le traité de fusion. Il n'est donc pas nécessaire de recourir en matière de créances ou de parts sociales aux formalités de l'article 1690 du code civil (signification de la cession faite au débiteur) pour rendre la transmission opposable aux tiers, les publicités entourant l'opération de fusion y pourvoyant¹⁰⁰.

123. Ainsi, il a été jugé que si la dissolution de la société absorbée lui interdisait d'intenter une action en justice ou d'être poursuivie¹⁰¹, en revanche le principe de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante permettait à cette dernière d'acquérir de plein droit la qualité de partie à l'instance antérieurement engagée par l'absorbée.

124. La transmission ne saurait être assimilée à une addition de transferts de droits isolément considérés et dispense son bénéficiaire de consentir expressément au transfert de chacun des droits. L'ayant cause universel reçoit alors l'ensemble des biens de son auteur sans qu'il soit nécessaire que ceux-ci aient été mentionnés dans l'acte de transmission universelle du patrimoine et quelle que soit la cause de cette omission. Cette règle énoncée très tôt par la jurisprudence en matière de fusion¹⁰² est appliquée de manière constante par les tribunaux. Dans un litige portant sur la possibilité pour la société absorbante de mettre en œuvre une clause de garantie du passif stipulée au profit de la société absorbée, la Cour de

⁹⁹ DESHAYES O., fasc.préc., n° 105 : « ... à proprement parler , le caractère universel de la transmission ne justifie qu'une chose : que toutes les dettes et tous les biens transmissibles de l'auteur se trouvent transmis en bloc à ses ayants cause, qu'avec cette conséquence, concrète que ces derniers ne peuvent opérer aucun tri parmi les éléments reçus, ni se réfugier derrière leur ignorance d'un élément du patrimoine pour en refuser la transmission ;

¹⁰⁰ DAIGRE note sous civ. 2^{ème}, 12 juillet 2001. JCP E 2003, n° 281.

¹⁰¹ CONSTANTIN, note sous Com. 6 déc. 1984, JCP 1985. IV. 57, jugeant l'appel irrecevable. - 11 mars 2003, Bull. Joly 2003. 810, jugeant que la société ne peut plus être poursuivie ès qualités, mais pouvait l'être par voie de requête dans une affaire de demande de séquestre d'actions. - 6 mars 2007, n° 06-12.055 et 13 mars 2007, n° 05-21.594, Bull. Joly 2007. 963, note BARBIERI)

¹⁰² La fusion porte ainsi sur l'universalité des biens de la société apporteuse, quand bien même ils auraient été omis dans le traité d'apport, CA paris, 2^{ème} chambre, 21 novembre 1977, Bull.Joly 1978, p.647.

cassation a par exemple jugé que l'absorbante pouvait se prévaloir de la dite clause, « (...) même en l'absence de mention de la clause de garantie du passif dans le traité de fusion...¹⁰³

125. La solution est également applicable en cas d'apport partiel d'actif. Ainsi, selon la cour de cassation, la transmission d'une créance non mentionnée dans le traité d'apport s'explique parce que ... la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit dès lors que 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'apport¹⁰⁴. La solution est fondamentale en pratique en raison de la quasi impossibilité matérielle de répertorier l'ensemble des éléments transmis du fait de l'opération, mais également du fait que certaines créances peuvent n'apparaître que postérieurement à la réalisation de l'opération. Elle permet à l'ayant cause de se prévaloir de la transmission d'une créance ou d'un contrat sans que le débiteur ou le cocontractant ne puisse se prévaloir de cette omission, comme c'est souvent le cas en pratique. La transmission de l'universalité interdit également à l'ayant cause de sélectionner les biens qu'il reçoit. Il en résulte l'impossibilité pour lui de choisir, parmi les contrats conclus par son auteur, ceux qu'il souhaite continuer.

126. En résumé, par la réception de l'universalité, l'ayant cause reçoit ainsi tout l'actif transmissible de son auteur, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci soit mentionné dans l'acte de transmission universelle, et sans qu'il soit possible pour l'ayant cause d'effectuer une sélection parmi les éléments d'actif inclus dans l'universalité. La transmission de l'universalité produit un effet semblable en matière passive c'est-à-dire qu'elle contraint l'ayant -cause au paiement des dettes contenues dans l'universalité.

2- La transmission du passif

127. La transmission universelle du patrimoine entraîne la transmission à son bénéficiaire du passif de son auteur comme l'exprime l'article L.236-14 du code de commerce qui dispose que : « ... *la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci...* ». La règle énoncée dans un texte applicable

¹⁰³ CAUSSAIN J.J., DEBOISSY F., et WICKER G., Cass.com., 10 juillet 2007, JCP E 2007, 1280, n° 4, p.1936 ; voy. aussi COURET A., BJS 2007, p.1225.

¹⁰⁴ LE CANNU P., note sous cass.com., 24 février 2004, BJS 2004, p.649, para 126.

à la seule fusion des sociétés anonymes, peut être étendue à l'ensemble des opérations donnant lieu à transmission universelle puisqu'elle trouve son fondement dans la transmission de l'universalité. L'affirmation jurisprudentielle du principe de transmission universelle et la transmission subséquente du passif que le principe induit ont d'ailleurs précédé sa consécration légale¹⁰⁵.

128. La transmission de l'universalité qui contient toutes les dettes de l'auteur oblige l'ayant cause à s'acquitter de ce passif. Elle s'explique également par la confusion des patrimoines qu'elle entraîne, l'obligation ultra vires de l'ayant cause. Sur le plan passif, la transmission de l'universalité permet ainsi de déterminer le domaine de l'obligation de l'ayant cause aux dettes de son auteur (a) mais également d'expliquer la portée de l'obligation de l'ayant cause aux dettes de son auteur(b).

a- Le domaine de l'obligation aux dettes

129. Il est parfois allégué que la transmission passive est d'ordre public¹⁰⁶. Cette affirmation signifie qu'en principe la composition de la masse passive est hors d'atteinte de la volonté du bénéficiaire de la transmission universelle qui ne peut en tout état de cause effectuer une sélection des éléments passifs dont il souhaite s'acquitter¹⁰⁷.

130. La question de la portée de la transmission passive se pose également avec acuité particulière lorsque la composition passive de l'universalité était partiellement inconnue du bénéficiaire de la transmission au moment de la prise d'effet de celle-ci. Dans cette hypothèse, il convient de signaler que l'existence d'une dette non mentionnée dans l'acte de transmission universelle du patrimoine contraint logiquement l'ayant cause universel à s'acquitter de ce passif.

¹⁰⁵ Voy. par exemple, pour une clause de non concurrence :Cass.com., 13 février 1963, Bull, III, n° 87. La solution n'a depuis lors jamais été démentie et la qualité d'ayant cause universel du bénéficiaire de la transmission universelle demeure régulièrement réaffirmée par les tribunaux. V. Par exemple Cass.com., 30 mars 1993, D. 1993, IR, p.10 ; T.com., 31 janvier 1974, gaz.pal.1974, I , jur.,p.433.

¹⁰⁶ J-G note sous CA Riom, 5 mai 1980, Rév.sociétés 1981, p.597.

¹⁰⁷ GHESTIN J., LOISEAU G, BILLIAU M., op.cit. 444.

131. En matière de fusion, la doctrine a pu s'interroger sur la possibilité d'exclure conventionnellement certains éléments de passif par l'insertion dans le traité d'apport d'une clause selon laquelle l'absorbée demeurerait tenue du paiement de certaines obligations¹⁰⁸.

132. Un arrêt de la cour de Cassation en date du 13 février 1963¹⁰⁹ en décidant du transfert d'une obligation au motif qu'elle n'avait pas été « réservée par le traité de fusion ... » a peut être pu laisser penser que cette possibilité était envisageable. L'arrêt est en réalité dépourvu de toute portée. Conformément à la pratique primitive de la fusion, la société apporteuse pouvait conserver un reliquat d'actif afin de désintéresser directement ses créanciers avant de se dissoudre. C'est ce qui explique que l'arrêt ait pu mentionner que certaines dettes pouvaient être réservées à l'apporteuse. Or, puisqu'aujourd'hui, la dissolution de l'auteur personne morale, est une condition de la réalisation de la fusion, la jurisprudence ne peut donner effet à de telles initiatives conventionnelles.

133. En outre, dans certains cas où certains éléments du passif sont omis dans l'acte de transmission soit parce qu'ils ont été oubliés ou cachés par l'apporteur du patrimoine parce que celui-ci n'avait pas eu connaissance de son existence, la jurisprudence fait application du principe de la transmission passive au passif inconnu de l'ayant cause universel.

b- La portée de l'obligation aux dettes

134. Dès lors qu'elle est évoquée, la transmission d'un patrimoine resurgit l'opposition classique entre succession aux biens et succession à la personne. Pour les personnes morales, la qualification est importante. Successeur à la personne, la personne morale sera tenue ultra vires. Simple successeur aux biens elle pourrait opposer à un créancier une insuffisance d'actif pour refuser le paiement d'une dette. Cette obligation ultra vires a pour fondement la transmission de l'universalité qui entraîne une confusion des biens et des dettes de l'auteur et de l'ayant cause¹¹⁰. Possédant par l'effet de la confusion des patrimoines, une pleine maîtrise sur un actif qu'on ne peut plus dissocier de son actif personnel tel qu'il

¹⁰⁸ Sur la question, voir COQUELET M.L., transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés, Thèse, Paris x, 1994, p.178 et s.

¹⁰⁹ Cass.com., 13 février 1963, préci. Rapp. Cass.com., 16 juin 1970, D.1971, p.52 : la cour valide une limitation conventionnelle de l'obligation au passif à hauteur de l'actif reçu. La portée de l'arrêt est très limitée.

¹¹⁰ WICKER G., les fictions juridiques : contributions à l'analyse de l'acte juridique, thèse, LGDJ, coll.Bdp,t.253,1997,n° 48.

existait avant cette confusion, l'héritier se voit nécessairement, et conformément à l'article 2284 du code Civil, tenu au paiement des dettes sur l'ensemble de ses biens, sans pouvoir prétendre à une limitation à hauteur de l'actif reçu.

135. C'est dans la transmission de l'universalité qui dispense de l'organisation d'une procédure de liquidation et entraîne la confusion des biens et des dettes de l'auteur et de l'ayant cause que doit être trouvé le fondement technique de l'obligation ultra vires. Sur le plan passif, la transmission de l'universalité explique la situation de l'ayant cause universel à l'égard du passif de son auteur. Tout d'abord, la transmission de l'universalité contraint l'ayant cause à s'acquitter de toutes les dettes transmissibles de son auteur. Ensuite, la transmission de l'universalité fonde, du fait de la confusion des patrimoines qu'elle provoque, l'obligation ultra vires de l'ayant cause aux dettes de son auteur. Il en résulte que tous les effets passifs de la succession à la personne morale peuvent être fondés sur la transmission de l'universalité.

136. En résumé, la notion de transmission universelle du patrimoine est appréhendée comme le transfert à titre universel tant de l'actif que du passif de la société absorbée vers l'absorbante, sans qu'il soit nécessaire de distinguer les éléments les composant. Ce système protecteur connaît toutefois des limites notamment en ce qui concerne les difficultés de réalisation de la transmission universelle du patrimoine.

Section II Les difficultés de réalisation de la transmission universelle du patrimoine

137. La transmission universelle devrait en principe achever le processus de restructuration étant entendu qu'elle opère dévolution globale du patrimoine de l'entreprise dans son volet actif et passif. Toutefois sa réalisation pose des problèmes liés à l'indétermination du moment de la transmission universelle du patrimoine (para I) et aux obstacles à son accomplissement véritable.(para II)

Para I l'indétermination du moment de la transmission de l'universalité

138. Le moment c'est-à-dire la date à laquelle la transmission du patrimoine doit s'opérer n'a pas été clairement défini par les différents législateurs même s'il est précisé que :
« *La fusion entraîne la dissolution de la société sans liquidation et la transmission*

universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve au moment de la réalisation définitive de l'opération. »¹¹¹

139. La détermination du moment de cette transmission pose des problématiques énormes notamment en ce qui concerne sa date ? s'assimile-t-elle à l'arrêté du projet de restructuration? Est-elle consécutive à la disparition de la société absorbée? s'agit-il de l'assemblée au cours de laquelle le projet de restructuration est approuvé par les associés des différentes sociétés parties à l'opération ?

140. Ce moment est important parce qu'il permet d'appréhender le point de départ de la restructuration c'est-à-dire la date où s'accomplit l'union entre les sociétés concernées et partant la confusion des actifs et du passif¹¹²... A cette interrogation, il convient de préciser que la solution du législateur est double, ce qui entraîne une controverse.

A. La double solution prévue par les législateurs africain et français

141. Le législateur dans la fixation du moment précis de la transmission universelle du patrimoine a prévu une double solution. En effet, il précise que : « *La fusion ou la scission prend effet :*

1° en cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, à la date d'immatriculation, au registre du commerce et des sociétés, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles.

2° 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 la clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieures à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine¹¹³. »

142. La date de la transmission universelle du patrimoine dépend de la forme de la concentration opérée. Si celle-ci est réalisée dans le but de créer une société nouvelle, ce moment résulte de la date d'immatriculation de la société issue de la concentration au registre

¹¹¹ C. Com., art. L 236-3. A titre de droit comparé l'article 191 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE dispose que : « la fusion ou la scission 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 la réalisation de l'opération.

¹¹² COZIAN M., VIANDER A. et DEBOISSY F., droit des sociétés, 23^{ème} édition LITEC 2012, n° 1394, p. 707.

¹¹³ C.Com., art. L. 236-4. et A.U. D.S.C. art. 192.

du commerce et des sociétés¹¹⁴. Dans les autres cas de figure, ce sera la date de l'assemblée qui statuera sur le projet de concentration. Cette solution distributive si elle tend à poser les hypothèses possibles, a entraîné une controverse.

B. Une double solution source de controverse

143. L'imprécision du législateur quant au moment de la transmission universelle du patrimoine est source de controverse étant donné la double solution prévue. Cette double solution a impulsé les juges notamment les chambres civile et commerciale de la cour de cassation qui ont une approche différente du moment de la perte de la personnalité morale et partant de la transmission universelle du patrimoine.

144. En effet, tandis que la troisième chambre civile de la Haute Cour considère que la société fusionnée par voie d'absorption perd sa personnalité morale à la date à laquelle les associés ont approuvé l'opération¹¹⁵ (1), la chambre commerciale de la même juridiction considère que la dissolution de la société absorbée n'est opposable au tiers qu'à compter de sa mention au registre du commerce et des sociétés.¹¹⁶(2)

1. transmission du patrimoine liée à la date d'approbation de l'opération de concentration

145. Pour les tenants de cette hypothèse, la transmission universelle du patrimoine s'effectue à la date de l'assemblée d'approbation de l'opération de concentration. Cette thèse a été précisée par la troisième Civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 Mai 2006. Dans cette espèce, la Cour a jugé que l'associé unique d'une société a approuvé sa fusion par absorption avec effet rétroactif à une certaine date.

146. La société a donc perdu la personnalité morale à cette date, peu importe la date à laquelle est intervenue sa radiation au RCS. Aux termes des dispositions de l'article L.234-4 du code de commerce, la fusion par absorption 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, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la

¹¹⁴ En droit OHADA, il s'agit du Registre du Commerce et du Crédit mobilier.

¹¹⁵ VAMPARYS, obs sous Civ., 3^{ème}, 17 Mai 2006, n° 05- 10-936 BJS 2006, 1450.

¹¹⁶ SAINTOURENS B., note sous com 23 janv. 2007, n° 05-16, Rev. Sociétés 2007, 531.

ou des sociétés bénéficiaires, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine.

147. Cet arrêt, en dépit de ce qu'il vient raviver les débats sur la portée de la clause de rétroactivité dans une fusion, semble affirmer que la date de la transmission du passif est celle de l'assemblée générale au cours de laquelle les actionnaires approuvent le projet de concentration. Et, la doctrine dans sa majeure partie, semble généralement favorable¹¹⁷ à cette portée restreinte de la rétroactivité. Ainsi, comme le précise un auteur, la finalité de l'article L. 236-4 n'est pas de « *rattacher à la société absorbante tous les actes accomplis par la société absorbée pendant la période intercalaire ou toutes les conventions qu'elle a conclues avec des tiers comme si c'était la société absorbante qui avait conclu ces actes ou conclu ces conventions. Et encore moins pourrait on ajouter d'anéantir lesdits actes ou conventions. Mais de permettre le rattachement à la société absorbante de toutes les conséquences financières et comptables des opérations réalisées par la société absorbée pendant la période intercalaire.* »

148. La chambre commerciale de la Cour de cassation adhère à cette lecture restrictive limitant la portée des effets de la rétroactivité convenue contractuellement entre les parties. Dans un arrêt du 23 mars 1999¹¹⁸, elle a décidé qu'une fusion n'intervient définitivement que lors de l'assemblée générale qui en approuve le projet, date à laquelle s'opère la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante.

149. En conséquence, une société qui s'était portée caution au profit de la société absorbée ne pouvait se prévaloir de la date d'effet antérieure convenue par les parties à la fusion.

¹¹⁷ PAILLUSSEAU J., la rétroactivité des opérations de fusion : d'une conception juridique light à une conception fiscale lourde JCP E, 2000, p. 1557.

¹¹⁸ ROUTIER R., note sous cass. Com. 23 mars 1999 : B.J.S 1999, p. 679.

2. la transmission liée à la date de la mention au Registre du Commerce et des Sociétés

150. Pour les tenants de cette thèse aux antipodes de la première, le moment de la transmission est celle de la mention au Registre du Commerce de l'opération de concentration.

151. La Cour a jugé qu'en cas de fusion absorption, la dissolution d'une société 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, forme juridique et siège des personnes morales ayant participé à l'opération. Dans cette espèce, la cour a rappelé que dans la réalisation d'opération de restructuration touchant les sociétés, telles les fusions ou les scissions, la maîtrise des formalités s'avère un élément essentiel de la réussite. La société Banco Exterior France a été absorbée par la société Banco exterior international selon les termes d'une convention de fusion du 30 octobre 1990. L'arrêt rapporte que cette opération avait été publiée dans un journal d'annonces légales et que la société absorbée a fait l'objet d'une radiation au registre du commerce et des sociétés. La société Banco Exterior France a été assignée en justice par acte du 10 janvier 1992 mais cette assignation a été annulée par les juges du fond pour avoir été délivré à l'encontre d'une personne morale inexistante. Pour fonder sa position, la cour d'appel avait retenu que la convention de fusion du 30 octobre 1990 avait entraîné la dissolution de la société absorbée, cette convention étant opposable aux tiers dès lors qu'elle a fait l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales et que la radiation de cette société au RCS est intervenu le 14 janvier 1991 et qu'elle a été publiée au BODACC le 24 janvier 1991. L'assignation effectuée ultérieurement aurait donc visé une personne morale qui n'existait plus. La chambre commerciale ne partage pas cette vision et prononce la cassation en rédigeant un attendu qui sonne comme un rappel à l'ordre. Pour la Haute juridiction, en cas de fusion absorption, la dissolution d'une société n'est opposable au tiers qu'à compter de sa mention au registre du commerce et des sociétés avec l'indication de sa cause ainsi que celle de sa raison sociale ou dénomination, forme juridique et siège des personnes morales ayant participé à l'opération.

152. La position ainsi exprimée nous paraît des plus conformes aux textes et permet de prendre bien conscience de la raison d'être des formalités de publicité dont la diversité,

même si elle constitue un facteur de complication de la gestion juridique des sociétés permet de répondre aux exigences particulières attachées à chaque opération réalisée.

153. Selon l'alinéa 3 de l'article L. 237-2 du code de commerce, la dissolution d'une société ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de la date à laquelle elle est publiée au registre du commerce et des sociétés. Les dispositions de nature réglementaire relative au registre du commerce viennent préciser le contenu des mentions qui doivent faire l'objet de l'inscription modificative requise.

154. Ainsi, l'article R 123-69 3° du code de commerce précise-t-il qu'en cas de fusion ou de scission de société l'inscription modificative doit inclure l'indication de la cause de la dissolution ... Les intéressés n'ont donc pas le choix des formes de publicité. Dans la mesure où la dissolution résulte d'une fusion, c'est bien l'accomplissement des formalités au RCS, selon les précisions imposées par les textes, qui va déclencher l'effet d'opposabilité aux tiers. Il ne s'agit pas là d'une règle inutilement tatillonne, mais qui est parfaitement adaptée à l'hypothèse de la fusion absorption.

155. Comme le dit si joliment l'article L.236-3 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. L'opposabilité de l'opération aux tiers prend alors un tour particulier. Les dettes de la société absorbée seront automatiquement mises à la charge de la société absorbante. Les créanciers ont donc un intérêt particulier à disposer de toutes les informations nécessaires pour suivre au plus près la défense de leurs droits. Les formalités sont aussi nécessaires et la Cour de Cassation n'entend pas faire preuve de laxisme en la matière.

156. Le présent arrêt rejoint d'ailleurs un précédent par lequel la Haute Juridiction avait affirmé que « les actes modificatifs affectant une société ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été publiés au registre du commerce et des sociétés, même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité »¹¹⁹. Le courant jurisprudentiel ainsi formé ne saurait être négligé. Tant que la publication au registre du commerce et des sociétés n'est pas accomplie, et selon les conditions et modalités prévues par les textes, l'opération n'est opposable aux tiers. Ainsi en dépit de la dissolution de la société absorbée suite à la fusion absorption, une assignation faite au nom de cette société produira ses effets et ce même si d'autres formalités de publicité ont

¹¹⁹ SAINTOURENS B., note sous Com. 29 juin 1993, BJS 1993. 914.

été accomplies ou que, par d'autres moyens, l'auteur de l'assignation avait connaissance de la fusion absorption¹²⁰.

157. C'est dire que le problème du moment de la transmission du patrimoine donc de la perte de la personnalité morale est une question d'actualité et fortement discutée. Pour preuve, ainsi qu'il vient d'être démontré, la doctrine est divisée car une partie de celle-ci rattache le moment de la transmission universelle du patrimoine à la date de l'assemblée d'approbation de l'opération. Pour l'autre partie, c'est la date de mention du registre du commerce qui matérialise le moment de ladite transmission universelle du patrimoine.

158. Pour notre part, la seconde hypothèse nous paraît la plus adaptée pour la raison toute simple que la personnalité morale naissant à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, il apparaît tout à fait logique que sa disparition soit consécutive à la mention portée au registre du commerce et en conclusion c'est à la date de cette mention que la transmission universelle du patrimoine serait opérée. Cette solution se place aux antipodes de l'assertion de Monsieur RAFFRAY¹²¹ pour lequel si en effet la fusion des sociétés prend la forme d'un contrat¹²² conclu entre deux sociétés, elle ne devient par conséquent parfaite au jour où les délibérations d'assemblées se rejoignent sur le principe du rapprochement, la transmission universelle du patrimoine causant la dissolution de la société. Pour lui, c'est donc cette date qui devrait être retenue comme la date de réalisation définitive de l'opération de fusion et, par là, comme date de la dissolution de la société absorbée et de la transmission de son patrimoine à l'occasion d'une fusion absorption, étant entendu que la dissolution n'est ensuite opposable aux tiers qu'en vertu de sa publication au RCS. Cette solution pour notre part apparaît critiquable.

159. Quoiqu'il en soit, selon les articles L. 236-4 et 194 de l'acte uniforme OHADA, la date de prise d'effet de la fusion est fixée, dans le cadre de la fusion par création d'une société nouvelle, au jour de l'immatriculation de cette nouvelle société sans que la règle ne souffre aucun tempérament et, dans le cadre d'une fusion absorption, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération. Toutefois, dans ce dernier cas, les sociétés en cause ont la possibilité de retenir conventionnellement une autre date de leur choix. Leur liberté n'est cependant pas totale puisque la date retenue doit être contenue entre

¹²⁰ V. déjà en ce sens, ROUEN, 4^{ème} Ch., 14 février 1991, Dr. Sociétés 1991, n° 392.

¹²¹ RAFFRAY R., note sous Cass.com., 24 mai 2011, BJS 2011, n° 10, p. 758.

¹²² Thèse que nous défendons dans le cadre de nos recherches.

la date de clôture du dernier exercice clos de la ou les sociétés qui transmettent leur patrimoine et la date de clôture de l'exercice en cours de la société bénéficiaire. Autrement dit, le traité de fusion peut décider soit de faire rétroagir la date d'effet de la fusion, soit de la différer même si en pratique cette seconde solution n'est pas préconisée¹²³.

160. Pourquoi est-il si fréquent que les sociétés parties à cette opération fassent rétroagir la date d'effet ? La raison en est simple même si les problèmes techniques sont nombreux. Les négociations entre les sociétés vont durer dans le temps alors qu'à un moment donné il faudra arrêter les valeurs respectives des sociétés pour arrêter définitivement la parité d'échange. Or, après la fixation de cette parité, les négociations peuvent encore durer tandis que les sociétés continuent leurs activités respectives ce qui conduit à faire varier journallement leur valeur. Pour respecter ces évolutions, il conviendrait de réviser chaque jour les valeurs ayant servi de base à la parité d'échange. Le problème serait insurmontable.

161. Par convention, il est dès lors préférable d'arrêter une date de fixation définitive de la valeur respective des sociétés en cause et de la parité d'échange. Lorsque toutes les négociations auront abouti, la fusion sera réputée être intervenue à compter de cette date. Aussi, les diverses opérations réalisées par l'absorbée entre la date de la fusion retenue conventionnellement et celle de la dernière assemblée sont réputées avoir été accomplies par la société absorbante. Pratiquement, les déficits générés par l'absorbée durant la période intercalaire seront mis à la charge de l'absorbante, les opérations réalisées entre les deux sociétés ne sont pas prises en compte pour la détermination du résultat imposable de l'absorbante. C'est pourquoi, en pratique, la date retenue est souvent celle du premier jour de l'exercice en cours de la société absorbante. Toutefois, cette rétroactivité n'a d'effet qu'entre les parties et son bénéfice ne saurait être revendiqué par un tiers, une caution par exemple¹²⁴. La portée de cette clause est discutée fortement : doit-elle être limitée à des considérations purement comptables ou doit elle aussi produire de véritables effets juridiques¹²⁵.

162. A coté des problématiques juridiques importantes que pose le moment de la transmission universelle du patrimoine, existent d'autres obstacles à sa réalisation qu'il convient de mettre en exergue.

¹²³ Sur la portée de la clause de rétroactivité dans le cas des fusions, VAMPARYS X., portée de la clause de rétroactivité dans une opération de fusion absorption, Bulletin Joly Sociétés, 01 décembre 2006 n° 12, p. 1450.

¹²⁴ ROUTIER R., note sous Cass.com., 23 mars 1999 BJS 1999, p.679.

¹²⁵ VAMPARYS X., article précité qui opte pour une approche extensive.

Para II les obstacles à la transmission universelle du patrimoine

163. La transmission universelle du patrimoine qui signifie que l'absorbante se substitue à l'absorbée dans tous ses droits biens et obligations connaît des tempéraments au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté ainsi qu'en raison de l'existence de droits extra patrimoniaux tels la responsabilité pénale. Cette transmission universelle du patrimoine n'est que partielle car il existe de nombreuses solutions jurisprudentielles disséminées qui viennent régulièrement contredire son efficacité notamment la liberté contractuelle et la responsabilité pénale.

A- la liberté contractuelle frein à la transmission universelle

164. La liberté contractuelle, principe issu du dogme de la théorie de l'autonomie de la volonté dont il en est un enjeu¹²⁶ constitue un frein aux opérations de restructuration par voie de fusion en ce qu'elle prévoit que pour les contrats conclus en considération de la personne de l'une des parties contractantes, le principe demeure l'intransmissibilité (1). Ainsi ce principe qui fait obstacle à l'opération de concentration est fortement critiquable et d'ailleurs mérite une altération.(2)

1. L'intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae

165. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir ce qu'il advient des contrats conclus en considération de la personne ? Les solutions doivent être abordées séparément. Si en droit français, la jurisprudence abondante considère que concernant certaines conventions pour lesquelles la qualité du cocontractant est un élément essentiel, l'absorption est une cause de caducité, même en l'absence de stipulation en ce sens (a)¹²⁷, le droit OHADA semble ne pas se prononcer sur la question (b).

¹²⁶ BENABENT A., droit des obligations, 14^{ème} édition, Domat droit privé, LGDJ 2014, n° 100, p.79.

¹²⁷ DUBERTRET M, l'intuitu personae face aux fusions des sociétés Rév. Sociétés 2006, p. 721. L'auteur affirme que l'universalité de la transmission suppose nécessairement l'impossibilité de distinguer contrat par contrat, droit par droit, ceux qui seraient transmis de ceux qui ne le seraient pas. Le patrimoine de l'entreprise

a. l'intransmissibilité affirmée des contrats intuitu personae en droit français

166. En droit français, le principe demeure l'intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae. A cet effet, la jurisprudence et la doctrine française affirment incontestablement à titre d'illustration que les contrats conclus intuitu personae ne pouvant être transmis en cas de fusion de sociétés, un contrat de concession exclusive ne peut être transmis par la voie de la fusion sans l'accord du cocontractant¹²⁸.

167. La transmission universelle du patrimoine principe sacrosaint du droit des fusions est heurtée par la liberté des parties de sorte qu'en cas de fusion, la règle de la transmission universelle du patrimoine s'oppose à celle de la liberté contractuelle. En effet, tandis que la liberté contractuelle conduit à ne pas transmettre les contrats conclus intuitu personae pour respecter le choix des parties, le mécanisme de la transmission universelle du patrimoine commande au contraire de transmettre tous les contrats sans distinction en raison de la continuité de la personnalité de la société absorbée dans la société absorbante.

168. Toutefois, ces deux règles opposées ayant toutes deux vocations à s'appliquer de manière générale, il est admis en doctrine et en jurisprudence, la primauté de l'une tantôt la primauté de l'autre. Pour certains auteurs, la liberté contractuelle et l'article 1134 du code civil autorisent à affirmer la primauté du contrat sur le principe de la transmission universelle du patrimoine¹²⁹.

169. D'autres considèrent au contraire que l'affirmation législative du principe de la transmission universelle du patrimoine a conféré à cette règle un caractère d'ordre public¹³⁰ et qu'il n'est pas possible que le « *principe de la transmission universelle du patrimoine*

dans son ensemble est apprécié comme un tout, une unité et le respect de l'intuitu personae doit s'effacer devant le mécanisme de transmission universelle du patrimoine essentiel à l'opération de fusion.

¹²⁸ CA Paris, 2 nov. 1982, BRDA 15 févr. 1983 p.12.

¹²⁹ VIANDER A., les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés, Mélanges Chr. MOULU LITEC 1998, TII, p.193, spéc. n° 28, p.201.

¹³⁰ JEANTIN M., la transmission universelle du patrimoine d'une société, in les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges J. Derrupé, Joly et Litec 1991, n° 33, p.299.

*considéré comme d'ordre public, voit son application limitée par le seul effet d'une stipulation statutaire*¹³¹».

170. En réalité, pour ce qui nous concerne, nulle primauté ne permet a priori de trancher cette opposition et de déterminer aisément le sort des contrats conclus intuitu personae en cas de fusions. Malgré l'absence de solution évidente, une majorité d'auteurs sur la position desquels nous nous alignons considère aujourd'hui que les positions contractuelles qui résultent des contrats conclus intuitu personae échappent à la transmission universelle du patrimoine au motif emprunté à la jurisprudence que : *« la transmission universelle du patrimoine telle que prévue à l'article L.236 du code de commerce, demeure étrangère aux relations de confiance personnelle et aux conventions conclues intuitu personae qui échappent aux règles patrimoniales. »*.¹³²

171. Si cette position en toute hypothèse se justifie, elle est tout de même isolée au niveau international. En effet, tous les systèmes juridiques ne connaissent pas la notion de contrat intuitu personae et chez ceux qui en ont connaissance, ledit critère n'entraîne aucun traitement particulier.

172. Dans la législation Belge par exemple, aucune exception n'est prévue pour les contrats conclus intuitu personae dans le cadre d'un transfert de patrimoine¹³³. Cette position est d'ailleurs conforme aux 3^{ème} et 6^{ème} directives européennes qui organisent le transfert de l'ensemble des contrats conclus par la société absorbée sans en excepter les contrats conclus intuitu personae.

173. Il reste que les directives sont particulièrement claires sur ce point et ne semblent laisser aucun choix aux Etats membres¹³⁴. D'ailleurs en l'absence de précision

¹³¹ JEANTIN M., op.cit., n° 31, p.298 et il poursuit à propos du contrat de cautionnement que « s'agissant d'un principe d'ordre public, les arguments relatifs à la volonté d'assurer la protection de la caution ne sont en l'espèce par recevable, ibid. n° 32, p.298.

¹³² JASPAR et METAIS, les limites à la transmission universelle du patrimoine, les contrats conclus intuitu personae :Bull.Joly 1998, p.448, VIANDER A., les contrats conclus intuitu personae face à la fusion de sociétés :Mél. C. Mouly, LITEC 1998, T II, p.193.

¹³³ art.174/10, 174/22 al.2, 174/38§1 et 174/50 al.2, lois coordonnées. Comme le rappelle un auteur dans l'exposé des motifs, le transfert englobe même les contrats conclus intuitu personae TILQUIN T, traité des fusions et des scissions, Kluwer, 1993, n° 430, p.292.

¹³⁴ CHAPUT Y., note sous CJCE, 11 nov. 1990 , MARLEASING, Revue des sociétés 1991, p.532.

relative à l'intuitu personae en droit interne, le respect du principe d'interprétation conforme devrait conduire la jurisprudence nationale à interpréter en droit français les textes relatifs aux fusions à la lumière des 3^{ème} et 6^{ème} directives sans que l'intuitu personae ne fasse l'objet d'un traitement particulier.

174. Dans ce contexte, l'affirmation traditionnelle de l'intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion peut surprendre. Cette position anachronique du droit français qui s'oppose aux exigences de directives désormais anciennes est d'autant plus étonnante qu'elle ne présente quasiment que des désavantages contre lesquels certains organes spécialisés se sont déjà élevés par le passé.

175. Toujours est il que la jurisprudence est claire : les contrats conclus intuitu personae sont intransmissibles. Cette position de principe qui n'a rien d'évident, vient fragiliser de manière regrettable le mécanisme des fusions en rendant leurs effets incertains. Il peut alors paraître important de résoudre le conflit entre transmission universelle et intuitu personae afin de permettre au droit des fusions de gagner en cohérence et en sécurité.

176. A toutes fins utiles, comme les solutions jurisprudentielles concernant la transmission des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion sont aujourd'hui bien plus incertaines que ne le prétend en général la doctrine, l'idée vient d'inverser la proposition traditionnelle en affirmant la transmission automatique de tous les contrats, seraient ils intuitu personae, ce qui aurait l'avantage de faciliter l'opération de fusion en la rendant plus prévisible et donc plus sûre.

177. Toutefois, cette hypothèse ne semble pas celle adoptée et l'essence de la règle de l'intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae trouve son fondement dans le principe de la liberté contractuelle prévue à l'article 1134 du Code Civil qui autorise la primauté du contrat sur le principe de la transmission universelle du patrimoine¹³⁵.

178. Dès lors que le contrat aura été conclu en considération de la personne, il ne pourra être transféré en cas de fusion. C'est tout le sens de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 décembre 2005 dans lequel il a été jugé que le

¹³⁵ Voy. VIANDER A., les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés, Melanges Chr. Mouly, LITEC 1998, T II, p.193, spéc. n° 28, p.201.

caractère *intuitu personae* du contrat de concession exclusive bloque la transmission universelle en cas de dissolution sans liquidation de société¹³⁶.

179. Cette position de principe qui est celle défendue par la majeure partie de la doctrine semble affirmer expressément que les positions contractuelles qui résultent des contrats conclus *intuitu personae* échappent à la transmission universelle du patrimoine. Pour autant cette affirmation n'apparaît pas évidente et la jurisprudence comme la loi semblent aujourd'hui préférer la règle de la transmission universelle du patrimoine à celle de la liberté contractuelle.

180. Dès l'abord, il est difficile d'ignorer que certains contrats ou certains droits dont l'*intuitu personae* ne fait aucun doute, sont pourtant transmis en cas de fusion. Le contrat de travail par exemple archétype de ces contrats, se transmet de manière automatique en cas de fusion de sociétés ce qui vient directement contredire le prétendu principe de non transmission de ces contrats.

181. L'*intuitu personae* ne triomphe pas nécessairement de la transmission universelle comme cela est traditionnellement affirmé. Toujours est il que l'analyse de nombreuses solutions jurisprudentielles révèle que les contrats conclus *intuitu* demeurent intransmissibles.

182. A titre d'exemple le contrat de distribution qui constitue un contrat passé en considération de la personne ne se transmet. A leur sujet, la cour de cassation a décidé que le caractère *intuitu personae* du contrat de concession exclusive bloque la transmission universelle en cas de dissolution sans liquidation de société¹³⁷. Mais, cette solution a subi un revirement de jurisprudence car la chambre commerciale de la haute juridiction a affirmé la primauté et l'efficacité de la transmission universelle du patrimoine en décidant le transfert d'un contrat de distribution sans l'accord préalable du distributeur. Elle a décidé que publiée au registre du commerce et des sociétés, l'opération de dissolution sans liquidation d'une société (fournisseur), conduisant à la transmission universelle du patrimoine à un associé unique, est opposable au distributeur. Elle entraîne le transfert du contrat de distribution dès

¹³⁶ LE CANNU P., Obs sous Cass. Com 13 déc. 2005. RTD com 2006, p.429.

¹³⁷ LE TOURNEAU Ph., contrat *intuitu personae*, JCl. Contrat et distribution, Fasc. 200. Voy également MONNET J., note sous Cass. Com. 13 décembre 2005, Dr. Sociétés 2006, n° 23.

lors que le contrat ne prévoyait d'intuitu personae qu'à l'égard du distributeur et qu'aucune stipulation ne prévoyait l'accord du distributeur concernant la cession du contrat¹³⁸.

183. Au surplus, à côté du contrat de concession, il existe d'autres types de contrat notamment le cautionnement qui a subi des revirements jurisprudentiels qui se sont effectués en trois temps.

184. A l'origine, il a été question de protéger la caution avant tout. Ainsi dans un arrêt du 20 janvier 1987¹³⁹ concernant la fusion ayant donné naissance à la BNP, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé dans un attendu de principe que : « *en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale* ». Cette règle a par la suite été étendue aux opérations de fusion absorption sans création d'une société nouvelle¹⁴⁰.

185. En conséquence, au départ de ce premier mouvement jurisprudentiel, il est retenu que l'apparition d'une personne morale étrangère au rapport triangulaire initial n'affecte pas l'obligation de règlement mais entraîne la disparition de l'obligation de couverture de la caution, dès lors que celle-ci ne s'est pas expressément manifestée. La jurisprudence prend donc clairement partie pour la protection des cautions au détriment du principe de la transmission universelle du patrimoine.

186. Ainsi la société issue de la restructuration, en dépit de sa substitution sans novation au lieu et place de la société dissoute, est privée d'un élément du patrimoine, qui selon la loi, lui est transmis à titre universel.

187. Mais cette jurisprudence de principe a subi un revirement dans un arrêt du 8 novembre 2005¹⁴¹ dans lequel la cour de cassation a décidé « *qu'en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le*

¹³⁸ ARMIEL COSME L., note sous cass.com., 4 février 2014, n° 12-22.404, revue des sociétés 2014, p.657.

¹³⁹ Cass.com., 20 janvier 1987 : Rev.soc.1987, p.401.

¹⁴⁰ Cass.com., 25 novembre 1997 : RJDA 1998, n° 597.

¹⁴¹ LIENHARD A., note sous cass.com., 8 nov.2005, D.2005, p.2875.

paiement des loyers est sauf stipulation contraire transmis de plein droit à la société absorbante ».

188. Ce revirement a été un espoir pour un retour au premier plan de la transmission universelle du patrimoine, mais également une excellente nouvelle pour les établissements bancaires qui y ont vu une sécurité dans l'application des contrats de cautionnement dont ils bénéficient.

189. Cette prééminence de la transmission universelle du patrimoine a toutefois été atténuée par un arrêt du 30 juin 2009¹⁴² rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation qui dans le cadre d'une affaire opposant un gérant de société en sa qualité de caution solidaire à une banque ayant été absorbée a affirmé que : « *l'obligation de la caution qui s'était 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* ».

190. Il résulte de cette dernière décision la prédominance du contrat de cautionnement sur le principe de la transmission universelle du patrimoine. Cette prédominance a même été affirmée dans un récent arrêt rendue par la chambre commerciale de la cour de cassation en ces termes : « *La fusion, entraînant la disparition de la société créancière, limite le cautionnement d'une banque aux sommes dues à la date de la fusion. Le seul engagement de la caution de garantir à l'égard de la société absorbante de nouvelles dettes de la société débitrice ne peut, faute d'accord établi de celle-ci ou de son liquidateur, transférer la garantie du cautionnement antérieurement consenti en faveur de la société absorbée* »¹⁴³.

191. Face à cette incursion jurisprudentielle, force est de constater qu'une position commune concernant la transmission des contrats intuitu personae n'a pas été adoptée. Leur transmission est soumise à l'appréciation souveraine des juges qui décideront de leur transfert. En toute hypothèse, la majeure partie des décisions affirment incontestablement l'intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae. Cette solution relativise le mécanisme de transmission universelle du patrimoine et démontre que l'intuitu personae est un frein à son efficience.

¹⁴² Cass.com., 30 juin 2009, n° 08-10179.

¹⁴³ DONDERO B., note sous cass.com., 16 septembre 2014, n° 13-1779, BJS Décembre 2014, n° 12, p.706.

b. Un droit OHADA imprécis sur l'intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae

192. En droit OHADA, comparativement au droit français, le principe en matière de restructuration par voie de fusion demeure la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée vers la société absorbante ; et la jurisprudence OHADA ne s'est pas encore prononcée sur la question de la transmissibilité des contrats intuitu personae.

193. Est ce à dire que lesdits contrats conclus en considération de la personne sont transmissibles dès l'instant où intervient une restructuration par voie de fusion? La réponse positive pourrait s'imposer et se justifierait par le fait que le principe en droit OHADA étant la transmission universelle du patrimoine, le transfert de tout contrat quel qu'il soit devrait s'opérer sans en rechercher son caractère intuitu personae.

194. Cette hypothèse pourrait être attestée par l'une des rares décisions du droit OHADA en la matière qui a été rendue par le Tribunal d'instance Hors classe de DAKAR. Dans cette espèce, le Tribunal a décidé que la fusion opère la transmission universelle de patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Il en résulte la transmission de l'ensemble des éléments de l'actif et du passif à la société bénéficiaire. La société nouvelle ou existante se substitue à la société absorbée dans tous les biens, droits ou obligations de cette dernière. Il n'en est autrement qu'en cas de dérogation expresse prévue par les parties, dans le traité d'apport, de communauté ou de confusion d'intérêts, ou de fraude. Lorsque les deux sociétés sont unies par une communauté ou une confusion d'intérêts, la société bénéficiaire pourra être poursuivie en paiement des dettes transmises par la société absorbée, car elle s'est personnellement obligée en créant aux yeux des tiers l'apparence de son engagement. Cette transmission universelle intervient de plein droit et porte même sur les biens de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou pour une autre cause, ne figuraient pas dans le traité de fusion. La société absorbante devient débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée, aux lieux et place de celle-ci. Cette substitution n'emporte pas « novation » de la créance, c'est-à-dire que celle-ci est reprise sans aucune modification. La société absorbante vient activement et passivement au lieu et place de la société absorbée et en conséquence, les règles concernant les cessions de créance (article 1690 Code civil) ne sont

pas applicables aux apports fusions portant sur de tels biens¹⁴⁴. Les sociétés qui fusionnent, formant une entité juridique unique, sont mal venues de demander la distraction des objets saisis ». Il résulte de cette décision en droit africain que tous les biens de la société absorbée doivent être transmis dans leur intégralité à la société absorbante. Cette transmission étant par ailleurs de plein droit, les contrats conclus intuitu personae devraient être transmis à la société absorbante.

195. Si cette solution semble donner au mécanisme de fusion toute sa valeur et son efficience, il reste que la doctrine OHADA ne semble pas aller dans le même sens. Elle adopte la position de la doctrine française sus citée et considère que les contrats intuitu personae ne peuvent être transmis sans l'accord préalable sur ledit contrat¹⁴⁵. Cette position à l'instar de celle qui a cours en droit français est tout de même critiquable. Aussi estimons nous que l'intransmissibilité du contrat intuitu personae est à relativiser.

2. L'intransmissibilité du contrat intuitu personae : un principe à relativiser

196. Le critère de l'intuitu personae est critiquable en ce sens qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas et n'énonce aucune exception. Prendre en considération l'intuitu personae pour refuser la transmission d'un contrat au bénéfice de l'absorbante serait ajouter une nouvelle protection non prévue par les textes alors que ceux-ci organisent déjà explicitement des régimes dérogatoires au bénéfice des créanciers antérieurs¹⁴⁶ ou des obligataires¹⁴⁷.

197. En outre, l'effet le plus immédiat de la prise en compte de l'intuitu personae réside évidemment dans la négation du mécanisme de transmission universelle du patrimoine qui constitue pourtant le caractère essentiel de l'opération de fusion. Ce faisant, il dénature ladite opération et la rend incertaine ce qui est d'autant plus regrettable que les effets de l'intuitu personae apparaissent peu utiles. Dès lors que l'intuitu personae de certains contrats

¹⁴⁴ TRIBUNAL REGIONAL HORS CLASSE DE DAKAR (SENEGAL), Jugement n° 634 du 10 avril 2002, TOBACCO MARKETING CONSULTANT c/ Jean-marc Dares, BAT-BRITCO et Maître Jacques d'Erneville in www.ohada.com/imprim_juris.php?article_juris=1138/OHADATAJ-05-95

¹⁴⁵ MARTOR B., PILKINGTON N., SELLERS D., THOUVENOT S., le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, préface K. MBAYE, 2^{ème} édition, LITEC 2009, n° 714, p.158.

¹⁴⁶ C.Com., art. L.236-14.

¹⁴⁷ C.Com., art. L.236-13 et 15.

de l'absorbée est pris en compte, il fait naturellement obstacle au mécanisme de transmission universelle du patrimoine.

198. En tout état de cause et pour notre part, Il semble tout à fait paradoxal que la jurisprudence prenne en compte l'intuitu personae des droits ou des contrats pour interdire leur transmission alors que les textes affirment la transmission universelle du patrimoine tant dans ses éléments actifs que passifs en cas de fusion. La jurisprudence paraît alors *contra legem*¹⁴⁸ ce d'autant plus que la transmission universelle du patrimoine n'est pas une addition de transmissions à titre particulier. Au contraire, elle se caractérise par l'appréhension du patrimoine transmis comme une universalité qui est transférée dans son intégralité sans exception.

199. En conclusion, il n'est pas du tout sûr que l'intuitu personae ait sa place en matière de fusion. Loin d'être d'un grand apport, il revêt au contraire une acception floue qui plonge dans l'incertitude toute l'opération de fusion voire la rend impossible dans les secteurs économiques où l'actif des sociétés est principalement composé de contrats conclus intuitu personae comme par exemple pour les sociétés de syndic. Toujours est-il qu'en matière de restructuration par voie de fusion, l'intuitu personae est un critère auquel le législateur attache une importance remplie d'inconvénients. Le seul avantage qui pourrait plaider en sa faveur serait le respect de la liberté contractuelle qu'il incarnerait. Mais, outre le fait qu'il existe déjà une multitude d'exceptions au principe de la liberté contractuelle il n'est pas évident que la transmission automatique de l'ensemble des contrats en cas de fusions serait ils intuitu personae, soit en opposition avec ce principe. En effet, le caractère courant et prévisible des fusions peut conduire les parties si elles le désirent à stipuler spécifiquement la non transmission d'un contrat particulier au cas de fusion. Cette possibilité permet de respecter sans difficulté le principe de liberté contractuelle tout en assurant la prévisibilité, donc la sécurité de l'opération de fusion qui demeure une opération permettant d'assurer la croissance externe d'une ou plusieurs entreprises.

200. L'universalité de la transmission suppose nécessairement l'impossibilité de distinguer contrat par contrat, droit par droit, ceux qui seraient transmis de ceux qui ne le seraient pas. Le patrimoine de l'entreprise dans son ensemble est apprécié comme un tout, une

¹⁴⁸ Pour l'affirmation du caractère d'ordre public de la règle de la transmission universelle du patrimoine, Voy. JEANTIN M., la transmission universelle du patrimoine d'une société, les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges DERRUPE J.Joly et Litec, 1991, p.287 et s., spéc. n° 31.

unité et le respect de l'intuitu personae doit s'effacer devant le mécanisme de transmission universelle du patrimoine essentiel à l'opération de fusion. A vrai dire, il serait même tentant de refuser toute dérogation contractuelle à ce principe comme l'a proposé une partie de la doctrine qui considère que la clause d'agrément par exemple ne devrait avoir aucune efficacité en cas de fusions comme c'est le cas en matière de successions.

201. Nous retiendrons au terme de cette étude que la transmission universelle du patrimoine principe sacrosaint de l'opération de concentration par excellence est entravée par l'intuitu personae. A cette entrave, s'ajoute le principe de la personnalité des peines qui vient altérer la nature de l'opération de concentration.

B. la transmission universelle du patrimoine entravée par le principe de la personnalité des peines

202. L'intérêt de cette étude consiste à déterminer si l'opération de restructuration par transmission universelle du patrimoine peut avoir pour effet le transfert de la responsabilité née des infractions commises par l'apporteur du patrimoine : l'absorbée.

203. La question est d'une acuité particulière étant entendu que le législateur français a posé à partir de 1994¹⁴⁹ le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Qu'advient-il de la responsabilité pénale dès lors que la disparition d'une société à la suite de son absorption par une autre, ou de sa scission en cours de procédure ? Est-elle une cause d'extinction de l'action publique exercée contre elle ?

204. Cette problématique est la source d'une « *belle rencontre entre le droit des sociétés et les droits fondamentaux qui gouvernent le procès pénal* »¹⁵⁰. Cette rencontre fait ressortir dans la pratique une véritable opposition entre deux notions juridiques : la

¹⁴⁹ DESPORTES et LE GUNHEC F., Droit Pénal Général, Economica, 2003, 9^{ème} éd., p.517 et s. « responsabilité pénale des personnes morales » J.Cl.-Pénal, art.121-2 « responsabilité des personnes morales ». DEKEUWER-DEFOSSEZ « Responsabilité pénale des personnes morales à la lumière éphémère de l'article 17-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la concurrence » JCP, éd. E, 1994, I, p.356.

¹⁵⁰ LUCAS F-X, le principe du contradictoire en droit des sociétés, in liberté et droits fondamentaux : Dalloz 2003, spéc.p.635-636.

transmission universelle du patrimoine en matière de fusion et le principe de la personnalité des poursuites et des peines¹⁵¹.

205. Soit l'on considère que les manquements délictueux de la personne morale qui disparaît sont transmis au titre de la transmission de l'universalité à la personne morale nouvelle c'est-à-dire absorbante. Soit ces manquements sont exclusivement imputables à la personne morale ancienne, sa disparition provoquant l'extinction de l'action publique. C'est cette dernière hypothèse, bénéficiant d'un socle supra légal du principe de la personnalité des poursuites et des peines qui est aujourd'hui retenue par la quasi-totalité de la jurisprudence. Toutefois, les conséquences d'une telle solution sont de nature à porter atteinte aux droits des victimes et à laisser croire à une certaine impunité des personnes morales. C'est au regard de ces réserves qu'une partie de la doctrine considère qu'il est souhaitable de procéder à une adaptation du principe de la personnalité des poursuites et des peines aux circonstances particulières et inhérentes aux opérations de restructurations.

1. La prééminence du principe de la personnalité des peines et des poursuites sur la transmission universelle du patrimoine

206. La matière pénale appelle des réserves quant à la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante¹⁵² et vient démontrer que les principes du droit des sociétés et notamment des fusions absorptions qui présupposent que le patrimoine de la société absorbée est transféré en intégralité à la société absorbante se heurtent à un principe fondamental du droit pénal: celui de la responsabilité du fait personnel qui découle des dispositions de l'article 121-1 du code pénal selon lequel, « *nul n'est pénalement responsable que de son propre fait* ».

207. Eu égard à cette règle, la responsabilité pénale de la société absorbée ne peut être transférée à la société absorbante. C'est tout le sens de l'arrêt rendu par la chambre

¹⁵¹ VICHY-LLADO D., « la responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion » JCP, éd. E, 2001,p.838.

¹⁵² STASIAK, fusion et responsabilité pénale des personnes morales morale en droit boursier, Mélanges Bouloc, 2006, Dalloz, p.1100.

criminelle de la cour de cassation du 9 septembre 2009¹⁵³ dans lequel la Haute juridiction a jugé que la fusion faisant perdre à la société absorbée son existence juridique, l'action publique est éteinte à son égard.

208. Dans cette espèce, une société avait été déclarée coupable de corruption active et condamnée à une peine d'amende. Après avoir formé un pourvoi, elle est absorbée par une autre société. La question portée devant la Cour de cassation était donc la suivante : l'instance pouvait-elle être poursuivie par la société absorbante venant aux droits de l'absorbée ? ou était-elle éteinte avec la disparition de cette dernière¹⁵⁴ ? La chambre criminelle conclut qu'il n'y a plus lieu à statuer sur le pourvoi. En effet, pour elle, la « *fusion faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, l'action publique est éteinte à son égard. L'instance en cours s'arrête donc sous l'effet de la disparition de la société absorbée, la société absorbante ne pouvant se prévaloir de la transmission à son profit de l'intégralité du patrimoine de la société absorbée prévue à l'article L.236-3 du code de commerce pour poursuivre le pourvoi formé par cette dernière.* »

209. Cette solution nous le pensons n'est pas exempte de critiques. En premier lieu, la société absorbante étant le successeur de la société absorbée, il est évident qu'elle soit poursuivie pour les infractions commises pour la société à laquelle elle vient aux droits. En second lieu, la doctrine a souligné que la solution jurisprudentielle interdisant de mettre en cause pénalement la société absorbante pour des infractions reprochées à la société absorbée, pour incontestable qu'elle soit au regard des principes juridiques, produit une fâcheuse conséquence en ce qu'elle permet à une société poursuivie d'échapper à la responsabilité pénale par l'effet d'une absorption frauduleuse par une autre société¹⁵⁵.

210. Il est intéressant de constater à ce titre que le Conseil d'Etat a adopté un point de vue différent dans un arrêt du 22 novembre 2000¹⁵⁶ dans lequel il a admis que l'ancien Conseil des marchés financiers puisse prononcer une sanction pécuniaire contre une société absorbante pour des manquements commis par la société absorbée, cette solution ne heurtant ni l'article 121-1 du Code pénal, ni le principe de la personnalité des peines .

¹⁵³ VAMPARYS, note sous Crim. 9 sept. 2009 n°08-87-312 BJS 2010, 179.

¹⁵⁴ Ce cas est à distinguer de celui des actions en justices engagées par la société absorbée après la fusion, Voy. En ce sens TREBULLE F.G., note sous Cass. Com., 6 mai 2003, Dr. Sociétés, 2003, comm. n° 203.

¹⁵⁵ VICHY-LLADO D., la responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion : JCP E2001, p.838.

¹⁵⁶ Juris Data n° 2000-142475.

211. Ladite jurisprudence a cependant été infléchi par une arrêt du 17 décembre 2008 dans lequel le Conseil d'Etat, tout en maintenant la solution antérieure, s'agissant de la sanction pécuniaire décide néanmoins que *« le principe de responsabilité personnelle fait obstacle au regard de la portée punitive et du caractère de sanction complémentaire que revêt également la publication à ce que l'autorité disciplinaire ordonne la publication de la sanction pécuniaire infligée à une société en raison des manquements commis par une autre société qu'elle a entre temps absorbée »*¹⁵⁷.

212. La question qui demeure est celle de savoir s'il ne serait pas souhaitable que la chambre criminelle exclut la solution de l'extinction de l'action publique en cas de fusion absorption dans le cas où cette opération a été réalisée dans le seul but d'échapper aux poursuites pénales¹⁵⁸.

213. Elle pourrait s'inspirer d'une décision de la chambre commerciale du 15 juin 1999 qui a approuvé l'annulation des sanctions prononcées par l'ancienne Commission des opérations de bourse à l'encontre de plusieurs sociétés issues de la scission de celle qui était auteur des manquements. Les juges ont ici retenu que le principe de la personnalité des sanctions s'oppose à ce qu'en l'absence de dispositions dérogatoires expresses, des personnes physiques ou morales autres que l'auteur du manquement en cause, puissent se le voir imputer et faire l'objet de sanctions à caractère pénal, la preuve n'étant pas rapportée que la scission avait été faite dans le but d'éluder toute poursuite.

214. Il reste que c'est précisément la preuve d'une opération frauduleuse qui pourrait faire difficulté. Certains auteurs suggèrent une solution consistant à permettre à l'autorité judiciaire d'empêcher toute absorption ou dissolution de la personne morale dès lors que celle-ci fait l'objet d'une poursuite pénale¹⁵⁹ mais l'on souligne que la participation d'une personne morale à une fusion frauduleuse pourrait constituer, pour la personne morale absorbante, le délit de blanchiment ou de recel d'organisation frauduleuse d'insolvabilité.

215. En résumé, si l'opération de concentration est caractérisée par la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, il convient de

¹⁵⁷ ARSOUZE C. note sous CE, 17 déc.2008, Rev. sociétés 2009, p.397

¹⁵⁸ PRADEL J., la responsabilité pénale des personnes morales en droit français, quelques questions : Rev. Pénit. 1998, p.166-167.

¹⁵⁹ GAMET L., le principe de la personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés : JCP G 2001, I, 345, n° 27.

préciser que cette règle de dévolution universelle du patrimoine est sans incidence sur un éventuel transfert de la responsabilité pénale. Le principe de personnalité des peines s'y oppose et l'argumentation retenue par le Conseil d'Etat pour en décider autrement ne peut que laisser fermement dubitatif. Il est parfois choquant que des poursuites pénales ne puissent être engagées alors que la société délinquante continue d'exister sous un autre masque.

216. De lege ferenda, il serait souhaitable que la société absorbante, bénéficiaire de l'opération de concentration en question soit pénalement responsable des faits commis par la société absorbée ou scindée, lorsqu'elle reprend les éléments matériels et humains qui ont concouru à l'infraction. Cette hypothèse éviterait l'usage par les personnes morales de la fusion l'opération en vue de s'affranchir des faits délictueux qu'elles commettent dans l'exercice de leurs activités. Nous proposons pour cette raison et à la suite d'une partie de la doctrine, un infléchissement du principe de la personnalité des peines.

2. Pour un infléchissement du principe de la personnalité des peines

217. Si cette proposition pour l'infléchissement du principe de la personnalité des peines a un fondement, il reste que la position récente de la jurisprudence en matière administrative tend à aller dans ce sens notamment en ce qui concerne l'imputabilité des sanctions financières.

a. Le fondement de l'infléchissement

218. Le fait que le juge judiciaire, par sa position, sacralise un principe dépourvu semble t'il de valeur de principe constitutionnel, dans un domaine, le droit des affaires éloigné de son champ d'application initial, paraît anachronique. Cette insistance à appliquer les droits fondamentaux et le principe de la personnalité des poursuites et des peines plus particulièrement ne risque t'elle pas d'aboutir à une banalisation de ces mêmes droits fondamentaux.

219. En effet, il est acquis aujourd'hui que les personnes morales de droit privé disposent des mêmes droits fondamentaux que les personnes physiques notamment les garanties d'un procès équitable, le droit de propriété ou encore la liberté d'expression en pleine expansion dans les domaines de la presse et de la publicité.

220. Il existe donc désormais une réelle extension du champ d'application des droits fondamentaux qui suscite des craintes de la part de certains auteurs. Où peut s'arrêter une telle évolution ? « *A trop vouloir protéger les droits fondamentaux des personnes morales, on risque de moins protéger ceux des personnes physiques* »¹⁶⁰. En effet, une telle position de la jurisprudence est susceptible en l'espèce de provoquer une explosion du contentieux et de faire surtout de la convention un instrument entre les mains des agents économiques à des fins mercantiles.

221. En droit des fusions, l'instrumentalisation du principe de la personnalité des peines et des poursuites peut être une source d'impunité aisément actionnée, au détriment parfois des personnes physiques. Compte tenu de l'assimilation totale des personnes morales aux personnes physiques, les premières deviennent leur égal dans ce domaine, et bénéficient de fait de la même protection.

222. Comment en conséquence contester l'application du principe de la personnalité des poursuites et peines aux personnes morales ? En quoi la non application de ce principe serait justifiable pour les unes et inconcevable pour les autres ? Cette équivalence des sujets de droit doit être mise en balance avec une divergence de contexte d'application d'un tel principe, et ce d'autant plus en matière de restructuration où il apparaît clairement que la dissolution d'une personne morale ne présente pas les mêmes conséquences irréversibles que le décès d'une personne physique. A l'inverse l'impossible résurrection de la personne physique, s'oppose la persistance de la personne morale sous un masque nouveau, et ce avec le bénéfice de l'impunité.

223. En conséquence, ce principe de la personnalité des poursuites et des peines, à l'origine conçu pour faire obstacle à la transmissibilité de la responsabilité pénale aux héritiers, provoque lorsqu'il est appliqué aux personnes morales, un échec aux poursuites qui auraient pu être engagées par le salarié victime de blessures ou de violences involontaires. Ce constat est d'autant plus frustrant et ressenti comme une injustice par les victimes, que la dissolution d'une personne morale mis à part les hypothèses spécifiques aux procédures collectives est un acte volontaire.

¹⁶⁰ RENUCCI J.F., « le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme » Dr. Et patrimoine, sept 1999, p.66.

224. C'est au regard de ces considérations que le principe de la personnalité des poursuites et des peines qui est incontestablement une garantie fondamentale pour les personnes physiques doit être appliqué par les juridictions nationales et européennes de manière plus nuancées aux personnes morales¹⁶¹. Cette absence totale de subjectivisme dans une application uniforme du principe de la personnalité des poursuites et des peines aux personnes morales est d'autant plus critiquable, qu'elle rend encore plus irrésistible la tentation des entrepreneurs de recourir à la disparition juridique de leur société par voie de fusion ou de scission afin d'échapper aux poursuites¹⁶².

225. Le risque de fraude est indéniable et s'accroît d'autant plus que comme le constatent M. Germain et M-A FRISON-ROCHE, les personnes morales « *dans la vie financière moderne, ne connaissent que des moments de stabilité courte et vivent de plus en plus entre deux restructurations*¹⁶³. »

226. En conclusion, il est à regretter que cette idée de l'infléchissement du principe de la personnalité des peines semble ne pas être à l'ordre du jour car la jurisprudence pour ce qui est du domaine judiciaire continue de juger qu'en raison de ce principe, les faits délictueux commis par la société absorbée ne sont pas imputables à la société absorbante. Ce qui n'est pas le cas pour la jurisprudence administrative.

b. Un infléchissement confirmé en jurisprudence administrative

227. Le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que des pénalités fiscales soient mises, compte tenu de la transmission universelle du patrimoine, à la charge de la société bénéficiaire de cette transmission à raison des manquements commis, avant cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée¹⁶⁴.

228. Peut être parce que sa mission n'est pas d'arbitrer entre des intérêts privés mais d'assurer le respect de l'intérêt général, le conseil d'Etat à la différence de la cour de

¹⁶¹ RONTCHEVSKI N, note précit. Sous Cass.com., 15 Juin 1999, spéc.p.918.

¹⁶² VICHH-Y-LLADO, art. précit., spéc. P.840.

¹⁶³ GERMAIN M, FRISON ROCHE in RD bancaire et bourse, mai-juin 1997, p.120, n° 4

¹⁶⁴ CE, avis, 3e et 8e ss-sect., 4 déc. 2009, Sté Rueil Sport : JurisData n° 2009-081570 ; JCP E 2010, 1145, n° 3, note DEBOISSY Fl. et Wicker G.

cassation¹⁶⁵ répugne à admettre un complet effacement de la sanction en cas de transmission universelle du patrimoine d'une personne morale. Dans une décision du 22 novembre 2000 considérant de façon discutable que la société absorbante continuait la personnalité juridique de l'absorbée, le conseil d'Etat avait retenu que le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle au prononcé d'une sanction pécuniaire à la charge de la société bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine¹⁶⁶.

Dans son avis du 4 décembre 2009, le Conseil d'Etat a confirmé sa position. En l'espèce, une société s'est vue infligée des pénalités fiscales pour des faits commis par la société avec laquelle elle a fusionné. Le Tribunal Administratif de Paris a sursis à statuer sur la demande de cette société tendant à obtenir la décharge des pénalités pour absence de bonne foi dont ont été assortis les suppléments d'impôt sur les sociétés et de contribution à cet impôt qui lui ont été assignés.

Le Tribunal Administratif demande au Conseil d'Etat si la nature juridique des pénalités fiscales fait obstacle à ce qu'un contribuable juridiquement distinct puisse se voir infliger des pénalités pour des faits commis par un autre contribuable aux droits desquels il vient à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission ou si l'objet des pénalités fiscales peuvent être mises à la charge de la société absorbante.

Dans son avis du 4 décembre 2009, le Conseil d'Etat lui répond que les pénalités fiscales, qui présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice, constituent, même si le législateur a laissé le soin de les établir et de les prononcer à l'autorité administrative, des accusations en matière pénale au sens des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il en résulte que le contribuable, personne physique ou personne morale, qui conteste devant le juge de l'impôt les pénalités fiscales qui lui ont été infligées, peut invoquer la méconnaissance des stipulations du paragraphe 2 de cet article pour critiquer l'application de ces pénalités.

Toutefois, la nécessité de préserver le caractère effectif et dissuasif des pénalités fiscales impose d'appliquer le principe de personnalité des peines en tenant compte des spécificités des personnes morales, qui peuvent notamment décider de se transformer et de poursuivre leurs activités, sous une nouvelle forme juridique, à l'occasion d'opérations de restructuration.

¹⁶⁵ Cass.crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742, Bull.Joly 2001, para 12, p.39.

¹⁶⁶ GERMAIN M., CE 22 Nov.2000 : RD Bancaire et Fin. Janv-févr.2001, p.28.

Dès lors, eu égard aux objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscale auxquels répondent les pénalités fiscales, le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce qu' 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.

229. Si l'on comprend bien l'objectif du conseil d'Etat, dont la légitimité n'est pas douteuse, la solution retenue est critiquable car elle se fonde non sur des considérations techniques mais d'opportunité. En tout état de cause, appliqué à une société, le principe de la personnalité des peines signifie donc que la société (et à travers elle ses associés) ne répond pas des faits délictueux commis par une autre société qu'elle absorbe. Or, la conception formelle du principe de la personnalité des peines en excluant toute sanction en cas de disparition de la personne morale consécutive à la transmission universelle du patrimoine, conduit à faire échapper les associés à la sanction dont ils auraient pu subir les conséquences lorsqu'ils procèdent comme le relève le conseil d'Etat, à des opérations de restructuration. Dès lors, la question doit elle être de savoir s'il est ou non légitime que les associés de la personne morale bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine subissent les conséquences de la sanction qu'appelaient les agissements de la société dissoute. Une réponse affirmative s'impose dans le cas de la transmission universelle du patrimoine d'une société unipersonnelle à la personne morale qui en est l'associé unique.

230. En tout état de cause, en dépit des obstacles subis par la transmission universelle du patrimoine, la fusion produit des effets importants sur la société et partant sur son organisation sociale. Elle n'entraîne aucune modification des organes de la société absorbée, puisque celle-ci disparaît du simple fait de l'opération. Il en va de même lorsque la fusion ou la scission se réalise au profit de sociétés nouvelles créées pour la circonstance ; la composition des organes sociaux est déterminée par les statuts de la société nouvellement constituée. La question des effets de la fusion sur la composition des organes sociaux ne se pose avec acuité que pour la société absorbante. Celle-ci a reçu des apports de la société absorbée et a dû rémunérer par l'émission de parts ou d'actions nouvelles, les associés de la société absorbée. Ces événements sont susceptibles d'influer sur la composition des organes sociaux de la société absorbante. En effet, l'impact des opérations de concentration se révèle particulièrement sensible sur les organes de gestion (conseil d'administration, directoire) et de contrôle (conseil de surveillance) des sociétés anonymes. Dans les autres groupements

sociaux, la fusion aboutit simplement au remplacement du gérant de la société bénéficiaire s'il s'en est suivi un renversement de la majorité à l'assemblée générale. Dans la société anonyme classique, l'article L. 225-95 du Code de commerce¹⁶⁷ permet que le nombre des membres du conseil d'administration puisse atteindre celui de vingt-quatre pendant le délai de trois ans à compter de la date de la fusion fixée à l'article L. 236-4, si aucune des deux sociétés qui fusionnent n'est inscrite à la cote officielle d'une bourse de valeurs. Ce nombre peut être élevé à vingt-sept si l'une des deux sociétés parties à la fusion voit ses actions ainsi inscrites et trente, si les deux sociétés sont cotées.

¹⁶⁷ C'est la même règle qui est prévue par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, art. 418.

Conclusion

231. En résumé, il faut retenir de cette étude que la restructuration répond à une logique de croissance de l'entreprise qui a pour fondement un mécanisme emprunté : la transmission universelle du patrimoine, objectif primordial de ces opérations de restructuration tant en droit français qu'en droit OHADA. Mais, cette finalité de la fusion est la résultante d'une autre subséquentes des restructurations d'entreprises : celle d'assurer la disparition d'une société, l'absorbée et de permettre la restructuration de l'actionnariat.

232. L'intérêt pratique de la reconnaissance du principe de la transmission universelle du patrimoine est considérable. Il permet non seulement la réalisation aisée d'une transmission du passif social, mais encore une simplification non négligeables du transfert des éléments d'actifs. Son intérêt majeur réside dans le fait qu'il permet de faire l'économie de l'application du régime juridique propre à chacun des éléments d'actifs et de passif composant le patrimoine. Ainsi conçue, la règle de transmission universelle du patrimoine présente l'intérêt de simplifier les opérations de transferts.

233. La portée simplificatrice peut, tout d'abord, être mesurée en ce qui concerne le transfert d'une société à une autre des éléments composant l'actif social. De fait, il est de principe que toutes les règles qui marquent le particularisme du régime juridique des cessions en vifs de certains éléments d'actifs sont écartées lorsque la transmission a lieu à titre universel. Tel est le cas particulièrement symptomatique des règles spécifiques imposées pour la cession du fonds de commerce. S'agissant du transfert des éléments du passif, de la société absorbée, l'intérêt de la transmission universelle du patrimoine est assez grande, celle-ci permettant le transfert du passif sans aucune formalité. En dépit de ces avantages, il est remarquable que la jurisprudence ne tire pas toutes les conséquences de l'affirmation du caractère universel de la transmission universel du patrimoine. L'incohérence des solutions jurisprudentielles révèle que le principe de la transmission universelle du patrimoine apparaît en dépit de ses conséquences logiques, impuissant à faire disparaître les obstacles existant à l'encontre du transfert de certains éléments du patrimoine de la société absorbée.

234. Il existe plusieurs restrictions voire des entraves à sa réalisation qui pour ce qui nous concerne altère considérablement cette conception légale. En effet, cette règle de la transmission universelle trait caractéristique de l'opération de fusion en dépit de sa très grande généralité n'est dans la réalité que partielle puisque tous les droits et toutes les

obligations ne sont pas transmis à la société absorbante comme il vient d'être démontré notamment en ce qui concerne les contrats conclus intuitu personae et la responsabilité pénale. Aussi, en raison de ces différents inconvénients inhérents à cette opération de restructuration sus démontrés, il est opportun de s'interroger sur l'existence d'une conception alternative des opérations de restructuration par voie de fusion?

CHAPITRE II POUR UNE CONCEPTION ALTERNATIVE DES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION PAR VOIE DE FUSION

235. La transmission universelle, quoiqu'utile en certaines occasions, n'explique en effet pas tout. Si la fusion fondée principalement sur la transmission universelle ne permet pas d'épouser toujours parfaitement la réalité des situations, c'est parce que l'élément déterminant n'est pas tant de transmettre son patrimoine mais de se rapprocher totalement¹⁶⁸ ou d'utiliser la fusion en d'autres termes l'opération de restructuration dans certains montages financiers.

236. Il s'agit en conséquence de poser la problématique de l'existence d'un régime alternatif voire d'une nouvelle conception des opérations de restructuration par voie de fusion. En effet, eu égard aux difficultés tant conceptuelles que pratiques de réalisation de ces opérations de restructuration par voie des fusions traditionnelles c'est-à-dire celles dont le principal objectif est de transmettre un patrimoine, il existe une autre conception du mécanisme à laquelle le législateur devrait s'intéresser car sous le feu de l'actualité¹⁶⁹.

237. Pour ce qui nous concerne, cette conception alternative résulte tant de la contractualisation de l'opération de restructuration (section I) que de son instrumentalisation dans certains montages financiers¹⁷⁰ (section II).

¹⁶⁸ Si l'on excepte les fusions qui interviennent à l'intérieur du groupe pour simplifier ses structures.

¹⁶⁹ Des auteurs ont parlé de fusions filialisation ou de fusion entre égaux. Pour l'auteur, le droit français ne conçoit qu'une sorte de fusion juridique qu'avec la disparition de l'une des sociétés en cause. L'auteur entrevoit la possibilité d'une fusion sans disparition de l'une des sociétés. Il évoque cette nouvelle sorte de fusion nommée « fusion entre égaux » et qui avait été utilisé dans le rapprochement entre Publicis et Omnicum. Deux sociétés respectivement française et américaine qui ont décidé de se rapprocher pour fonder le leader n° 1 mondial de publicité. Voy. BARRIERE F, la fusion filialisation, Revue des sociétés 2013, p.667. Toutefois il est bon de préciser que ce projet de fusion a été annulé par les deux groupes vu les « difficultés à réaliser cette opération dans des délais raisonnables ». http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/05/09/les-groupes-publicis-et-omnicom-renoncent-a-leur-fusion_4413910_3234.html.

¹⁷⁰ SERLOOTEN P., Droit fiscal des affaires 13^{ème} édition DALLOZ, 2014/2015., n°859, p.502.

Section I La contractualisation de l'opération de restructuration

238. La définition de la fusion devrait être recherchée et solutionnée dans le contrat¹⁷¹ auquel le processus de l'opération de croissance s'apparente (para I). Il s'agit d'un contrat soumis à un formalisme légal dans le but d'assurer la protection des intérêts catégoriels que la restructuration de l'entreprise pourrait léser. (para II)

Para I l'apparement de la fusion à la formation du contrat

239. Le processus de restructuration par voie de fusion est calqué sur celui du contrat. Cette procédure contractuelle découle de la lecture des dispositions combinées des articles L.236-2 alinéa 2 et L.236-6 alinéa 1 du code de commerce¹⁷² précisant respectivement que : *« les opérations visées à l'article L.236-1 peuvent être réalisées entre des sociétés de formes différentes... Elles sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts. »* En outre, *« Toutes les sociétés qui participent à l'une des opérations mentionnées à l'article L. 236-1 établissent un projet de fusion ou de scission. »*

240. Il en résulte que la restructuration de l'entreprise s'effectue par décision des associés qui vont se prononcer sur le projet de fusion élaboré par les dirigeants des sociétés parties à l'opération. Cette procédure a inspiré certains auteurs à voir dans la fusion: *« un contrat par lequel deux ou plusieurs sociétés conviennent de mettre en commun leurs membres et leurs biens pour ne 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 »*¹⁷³. Pour eux, la fusion résulte d'une convention entre les deux sociétés parties à la l'opération qui décident de mettre en commun leur bien pour former une seule société dans le but de mieux se positionner sur le marché.

241. A la différence du contrat stricto sensu, la technique juridique de fusion apparaît comme un acte juridique collectif en ce sens que sa formation est collective reposant

¹⁷¹ Cette thèse contractuelle de la fusion a été approchée par les auteurs comme MARTIN G., la notion de fusion RTD Com. 1978, p.269 ; ROUTIER R., les fusions de sociétés commerciales prolégomènes pour un nouveau droit du rapprochement, LGDJ, 1992.

¹⁷² En droit OHADA, ces dispositions sont confinées aux articles. 193 et 197 de l'AU D.S.C. et du G.I.E.

¹⁷³ CHEMINADE Y, op.cit., p.16.

sur une conjonction de volontés ; les actionnaires devant se réunir en assemblée en vue de l'accepter¹⁷⁴.

242. L'aspect conventionnel de l'opération de restructuration est le fruit d'une négociation plus ou moins longue (A) qui doit aboutir à l'élaboration et l'adoption d'un projet de fusion selon une procédure minutieusement élaborée par le législateur.(B)

A- L'inorganisation de la phase précontractuelle

243. La fusion apparaît comme une convention à exécution successive ou progressive. En schématisant, on peut déduire trois étapes dans l'élaboration de cette convention. La première relativement discrète conduit à la mise en forme de ce que la pratique appelle protocole de fusion¹⁷⁵. La seconde officielle débouche sur un projet de fusion qui doit être approuvé par les organes sociaux compétents donnant ainsi naissance à la convention proprement dite. La troisième est relative à l'approbation du traité de fusion par les assemblées générales des sociétés participantes.

244. Cette phase pré contractuelle n'a pas de régime légal et est issue de la pratique. Elle a amené certains auteurs à affirmer que la fusion est un mariage, d'où des fiançailles qui précèdent l'union et des incidences sur le sort de chacun et des tiers¹⁷⁶. Cette union est précédée de l'élaboration d'un protocole(1) dont la valeur juridique méritera des développements (2).

1-la rédaction du protocole de fusion

245. Il n'existe pas d'union sans séduction et la période antérieure au projet de fusion est placée sous ce signe. Qu'il s'agisse de la reprise d'une entreprise en difficultés ou de l'acquisition d'une entreprise prospère, la fusion ne se conçoit pas sans cette étape qu'elle qu'en soit la durée. Or, il n'est prévu aucune règle de réglementation de cette étape importante précédant la mise en œuvre de la concentration envisagée.

¹⁷⁴ ROUJOU DE BOUBEE G., Essai, sur l'acte juridique collectif : LGDJ 1961.

¹⁷⁵ BAUDEU V., protocoles et traités de fusions, Lib. Techn., 1968.

¹⁷⁶ COZIAN M., VIANDER A., DEBOISSY F., droit des sociétés, 27^{ème} édition, LexisNexis 2014, n°1406 et s, p.721 et s.

246. Cette phase de négociation n'est soumise à aucun formalisme juridique précis et ne répond à aucune condition particulière de délai. Elle est souvent secrète et se matérialise par la signature d'un protocole d'accord qui ne fait pas office de projet de fusion. Le protocole de fusion est un document précontractuel, un avant contrat qui arrête les conditions financières de l'opération¹⁷⁷.

247. Le futur absorbant doit être convaincu de l'utilité stratégique de son annexion au moyen des études commerciales, financières et juridiques réalisées pour mieux connaître la promise. Du côté de l'absorbée, l'attention se porte notamment sur la santé de l'autre et aux rémunérations attendues. Si les parties s'accordent, un échelon supérieur est gravi. Les négociations commencent et on évoque la possibilité d'une fusion, la parité d'échange, les incidences sociales, le sort des dirigeants, la date de l'opération. Lorsque les pourparlers sont suffisamment avancés, des lettres d'intentions sont parfois échangées et un protocole d'accord peut être rédigé.

248. Ce protocole, rédigé au cours de la phase de rapprochement et de négociation entre les parties prenantes, fixe les objectifs de la négociation ainsi que les points essentiels sur lesquels il importera de négocier. Il constate seulement l'accord des sociétés concernées sur le principe et le sens de la fusion et sur certaines modalités de celles-ci, ainsi que leur détermination d'aller plus avant et de passer à l'étape suivante à savoir celle du projet de fusion.

249. Ce protocole pose des problèmes juridiques relativement à sa valeur juridique étant entendu qu'aucune disposition légale ne lui est consacrée. Est-il dépourvu de force obligatoire ? La réponse à cette interrogation a subi une évolution tant en doctrine qu'en jurisprudence.

2- De la valeur juridique attachée au protocole de fusion

250. Par protocole de fusion, il faut entendre à la différence du projet de fusion lui-même, l'acte dans lequel les parties confinent les bases, les règles qui vont leur servir à l'élaboration du projet de fusion lui-même. Cet acte que l'on pourrait qualifier de contrat préparatoire contenant les informations relatives à l'évaluation des sociétés est nécessaire pour fixer le rapport d'échange. Il est important pour la conclusion du contrat de fusion à

¹⁷⁷ Encyclopédie du droit OHADA n° 39, p. 872.

venir. Ce contrat autonome par rapport au contrat principal que les parties ont en vue¹⁷⁸ pose d'importantes questions notamment celle de sa valeur juridique. Si pour la doctrine classique ce document est sans valeur juridique, il convient de relativiser cette hypothèse.

a. Un document sans valeur pour la doctrine classique

251. Pour la doctrine classique, il semble que le protocole de fusion n'a aucune valeur juridique¹⁷⁹. Simple mise en forme des pourparlers, simple ébauche destinée à fixer les idées en vue d'une négociation plus précise, il ne présente aucun des caractères classiques du contrat ni même l'appartenance d'un avant contrat.

252. Cette position a été entérinée dans un arrêt du 31 janvier 1977¹⁸⁰ dans lequel le tribunal a estimé que les actes nécessaires à l'établissement de la concentration stricto sensu n'engageaient nullement la nouvelle société issue de la procédure de concentration qui n'existait pas lors de la mise en forme des actes préparatoires. Dans cette espèce, deux sociétés la société LU Brun et associé et la Société Lefèvre Utile s'étaient rencontrées pour fixer les conditions de l'absorption de la seconde par la première. Ces négociations avaient abouti à la mise en forme d'un acte dit conventions particulières du 25 avril 1968 dénommé « protocole » par le Tribunal de commerce de Nantes. Au terme de ce protocole, les deux sociétés s'engageaient à consentir un contrat de directeur à durée indéterminée assorti d'une indemnité de rupture de cinq ans de salaire. Le Tribunal de commerce de Nantes a estimé que cet acte n'obligeait nullement la société absorbante aux motifs qu'elle n'existait pas au moment de la conclusion de la convention litigieuse. Cette décision qui se fondait sur l'existence légale et juridique affirmait expressément qu'il apparaît normal qu'une société n'ayant aucune existence légale ne peut contracter d'engagements. L'on sait cependant, que des engagements peuvent être pris au nom d'une société en formation. Mais celle-ci ne sera tenue de les respecter que dans la mesure où ces engagements auront été repris par elle. A défaut, les personnes ayant agi au nom de la société sont tenues indéfiniment et solidairement des actes accomplis. Pour la juridiction, pour que la société absorbante ait pu être considérée comme engagée par la convention litigieuse, c'est-à-dire l'acte préparatoire à la fusion, il

¹⁷⁸ FABRE-MAGNAN M., droit des obligations, contrat et engagement unilatéral, 2^{ème} édition mise à jour Thémis droit PUF, sept.2010, p.234. Voy aussi SCHMIDT J., SZALEWSKI, la force obligatoire à l'épreuve des avants contrats, RTD Civ. 2000, 25.

¹⁷⁹ TROCHU art. précité n° 14, p.277.

¹⁸⁰ Com. Trib. Com. De Nantes, 31 Janv.1974, Gaz. Pal., 1974, 1, 433.

aurait fallu que les dirigeants ayant participé à la conclusion de l'acte préparatoire aient précisé qu'ils agissent au nom de la société en formation.

253. Encore doit-on remarquer que les pourparlers créent en eux-mêmes un certain rapport juridique d'où dérivent des obligations relatives à la conduite de ces mêmes pourparlers. On peut supposer que le protocole aura pour effet de renforcer ces obligations ; ce qui nuance dans une mesure qui n'est pas négligeable, l'affirmation d'origine selon laquelle ce protocole n'a pas de valeur juridique.¹⁸¹

254. Nous serions en conséquence tentés de relativiser le principe classique et d'affirmer que le protocole de fusion a une valeur juridique qui demeure partielle.

b. le Protocole de fusion un document à valeur juridique partielle

255. Le protocole de fusion même s'il n'engage pas la société issue de la concentration n'est pas pour autant dépourvu de valeur juridique. En effet, il a le mérite d'engager les parties signataires. Cette hypothèse est celle des auteurs qui assimilent le protocole de fusion à la Punktation germanique¹⁸².

256. Ceux-ci considèrent en effet que le protocole est « *un accord qui n'engage ni les associés, ni les sociétés mais seulement les dirigeants de ces sociétés es qualité*¹⁸³ ». C'est une obligation de moyen qui est ainsi mise à leur charge¹⁸⁴. A priori, on pourrait être tenté d'y voir aussi une promesse de porte fort. En fait, sans interdire le recours ponctuel à des promesses de porte fort pour régir certaines dispositions des fusions, cette qualification se heurte à de sérieuses difficultés pour gouverner l'opération elle-même. Certes, aux termes de l'article 1120 du Code Civil, « *on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci ...* ». Cependant, le contrat de porte fort n'est généralement qu'un contrat à trois par lequel un promettant s'oblige envers un bénéficiaire à faire conclure un contrat entre ce dernier et un tiers. A défaut de conclusion du fait du tiers, le promettant devra une indemnité au bénéficiaire. Cela pourrait laisser supposer qu'un des cocontractants au moins du deuxième

¹⁸¹ BENSADOUN M., la nature juridique des actes préparatoires à la fusion des sociétés, Mém. D.E.A., Nice 1978. L'auteur voit dans le protocole de fusion une application de la punktation germanique.

¹⁸² BENSADOUN, op.cit., cité par GF MARTIN, Op.cit., p.277.

¹⁸³ MARTIN G.F., op.cit. p.278.

¹⁸⁴ Obligation de faire diligence auprès des assemblées compétentes pour que le projet aboutisse.

contrat soit partie au contrat de porte fort, ce qui n'est pas le cas de la fusion qui est une opération à quatre au minimum.

257. Sans doute nous rétorquerait on que le projet peut être vu comme une double promesse : chacun des signataires se portant expressément et réciproquement fort pour leur assemblée générale extraordinaire. Cependant sauf à ce que chacune des parties détiennent le contrôle de l'Assemblée Générale Extraordinaire, on voit mal pourquoi les corédacteurs du projet devraient s'engager personnellement au-delà de la responsabilité qui leur échoit déjà ; laquelle suppose de faire diligence, mais certainement pas de garantir le sens de la décision d'une AGE, qui demeure en dernière hypothèse souveraine. Se porter fort reviendrait en quelque sorte à s'exposer pour l'AGE sur la simple présomption d'être suivi. Cela ne relèverait assurément pas d'une démarche très avisée. Au surplus, l'acte prenant effet au jour de la conclusion du contrat initial, toute qualification de porte fort se concilierait mal avec le choix d'une autre date par l'AGE.

258. Il convient de noter que le protocole se situe au delà des pourparlers qui sont achevés lorsque le projet de convention est rédigé. On peut remarquer par ailleurs que dans l'hypothèse fréquente en pratique où les assemblées d'associés se prononceront favorablement, ce projet deviendra la convention elle-même. C'est pourquoi, il est possible d'avancer que le protocole de fusion constitue d'ores et déjà la convention en précisant toutefois que son efficacité est suspendue à une condition : l'approbation des assemblées d'associés.

259. Cette analyse a sans doute le mérite de la clarté mais elle présente un inconvénient majeur : jusqu'à l'approbation de la convention celle-ci ne produit aucun effet de droit. Et, en cas de refus, il faudrait considérer qu'il n'y a eu aucun accord. Cette conclusion se heurte à la réalité. Le projet de convention concrétise non seulement un accord de principe des mandataires des associés mais constate même cet accord sur les détails de l'opération.

260. On peut préférer une autre analyse du projet de convention qui pourrait être appréhendé comme un accord qui n'engage ni les associés ni les sociétés mais seulement les dirigeants de ces sociétés es qualité. Ceux-ci sont désormais tenus de tout mettre en œuvre pour que les associés de leurs sociétés acceptent la fusion dans les conditions que le projet a déterminées.

261. Il va de soi que cette obligation n'est que de moyen, et sera d'autant plus forte que si elle prend non seulement forme dans le projet de fusion ainsi que le recommande le législateur, mais que les signataires représentent la majorité des associés. On peut supposer qu'a priori, le conseil d'administration d'une société anonyme aura plus de facilité à faire accepter l'opération aux associés que le gérant non associé d'une société à responsabilité limitée.

262. Cette analyse a l'avantage de faire naître des effets juridiques importants au protocole tout en conservant une place importante à l'élaboration du projet de fusion et en conservant à la décision des assemblées la valeur d'une décision constructive et non celle d'une simple ratification.

263. Le protocole ne vaut pas projet de fusion et un retour en arrière est encore possible : cependant, le partenaire qui changerait brutalement et légèrement d'avis verrait sa responsabilité civile délictuelle engagée au profit de la société éconduite. Cette solution évoque celle qui a cours en matière de rupture de pourparlers ou de rupture de fiançailles¹⁸⁵. Les fiancés ne sont pas tenus de se marier, mais celui qui met fin à la marche nuptiale doit réparer le préjudice causé¹⁸⁶. Dans cette espèce, la cour a décidé que les partenaires d'une fusion non encore officialisée peuvent le cas échéant être traités comme des associés de fait.

264. Une communauté d'exploitation existait entre deux sociétés animées par une même personne. Une fusion absorption de l'une par l'autre est projetée mais le prononcé du règlement judiciaire, puis de la liquidation des biens de la société à absorber empêche la signature du traité de fusion absorption. Sans attendre la consécration de leur mariage, les sociétés avaient unifié leur état civil : nom, papier à lettre, numéros de téléphone et de télex, formules de billets à ordre et de lettres de changes.

265. L'un des bénéficiaires des effets ainsi tirés prétendit poursuivre en paiement la société destinée à tenir le rôle d'absorbante et celle-ci de se défendre en faisant valoir que l'effet avait été signé par le directeur général de l'autre société (l'ex futur absorbée) et que la provision était constituée par la fourniture de matériaux à cette autre société.

¹⁸⁵ COZIAN M., VIANDER A., DEBOISSY F. préc.

¹⁸⁶ En d'autres circonstances, les sociétés concernées vivent en figure de fusion sans avoir officialisé celle-ci. Ils courent le risque d'être traités comme des associés de fait. V. CA Paris, 13 janv. 1987 : JCP E 1987, 16959 n° 28.

266. La défense est rejetée par un arrêt de la troisième chambre section A de la Cour d'appel de Paris. Les juges relèvent que les signatures des effets étaient intervenues dans le cadre de la gestion des activités commerciales issues de la fusion réalisée de fait, des sociétés et qu'ainsi le bénéficiaire des fournitures... (était) la société de fait issue de la fusion non encore officialisée... et qui avait fonctionné au vu et au su de tous sous une dénomination en créant à tout le moins une situation apparente sur la base de laquelle les fournisseurs avaient accepté de s'engager.

267. La suite se laisse deviner : les associés de fait ayant agi de manière ostensible, les articles 1872-1 et 1873 conduisaient, s'agissant d'une société commerciale, à reconnaître leur solidarité.

268. La Cour d'Appel de Paris procède ici à une application du concept de société créée de fait. Pour elle, même si la fusion n'était pas officialisée, les parties se comportaient en situation de société ayant fusionné étant entendu que la société de fait désigne la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées comme des associés sans avoir exprimé la volonté de former une société¹⁸⁷. Cette société est le fruit d'un comportement que des personnes (parents, concubins, amis entreprises travaillant ensemble, ...) ont adopté entre elles vis-à-vis des tiers et qui reçoit après coup, la qualification juridique de société de la part des tribunaux ou de l'administration fiscale¹⁸⁸.

269. En résumé, il convient de préciser que le protocole de fusion, acte préparatoire au projet de fusion, ne doit pas être confondu avec celui-ci dont il demeure le prélude. Ainsi le protocole passé entre les principaux dirigeants des sociétés ayant participé à une fusion par voie de création d'une société nouvelle, et selon lequel ils s'engageaient réciproquement à se consentir un contrat de directeur à durée indéterminée ou tout autre acte ou convention, ne saurait constituer qu'un simple accord d'intention dans le cadre général de la fusion projetée.

270. Ce protocole n'oblige que les cocontractants et la méconnaissance et le non-respect de ses clauses ne peuvent engager que la responsabilité de ses signataires. Il est d'évidence qu'au nombre de ceux-ci ne figure pas la société nouvelle alors non encore

¹⁸⁷RIPERT G.ET ROBLOT R., traité élémentaire de droit commercial, LGDJ, t.1, n° 725

¹⁸⁸ Mémento pratique Francis LEFEBVRE, sociétés commerciales 2015, n° 95500, p.1671.

constituée. Cette dernière ne saurait être tenue des engagements figurant dans le protocole, en l'absence de toute mention explicite à ce sujet dans l'acte constitutif ou dans des décisions régulières des organes sociaux habilités.

271. Le protocole n'a que la valeur d'une déclaration d'intention d'où l'utilité de veiller à ce que des stipulations soient reprises dans les actes et délibérations constatant la fusion ou dans les conventions passées de façon concomitante ou immédiatement après celle-ci.

272. Nous pouvons en déduire que la rédaction d'un tel protocole auquel la loi n'a expressément consacré aucune disposition, ni aucun effet coercitif n'est pas une obligation. Seule est imposée la rédaction du projet de fusion qui matérialise même la nature contractuelle de la restructuration de l'entreprise.

B. La structuration de la phase contractuelle

273. La phase contractuelle stricto sensu de restructuration de l'entreprise est légalement imposée par le législateur car il a prévu les règles aptes à régir le processus de formation de ce « contrat » nécessaire à la restructuration de l'entreprise. Ce processus débute par l'élaboration du projet de restructuration (1) et se termine par son adoption en assemblée (2).

1-L'élaboration du projet de restructuration de l'entreprise

274. Les articles L. 236-6 alinéa 1 du code de commerce et 193 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE imposent lors d'une opération de fusion impliquant des sociétés commerciales, la rédaction d'un projet de fusion par chacune des sociétés parties à l'opération en cause. Rédigé par les organes d'administration des sociétés participantes¹⁸⁹, il marque le point de départ officiel de l'opération de fusion. Une fois que ces organes ont arrêté les termes du projet de fusion, celui-ci devra être signé par le représentant de la société. Ce contrat qui fait l'objet d'un dirigisme contractuel n'a cependant pas de force coercitive.

¹⁸⁹ Gérant, président de SAS, conseil d'administration ou directoire - C. com., art. R. 236-1.

a- Un contenu légal impératif

275. Le projet de restructuration a un contenu légal impératif dans les deux systèmes juridiques, étant entendu que le législateur a fixé les règles qu'il doit contenir. En effet, toutes les possibilités devant être exploitées en vue de gérer le rapprochement, les différents législateurs ont fixé les mentions que doit contenir le projet de contrat de restructuration de l'entreprise. Ces règles sont imposées aux articles R. 236 -1 du code de commerce et 194 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE¹⁹⁰ et traitent des différentes mentions du projet de restructuration.

a.1.identification des parties à la restructuration

276. Le projet de restructuration doit indiquer les informations relatives à la forme, à la dénomination et au siège social de toutes les sociétés participantes. Ces informations sont importantes pour les actionnaires et leur permettent de décider en connaissance de cause.

277. Il convient de noter qu'en droit OHADA, avec la réforme adoptée le 30 janvier 2014 et entrée en vigueur le 5 mai 2014, le dispositif d'identification des parties a été précisé. En effet, il impose que la mention du numéro d'immatriculation des sociétés concernées au registre de commerce soit précisée dans le projet de restructuration¹⁹¹, en vue d'assurer une meilleure information des actionnaires et des tiers dont les droits demeurent renforcés. Toutefois, pour ce qui nous concerne cette précision est sans réelle portée véritable parce qu'elle vient consacrer une pratique qui avait cours dans les Etats partis au traité de l'OHADA car les sociétés participantes avaient pris l'habitude de fixer la mention de l'immatriculation.

278. La restructuration par voie de fusion suppose que les sociétés aient la possibilité de participer à la fusion. C'est dire que les opérations de restructurations peuvent être réalisées entre des sociétés de forme différente ; Une société spéciale pouvant être impliquée dans un processus de restructuration¹⁹².

¹⁹⁰ Notons que les mentions de l'instrument de restructuration de la société sont similaires en droit OHADA et français.

¹⁹¹ A.U.OHADA relatif aux sociétés commerciales et au GIE art.193.

¹⁹² Fusion-absorption d'une société d'investissement par une société anonyme de droit commun : Cass. Com., 13 oct.1971, D.1972, 93.

279. Toutefois, la fusion pose des problèmes spécifiques lorsque les deux sociétés ne sont pas du même type : société en nom collectif absorbant une société anonyme, société anonyme de droit commun absorbant une société anonyme à objet spécial...

280. Le législateur est attentif à ne pas imposer aux actionnaires de la société absorbée une augmentation de leurs engagements ; mais il n'a règlementé que clairement les fusions entre SA et SARL.¹⁹³ Pour les sociétés spéciales, il faut toujours prendre garde aux textes propres à leur type car certains prohibent ou restreignent les possibilités de fusion¹⁹⁴. Il est douteux qu'une société puisse absorber ou être absorbée par une personne morale non sociétaire. C'est pourtant ce qu'a admis par exemple un arrêt rendu en matière fiscale, pour définir le régime fiscal d'une association après qu'elle ait absorbé une SARL.¹⁹⁵

281. Il en résulte pour ce qui nous concerne que toutes les sociétés ne sont pas admises à être parties à une opération de restructuration ou ne le peuvent que sous certaines conditions.

a.2 les motifs buts et conditions de la fusion

282. Ces motifs et buts de la fusion traduisent toutes les considérations économiques immédiates (besoin de regroupement afin de donner une dimension plus adaptée à l'une des entreprises ou plus lointaines, volonté de développer et d'accroître la part de marché) qui ont poussé les entreprises à fusionner en d'autres termes à se restructurer¹⁹⁶.

283. A ce stade doivent être précisées les raisons de la restructuration. Il ne faut pas que la fusion soit utilisée à des fins contraires à l'intérêt de l'une des sociétés en question. Ce critère, même s'il n'est pas consacré par le législateur, a été affirmé par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation. Pour elle, le président qui utilise ses pouvoirs pour organiser une fusion absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et pour

¹⁹³ C. Com., art. L.236-2., Voy. MERAT V., fusions et sociétés de personnes: aspects pratiques, Dr. Sociétés, août-sept.2002, Chron.9.

¹⁹⁴ Exemple aux termes des dispositions de l'article L.214-80 du code monétaire et financier, une société civile de placement immobilier ne peut fusionner qu'avec une autre société civile de placement immobilier gérant un patrimoine de composition comparable.

¹⁹⁵ CAA, Nancy, 2^{ème} ch. , 4 oct.1994, BJS Fév.1995, p.192, §56.

¹⁹⁶ BERTREL J.P. ET JEANTIN M., acquisitions et fusions de sociétés commerciales 2^{ème} édition LITEC 1991, p.375, n° 877.

d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement commet le délit d'abus de pouvoirs¹⁹⁷.

284. Comme l'indique la cour d'appel de Paris, dont la décision de condamnation était attaquée, par le repreneur (qui s'était fait nommer président du conseil d'administration de la société cible), une telle fusion n'a pas pour la cible une justification économique ; il n'y a en effet aucun intérêt à se marier avec une structure qui n'a que des dettes et surtout des dettes à l'égard de l'autre partie à la restructuration.

285. Cette solution a inquiété un auteur¹⁹⁸ pour qui son admission par les tribunaux remettrait en cause certaines opérations d'ingénierie financière. Pour cet auteur, l'arrêt sus indiqué, choisissait une conception de l'intérêt social tourné vers l'entreprise et non vers le seul intérêt des actionnaires.

286. En tout état de cause, c'est d'une justification économique dont ont besoin les dirigeants qui organisent la fusion entre deux sociétés qu'ils contrôlent. Pour ce qui nous concerne, cette exigence a pour but de rendre crédible les opérations de restructurations car il ne faudrait pas que l'opération soit utilisée à des fins personnelles et purement opposées aux objectifs des sociétés qui souhaitent se concentrer. Cette hypothèse devrait sans doute être consacrée par le législateur au travers des deux systèmes juridiques.

a.3-la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif

287. Le projet de restructuration doit désigner et évaluer l'actif et le passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue. Cette question de l'évaluation des sociétés qui vont participer à l'opération de fusion est très sensible dans la mesure où de cette évaluation va dépendre le poids relatif attribué à chaque société et partant la parité d'échange des titres sociaux qui aura une nouvelle incidence sur la géographie du capital post fusion. D'ailleurs, il entre dans l'office du commissaire à la fusion de vérifier que les valeurs attribuées aux actions des sociétés participantes à l'opération soient pertinentes et permettent l'élaboration d'un rapport d'échange des droits sociaux équitables¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Cass.Crim., 10 Juill. 1995 : JCP éd. E, 1996, II.

¹⁹⁸ PAILLUSSEAU J., note sous Cass.Crim., 10 juill.1995 : JCP éd. E, 1996, II, 22572.

¹⁹⁹ C. Com. art. L.236-10.

288. Il existe en pratique, différentes méthodes pour évaluer une société : évaluation des actifs nets, de la valeur économique ou de rendement de chaque entité, méthode patrimoniale. Chacune de ces méthodes admet de surcroît des variantes nombreuses en fonction des objectifs des parties. Il reste que ces méthodes produiront des estimations, des données chiffrées qui pourront être revues à la baisse ou à la hausse par les acteurs de la fusion en fonction des objectifs qu'ils poursuivent.

289. Légalement, aucune méthode d'évaluation n'est privilégiée sur une autre. Dans une économie libérale, il eut été surprenant et passablement dérisoire de voir le législateur tenter d'élaborer une ou plusieurs méthodes d'évaluation pour déterminer le poids réel des sociétés en cause.

290. A vrai dire, les opérations de fusion étant complexes, il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui seraient dans certains cas difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but de la protection recherchée²⁰⁰. Ces hypothèses laissent place à plusieurs méthodes d'évaluation dont les commissaires à la fusion doivent assumer le choix²⁰¹.

291. La question de l'évaluation des sociétés candidates à l'opération de fusion peut s'avérer délicate en présence d'une société avec un actif net négatif c'est-à-dire faisant apparaître un passif supérieur à l'actif. La question s'est même posée de savoir si dans une telle circonstance, l'opération de fusion était réellement envisageable²⁰². Il est vrai qu'en pareille circonstance, les associés de l'absorbante ne vont pas s'enrichir mais s'appauvrir puisque l'opération devra se traduire par une réduction de la valeur réelle de leurs droits sociaux. En outre, cette opération ne peut se traduire par l'attribution de droits sociaux aux actionnaires de la société absorbée faute d'apport.

292. Une telle opération doit inviter d'abord à s'interroger sur le sens de la fusion : la société à l'actif net négatif ne pourrait pas jouer le rôle de l'absorbante ? Dans la négative,

²⁰⁰ DELESALLEE., fusions de sociétés : analyse comparée des méthodes de valorisation RF compt. Juin 1991, p.29.

²⁰¹Rép. Min. n° 10295 :JOAN Q 18 mai 1974.- PRIEUR J., MONASSIER B., LAFON-Bel A.-Met BEGHAIN J., les missions des professionnels dans les opérations de fusions acquisitions : Dr. Sociétés 1995, actes prat., n° 20.

²⁰² DAIGRE J.J., peut-on absorber une société ayant un actif net négatif? JCP E 1992, I, 165- SYLVESTRE, une société absorbante peut elle avoir un actif net négatif, Bull. Joly 2002, 1003.

il ya lieu de bien veiller à recueillir l'accord de tous les associés pour éviter toute action ultérieure fondée sur l'abus de majorité.

293. Pour cette raison, l'opération est surtout envisageable dans l'hypothèse de filiales à 100% ou presque ce qui peut permettre aux minoritaires de la filiale de sortir à de meilleures conditions.

a.4. les modalités de remise des parts

294. Le projet de fusion doit indiquer les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et à 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. Par principe, il résulte de sa définition que 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 fusion²⁰³.

a.5. les dates d'arrêté des comptes

295. Le projet de restructuration doit indiquer les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération.

a.6 la détermination de la parité d'échange

296. L'évaluation de chacune des sociétés intéressées est faite dans la perspective de déterminer une parité d'échange²⁰⁴ et partant, le nombre d'actions ou de parts sociales de la société absorbante qu'il conviendra de créer ou de puiser dans un stock d'actions auto détenues au profit des actionnaires de la société absorbée.

²⁰³ C.Com., art.L.236-3alinéa1.

²⁰⁴ GALIMARD M., absorption de société, besoin de financement et parité de fusion : Journ. Not.1988, p.348.

297. Cette parité d'échange peut tenir compte des besoins d'investissements des sociétés parties à l'opération²⁰⁵. Il importe de relever qu'existe une différence entre la parité ou le rapport d'échange d'une part, et la valeur des apports transmis à la société absorbante, d'autre part. En effet, le calcul de la valeur d'apport se fera en tenant compte des principes comptables tandis que la parité d'échange pourra intégrer des données extracomptables et davantage financières.

298. Concrètement, la valeur globale attribuée à chaque société devra être divisée par le nombre de titres représentant son capital social afin de donner une valeur unitaire à chacun de ces titres.

299. Puis, ces valeurs unitaires obtenues dans chaque société sont rapprochées pour obtenir une parité d'échange des titres de capital. Toutefois, pour ce qui concerne les actions de préférence de la société appelée à être absorbée, elles peuvent être échangées contre des actions de même préférence émises par la société absorbante.

a.7 le montant prévu de la prime de fusion

300. Le projet de restructuration doit indiquer le montant prévu de la prime de fusion. Rapportée à une action, la prime de fusion est la différence entre sa valeur nominale et sa valeur réelle. La valeur nominale d'une action représente l'apport initial réalisé par l'actionnaire et par addition on obtient le capital social.

301. Cette valeur nominale est quasiment intangible et si une augmentation de capital intervient, on émet de nouvelles actions de même valeur nominale. Cependant, au fur et à mesure des opérations sociales, la valeur nominale n'exprime plus la valeur réelle du titre ; des valeurs ont été réalisés et des réserves accumulées auxquels chaque action donne droit ; si demain la société est dissoute, le porteur d'une action aura droit au remboursement du capital apporté et à une par des profits générés²⁰⁶.

²⁰⁵ Paris, 28 déc.1992, BJS 193, 434.

²⁰⁶Voy COZIAN M., VIANDER A., DEBOISSY F., droit des sociétés précité, n° 1425 et s, p.722 et s.

302. Ce contenu légal impératif n'épuise pas les informations qui peuvent figurer dans le projet de fusion²⁰⁷. Pourront s'y trouver notamment l'ensemble des engagements requis par l'administration fiscale pour que l'opération puisse bénéficier du régime fiscal de faveur²⁰⁸, les conditions précises de la transmission du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante, l'évaluation détaillée par grandes masses des actifs des sociétés concernées, les engagements hors bilan, les principaux contrats et droit de propriété, les procès en cours, les modalités de la reprise des engagements de la société absorbée à l'égard des porteurs des valeurs mobilières composées, des bénéficiaires d'options de souscriptions d'actions ou d'attributions gratuites d'actions ainsi que les clauses suspensives conditionnant la réalisation définitive de l'opération²⁰⁹.

303. Ces différentes mentions sont obligatoires. Toutefois, ces informations quoiqu'impératives n'ont réellement pas de portée coercitive ce qui est tout de même regrettable.

b. Un projet de contrat de restructuration sans portée coercitive

304. Le projet de contrat de restructuration n'a pas de force obligatoire pour notre part en ce sens que le législateur n'a prévu aucune sanction pour l'inobservation de formalisme requis. La seule sanction prévue est celle qui résulte 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 du code de commerce²¹⁰.

305. C'est dire que l'inobservation de l'une des mentions prévues à l'article R. 236 du code de commerce et 193 de l'acte uniforme OHADA n'entraînera pas pour autant la nullité du projet de fusion. Cette hypothèse, nous le pensons, est somme toute regrettable et vient altérer la valeur, voire la force obligatoire du projet de contrat de restructuration qui est

²⁰⁷ Par exemple doit figurer dans le projet de restructuration les droits accordés aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que le cas échéant tous avantages particuliers.

²⁰⁸ CGI, art.210 C.

²⁰⁹ Autant de mentions supplémentaires qui démontrent que l'instrument de restructuration est laissé à la libre volonté des parties.

²¹⁰ C.Com. art. L. 235- 8 alinéa 1.

d'une importance capitale en ce sens que matérialisant la concentration envisagée et, au demeurant est soumis à l'approbation des actionnaires.

2-L'approbation d'offre de contrat restructuration

306. L'approbation du projet de contrat de fusion ou de restructuration qui marque une étape cruciale de la restructuration consiste pour les apporteurs de capitaux à donner leur accord (b) sur le projet de restructuration élaboré par les organes dirigeants des entreprises se rapprochant. Elle est nécessaire dans la mesure où elle conditionne la force juridique du projet de plan et son opposabilité aux tiers.

307. Toutefois, pour passer du stade de projet à celui de réalisation effective, les associés des sociétés concernées doivent préalablement (a) être consultés avant l'adoption des résolutions de la restructuration.

a- L'information des associés

308. Tous les associés ou actionnaires ont droit à une information claire et précise de la situation de leur société afin de statuer en toute connaissance de cause. L'importance de cette information peut emmener le tribunal en cas de non respect de cette obligation à ordonner le report de l'assemblée générale des actionnaires appelés à se prononcer sur la fusion²¹¹. Il est fait obligation aux sociétés participant à un projet de restructuration de mettre à la disposition des actionnaires tous les documents informatifs relatifs à l'opération envisagée. Cette obligation est expressément prévue par le législateur qui dispose que :

« Toute société par actions participant à une opération de fusion ou de scission met à la disposition de ses actionnaires, au siège social, trente jours au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants :

1° Le projet de fusion ou de scission ;

²¹¹ Paris, 14 juin 1988, D. 1988, 505, ordonnant le report de l'assemblée des actionnaires en raison d'une information insuffisante des associés et la commission d'un expert chargé de se prononcer sur l'évaluation des actifs. Il en va aussi de la décision du Tribunal de commerce de Paris, réf. , 1^{er} décembre 1992 JCP II, 384 décidant qu'il n'y avait pas lieu d'ajourner une assemblée dès lors que les associés avaient été parfaitement informés comme pour dire a contrario que si ceux-ci n'avaient pas été informés, l'assemblée serait ajournée.

2° Le cas échéant, les rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque l'opération est réalisée entre sociétés anonymes ;

3° Les comptes annuels approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération ;

4° Un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou de scission, doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet ou, le cas échéant, le rapport financier semestriel prévu à l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier, lorsque celui-ci est publié.

Pour l'application du 3°, si l'opération est décidée avant que les comptes annuels du dernier exercice clos aient été approuvés, ou moins de trente jours après leur approbation, sont mis à la disposition des actionnaires les comptes arrêtés et certifiés relatifs à cet exercice et les comptes annuels approuvés des deux exercices précédents ainsi que les rapports de gestion. Dans le cas où le conseil d'administration ne les a pas encore arrêtés, l'état comptable mentionné au 4° et les comptes annuels approuvés des deux exercices précédents ainsi que les rapports de gestion sont mis à la disposition des actionnaires.

Tout actionnaire peut obtenir sur simple demande et sans frais copie totale ou partielle des documents susmentionnés. »²¹²

309. Cette information préalable à l'adoption du plan de restructuration est indispensable. Son manquement pourrait être sanctionné par la nullité de l'opération de concentration qui peut être prononcée par la Juridiction compétente. L'acte uniforme fait preuve de mutisme sur cette information antérieure à l'assemblée dans les dispositions générales. Il est toutefois exigé le dépôt du projet de restructuration au Greffe et un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, formalités dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité²¹³.

²¹² C.com. art. R.236-3

²¹³ A.U. D.S.C. et du G.I.E. article 198 : « A peine de nullité, les sociétés participant à une opération de fusion, scission 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 du présent acte uniforme. »

310. Ce mutisme ne doit pas être abordé de manière générale car les dispositions particulières aux SA réglementant les opérations de restructuration pour ce type de société exigent une mise à disposition des documents aux actionnaires au siège social quinze jours au moins avant la date de l'AGE appelée à se prononcer sur le projet, les documents de restructuration²¹⁴. La mise à disposition des documents en droit OHADA est limitée aux sociétés anonymes à l'exclusion des autres types de sociétés notamment la société à responsabilité limitée. Ce qui constitue une violation du droit à l'information de ceux-ci. Il reste pour ce qui nous concerne que cette absence de précision pourrait être palliée par les règles du droit de communication applicables à toutes les sociétés²¹⁵.

b- La décision d'adoption du projet de restructuration

311. L'opération de restructuration étant importante et modifiant substantiellement des droits, la décision qui l'entérine est extraordinaire car entraînant la modification des statuts de la société ce qui dans le principe rapproche les deux systèmes. Mais force est de constater qu'il existe des cas dans lesquels, aucune décision n'intervient.

b.1 La nécessité d'une décision

312. Tant en droit OHADA qu'en droit français, le principe est que l'approbation du projet de restructuration s'effectue par décision des associés. Il est précisé que : « *la fusion est décidée pour chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification des statuts* ».²¹⁶ « *Elle est décidée par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés qui participe à l'opération* »²¹⁷. Pour passer du stade de projet à celui de réalisation effective, les associés des sociétés concernées doivent être consultés pour se prononcer. S'agissant d'une opération conduisant à modifier les statuts des sociétés y participant ce sont les règles propres à ce type de société qu'il conviendra de suivre.

313. La décision d'adoption de l'opération de fusion doit être prise dans les mêmes conditions que pour la modification des statuts. Elle est en principe prise à la majorité nécessaire pour la modification des statuts. Toutefois, l'unanimité sera requise lorsque

²¹⁴ A.U.D.S.C et du G.I.E., art.674. La liste de ces documents est listée au para 307., p.91.

²¹⁵ A.U.D.S.C.-G.I.E. Art.344 et 345.

²¹⁶ C. Com art. L.236-2 alinéa 2. Voy A.U. D.S.C. et du G.I.E. art. 197 alinéa 1.

²¹⁷ C.com., art. L.236.9 alinéa 1, voy A.U. D.S.C. G.I.E. art. 671.

l'opération de restructuration aura pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires. Il en sera ainsi par exemple en cas d'absorption d'une société anonyme ou d'une SARL par une SNC à raison de la responsabilité illimitée qui pèsera désormais sur les associés.

314. En plus des règles générales relatives à la participation de tous les actionnaires à la décision de restructuration, le législateur français prévoit qu'une certaine catégorie d'actionnaire puisse délibérer sur le projet de restructuration.

A cet effet, le législateur français dispose 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 mentionnées aux articles L.225-99 et L. 228-15.*

Le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales des porteurs des 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'Etat, et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. Tout porteur de certificat d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans le délai fixées par le contrat de fusion, sous réserve des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 228-30. »²¹⁸

315. De la lecture de cet article, il résulte que le projet de restructuration devra être soumis aux assemblées spéciales réunissant les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée qui bénéficient d'une faveur spéciale du législateur. Cette précision est de taille car leur privilège pouvant être altéré du fait de la restructuration, le législateur a prévu qu'ils puissent se prononcer dans des conditions particulières sur le projet de restructuration. Par exemple, dès lors que l'une des sociétés partie à la restructuration aura émis des actions de préférence, il conviendra de soumettre la restructuration à l'approbation de l'assemblée spéciale des porteurs de ces actions mais uniquement si le projet de fusion ne prévoit pas l'échange d'actions de préférence contre des actions de l'absorbante comportant des droits particuliers équivalents ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés²¹⁹. 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 prévue à l'article L. 225-99.

²¹⁸ C. Com., art. L.236 al.2

²¹⁹ C.com., art. L.228-17 alinéa.1

316. Il semble que le projet de fusion doive faire l'objet d'une approbation par l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence dès lors que cette opération va avoir pour effet de modifier leurs droits²²⁰. Il est conseillé dans cette hypothèse de requérir leur accord avant la décision des actionnaires ordinaires dans la mesure où ils disposent d'un véritable droit de veto. Le privilège de ces actionnaires peut constituer une entrave à la restructuration ce d'autant plus qu'ils peuvent exercer leur droit de veto qui pourrait annihiler le droit de vote des autres actionnaires bloquant ainsi la décision de restructuration de l'entreprise²²¹. Il convient de noter qu'avec la révision de l'acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales et le GIE désormais, il est possible de créer des actions de préférence en conséquence ²²²ce régime de décision spéciale s'appliquera dans les mêmes conditions. Mais dans certains cas, ce formalisme décisionnel sera écarté.

b.2 la dispense d'une assemblée

317. Dans les deux systèmes de droit, il est prévu des cas dans lesquels il n'y a pas lieu à la tenue d'une assemblée générale d'adoption du projet de contrat de restructuration²²³. Si cette dispense est limitée en droit OHADA à la société absorbée, il reste qu'en droit français, la dispense de l'assemblée est désormais étendue à toutes les sociétés.

b.2.1 une dispense d'assemblée limitée en droit OHADA à la société absorbée

318. La dispense de la tenue d'une assemblée générale d'approbation de la restructuration est limitée uniquement à la société absorbée. Elle concerne les sociétés anonymes ; ce qui exclut de ce fait les autres types de sociétés notamment les sociétés à

²²⁰ C. Com., art. L.225-99.

²²¹ Il convient de rappeler que le droit OHADA en dépit de l'innovation apportée par la création d'actions de préférence lors de la dernière réforme du droit des sociétés commerciales n'a pas prévu de décision spéciale des actionnaires titulaire d'action de préférence ce qui constitue un oubli.

²²² Le nouvel article 778-1 de l'acte uniforme précise que 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. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des articles 543, 623 et 751 ci-dessus.

²²³ Cette dispense de l'assemblée générale pourrait constituer un frein à la nature contractuelle de la fusion.

responsabilité limitée²²⁴. Il est prévu que : « *lorsque depuis le dépôt au greffe du Tribunal chargé des affaires commerciales du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité du capital de la ou des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaires des sociétés absorbées, ni à l'établissement des rapports mentionnés aux articles 671 et 672 du présent acte uniforme.* »²²⁵

319. A contrario, même si dans ce cas de figure, la dispense de la tenue l'assemblée générale ne concerne que la société absorbée, il reste que la société absorbante doit soumettre le projet de restructuration à ses actionnaires pour approbation. Cette exclusion lèse cette société en conséquence, il est suggéré de lever cette "injustice" comme l'a fait le législateur français en généralisant les cas de dispense de l'assemblée générale à toutes les sociétés parties à l'opération de restructuration.

b.2.2 une dispense d'assemblée générale étendue en droit français

320. A l'instar et à la différence du droit OHADA, le législateur français a prévu que la dispense de l'assemblée des associés appelés à statuer sur le contrat de restructuration soit étendue à toutes les sociétés participantes. Cette fusion simplifiée²²⁶ dont le régime applicable était déjà très allégé, du fait de l'ancien article L.236.11 du code de commerce issue de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008²²⁷, qui disposait que : « *lorsque depuis le dépôt au Greffe du Tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par assemblée générale extraordinaire des sociétés absorbées, ni à l'établissement des rapports mentionnés au dernier alinéa de l'article L.236-9 et à l'article L.236-10.* Seule la dispense de l'assemblée générale de la société absorbée était autorisée à l'exclusion de celle de la société

²²⁴ Les dispositions des articles 189 et suivants de même que ceux des articles 382 et suivants concernant les sociétés à responsabilité limitées de l'acte uniforme OHADA ne traitent pas de ces cas de dispense. Ce qui signifierait par une application rigide des textes que la dispense d'une assemblée de l'absorbée n'est pas possible. Ce qui est somme toute regrettable et pourrait léser ce type de sociétés auquel, les investisseurs ont très souvent recours en droit africain étant entendu la complexité de la société anonyme.

²²⁵ A.U. D.S.C. et du G.I.E. art.676.

²²⁶ LE NABASQUE H., la réforme des fusions simplifiées, BJS, 01 Mars 2012, n° 3, p.265.

²²⁷ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (1) JORF n°0155 du 4 juillet 2008 page 10705

absorbante dont les associés étaient tenus de se prononcer. Cette possibilité pénalisait le régime de la fusion simplifiée.

321. C'est la raison pour laquelle, cet écart de régime a disparu depuis la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit²²⁸ car l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante n'a plus également à être consultée elle non plus sur le projet de fusion, sauf si un ou plusieurs de ses associés ou actionnaires, réunissent au moins 5% du capital de la société demandent en justice la désignation d'un mandataire à l'effet de convoquer l'assemblée de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation du traité de fusion²²⁹. En revanche, l'élaboration et le dépôt au Greffe d'un projet de fusion continue de s'imposer en application de l'article L.236-6 auquel ne déroge pas l'article L.236-11.

322. Si cette réforme tend à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, en assouplissant certaines règles de fonctionnement de la société et notamment en matière de restructuration, il reste que cette réforme n'est pas exempte de critiques.

323. En effet, nous pouvons demeurer sceptiques sur cette simplification extrême du régime applicable à la fusion simplifiée. L'idée est que si les actions de la filiale absorbée sont détenues en totalité par la société absorbante, « *il ne s'agit plus vraiment de fusionner deux structures juridiques autonomes mais de donner une nouvelle configuration à un ensemble unique par départementalisation en quelque sorte d'une filiale jadis dotée de personnalité morale* »²³⁰.

²²⁸ 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.

²²⁹ C.Com., art. L.236-11 « *lorsque depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération, ni à l'établissement des rapports mentionnés au quatrième alinéa de l'article L.236-9 et à l'article L.236-10. 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.* »

²³⁰ SAINTOURENS B. et EMY, « 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.

324. Or, après tout, dans la figure de la dissolution-confusion de l'article 1844-5 du Code civil, personne n'a jamais exigé que la décision de l'associé unique de dissoudre sa société soit précédée de la tenue de son assemblée générale. Pis, même dans cette figure, les actionnaires minoritaires de l'associé unique (nécessairement une personne morale et, dans les faits, une société) ne disposent pas du droit d'obtenir s'ils le demandent, la désignation du mandataire de justice qu'évoque l'article L. 236-11 nouveau du Code de commerce. Ils auraient tout au plus celui d'user du mécanisme que prévoit l'article L. 225-103, II, 2°, du Code de commerce, fort proche au demeurant du précédent²³¹, à ceci près que la demande lorsqu'elle est présentée sur le fondement de ce dernier article laisse à la juridiction des référés le pouvoir d'apprécier si elle tend bien « *à des fins légitimes conformes à l'intérêt social et non à la satisfaction de fins propres aux demandeurs* »²³². Au contraire, sur le fondement de l'article L. 236-1, le juge ne paraît disposer d'aucun pouvoir d'appréciation : il doit nommer le mandataire sollicité, à l'effet de convoquer l'assemblée litigieuse²³³.

325. Reste que cet allègement supplémentaire du régime de la fusion simplifiée ne va pas sans soulever un certain nombre de difficultés du fait de la disparition de toute assemblée générale appelée à approuver le projet de fusion.

326. La première difficulté a été partiellement aplanie par le décret du 9 novembre 2011. On sait en effet que le projet de fusion doit être déposé au greffe du tribunal de commerce du siège de chaque société participant à l'opération trente jours au moins avant la date prévue pour la tenue de la première assemblée générale appelée à approuver le projet de fusion et faire l'objet, par ailleurs, dans le même délai²³⁴ de la publicité que l'on sait, hier dans un journal d'annonces légales, aujourd'hui au BODACC et le cas échéant au BALO ou sur le site Internet de la société²³⁵. Or, faute d'assemblée désormais dans la figure de la fusion simplifiée, cette référence à la date de la « première assemblée générale » appelée à approuver la fusion disparaît ; de sorte qu'il devenait problématique de calculer rétroactivement le délai

²³¹ C.Com., art. L.225-103 II, 2° : l'assemblée générale d'une société anonyme peut être convoquée par un mandataire de justice à la demande ... d'un ou plusieurs actionnaires représentant 5 % du capital social.

²³² CA Colmar, 24 septembre 1975 : D.1976, p.348.

²³³ Voy SAINTOURENS B et EMY P., article précité.

²³⁴ C. com., art. R. 236-2.

²³⁵ Laquelle pour la dernière en date, fait courir le délai d'opposition des créanciers à la réalisation de l'opération : C. com., art. R. 236-8.

de trente jours²³⁶. Aussi le décret a-t-il prévu que « *le dépôt au greffe prévu par l'article L. 236-6 et la publicité prévue au présent article ont lieu trente jours au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération ou, le cas échéant, pour les opérations mentionnées à l'article L. 236-11, trente jours au moins avant que l'opération ne prenne effet.* »

327. Aussi, force est de constater qu'outre cette procédure simplifiée, s'est aussi développée en pratique la procédure de dissolution-confusion qui a fait l'objet de divers aménagements législatifs²³⁷. Cette technique se rapproche fortement des fusions auxquelles elle n'emprunte pas moins de deux caractères essentiels : la dissolution sans liquidation et la transmission universelle du patrimoine. La dissolution-confusion²³⁸ apparaît ainsi comme un outil intéressant de consolidation des structures juridiques, notamment dans les groupes de sociétés, puisqu'elle fait bénéficier son auteur d'une procédure encore plus allégée et moins couteuse que dans le cadre de celle prévue par l'article L. 236-11 du code de commerce. Elle a l'avantage de la simplicité. En effet, nul ne conteste aujourd'hui que les caractères communs des effets de la dissolution d'une société devenue unipersonnelle et de la fusion par absorption. Dans les deux cas, la dissolution de la société s'opère sans liquidation et conduit à la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à la société bénéficiaire. Pourtant, cet air de famille ne suffit pas pour conclure à la gémellité de leur nature juridique et par conséquent, à une identité complète de leur régime. La dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle ne constitue pas une nouvelle forme de fusion car elle ne nécessite pas la rédaction d'un contrat de fusion, ni de vérification de son contenu par l'intermédiaire d'un commissaire à la fusion. Or, dans le cadre de la fusion, technique contractuelle, celle-ci se

²³⁶ V., sur cette difficulté, dossier Ansa n° 11034 ; et ROBINEAU S. et VILLER S., « Du nouveau du côté des restructurations et de la vie des sociétés » : Option finances n° 1117, 30 mai 2011, p. 40.

²³⁷ L. n° 81-1162 du 30 déc. 1981, pour décider que cette situation n'entraînait pas la dissolution de plein droit de la société, L. n° 88-15 du 5 janv. 1988, art. 2-I, pour prévoir que la dissolution n'emportait pas la liquidation et L. n° 2001-420 du 15 mai 2001, art. 103, pour écarter la transmission universelle du patrimoine en présence d'une personne physique)

²³⁸ DAIGRE, La dissolution d'une filiale à 100 % est une fusion, JCP E 1992. I. 152. - PIETRANCOSTA et GERSHEL, La « dissolution-confusion » en passe de supplanter la fusion, Dr. et patr. juin 2002. 32. - PLANTIN, La dissolution par confusion de patrimoines : une nouvelle étape, JCP E 2002. 457 ; L'article 1844-5 du code civil : fusion ou confusion ?, JCP E 2003. 1506. - MONFORT, NEVIERE et APPREMONT, Une approche transversale de la transmission universelle du patrimoine (fiscale, sociale et comptable), Option Finance, n° 779, 5 avr. 2004, p. 39).

matérialise par la formalisation d'une convention qui est soumise à un formalisme qu'il convient d'étudier.

Para II un contrat soumis à un processus décisionnel formaliste

328. La systématisation de l'opération de restructuration devrait être recherchée dans le processus contractuel. Ce contrat qui demeure la cheville ouvrière de la restructuration voire de tout montage est particulier en ce sens que son approbation est soumise à un formalisme rigoureux pour assurer la protection des intérêts des personnes que la restructuration de l'entreprise pourraient léser. En outre, ce contrat fait l'objet d'un contrôle que nous étudierons.

329. C'est dire que le processus décisionnel et délibératif du contrat de fusion ou de restructuration est précédé d'une phase d'information qui consistera à mettre à la disposition des personnes intéressées l'ensemble des documents y compris le contrat lui-même. Ce processus décisionnel est précédé d'obligation d'informations (A) qui sont suivis d'obligations de contrôle (B)

A- Un formalisme pour assurer les informations

330. Le formalisme du procédé contractuel de la fusion tend à assurer les informations nécessaires et à mettre à la disposition des personnes que la restructuration pourrait léser les informations utiles. Il en va notamment des actionnaires et des tiers.

1- L'information des actionnaires : une divergence de régime des modalités d'information

331. L'information des actionnaires est un impératif dans la restructuration de l'entreprise étant précisé qu'ils doivent recevoir communication des documents concernant l'évolution de « leurs biens communs ». Mais les modalités pratiques de cette information divergent entre les deux systèmes juridiques, étant entendu que si en droit français, une volonté d'alléger les obligations d'information est de plus en plus affirmée, en droit OHADA, la finalité est au contraire au renforcement de ce protectionnisme.

a- L'allègement des obligations d'information en droit français

332. Cette information est allégée en droit français parce que le législateur a multiplié les réformes²³⁹ en vue de simplifier les procédures en matière de restructuration d'entreprise par voie de fusion. Désormais, en plus de la dispense du rapport du commissaire à la fusion, le législateur dispense aussi les dirigeants des sociétés parties à la restructuration d'établir le rapport écrit (a.1). Toutefois, il est bon de préciser qu'à cette simplification, s'ajoute une obligation nouvelle qu'il convient de mettre en lumière, qui consiste à informer leurs actionnaires respectifs avant la date prévue de la tenue de l'assemblée générale appelée à approuver le projet de fusion de toute modification importante de l'actif et du passif (a.2).

a.1 Dispense du rapport des dirigeants sur la restructuration

333. Avant la réforme de 2011 portant simplification et amélioration de la qualité du droit, il était impératif de mettre à la disposition des actionnaires un mois avant l'assemblée d'approbation, le projet de restructuration, le rapport des dirigeants, les documents nécessaires à la restructuration et le rapport du commissaire à la fusion. Toutefois, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie avait ouvert la possibilité de ne pas procéder à la

²³⁹ Ces réformes de simplification en droit français ont été alimentées par l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés. Sur la présentation de cette ordonnance, voy. Réflexions collectives sur l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés *Revue des sociétés* novembre 2014, p. 611 et s. La présente ordonnance est 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. En premier lieu, la réforme vise à renforcer l'attractivité de la place financière française, en apportant aux investisseurs des clarifications concernant le régime juridique de certains titres financiers. Ces clarifications faciliteront l'utilisation de ces titres (notamment les actions de préférence et valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance) et, ce faisant, permettront d'améliorer le financement des entreprises françaises. Ces dernières se verront, en outre, offrir la faculté de dynamiser la gestion de leur dette par la faculté qui leur est désormais conférée d'identifier les porteurs de titres obligataires. Il est également prévu une adaptation de la réglementation en vue de permettre à court terme une harmonisation européenne du traitement des opérations sur titres. En second lieu, la réforme a pour objet d'assouplir certaines règles de fonctionnement des sociétés commerciales ainsi que d'accroître la transparence au sein des sociétés anonymes, d'une part, et de sécuriser certaines opérations dans lesquelles les sociétés peuvent être impliquées (notamment, la valorisation des droits sociaux en cas de cession ou de rachat ainsi qu'à l'occasion de contrôles conjoints du Haut Conseil du Commissariat aux comptes), d'autre part.

désignation d'un commissaire à la fusion si l'ensemble des actionnaires des sociétés participantes y consentaient à l'unanimité²⁴⁰ et prévu qu'ils devaient être consultés « *avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise de ce rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion* ». C'est à dire concrètement, bien plus d'un mois avant la date prévue pour la tenue des assemblées²⁴¹.

La loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit étend cette faculté de dispense aux mêmes conditions d'unanimité de tous les associés des sociétés participantes au rapport écrit des dirigeants sur la fusion. Il est précisé que :

*« Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération en décident autrement dans les conditions prévues au II de l'article L.236-10, le conseil d'administration ou le directoire de chaque société participant à l'opération établit un rapport qui est mis à la disposition des actionnaires ».*²⁴²

334. La dispense de rapport des organes d'administration sur la fusion suppose que les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération de fusion soient consultés, avant que le délai exigé pour la remise du rapport du commissaire à la fusion, préalablement à l'assemblée générale de fusion, ne commence à courir²⁴³. Cela signifie que les actionnaires des sociétés absorbante et absorbée doivent statuer sur la dispense de rapport des organes

²⁴⁰ C. Com art. L.236-10, II.

²⁴¹ Si l'unanimité requise n'est pas obtenue, les sociétés participantes doivent conserver matériellement la possibilité de faire désigner un commissaire à la fusion et lui laisser le temps d'établir son rapport. Comme ce rapport doit être mis à la disposition des actionnaires au moins un mois avant la date prévue pour la tenue des assemblées générales, c'est « bien avant » (le début de ce délai d'un mois) que l'unanimité doit être recherchée. Il semble qu'elle puisse l'être par tous moyens, sans qu'il soit nécessaire de procéder à cet effet à la convocation d'une assemblée (v. en ce sens, *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, 2015, n° 83170, p.1490, et l'avis récent du comité juridique de l'Ansa : CJ Ansa n° 11-057, 12 oct. 2011, « Nouveau régime des fusions après la loi de simplification du 17 mai 2011 : questions diverses », p. 2 et 3). V. cependant, *contra*, 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° 18, p. 474.

²⁴² C. com., art. L. 236-9, al. 4 nouv.

²⁴³ C.Com., art. L. 236-10 II sur renvoi de l'article L. 236-9 du Code de commerce.

d'administration au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion²⁴⁴.

Pratiquement, cette consultation des actionnaires devra être nécessairement intégrée dans le calendrier de fusion avant l'expiration de ce délai d'un mois.

335. La dispense de rapport des organes d'administration sur la fusion suppose que les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération de fusion soient consultés avant que le délai exigé pour la remise du rapport du commissaire à la fusion, préalablement à l'assemblée générale de fusion ne commence à courir.

336. Cela signifie que les actionnaires des sociétés absorbante et absorbée doivent statuer sur la dispense de rapport des organes d'administration au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion²⁴⁵.

337. Cette date correspondant toutefois à la date limite prévue pour l'établissement du rapport des dirigeants sociaux, c'est bien avant qu'il conviendra de consulter les associés sur le point de savoir s'il convient ou non de les en dispenser à l'effet d'éviter que l'opposition d'un seul associé n'oblige à différer la date de réalisation de la fusion pendant le délai nécessaire à l'établissement du rapport²⁴⁶.

338. En pratique, cette consultation des actionnaires devra être nécessairement intégrée dans le calendrier de fusion avant l'expiration du délai d'un mois sus cité. A cette dispense d'établissement du rapport correspond une obligation nouvelle pour les associés.

a.2 Une obligation nouvelle pour les associés

339. Cette obligation nouvelle consiste pour les organes d'administration à informer « leurs actionnaires respectifs avant la date prévue pour la tenue de l'assemblée générale appelée à approuver le projet de fusion de toute modification importante de leur actif et de

²⁴⁴ C.Com.article R. 236-3-2°.

²⁴⁵ C.Com. art. R. 236-3-2°.

²⁴⁶ En ce sens, également, 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. § 1.

leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de réunion de l'assemblée appelée à approuver l'opération. »²⁴⁷

340. Le décret du 9 novembre 2011 portant application de ce nouvel alinéa de l'article L. 236-9 du Code de commerce prévoit pour sa part que « *sauf si les actionnaires de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion en décident à l'unanimité, l'information qui leur est due leur est communiquée selon les formes prévues par voie d'insertion d'un avis au BODACC, ou par la publication de l'avis sur le site internet de la société* »²⁴⁸ et ce « *à compter du jour où les conseils d'administration ou les directoires des sociétés participant à l'opération en ont eu connaissance* »²⁴⁹. Si cette obligation marque une révolution en droit français nous remarquons qu'elle n'est pas exempte de critiques.

a.2-1 une obligation critiquable sur le fond

341. Sur le fond, la loi de simplification et d'amélioration du droit est allée sur le point discuté, un peu beaucoup plus loin que ce que lui imposait la directive européenne relative aux fusions de sociétés commerciales. Le texte communautaire se contente en effet d'exiger que les actionnaires soient informés d'une modification « importante » de l'actif et du passif de leur société non pas avant que l'assemblée générale ne se tienne mais à l'occasion de la tenue de cette assemblée générale²⁵⁰.

342. Le parti pris par la loi française peut donc légitimement surprendre non pas seulement parce que l'assemblée générale est normalement le lieu où une information est due

²⁴⁷ C. com., art. L. 236-9, al. 5.

²⁴⁸ Et notamment sans qu'il y ait lieu de respecter le délai de trente jours prévu, uniquement, pour la publication de l'avis de fusion puisque la loi se contente de prévoir que l'information qui est due sur « la modification importante de l'actif ou du passif de la société » doit être communiquée « avant » (seulement) que ne se tienne l'assemblée générale.

²⁴⁹ C. com., art. R. 236-5-1 issue de décret n° 2011-1473 du 9 nov. 2011. JORF n° 0261 du 10 novembre 2011 p. 18893.

²⁵⁰ dir. n° 2011/35/UE, art. 2, § 4, devenu 9, § 2.

aux actionnaires²⁵¹, mais aussi et surtout parce que le droit français n'a pas cru bon de distinguer entre le cas des sociétés « cotées » habituées à l'information permanente et celui des sociétés « non cotées » qui le sont beaucoup moins.

343. Pour ces dernières, la loi de « simplification » du droit n'en est donc pas vraiment une d'autant que les modalités de l'information des actionnaires ne sont pas si souples que l'on pouvait logiquement s'y attendre. Au-delà qu'entendre exactement par « *modification importante de l'actif ou du passif* » ?

344. À sa lecture, cette formulation peut viser deux types de modifications : des modifications en termes de montant et des modifications en termes de composition de l'actif ou du passif pour autant qu'elles soient « *importantes* ». Ce dernier qualificatif est bien entendu nécessaire dans la mesure où l'actif et le passif d'une société ont vocation à évoluer tous les jours. En pratique, il nous semble que devraient être visées :

– toutes les modifications qui sont de nature à avoir une influence sur la parité d'échange (lorsqu'une telle parité est requise), c'est-à-dire ayant un impact significatif sur la valeur de la société, par exemple la perte exceptionnelle d'un actif significatif non couvert, ou partiellement couvert, par une assurance ;

– de même sans que la modification ait nécessairement une influence sur la valeur de la société, toute modification du montant total de l'actif ou du passif pour autant qu'elle soit importante, par exemple la conclusion d'un emprunt important.

345. Enfin, à la lecture du texte et bien que cela soit sans doute moins évident, une simple modification de la composition de l'actif ou du passif (sans nécessairement avoir un impact sur leur montant total ou sur la valeur de la société) semble également être de nature à nécessiter une telle information.

²⁵¹ C'est pourquoi, le comité juridique de l'Ansa avait préconisé, dès 1992, que les actionnaires « réunis en assemblée » soient tenus informés des modifications importantes survenues dans le patrimoine des sociétés participant à l'opération depuis la signature du projet de fusion. CJ Ansa n° 2584, 8 janv. 1992, « Rétroactivité des fusions et traitement des pertes intercalaires ».

346. Par exemple, l'acquisition d'un actif significatif financée par la trésorerie de la société (qui transformerait de la trésorerie en actif) devrait faire l'objet de l'information spécifique prévue par le Code de commerce. De même, une condamnation dans le cadre d'un contentieux d'ores et déjà provisionné pour le montant de la condamnation (qui transformerait une provision en dette certaine) devrait à la lettre du texte faire l'objet d'une information spécifique si elle est considérée comme suffisamment importante. La principale difficulté pratique pour les dirigeants de la société sera de déterminer le seuil au-delà duquel il sera considéré que la modification est « importante ». La loi ne donnant pas d'indication. Pour les sociétés cotées, un des indicateurs sera sans doute le seuil retenu dans le cadre de la publication de l'information permanente.

347. En outre, il conviendra de mettre en place les procédures nécessaires à l'effet de suivre ces évolutions. Néanmoins, le laps de temps entre l'établissement du projet de fusion et la réalisation de l'opération étant en pratique relativement court, les informations concernées devraient tout de même rester limitées.

a.2-2 une obligation critiquable sur les modalités

348. Sur les modalités de l'information des actionnaires, le décret du 9 novembre 2011 prévoit que « sauf si les actionnaires de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions d'unanimité, l'information qui leur est due leur est communiquée par voie d'insertion d'un avis au Bodacc ou le cas échéant par la publication d'un simple communiqué sur le site Internet de la société si elle en est dotée ».

349. L'expression « *sauf si les actionnaires de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement* » manque de clarté. Elle ne permet pas aux actionnaires nous semble-t-il, de dispenser les dirigeants de leur communiquer l'information qui leur est due en cas de « *modification importante de l'actif ou du passif* » de leur société (car la loi est impérative sur ce point, lorsqu'elle impose aux dirigeants de porter cette information à la connaissance de leurs actionnaires), mais seulement de convenir « *à l'unanimité* » que cette information pourra leur être communiquée par d'autres voies que celles prévues par le décret.

350. À cette condition, tout moyen peut donc être convenu selon la structure de l'actionnariat de chaque société (courriel, courrier, etc.) ; encore que comme toutes les sociétés sont invitées quoiqu'indirectement à ouvrir à leur nom un site Internet rien ne paraît plus simple finalement que ce moyen de communication lorsque de l'autre côté l'unanimité est requise si l'on veut s'en passer.

351. En plus, les dirigeants de la société affectée par une « *modification importante* » de son actif ou de son passif, ont désormais l'obligation nouvelle d'en informer aussi « les conseils d'administration ou les directoires des autres sociétés participant à l'opération ». Sur ce point, le décret du 9 novembre 2011 s'est contenté de préciser qu'ils doivent le faire « sans délai » et « par tous moyens contre accusé de réception ».

352. En résumé, l'objectif du législateur français est de faciliter la restructuration de l'entreprise en allégeant les formalités relatives à son déroulement. Cette solution quoique louable contient des imperfections et place le droit aux antipodes du droit OHADA qui est très formaliste.

b- Le renforcement des obligations en droit OHADA

353. Cette information est formaliste en droit OHADA car il est imposé de mettre à disposition des actionnaires les documents nécessaires à la restructuration de l'entreprise. En effet, outre rapport des dirigeants sur la restructuration, les actionnaires doivent recevoir copie de tous les documents nécessaires.

b.1. Le rapport des dirigeants

354. Dans le droit africain, il est fait obligation de mettre le rapport des dirigeants à la disposition des actionnaires. En effet, « *Le conseil d'administration de chacune des sociétés participant à l'opération établit un rapport qui est mis à la disposition des actionnaires...* »²⁵² Ce rapport explique et justifie le projet de manière détaillée, du point de vue juridique économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et

²⁵² A.U. D.S.C. et du G.I.E. art. 671 alinéa 3.

les méthodes d'évaluation utilisées qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées ainsi que le cas échéant les difficultés particulières d'évaluation²⁵³.

355. C'est dire qu'il est expressément prévu que les associés des sociétés participant à l'opération doivent se prononcer au vu des rapports présentés par les organes d'administration et direction de la société de la lecture du projet de fusion et du ou des rapports des commissaires à la fusion²⁵⁴. A défaut d'un tel rapport, le consentement des actionnaires ne peut valablement être éclairé.

b.2 La mise à disposition des documents inhérents à la restructuration

356. Outre le rapport des dirigeants, les actionnaires doivent pouvoir prendre connaissance quinze jours au moins avant la date de l'AGE appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants :

- 1°) le projet de fusion ;
 - 2°) les rapports du conseil d'administration
 - 3°) les états financiers de synthèse approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération ;
 - 4°) un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers états financier de synthèse se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou de scission doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet.
- Toute actionnaire peut obtenir à ses frais sur simple demande copie intégrale ou partielle des documents susvisés²⁵⁵.

²⁵³ A.U. DSC et du GIE art.672 alinéa 3.

²⁵⁴ Voir en ce sens B.SAINTOURENS, note sous Cass. Com., 29 janv. 2008, n° 06-20.311 aff. GDF –SUEZ BJS 2008, 392 faisant droit à la demande des administrateurs élus par les salariés de voir convoquer le conseil d'administration à la suite d'une procédure de communication de griefs émanant de la Commission européenne.

²⁵⁵ A.U.D.S.C. et du G.I.E. art. 674. Notons que ces documents s supplémentaires qui doivent être tenus à la disposition des actionnaires sont les mêmes que requiert le législateur français. Voy. C. Com., art. R 236- 3. Seule diffère la différence de délai (en droit OHADA il est de 15 jours tandis qu'en droit français il est de 30 jours) qui semble s'expliquer par le fait qu'en droit OHADA, l'objectif prôné est la célérité de la restructuration. Il faut prendre des mesures idoines et rapides pour parvenir à réorganisation l'entreprise. Ce ci à l'avantage d'accélérer donc la procédure de restructuration, toutefois, ce délai peut sembler bref au regard des dispositions techniques et pratiques qui doivent être traitées lesquelles requiert une analyse minutieuse.

2- L'information des tiers

357. Le projet de restructuration doit être porté à la connaissance des personnes dont les droits sont susceptibles de subir une modification du fait de la restructuration envisagée. Est ainsi prévu dans les deux systèmes juridiques, un dépôt au Greffe du Tribunal du projet de restructuration (a) ainsi que la publication d'un avis dont les modalités divergent entre le droit OHADA et le droit français (b)²⁵⁶.

a- Un dépôt au Greffe imposé dans les deux législations

358. Le législateur tant africain que français impose aux sociétés participant à une restructuration de déposer le projet de restructuration au Greffe du Tribunal et ce avant que les actionnaires ne l'approuvent. A cet effet, il est précisé que : « *Le projet de fusion est déposé au Greffe du tribunal de commerce desdites sociétés et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret pris en Conseil des ministres.* »²⁵⁷

359. Cette obligation est un impératif pour les entreprises concernées à peine de voir la restructuration envisagée ne pas se réaliser. Elle a même été sanctionnée par le juge qui a excipé de l'absence de preuve du dépôt du projet de restructuration au Greffe pour annuler les effets d'une fusion. Pour la Cour en effet, l'absence de preuve de ce dépôt préalable rend irrégulières les publications légales relatives à l'opération de fusion absorption empêchant que les droits et obligations de la société candidate à la disparition puissent être transmis à la société absorbante²⁵⁸.

360. C'est dire que du dépôt au Greffe du Tribunal dépendra la suite de la procédure notamment la publicité et les effets de la restructuration. A défaut, d'un tel dépôt, la restructuration de l'entreprise ne pourra se faire. Cette formalité est une condition de

²⁵⁶ Voy. Décret du 9 novembre 2011, in la réforme du droit commun des fusions BJS , 01 mars 2012, n° 3, p.261.

²⁵⁷ C. Com art. L. 236 alinéa 2 et art. 194 al.1 de l'acte uniforme OHADA portant droit des sociétés commerciales et du GIE.

²⁵⁸ Com. 9 déc. 2008, n° 07-15.976, Bull. Joly 2009. 399.

réalisation de la restructuration et partant de l'opposabilité du plan de restructuration qui doit en outre, faire l'objet de mesures de publication qui diffèrent d'un système à l'autre avec l'entrée en vigueur en France de la loi de simplification n° 2011- 525, du 17 mai 2011, portant loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

b. Des modalités différentes de publication du projet de restructuration

361. Le projet de restructuration fait l'objet d'un avis qui dans le principe rapproche les deux systèmes. Mais dans la mise en œuvre pratique, des divergences non moins négligeables existent dans la mesure où le droit OHADA consacre et maintient la publicité classique(b.1) tandis que le droit français a révolutionné ses mécanismes de publication (b.2).

b.1 Le maintien du mécanisme classique en droit OHADA : l'avis dans un journal d'annonces légales

362. Le droit africain a maintenu le mode classique de publication du projet de restructuration dans un journal d'annonces légales. A cet effet, il précise que : « *Le projet de fusion ou de scission est déposé au greffe chargé des affaires commerciales du siège des sociétés et fait l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales par chacune des sociétés* »²⁵⁹

Cet avis contient les indications suivantes :

1°) la dénomination sociale suivie, le cas échéant de son sigle, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital et les numéros d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier de chacune des sociétés participante.

2°) la dénomination suivie le cas échéant de son sigle, la forme, l'adresse du siège social et le montant du capital de la ou des sociétés nouvelles qui résulteront de l'opération ou le montant du capital des sociétés existantes.

3°) l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;

²⁵⁹ A.U. D.S.C. et du G.I.E., article 194.

4°) *le rapport d'échange des droits sociaux ;*

5°) *le montant prévu de la prime de fusion ou de scission »*²⁶⁰

363. Ce mécanisme de publicité classique est celui qui a toujours existé en droit français. Il a pour but d'informer les tiers et partant toutes les personnes que la restructuration pourrait lésées. Toutefois, ce mécanisme a subi une évolution en droit français qu'il convient de mettre en lumière et qui constitue l'un des éléments de démarcation entre le droit français et le droit OHADA.

b-2 L'évolution des mécanismes de publicité en droit français

364. L'évolution des mécanismes de publicité trouve son fondement dans l'innovation portée aux mécanismes de publicité qui somme toute contiennent des imperfections.

b-2-1L'innovation des mécanismes de publicité en droit français

365. Les mécanismes de publicité du projet de restructuration ont connu une évolution en droit français. Avant le décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011²⁶¹, l'avis de projet de restructuration devait être publié un mois au moins avant la réalisation de l'opération dans un journal d'annonces légales du département du siège de chaque société participante²⁶² et ouvrait le délai pendant lequel les créanciers des sociétés participantes pouvaient former opposition à l'opération.

366. Désormais, il ne fait plus que l'objet d'une publication au Bulletin des annonces civiles et commerciales BODACC²⁶³ ou sur le site Internet de la société si elle en est

²⁶⁰ Art. 194 A.U. D.S.C et du G.I.E.

²⁶¹ Décret n° 2011-1473, 09/11/2011 : JO 10 nov. 2011, p. 18893

²⁶² Et, le cas échéant, au BALO, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

²⁶³ C. Com. art. R.236-2 al.1.

dotée²⁶⁴, trente jours au moins avant que la première assemblée ne se tienne ou dans la figure de la fusion simplifiée trente jours au moins avant que l'opération ne prenne effet.

367. Le législateur a consacré deux nouveaux mécanismes, une publicité effectuée au BODACC et une autre sur le site internet des sociétés parties à l'opération de restructuration²⁶⁵. Ces deux modes issus du décret du 9 novembre 2011 relatif à la communication en matière de droit des sociétés ont un double objet²⁶⁶. En effet, : « *le projet de fusion ou de scission fait l'objet d'un avis inséré, par chacune des sociétés participant à l'opération au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.* »²⁶⁷ En outre, « *l'insertion prévues à l'article R.236-2 n'est pas requise lorsque pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion.* »²⁶⁸ Il en résulte deux modes de publicités du projet de fusion en droit français qui se justifient doublement.

368. D'une part, il s'agit de simplifier le recueil du consentement des actionnaires des SA à l'utilisation des moyens de communication électronique pour les formalités préalables aux assemblées générales²⁶⁹ ainsi que le traitement de la feuille de présence aux assemblées générales. En outre, il doit faciliter le recours à la signature électronique²⁷⁰.

369. D'autre part, il complète la transposition de la directive n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 entamée par la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit et réduit les coûts liés aux fusions et scissions en limitant les obligations en matière de rapports détaillés et en permettant aux sociétés de fournir les informations utiles aux actionnaires et aux tiers par voie électronique. Toutefois, ces nouveaux mécanismes même s'ils constituent des innovations par rapport au droit OHADA, sont critiquables à certains égards.

²⁶⁴ C. Com., art. R. 236-2-1.

²⁶⁵ Notons par ailleurs que ces deux formalités ne sont pas cumulatives.

²⁶⁶ Communication en matière de droit des sociétés, Bulletin Joly Sociétés, 01 décembre 2011 n° 12, P. 1036

²⁶⁷ C.Com.art.R.236-2.

²⁶⁸ C.Com., art.R.236-2-1.

²⁶⁹ C. com., art. R. 225-63 modifié.

²⁷⁰ C. com., art. R. 225-77 et R. 225-79 modifiés.

b.2.2 Des innovations critiquables

Les innovations apportées par le législateur aux mécanismes de publicité du projet de restructurations sont critiquables et seront appréhendées suivant que la publication est faite au BODACC ou le site internet de la société.

✓ Sur la publicité au BODACC

370. L'ancienne formalité de publication de l'avis de fusion dans un journal d'annonces légales était effectuée à l'initiative des sociétés concernées et les journaux d'annonces légales faisant preuve d'une grande diligence. Ainsi le délai d'opposition des créanciers commençait à courir en pratique très rapidement (en général un à trois jours) après la sollicitation du journal d'annonces légales par les sociétés concernées.

371. Le décret du 9 novembre 2011 ne prévoyant aucun délai pour la transmission par le Greffe de la demande de publication au BODACC²⁷¹, ni pour la publication de l'avis par le BODACC une fois que celui-ci en a reçu la demande, il peut s'écouler plusieurs semaines entre le dépôt du projet de fusion au Greffe et la publication de l'avis au BODACC.

372. La publication du décret le 9 novembre 2011 a pris de court les praticiens souhaitant réaliser des opérations de fusion avant la fin de l'année 2011. Elle a aussitôt donné lieu à un afflux de demandes de publication auprès des greffes et du BODACC, et à un encombrement correspondant.

²⁷¹ Comme le notent justement l'Afep, l'Ansa et le Medef dans leur requête à la Chancellerie (v., *infra*), pour d'autres formalités que les fusions, des délais s'appliquent expressément à la transmission des avis par le greffier au BODACC : formalités relatives à la publicité des modifications statutaires (C. com., art. R. 123-161), publicité des comptes (C. com., art. R. 232-19 et s.).

373. La réforme de la formalité de publicité d'application immédiate a ainsi abouti à un allongement du délai de réalisation des fusions. Nombre de praticiens se sont émus de cette situation²⁷².

374. L'Ansa, l'Afep et le Medef ont interpellé la Chancellerie à ce sujet, en suggérant des mesures d'urgence permettant d'assurer la réalisation d'opérations de fusion en cours avant la fin de l'année 2011, et plus généralement visant à encadrer dans le temps cette formalité de publicité²⁷³. Malheureusement, la réponse de la Chancellerie ne laisse pas entrevoir une modification des textes sur ce point²⁷⁴. Il s'ensuit que pour les opérations futures, notamment celles devant être réalisées dans des délais stricts, par exemple avant la fin d'une année ou d'un exercice donné, et sauf à effectuer la formalité de publicité sur les sites Internet des sociétés concernées, l'incertitude sur le délai de publication de l'avis de fusion au BODACC, et donc sur le point de départ du délai d'opposition des créanciers, perdurera et devra désormais être prise en compte et anticipée par les praticiens dans le calendrier de leurs opérations.

375. Afin d'éviter que l'objectif initial de simplification des formalités de publicité des fusions n'aboutisse à un allongement du calendrier des fusions, il paraît souhaitable que le

²⁷² V. notamment, MAITRE A., et BOILLOT C., « Fusions... et confusions – À propos du décret du 9 novembre 2011 » : JCP G 2011, 2334.

²⁷³ Avis Ansa n° 11-055, « Décret du 9 novembre 2011 sur les fusions – Difficultés pratiques – Requête commune Afep-Ansa-Medef ». Cette requête proposait notamment la publication d'un texte rectificatif imposant une transmission sans délai par les greffes des avis de fusions au Bodacc, et la fixation à quatre ou cinq jours du délai de publication des avis par le Bodacc. Elle suggérait également le report pur et simple, au 1^{er} janvier 2012, de l'entrée en vigueur du chapitre II du décret relatif aux fusions et scissions.

²⁷⁴ La Chancellerie, dans sa réponse du 25 novembre 2011, s'est bornée à rappeler (i) que le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce avait adressé à l'ensemble de la profession une circulaire attirant l'attention des greffiers sur la nécessité de transmettre sans délai au BODACC les avis de projet de fusion (circ. CNG n° 50/2011, 17 nov. 2011) et (ii) que le délai de publication au BODACC des avis transmis par les greffiers pouvait être ramené à sept jours dès lors que le greffier soulignait l'urgence de la publication lors de la transmission de l'avis au BODACC. À l'heure où ce dossier était sous presse, les auteurs ont été informés de ce qu'un projet de décret serait en cours d'élaboration, dont le contenu pourrait aller jusqu'à revenir à l'ancien système de publication de l'avis de fusion dans un... journal d'annonces légales (l'affaire est donc... à suivre).

Code de commerce soit modifié sur cette question par l'ajout de délais impératifs pour la publication au BODACC des avis de fusion²⁷⁵.

✓ ***la publication des sites internet des sociétés concernées***

376. Cette faculté qui constitue une alternative à la publication d'un avis au BODACC et nous semble-t-il au BALO²⁷⁶ peut réellement contribuer à l'allègement du formalisme pour celles des sociétés qui disposent d'un site Internet.

377. Néanmoins, ce mode de publicité comporte également quelques incertitudes. Il n'est pas aisé d'apporter la preuve d'une publication du projet de restructuration²⁷⁷ sur un site Internet « pendant une période ininterrompue » de trente jours. Le point de départ notamment, la mise en ligne pourra certes être constatée par voie d'huissier, comme le suggèrent certains praticiens²⁷⁸ mais l'on s'éloigne alors d'une simplification des formalités.

378. Quant à l'absence d'interruption, celle-ci sera difficile à démontrer même si juridiquement, c'est bien plutôt l'interruption qui devrait être établie. Toute interruption d'au moins vingt-quatre heures devant donner lieu à la publication d'un avis au BODACC, le choix de la publication sur le site Internet est également porteur d'incertitudes sur le calendrier de la fusion (non plus sur le point de départ du délai de trente jours, mais cette fois sur son écoulement).

²⁷⁵ L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés aurait pu constituer un moyen de procéder à cette mise en harmonie. Mais force est de constater que celle-ci ne contient aucune disposition concernant les opérations de restructuration.voy. Revue des sociétés, réflexions collectives sur l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés précité.

²⁷⁶ V. C. com., art. R. 236-2-1 précité.

²⁷⁷ Du fait de la rédaction peu claire de l'article R. 236-2-1 nouveau, qui fait référence à la publication du projet de fusion ou de scission, la prudence impose de publier sur les sites Internet non seulement un avis analogue à celui qui serait publié au Bodacc, mais également le projet de fusion ou de scission dans son intégralité.

²⁷⁸ . MAITRE A. et BOILLOT C., « Fusions... et confusions – À propos du décret du 9 novembre 2011, préc.

379. Enfin, le nouveau texte exige une publication « dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents » sans préciser quelles sont ces conditions, ce qui laisse la place à discussion, et donc à contestation.

380. Le risque de suspension du délai de trente jours en cas d'interruption du site Internet et les risques de contestation soit de la date de mise en ligne, soit de l'absence d'interruption du site Internet, soit des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents, sont donc autant d'éléments à prendre en compte dans le choix de la publication du projet de fusion sur les sites Internet des sociétés concernées.

381. En définitive, nous remarquerons que si ces mesures imposées par les législateurs ont pour objectif d'informer les parties et les tiers intéressés à la restructuration de l'entreprise, il est évident qu'elles viennent alourdir la procédure de la restructuration et dans une mesure la rendre complexe en posant l'éventualité du rajout de certaines formalités qui en tout état de cause viennent rallonger le calendrier des opérations.

382. Il serait judicieux pour le législateur de corriger ces imperfections dans l'optique de faciliter la restructuration envisagée. Ce souhait de simplification a en tout état de cause, guidé le législateur français concernant le contrôle de l'instrument de restructuration.

B -Le formalisme dans le but d'assurer le contrôle du projet

383. Dans le but d'assurer la protection des intérêts des actionnaires, les différents législateurs prévoient que l'instrument de restructuration soit contrôlé. Toutefois, il est à remarquer que si dans la désignation de cet expert, la portée du contrôle est différente (1), il convient de préciser que la mission est la même.(2)

1. Une portée différente de la désignation de l'organe de contrôle

384. Ce contrôle a une portée différente d'une législation à l'autre car si en droit OHADA ce contrôle est obligatoire, il en va différemment dans la législation française où elle a connu un assouplissement depuis la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant adaptation du droit communautaire et transposant la directive n° 2007/63/CE du 13 novembre 2007.

a. Un contrôle obligatoire du projet de restructuration en droit OHADA

385. Le contrôle du projet de restructuration est obligatoire en droit OHADA parce que contrairement au droit français, le législateur n'a prévu aucune hypothèse dans laquelle il peut être dérogé à cette désignation. A cet effet, le législateur dispose que : « *un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par le président de la juridiction compétente établissent sous leur responsabilité, un rapport écrit sur les modalités de la fusion ...* »²⁷⁹.

386. La désignation du commissaire à la fusion dont la mission consiste à élaborer un rapport écrit sur la fusion projetée est un impératif en droit OHADA. Ils doivent se prononcer d'une part sur la valeur des apports en nature et les avantages donnés et d'autre part le caractère équitable du rapport d'échange des titres.

387. En outre, leur mission s'étend à la vérification de la réalité du passif exigible pris en charge par la société absorbante. Cette fonction semble être fortement investigatrice puisque l'acte uniforme précise qu'ils peuvent obtenir auprès de chaque société, communication de tous les documents utiles afin de procéder aux vérifications nécessaires pour le bon déroulement de leur mission²⁸⁰. Ils sont désignés à la requête du conseil d'administration ou de l'administrateur général pour les sociétés anonymes de chacune des sociétés, par ordonnance du président de la juridiction compétente.

388. Il convient de préciser que si les sociétés parties à l'opération ne relèvent pas de la même juridiction, l'acte uniforme prévoit que chacune d'elle procède à la désignation de son commissaire à la fusion. Toutefois, il peut être dérogé à cette obligation. A cet effet, il est prévu une procédure simplifiée en vue de nommer un commissaire à la fusion unique afin de rédiger un seul rapport. La requête en désignation devra donc se faire de manière conjointe par les sociétés participant à l'opération devant le président de la juridiction chargée des affaires commerciales²⁸¹. Toutefois, rien n'empêche que plusieurs commissaires à la fusion soient nommés afin de rédiger un rapport commun.

389. Au regard de ces observations, il peut être demandé de quelle juridiction sera le commissaire à la fusion si les sociétés participantes relèvent de juridictions différentes et

²⁷⁹ A.U. D.S.C. et du G.I.E. art. 672 al.1.

²⁸⁰ A.U. D.S.C et du G.I.E., art. 672 al.2.

²⁸¹ Cette idée ressort de l'interprétation de l'article 672 de l'acte uniforme.

décident de nommer un ou des commissaires communs. Sera-t-il soumis au tribunal compétent de la société absorbante ou celui de la société absorbée ?

390. L'acte uniforme étant muet sur la question, nous pensons qu'il serait logique que le commissaire à la fusion puisse relever de la juridiction de la société absorbante. Un autre problème consiste aussi à savoir si la nomination de ces commissaires à la fusion rend inutile l'intervention de commissaires aux comptes ou aux apports. Il apparaît en effet que la mission du commissaire à la fusion soit soumise aux mêmes incompatibilités que celle du commissaire aux comptes²⁸² et que par ailleurs le commissaire à la fusion soit nommé de la même manière que les commissaires aux apports²⁸³. C'est dire que l'acte uniforme ne fait pas de distinction entre le commissaire aux apports et le commissaire à la fusion.

391. Davantage, l'acte uniforme prévoit que le commissaire aux apports puisse aussi être le commissaire aux comptes régulier de la société. Comment résoudre alors ces conflits de compétence et cet imbroglio de l'acte uniforme ?

392. Dans un premier temps rien n'indique en effet que le commissaire à la fusion se substitue au commissaire aux apports. Il convient donc de savoir d'une part si un commissaire aux apports doit être nommé en même temps qu'un commissaire à la fusion et d'autre part se poser la question d'un double emploi de leurs fonctions. Il pourrait être envisagé alors par logique que le commissaire à la fusion soit aussi le commissaire aux apports ou que tout simplement la nomination d'un commissaire aux apports ne soit pas prévue dans ce cas par l'Acte uniforme par bon sens. Seulement l'acte uniforme précise que l'assemblée générale de la société absorbante doit statuer sur l'apport en nature. Si l'on se réfère alors à l'article 619 de l'acte uniforme, un tel apport doit être évalué par un commissaire aux apports désigné par le président de la juridiction compétente. Est-il entendu par cet article que ce commissaire aux apports constitue la même personne que le commissaire à la fusion ? Il faut répondre à cette interrogation par l'affirmative. En effet, le commissaire aux apports doit normalement élaborer un rapport sur les apports en nature et les soumettre à l'assemblée générale huit jours avant son approbation²⁸⁴. Or, l'article 674 de l'acte uniforme qui énumère les pièces devant être produites aux actionnaires avant l'assemblée générale extraordinaire devant approuver la fusion ne mentionne nulle part cette

²⁸² A.U.D.S.C. et du G.I.E art.698.

²⁸³ A.U.D.S.C. et du G.I.E art. 619.

²⁸⁴ A.U. D.S.C. et du G.I.E art.622.

obligation de produire un tel rapport. Il semble donc que le rapport concernant les apports soit le même que le rapport du commissaire à la fusion. Par analogie, le commissaire aux apports est donc aussi le commissaire à la fusion. La nomination d'un commissaire aux apports pour une opération de fusion se révèle alors à notre sens inutile car elle vient alourdir la procédure de restructuration.

393. Dans un deuxième temps, il faut aussi se demander si le commissaire aux apports peut être aussi le commissaire aux comptes régulier de la société. Pour le commissaire aux comptes, il semble a priori que la réponse soit négative puisque sa mission n'est pas la même que celle d'un commissaire à la fusion, le commissaire aux comptes étant en effet principalement chargé de veiller à la régularité juridique de la fusion. Pourtant, comme il vient d'être vu, un commissaire aux comptes peut aussi être un commissaire aux apports. En outre, comme nous l'avons démontré, le commissaire à la fusion remplit aussi la mission de commissaire aux apports. Par déduction, le commissaire à la fusion pourra aussi être le commissaire aux comptes. C'est cette solution qui semble, à notre sens, donnée à la lecture de l'acte uniforme dans le cas des fusions. Il apparaît en effet que l'existence du commissaire aux apports et du commissaire aux comptes n'est mentionnée pour une telle opération. Le commissaire à la fusion doit donc aussi faire office de commissaire aux comptes et de commissaires aux apports. Le seul problème se situe donc du côté de la déontologie. Un commissaire aux comptes peut-il accepter une telle mission ?²⁸⁵ La réponse négative paraît évidente.

394. En toute hypothèse, même si la nomination du commissaire à la fusion est un impératif, il convient de préciser toutefois qu'elle est exclusivement réservée aux sociétés de capitaux à l'exclusion de toute autre société qui participe à une telle opération. La loi n'impose pas la désignation d'un commissaire à la fusion dans le cas où l'une des sociétés participantes n'est pas une SA ou une SARL.

395. A titre de droit comparé, il a été jugé en droit français notamment que la fusion d'une SA et d'une SNC, sociétés-sœurs, ne requiert pas de commissaire à la fusion ni de commissaire aux apports²⁸⁶. En l'espèce, la fusion était réalisée entre une SA et une SNC,

²⁸⁵ Voir MARTOR B. et THOUVENOT S, La fusion des sociétés issues du droit OHADA. Revue de droit des affaires Internationales, n° 1, 2002, p. 47 et s. voy aussi www.ohada.com/doctrine/ohadata D-04-19.

²⁸⁶ CA Paris 3^e ch. sect. C, 21 sept. 2001, n° 2001/18352, SA Comigestion Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 2002 n° 1, p. 54.

donnant lieu à une augmentation de capital de la SA. Cet arrêt n'est sans doute pas majeur, mais il a l'intérêt de marquer le domaine d'application du droit actuel des fusions en ce qui concerne, d'une part, les sociétés impliquées et, d'autre part, les hypothèses de recours à un commissaire aux apports ; il conduit ainsi à un certain nombre d'interrogations.

396. La société anonyme COMIGESTION avait, après absorption d'une société en nom collectif dénommée « P.W. » et l'augmentation corrélative de son capital, présenté au greffe du tribunal de commerce de Paris une demande d'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés ; cette demande avait été rejetée par le juge commis à la surveillance du registre en raison de l'absence de rapport d'un commissaire aux apports.

397. À la requérante qui avait opposé que l'intervention d'un commissaire (à la fusion) n'est nullement prévue par la loi lorsque l'une des sociétés participant à une telle opération n'est pas une société anonyme ou une société à responsabilité limitée, il avait été répondu que ce n'était pas la fusion en elle-même qui l'exigeait, mais l'augmentation de capital en résultant par application de l'article L. 225-147 du Code de commerce suivant lequel, en cas d'apport en nature, un ou plusieurs commissaires aux apports doivent être désignés par décision de justice.

398. Il est rappelé qu'en cas de fusion entre sociétés anonymes ou entre SARL²⁸⁷ ou encore entre sociétés anonymes et SARL, un ou plusieurs commissaires à la fusion nommés également par décision de justice doivent vérifier d'une part, « *que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable* »²⁸⁸ et, d'autre part, apprécier « *la valeur des apports en nature et les avantages particuliers* », de façon à établir leur rapport gouvernant les apports en nature. Mais, en l'espèce, seule la société absorbante était une société anonyme et cette disposition ne paraissait pas devoir s'appliquer, ce qui n'était contesté par personne²⁸⁹, et a été réaffirmé par la cour. Aurait-il fallu faire appel à un commissaire aux apports ? Le premier juge l'avait pensé, mais la cour relève que l'article L. 236-11 C. com. ne renvoie à l'article L. 225-147 que lorsque la société absorbante détient la totalité des titres de la société absorbée, ce qui n'était pas le cas dans cette espèce.

²⁸⁷ C. com., art. L. 236-23.

²⁸⁸ C. Com., art. L236-10 à l'article L. 225-147

²⁸⁹ Pour une étude d'ensemble CAILLAUD B. et BONNASSE A., « Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes » : JCP, éd. E, 1998, p. 595 et éd. N, p. 824, ainsi que HUGUET H., « Sociétés en nom collectif : fusion par absorption (calendrier des opérations) » : JCP, éd. E, 2001, p. 1898, 1944 et 1992.

399. Donc aucun rapport ne paraissait nécessaire pas plus celui d'un commissaire aux apports que celui d'un commissaire à la fusion : la cour d'appel a ainsi fait droit à la requête de la société COMIGESTION, tendant à la modification de son inscription au registre du commerce relative au montant de son capital. La décision de la cour conduit toutefois à s'interroger sur les lacunes des règles du Code de commerce relatives aux fusions et l'interprétation qu'on peut en donner. Le droit de la fusion n'est complet et à peu près cohérent que pour les sociétés anonymes et les SARL. Il existe, certes, des dispositions générales applicables à toutes les fusions (et scissions) indépendamment de la forme des sociétés concernées ; mais elles n'établissent aucune norme en ce qui concerne la procédure et le contrôle des conditions financières de ces opérations, l'article L. 236-2 se contentant de dire, à la suite de l'article 1844-4 du Code civil, qu'elles sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de leurs statuts.

400. Il semble qu'en pratique on vive ainsi sans grand problème²⁹⁰. On ne peut qu'être surpris cependant qu'une société anonyme (ou une SARL) puisse fusionner avec une société de personnes sans que ses actionnaires bénéficient des garanties que la loi assure aux actionnaires dans le cas d'une fusion avec une autre société anonyme (ou une SARL).

401. Serait-ce trop solliciter les textes que d'y trouver quand même la justification d'une autre attitude ? Lorsque l'article L. 236-2 C. com. prescrit que les décisions de fusion sont prises, par chacune des sociétés intéressées dans les mêmes conditions que pour la modification des statuts, cela ne signifie-t-il pas que cette décision, chez une société anonyme (ou une SARL), soit éclairée par l'intervention d'un commissaire à la fusion qui devrait, en toute hypothèse, présenter à l'assemblée générale extraordinaire de ses actionnaires un rapport sur les conditions de l'opération, parce que cette exigence serait inhérente au statut même de ces sociétés²⁹¹ ? On s'en tient cependant aujourd'hui à une interprétation littérale de la loi : les modalités habituelles de contrôle des conditions de fusion ne sont pas prévues de façon explicite au cas particulier, et les praticiens recommandent simplement de recourir à un expert

²⁹⁰ CAILLAUD B. et BONNASSE A., art. précité.

²⁹¹ ANSA, comité juridique du 6 juillet 1994 : Bull. ANSA, septembre-octobre 1994, n° 2735, p. 10, « Lorsqu'une SA absorbe une SNC, et si la fusion entraîne une augmentation du capital, il semble normal de faire application des principes de contrôle et de protection propres aux SA (commissaires à la fusion ou aux apports en cas de fusion simplifiée) ».

« officieux »²⁹². Pourquoi donc ne pas appeler un tel expert « commissaire à la fusion », lui en reconnaître les attributions et les responsabilités²⁹³?

402. Si on s'y refuse, le recours à un commissaire aux apports devrait être envisagé : on considérerait que l'article L. 225-147 C. com., qui fixe en quelque sorte le droit commun des apports en nature, redeviendrait applicable lorsqu'il ne pourrait être fait appel à un commissaire à la fusion. L'article L. 236-11 C. com. prévoit bien l'intervention d'un commissaire aux apports dans le cas de la fusion simplifiée, lorsque la société absorbante possède 100 % du capital de la société absorbée, et qu'il n'y a pas lieu dès lors (cas limite) à augmentation de capital de la société absorbante ; une telle intervention serait-elle absurde lorsque la fusion se traduit par l'émission effective d'actions nouvelles, comme dans tous les cas d'apports en nature²⁹⁴?

403. On ne voudrait pas rouvrir ici une querelle de mots sur le point de savoir si une fusion réalise ou non un apport en nature. La plupart des auteurs considèrent que la loi Madelin du 11 février 1994 a dissocié les deux notions en abrogeant l'ancien article 378 de la loi de 1966 selon lequel l'assemblée extraordinaire de la société absorbante devait statuer sur l'approbation des apports en nature, conformément aux dispositions de l'article 193²⁹⁵.

²⁹² Cf. ANSA, comité juridique du 6 juillet 1994, précit. ; Mémento Lefebvre Sociétés commerciales, 2001, par MERCADAL B. et JANIN Ph., n° 26573 toutefois, il est dit plus précisément au n° 26361 de l'édition 2002 du Mémento que, « compte tenu de l'objectif général du législateur de protection des intérêts des associés de SA et de SARL », il paraît « opportun et prudent » de faire application des dispositions particulières propres aux fusions de SA et de SARL à toutes les hypothèses où sont impliquées des sociétés de cette forme, quelle que soit la forme des autres sociétés participantes).

²⁹³ V. note précédente en ce qui concerne l'opinion du Mémento Lefebvre, éd. 2002. Sur les missions et les responsabilités des commissaires à la fusion, v. GROSCLAUDE L., note sous CA Paris, 19 février 1999 : Bull. Joly Sociétés, 1999, p. 674, § 150.

²⁹⁴ Pour la désignation d'un commissaire aux apports, à défaut d'un commissaire à la fusion : HUGUET H., J.-Cl. Sociétés, Formulaire, fasc. G-78, n°s 77, 79 et 86, et Calendrier des opérations ci-dessus signalé en note 2.

²⁹⁵ C. com., art. L. 225-147 Cf. Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales, 2015, précit., n° 26628 ; CAILLAUD B. et BONNASSE A., « Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes » : Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 733, § 204 et, pour une opinion divergente, BOUERE J.-P., « Le législateur sait-il ce qu'il a voulu ? » : p. 744, § 204. En l'état actuel du droit, CAILLAUD B. et BONNASSE A. « Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes », art. précit. considèrent néanmoins que l'absorption par une SA d'une société de personnes requiert l'intervention d'un commissaire aux apports (du fait du renvoi fait par l'art. L. 236-10 à l'art. L. 225-147).

404. En réalité, toutes les actions émises pour rémunérer des apports autres qu'en numéraire sont des actions d'apport²⁹⁶, lesquels, par principe, appellent une vérification de leur valeur et un contrôle de leurs conditions de rémunération ; les apports ainsi réalisés peuvent obéir à des règles de procédure différentes, selon qu'il s'agit d'un apport en nature pur et simple, d'une transmission universelle du patrimoine sous la forme de fusion totale ou partielle (ou « apport partiel d'actif »)²⁹⁷ ou d'un apport de titres à la suite d'une offre publique d'échange sur un marché réglementé²⁹⁸, mais la règle demeure que l'opération doit être accompagnée de l'avis d'un expert nommé en justice ou d'un homme de l'art. La question est pendante de savoir ce qu'il convient de faire lorsque la loi n'a rien prévu de façon explicite, dans le cas de l'absorption d'une société de personnes par une société anonyme ou une SARL. Commissaire à la fusion ou commissaire aux apports ? Ou encore expert « conventionnel » ? L'arrêt de la cour de Paris du 21 septembre 2001 s'en tient à une position conservatrice et, à la question posée, il n'y a pas encore de réponse²⁹⁹.

405. En toute hypothèse si cette nomination est un impératif en droit OHADA la nomination d'un commissaire aux apports est un impératif pour le contrôle du projet de restructuration, il en va différemment du droit français où ce contrôle a connu une évolution.

b. L'évolution du contrôle du projet de restructuration en droit français

406. Le contrôle du projet de restructuration a connu une évolution en droit français étant entendu qu'historiquement, ce contrôle obligatoirement exercé par un commissaire à la

²⁹⁶ C. com., art. L. 228-7 (L., art. 267).

²⁹⁷ Il n'est pas traité ici du point de savoir si l'apport partiel d'actif réalise bien une transmission « universelle » d'une fraction de patrimoine, mais il en suit la procédure. V. à ce sujet dans Prospectives du droit économique - Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, 1999, les contributions de O. Barret, p. 109, Y. Guyon, p. 237, et J.-P. Le Gall, p. 259.

²⁹⁸ Depuis la loi n° 94-679, du 8 août 1994, la procédure de vérification proprement dite des apports en nature a été écartée dans le cas d'OPE, lorsque les actions de la société initiatrice de l'offre sont admises aux négociations sur un marché réglementé et que celles de la société-cible le sont sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou membre de l'OCDE. Toutefois, les commissaires aux comptes de la société initiatrice doivent donner leur avis, dans le document d'information qui est alors diffusé, sur les conditions et les conséquences de l'émission des actions nouvelles ; cet avis figure également dans leur rapport à la première assemblée générale ordinaire qui suit.

²⁹⁹ BOUERE J-P, note sous CA Paris 3^e ch. sect. C, 21 sept. 2001 Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 2002 n° 1, P. 54

fusion³⁰⁰, expert indépendant, est désormais facultatif. En effet, si ce contrôle de même que l'organe chargé de l'assurer était destinée à protéger les intérêts des actionnaires, il a été revisité par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant adaptation du droit communautaire et transposant la directive n° 2007/63/CE du 13 novembre 2007³⁰¹.

407. Désormais, en vue de simplifier les opérations de restructuration, les actionnaires ou associés des sociétés participantes peuvent décider à l'unanimité, selon les formes requises par chaque forme sociale, de ne pas procéder à la désignation d'un commissaire à la fusion³⁰². La loi disposant que : « *Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II du présent article, un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par décision de justice et soumis à l'égard des sociétés participantes aux incompatibilités prévues à l'article L.822 11 établissement sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion.* »³⁰³ Ce texte dispense les sociétés participantes à une restructuration de désigner un commissaire à la fusion, lorsque leurs associés le décident à l'unanimité.

408. Autrement dit, avec le consentement de tous les associés des sociétés participantes, il n'est plus nécessaire de faire nommer des commissaires à la fusion ou à la scission. L'unanimité est requise dans toutes les sociétés participantes. Or chaque société a la faculté de faire désigner son propre commissaire. Celui-ci n'est commun que lorsque la demande émane d'une requête conjointe³⁰⁴.

409. On aurait pu imaginer qu'une société renonce au rapport écrit sur les modalités de l'opération par une décision unanime de ses associés alors que l'autre demande le contrôle externe du rapport d'échange. Cette solution n'est pas retenue. A défaut, d'une décision unanime des associés au sein de chaque société participante, le ou les commissaires à la fusion ou à la scission devront être désignés.

³⁰⁰ TUBIANA, les commissaires à la fusion, commissaires aux apports et les commissaires aux comptes Gaz. Pal. 1988, I, doct., p.575. ; le nouveau contrôle des fusions, scissions, et apports partiels, BCF 1988, n° 38, p.80.

³⁰¹ GUENGANT A, aménagement du régime juridique des opérations nationales de fusions et scissions loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008, JCP éd. ENTREPRISES et AFFAIRES n° 30, 24 juillet 2008, n° 1977.

³⁰² C. Com. Art. L.236-10, II et R.236-3.

³⁰³ C. com. Art. L.236-10 alinéa 1.

³⁰⁴ C. Com. Art.236-6

410. Selon le texte légal modifié, les associés sont consultés avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise du rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion. Les termes « remise du rapport » manquent de clarté. Toutefois, il nous semble qu'est ainsi visé le délai d'un mois prévu pour la mise à disposition du rapport de l'article R.236-3 applicable aux opérations impliquant des sociétés par actions et des SARL.

411. Un tel délai est évidemment extrême. Si l'on attend le dernier moment et si un seul associé refuse ou ne peut participer au vote, il est alors trop tard pour faire nommer les commissaires pour qu'ils remplissent leur mission et établissent leur rapport dans le délai imparti. La seule solution serait alors de différer la réalisation de l'opération et modifier le calendrier. D'une manière générale, le mieux est donc de consulter les associés avant la survenance de la date limite fixée par la loi.

412. Dans la quasi-totalité des opérations de fusion, d'apport partiel d'actif et de scission, hormis la fusion simplifiée, il ya lieu de faire désigner un commissaire aux apports au sein de la société bénéficiaire des apports. Ainsi, en fonction de la décision des associés, la demande en justice portera soit sur la nomination du seul commissaire aux apports soit sur la nomination du commissaire à la fusion et du commissaire aux apports. Dans tous les cas, la demande est faite dans un délai suffisant pour permettre aux contrôleurs externes de remplir leur mission dans des conditions raisonnables.

413. La dispense éventuelle de la désignation du commissaire à la fusion soulève une autre question : sous quelle forme faire prendre la décision ? Au sein de la SARL et des SAS, l'acte auquel tous les associés participent paraît être la solution la plus appropriée, à moins que les statuts ne le prévoient pas l'acte comme mode de constat des décisions collectives ? Au sein des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, le recours à l'assemblée générale paraît requis.

414. Certes on peut prétendre que peu importe la forme, du moment que le consentement individuel de chaque associé est donné dans des conditions éclairées. Selon cette thèse, la conclusion d'un acte serait donc possible. A notre avis la renonciation à demander la nomination d'un commissaire à la fusion n'est pas un acte formel de procédure, elle exclut un contrôle externe qui participe de l'information des associés. Il s'agit donc d'une décision sociale qui au sein des sociétés anonymes et en commandite par actions, prend nécessairement la forme d'une assemblée générale à laquelle participent du reste des

personnes qui ne sont pas associés tels le commissaire aux comptes ou les délégués du comité d'entreprise. Cette décision à prendre n'emportant pas modification des statuts ni changement de nationalité, elle est donc de la compétence de l'assemblée générale ordinaire. Pourtant, elle est ordinaire car devant être prise à l'unanimité des associés.

415. Quoiqu'il en soit, les associés doivent prendre leur décision au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ; en pratique il y a lieu d'être prudent et de faire se prononcer les associés bien avant ce délai pour que, dans l'hypothèse où l'unanimité ne serait pas obtenue, il soit encore matériellement possible de procéder à la désignation de commissaires à la fusion. La faculté de ne pas désigner un commissaire à la fusion ne saurait cependant s'étendre à l'hypothèse de la nomination d'un commissaire aux apports dont la nomination demeure obligatoire en cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, hypothèse de loin la plus fréquente en pratique en l'absence d'apports en nature visant le cas relativement rare d'une société qui ne comporterait que des comptes bancaires. Ce commissaire aux apports sera désigné à la demande de la société bénéficiaire des apports par le Président du tribunal.

416. En résumé, il est à noter qu'il existe des divergences concernant le contrôle du projet de restructuration entre les deux systèmes juridiques ce d'autant plus que si en droit français ce contrôle demeure facultatif, il en va différemment du droit OHADA où ce contrôle est imposé dans le but d'assurer un meilleur contrôle au bénéfice des actionnaires. Toutefois, en dépit de cette divergence, la mission est la même.

2- Une mission similaire de contrôle dans les deux systèmes juridiques

417. Que le contrôle soit obligatoire ou facultatif, la mission de cet expert indépendant est similaire dans les deux systèmes juridiques car il est précisé que : « *Le ou les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable.*

Le ou les rapports des commissaires à la fusion sont mis à la disposition des actionnaires et indiquent :

1°) la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ;

2°) si cette ou ces méthodes sont adéquates, en l'espèce et les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à cette ou ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue ;

3°) les difficultés particulière d'évaluation s'il en existe. »³⁰⁵

418. Les commissaires à la fusion vont établir, au profit des associés des sociétés participantes à l'opération de fusion, deux rapports se prononçant l'un sur les modalités de la fusion, dans lequel ils doivent vérifier que les valorisations des sociétés concernées sont pertinentes et qu'elles aboutissent à établir un rapport d'échange équitable. L'autre sera axé sur la valeur des apports en nature et des avantages particuliers, mission autrefois confiée aux commissaires aux apports, dont la présence n'est désormais plus impérative en tant que tel lorsqu'il est procédé à une fusion comportant des apports en nature impliquant des sociétés dans lesquelles les associés ont souhaité se priver d'office d'un commissaire à la fusion. Ces rapports participent de l'information des associés qui à défaut de l'être, ne peuvent valablement se prononcer sur l'opération envisagée³⁰⁶.

419. C'est le sens de cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris. Dans cette espèce, il a été jugé qu'en cas d'insuffisance d'information des actionnaires, quant à l'évaluation des apports, il y'avait lieu de saisir le juge des référés pour ordonner le report de la date de l'assemblée générale et la désignation d'un Expert. De cet arrêt, il résulte l'importance voire la primeur de l'information accordée aux actionnaires lors de la restructuration de l'entreprise. A défaut, il est procédé à la nomination d'un expert chargé de procéder à cette formalité.

420. Le rôle de cet Expert n'est pas de déterminer la parité d'échange mais de vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés sont pertinentes et que la parité d'échange est équitable.³⁰⁷ En outre, les commissaires à la fusion doivent s'assurer que le montant de l'actif net apporté par la ou les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation de capital de la société absorbante ou nouvellement créée.³⁰⁸

³⁰⁵ A.U. D.S.C. art. 672 et C.Com., art. L.236-10.

³⁰⁶ Paris, 14 juin 1988, D.1988,505.

³⁰⁷ Paris, 19 févr. 1999, BJS 1999, 674. Paris 12 Mai 1988, Dr. Sociétés 1999 , n° 2.

³⁰⁸ C. Com. art. R.236-7.

421. En premier lieu, les commissaires vont établir un rapport sur les modalités de la fusion. Précisément, ils vont devoir vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions ou parts sociales des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et aboutissent à la détermination d'un rapport d'échange équitable. En particulier, ils doivent vérifier que plusieurs critères ont été élus et que plusieurs méthodes ont été combinées pour déterminer la valeur respective des sociétés ; le cas échéant, le commissaire à la fusion peut réintroduire un critère ou une méthode qui lui semblent pertinent. Pour mener à bien cette première mission, ils peuvent obtenir des sociétés concernées communication de tous documents utiles et procéder à toutes les vérifications qu'ils estiment nécessaires³⁰⁹ ainsi que se faire assister par un ou plusieurs experts de leur choix³¹⁰.

422. Dans leur rapport, les commissaires doivent indiquer quelles ont été la ou les méthodes retenues pour la détermination du rapport d'échange proposé. Le caractère adéquat de cette ou ces méthodes conduit à un avis sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue et, enfin, les éventuelles difficultés particulières d'évaluation³¹¹. Par ailleurs, les commissaires à la fusion doivent élaborer sous leur responsabilité, un second rapport relatif à la valeur des apports en nature³¹².

423. Cette seconde mission dévolue au commissaire à la fusion est le fruit de la consécration législative par la loi du 11 février 1994 d'une pratique qui voyait les présidents des tribunaux de commerce confier très souvent cette seconde mission au commissaire à la fusion. En réalité, ce second rapport peut contenir trois missions différentes. En effet, les commissaires à la fusion doivent tout d'abord vérifier qu'aucun apport en nature de l'absorbée à l'absorbante n'a fait l'objet de surévaluation.

424. Relevons qu'un arrêt a admis que la surévaluation d'un apport en nature dans le cadre d'une opération de restructuration, faisait subir un préjudice direct à la société bénéficiaire de l'apport au terme de la fusion mais aussi à titre personnel, aux minoritaires de la société absorbante, qui, du fait de cette surévaluation, ont vu leur participation au capital davantage diluée et, partant l'ensemble de leurs droits réduits, justifiant la mise en cause de

³⁰⁹ C. Com. art. L.236-10 al.2.

³¹⁰ C. Com., art. R225-7 sur renvoi de l'article R. 236-6al.2

³¹¹ C. Com., art. L. 236-10, I, al. 3.

³¹² C.com., art. L.225-147 sur renvoi de l'art. L.236-10.

la responsabilité du commissaire à la fusion³¹³. Par ailleurs, les commissaires à la fusion doivent apprécier les éventuels avantages particuliers qui seraient transférés de l'absorbée à l'absorbante³¹⁴.

425. Enfin, les commissaires à la fusion doivent s'assurer que le montant de l'actif net apporté à la société absorbante est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de cette dernière³¹⁵. En tout état de cause, ces rapports destinés à assurer la protection des actionnaires doivent être mis à leur disposition. A cet titre, il convient de préciser que les dispositions de l'article L. 236-10 ne distinguant pas les deux rapports quant à leur communication aux actionnaires et associés des sociétés concernées, il y a lieu de leur appliquer le même régime en terme de communication.

426. Enfin, ces deux rapports doivent-ils être déposés au siège des sociétés concernées un mois au moins avant la date des assemblées générales appelées à se prononcer³¹⁶. Dans les SARL, si les associés sont consultés par écrit ces rapports doivent être joints au projet de résolution qui leur est soumis³¹⁷.

427. En revanche, ces rapports n'ont normalement pas à être déposés au Greffe des tribunaux de commerce concernés, les articles R. 123-106 et R. 123-107 du code de commerce ne visant que les opérations d'augmentation de capital par apport en nature. Cette solution si elle ne fait aucun doute pour le rapport des commissaires quant aux modalités de la fusion, est débattue s'agissant du rapport sur l'évaluation des apports en nature. Eu égard au caractère autonome des opérations de fusion, ce rapport ne devrait pas avoir besoin d'être déposé au greffe.

428. À cet égard, il y a lieu de relever que la COB en son temps s'était prononcée en faveur du dépôt de ce rapport au greffe en se fondant sur les propos du ministre lors des

³¹³ Com. 28 juin 2005, n° 03-12.112, D.2005.

³¹⁴ Douai, 7 juill. 1994, RJDA 12/94, n° 1297, jugeant que la transmission universelle du patrimoine d'une société filiale à sa société mère au terme d'une opération de fusion ne constituait pas un avantage particulier pour l'actionnaire majoritaire de la société absorbée

³¹⁵ C. com., art. R. 236-7, al. 1^{er}.

³¹⁶ C. com., art. R. 236-3.

³¹⁷ C. com., art. R. 236-3 in fine.

débats parlementaires³¹⁸; Cette solution semble devoir être suivie. D'ailleurs, le Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés retient une autre interprétation et assimile les opérations de fusion aux augmentations de capital par apport en nature justifiant du dépôt de ce rapport³¹⁹.

429. L'exercice de ces missions fait peser sur les commissaires à la fusion une responsabilité civile dans les termes de l'article L. 822-17 du code de commerce qui dispose que ces professionnels sont responsables, tant à l'égard de la personne ou de l'entité qui sollicite leur office que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions.

430. La mission du commissaire à la fusion est importante dans la mesure où elle va permettre aux actionnaires de s'informer sur les modalités de la restructuration. Toutefois, il convient de déterminer le moment où celle-ci intervient. En théorie, les commissaires à la fusion ou à la scission sont saisis par le projet de fusion ou de scission, qui constitue la base de leur mission de vérification. En pratique, il est évident que leur implication est bien antérieure, et que les conditions et modalités de la fusion font l'objet d'une validation par eux en amont, avant que les conseils d'administration ou directoires des sociétés en présence n'arrêtent le projet de fusion. Cette validation est le plus souvent informelle, mais elle peut aussi prendre la forme d'une lettre au conseil d'administration ou encore de la transmission d'un projet de leur rapport.

431. À cet effet, les diligences des commissaires à la fusion se déroulent souvent en large partie avant les conseils d'administration ou directoires appelés à arrêter le projet de fusion. Notons enfin que les commissaires à la fusion peuvent se faire assister d'un ou plusieurs experts de leur choix, aux frais des sociétés et peuvent obtenir auprès de chaque société, communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires³²⁰. Ils ont accès aux commissaires aux comptes et à leurs dossiers.

³¹⁸ Bull. COB févr. 1992, p. 6

³¹⁹ Avis Comité de coordination du RCS n° 98-02 bis, Bull. RCS 1999, n° 6, p. 7

³²⁰ C.com.art. L.236-10 précité.

432. En résumé force est de retenir, pour ce qui nous concerne que la conception de l'opération de fusion devrait être recherchée dans la technique contractuelle qui permet de mieux refléter la réalité de la fusion, technique de restructuration par excellence étant entendu qu'elle est le résultat d'une longue négociation qui devrait aboutir à la formalisation d'un plan de restructuration entériné par les associés. Cette recherche de la définition de la fusion dans le contrat a été déjà affirmée par une partie de la doctrine. Elle est en tout état de cause plus plausible en droit OHADA a contrario du droit français ainsi qu'il résulte de la définition de l'opération « *la fusion est l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule...* » et ce, quoique le législateur OHADA ait à l'instar du droit français épousé la conception patrimoniale.

433. Ce contrat est très formaliste car nécessaire à assurer la sécurité juridique des personnes intéressées à la restructuration notamment les actionnaires, les créanciers³²¹ et les tiers. Ce formalisme protectionniste est affirmée dans les deux législations quoique dans la mise en œuvre des divergences assez pratiques existent étant entendu qu'il apparaît que l'effort du législateur français est à la simplification de cette procédure par l'allègement des formalités requises ce ci en vue de renforcer la compétitivité des entreprises en éliminant des contraintes ou en ouvrant de nouvelles flexibilités dans l'optique d'une réduction des coûts liés aux fusions et en limitant les obligations y relatives . Ces simplifications en dépit de certaines incohérences pourraient influencer le législateur OHADA dans la rénovation de son droit des restructurations d'entreprises où les formalités de publicité, d'élaboration et de mise à disposition des documents de la restructuration, de tenue de l'assemblée générale extraordinaire, de désignation de l'organe de contrôle génèrent d'importants frais qui, pour notre part pourraient décourager les entreprises d'y recourir. Or les restructurations permettent aux entreprises de l'espace OHADA de s'affirmer dans un environnement concurrentiel dominé par la mondialisation qui impose le regroupement à peine de disparaître.

434. Mais cette simplification des règles applicables par l'assouplissement du formalisme ne sera pas sans poser de difficultés notamment en ce qui concerne la protection du droit des actionnaires, des tiers et des créanciers. Par exemple, l'absence d'un rapport sur les modalités de la fusion peut constituer une diminution significative du degré d'information des actionnaires appelés à se prononcer sur la fusion.

³²¹ Notons que la protection du droit des créanciers n'a pas été abordée dans le cadre de nos travaux quoiqu'ils peuvent entraver l'opération de restructuration par la mise en œuvre de leur droit d'opposition.

435. Nonobstant ces inconvénients, l'intérêt du recours à la technique contractuelle pour définir l'opération de restructuration s'explique par le fait que son processus est calqué sur la formation du contrat³²². D'autre part, les problématiques liées à l'intransmissibilité de certains contrats intuitu personae notamment, de même que la responsabilité pénale peuvent être solutionnées dans ce mécanisme par l'insertion dans le contrat de restructuration des clauses relatives à leur transmission ou des clauses de garantie du passif par lesquelles la société absorbante pourra se prévaloir en faveur de la société absorbée. La jurisprudence estimant dans cette hypothèse qu'une société absorbante peut se prévaloir d'une clause de garantie de passif stipulée en faveur de la société absorbée lors de la cession des titres de celle-ci même en l'absence de mention de la clause dans le traité de fusion³²³. La solution est justifiée puisqu'en matière de fusion absorption, la société absorbante est de plein droit substituée dans l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée par l'effet de la restructuration. Seule une stipulation contractuelle pourrait heurter l'application du principe de la transmission universelle du patrimoine. En pareille occurrence, ce serait l'application de la force obligatoire prévue par l'article 1134 du code civil.

436. Dès lors, c'est par la technique contractuelle qu'il convient de réaliser une opération de fusion. Toutefois, à côté de cette conception existe une autre à laquelle le législateur devrait s'intéresser et qui prend des proportions dans les relations économiques tant nationales qu'internationales. Cette autre conception tend à utiliser la restructuration par voie de fusion comme un moyen de financement.

³²² Cette conception contractuelle comme nous le verrons pourrait contribuer à faciliter les restructurations transfrontalières.

³²³ Cass.com., 10 juillet 2007, n° 05-14.358, Bull.Civ.IV, n° 192, BRDA 2007, n° 18, inf.1.

Section II L'instrumentalisation de l'opération de restructuration dans les montages financiers de type LBO³²⁴

437. La définition de la notion de montage juridique se déduit naturellement des éléments conceptuels du montage³²⁵. Il s'agit de l'élaboration dans un contexte juridique donné d'une construction faite de plusieurs actes dont la réalisation permettra aux parties de dépasser la situation objective qui les contraint actuellement.

438. Sociologiquement, le montage est ainsi un phénomène par lequel le droit et la liberté contractuelle permettent d'aller au-delà de l'esprit de certains actes ou contrats spéciaux pour mieux servir certains intérêts économiques³²⁶. Il s'agit d'une technique juridique finalisée apparaissant comme un assemblage ou une succession organisée d'actes indépendants, destinés à produire des effets particuliers³²⁷. Affirmer que la fusion est instrumentalisée dans les montages financiers revient à dire que cette opération va être utilisée dans la chaîne des opérations ou des actes juridiques nécessaires à la finalité de ces opérations. C'est dire que l'objectif ou l'effet principal recherché à travers le recours au mécanisme de fusion n'est pas tant de transmettre un patrimoine dans son universalité, mais plutôt d'utiliser le mécanisme à des fins de financement voire de remboursement d'un emprunt contracté pour prendre le contrôle d'une autre société.

439. La présente étude va tendre à appréhender les modalités d'instrumentalisation des fusions dans le cadre de ces opérations complexes. La restructuration par voie de fusion

³²⁴ Le Leverage buy out est un montage juridique permettant à un entrepreneur d'acquérir le pouvoir dans une entreprise, et plus généralement une société, grâce à l'acquisition de la majorité des titres par l'intermédiaire d'une structure qu'il contrôle et qui procède à l'acquisition souhaitée avec ses fonds propres et divers emprunts. Les concepteurs d'une telle opération doivent s'intéresser à la fois à chacun des actes qui la compose, mais également à la validité et à l'équilibre de l'opération prise dans son ensemble. Voy. PORACCHIA D., La réception juridique des montages conçus par les professionnels du droit, 1998, PUAM

³²⁵ Le montage peut revêtir plusieurs formes. Voy DUCOULOUX-FAVARD C. montages juridiques Petites affiches, 24 octobre 2006 n° 212, p. 8.

³²⁶ DOM J.P., les montages en droit des sociétés, édition JOLY sous la direction de Paul LE CANNU, n° 15, p.17.

³²⁷ DOM JP, op.cit., n° 20, p.19.

est le débouché naturel de l'opération de Leverage Buy Out, plus communément appelée LBO³²⁸ et suit très rapidement l'acquisition de la société cible. La seule motivation de cette opération réside plus dans la possibilité d'imputer les charges financières de la holding créé dans le cadre du LBO sur les résultats bénéficiaires de la société cible avec laquelle la fusion est organisée. Cette instrumentalisation est bien structurée (para I). Mais il faut être conscient des obstacles qui pourraient entamer sa réalisation. Aussi, ce mécanisme est très controversé tant par la loi que par la doctrine. (para II)

Para I la structuration du montage

440. La restructuration à travers le mécanisme de transmission universelle du patrimoine va permettre de rembourser un emprunt contracté par une société nouvellement créée ou existante pour acquérir le pouvoir de direction d'une entreprise saine et prospère. La fusion n'est motivée que par des impératifs financiers visant l'apurement des charges voire des pertes financières. Ces opérations consistent en l'acquisition d'une société cible par une holding dédiée et spécifiquement financée à cette fin ; et sa mise en place assure un effet de levier financier (acquérir la cible grâce à l'endettement financier), juridique (contrôler la société cible sans en détenir directement le contrôle) et fiscal (déduire du résultat de la holding les intérêts financiers de la dette ayant permis l'acquisition de la cible).

441. Cette finalité de la fusion à laquelle le législateur devrait s'intéresser est la résultante d'un processus élaboré par la pratique dont la structuration passe par une phase préalable au cours de laquelle un holding créé va recourir à l'endettement (A) pour après fusionner avec la société cible(B).

A. La phase préalable du montage

442. L'intérêt du LBO est de procéder à l'acquisition d'une entité avec un investissement en capital relativement faible. En l'occurrence, il s'agit d'un montage juridique permettant à un entrepreneur d'acquérir le pouvoir dans une entreprise et plus généralement une société, grâce à l'acquisition de la majorité des titres par l'intermédiaire d'une structure qu'il contrôle et qui procède à l'acquisition souhaitée avec ses fonds propres et divers emprunts.

³²⁸ BERTREL J.P., la fusion rapide, Dr. Et patr.1994, n° 17, p. 24.

443. Les concepteurs d'une telle opération doivent s'intéresser à la fois à chacun des actes qui la composent mais également à la validité et à l'équilibre de l'opération prise dans son ensemble³²⁹. La création d'une structure destinée à l'acquisition de l'entité désirée (1) ainsi que son endettement (2), induisent un effet de levier juridique et financier et constituent les phases préalables de ce montage.

1. la constitution du holding d'acquisition

444. Le LBO et ses dérivés nécessitent la mise en place d'un montage juridique offrant des opportunités en termes d'effets de levier. L'acquisition de la cible se fait par l'intermédiaire d'une holding qui devra si elle n'existe pas déjà, être créée pour l'occasion, et être dotée des fonds propres nécessaires à la réalisation de l'opération. La question que nous traiterons dans le cadre de cette partie sera consécutive à la forme de la société à utiliser pour mettre en place le montage espéré.

445. Tous les types sociétaires peuvent a priori, être choisis pour mener une opération de LBO. En pratique, les structures dans lesquelles les associés engagent indéfiniment leur responsabilité au côté de la société sont le plus souvent exclues³³⁰. La maximisation de l'effet de levier juridique pourrait conduire à adopter la forme de société en commandite par actions pour la société holding³³¹. Cependant, parce que cette forme sociale confère aux commandités le pouvoir sans que les commanditaires (en l'espèce, les investisseurs) ne puissent réellement exercer un contrôle sur eux ; cette forme sociale semble peu utilisée lors des LBO. La SARL, même si elle apparaît plus attractive depuis l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004³³², notamment par sa faculté d'émettre des obligations, restera certainement une structure marginale des holdings de tête lors des LBO. Cette forme sociale ne permet pas d'organiser librement la géographie du capital puisqu'en cas de cession,

³²⁹PORACCHIA D., La réception juridique des montages conçus par les professionnels du droit, PUAM, 1998,

³³⁰ V. cependant sur les intérêts pouvant exister de créer une holding sous forme de SNC, BERTREL J.-P., Ingénierie juridique : le « montage Tapie », Dr. et patrimoine 1998, n° 59, p. 24.

³³¹ . BERTREL J.-P et JEANTIN M., *op. cit.*, p. 342 ; TURCK M., Société en commandite par actions et effet de levier juridique, JCP, éd. E, 1994. I. 377 ; BUCHER F., Du bon usage de la commandite par actions, Rev. sociétés 1994, p.415.

³³² LIENHARD A., Les assouplissements du régime de la SARL, D. 2004, chron. 930 ; LÉCUYER H., Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL, LPA 2004, n° 77, p. 4 ; SAINTOURENS B., L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, Rev. sociétés 2004.207.

l'agrément du cessionnaire tiers à la société reste obligatoire³³³ ; ce qui ne conviendra pas le plus souvent aux investisseurs.

446. De facto, les deux types de structures le plus souvent utilisées pour la holding seront la SA et la SAS. Ces deux structures présentent l'avantage de pouvoir émettre des valeurs mobilières destinées à combler les vœux des investisseurs en capital et de certains prêteurs qui acceptent de voir leur dette subordonnée.

447. En toute hypothèse, la pratique reste encore tournée vers la création de holding sous la forme de sociétés anonymes, cette forme sociétaire étant bien connue des investisseurs étrangers et en particulier, outre-Atlantique, par les fonds de capital-risque. En outre, on peut remarquer que la SA présente l'avantage d'offrir aux actionnaires qui désirent exercer leurs prérogatives, un vrai pouvoir de contrôle sur la direction, pouvoir renforcé par les lois récentes et influencés partiellement par la théorie du gouvernement d'entreprise, théorie qui selon certains auteurs innoverait la pratique des LBO³³⁴.

2. Le financement du holding

448. Le LBO repose sur un fort endettement du holding qui est la source de l'effet de levier financier. La dette du holding est généralement structurée en fonction du risque de non remboursement accepté par l'emprunteur. Ce risque s'accompagne d'un taux de rendement plus ou moins important.

449. Le financement de la holding d'acquisition se réalise par l'apport en capitaux propres mais également par voie d'emprunt. Le recours à l'endettement constitue en effet un élément essentiel des opérations de LBO. La dette destinée à financer l'acquisition de la cible par la holding, permet de réaliser l'effet de levier financier inhérent à ce type d'opérations. La pratique a développé plusieurs types et niveaux d'endettement toujours assortis de sûretés.

450. Ces types d'endettement sont variés et dépendent souvent du montant du financement recherché. La dette bancaire dite senior, constitue l'outil principal du LBO. Elle peut être complétée par une dette dite junior (terminologie parfois plus largement utilisée pour

³³³ C. com., art. L. 223-14

³³⁴ KAPLAN S., L'héritage des LBO, www.lesechos.fr

désigner toute dette subordonnée), ainsi qu'un financement hybride dit mezzanine. Nous nous attarderons dans le cadre de cette étude, à ces types de financement étant précisé que les praticiens peuvent imaginer d'autres types.

a. la dette senior

451. La dette senior est octroyée par un établissement de crédit. Généralement consentie pour une durée de l'ordre de 5 à 7 ans, elle comporte souvent une tranche amortissable annuellement et une partie remboursable à l'échéance du prêt. Cette dernière tranche dite in fine permet de limiter la pression exercée par le service de la dette sur le niveau de trésorerie du groupe.

b. la dette junior

452. La dette dite junior est celle dont le remboursement est subordonné à l'amortissement du prêt principal. Sa date de maturité est donc souvent postérieure à l'échéance de la dette senior. Ces dernières années, la pratique a par ailleurs développé le recours à des financements bancaires intermédiaires additionnels eux aussi subordonnés à la dette senior.

c- La dette mezzanine

453. Lorsque l'endettement bancaire est insuffisant compte tenu du montant recherché, la mezzanine vient s'intercaler entre la dette bancaire et les fonds propres. Souvent consenti par des fonds d'investissement spécialisés, le financement mezzanine est généralement structuré sous forme de valeurs mobilières donnant accès au capital (notamment d'obligations convertibles en actions).

454. Ce type de financement hybride est d'une durée plus longue que les prêts bancaires ; environ 10 ans et amortissable in fine. Subordonnée au remboursement de la dette bancaire, la mezzanine comporte ainsi un risque excédant celui pris par la banque prêteuse. En contrepartie de ce risque, les "mezzaneurs" bénéficient d'une opportunité de gain supérieur grâce à un taux d'intérêts plus élevé mais également à un droit d'accès au capital permettant ainsi la réalisation d'une plus-value de cession.

455. Le fait que l'accès au capital ne soit qu'optionnel et à terme évite lors de la mise en place du LBO une dilution de l'actionnariat de la holding, offre au "mezzaneur" le choix

entre devenir actionnaire ou percevoir un intérêt additionnel qui prend la forme d'une prime dite de non-conversion. Les actionnaires repreneurs préfèrent parfois des emprunts obligataires à très fort taux d'intérêt dits *high yield* à la mezzanine dans la mesure où ils n'offrent pas aux prêteurs la possibilité d'accéder au capital de la holding.

B. La transmission universelle du patrimoine de la société Cible au Holding

456. L'opération de fusion se traduit par la réunion de deux sociétés afin de n'en former qu'une seule. Pour que cela se concrétise, il faut réunir les patrimoines des deux sociétés. Cette transmission universelle du patrimoine dans le cadre du LBO est très importante dans la mesure où elle va permettre au holding de rembourser par les actifs de la cible, l'emprunt contracté lors de sa constitution. C'est la raison pour laquelle, la société cible doit avoir des caractères⁽¹⁾ et les deux sociétés doivent avoir un intérêt commun ⁽²⁾.

1. Caractères des cibles

457. Les effets de levier du LBO ont un coût qui devra être supporté par la cible rachetée. Il est évident que le pouvoir conféré aux sommes investies par le repreneur, sans commune mesure avec la valeur de la cible, suppose la mobilisation d'autres fonds. De plus, les apporteurs de ces fonds (propres ou d'emprunt) attendent très logiquement une rémunération pour leur participation à l'opération de rachat. Or, le holding de rachat n'a le plus souvent aucune activité et se trouve structurellement endetté. Aussi, pour supporter son endettement, il doit utiliser la société cible, seule à même de lui procurer les revenus nécessaires. De fait, toutes les entreprises sociétaires ne sont pas susceptibles d'être rachetées par voie de LBO.

458. Plus exactement, le risque de l'opération va varier en fonction des caractéristiques économiques et financières de la cible et principalement de sa capacité à distribuer régulièrement et sur un moyen terme des dividendes suffisants au remboursement des emprunts du holding.

459. Selon l'Association française des investisseurs en capital³³⁵, les sociétés cibles susceptibles de faire l'objet d'un LBO doivent présenter les caractéristiques suivantes :

³³⁵ GRANGE J.-L. , MATUCHANSKY R., MERAUD H. et GICQUEAU T., LBO - Guide pratique, 2003, AFIC, p. 14 ; V. égal. DELFOSSE A., Holdings et reprise d'entreprise : LBO, LMBO, rachat par les cadres, 1988, Les éditions d'organisation, p. 104.

- être financièrement saines ; ce qui signifie qu'elles doivent dégager une rentabilité significative et récurrente avec un réel potentiel de croissance ;
- avoir des atouts et des avantages concurrentiels qui se traduisent souvent par des positions de leader ou de quasi-leader sur un marché ou sur un segment de marché ;
- Il doit exister une « barrière à l'entrée » contre l'arrivée rapide de nouveaux concurrents ou contre des changements d'organisation du marché tant du côté du fournisseur que de celui des clients ;
- disposer d'un outil de production adapté de façon à ce que la société après l'entrée de nouveaux actionnaires, ne soit pas obligée d'investir massivement ; ce qui aurait pour conséquence d'amoindrir l'effet de levier ;
- présenter un modèle de croissance opérationnel dont le financement permette cependant de dégager des cash-flows excédentaires et suffisants pour assurer le remboursement de la « dette LBO » ;
- disposer d'un savoir-faire transmissible ;
- enfin, il est souhaitable que l'entrepreneur vendeur n'entretienne qu'un faible *intuitu personae* avec les clients de l'entreprise qui ne doit pas être dépendante de l'un d'eux, de façon à éviter que son départ de la société n'entraîne une diminution du chiffre d'affaires de l'entreprise, ou que le départ d'un client ne remette en cause l'équilibre financier de l'opération.

460. Sont donc a priori exclues, toutes les entreprises en difficulté et particulièrement celles faisant l'objet d'une procédure collective. On peut cependant remarquer que le régime légal entourant ces procédures peut rendre opportune la prise de contrôle d'une société faisant l'objet d'un plan de continuation, si le repreneur estime que le rétablissement de la société cible interviendra rapidement et que le poids réaménagé de la dette n'est pas trop important.

461. Dans cette situation cependant, les emprunts contractés par la cible devront généralement être structurés pour éviter que les premières échéances de remboursement soient antérieures à la production par la cible, des revenus nécessaires à leur règlement. On peut

également imaginer monter un LBO pour acquérir une entreprise en difficulté dans le cadre d'un plan de cession ou de cession d'unité de production, lorsque l'entreprise présente une réelle potentialité de développement. Cela semble d'ailleurs se développer assez largement outre-Atlantique³³⁶.

2 - Intérêt social de la cible et LBO

462. Le LBO est souvent présenté comme étant totalement antinomique avec l'intérêt de la cible, ce qui en ferait une opération très risquée. Objectivement cela est parfaitement exact. Comme le remarque un auteur, on peut relever *« un conflit entre d'une part, la finalité, les objectifs et la logique de construction du droit de l'entreprise et d'autre part la finalité, les objectifs et les effets des montages juridico-financiers de reprise. Dans le premier cas, l'accent est mis sur la protection de l'entreprise sociale et les intérêts qu'elle supporte ; dans le second, il s'agit de se servir de la substance même de cette entreprise pour permettre à une personne ou à plusieurs personnes, le ou les repreneurs, d'en prendre le contrôle ; c'est l'utilisation de la substance de l'entreprise par une ou plusieurs personnes dans leur intérêt personnel et exclusif »*³³⁷. On peut en effet douter a priori de l'intérêt de la cible de financer son propre rachat, que l'on analyse l'intérêt social comme l'intérêt commun des actionnaires cherchant à maximiser leur profit³³⁸ ; ou comme l'intérêt de la société qui, à terme, recherche également la maximisation du profit au bénéfice des associés.

463. Cette analyse doit cependant être dépassée. Le LBO est seulement une technique d'acquisition d'entreprises. Sa mise en œuvre suppose donc que l'entreprise soit en vente. De fait, cette technique permet d'assurer la pérennité de l'entreprise rachetée, du moins lorsque les conditions de l'opération ne sont pas léonines. Dans cette perspective, elle offre aux entrepreneurs qui n'ont pas les fonds nécessaires au rachat direct de l'entreprise, les moyens d'une telle acquisition. En outre, le fait qu'ils (les entrepreneurs) risquent une partie substantielle de leur patrimoine dans le LBO, les pousse à être particulièrement diligents dans

³³⁶ PARISSET A., Acquisition d'une société américaine en redressement judiciaire, Rev. Lamy dr. affaires, oct. 2003, p. 3.

³³⁷ PAILLUSSEAU J. et DUSSART M., Sécurité des montages de reprise au plan juridique, Bull. Joly 1990.849.

³³⁸ V. spéc. SCHMIDT D., Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, 2^e éd., 2004, Joly, p. 1 et s.

la gestion de l'entreprise rachetée ; ce qui finalement, conduirait, dans la plupart des hypothèses, à une création de valeur³³⁹.

464. On l'aura compris, bien que le LBO se présente comme une opération d'acquisition d'entreprise reposant sur le financement par la cible d'une partie de son acquisition, celle-ci peut être conforme à son intérêt, tout au moins lorsque la gestion sociale apparaît cohérente et que le versement de dividendes n'est pas exagéré. En revanche, si l'opération apparaît déséquilibrée, notamment par le poids financier supporté par la cible, le LBO risque d'être jugé contraire à son intérêt, et de nombreux actes ponctuels qui le composent pourront être remis en cause et entraîner la responsabilité de leurs auteurs. C'est la raison pour laquelle cette opération est entravée.

Para II Une opération entravée

465. La réalisation de la fusion rapide peut être entravée par la présence de certains obstacles de plusieurs ordres. Mais nous limiterons notre propos à ceux qui sont prévus par la loi et attestés par une partie de la doctrine.

A- Les obstacles découlant de la loi

466. Ces obstacles juridiques sont contenus dans les dispositions de l'article L.225-216 du code de commerce qui précisent que : « Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou l'achat de ses propres actions par un tiers. Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux opérations courantes des entreprises de crédit, ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société d'une des ses filiales ou d'une sociétés comprise dans le champs d'un plan d'épargne de groupe prévu par l'article L. 444-3 du code du travail»³⁴⁰.

³³⁹ Du moins dans les MBO pratiqués aux États-Unis et en Grande-Bretagne, WRIGHT V. M. et ROBBIE K., Le repreneur est un entrepreneur, www.lesechos.fr ; l'analyse des LBO français est plus nuancée, même si la faible création de valeur, voire la dégradation des résultats de la cible, n'apparaissent pas liées à la structuration de l'opération, DESBRIÈRES V. P. et SCHATT A., L'incidence des LBO sur la politique d'investissement et la gestion opérationnelle des firmes acquises : le cas français, Finance Contrôle Stratégie, vol. 5, n° 4, déc. 2002.

³⁴⁰ En droit OHADA, cette disposition est traitée par l'article 639 de l'A.U.relatif au Droit des sociétés commerciales et du GIE.

467. Grâce à la fusion rapide, le repreneur est soulagé d'un point de vue financier. Le remboursement des emprunts ne se fait plus grâce à la remontée des dividendes, mais grâce à la trésorerie de la cible. Ce serait donc la société cible qui a posteriori financerait son propre rachat. Or, l'article L.225-216 alinéa 1 du Code de commerce dispose que : « *une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou l'achat de ses propres actions par un tiers* ». En d'autres termes, une société ne peut participer au financement de son propre rachat. Toutefois, aux termes du deuxième alinéa de cet article, ces dispositions « ne s'appliquent pas aux opérations effectuées en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société ou de l'une de ses filiales. » Faut-il considérer que le montage de fusion rapide entre dans le champ d'application de l'interdiction posée à l'alinéa premier ou qu'il relève de la dérogation du deuxième alinéa ? Les dispositions de ce dernier alinéa doivent être écartées dans la mesure où on voit mal comment la holding pourrait avoir la qualité de salarié de la cible. En effet, comme nous l'avons précisé, la holding d'acquisition est une holding pure : elle n'exerce aucune activité autre que la gestion de ses titres. Dès lors, comment pourrait-elle être salariée de cette dernière ? Si l'application de l'alinéa second semble pouvoir être écartée, tel n'est pas le cas du premier alinéa. Le sens qu'il convient de conférer à cette disposition donne lieu à de nombreuses controverses doctrinales.

B- Des obstacles attestés par la doctrine

468. Comment interpréter l'article L. 225-216 du Code de commerce ? Telle est la question à laquelle nombre d'auteurs et de praticiens tentent d'apporter une réponse. Plus précisément, le problème est de savoir si le fait pour l'entité fusionnée d'utiliser la trésorerie de la cible afin de rembourser les emprunts ayant permis son acquisition, constitue une avance ou un prêt au sens de cet article. Ainsi, la doctrine opte pour une double interprétation de ces dispositions de l'article L.225-216. Une interprétation restrictive et une interprétation large.

1- L'interprétation extensive

469. Pour certains auteurs³⁴¹, prônant une interprétation large de cette disposition, il ne faut pas s'attacher aux termes employés dans cet article : peu importe la qualification de

³⁴¹ BERTREL JP acquisition de contrôle et vampirisme financier, Dr. Et Patr., janvier 1993, p.56.

l'opération, l'essence de l'article L. 225-216 du Code de commerce ne serait pas simplement de condamner les avances ou les prêts stricto sensu mais toute opération financière par laquelle une société faciliterait l'acquisition de ses actions par un tiers.

470. Ainsi, cet article ne devrait pas être interprété dans le sens où sont prohibés uniquement les avances ou les prêts consentis directement au profit du tiers acquéreur. Le plus important est qu'économiquement, le résultat soit le même que si un prêt ou une avance était octroyé ; du fait de la fusion, la cible supporte la charge du financement de ses propres actions. Peu importe également le moment auquel les sommes sont avancées. Certes, l'article L. 225-216 du Code de commerce dispose que les prêts et avances prohibés sont ceux qu'une société consent « en vue » de l'achat de ses propres actions par un tiers.

471. Si on procède à une interprétation stricte de cet article, il faudrait que les sommes aient été mises à disposition avant que l'acquisition des actions ait eu lieu, pour que l'opération relève du champ d'application de cette disposition. Or, dans le cadre d'une fusion, il est indéniable que les sommes ne sont mises à disposition de l'entité fusionnée qu'après l'achat des titres de la cible.

472. D'autres auteurs³⁴² avancent l'argumentation suivante. Les opérations de financement élaborées afin de permettre une prise de contrôle de société ne sont pas des opérations qui se déroulent de manière spontanée mais de manière réfléchie. Par conséquent, avant de procéder à la fusion rapide, le montage se décompose en plusieurs opérations. Chaque étape du montage a été soigneusement planifiée par avance : l'endettement de la holding dans un premier temps, l'acquisition des titres de la cible dans un second temps, puis la fusion de ces deux entités dans un dernier temps afin de rembourser les emprunts contractés lors de la première étape.

473. De la sorte, tout serait donc fait « en vue » de faciliter « l'achat de ses propres actions par un tiers »³⁴³. En conséquence, selon ces auteurs, ces opérations relèvent bien du champ d'application de l'article L. 225-216 du Code de commerce.

474. En faveur d'une interprétation extensive de l'article L. 225-216 du Code de commerce, il est également fait valoir que cette disposition doit être interprétée à la lumière

³⁴² PAILLUSSEAU J., Sécurité des montages de reprise au plan juridique, Bull. Joly, &260, p.849.

³⁴³ Ibid.

de la deuxième directive³⁴⁴, dont elle est la transposition. Celle-ci a pour finalité la protection de l'intégrité du capital des sociétés par action. En effet, le Conseil des Communautés européennes a jugé nécessaire « *d'arrêter des prescriptions communautaires afin de préserver le capital, gage des créanciers, notamment (...) en limitant la possibilité pour une société d'acquérir ses propres actions* »³⁴⁵. Il s'agit donc de protéger le capital social de la société cible. Or, cette protection ne saurait être efficace si elle se résume à la prohibition des seules avances, prêts et sûretés consentis par cette dernière avant que ses actions n'aient été acquises.

475. De même, ces auteurs estiment que l'article L. 225-216 du Code de commerce s'applique également lorsque des garanties sont consenties après la fusion sur les actifs de l'entité fusionnée. Selon eux, en cas de fusion rapide immédiatement suivie de l'octroi de garanties au profit des prêteurs qui ont rendu possible la mise en place du LBO, le montage n'aurait d'autre but que de contourner la prohibition de l'article précité. Il y aurait alors fraude à la loi.

476. En effet, la fraude à la loi est caractérisée dès lors qu'un sujet de droit a l'intention d'échapper à l'application d'une règle impérative en ayant recours à un montage que les auteurs qualifient d'artificiel. Il faut alors apporter la preuve que la fusion n'a été mise en place que pour éviter le jeu des dispositions impératives du Code de commerce. Il en irait de même lorsque la constitution d'une sûreté postérieurement à la fusion est une condition de l'obtention du prêt nécessaire à la réalisation du LBO. Supposons que les créanciers de la holding d'acquisition acceptent de consentir un prêt à cette dernière, mais à la condition que dans un laps de temps proche de la mise en place du LBO, il soit procédé à une fusion, et qu'une fois celle-ci réalisée, l'entité fusionnée leur consente une garantie sur les actifs de la cible transférés à la holding.

477. Il semblerait que le but d'un tel montage soit effectivement de contourner l'application de l'article L. 225-216 du Code de commerce. Ainsi, dans une telle hypothèse, le patrimoine de la cible serait effectivement engagé « en vue » de l'achat de ses propres actions.

2- L'interprétation restrictive

478. Si la position des auteurs ci-dessus référencés obtient notre adhésion concernant la constitution des sûretés, elle n'est pas partagée pour ce qui concerne les avances

³⁴⁴ Deuxième directive n° 77/91/CEE du conseil du 13 décembre 1976.

³⁴⁵ Idem.

de fonds et l'octroi des prêts. À l'instar de ce qui est allégué par une partie de la doctrine³⁴⁶, une interprétation restrictive des termes de l'article L. 225-216 du Code de commerce semble plus conforme à la lettre du texte.

479. Dans l'hypothèse d'une fusion rapide, comment considérer comme une avance ou un prêt le fait pour l'entité fusionnée d'utiliser la trésorerie, qui initialement était celle de la cible, afin de rembourser les emprunts contractés dans le cadre du LBO ? Pour établir cette démonstration, il est impératif de partir de la définition du contrat de prêt. Aux termes de l'article 1892 du Code civil, il s'agit du « *contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ». Le prêt suppose donc une restitution de la part de l'emprunteur. Or, une telle restitution fait défaut dans une hypothèse de fusion rapide.

480. Certes, la trésorerie de la cible va permettre de rembourser les emprunts contractés par la holding pour son acquisition mais, l'opération ne va pas se matérialiser par une mise à disposition des fonds au profit de la holding à charge pour cette dernière de rendre cette somme d'argent à la cible. L'entité fusionnée va se contenter de prélever des sommes sur sa propre trésorerie. Par conséquent, elle n'a rien à restituer à qui que ce soit. Cela résulte de la transmission universelle de patrimoine qui s'opère du fait de la fusion : la trésorerie utilisée n'est plus celle de la cible, mais celle de la société absorbante.

481. Grâce à la transmission universelle de patrimoine, les biens de la cible sont désormais la propriété de l'entité fusionnée. Dès lors, celle-ci ne fait rien d'autre que se prévaloir du droit que lui confère l'article 544 du Code civil³⁴⁷. La trésorerie dont il s'agit étant sa propriété, elle bénéficie à son égard de l'*abusus*, c'est-à-dire de sa disposition matérielle et juridique. À cet effet, elle a donc le droit d'aliéner le bien dont elle a la propriété. Il n'y a donc ni avances de fonds, ni prêts ; la transmission universelle de patrimoine ne saurait être assimilée à ces opérations.

³⁴⁶ VIANDER A., l'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966 et les rachats d'entreprise, JCP G 1990, I, n°3476 ; LENABASQUE H., A propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966, JCP E 1990, I, n° 107, p.17.

³⁴⁷ C.Civ. art.544 dispose que : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »

482. D'autre part, les auteurs font également valoir que la prohibition de l'article L. 225-216 du Code de commerce ne recouvre pas les hypothèses de fusion rapide dans la mesure où cet article instaure une chronologie qui diffère de celle-ci. En effet, le législateur établit que les avances de fonds et les prêts doivent être accordés « en vue » de l'acquisition des actions.

483. Or, l'entité fusionnée utilise la trésorerie mise à sa disposition après que les titres aient été acquis. La fusion étant postérieure à l'achat des actions, il n'est procédé au remboursement des emprunts ayant permis l'acquisition de la cible qu'une fois ses titres acquis. Dès lors, comment considérer que l'opération contestée est réalisée en vue de l'achat des actions ? Enfin, on pourrait ajouter que la référence à un tiers s'oppose également à l'application de l'article L. 225-216 du Code de commerce. Il est vrai qu'après la fusion, la holding qui a acquis les actions de la cible n'est plus un tiers ; holding et cible étant désormais réunies pour ne former qu'une seule et même société.

484. Au vu de ces quelques arguments, il semblerait que l'article L. 225-216 du Code de commerce ne puisse s'appliquer pour sanctionner le résultat obtenu grâce à une fusion rapide. Dès lors, comme l'a précisé un éminent auteur, il convient en la matière d'éviter toute « *cascade d'assimilation pour faire entrer dans le champ des interdictions des opérations qui n'entraient probablement pas dans les prévisions du législateur* »³⁴⁸. En effet, si le législateur a expressément visé les avances, les prêts et les sûretés, c'est peut-être parce qu'il n'entendait pas prohiber d'autres opérations.

485. À défaut, il aurait employé des termes plus larges. Par exemple, il aurait pu interdire toute opération par laquelle une société utilise sa trésorerie « en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ». De même, si le législateur entendait prohiber ces opérations avant comme après l'achat des actions, il n'aurait pas pris la peine de préciser « en vue de la souscription ou de l'achat des actions ».

486. Ainsi, il appartiendra au juge de trancher cette controverse doctrinale. À l'heure actuelle, celui-ci a certes eu à se prononcer quant au sens à donner à l'article L. 225-216 du Code de commerce, mais il n'a encore jamais eu à apprécier la compatibilité de la fusion rapide avec cet article. Dans l'hypothèse où il estimerait que ces opérations constituent

³⁴⁸ VIANDER A, op.cit.

une violation de cette disposition, un certain nombre de sanctions viendront condamner ces agissements.

487. Comme il vient d'être démontré, l'opération de restructuration peut être utilisée à d'autres escients notamment ceux de rembourser par son mécanisme caractéristique une dette nécessaire à la prise de contrôle d'une entreprise. Cette conception alternative que la doctrine regroupe sous le vocable fusion rapide s'entend de la fusion qui intervient dans un délai assez bref entre la société cible et la société holding, afin que les intérêts de l'emprunt souscrit par le holding pour l'acquisition de la société cible, puisse être payé grâce à la trésorerie de cette dernière. Cette question suscite des controverses : est-il possible de fusionner la société holding et la société cible tant que les emprunts contractés par la holding pour la prise de contrôle de la cible n'ont pas été remboursés ?

488. Dans ce cas, il se produit une confusion des patrimoines des deux sociétés et par conséquent, une utilisation des actifs de la cible, notamment sa trésorerie. Cette confusion des patrimoines profitant indirectement aux détenteurs des titres de la holding, n'y a-t-il pas violation des dispositions de l'article L.225-216 qui, comme il vient d'être démontré prohibent les avances ou les prêts consentis par une société à un tiers en vue de l'achat de ses propres actions, voire un abus de bien sociaux si les acquéreurs sont administrateurs de la société cible? la fusion est une opération courante qui fait l'objet de règles précises destinées à sauvegarder les intérêts des associés et des créanciers sociaux. Elle n'est donc pas en soi critiquable même si elle a pour objet de rapprocher deux sociétés dont l'une vient de prendre le contrôle de l'autre. Et, cette position favorable semble être celle de la jurisprudence. En effet, l'interdiction prévue par l'article L.225-216 du code de commerce a fait l'objet d'une interprétation favorable aux opérations de reprise. La Cour de cassation a estimé dans un arrêt de principe que ne tombe pas sous le coup de cet article, l'opération par laquelle une banque consent un prêt à un tiers pour l'achat des actions d'une société alors que ce prêt était garanti par le nantissement des titres et l'affectation au profit de la banque des distributions de bénéfices futurs effectuées par la société rachetée. Autrement dit, l'application stricte des termes de l'article L. 225-216 précité n'interdit ni la constitution par la société holding d'un nantissement portant sur les actions de la société cible, ni la remontée des dividendes de la cible à la holding en vue de rembourser le prêt³⁴⁹. Il en résulte que quelque soit le sens de la fusion (holding absorbant la cible ou l'inverse), la réunion des deux sociétés revient à financer

³⁴⁹ GUYON Y. note sous Cass. com., 15 nov. 1994 : JCP E 1995, II, 673.

le rachat de la cible avec ses propres actifs. Et, la violation de ce texte en raison des lourdes sanctions encourues pose avec acuité le problème de son applicabilité au cas d'une fusion rapide. S'il est prouvé que la fusion anticipée n'a été réalisée que pour détourner l'interdiction de l'article L. 225-216 précité et partant qu'elle ne présente aucun intérêt économique pour les sociétés fusionnées, elle peut être annulée et des condamnations pénales peuvent être prononcées contre les dirigeants qui l'ont organisée. Mais, le recours à l'article L. 225-216, d'interprétation restrictive en raison des sanctions pénales dont il est assorti, est discutable ici dans la mesure où une fusion n'est ni une avance ni un prêt. La question de l'application de l'article L. 225-216 à une fusion rapide demeure donc entière en l'absence de jurisprudence de référence sur ce point.

489. Cette interdiction est traitée également par le droit OHADA dans l'article 639 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du GIE qui dispose que :

« La souscription ou l'achat par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société est interdite. De même, la société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou l'achat de ses propres actions par un tiers.

Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé une réduction de capital non motivée par des pertes peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions pour les annuler.

Les fondateurs ou, dans le cas d'une augmentation de capital, les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général sont tenus dans les conditions prévues aux articles 738 et 740 du présent Acte uniforme, de libérer les actions souscrites ou acquises par la société en violation des dispositions de l'alinéa premier du présent article.

De même, lorsque les actions sont souscrites ou acquises par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société, cette personne est tenue de libérer les actions solidairement avec les fondateurs ou, selon le cas, les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général. Le souscripteur est en outre réputé avoir souscrit les actions pour son propre compte. »

Conclusion TITRE I

490. Dans le cadre de leur stratégie de croissance, les entreprises peuvent être amenées à se regrouper par des fusions qui leur permettent de renforcer leur capacité concurrentielle. Cette logique a été consacrée en droit français et OHADA sur la base du mécanisme de la transmission universelle du patrimoine. Cependant, ce mécanisme en dépit de son originalité contient des imperfections qui en notre sens pourraient entraver l'efficacité des restructurations d'entreprises. Aussi, cette conception primitive pour notre part apparaît désuète ce d'autant plus qu'il existe de plus en plus de nouvelles données, de nouveaux impératifs qui voient se développer des nouveaux mécanismes de restructurations dans lesquels la transmission universelle joue un rôle dérivé. La doctrine utilise la notion « fusion rapide » ou de « montage de type LBO » qui permettent d'affirmer que la finalité première de l'opération de restructuration par voie de fusion n'est pas tant la transmission universelle du patrimoine mais l'utilisation de celle-ci à des fins de parachèvement du montage financier. Ces procédés qui répondent plus à des impératifs financiers et soumis aux techniques de l'ingénierie financière démontrent qu'en plus de la conception patrimoniale légale, de la conception contractuelle doctrinale partiellement consacrée légalement, l'on assiste à une autre conception doctrinale : la financiarisation de l'opération de restructuration par fusion qui prend des proportions de plus en plus importantes. Elle apparaît comme une technique de financement de l'acquisition et de la transmission des entreprises et pose des problématiques importantes notamment en matière fiscale qu'il convient de régler car le législateur n'a prévu aucune disposition propre en la matière. En définitive, si ces opérations de restructuration sont possibles au plan interne, il convient de préciser qu'elles peuvent dépasser le cadre national, le législateur leur ayant consacré un régime légal qui en dépit de son caractère innovant contient des entraves qu'il convient de développer.

TITRE II LA CROISSANCE AU PLAN TRANSFRONTALIER : UNE REALITE LIMITEE

491. Après avoir constaté que les sociétés de capitaux éprouvent de nombreuses difficultés à réaliser des restructurations transfrontalières entre elles, il est apparu nécessaire aux législateurs français et africain, de prévoir des dispositions en vue d'en faciliter la réalisation.

492. L'objectif a été de simplifier le droit applicable afin de permettre aux entreprises d'y recourir facilement et d'assurer une certaine protection tant pour les associés, les tiers³⁵⁰ que les salariés³⁵¹ car l'absence d'un régime harmonisé avait jusqu'ici limité les capacités de mobilité des entreprises au delà de leurs frontières et rendaient les restructurations transfrontalières juridiquement complexes et économiquement coûteuses.

493. Ces sujets de complexité touchaient notamment à la rédaction de plusieurs documents juridiques dans des langues différentes, des dates d'effets juridiques différents, des problèmes de cumul, voire de superposition, des délais de protection des créanciers ; certains avant l'assemblée générale comme en France, d'autres après l'assemblée comme au Luxembourg, en Espagne ou en Italie ; une intervention de notaires, dans certains Etats seulement (comme par exemple Luxembourg, Espagne, Italie, Allemagne) ...

494. Toutes ces lourdeurs sont désormais levées dans l'optique de faciliter les restructurations transfrontalières d'entreprises. Toutefois, persistent des zones d'ombres qui pourraient entamer leur efficacité. Elles sont liées non seulement au régime de protection des salariés (CHAPITRE II) mais aussi aux règles applicables à ces opérations transfrontalières. (CHAPITRE I)

³⁵⁰ LE CANNU P., DONDERO B., droit des sociétés, 3^{ème} édition Montchrestien n°1598, p.1020.

³⁵¹ CONVERT L, restructurations et rapprochement des sociétés anonymes, troisième et sixième directive sur les fusions, sixième directive sur les scissions et proposition de dixième directive sur les fusions transfrontalières. Fasc. 161p ; 1 et s.

CHAPITRE I LES LIMITES DECOULANT DU REGIME JURIDIQUE DE LA CROISSANCE TRANSFRONTALIERE

495. La directive 2005/56/CE³⁵² qui a institué un régime juridique pour les opérations de restructuration transfrontalière contient des dispositions impératives concernant son champ d'application, les sociétés parties à l'opération transfrontalière et les opérations concernées. Ce régime juridique comprend non seulement les conditions de cette restructuration, mais également les règles applicables à sa réalisation. Si dans un premier temps, les critères de cette opération sont critiquables (section I), il reste que les modalités de sa réalisation sont très complexes. (section II)

Section I Les limites quant aux critères de la restructuration transfrontalière

496. Les critères de la restructuration transfrontalière contiennent des entraves liées en droit français au champ d'application de la restructuration transfrontalière doublement circonscrit. (Para I) En droit OHADA, c'est l'absence d'un régime juridique véritable propre à ces opérations transfrontalières qui militent en faveur de cette limite.

Para I La double circonscription du domaine de la restructuration en droit français

497. Cette double circonscription du régime des restructurations transfrontalières concerne d'une part les catégories de sociétés qui peuvent recourir à ce type d'opération, et d'autre part les différentes opérations consacrées légalement au plan transfrontalier. En effet, si certaines entreprises ayant une forme particulière peuvent procéder à une restructuration transfrontalière(A) excluant de fait, d'autres entreprises, il reste que ces opérations transfrontalières ne concernent que la fusion(B).

³⁵² Concernant le droit OHADA, l'ébauche de cette restructuration transfrontalière a été élaborée par l'article 199 de l'acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales et le GIG qui 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 Etat partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise au dispositions du présent acte uniforme dans l'Etat partie de son siège social* ». Voy. Sur ce point, MBAYE MAYATTA N., fusions scission et apports d'actifs transfrontaliers en Afrique, thèse Nanterre, 2006.

A- La croissance transfrontalière réservée à certaines entreprises

498. La croissance au plan transfrontalier est exclusivement réservée aux sociétés de capitaux (1) ce qui pour notre part est regrettable ce d'autant plus que certains principes communautaires sont heurtés (2). En outre, le sort de certaines sociétés de capitaux particulières mérite précision (3).

1- L'exclusivité des restructurations transfrontalières aux sociétés de capitaux

499. Seules les sociétés de capitaux sont habilitées par le législateur à opérer une restructuration transfrontalière à l'exclusion de toutes autres formes sociales. Le législateur précisant que : « *Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés immatriculées en France, les sociétés à responsabilité et les sociétés par actions simplifiées peuvent participer avec une ou plusieurs sociétés ressortissant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 2005/56/CE du parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et immatriculées dans un ou plusieurs autres Etats membres de la Communauté européenne, à une opération de fusion dans les conditions prévues par les dispositions de la présente section ainsi que par celles non contraires des sections 1 à 3 du présent chapitre* »³⁵³. Il résulte de ce texte que seules les sociétés de capitaux sont concernées par une restructuration transfrontalière.

500. Il faut toutefois remarquer qu'en dépit de cette restriction, des avancées notables ont été franchies en droit français car initialement, seules les sociétés anonymes pouvaient participer à de telles opérations à l'exclusion des sociétés à responsabilité limitée. La doctrine s'était élevée contre cette position de principe car il était incohérent de limiter les restructurations transfrontalières aux seules sociétés anonymes alors que le droit fiscal reconnaissait ce droit à l'ensemble des sociétés³⁵⁴. Aussi avec l'entrée en vigueur de la directive sur les Fusions Transfrontalières, le bénéfice de ces opérations s'étend aux sociétés à responsabilité. Désormais, le champ d'application des sociétés éligibles a été élargi. En sont toutefois exclues, les sociétés de personnes et autres structures juridiques (SNC SCS société

³⁵³ C. Com., Art. L .236-25.

³⁵⁴ BLANCHET F., les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés revue droit des sociétés 2000, p. 115 et s.

civiles ...) et ce, en raison de la spécificité du caractère transfrontalier de l'opération ; ce qui pour notre part suscite des critiques.

2- Une exclusion injustifiée des autres types de sociétés

501. Par autres types de sociétés, il faut entendre celles qui n'ont pas été envisagées par les dispositions de l'article L.236-25 du code de commerce précité. L'exclusion de ces sociétés notamment celles qui revêtent la forme de société de personne de la sphère de la croissance transfrontalière est pour notre part injustifiée, ce d'autant plus qu'elle constitue une entrave aux possibilités d'essor de cette catégorie d'entreprises (a). En tout état de cause, elle est contraire au principe du renvoi au droit national du régime de ces restructurations transfrontalières (b) et enfin se place aux antipodes du principe de la liberté d'établissement des entreprises au sein de l'union européenne (c).

a- Une exclusivité entravant l'essor des entreprises

502. L'exclusivité du régime des restructurations transfrontalières aux seules sociétés de capitaux entrave l'essor des autres entreprises non prévues par le législateur. Il est difficile de ce fait de comprendre les raisons qui ont poussées le législateur français à la suite du législateur communautaire, à restreindre les catégories de sociétés concernées par un projet transfrontalier.

503. En limitant cette possibilité de croissance aux seules sociétés de capitaux, il semble difficile de louer l'impact positif de la directive et partant de favoriser l'essor de certaines entreprises françaises dans l'espace européen car il convient de préciser que les grandes sociétés ne sont pas toutes des sociétés de capitaux encore moins des SA ou des SAS³⁵⁵.

504. Les sociétés de personnes "injustement" exclues du champ d'application de la directive sur les fusions transfrontalières peuvent constituer des acteurs importants du

³⁵⁵ La SNC est également utilisée dans le cadre des groupes de sociétés par des entreprises de grande taille notamment en raison de ses vertus fiscales.

développement au sein de l'union européenne dans la mesure où, en droit interne auquel la directive se réfère à certains égards, elles en ont la possibilité.

b- Une exclusivité aux antipodes du principe du renvoi au droit national

505. L'exclusivité de la restructuration transfrontalière aux seules sociétés de capitaux est contraire au principe même de la directive qui calque le régime transfrontalier sur le droit national des Etats. En effet, selon les termes de l'article 4 de ladite directive relatif aux conditions de la restructuration : « *sauf disposition contraire de la présente directive, les fusions transfrontalières ne sont possibles qu'entre types de sociétés qui peuvent fusionner en vertu de la législation nationales des Etats membres concernés ...* »³⁵⁶.

506. A la lecture de cet article, toutes les sociétés pouvant participer à une restructuration interne en ont la possibilité au niveau transfrontalier. Or, il est permis de constater que le droit français, à tout le moins pour ce qui concerne les opérations transfrontalières, ne retient pas toutes les sociétés du droit interne et notamment les sociétés de personnes sus indiquées. Ce qui est tout de même regrettable, car pourquoi affirmer dans le principe que les restructurations transfrontalières ont un régime d'emprunt au droit national c'est-à-dire qu'en réalité toutes les sociétés y compris les sociétés de personnes³⁵⁷ qui peuvent se restructurer au plan interne ont la possibilité de le faire au plan transfrontalier et dans l'édiction des règles de mise en œuvre, en restreindre le champs aux seules sociétés de capitaux ? Est-ce un oubli ou une volonté expresse ?

507. Cette limitation qui, pour notre part, ne trouve pas de justificatif semble dénaturer cette nouvelle loi qui a pris plus d'une décennie à entrer en vigueur. Pour cette raison, nous pensons qu'elle aurait pu prévoir des règles pour les restructurations transfrontalières faisant intervenir des sociétés ayant une forme autre que celle de sociétés de capitaux qui demeurent des acteurs importants du développement économique des Etats partis, et pourraient constituer un atout important dans la libre mobilité à l'intérieur de l'union.

³⁵⁶ Article 4 de la Directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005, JOCE L 310, 25 novembre 2005.

³⁵⁷ CAILLAUD B., BONNASSE A., les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes JCP E 1998, p.596 à 598.

508. En tout état de cause, le législateur ne reconnaît cette possibilité de restructuration transfrontalière qu'aux seules sociétés de capitaux entravant ainsi le principe de la liberté d'établissement des sociétés dans l'union européenne.

c- Une exclusivité entravant le principe de la liberté d'établissement dans l'espace européen

509. L'exclusivité des restructurations transfrontalières aux seules sociétés de capitaux est pour notre part incohérente car elle heurte de front le principe de liberté d'établissement des entreprises dans l'espace européen dont elles nient en vérité, la réalité. D'une part, il nous paraît évident que les sociétés de personnes et mêmes les sociétés dépourvues de la personnalité juridique pourront toujours invoquer la liberté d'établissement pour passer outre ces limitations avec toutefois les difficultés liées notamment à l'unanimité requise en matière de décision. D'autre part, la Cour de justice ne devrait pas rester neutre face à cette situation.

510. Ainsi, dans l'arrêt SEVIC du 13 décembre 2005, la Cour a justement rappelé que : « Le libre établissement comprend les Fusions transfrontalières dès lors qu'elles répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans les Etats membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur pour lesquels les Etats membres ne peuvent pas mettre en place des restrictions qui ne jouent pas en cas de fusion interne »³⁵⁸. Or, il est permis de constater que cette hypothèse prohibée de surcroît n'a pas été respectée par la loi du 3 juillet 2008 notamment en ce qui concerne les sociétés éligibles à une fusion transfrontalière.

511. En résumé, pour le législateur, seules les sociétés de capitaux notamment les sociétés anonymes, les sociétés en commandites par actions, les sociétés immatriculées en France, les sociétés à responsabilité et les sociétés par actions simplifiées sont habilitées à participer à une restructuration transfrontalière. Que décider dans le cas où cette société de capitaux a une forme unipersonnelle? A priori le législateur n'ayant pas expressément cité les dites sociétés dans la catégorie des sociétés pouvant opérer une restructuration au plan transfrontalier, il convient de consacrer des développements.

³⁵⁸ C.J.C.E., 13 décembre 2005: D., 2006, p.451.

3- De la possibilité de participation des sociétés de capitaux à une opération transfrontalière.

512. L'énumération limitative des sociétés pouvant opérer une restructuration transfrontalière pose la problématique de la participation de certaines sociétés de capitaux particulières aux opérations transfrontalières, étant entendu qu'elles ne sont pas visées expressément par le législateur au titre des sociétés pouvant le faire. En d'autres termes, faut-il déduire que les sociétés de capitaux unipersonnelles notamment les sociétés anonymes unipersonnelles sont exclues desdites opérations transfrontalières?

513. Pour une certaine partie de la doctrine³⁵⁹, lesdites sociétés ne devraient pas pouvoir participer à une restructuration transfrontalière dès l'instant où elles n'ont pas été expressément désignées par les textes dans la catégorie des sociétés pouvant le faire. Le législateur ne les ayant pas limitativement énumérées, elles en sont exclues. Cette position qui trouve son fondement dans l'application restrictive de la loi pourrait se justifier par l'assimilation de ces sociétés à des sociétés de personnes, catégorie qui a interdiction de procéder à une croissance transfrontalière.

514. Toutefois, nous ne partageons pas cette thèse car si ces sociétés n'ont pas expressément été désignées, elles peuvent en toutes hypothèses procéder à une restructuration transfrontalière car disposant d'un capital, jouissant d'une personnalité juridique, possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul des dettes de la société ; et elles sont soumises par la législation nationale à des conditions de garantie pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Aussi, estimons nous que ces sociétés unipersonnelles de capitaux notamment l'EURL ou la SASU, voire même la société anonyme unipersonnelle, quoique n'étant pas expressément visées par la directive, n'en sont pas pour autant exclues. En retenant la SARL et la SAS..., le législateur a entendu étendre le bénéfice de la directive donc des dispositions transfrontalières à toutes les sociétés de capitaux éligibles à ce régime. Cette position restrictive et limitative est pour notre part regrettable ce d'autant plus que nous comprenons difficilement les raisons qui ont poussées le législateur français à autant restreindre à la suite du législateur communautaire, les types de sociétés concernées par un projet transfrontalier.

³⁵⁹ Cette thèse est celle du Professeur LECOURT Arnaud. in, la transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus BJS 2008, p.806 et s.

Pour cette raison, nous suggérons la levée de cette interdiction concernant les sociétés de personnes. Cette innovation de lege ferenda donnerait une possibilité de croissance externe à ces entreprises leur permettant de participer à la naissance d'une véritable économie communautaire. Elle pourrait en toute hypothèse être impulsée par la volonté de création d'une nouvelle catégorie de société : la *Societas Unius Personae*. La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne³⁶⁰.

515. En définitive, il convient de relever que le champ d'application de la loi sur les fusions transfrontalières est circonscrit par rapport aux sociétés qui peuvent participer. Accèdent à ce privilège réalisable à de simples conditions de majorité qualifiée,³⁶¹ les sociétés de capitaux c'est-à-dire les sociétés anonymes (SA), les sociétés en commandite par actions (SCA), les sociétés européennes immatriculées en France (SE), les sociétés par actions simplifiées (SAS) ainsi que les sociétés à responsabilité limitée (SARL).

516. A contrario, restent donc hors du champ d'application de la loi, les sociétés de personnes tant civiles que commerciales, ainsi que celles qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique. Ces sociétés peuvent sans doute invoquer le principe du libre établissement qui interdit aux Etats membres de mettre en place des restrictions qui ne joueraient pas en cas de fusion interne³⁶². Mais elles restent en conséquence soumises à la loi de l'unanimité, la fusion entraînant, au moins pour les associés de la société qui disparaissent sous l'effet de l'opération, un changement de loi applicable qui requiert le consentement de tous les associés. Pour le reste, il est bien évident que le régime de la directive et de la loi française qui la transpose ne saurait s'appliquer que si le projet de fusion est véritablement transfrontalier, à savoir que la société de droit français doit fusionner avec au moins une autre société de capitaux soumise au droit d'un autre Etat membre. Le lien de rattachement de cette autre société au droit qui la régit est fonction du lieu de son immatriculation³⁶³, serait-il différent du lieu de son siège social ou de son administration centrale. Cette autre société, participant à l'opération doit ressortir « du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 », c'est-à-dire qu'elles doivent être elles mêmes des sociétés par actions ou des SARL au sens de l'article 1^{er} de la directive n°

³⁶⁰ LECOURT B., *Societas Unius Personae*, Rév. Soc.2013, p. 699.

³⁶¹ C.Com., art. L. 236-25 qui renvoie aux conditions de majorité du droit interne.

³⁶² CJCE 13 déc. 2005, *Sevic Système AG*, RJDA 1/07, n° 52.

³⁶³ art. 1^{er} de la loi.

68/151/CEE³⁶⁴, ou bien encore des sociétés ayant un capital social, jouissant de la personnalité juridique, possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul des dettes de la société et soumises par sa législation nationale à des conditions de garanties telles qu'elles sont prévues par la directive n° 68/151/CEE, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

517. En clair, la loi nouvelle est applicable uniquement aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux immatriculées dans au moins deux états membres différents du même espace géographique. Son champ d'application est ainsi limité au territoire de l'Espace économique européen. Une société française qui fusionne avec une société ne relevant pas d'un État membre (société suisse, par ex.) ne peut se prévaloir des facilités de cette loi. Ce qui apparaît toute de même regrettable.

B- Des restructurations transfrontalières circonscrites quant aux opérations

518. Les restructurations transfrontalières sont circonscrites en droit français en raison de la nature des opérations pour lesquelles elles sont possibles. Il est précisé que : « *Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés immatriculées en France, les sociétés à responsabilité et les sociétés par actions simplifiées peuvent participer avec une ou plusieurs sociétés ressortissant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 2005/56/CE du parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et immatriculées dans un ou plusieurs autres Etats membres de la Communauté européenne, à une opération de fusion dans les conditions prévues par les dispositions de la présente section ainsi que par celles non contraires des sections 1 à 3 du présent chapitre* »³⁶⁵. Et, concernant les opérations de fusion prescrites par ladite disposition, il est mentionné qu'elle est l'opération par laquelle : « *Une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement à une autre société préexistante, la société absorbante, moyennant l'attribution à leurs associées de titres ou de parts représentatifs du capital social de l'autre société et éventuellement d'une soulte en*

³⁶⁴ sur renvoi de la directive n° 2005/56/CE.

³⁶⁵ C.Com., art.L.236-25 précité.

*espèces dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de la valeur nominale des parts ou actions attribuées. »*³⁶⁶

519. Il en résulte qu'une opération de restructuration transfrontalière en droit français ne peut résulter que de la création d'une société nouvelle par plusieurs sociétés existantes ou l'absorption d'une société par une autre à laquelle sera transmis universellement le patrimoine de la société absorbée. Cette appréhension de la restructuration nous le pensons, même si elle n'est pas expressément précisée, s'étend également aux restructurations par voie de fusion simplifiée³⁶⁷.

520. Pour cette opération, c'est à dire celle par laquelle une société absorbe une ou plusieurs sociétés dont elle détient en permanence, depuis le dépôt au Greffe du tribunal de commerce du projet de fusion jusqu'à la réalisation définitive de l'opération, la « *totalité des actions représentant la totalité de son ou de leur capital* », les choses sont assez claires puisque cette opération est effectivement définie tant par la loi française³⁶⁸ que par la directive³⁶⁹ disposant notamment qu'est une fusion l'opération par laquelle « *une société transfère par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à la société qui détient la totalité des titres ou des parts représentatifs de son capital social* ».

521. La solution se discute d'autant moins que la loi nouvelle comporte un mécanisme destiné à alléger encore tant le « processus » des fusions internes simplifiées que celui des fusions transfrontalières simplifiées (lorsque la société absorbante est française) puisqu'elle précise qu'il n'est même plus nécessaire de solliciter désormais les services d'un

³⁶⁶ C.com., art.L.236-1. Notons que la conception également de la fusion au plan transfrontalier est celle qui consiste à la caractériser par la transmission universelle, alors que la conception contractuelle peut solutionner certaines contraintes liées à ce type de restructuration, notamment les différents contrôles.

³⁶⁷ La directive 2005/56/CE s'applique également à l'opération de « fusion simplifiée », c'est-à-dire celle réalisée par absorption d'une autre société dont les titres représentatifs du capital social sont détenus en totalité par la société absorbante, qui a pour effet de transférer, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble du patrimoine de la filiale, activement et passivement, à sa société mère. Voy. Dir. 2005/56/CE, art. 2. Voy. Sur ce point. COZIAN M., VIANDER A., DEBOISSY F., droit des sociétés précité, n° 1506, p.741.

³⁶⁸ C. Com., art. L. 236-11.

³⁶⁹ art. 2 c) de la directive de 2005.

simple commissaire aux apports ; la société absorbante n'ayant pas vocation, lorsqu'elle détient la totalité des actions de la société qu'elle absorbe, à augmenter son capital social³⁷⁰.

522. C'est dire que la loi n° 2008-649 retient une définition assez étroite de la restructuration transfrontalière car elle n'a pas cherché à dégager un régime transfrontalier ni pour les opérations d'apport partiel d'actif ni pour les scissions qui en droit national sont étudiées concomitamment avec la fusion. Cette restriction se justifie par la nature spécifique de l'opération de restructuration transfrontalière et semble s'expliquer parfaitement dans le cadre d'une scission transfrontalière qui socio-économiquement est plus rare³⁷¹ qu'une fusion. De même que les apports partiels d'actif transfrontaliers. Ces deux opérations nécessitent la décision unanime des actionnaires.

523. Il convient toutefois de relativiser concernant ces dernières opérations et ce par une incursion rapide en droit national. En effet, depuis la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, l'apport partiel d'actif peut être soumis suivant décision des associés aux dispositions régissant les fusions. En effet, désormais : « *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* »³⁷². Il est possible désormais pour les actionnaires de soumettre l'apport partiel d'actif au même régime que celui d'une fusion.

524. Est ce pour autant qu'un apport partiel d'actif transfrontalier ne devrait désormais plus requérir l'unanimité des actionnaires? A priori, l'affirmative s'impose car le législateur européen en général et français particulièrement n'ayant pas prévu la possibilité d'un apport partiel au plan transfrontalier, il faudrait une décision unanime des actionnaires. Toutefois, nous pensons que ce principe devrait être relativisé car désormais si l'apport partiel d'actif peut être considéré comme une fusion, il en résulte une similarité du régime. Pour notre part, cette modalité particulière sera possible au plan transfrontalier sans nécessiter une

³⁷⁰ suppression au texte de l'article L. 236-11 du code de commerce, de la dernière phrase qui appelait l'assemblée générale de la société absorbante à statuer « au vu du rapport d'un commissaire aux apports ».

³⁷¹ Pour la scission proprement dite, il est assez probable qu'elle constitue, comme la fusion, une « modalité particulière d'exercice de la liberté d'établissement » au sens de la jurisprudence *Sevic Systèmes* ; pour autant, l'opération continue de requérir le consentement de tous les associés de la société dissoute, la scission entraînant un changement de la loi applicable à la société qui se scinde.

³⁷² C.Com., art. L.236-6-1.

décision unanime des actionnaires. Toutefois, un accord des sociétés parties est nécessaire pour permettre l'assimilation de l'apport partiel d'actif au régime de la fusion avec toutes les conséquences de droit y attachées.

525. A rebours, ni la directive ni la loi ne visent les opérations de scission et d'apports partiels d'actifs au titre des opérations de restructuration possible au plan transfrontalier. On peut le regretter d'autant que la scission est, en droit français, une opération assez proche de la fusion ; et que les deux opérations sont décrites au même texte³⁷³ et produisent exactement les mêmes effets. Les scissions transfrontalières ne peuvent en conséquence se réaliser que suivant les règles du droit international privé qui exige la décision unanime des associés. Cette exclusion apparaît comme une nouvelle entrave aux possibilités de réalisation d'un tel procédé au plan transfrontalier dont l'utilité dans l'union européenne n'est pas à négliger et qui pourrait constituer un outil supplémentaire de mobilité des entreprises.

526. En toutes hypothèses, les dispositions françaises pas plus que la directive qu'elle transpose ne visent ni les opérations d'apports d'actifs transfrontaliers, ni celles de scissions transfrontalières. En outre, elles sont circonscrites aux seules sociétés de capitaux ; ce qui heurte le principe de la liberté d'établissement dans l'espace européen affirmé par le traité et consacré dans l'arrêt SEVIC³⁷⁴.

527. Toutes ces restrictions nous le pensons entament l'efficacité des restructurations transfrontalières et ce à l'instar du droit OHADA où elle n'est pas en marge en raison de l'imprécision du régime juridique applicable malgré sa consécration.

Para II L'imprécision du régime des restructurations transfrontalières en droit OHADA

528. Le régime des restructurations transfrontalières en droit OHADA est imprécis pour notre part en raison de l'inexistence d'un régime particulier aux opérations transfrontalières qui auront des conséquences importantes sur les différentes modalités de ce type de restructuration.

³⁷³ C. Com., art. L. 236-1 précité.

³⁷⁴ C.J.C.E., 13 décembre 2005, n°C-411/03, SEVIC SYSTEM AG, BJS juin 2006 § 160.161, p.771 et suivants.

A- L'inexistence de règles particulières au régime transfrontalier

529. Le droit OHADA consacre la possibilité d'une croissance au plan transfrontalier pour les entreprises présentes sur son espace. A la différence de son homologue français, cette restructuration ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière même si dans le principe elle est possible (1). Cette absence de particularité a des conséquences qu'il convient de mettre en exergue. (2)

1. Le principe de l'existence d'une restructuration transfrontalière

530. L'acte uniforme sur les sociétés commerciales met en place un certain nombre de règles qui s'appliquent aux fusions et opérations assimilées aussi bien internes qu'intracommunautaires c'est-à-dire dont les sociétés participantes ont leur siège social dans un Etat différent³⁷⁵. Ce régime unifié constitue une aubaine pour la réalisation de ce type d'opération au sein de l'espace OHADA car désormais, ainsi que le précise le législateur, *« 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 Etat partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent acte uniforme dans l'Etat partie de son siège. »*³⁷⁶.

531. Il s'agit d'une innovation du législateur OHADA qui offre sur ce point une ébauche du régime juridique des fusions transfrontalières. Cette technique peut permettre à une société d'un Etat de se rapprocher d'une autre société relevant d'un autre Etat. Elle poursuit un objectif de renforcement de la capacité concurrentielle desdites sociétés. Avec cette innovation, le droit OHADA devrait faciliter les restructurations internationales au sein de la zone d'application de l'OHADA puisqu'il permet, par son caractère communautaire, d'éviter les conflits de lois applicables pour les restructurations impliquant des sociétés ayant leur siège social dans différents Etats membres.

A titre d'exemple, le droit et les procédures applicables seront les mêmes en cas de restructuration entre une société immatriculée en Côte d'Ivoire et une société immatriculée au

³⁷⁵ Notons qu'à la différence du droit français où le régime juridique des fusions transfrontalières a été élaboré seulement en 2005 avec l'entrée en vigueur de la directive sur la *societas europeas* et s'est poursuivi en 2008 avec la loi de 2008 transposant la directive FT, le droit OHADA a depuis son entrée en vigueur édicté des règles concernant les restructurations transfrontalières.

³⁷⁶ A.U. D.S.C. et G.I.E. art. 199.

Sénégal. En raison de cette uniformité, toutes les dispositions au plan interne vont trouver à s'appliquer au niveau transnational et la conséquence c'est que le droit OHADA à la différence du droit français a en théorie une conception élargie de la restructuration transfrontalière.

2. Les conséquences de l'absence d'un régime particulier aux restructurations transfrontalières

532. L'absence d'un régime particulier applicable aux restructurations transfrontalières a pour conséquence de permettre l'élargissement conceptuel tant de la notion que du champ d'application, c'est à dire des entreprises concernées par la restructuration à la différence du droit français.

a- L'élargissement des opérations transfrontalières

533. Le législateur OHADA semble avoir élargi les opérations transfrontalières car a contrario de la législation française, il ne limite pas les opérations de restructurations aux seules fusions qui en tout état de cause, ne demeurent pas les mécanismes exclusifs à utiliser dans le cadre d'un projet de développement transfrontalier. Cet élargissement qui a l'avantage de mettre à la disposition des entreprises participantes à un projet de rapprochement transfrontalier le "triolet" des instruments juridiques prévus, trouve son fondement dans l'uniformité du régime juridique applicable auxdites opérations en droit interne car en effet, en raison du caractère communautaire de la législation OHADA, les règles applicables au plan interne le seront aussi au plan transfrontalier.

534. Cette uniformité devrait, pour ce qui nous concerne, rendre la restructuration plus simple et attractive évitant ainsi l'application de règles juridiques disparates qui se juxtaposant pourraient en complexifier le régime. En raison de cette extension, la conception de la restructuration a contrario de la législation française ne devrait pas se limiter aux seules fusions de sociétés commerciales mais s'étendre aux autres types de restructurations notamment la scission et l'apport partiel d'actif.

535. Toute société peut se restructurer non seulement par voie de fusion mais aussi en ayant recours aux autres mécanismes de restructuration par voie de transmission

patrimoniale prévus au plan interne³⁷⁷ sans que ne puisse être invoquée, une quelconque règle de conflit de lois. Pourrait par exemple être consacré un principe qui pourrait influencer le droit positif en vigueur dans certains Etats notamment la France : l'admission des scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers.

b. L'admission des scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers

536. Dans la législation OHADA, les restructurations transfrontalières peuvent être initiées en ayant recours aux mécanismes de fusion, de scission ou d'apport partiels d'actif. Cette idée ressort de l'article 199 alinéa 1 suscitée qui dispose 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 Etat partie..* »³⁷⁸ En droit OHADA, la restructuration transfrontalière peut résulter des autres mécanismes de restructuration par voie de transmission du patrimoine notamment la scission et l'apport partiel d'actif. Se trouve ainsi consacré le principe de l'admission des dits mécanismes au plan transfrontalier. L'acte uniforme de l'OHADA pour notre part semble sur ce point précis, en avance sur le droit français. Des sociétés relevant d'Etat différents pourront non seulement se partager le patrimoine d'une société notamment par voie de scission et les dispositions applicables résulteront des l'acte uniforme qui définit la notion comme « *l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles. Une société peut transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou nouvelles. La scission entraîne transmission à titre universel du patrimoine de la société, qui disparaît du fait de la scission, aux sociétés existantes ou nouvelles.* »³⁷⁹

537. Mais aussi en ayant recours au mécanisme de l'apport partiel d'actifs ainsi que le prévoit le législateur africain qui l'appréhende comme « *l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer.*

³⁷⁷ LE CANNU P., Dr. Soc. 2003 n° 1584. Voy. aussi DAIGRE J.J., l'apport scission doit il juridiquement porter sur une branche d'activité , note sous cass.2^{ème} civ., 12 juillet 2001,JCP E 2003, jurisprudence, n°281.

³⁷⁸ A.U.D.S.C. et du G.I.E, art. 199 alinéa 1 précité.

³⁷⁹ A.U. D.S.C. et du G.I.E., art.190.

*La société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport. L'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission »*³⁸⁰

538. Par la consécration de ce principe, des sociétés situées sur des Etats différents, pourraient non seulement transmettre une partie de leurs activités à d'autres relevant d'Etats différents mais également transmettre tout ou partie de leur patrimoine à d'autres entreprises. Les procédures applicables seront les mêmes sans possibilité de recours à des règles spécifiques applicables au rapport comme c'est le cas en France ; ni même l'éventualité du recours à l'unanimité en matière de décision d'approbation.

539. Cette innovation est d'une importance capitale pour les entreprises. Toutefois, nous pensons qu'elle est purement théorique d'autant plus que cette possibilité s'avère en pratique, difficile à réaliser parce que non seulement les Etats parties mettent en place une sorte de protectionnisme notamment en matière fiscale mais il n'est pas fréquent de voir des entreprises recourir à ces modes de restructuration.

540. Cet élargissement notionnel de la restructuration transfrontalière a une autre conséquence notamment sur les entreprises pouvant participer aux restructurations transfrontalières et ce à la différence du droit français où toutes ne sont pas concernées par un projet transfrontalier.

541. En effet, en plus de cette extension conceptuelle, il faut noter qu'à la différence du droit français, le législateur OHADA a élargi les types d'entreprises pouvant opérer une restructuration transfrontalière dans la mesure où toutes les entreprises sans limitation peuvent le faire. Ainsi : « *Sauf dispositions contraires du présent acte uniforme, les opérations de fusions, scissions et apports partiels d'actifs peuvent concerner des sociétés de formes différentes* »³⁸¹. A priori, toutes les formes de sociétés prévues par l'acte uniforme peuvent participer à une restructuration transfrontalière dès lors qu'elles réunissent les conditions requises par le législateur.

542. Cette extension a le mérite de favoriser la libre mobilité des entreprises à l'intérieur de l'espace OHADA sans restriction d'aucune nature d'une part et d'autre part,

³⁸⁰ A.U. D.S.C et du G.I.E., art.195.

³⁸¹ A.U.D.S.C. et du G.I.E. art.196.

semble concorder avec la volonté du législateur africain de favoriser l'intégration et permettre la libre circulation et le libre établissement des entreprises dans l'espace OHADA.

B- La simplification des restructurations transfrontalières en droit OHADA

543. L'inexistence d'un régime propre aux restructurations transfrontalières entraîne une simplification de ces opérations dans le principe. Toujours est-il que pour les Etats ne relevant pas de l'espace OHADA, subsistent des difficultés qui devraient être palliées par les règles du droit international.

1- La simplification limitée à l'espace OHADA

544. Aux termes des dispositions de l'article 199 précité, les restructurations transfrontalières sont possibles et réalisées dans les conditions du droit interne. Ce qui signifie que les procédures applicables au niveau national le seront également au plan transfrontalier. Cette hypothèse devrait faciliter le déroulement, voire la décision applicable à la croissance transfrontalière. Ainsi à titre de droit comparé, il ne sera pas nécessaire d'utiliser des procédures particulières pour tenir compte de la spécificité de l'opération comme c'est le cas dans la législation française. Le régime juridique des opérations transfrontalières ne sont en fait qu'intracommunautaires ne s'appliquant qu'à l'intérieur de l'espace donné. Cette simplification signifie que les règles applicables aux opérations domestiques sont similaires à celles applicables au plan intracommunautaire. Ce qui va poser des problématiques importantes concernant les cas dans lesquels ces opérations pourraient relever du champ extracommunautaire.

2- L'application des règles du droit international en dehors de l'espace OHADA

545. En l'absence de dispositions particulières régissant les opérations transfrontalières en dehors de l'espace OHADA³⁸², le seul moyen permettant de réaliser ce type d'opérations est d'utiliser la possibilité offerte par le droit international privé et

³⁸² Ces règles de conflit sont applicables également en France.

d'appliquer les règles de conflits de lois³⁸³ **(b.)**. Mais au préalable, il importe de s'assurer du respect de certaines conditions relatives à la législation des États membres concernés **(a)**.

a. Le respect de conditions préalables

546. Il est nécessaire que la législation de chacun des États auxquels sont rattachées les sociétés parties à l'opération remplisse certaines conditions préalables. Tout d'abord, le droit national de chacun des États où est situé le siège des sociétés participantes doit reconnaître l'existence des sociétés soumises à la législation d'un autre État. Même si aucun régime de reconnaissance réciproque n'existe au niveau africain, il paraît inconcevable que l'on puisse contester dans un État membre, l'existence et la validité d'une société constituée dans un autre État membre. Ensuite, les systèmes juridiques des sociétés qui participent à l'opération ne doivent pas contenir de dispositions qui auraient pour objet ou pour effet de s'opposer aux fusions transfrontalières³⁸⁴.

547. Le respect de ces conditions préalables n'est qu'une étape et par définition n'est pas suffisant. En effet, il convient de déterminer le régime juridique applicable à l'opération en prenant en considération le système de droit auquel est soumise chacune des sociétés parties à l'opération. Ce régime juridique tient compte de l'application des règles de conflits de lois.

³⁸³ DAIGRE J.J., les fusions internationales (et opérations assimilées): esquisse d'une analyse et de solutions, Dr. Soc., actes pratiques, Juillet-août 1998, p. 3 .

³⁸⁴ A titre d'exemple et de comparaison en droit français de la difficulté pour les sociétés issues d'États membres différents de réaliser une opération de fusion, il convient de se rapporter à la décision de la CJCE du 13 décembre 2005. En l'espèce, le contrat de fusion conclu en 2002 entre une société S. établie en Allemagne et une société V. établie au Luxembourg prévoyait la dissolution sans liquidation de cette dernière société et la transmission universelle de son patrimoine à la première, sans modification de la dénomination sociale de celle-ci. L'Amtsgericht Neuwied a rejeté la demande d'inscription de la fusion au registre du commerce, en faisant valoir que la loi allemande relative aux transformations des sociétés prévoit uniquement les fusions entre sujets de droit ayant leur siège en Allemagne. La société S. a introduit un recours contre cette décision de rejet devant le Landgericht Koblenz. Cette juridiction a demandé à la Cour de justice des communautés européennes si des dispositions telles que les dispositions allemandes susmentionnées sont compatibles avec le droit communautaire. La Cour relève que le fait de refuser de manière générale, dans un État membre, l'inscription au registre du commerce d'une fusion entre une société établie dans cet État et une société dont le siège est situé dans un autre État membre a pour résultat d'empêcher la réalisation de fusions transfrontalières alors même que les intérêts généraux susmentionnés ne seraient pas menacés.

b. L'application des règles de conflits de lois

548. Tous les systèmes de droit retiennent la *lex societatis* qui peut être définie comme étant la loi nationale applicable à la société. Celle-ci permet de déterminer la règle de conflit applicable dans les deux systèmes de droit³⁸⁵.

549. Il faut ensuite rechercher la loi applicable à l'opération. Cette détermination est délicate en raison de la participation de sociétés de nationalité différente et en dépit de l'identification de la *lex societatis*³⁸⁶. En effet, plusieurs lois ont vocation à régir le processus de fusion ; les lois nationales de chacune des sociétés se trouvant nécessairement en concours. Un auteur décrit parfaitement la situation et l'attitude à adopter : « il doit alors être procédé à une application distributive **(a)** de ces lois pour les procédures internes qui conduisent chacune des sociétés à approuver l'opération et à permettre sa réalisation. En revanche, on doit faire une application cumulative **(b)** de ces deux droits, dès que l'on est en présence des éléments de la fusion intéressant les relations bilatérales entre les deux sociétés »³⁸⁷, c'est-à-dire lorsque les relations entre les parties sont directement en cause.

b-1 L'application distributive

550. Cette application consiste à appliquer aux sociétés participant à l'opération leur seule loi nationale respective. Il convient de distinguer la situation de la société absorbante **(a)** et de la société absorbée **(b)**.

a) La situation de la société absorbante

551. La *lex societatis* de la société absorbante a pour fonction de régir les opérations nécessaires en vue de permettre à celle-ci de recevoir le patrimoine de l'absorbée. Ainsi cette loi a vocation à s'appliquer aux différentes décisions que doit prendre la société absorbante ainsi qu'aux formalités qu'elle doit accomplir au cours du processus de fusion.

³⁸⁵ LOUSSOUARN Y., Les conflits de lois en matière de sociétés, J.-Cl. Intern. fasc. 564-30, n° 238.

³⁸⁶ DAIGRE J.-J., op. cit., p. 3.

³⁸⁷ CAUSSAIN J.-J., op. cit., p. 898. Voy aussi MORELLI N., Les fusions transfrontalières Petites affiches, 11 mai 2007 n° 95, P. 4.

552. Le problème se pose quant à l'application du principe de la transmission universelle de patrimoine dans le cadre de ces opérations transfrontalières. En effet, bien que les dispositions applicables en la matière soient reconnues par les différents États membres, certains d'entre eux n'appliquent la transmission universelle de patrimoine qu'à l'occasion des opérations internes. Cela oblige ainsi les acteurs économiques à recourir à des instruments et des techniques artificiels.

553. Cette situation pourrait s'apparenter à celle qui se retrouve en particulier en droit anglais, qui admet l'application de la transmission universelle de patrimoine lorsqu'une opération de restructuration se réalise entre deux ou plusieurs sociétés constituées au Royaume-Uni, mais la refuse dans le cas d'une opération internationale.

554. Ainsi par exemple, lorsque la société absorbante est une société de droit anglais et l'absorbée une société de droit français, le droit anglais admet comme cela est le cas dans le droit national français que ladite société cessera d'exister une fois absorbée. Or, dans la mesure où la loi française a compétence pour s'appliquer à la transmission des éléments d'actifs, le droit anglais reconnaîtra que ceux-ci doivent être considérés comme ayant été transférés aux termes du contrat de fusion. Tel ne pourra être le cas des éléments du passif de la société absorbée. En conséquence, pour parvenir à faire produire à l'opération un effet équivalent à celui de la transmission universelle de patrimoine en ce qui concerne les éléments du passif, il est nécessaire de recourir à un procédé dénommé « deed poll ». Cette technique consiste à faire souscrire par la société anglaise absorbante un engagement unilatéral et irrévocable par lequel cette dernière s'engage, envers l'ensemble des créanciers de la société absorbée, à prendre à sa charge tout le passif de ladite société³⁸⁸.

³⁸⁸ Cette solution a été mise en pratique notamment à l'occasion de deux opérations de fusion. La première concerne la fusion de Barclays SA par Barclays PLC, au début des années 90. Il s'agissait de l'absorption par une société mère anglaise Barclays Bank PLC, de sa filiale française Barclays Bank SA, dont elle détenait 100 des actions. La société absorbée est devenue à la suite de la fusion une simple succursale du groupe. Dans cette espèce, la fusion a été réalisée conformément aux dispositions de l'article 1844-4, alinéa 1 du Code civil et des articles 371 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Le second exemple concerne la fusion par absorption de la Financière Sema par Sema Group en 1997. L'objectif était donc de faire fusionner ces deux sociétés respectivement soumises au droit français et au droit anglais. Le sens de la fusion a été imposé par le fait que Sema Group étant cotée à la Bourse de Londres, il revenait à cette dernière d'être l'absorbante. Toutefois, la difficulté résidait dans le fait que la société française détenait 41 des actions de la société anglaise, obligeant alors celle-ci par l'effet de la transmission universelle de patrimoine à recevoir en apport ses propres actions. Le droit anglais ne permet pas dans ces circonstances à une société d'acquérir ses propres actions et de les détenir le temps de les annuler. Il a été nécessaire de procéder simultanément à la transmission universelle du patrimoine de Financière Sema et à l'annulation par Sema Group de ses propres actions jusqu'alors détenues par Financière Sema. Par ailleurs, le droit anglais reconnaît que le lieu du siège social d'une société détermine le droit qui lui est applicable. Il a donc été possible dans cette opération d'appliquer les règles du droit privé international, selon lesquelles chaque partie à une opération transfrontalière est soumise à son droit propre. C'est ainsi, que par une application distributive des lois, la Financière Sema a été soumise au droit français, la Sema

ß) La situation de la société absorbée

555. Les décisions relatives à l'approbation de la fusion et la dissolution qui incombent au conseil d'administration et à l'assemblée générale de la société absorbée qui disparaîtra par l'effet de la fusion sont soumises à la lex societatis de ladite société. C'est pourquoi seule la loi interne de l'absorbée a vocation à s'appliquer.

556. Une difficulté demeure par exemple dans l'hypothèse de l'absorption d'une société anonyme ivoirienne par une société étrangère, il se produit un transfert de siège social et par voie de conséquence un changement de nationalité. Une telle opération doit dès lors être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbée statuant non pas à la majorité des deux tiers mais à l'unanimité. Toutefois, cette considération est difficilement recevable dans la mesure où la société absorbée est dissoute sans liquidation. Un auteur considère en ce sens « *qu'il est permis de ne pas considérer cette objection comme déterminante. Sauf à avoir une vision bouddhiste de la réincarnation des personnes morales. Dans une fusion, la société absorbée ne change pas de nationalité. Elle disparaît. C'est une décision qui se prend à la majorité qualifiée selon la loi applicable à la société.* »³⁸⁹. Un autre auteur admet également « *qu'il est certainement excessif de prétendre aujourd'hui qu'une société absorbée ou scindée changerait de nationalité puisqu'une société absorbée ou scindée disparaît sans liquidation. Elle ne disparaît pas seulement pour le droit de la société absorbée mais aussi et surtout pour le droit de la société absorbante* »³⁹⁰.

557. Pour autant, il convient de tenir compte de l'incertitude qui pourrait peser sur la fusion en raison du risque de contestation de la part d'un minoritaire opposé à l'opération qui pour la faire annuler invoquerait l'argument de la nécessité d'un vote unanime de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée.

558. Outre cette application distributive du droit national à chacune des sociétés participant à l'opération, il existe des situations où seule une application cumulative des

Group au droit anglais, tandis que le contrat de fusion a dû se soumettre à une application cumulative des dispositions des deux systèmes juridiques.

³⁸⁹ BEGUIN J., op.cit., spéc. N°20.

³⁹⁰ LE NABASQUE H. Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières, in Mélanges Cl. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 432.

dispositions contenues dans les différents systèmes juridiques est recevable. Il en est ainsi pour tous les éléments liés à la substance de l'opération telle que le contrat de fusion.

b-2 L'application cumulative

559. Cette application cumulative est requise lorsque les sociétés parties à l'opération passeront la ou les conventions qui fixent les différentes modalités de la fusion proprement dite. Dans ce cas, les systèmes de droit en cause devront être appliqués cumulativement. La nécessité d'un traité de fusion, son contenu, sa forme sous seing privé ou authentique, la date de prise d'effet, le caractère non suspensif ou suspensif du droit d'opposition des créanciers, le régime des nullités, seront régis par les dispositions cumulées des systèmes de droit concernés. En cas de différences entre les dispositions de ces législations, il sera fait application des règles les plus contraignantes.

560. Il apparaît donc que même si certaines opérations internationales ont pu se réaliser, la complexité qui les caractérise n'est pas de nature à en favoriser le développement. La portée de la transmission universelle de patrimoine est donc ici extrêmement limitée en raison de la subsistance de nombreuses entraves à la concrétisation de telles opérations. Cette limitation est essentiellement due à la faiblesse des droits nationaux et communautaires incapables de répondre aux évolutions juridiques, économiques et financières.

561. En résumé, il convient de relever que si le champ d'application des restructurations transfrontalières contient des limites qui entravent leur efficacité, il reste également que sa phase de réalisation demeure complexe en raison de la multiplicité des règles applicables. En effet, la diversité des règles au regard de la spécificité de l'opération qui se surajoutent ou se juxtaposent, rendent complexes les restructurations transfrontalières.

Section II La complexification de la réalisation de l'opération transfrontalière

562. La réalisation des restructurations transfrontalières est entravée par la complexité des règles applicables³⁹¹. En effet, il existe une multitude de dispositions matérialisée par le dualisme du régime. (Para 1) Egalement, l'innovation opérée par

³⁹¹ Notons que le droit OHADA a pallier à cette multiplicité en ne prévoyant pas de régime propre aux opérations transfrontalières.voy. supra, para 493, p 147.

l'instauration d'un double contrôle (Para II) mérite des développements car il pourrait alourdir la restructuration transfrontalière.

Para I. la dualité du régime des restructurations transfrontalières

563. La dualité du régime des restructurations transfrontalières trouve sa source dans la double catégorie de règles qui trouvent à s'appliquer à l'opération. En effet, le législateur dispose que :« *les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés européennes immatriculées en France, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées peuvent participer, avec une ou plusieurs sociétés ressortissant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 2005/56/CE du parlement européen et du conseil du 2 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et immatriculées dans un ou plusieurs autres Etats membres de la Communauté européenne, à une opération de fusions dans les conditions prévues par les dispositions de la présente section ainsi que par celles non contraires des sections 1 à 3 du présent chapitre*³⁹². »

564. Il en résulte que si la restructuration transfrontalière qui implique une société de droit français est en principe soumise pour sa partie française au droit normalement applicable à une restructuration interne de société, elle prévoit cependant l'application de règles spécifiques propres à la dimension transfrontalière de l'opération qui se surajoutent en quelque sorte aux règles de droit commun. En plus du renvoi au droit national, il existe de règles intrinsèques pour tenir compte de la particularité de l'opération justifiant de ce fait, l'accumulation des règles applicables. Les fusions transfrontalières seront régies par les conditions de fond et de forme prévues aux article L.236-1 et suivant du code de commerce, ensuite par celles spécifiques des articles L. 236-25 à L.236-32 nouveaux et enfin des règles propres à chaque type de sociétés. Cette démultiplication des normes n'est pas de nature à simplifier la réglementation du régime, et la multitude des renvois favorisant au contraire des erreurs et des interprétations différentes de ces techniques de restructuration transfrontalière. En un mot un imbroglio juridique.

565. Ce dualisme s'explique par l'application, outre du régime de droit national,(A) des règles propres à la singularité de l'opération.(B)

³⁹² C. com.,art. L.236-25. Le chapitre I susvisé traite des fusions internes.

A- L'application du droit national aux restructurations transfrontalières

566. Selon la vieille méthode de l'application distributive des lois qui pourraient entrer en conflit à l'occasion d'une restructuration transfrontalière, la directive prévoyait que chaque société appelée à fusionner déciderait la fusion conformément au droit qui lui est applicable. La loi de 2008 en prend acte en soumettant les sociétés de droit français qui participent à l'opération de fusion transfrontalière au régime de droit commun, c'est à dire celui normalement applicable à une fusion interne. Ainsi, une société de droit français qui souhaite fusionner avec une autre de l'espace communautaire peut le faire suivant le même régime qu'au plan interne.

567. Dès lors, les dispositions au plan interne régissant tant le processus décisionnel, la protection des créanciers, les droits des salariés et les formalités de publicité notamment vont trouver largement à s'appliquer en matière transfrontalière. Par exemple, l'organe de gestion d'administration ou de direction de chacune des sociétés participant à l'opération établit un rapport écrit (le rapport sur la fusion)³⁹³ qui doit être mis à la disposition des associés ou actionnaires de la société dans les conditions et délais prévus par la loi française applicable³⁹⁴.

568. Toutefois, un problème important se pose relativement à ce rapport étant entendu qu'il n'est plus une obligation en droit français ; les associés pouvant décider qu'il soit écarté. Cette dérogation est-elle possible dans le cadre d'une opération transfrontalière ? A priori, aucune disposition légale du moins pour ce qui concerne les règles transfrontalières ne traitant de cette possibilité, il s'en infère que cette possibilité est écartée. Toutefois compte tenu du renvoi aux dispositions nationales que l'article L.236-25 opère, il devrait en résulter qu'il est possible pour les associés des différentes sociétés parties aux restructurations transfrontalières d'écarter l'établissement du rapport³⁹⁵.

³⁹³ C. Com., art. L. 236-27 alinéa 1^{er}.

³⁹⁴ C. com., art. L. 236-27, al.1.^{er}

³⁹⁵ Ce rapport n'est plus une obligation en droit français.

569. En outre, le comité d'entreprise (de la société française) doit être informé et préalablement consulté, ainsi que l'impose l'article L. 2323-19 du code du travail. Son avis (ou à défaut celui des délégués du personnel) doit être communiqué à l'assemblée comme s'il s'agissait d'une fusion interne.

570. Enfin en France, seule l'assemblée générale extraordinaire a le pouvoir de voter la fusion serait-elle transfrontalière à la majorité qualifiée requise pour la modification des statuts, c'est-à-dire en principe celle des deux tiers des droits de vote présents ou représentés. Bien entendu la « vraie » révolution est là puisque si des fusions transfrontalières étaient antérieurement possibles, elles ne l'étaient qu'à l'unanimité car l'opération entraînant un vrai changement de nationalité du moins un changement de la loi applicable à la société « absorbée ». Elles souffraient donc d'une contrainte majeure qui en pénalisait le recours. Comme en matière de transfert de siège social, les associés de la société absorbée voyaient leur engagement soumis à deux lois nationales successives. Leur loi propre en raison de leur attachement à leur société bientôt dissoute, et la loi applicable à la société absorbante dont ils vont devenir de plein droit associés par suite de la fusion. Ainsi que le souligne un auteur la continuité de l'engagement réalise un conflit mobile au sens du droit international privé en sorte que deux lois trouvent à s'appliquer à un même rapport de droit³⁹⁶. La doctrine considérait que les associés de la société absorbée ont un droit au maintien de leur *lex societatis*, la loi française en l'occurrence. Il fallait alors convenir que ces derniers approuvent la fusion à l'unanimité. Cette contrainte constituait un obstacle quasi insurmontable à la réalisation de la restructuration transfrontalière. Désormais, en raison du renvoi au droit national, une restructuration transfrontalière pourra être décidée comme pour une fusion interne à la majorité requise pour la modification des statuts et non plus à l'unanimité. La simplification est ainsi évidente et l'unanimité n'est plus requise quand bien même la fusion aboutirait à un changement de nationalité de la société absorbée comme ce fut le cas antérieurement. Mais la notion d'augmentation des engagements peut puiser là une nouvelle vie puisque de telles augmentations à les supposer avérées requièrent en droit français le consentement de tous les actionnaires.

571. En tout état de cause, le législateur communautaire opère un renvoi aux législations nationales en matière de fusions internes sous réserve des dispositions impératives qu'elle fixe et dans le but énoncé de ne pas rendre les fusions transfrontalières plus contraignantes que les fusions de droit national. Ainsi, si elle précise que les restructurations

³⁹⁶ MENJUCQ M., les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : Rev. Lamy dr.aff., 2006, n° 5.

transfrontalières ne sont possibles qu'entre types de sociétés qui peuvent fusionner en vertu de la législation nationale des Etats membres concernés, elle prévoit toutefois des règles particulières pour tenir compte de la spécificité de l'opération.

B. L'édition règles intrinsèques aux restructurations transfrontalières

572. L'objectif de la directive communautaire sur les fusions transfrontalières est d'établir une réglementation comportant des éléments communs applicables au niveau transnational afin d'en faciliter la réalisation. Dans ces conditions, chaque Etat membre doit se conformer aux règles impératives fixées par la Directive qui sont volontairement limitées en nombre.

573. C'est dire qu'une fusion transfrontalière ne peut se réaliser par application exclusive de la règle du « chacun chez soi ». Les lois en présence pouvant entrer en conflit sur des questions sensibles notamment sur la date de prise d'effet de la fusion, la directive a édicté un certain nombre de règles matérielles appelées à s'appliquer dans tous les Etats membres. Ces règles particulières qui sont relatives par exemple à l'information des salariés ou au contrôle de la légalité de la fusion ont été reprises par la loi de transposition française du 3 juillet 2008.

574. Se surajoutant aux règles du droit interne, elles compliquent quelque peu la réalisation et le calendrier de la restructuration sans excès cependant³⁹⁷. Ces règles sont diverses et nous traiterons de celles qui ne se retrouvent pas en droit commun. Elles ont trait notamment au contenu du projet de restructuration qui déroge au droit commun (1) et à la transmission des rapports sur la restructuration, obligations complémentaires qui ne se retrouvent pas en droit interne(2).

1- Un contenu du traité de fusion dérogatoire du droit commun

575. En droit national, la restructuration se matérialise par la transmission universelle du patrimoine des sociétés dissoutes sans liquidation à une société préexistante (fusion-absorption) ou à une société nouvelle (fusion avec création d'une société nouvelle) avec un échange de titres représentatifs du capital en faveur des associés des sociétés

³⁹⁷ Sauf ce qui sera dit du droit des salariés « à participation » : V. *infra*. Para 578.

dissoutes. Une telle opération peut se réaliser avec le versement d'une soulte en espèces qui ne peut dépasser en principe 10% de la valeur nominale ou à défaut, du pair comptable de ces titres³⁹⁸. Cette position de principe connaît une dérogation dans le cadre des dispositions transfrontalières car il est prévu le versement d'une soulte en espèce supérieure à 10 %.

576. A cet effet, l'article L.236-26 du code de commerce prévoit que : « Par dérogation aux dispositions de l'article L.236-1 et lorsque la législation d'au moins un des Etats membres de la Communauté européenne concernés par la fusion le permet, le traité de fusion peut prévoir, pour les opérations mentionnés à l'article L.236-25, le versement en espèce d'une soulte supérieure à 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable, des titres, parts ou actions attribués³⁹⁹ ».

577. Il est possible dans le plan de restructuration transfrontalière de stipuler une soulte supérieure à 10%. Cette disposition introduit un peu de souplesse dans les restructurations transfrontalières en ce qu'elle permet par dérogation aux dispositions nationales, d'introduire dans le plan de restructuration une clause prévoyant le versement en espèces d'une soulte supérieure à 10% de la valeur nominale des titres échangés ou à défaut, du pair comptable de cette action ; celui-ci étant défini comme la quote part du capital social représentée par une action⁴⁰⁰.

578. Toutefois, la disposition pour technique qu'elle soit n'est pas sans intérêt : d'abord parce que dans les fusions internes, une soulte supérieure de 10 % ne peut jamais être stipulée sauf à exposer la fusion à un risque de disqualification en vente lui faisant perdre le bénéfice du régime fiscal de faveur normalement réservé aux fusions internes.⁴⁰¹ Ainsi, cette solution, pour notre part, pouvant être fiscalement désavantageuse pour la restructuration

³⁹⁸ C.Com., art. L.236-1alinéa 3 dispose à cet effet que les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations mentionnées aux trios alinéas précédents reçoivent des parts ou actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées.

³⁹⁹ C.Com., art. L.236 -26.

⁴⁰⁰ art. L.236-26 précité. Cette possibilité trouve sa source dans l'article 3-1 de la directive fusion transfrontalière qui prévoit nonobstant l'article 2, point 2, la présente directive s'applique également aux fusions transfrontalières lorsque la législation d'au moins un des Etats membres concernés permet que le versement de la soulte en espèce visée à l'article 2 point 2),a) et b) dépasse 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale du pair comptable de ces titres ou parts représentant le capital de la société issue de la fusion transfrontalière.

⁴⁰¹ Voy. Art. 210 A du code Général des Impôts pour une étude détaillée.

transfrontalière, il aurait fallu modifier l'article 210-A du code général des impôts pour rendre la restructuration transfrontalière avec soulte supérieure à 10% plus attractive et lui faire bénéficier de la neutralité fiscale applicable aux opérations de fusion interne. Tel n'est toutefois pas le cas étant entendu qu'une telle modification n'est pas aussi aisée à réaliser car elle pourrait être analysée comme une violation de la directive fiscale sur les fusions du 23 juillet 1990 qui ne prévoit la neutralité que pour les cas de restructuration avec soulte inférieure à 10 %. Par conséquent, la modification du code général des impôts pourrait provoquer une distorsion fiscale condamnable si les autres Etats membres n'agissaient pas de même. En pratique, il est inadmissible pour une société française participant à une opération transfrontalière, de prévoir une soulte supérieure à 10 % et ne pas bénéficier du régime de faveur.

2. La transmission du rapport des dirigeants sur la fusion aux représentants des salariés : des obligations complémentaires nouvelles

579. Outre les droits que les salariés de la société (française) tiennent du droit national d'être informés et consultés sur le projet de fusion⁴⁰² ou de transmettre leur avis à son propos à l'assemblée⁴⁰³, le législateur français leur a ouvert deux droits complémentaires qui n'ont pas résonance dans une fusion interne. En effet, il est précisé que :

« En complément du respect des obligations prévues à l'article L.2323-19 du Code du travail, le rapport de l'organe de gestion est mis à la disposition des délégués du personnel ou, à défaut des salariés eux-mêmes, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Sans préjudice du dernier alinéa de l'article L.225-10, l'avis du comité d'entreprise consulté en application de l'article L.2323-19 du Code du travail ou, à défaut, l'avis des délégués du personnel est, s'il est transmis dans les délais prévus par décret en Conseil d'Etat, annexé au rapport mentionné au premier alinéa du présent article. »⁴⁰⁴

580. Le législateur met des obligations complémentaires à la charge des dirigeants des sociétés parties à la restructuration transfrontalière. La première est d'obtenir via leurs

⁴⁰² C. trav. art. L. 2323-19.

⁴⁰³ Voy. supra, para 286.

⁴⁰⁴ C.Com., art.L.236-27

représentants ou à défaut directement la transmission du rapport du conseil d'administration ou du directoire sur l'opération de fusion dans le délai d'un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion transfrontalière⁴⁰⁵. La seconde consiste pour le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, préalablement consultés sur le projet de fusion⁴⁰⁶, d'exiger que leur avis soit annexé au rapport des dirigeants sur la fusion, pour autant que cet avis aura été transmis aux dirigeants dans le délai d'un mois⁴⁰⁷.

581. Ce rapport de l'organe de direction ou d'administration établi par chaque société participante explique et justifie le projet de fusion transfrontalière de manière détaillée, en aspects juridiques et économiques, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et méthodes d'évaluation utilisées, qui devront être concordantes pour les sociétés concernées, ainsi que les conséquences du projet de fusion pour les associés les salariés et les créanciers.

Para II l'instauration d'un double contrôle de la restructuration transfrontalière

582. Pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers et pour faciliter les opérations de restructuration transfrontalière, est prévu un contrôle à l'initiative de chaque société participante de l'achèvement et de la légalité du processus décisionnel. Dans chacun des cas, l'autorité nationale en question peut être un tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente désignée par l'Etat membre concerné. Cette double règle à la fois simple et complexe appelle quelques observations.

A- Le contrôle de conformité de la fusion.

583. Chaque société participant à la fusion doit solliciter une attestation de conformité des actes et formalités préalables à la fusion. En France, cette attestation est délivrée par le Greffier du Tribunal dans le ressort duquel la société est immatriculée, au vu de la déclaration de conformité déposée par la société en application de l'article L.236-6 du code de commerce.

⁴⁰⁵ C. com., art. L. 236-27, al. 2 et art.R.236-16 alinéa 2.

⁴⁰⁶ en application de l'art. L. 2323-19 c. trav.

⁴⁰⁷ C. com., art. L. 236-27, al. 3. Voy. Également art. R.236-16 alinéa 3.

584. Cette attestation de conformité précise si une procédure d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou de l'indemnisation des associés minoritaires est en cours⁴⁰⁸. Le greffier dispose d'un délai de huit jours à compter du dépôt de la déclaration de conformité pour délivrer l'attestation⁴⁰⁹ après avoir procédé à la vérification de la conformité de la déclaration de conformité des actes et des formalités préalables à la fusion⁴¹⁰. Ce délai pour notre part, peut sembler bref étant précisé la diversité des informations à compiler. C'est la raison pour laquelle pour faciliter la tâche au Greffier chaque société qui fusionne remet à l'autorité désignée, la déclaration de conformité relatant tous les actes et formalités préalables à la fusion et affirmant que ces actes et formalités ont été réalisés conformément à la loi et aux règlements ainsi que le projet commun de fusion transfrontalière, approuvé par l'assemblée générale des sociétés concernées par l'opération. Aucun délai n'est précisé à cet effet, ni par la directive ni par la loi française.

585. De fait, la documentation nécessaire à la réalisation de ce contrôle doit être déposée dès que possible, et en la matière, chaque fusion sera particulière puisque certains de ces documents et informations peuvent dépendre notamment des dispositions nationales applicables à l'autre société concernée. Ainsi, le contrôle de conformité dépend en amont du respect par chacune des sociétés concernées de l'ensemble des dispositions cumulatives applicables, notamment au droit des tiers et au droit des salariés.

586. En tout état de cause, le Greffier du Tribunal dans le ressort duquel la société qui participe à l'opération est immatriculée doit délivrer une attestation de conformité des actes et formalités préalables à la fusion, après avoir vérifié qu'ils ont été régulièrement accomplis par les représentants de la société fusionnante⁴¹¹. Quoique la loi française ne le dise pas, il en ira de même de l'autre côté de la frontière, puisque l'article 10 de la directive impose à chaque Etat : « *De désigner le tribunal, le notaire ou toute autre autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion [...] pour la partie de la procédure relative à chacune des sociétés fusionnantes et qui relève de sa législation nationale* »⁴¹².

⁴⁰⁸ C.Com., art. L.236-29.

⁴⁰⁹ C.Com., art.R.236-17.

⁴¹⁰ Voy. C. Com., art. L.236-29 et R. 236-17 précité.

⁴¹¹ C. com., art. L. 236-29 précité.

⁴¹² C'est par commodité que le contrôle de conformité est distingué, en droit français (art. L. 236-29) du contrôle de la légalité de l'opération (art. L. 236-30 c. com.). La directive (art 10) évoque l'idée que le contrôle de conformité est un premier contrôle de légalité, simplement limité à la partie de la procédure qui intéresse chaque société fusionnante.

587. Il y aura autant d'attestations de conformité qu'il y aura de sociétés participant à la fusion transfrontalière. Chacune de ces attestations ayant uniquement pour objet de certifier que l'ensemble des actes et formalités préalables à la réalisation de l'opération ont été accomplis conformément aux prescriptions de la loi nationale applicable.

588. Sans être purement formel, ce premier contrôle se réduira selon toute vraisemblance à ce qui est exigé en cas de fusion interne⁴¹³ : le greffier s'assurera, sous sa responsabilité de la conformité de la déclaration de conformité aux prescriptions du droit français; à ceci près que son contrôle débouchera sur la délivrance d'une attestation qui n'est pas requise en cas de fusion interne. Seule complication : l'attestation doit aussi préciser « *si une procédure d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des actionnaires minoritaires est en cours* »⁴¹⁴. A supposer bien sûr que les associés de la société française aient par une résolution spéciale accepté que de telles procédures puissent être poursuivies par ceux auxquels elles peuvent bénéficier.

B- Le contrôle de la légalité de la fusion.

589. Dans chaque Etat, une autorité compétente est désignée pour contrôler la légalité de la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière et le cas échéant à la constitution de la société issue de la fusion.

590. En France, ce contrôle est assuré par un notaire ou par le Greffier du tribunal du ressort duquel la société issue de la fusion sera immatriculée⁴¹⁵. Le notaire qui procède à ce contrôle ne doit ni instrumenter, ni rédiger d'actes sous seing privé, ni donner des consultations juridiques à l'occasion de l'opération pour laquelle le contrôle est effectué. Il ne doit pas exercer dans une société ou dans un office qui aurait instrumenté, rédigé des actes sous seing privé ou donné des consultations juridiques à l'occasion de cette opération⁴¹⁶.

⁴¹³ C.Com., art. L. 236-6.

⁴¹⁴ C. com., art. L. 236-29, al. 2.

⁴¹⁵ C.Com.art.L.236-30 al.1.

⁴¹⁶ C.Com.art.R.236-18.

591. Le notaire ou le greffier vérifiera d'abord que les attestations de conformité ont été délivrées. A cette fin, la directive à la différence de la loi de transposition française, enjoint à chaque société fusionnante de remettre au notaire ou au Greffier le certificat dans un délai de six mois (maximum) à compter de sa délivrance. Cette obligation est accompagnée du dépôt du projet de fusion tel qu'il aura été approuvé par les diverses assemblées générales. A ce stade, on imagine que le contrôle de la légalité de la fusion n'ira guère plus loin que ce qui a déjà été fait en amont par les autorités chargées du contrôle de la conformité de la fusion. Singulièrement, on ne voit pas qu'un Notaire ou un Greffier en France puisse s'aventurer à vérifier de nouveau que tous les actes et formalités préalables à la réalisation de la fusion ont été accomplis chez elle par la société étrangère qui participe à la fusion : il n'en a pas la compétence au double sens du terme.

592. La réception des différents certificats de conformité ne s'accompagnera d'aucun « super contrôle » transnational de la conformité de la fusion aux diverses lois applicables. Simplement, l'autorité chargée du contrôle de la légalité de la fusion doit pouvoir s'assurer de ce que tous les certificats de conformité requis ont bien été produits par l'ensemble des sociétés fusionnantes. Aussi le notaire ou le greffier est-il formellement invité à pousser un peu plus loin son contrôle pour le faire porter sur les aspects purement transfrontaliers de la fusion⁴¹⁷.

593. A ce titre, la loi l'invite à contrôler « la légalité de la réalisation de la fusion transfrontalière » c'est-à-dire à s'assurer dans un délai que : les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet de fusion dans les mêmes termes exactement⁴¹⁸ ; les modalités relatives à la participation des salariés ont bien été fixées⁴¹⁹ ; la société issue de la fusion, si elle est constituée en France l'a bien été en conformité des lois et des règlements applicables⁴²⁰ ; ou bien encore, quoique la loi ne le dise pas expressément, que c'est à juste titre par exemple qu'une soulte supérieure à 10% de la valeur des parts a été stipulée dans le traité de fusion.

⁴¹⁷ Art. 11-1 de la directive et c. com art. L. 236-30

⁴¹⁸ Art. 11-1 de la directive et c. com.art. L. 236-30, al. 2,

⁴¹⁹ V. sur ce point, *infra*.

⁴²⁰ Art. 11-1 de la directive et c. com., art. L. 236-30, al. 1^{er},

594. Ce contrôle dit de « légalité de la fusion » qui débouchera selon toute vraisemblance, sur la délivrance d'un « certificat de légalité » marque une étape extrêmement importante dans le processus de fusion ; d'abord parce que l'achèvement du contrôle de légalité détermine la date de prise d'effet de la fusion car une fusion transfrontalière ne peut produire d'effet avant l'aboutissement du contrôle de légalité⁴²¹ ; ensuite parce que la nullité d'une fusion transfrontalière ne pourra plus être prononcée après la prise d'effet de l'opération⁴²². A ce titre, la directive puis la loi française de transposition sont donc allées un peu plus loin encore que le règlement européen sur la SE.

595. Autant ce dernier règlement avait lui aussi exclu que la fusion puisse être recherchée en nullité après que la SE ait été immatriculée, autant il avait réservé la possibilité d'agir en dissolution de la SE dans les six mois suivant la date de la dernière inscription au registre du commerce rendue nécessaire par l'opération en cas de nullité d'une délibération de l'une des assemblées ayant décidé la fusion ou en cas de manquement au contrôle de légalité. Aucune de ces deux occurrences n'étant évoquées ni par la directive « FT », ni par la loi du 3 juillet 2008, on ne voit pas qu'elles puissent entraîner une improbable dissolution de la société « issue » d'une fusion transfrontalière.

⁴²¹ Art. 12 de la directive et art. L. 236-31 c. com. : V. sur ce point, *infra*. Ni donc avant que la question de la participation des salariés ait été réglée (pour autant qu'elle se pose), puisqu'elle entre dans le champ du contrôle de la légalité de l'opération. Cette double circonstance, si la question de la participation se pose (ou si elle n'a pas été réglée rapidement), peut retarder substantiellement la date de prise d'effet d'une fusion transfrontalière (V. sur ces points, « la question de la participation des salariés »).

⁴²² art. 17 de la directive et C. Com.art. L. 236-31, al. 2,

CONCLUSION CHAPITRE I

596. De l'étude de cette modalité particulière de croissance, il résulte que des efforts considérables ont été effectués tant en droit français qu'en droit OHADA pour mettre en place un dispositif en vue de faciliter les opérations de restructurations transfrontalières. Si ces mesures semblent permettre aux entreprises de prendre part au marché commun, il reste qu'il existe plusieurs limites. Elles sont communes aux deux systèmes juridiques étant entendu que ces restructurations transfrontalières ne sont limitées uniquement qu'à l'intérieur de l'espace dans lequel ces règles reçoivent application. Ainsi dans le droit OHADA, elles ne sont applicables qu'à l'intérieur de l'espace géographique OHADA. Dans le droit français, elles ne peuvent recevoir application qu'à l'intérieur de l'union européenne. En outre, ces limites sont spécifiques à chaque système juridique. Concernant le droit OHADA, l'absence d'un régime particulier applicable aux dites opérations pour régler des problématiques pratiques importantes de réalisation et de formalisation de la restructuration constitue l'entrave à l'efficacité de l'opération. En droit français elles sont caractérisées par la complexité des règles applicables qui alourdissent ces opérations transfrontalières. Une simplification de ce formalisme en matière transfrontalière s'impose comme l'a opéré récemment le législateur français afin de rendre ces opérations rapides et attractives. A ce prix, la concentration transfrontalière inter Etat constituera une réalité. Ce formalisme est de nature à protéger les intérêts que la restructuration transfrontalière pourrait léser notamment les actionnaires, les tiers et les salariés pour lesquels un régime de protection particulier a été élaboré et qui pour notre part constitue l'une des causes militent en faveur de l'inefficacité de l'opération transfrontalière.

CHAPITRE II DES LIMITES DECOULANT DU REGIME DE PROTECTION DES SALAIRES

597. Les restructurations font partie intégrante de la vie des entreprises qui doivent constamment s'adapter en vue de s'affirmer dans un environnement concurrentiel dominé par la mondialisation. Elles sont capitales car elles permettent aux entreprises d'être compétitives et d'assurer leur survie en cas de difficultés⁴²³.

598. Il faut toutefois être conscient des conséquences qu'elles pourraient causer à certains intérêts dans l'entreprise notamment les créanciers, les détenteurs de capitaux, les salariés⁴²⁴. Pour cette dernière catégorie d'intérêt, les restructurations transfrontalières ont en commun d'être potentiellement destructrices d'emplois. Aussi est organisé dans les deux systèmes, un régime de protection qui diverge profondément étant entendu qu'en droit français, l'évolution de la législation a consisté à renforcer la protection des salariés⁴²⁵ alors qu'en droit OHADA, cette protection pour notre part est lacunaire.

599. Cette divergence dans la mise en œuvre des différents mécanismes de protection impacte l'efficacité des restructurations transfrontalières car si dans la législation française il existe une panoplie de mesures de préservation des droits des travailleurs qui apparaissent complexes. (Section I). Il en va différemment du droit OHADA où le caractère lacunaire de la protection des salariés entrave l'efficacité de la restructuration. (section II)

Section I La panoplie des mesures de protection en droit français

600. La panoplie des mesures de protection entraîne la complexité du système étant entendu qu'en plus de la mise en œuvre lors des restructurations transfrontalières d'un système informationnel jugée formaliste et sans réelle portée coercitive afin de permettre aux salariés d'avoir connaissance de la restructuration envisagée (para I), le législateur prévoit un

⁴²³ Cet aspect sera abordé dans la deuxième partie de nos travaux.

⁴²⁴ Relevons que dans le cadre de la présente étude, seules seront concernées les règles de protection des salariés étant entendu que sur cette protection de nombreuses divergences entre le droit français et le droit OHADA persistent.

⁴²⁵ Les idées de protection ont été d'abord l'implication des salariés dans l'entreprise et ensuite la participation.

régime de participation des salariés dans la société issue de la restructuration transfrontalière qui révèle des lourdeurs. (para II)

Para I l'allongement de la restructuration par le système informationnel

601. Le système informationnel résulte du développement du droit de communication en faveur des salariés et se manifeste dans l'intérêt porté par le législateur à leur participation à l'évolution de l'entreprise. Il impose d'informer et de consulter les représentants des salariés lors des restructurations. Ces obligations nombreuses et purement formalistes, découlent des dispositions des articles L.236-27 du code de commerce et L.2323-19 du code du travail qui prévoient respectivement que : *« L'organe de gestion d'administration ou de direction de chacune des sociétés participant à l'opération établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des associés. En complément du respect des obligations prévues à l'article L.2323-19 du code du travail, le rapport mentionné au premier alinéa du présent article est mis à la disposition des délégués du personnel ou, à défaut, des salariés eux-mêmes, dans les conditions prévues par décret pris en Conseil d'Etat. Sans préjudice du dernier alinéa de l'article L.225-105, l'avis du comité d'entreprise consulté en application de l'article L.2323-19 du code du travail ou, à défaut, l'avis des délégués du personnel est s'il est transmis dans des délais prévus par décret en Conseil d'Etat, annexé au rapport mentionné au premier alinéa du présent article. Ensuite, « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du code de commerce. »*

602. De ces textes, il résulte que le législateur impose une double obligation aux dirigeants de l'entreprise qui se matérialise par la mise à disposition du rapport sur la restructuration aux délégués du personnel que nous jugeons inopportune(A) et l'information et la consultation du comité d'entreprise qui pour notre part est sans portée (B).

A. L'inopportunité de l'obligation de mise à disposition aux délégués du personnel

603. L'obligation de mise à disposition qui découle de l'article L.236-27 précité est inopportune en ce sens que contraire aux missions traditionnelles de cet organe et doit en conséquence être écartée.

604. Cette obligation consiste pour les dirigeants de l'entreprise à transmettre aux délégués du personnel un rapport qui fonde et explique le projet de restructuration transfrontalière dans ses dispositions techniques et pratiques⁴²⁶. Si cette obligation participe de l'information des salariés qui reçoivent les documents et notamment le rapport de la restructuration par le biais des organes de défense de leurs intérêts, elle démontre par ailleurs l'attention particulière que le législateur leur accorde dans les opérations transfrontalières. Ils se voient attribuer plusieurs prérogatives démontrant leur rôle plus actif que celui qui leur est traditionnellement reconnu⁴²⁷. Ce dispositif vise à donner tout son effet à l'article 7 de la directive du 26 octobre 2005 qui précise, sans opérer de distinction, que les représentants du personnel reçoivent communication du rapport sur le projet de fusion. En rendant destinataires de cette information les délégués du personnel, la loi satisfait aux exigences de l'article 7 précité dans les hypothèses où la société est dépourvue de comité d'entreprise.

605. En revanche en prévoyant la compétence des délégués du personnel en cas de carence du comité d'entreprise, le législateur s'engage dans un exercice de transposition au delà des prescriptions de la directive. La directive vise incontestablement à promouvoir le rôle de la représentation du personnel et se limite à indiquer que dans les hypothèses où les représentants des salariés sont déjà en vertu du droit national appelés à rendre un avis sur un tel projet celui ci doit être annexé au rapport remis aux associés.

606. En droit français, seul le comité d'entreprise dispose de cette prérogative de consultation. Toutefois, cette obligation quoiqu'utile, heurte les missions légales assignées à cet organe. En conséquence, il convient de l'écarter.

⁴²⁶ C.Com.art. L.236-16.

⁴²⁷ TEISSIER A., les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux: la participation des salariés, JCP édition sociale n° 41 , 7 octobre 2008, n° 1517.

1. Une obligation aux antipodes des missions légales des délégués du personnel

607. L'obligation de mise à disposition aux délégués du personnel du rapport sur la restructuration est contraire aux prérogatives légales de cet organe dont la mission générale consiste en la défense du statut personnel des salariés.

608. En effet, les délégués du personnel ont pour mission légale de : « 1° de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du Travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que les conventions et accords applicables dans l'entreprise.

2° de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle.

609. Son intervention dans l'entreprise ne devrait se cantonner qu'à défendre les problèmes intéressant les salariés qui les ont élus⁴²⁸ et ce, en présentant aux employeurs toutes les réclamations individuelles et collectives qui n'auraient pas été directement satisfaites.

610. Leur mission par voie de conséquence ne serait alors limitée qu'aux seules circonstances intéressant les salariés à l'exclusion de celles qui sont en rapport avec la marche générale de l'entreprise notamment sa restructuration qui demeure de la compétence ainsi que le prévoit le législateur, du comité d'entreprise. C'est dire que sa (le délégué du personnel) mission consiste à « *assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique de financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.* »⁴²⁹. Dès lors cette obligation légale aux antipodes de sa mission pourrait alourdir la réalisation de la restructuration transfrontalière. Nous suggérons qu'elle soit écartée.

⁴²⁸ Cass. Soc., 24 mars 1993, Bull.civ.V, n° 98

⁴²⁹ C.trav. art.L. 2323-1 alinéa 1. Voy. LYON-CAEN A., comité d'entreprise, institution représentative du personnel, Dr.ouvrier 1986.335. Voy. RAY J.E, droit du travail, droit vivant 22ème éd., édition liaisons 2013,/2014, n°807, p.494.

2. Une obligation à écarter

611. L'obligation de mise à disposition du rapport de restructuration aux délégués du personnel est inopérante et devrait être écartée dans la mesure où en l'état actuel du droit positif français, ledit rapport quoiqu'important n'est dans certaines hypothèses plus une obligation les actionnaires peuvent décider sous certaines conditions de l'écarter. En effet, « *Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement... le conseil d'administration ou le directoire de chaque société participant à l'opération établit un rapport qui est mis à la disposition des actionnaires.* »⁴³⁰ La mise à disposition des documents et notamment du rapport sur la restructuration n'est plus une obligation et peut être écartée sur demande unanime des actionnaires. Toutefois, cette possibilité n'a été prévue par le législateur que dans le cadre des dispositions nationales. S'applique-t-elle à un projet transfrontalier ? A priori étant entendu que les deux types de restructurations ne répondent pas au même régime, elle ne devrait pas s'appliquer.

612. Toutefois cette solution étant trop rigide, nous estimons que la réponse affirmative pourrait s'imposer étant entendu que l'article L. 236-25 du code de commerce calque le régime des restructurations transfrontalières par voie de fusion sur celui du droit interne comme pour dire que les dispositions nationales reçoivent application.

613. En conséquence, en vertu des dispositions de l'article L.236-25 du code de commerce ci-dessus cité, il est possible d'écarter à la demande unanime des actionnaires la mise à disposition aux représentants du personnel du rapport sur la restructuration transfrontalière et ce dans la perspective d'une simplification du formalisme en la matière.

⁴³⁰ C. Com., art. L.236-9.

B-Une obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise sans portée coercitive

614. Le législateur en plus de l'obligation de mise à disposition du rapport sur la restructuration aux délégués du personnel impose également l'information et la consultation du comité d'entreprise. En effet, « *le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du code de commerce.* »⁴³¹ Si cette obligation à l'opposé de celle précédemment citée cadre bien avec la mission de cet organe, il reste que l'obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise est sans portée coercitive étant entendu qu'elle n'est que purement consultative (3) et peu utile(2). Il est important de préciser la quintessence de cette obligation (1)

1. Le fondement de l'obligation d'information et de consultation

615. La fusion transfrontalière consistant en une modification de l'organisation juridique de l'entreprise, le projet doit être soumis à la consultation du comité d'entreprise de chacune des sociétés car :« *le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise notamment en cas de fusion (...)* »⁴³²

616. Dans le même prolongement, l'article L.236-27 du code de commerce prend la précaution de rappeler que le caractère transfrontalier d'une fusion ne saurait exonérer les dirigeants des sociétés concernées de cette obligation impérative en ce qui concerne tout type

⁴³¹ C.trav. art.L.2323-19 alinéa1. Voy LYON CAEN A., le comité d'entreprise et les restructurations, Dr.soc.2004.285.

⁴³² C.trav.art.L.2323-19.

de projet de restructuration⁴³³. Il ajoute à toutes fins utiles que l'avis remis par le comité d'entreprise sur le fondement de l'article L.2323-19 du code du travail sera annexé au rapport que l'organe de gestion.⁴³⁴ Cet avis a pour finalité:

- d'expliquer et justifier les aspects juridiques et économiques de la fusions transfrontalière;
- de décrire les conséquences de cette fusion pour les associés, les créanciers et les salariés.

617. En confirmant ⁴³⁵ que l'avis du comité d'entreprise soit communiqué aux associés appelés à se prononcer sur le projet de fusion transfrontalière, le législateur donne à la voix du comité d'entreprise une portée qu'elle n'avait traditionnellement pas en droit interne. La place du comité d'entreprise dans le processus de restructuration transfrontalière est incontestablement renforcée. Cette prérogative qui est le prolongement de la compétence générale du comité d'entreprise en matière de restructuration vient en outre délimiter un peu plus les opérations de restructuration qui doivent lui être soumises car s'il est précisé que le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications juridiques ou économiques de l'entreprise, il n'est pas établi de manière exhaustive la liste à laquelle ces opérations sont assimilables. A titre d'exemple, les modifications dans l'organisation économique de l'entreprise correspondent à « *la création, la transformation, la fermeture d'un département, d'un service, d'une agence ou d'un établissement* », à « *une modification importante dans l'organisation interne des différents départements ou services de l'entreprise* » ou encore à des « *projets de recourir à la sous-traitance ou de constituer un groupement d'intérêt économique.* »⁴³⁶ S'agissant des modifications de l'organisation juridique de l'entreprise⁴³⁷,

⁴³³ Cette procédure est un impératif car pour émettre un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites ; un délai maximum d'examen suffisant doit lui être accordé. Certaines décisions ordonnent même la reprise de la procédure de consultation assortie de l'interdiction de prendre une décision sur le projet de fusion tant que le comité n'est pas en mesure de donner un avis motivé. Voy. CA paris, 31 juillet 2009, n° RG09/14577, comité d'entreprise de la caisse d'épargne d'Ile de France C/ caisse d'épargne d'Ile de France BRDA 2009, n° 18.

⁴³⁴ C. Com., art. L.236-27al.3.

⁴³⁵ Il s'agit sur ce point d'une stricte transposition des dispositions de l'article 7 de la directive du 26 octobre 2005.

⁴³⁶ Circ. min. DRT, 30 nov. 1984, point 14. C'est, il faut en convenir, très vaste. Là encore, il paraît toutefois nécessaire d'avoir un minimum d'égard pour l'importance de la mesure. Notons que le texte en cause vise, à titre d'exemple, « la modification importante des structures de production de l'entreprise ». Entrent également dans ce cas de figure les hypothèses certes classiques, mais profondément renouvelées ces dernières années, de transfert

elles recouvrent des situations très variées. Le code du Travail en livre un certain nombre d'exemples⁴³⁸ puisque sont notamment visées les opérations de fusion⁴³⁹, de cession de l'entreprise⁴⁴⁰, d'acquisition ou cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou encore de prise de participation⁴⁴¹. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive et peut être corroborée par des opérations telles que la dissolution ou la transformation de la société⁴⁴².

618. En résumé, le comité d'entreprise dont la mission est d'assurer une expression collective des salariés pour la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise doit être informé sur le projet de restructuration transfrontalier avant sa communication et son approbation. Il est donc fait obligation au chef d'entreprise, avant la décision de restructuration, d'informer et consulter cet organe qui est appelé à concourir par l'expression des vœux, avis, propositions ou observations à la direction économique et sociale de

ou de délocalisation d'entreprises. V. sur la question, FAVENNEC-HERY F., « La consultation des représentants du personnel sur le transfert d'entreprise » : Dr. soc., 2005, p. 729 et TEYSSIE B., « Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail » : *ibid.*, p. 759.

⁴³⁷ Expression sur laquelle il y aurait, d'un point de vue théorique, beaucoup à dire. Sous réserve de l'entreprise individuelle, l'entreprise n'est organisée juridiquement que par le biais de la société.

⁴³⁸ Sur toutes ces hypothèses, voy. Etude in Joly Sociétés, Traité, v. « Comité d'entreprise Information et consultation », 2005, n^{os} 170 et s. V. aussi, CORMIER-LE GOFF A. et BENARD E., *Restructurations et droit du travail après la loi du 18 janvier 2005*, éd. Liaisons, 2005, p. 145 et s.

⁴³⁹ A la fusion, il convient d'assimiler plusieurs opérations voisines, telles que la scission et l'apport partiel d'actif.

⁴⁴⁰ Si cette hypothèse renvoie en premier lieu à la cession du fonds de commerce exploité individuellement, elle englobe en second lieu la cession d'une partie importante du capital d'une société. Voy. sur cette question, CORMIER-LE GOFF A. et BENARD E., *op. cit.*, p. 149 et s.

⁴⁴¹ Voy. en dernier lieu sur cette hypothèse, Cass. crim., 3 févr. 2004 : Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 652, § [127](#), obs. LE CANNU P.: « L'article L. 432-1 du Code du travail auquel renvoie l'article L. 435-3 du même Code n'établit aucune distinction selon que l'entreprise prend une participation dans une société déjà constituée ou à constituer » ; « lorsque l'entreprise prend une participation dans une société, le chef d'entreprise est tenu, selon les mêmes textes, de consulter le comité sans que cette obligation soit limitée aux seuls projets économiques et financiers importants ». Cette dernière précision, qui apparaît en rupture avec la jurisprudence classique de la Cour de cassation, peut être critiquée (v. en ce sens la note de LE CANNU P. *préc.*).

⁴⁴² Voir un changement à la tête de la société, encore que l'on puisse contester qu'il s'agisse d'une modification dans l'organisation juridique de l'entreprise. Par exemple, la révocation du PDG d'une SA suivie de la nomination de son remplaçant, implique-t-elle la consultation du comité ? On serait tenté de répondre que non, mais la prudence commande peut-être de le faire, surtout si cette nomination est accompagnée de déclarations quant à l'évolution de l'entreprise consécutivement à ce changement.

l'entreprise.⁴⁴³ Cette information préalable est pour notre part critiquable ce d'autant plus qu'elle met lesdits salariés dans un rapport d'égalité avec les actionnaires qui ont eux contribué à la fondation de la société. A tout le moins, le comité d'entreprise et partant les salariés dont il exprime la défense des droits disposeront des mêmes informations que celles données aux actionnaires, ce qui pourrait constituer une atteinte au droit des actionnaires. Quoiqu'il en soit, le chef d'entreprise est tenu de porter à la connaissance du comité d'entreprise, le rapport de gestion sur l'opportunité et le bien fondé de la restructuration transfrontalière. Ces informations sont aujourd'hui étendues. Ce ci semble aller dans le sens d'une plus grande prise en compte des droits des salariés dans les restructurations et leur permet d'être à même de participer à la gestion de leur entreprise. Toutefois, cette avancée pour favorable qu'elle soit, n'est pas exempte de critiques ce d'autant plus que l'obligation est peu utile pour notre part et purement consultative.

2- Une obligation peu utile

619. Cette obligation d'information et de consultation préalable est peu utile et retarde la restructuration car non seulement parce qu'elle n'est pas bénéfique pour l'entreprise pas plus que pour les salariés étant entendu que les informations à donner aux représentants des salariés par le biais de cette obligation de consultation préalable sont nombreuses. Elles génèrent une contrainte administrative et une paperasserie pour le chef d'entreprise qui est tenu d'établir lesdits rapports et les mettre à la disposition des salariés à peine d'entraver l'aboutissement du projet de restructuration.

620. La multiplication des injonctions pouvant entrainer la lourdeur de la procédure, nous pensons que même si ce dispositif a une finalité protectionniste, par la prise en compte les intérêts des salariés lors des restructurations, il ne faudrait pas, par contre que ce protectionniste constitue un frein à la réalisation de la restructuration de l'entreprise dont l'importance et l'utilité pour l'Etat et les collectivités en d'autres termes pour l'économie en général est incontestable. Dès lors, nous proposons une simplification de cette double obligation qui, pour notre part, éviterait que la défense des droits des salariés ne compromette les chances d'aboutissement de la restructuration.

⁴⁴³ TEYSSIE B., droit du travail, relations collectives, Paris, Litec, 2007, p.180.

3. Des obligations exclusivement consultatives

621. L'obligation mise à la charge de l'employeur et partant des instances dirigeantes de l'entreprise est non bénéfique en ce sens que l'avis du comité d'entreprise est purement consultatif. Le comité n'a pas la latitude de modifier les modalités et les aspects juridiques ou économiques du projet de restructuration⁴⁴⁴.

622. Il s'agit seulement à travers cette obligation de prendre conseil auprès du comité d'entreprise sans que celui-ci ne puisse faire naître d'obligations nouvelles à la charge de l'employeur qui au demeurant n'est nullement lié par les avis à lui donner.

623. Mieux, le chef d'entreprise peut ne pas tenir compte des avis même pertinents du comité d'entreprise. Ce qui est tout de même regrettable et démontre l'inutilité de cette procédure d'informations qui demeure une obligation formelle sans réelle contrainte voir même sans fondement. Nous pensons qu'il serait judicieux de la combiner avec la possibilité pour les représentants du personnel de pouvoir en plus d'émettre des avis, de proposer des modalités voir même apporter des modifications aux dispositions du projet de restructuration. Cette éventualité donnera plus de poids à l'intervention du comité d'entreprise⁴⁴⁵.

624. En outre, l'information des salariés loin d'être négligeable entraîne une sorte d'accumulation de rapports. Ainsi entre autre, il y a d'un côté, accumulation d'informations pour le comité d'entreprise qui parfois peut être dérouté. S'il est légitime que les représentants des salariés puissent avoir connaissance de la gestion de l'entreprise et de la manière dont fonctionnent les organes dirigeants, encore ne faudrait-il pas qu'ils soient inondés d'informations. La lecture de multiples rapports et notamment celui relatif aux modalités techniques et juridiques du projet de restructuration pouvant être non seulement fastidieuse mais également source d'incompréhensions.

625. Nous ne pensons pas que le comité d'entreprise puisse exercer cette prérogative avec dextérité et donner un avis conséquent sur le projet transfrontalier car afin de

⁴⁴⁴ Aux termes des dispositions de l'article L.2323-3 « dans l'exercice de ses attributions consultatives, le comité d'entreprise émet des avis et vœux. Voy D. GATUMEL et D. JOURDAN, les avis et vœux du comité JCP 92 éd. E, I, 159.

⁴⁴⁵ Il faudrait comme en matière de restructuration d'entreprises en difficultés prévoir la possible de proposition de plan de restructuration à l'initiative des salariés.

l'émettre et de véritablement anticiper la restructuration, en pesant par exemple sur la décision du chef d'entreprise, il faudrait bien évidemment qu'il ait la maîtrise des informations. Or, ils n'ont pas souvent les compétences. Toutefois cette hypothèse mérite d'être relativisée car ils ont la possibilité de se faire assister par des experts payés par l'entreprise ainsi que le prévoit le législateur : « *Le comité d'entreprise peut se faire assister d'une Expert comptable de son choix : 1° en vue de l'examen des comptes annuels prévu aux articles L.2323-8 et L.2323-9* » ; 2° *En vue de l'examen des documents mentionnés à l'article L.2323-10 dans la limite de deux fois par exercice. 3° dans les conditions prévues aux articles L.2323-20 relatifs aux opérations de concentration ; 4° Dans les conditions prévues aux articles L.2323-78 et suivants, relatifs à l'exercice du droit d'alerte économique.* »⁴⁴⁶

Déjà envisagée par l'ordonnance du 22 février 1945, la faculté offerte au comité d'entreprise de recourir, sur sa seule décision, dans un certain nombre de cas limitativement énumérés⁴⁴⁷ à l'assistance d'un expert comptable rémunéré par l'entreprise mais contractuellement uni par lui⁴⁴⁸ a reçu au fil des ans un essor considérable. Cet accroissement vise un objectif : celui de permettre au représentant du personnel de comprendre les informations qui leur ont été communiquées et d'être en mesure d'apprécier à travers une série de données, la maîtrise de la situation de l'entreprise au sein de laquelle ils ont été élus⁴⁴⁹.

626. Le législateur donne une liste exhaustive des points sur lesquels le comité d'entreprise peut avoir recours à un expert au frais de la société. Toutefois, l'article L.2323-19 du Code du Travail ne figurant pas parmi les textes pour l'application des quels l'article L.2325-35 dudit code prévoit l'assistance du comité d'entreprise par un Expert comptable rémunéré par l'entreprise, le comité ne saurait recourir à l'assistance d'un tel expert lorsqu'il est informé et consulté sur le projet de fusion⁴⁵⁰.

627. Quoiqu'il en soit, les informations à donner aux salariés par le biais des organes de défense de leur droit sont multiples et il n'est pas sûr que le foisonnement d'informations soit toujours de bon aloi car trop d'informations tue l'information⁴⁵¹. Ceci est

⁴⁴⁶ C.Trav. art.L.2325-35. Voy. DAUXERRE L., le recours à un expert comptable lors d'une opération de concentration, JCP S 2011, 1117.

⁴⁴⁷ Cass.com., 26 nov.1996 : TPS 1997, comm.49.

⁴⁴⁸ Cass.crim., 25 mai 1983, Dr.Ouvrier, 1984, 111.

⁴⁴⁹ C.trav., art.L.2325-36.

⁴⁵⁰ Soc. 30 juin 1993 : Dr. Trav.1993, n° 8-9, p.9§399.

⁴⁵¹ DOM J.P., sécurité financière et initiative économique : aspects de droit des sociétés, Defrénois, 30 novembre 2003, p.1443.

d'autant plus vrai que lesdites informations fournies peuvent parfois faire double emploi et paraître superfétatoires.

628. En résumé, le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur le projet de restructuration. Toutefois, nous estimons que cette obligation est sans réelle efficacité dans la mesure où le comité d'entreprise n'a qu'un pouvoir consultatif et non délibératif qui ne lui permet pas au demeurant d'influencer la décision restructuration à intervenir. Cette décision remarquons le doit intervenir dès lors que les modalités de participation des salariés dans la société issue de la restructuration sont définies. Cette participation fragilise également les restructurations transfrontalières.

Para II. La fragilisation de la restructuration transfrontalière par le régime de participation des salariés

629. Par l'instauration d'un tel régime, le législateur entend favoriser la prise en compte des droits des salariés tant en amont qu'en aval du processus de restructuration transfrontalière. Ce régime signifie que les représentants des salariés participent aux organes de surveillance ou d'administration de la société issue de la restructuration et requiert par ailleurs qu'ils aient le droit d'y siéger endossant la qualité de membre.

630. Ce régime a été instauré par la directive 2005/56/CE du parlement européen et du conseil du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. L'objectif de cette directive est de faciliter les fusions transfrontalières entre les sociétés de capitaux de l'union européenne en tenant compte des critiques qui ont été formulées à l'encontre des SE notamment au regard de la complexité du système d'implication des salariés⁴⁵².

631. Ce régime s'inspire très largement de celui de la société européenne et se résume à l'instar de celui-ci, en la participation qui doit prendre l'une des formes définies par l'article L.2351 du code du travail notamment l'exercice du droit d'élire ou de désigner un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance ou l'exercice du droit

⁴⁵² FISHELSON M-D, l'implication des salariés dans les différentes structures européennes BJS octobre 2008, §176, p.824

de recommander la désignation d'une partie ou de tous les membres des organes d'administration ou de surveillance ou de s'y opposer. A cet effet, le législateur précise que : *« Les associés qui décident la fusion peuvent subordonner la réalisation de celle-ci à leur approbation des modalités décidées pour la participation des salariés, au sens de l'article L.2371-1 du Code du Travail, dans la société issue de la fusion transfrontalière. »*⁴⁵³

632. De cette disposition, il résulte que la décision de restructuration ne peut intervenir que sous condition suspensive de l'approbation par les actionnaires des modalités de participation des salariés. Ce régime est défini aux dispositions des articles L.2371 et suivant du code du travail que nous étudierons. Institué pour défendre les droits des travailleurs, il contient de multiples règles qui pour notre part fragilise la restructuration transfrontalière. Il en va notamment de la voie conventionnelle de participation qui est longue et formaliste (A) et la possibilité offerte aux dirigeants de fixer unilatéralement le régime de participation qui est jugée contraignante. (B)

A. Une voie conventionnelle longue et formaliste

633. La participation des salariés dans la société issue de la restructuration doit se réaliser dans un cadre purement conventionnel dont les *« modalités sont arrêtées par accord conclu entre les dirigeants des sociétés participantes à la fusion transfrontalière et les représentants des salariés conformément au présent chapitre et au chapitre II du présent titre. A défaut d'accord, ces modalités sont arrêtées conformément au chapitre III du présent titre »*.⁴⁵⁴ La participation des salariés à la société issue de la restructuration est le fruit d'un processus de négociation entre les organes d'administration de la société et leurs représentants.

634. Cette négociation s'effectue par l'entremise d'un organe : le groupe spécial de négociation qui, institué après la publication du projet de fusion,⁴⁵⁵ va déterminer avec les dirigeants des sociétés participant à la restructuration transfrontalière ou leurs représentants

⁴⁵³ C. Com., article L.236-28 alinéa 1.

⁴⁵⁴ C. Trav. art. L.2371-3 alinéa1 dispose à cet effet que : « les modalités de participation des salariés au sens de l'article L.2351-9 sont arrêtées par accord conclu entre les dirigeants des sociétés participant à la fusion transfrontalière et les représentants des salariés conformément au présent chapitre et au chapitre II du présent titre. A défaut d'accord, ces modalités sont arrêtées conformément au chapitre III du présent titre. »

⁴⁵⁵ C. trav. art. L.2372-1.

par un accord écrit les modalités de la participation des salariés au sein de la société issue de la restructuration.⁴⁵⁶

635. Ce régime a l'avantage de permettre à l'ensemble des salariés des sociétés participant d'être associés au projet de restructuration transfrontalière et démontre la logique sociale des restructurations transfrontalières qui n'ont pas d'ailleurs une finalité essentiellement économique et financière. Toutefois, il entrave pour notre part l'opération en raison notamment de la mise en place de l'organe de négociation, ses missions et l'issue des négociations.

1-La mise en place et mission de l'organe de négociation

636. « Le groupe spécial de négociation détermine avec les dirigeants des sociétés participant à la fusion transfrontalière ou leurs représentants par un accord écrit, les modalités de la participation des salariés au sein de la société issue de la fusion. »⁴⁵⁷. Cet accord est négocié côté salarial par le GSN et côté patronal par les dirigeants des sociétés participant à la fusion ou leurs représentants.

637. Toutefois, il convient de préciser que le Groupe spécial de Négociation est institué lorsque l'une des conditions suivantes est satisfaite :

- Au moins une des sociétés participant à la fusions transfrontalière applique les règles relatives à la participation et emploie cinq cents salariés pendant la période de six mois précédant la publication du projet de fusion ;
- La société issue de la fusion transfrontalière ne garantit pas au moins le même niveau de participation des salariés que celui qui s'applique aux sociétés participant à la fusion transfrontalière. Ces niveaux de participation s'apprécient en fonction de la proportion de représentants des salariés parmi les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du comité de la société issue de la fusion transfrontalière ; cette dernière hypothèse visant la situation dans la quelle une

⁴⁵⁶ C.Trav.art. L.2372-2.

⁴⁵⁷ C.trav.art. L.2372.

société issue d'une fusion transfrontalière et disposant d'un comité, fusionne à nouveau⁴⁵⁸.

638. Il est institué dès que possible c'est-à-dire sans délai après la publication du projet de fusion et les négociations débutent dès sa constitution et sont appelées à se poursuivre pendant un délai maximum de six mois⁴⁵⁹ à moins que les parties décident de commun accord de les prolonger pour une durée supplémentaire maximum de 6 mois.⁴⁶⁰

639. Cette mise en place de même que les règles de constitution et de fonctionnement du Groupe Spécial de Négociation sont régies par les dispositions du Décret n° 2008-1117 du 31 octobre 2008 et par les dispositions des articles R.2372-1 et suivants du Code du Travail⁴⁶¹. En toute hypothèse, le GSN doit négocier les modalités des droits de participation des salariés dont l'issue mérite d'être précisée.

2. L'issue des négociations

640. Les négociations entre le GSN et les dirigeants peuvent aboutir à un accord (a) ou à un désaccord (b). Ces deux hypothèses feront l'objet des développements suivants.

a- l'aboutissement à un accord

641. Si à l'issue des négociations celle-ci est positive c'est-à-dire que les parties sont parvenues à un accord sur les modalités de la participation des salariés, la loi oblige que cet accord soit consacré par écrit⁴⁶². Il détermine les sociétés concernées ainsi que leurs filiales et leurs établissements, les modalités de la participation convenue, les procédures à

⁴⁵⁸ C. trav.art. 2372-1.

⁴⁵⁹ Nous pensons que ce délai est très long pour les besoins de la réalisation de la fusion transfrontalière.

⁴⁶⁰ C. trav. Art. L.2352 -9

⁴⁶¹ Pour une étude détaillée des modes de fonctionnement et de composition du GSN. Voy. L GAMET, représentation des salariés dans les fusions transfrontalière, JurisClasseur travail Traité, Fasc. 15-76 n° 18 et suivant, p.8 et suivant.

⁴⁶² C.trav. art. L.2372-2.

suivre pour que les salariés puissent exercer leurs droits, la date d'entrée en vigueur de l'accord, sa durée, et les cas dans lesquels l'accord doit être renégocié et la procédure à suivre en pareille hypothèse.⁴⁶³

642. Cette solution plus simple est celle souhaitée. Toutefois, il peut arriver que les négociations échouent. Que décider dans ces conditions ? la réponse est fournie par le législateur qui a prévu des cas de désaccord.

b. le non aboutissement à un accord

643. L'absence de tout accord sur le régime de participation, comme le refus du GSN de s'en remettre à la majorité qualifiée des 2/3 au régime applicable dans l'Etat du siège social de la société issue de la fusion, oblige alors à constituer un comité issu de la fusion. Pour qui souhaitait que les fusions transfrontalières deviennent une réalité de l'espace économique communautaire, la perspective n'est guère enthousiasmante.

644. L'échec de la négociation après peut être six mois ou une année de vaines négociations va de paire avec la suspension des effets de la fusions. En effet, tant que l'accord sur les modalités de participation des salariés n'aboutit pas, la fusion ne peut produire ses effets car la société issue de la fusion transfrontalière ne peut être immatriculée. Cette solution qui n'est pas expressément prévue par le législateur, pourrait s'évincer de l'esprit des dispositions de l'article L.2373-1 du code du travail aux termes desquelles : « *dans les cas prévus l'article L.2373-1, l'immatriculation de la société issue de la fusion transfrontalière ne peut intervenir que si les parties décident de mettre en ouvre les dispositions du chapitre III relatif au comité issue de la fusion transfrontalière ou si les dirigeants des sociétés participantes s'engagent à en faire application.* » En conséquence, tant qu'un aucun accord n'aura été conclu, l'immatriculation de la société issue d'une fusion transfrontalière ne peut intervenir. Ce qui est tout de même regrettable au vu la longueur de la négociation qui dans certaines hypothèses peut être écartée par les dirigeants et ce de manière contraignante.

⁴⁶³ C.trav.art.L. 2372-6.

B. une possibilité unilatérale contraignante

645. Les dirigeants peuvent éviter les négociations en vue de mettre en place le régime de participation des salariés dans la mesure où le législateur permet que :« *Par dérogation au premier alinéa, les dirigeants des sociétés participant à la fusion transfrontalière peuvent choisir de mettre en place, sans négociation préalable, les modalités de participation des salariés conformément au chapitre III du présent titre.* »⁴⁶⁴ Ils ne seront pas tenus d'instituer le GSN et devront instituer un comité de la société issue de la fusion transfrontalière. Il conviendra dès lors d'appliquer les dispositions dites de référence ou subsidiaires.

646. Cette hypothèse nous le pensons peut conduire à la mise en place d'un système d'implication des salariés plus contraignant que celui qui aurait pu être institué à la conclusion de l'accord ce d'autant plus que la directive du 26 octobre 2005 limitait l'implication des salariés dans les sociétés issues de la fusion transfrontalières à leur participation aux organes de direction, sans imposer la mise en place d'un mécanisme d'information et de consultation des salariés. L'objectif de la directive était en effet de prévoir un mécanisme d'implication des salariés moins contraignant que celui qui est prévu pour la SE⁴⁶⁵.

647. Or, en imposant la création d'un comité de la société issue de la fusion à l'image du comité de la loi sur la Société Européenne en l'absence d'accord lequel comité a été jugée contraignant⁴⁶⁶, la loi du 3 juillet 2008 renforce considérablement l'implication des salariés dans ces sociétés, ce qui pourrait constituer un frein à l'immatriculation des sociétés issues des fusions transfrontalières.

648. Il existe plusieurs mécanismes de protection des droits des travailleurs lors des opérations de restructuration qui résultent d'une intervention tant en amont de la décision de restructuration qu'en aval. Toutefois, comme il vient d'être démontré, ces obligations pour protectrices qu'elles soient, en raison de leur multitude, peuvent constituer une entrave à la réalisation de la restructuration.

⁴⁶⁴ C. Trav. art L.2373-1.

⁴⁶⁵ FISHELSON M.-D., l'implication des salariés dans les différentes structures européennes, BJS 2008, §176, p.825.

⁴⁶⁶ FISHELSON M.-D., op.cit.

649. Aussi, nous serions d'avis pour un assouplissement de ce formalisme qui constitue un handicap sérieux pour la restructuration de l'entreprise. Cette idée semble avoir été prise en compte par le droit OHADA qui prévoit un régime de protection des salariés qui tellement restreint et laconique pourrait entamer l'efficacité et fragiliser les restructurations transfrontalières.

Section II Le laconisme de la protection des salariés en droit OHADA

650. Le droit OHADA à l'instar du droit français connaît un système de protection des salariés lors des restructurations que nous estimons lacunaire en ce sens qu'il n'existe pas un véritable dispositif de prise en compte de leurs droits. Ils n'ont pas de possibilité d'influencer le projet de restructuration qui leur est imposé. La seule protection existante est effectuée a posteriori de la décision de restructuration, et se matérialise par le principe classique du transfert de leurs contrats de travail⁴⁶⁷ qui pour notre part dans un contexte transfrontalier est impossible.

Para I Une protection exclusivement nationale

651. A la différence du droit français où la protection des salariés se traduit par l'information et la consultation préalable des représentants des salariés sur la décision de restructuration et l'institution d'une procédure leur permettant de participer à la société issue

⁴⁶⁷ Notons que cette protection a posteriori existe en droit français et est prévue à l'article L.1224-1 du code de travail qui dispose : « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion transformation du fonds mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. Ce dispositif de protection a posteriori se trouve compléter par des normes communautaires notamment la directive du conseil n° 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements modifiée par la directive 98/ 50/ CE du 29 juin 1998 lesquelles directives pour des raisons de clarté et de rationalité ont été respectivement codifiées par la directive n° 2001/23/CE du conseil du 12 mars 2002. Voy. Journal officiel des communautés européennes, 22 mars 2001, code de droit social européen, annoté par TEYSSIE B., LITEC 2006. Les dites directives européennes traitent des transferts d'entreprise. MORVAN P., Transfert d'entreprise, Jurisclasseur Travail Traité, Fasc 19-50 .

de la restructuration, en droit OHADA, elle découle de la continuité automatique des contrats de travail qui n'a pas été organisée au niveau communautaire ; ce qui laisse place aux dispositions nationales.

A. L'inorganisation de la protection au plan communautaire

652. A la différence du droit français où au plan communautaire il existe une réglementation de protection des salariés dans les opérations transfrontalières, aucune disposition communautaire n'a pas été prévue en droit africain. La conséquence de cette absence de norme est le recours au droit national des Etats partis.

1. L'inexistence de règles communautaires de droit du travail

653. Le dispositif applicable aux restructurations transfrontalières en droit OHADA ne contient aucune règle communautaire de protection des droits des travailleurs. En effet, l'avant projet d'acte uniforme relatif au droit du travail qui vise à harmoniser le droit du travail au sein de l'espace OHADA⁴⁶⁸ du 24 novembre 2006 n'est pas encore entré en vigueur.

654. Cette hypothèse est étonnante ce d'autant plus que celui ci figure en bonne place à l'article 2 du traité OHADA de Port Louis parmi la liste non limitative des secteurs concernés par l'unification du droit des affaires⁴⁶⁹. Le droit du travail apparaît comme le parent pauvre de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). L'entrée en vigueur de cet acte uniforme constitue selon nous à la fois une

⁴⁶⁸ <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/Ohada%20-%20Projet%20AU%20travail.pdf>

⁴⁶⁹ L'article 2 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose que : « pour application du présent traité, entre dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement de créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente de des transports et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8

nécessité, mais aussi une solution à certaines difficultés pratiques notamment sur le régime de la protection des salariés en cas de restructuration transfrontalière.

655. La mise en œuvre d'un tel acte uniforme permettrait d'imposer aux Tribunaux et aux justiciables sur le territoire des Etats parties des règles intangibles et donc une prévisibilité des risques juridiques. Son adoption serait en cela un vecteur de sécurité juridique notamment pour les investisseurs et serait ainsi conforme à l'objectif assigné par le traité OHADA qui entend : « *garantir la sécurité juridique et judiciaire au sein de ses pays membres, favorisant ainsi le retour des investisseurs, nationaux ou étrangers* ».

656. La sécurité juridique est un impératif du droit au même titre que l'efficacité, l'adaptabilité, la recherche de la justice et l'équité permettant à la règle de droit d'assurer sa fonction de régulation sociale⁴⁷⁰. Cette protection étant inorganisée au plan communautaire c'est aux règles nationales qu'il faut recourir.

2-Le recours au droit interne des Etats partis

657. La protection des salariés est prévue par les dispositions nationales⁴⁷¹ étant entendu que l'avant projet d'acte uniforme relatif au droit du travail qui vise à harmoniser cette matière au sein de l'espace OHADA n'est pas comme nous venons de le montrer effectif. Pour cette raison nous étudierons l'article 11 de la loi n° 95-15 du 12 janvier 1995 portant code du travail de la République de Côte d'Ivoire dispose que : « *S'il survient un changement d'employeur personne physique ou personne morale par suite notamment de succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel.* »

658. Le texte prévoit que la société absorbante ou la société nouvelle issue de la restructuration est considérée comme le nouvel employeur du fait de la restructuration car

⁴⁷⁰ REIS P., « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in « La sécurité juridique et le droit économique » sous la direction de. RACINE J. B, SIIRIAINEN F. et BOY L., p. 189-206, Ed. Larcier, Bruxelles, décembre 2007.

⁴⁷¹ Nous étudierons les dispositions de la loi n°95/15 du 12 janvier 1995 portant code du travail de la République de Côte d'Ivoire http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cote_Ivoire/RCI%20-%20Code%20travail.pdf

lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, les salariés doivent être transférés avec l'entreprise ou la partie de l'entreprise qui subit la modification. Cette définition permet d'ores et déjà de constater que la reprise du personnel par l'entreprise cessionnaire ne constitue pas une condition d'application de l'article ci-dessus référencé mais n'en est que la conséquence et répond à une logique protectionniste.

B. Un principe répondant à une logique protectionniste

659. Ce dispositif répond à une logique protectionniste et de stabilité de l'emploi face au droit civil. Il a été pris en vue de lutter contre l'effet relatif des contrats et tend à assurer la pérennité de l'emploi.

1. Un dispositif de lutte contre l'effet relatif des conventions.

660. Le dispositif de transfert automatique des contrats a été pris en vue de faire face à l'effet relatif des conventions qui découlent de l'article 1165 du Code Civil disposant que :« *Les conventions n'ont d'effet qu'en les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers...* ». En application de cet article, un contrat de travail ne lie que le salarié et l'employeur qui l'ont initialement conclu et non une tierce personne, quand bien même elle deviendrait le nouvel employeur de ce salarié. La rigueur de cette formule civiliste n'est guère admissible en droit du travail qui défend davantage la pérennité du lien contractuel et privilégie la stabilité de l'emploi.

2. Un dispositif de pérennité du contrat de travail

661. Confronté à de nombreux actes juridiques touchant à la personne de l'employeur, le législateur a souhaité estomper leur retentissement sur le contrat de travail et assurer sa continuité en dépit du principe de l'effet relatif des conventions. Par delà la situation qui modifie la situation juridique de l'employeur, le contrat de travail doit être maintenu même si l'employeur juge de l'organisation de l'entreprise et de l'opportunité de sa cession ne fait qu'user de ses pouvoirs notamment la liberté d'entreprendre en cédant une branche de ses activités sans avoir à justifier à cet effet d'une nécessité économique

contraignante⁴⁷². Cette liberté d'entreprendre trouve sa source dans l'inventivité illimitée des agents économiques adaptant leurs modes de fonctionnement aux évolutions de la conjoncture et des techniques de gestion⁴⁷³.

662. C'est la raison pour laquelle, en contrepartie de cette liberté, le législateur entend préserver les intérêts des salariés inclus dans le champ de cette opération contre la précarité qu'engendre le principe de l'effet relatif des conventions. Ce dispositif de protection tend à préserver les travailleurs contre les conséquences défavorables des modifications des structures des entreprises justifiées par l'évolution économique qui se manifestent au plan national et communautaire par des transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement à d'autres entreprises résultant de cessions ou de fusion.

663. Pour notre part, ces dispositions prises en vue de protéger les salariés, destinées à favoriser la stabilité de l'emploi, leurs sont par moment défavorables. En effet, Ils ne sont ni informés et ne prennent pas connaissance du projet de restructuration transfrontalière, qui leur est imposé comme un « couperet » dès lors qu'il est à sa phase décisive ou terminale. Ils ne disposent d'aucune prérogative d'information ni de consultation qui pourraient éventuellement leur offrir des garanties suffisantes de maintien de leurs contrats de travail. En outre, aucune possibilité ne leur est offerte par le législateur pour une éventuelle participation dans les organes de gestion de la société issue de la restructuration ; ce qui est tout de même regrettable. Il aurait fallu soit, prévoir un régime de participation, soit un système d'information et de consultation des représentants du personnel à l'image du droit français ; ce qui aurait permis une réelle prise en compte des droits des créanciers lors des opérations de restructuration.

664. L'avant projet d'acte uniforme sur le droit du travail aurait pu constituer une aubaine pour une telle réforme. Toutefois, le législateur OHADA n'a pas manifesté le désir d'élaborer des mécanismes de protection avant la phase décisive de la restructuration. La seule protection existante est celle qui résulte du principe classique du transfert des contrats de travail⁴⁷⁴ qui pour des raisons pratiques serait impossible dans le cadre transfrontalier.

⁴⁷² Cass. Soc., 17 janv. 1975 : Bull. Civ. 1975, V, n° 41.

⁴⁷³ BAILLY P., le flou de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail, soc. 4 avril 2004, p.366.

⁴⁷⁴ L'avant projet d'acte uniforme en son article 11 prend la peine de reconduire le même principe de la continuité comme c'est le cas en droit national.

Para II L'inadaptabilité de la protection interne au cadre transfrontalier

665. La continuation du contrat de travail est impossible dans le cadre d'une restructuration transfrontalière dans la mesure où le salarié a été embauché initialement pour travailler dans un lieu déterminé et sur un espace géographique. Dans un contexte où les délocalisations d'entreprises⁴⁷⁵ se multiplient, le contrat de travail peut-il être impérativement transféré d'un pays à un autre ?

666. Cette question ne pose pas réellement de problème lorsque l'opération se limite au transfert de patrimoine d'une société à une autre mais sans transfert d'activité et donc sans changement du lieu et des conditions d'exercice du travail des salariés. Ainsi, en cas de fusion entre deux sociétés établies dans des Etats différents, le législateur prévoit un transfert des obligations de l'employeur d'origine à la société résultant de la fusion même si elle est établie sur un autre territoire que la société d'origine.

667. La problématique revêt une toute autre acuité lorsque le transfert de l'activité exercée par la société établie dans un pays vers un autre s'accompagne d'une cession des actifs et des moyens de production⁴⁷⁶. Faut-il considérer que les contrats de travail seront dans cette hypothèse transférés ? La question se pose dans la mesure où avec la restructuration, de même que le nouvel employeur est tenu de poursuivre les contrats de travail, la chambre sociale a régulièrement affirmé, sous une forme impérative que les salariés repris ne peuvent se soustraire sans risque à ce changement qui s'impose à eux⁴⁷⁷.

668. S'ils refusent de passer au service du cessionnaire, ils ne peuvent prétendre imputer la rupture du contrat de travail au cédant ou au cessionnaire et revendiquer à ce titre des créances indemnitaires. Ils se trouvent alors en situation de salarié démissionnaire mettant fin au contrat de travail.

⁴⁷⁵ La délocalisation en économie désigne le transfert d'activités, de capitaux et d'emplois d'une Entreprise dans un autre lieu afin de bénéficier d'avantages compétitifs. Elle vise donc le déplacement vers l'Etranger d'une activité économique existante préalablement sur un territoire vers un autre. Sur la notion Voir : PIDOUX E., délocalisations : dimensions sociale ou l'impact sur l'emploi, petites affiches, 9 décembre 2010 n° 245, p.6.

⁴⁷⁶ Voy. MORVAN P., l'article 122-12 du code du travail à l'international RJS 8-9/04 p.587.

⁴⁷⁷ Cass. Soc., 14 déc. 2004, AUCHAN, Bull. civ. 2004, V, n° 331.

669. Dans cette perspective, si la restructuration entraîne délocalisation de l'activité, les contrats de travail devraient être transférés au nouvel employeur. Cette position est celle de Christophe RADE⁴⁷⁸ d'après lequel il n'existe aucun obstacle juridique à l'application du principe du transfert des contrats de travail en cas de délocalisation. Le salarié est en droit de refuser toute modification de son contrat de travail. Or, le lieu d'exécution du contrat de travail constitue l'un des éléments qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. Ce lieu s'entend non comme un point précis, même stipulé dans le contrat mais comme un secteur géographique de quelques kilomètres à l'extérieur duquel, aucune mobilité ne pourra être imposée au salarié.

670. Si la délocalisation d'une activité à l'étranger entraîne nécessairement la modification du contrat de travail, l'employeur n'aura d'autre solution que de négocier les contreparties des changements introduits. Pour se donner plus de souplesse, l'employeur peut insérer dans le contrat de travail, une clause de mobilité ou faire application d'une obligation conventionnelle de mobilité⁴⁷⁹.

671. La mise en œuvre de cette clause relève du pouvoir de direction de l'employeur et le salarié ne pourra en principe s'y opposer. Le régime particulier de ces clauses de mobilité rend toutefois l'opération très incertaine. En premier lieu, la zone géographique dans laquelle peut s'opérer la mobilité du salarié doit être déterminée avec suffisamment de précision lors de la signature du contrat de travail. Par la suite, l'employeur ne pourra pas muter le salarié en dehors de ce secteur contractuel. Il ne pourra ainsi imposer la mutation dans un établissement qui n'existait pas lorsque la clause a été signée⁴⁸⁰. L'employeur ne pourra pas contraindre des salariés à aller travailler au sein d'un établissement situé à l'étranger et créé à l'occasion d'un accroissement des activités en dehors du territoire national.

672. La règle du transfert du contrat de travail au nouvel employeur quoiqu'assurant une protection pour les salariés est inopérante dans le cadre transfrontalier où elle est difficilement transposable ce d'autant plus qu'il est limité géographiquement (A) et ne peut de ce fait s'étendre au delà des frontières des Etats parties que sous certaines conditions (B).

⁴⁷⁸ RADE C., « restructuration et délocalisations » : Dr.soc., mars 2006, p. 289.

⁴⁷⁹ Sur cette clause, ANTONMATTEI P.H., les clauses du contrat de travail Ed. Liaisons, 2005, sp.pp.41 et s.

⁴⁸⁰ CA Montpellier, 26 févr.2002 : Jurisdata n° 177487.

A-Un transfert limité géographiquement au droit interne : un transfert exclusivement territorial

673. Le transfert automatique des contrats est en principe limité géographiquement. Toutefois, à titre de droit comparé, la cour de cassation française a, pour la première fois en 2006 approuvé l'application du transfert des contrats de travail à une hypothèse de cession transfrontalière d'entité économique autonome⁴⁸¹. En application de cette solution jurisprudentielle, le transfert du contrat de travail est applicable à la cession d'une entité économique accomplie à l'intérieur du territoire d'un Etat partie au traité de l'OHADA alors même que le cédant et le cessionnaire sont établis à l'étranger.

674. Ce serait par exemple le cas d'une société sénégalaise qui absorbe une société ivoirienne. En pareil cas la règle du transfert du contrat de travail s'effectuera suivant en principe la loi ivoirienne. Bien qu'un conflit de lois soit sous jacent dans ces différentes hypothèses où la nationalité étrangère du cédant ou du cessionnaire constitue un élément d'extranéité impliquant un recours à la règle de conflit, le raisonnement conflictuel n'affleure que dans des espèces où le doute sur la loi applicable s'est emparé des magistrats. Ceux-ci ont privilégié la loi d'autonomie (lex contractus) et à défaut d'un tel choix la loi d'exécution du travail (lex laboris)⁴⁸².

675. C'est ainsi que statuant à propos d'un salarié engagé à DAKAR par une société sénégalaise qui avait cédé son fonds de commerce à Paris à une autre société sénégalaise, la Cour suprême observe que « le contrat de travail s'exécutait en France et qu'aucun élément ne permettrait de caractériser la volonté des parties de se soumettre à la loi sénégalaise ; si bien que les relations des parties étaient soumises à la loi du lieu d'exécution dont la conséquence était l'application de l'article 1224 du code du travail⁴⁸³. De façon plus insolite, ce texte a été reconnu applicable à un salarié ne travaillant pas en France parce que la loi étrangère maintenait en vigueur la loi française⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Cass. Soc., 28 mars 2006 JCP S., 2006, 1889.

⁴⁸² Cass.soc., 23 oct. 1974 : Bull.civ.1974, V, n° 493.

⁴⁸³ Cass. Soc., 9 juin 1998, pourvoi n° 96-41.929, inédit. L'arrêt renferme néanmoins une importante contradiction en ce qu'il semble qualifier aussitôt après, l'article 1224 de loi de police. Puisqu'il faut bien trancher dans un sens ou dans l'autre, nous choisirons d'écarter cette qualification d'ailleurs ambigu.

⁴⁸⁴ Cass. Soc. 23 octobre 1974, Bull. Civ. V n° 493.

676. En revanche, il est exclu de recourir ici au critère de la *lex societatis* que retient le droit du commerce international en cas de cessions ou de fusions de sociétés en l'absence de loi d'autonomie⁴⁸⁵.

677. En somme, le principe du transfert automatique des contrats ne joue que dès l'instant où l'opération est faite au plan interne. Mais c'est par le franchissement géographique d'une frontière par la restructuration transfrontalière que le transfert automatique des contrats pose des problématiques importantes notamment en cas de délocalisation à l'étranger d'actifs corporels lourds (ex. Chaîne de production, machine outils) que décider en pareil cas ?

B- Un transfert impossible au delà des frontières géographiques

678. Le principe du transfert automatique des contrats de travail ne devrait pas s'appliquer dès l'instant où la restructuration dépasse les frontières géographique d'un Etat partie au Traité de l'OHADA, qu'il s'agisse de transfert à l'intérieur de l'espace OHADA⁴⁸⁶ qu'à l'extérieur, c'est à dire en cas de fusion extracommunautaire qui intervient en tout ou partie hors du territoire de la Communauté OHADA ; c'est-à-dire lorsque la restructuration s'opère depuis un État membre vers un État tiers à la Communauté OHADA (ou en sens inverse) ou, a fortiori, entre deux États tiers. L'effet translatif des contrats de travail prévu est inopposable au cédant ou au cessionnaire établi en dehors d'un Etat même membre de l'OHADA.

679. Il est néanmoins possible que les droits internes de l'État d'origine et de l'État d'accueil de l'entité cédée contiennent tous deux, des règles identiques à celle résultant du principe prévu en droit national de la transmission du contrat de travail. Dans cette éventualité, les salariés passeront au service du cessionnaire en vertu non du droit communautaire mais de règles nationales équivalentes. Le droit international du travail doit reconnaître ici l'efficacité de droits nationaux homogènes translatifs des contrats de travail.

⁴⁸⁵ BOUCOBZA X., l'acquisition internationale de société, préf. FOUCHARD Ph., LGDJ 1998, spéc. n° 420 s., p.218 s.

⁴⁸⁶ A La différence du droit français où cette hypothèse est soumise à la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977, modifiée par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998 puis remodifiée par la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001. Cette dernière "est applicable si et dans la mesure où l'entreprise, l'établissement ou la partie d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du traité" instituant la Communauté européenne (Dir.n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, art. 1er, § 2).

680. Les règles similaires issues des droits nationaux pourront toutefois être écartées par une clause ou une convention contraire si sa validité est admise par le juge compétent⁴⁸⁷. Toutefois, dans le cas où, à l'opposé, les droits nationaux divergeraient ou se montreraient unanimement fidèles au principe de l'effet relatif des contrats, aucun transfert des contrats de travail ne se réalisera. Des droits hétérogènes ou bien homogènes et non translatifs ne peuvent assurer la transmission des contrats de travail par delà les frontières, en dehors du territoire communautaire.

681. Une telle solution est doublement avantageuse pour le personnel de l'entité cédée. D'une part, les salariés se trouvent délivrés de l'obligation de poursuivre l'exécution de leur contrat de travail auprès d'un nouvel employeur établi à l'étranger et le cas échéant, de la nécessité de saisir la juridiction étrangère compétente. D'autre part, la responsabilité des licenciements économiques prononcés à l'occasion du transfert n'incombera qu'au cédant, en qui les salariés trouveront un débiteur d'indemnités de rupture aisément accessible.

682. En résumé, les salariés peuvent apparaître comme les victimes d'une extension territoriale du champ du principe du transfert automatique des contrats de travail chaque fois qu'une entreprise cède son activité à une entreprise étrangère. Le risque est alors que l'employeur cédant tente de s'exonérer de toute responsabilité au titre des licenciements consécutifs à la modification géographique du lieu de travail, qui sont alors imputables exclusivement au nouvel employeur. La rupture des contrats ne peut être imputée au premier employeur du seul fait qu'il a pris la décision de céder tout ou partie de son entreprise. De même, est seul tenu d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur qui envisage le licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés ayant refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail. Or, cet employeur cédant qui ne formule aucune proposition de ce type, peut néanmoins envisager la rupture des contrats de travail au lieu d'opérer des licenciements qui seraient réputés sans effet voire, en cas de fraude, nuls.⁴⁸⁸ Ces employeurs se montrent généralement hostiles à la reprise des salariés à la suite d'une cession d'entreprise transnationale. Pour se faire, ils se fondent sur le motif que l'entité

⁴⁸⁷ A titre de droit comparé, la Cour de cassation tolère ainsi qu'une décision étrangère contraire à l'article L. 1224-1 du Code du travail reçoive en France l'exequatur. Cass. civ. 1^{ère}, 18 avr. 1989 : JurisData n° 1989-001200 ; Bull. civ. 1989, I, n° 155.

⁴⁸⁸ Morvan P., Les non-dits de l'article L. 122-12 : nullité et fraude : RJS 2006, p. 647.

économique a perdu son identité lors du transfert. Il convient de préciser que la règle du transfert automatique des contrats de travail en cas de restructuration a été conçue pour protéger les salariés dans l'hypothèse où l'entreprise change de propriétaire et non dans le cas où l'activité change de localisation. En conséquence, lorsque suite à la restructuration l'entreprise décide de délocaliser ce principe ne devrait pas s'appliquer. Il échet donc pour le législateur de l'OHADA de corriger cette imperfection qui dans un contexte transfrontalier peut être dommageable pour les salariés. L'avant projet d'acte uniforme sur le droit du travail aurait pu constituer une aubaine pour une telle réforme. Cependant, aucune protection au plan transfrontalier n'est organisée ; ce qui est tout de même regrettable.

CONCLUSION CHAPITRE II

683. Force est de retenir de cette étude comparative que d'une logique économique et financière, les restructurations transfrontalières sont guidées par des considérations sociales car sous le sceau d'une finalité protectionniste visant à garantir les droits des travailleurs. Ceux-ci, par l'intermédiaire de leur représentant, interviennent tant en amont qu'en aval du processus. En amont, il ya lieu de remarquer une divergence entre les deux systèmes juridiques car si en droit français une double information tant des délégués du personnel que du comité d'entreprise ; que nous jugeons longue est affirmée, il en va différemment du droit OHADA où aucun régime d'information antérieure à la restructuration n'est organisé ; ils « subissent » la restructuration sans possibilité d'émettre d'avis. En aval, existent également des différences notables entre les deux systèmes étant entendu qu'en droit français est organisé un régime de participation des salariés dans la société issue de la restructuration transfrontalière alors qu'en droit OHADA ce régime est quasi inexistant. Le seul point de similitude réside dans le mécanisme de pérennité des contrats de travaux du droit national qui pose des problématiques importantes le cadre transfrontalier.

CONCLUSION TITRE II

684. L'analyse des restructurations par voie de fusion, opérations conventionnelles au plan transfrontalier nous a permis de constater que des efforts considérables et louables ont été entrepris par les législateur africain et français afin de réglementer ces opérations et les rendre effective et attractive en non seulement, les favorisant mais également, en fixant des règles de protection des intérêts en jeu dans l'entreprise notamment celui des salariés. Ces opérations qui antérieurement étaient quasiment impossible à réaliser du fait de conditionnalités rigides le sont désormais à de simples conditions. Toutefois, l'analyse minutieuse de leur régime révèle des limites, des entraves, voir des zones d'ombres qui pour ce qui nous concerne en contrarie la réalisation.

685. Ainsi, le régime actuel des fusions transfrontalières présente, grâce au corpus communautaire, l'avantage d'être clairement encadré et limiter ainsi l'incertitude juridique qui peut assortir certaines autres techniques comme par exemple le recours à une fusion triangulaire.

686. Les défauts des fusions communautaires tiennent notamment au caractère imparfait de l'harmonisation opérée. Si certains aspects de la procédure de fusion, comme le contenu minimal du traité de fusion, le contrôle de légalité de la fusion ou encore sa date d'entrée en vigueur, sont soumis à des règles uniformes issues du droit communautaire, d'autres, aux différents stades de l'opération, continuent néanmoins, comme nous l'a exposé monsieur le professeur Menjucq⁴⁸⁹, à être régis par les droits nationaux, comme la protection des différentes parties prenantes ou encore la majorité requise en assemblée générale pour l'approbation de l'opération et ce, que la fusion se fasse avec ou sans recours à la société européenne.

687. De cette harmonisation partielle peuvent résulter certaines difficultés en cas d'incompatibilité entre droits nationaux. Ainsi, aucun texte communautaire ne s'intéresse à la détermination de la parité d'échange. Ce point primordial pourra dès lors poser problème en

⁴⁸⁹ MENJUCQ M., les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux ; CDE 2011, dossier 34.

cas de divergence entre les législations applicables aux sociétés concernées. Le rapprochement entre AGF et Allianz a d'ailleurs offert une illustration de pareilles difficultés, l'évaluation en France devant se faire sur une base multi-critères tandis que le droit allemand impose une méthode reposant principalement sur l'actualisation des flux futurs de dividendes.

688. Les fusions communautaires présentent, en outre, les inconvénients inhérents à toute fusion : processus long et contraignant, disparition de la personnalité morale de l'absorbée (risque de résiliation de certains contrats, de perte d'agréments ou d'autorisations administratives, etc.), intégration totale et irréversible. Ces éléments expliquent qu'elles soient principalement utilisées pour réaliser des restructurations intra-groupes. En pratique, on rencontre couramment d'autres modalités de rapprochement entre groupes étrangers.

CONCLUSION PARTIE I

689. Dans le cadre de leur stratégie de croissance externe notamment les entreprises peuvent être amenées à se regrouper par des fusions qui leur permettent de renforcer leur capacité concurrentielle. Il est en effet nécessaire d'atteindre un certain seuil de chiffre d'affaires pour dégager des bénéfices permettant les investissements indispensables à l'équipement à la rationalisation de la production. C'est la raison pour laquelle le législateur a multiplié les réformes en vue de simplifier ces opérations au double plan interne et transfrontalier. Si au plan interne, cette croissance s'opère par la transmission universelle du patrimoine, il reste que des limites existent qui compromettent l'originalité de ce mécanisme. Des conceptions alternatives s'imposent notamment qui ne sont pas exemptes de critiques ; l'efficacité de ces opérations se trouve ainsi altérée.

690. Au plan transfrontalier, si un cadre juridique légal est consacré à ces opérations, il existe néanmoins de nombreuses limites handicapantes. Aussi ce nouveau régime ne bouleverse pas pour autant la pratique des fusions dans la mesure où le droit interne de ce type de mutation demeure toujours applicable. Ce régime transfrontalier étant juste une communautarisation du droit national commun. Aussi, il convient de noter que les fusions ne demeurent pas le seul moyen d'atteindre l'objectif de croissance. Il existe d'autres procédés qui font l'objet d'une utilisation fréquente notamment les prises de contrôle et les accords de coopération interentreprises. En tout état de cause, cette volonté de croissance fonctionne lorsque la société prend la décision de prendre des mesures stratégiques de développement. Toutefois, il existe des cas dans lesquels, la société est le seuil de difficultés qui menacent son existence et qui entraînent le recours à des mesures de restauration voir de restructuration particulières à cette catégorie d'entreprises.

PARTIE II LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION, UN MOYEN DE RESTAURATION DES ENTREPRISES DÉFAILLANTES

691. Les techniques de restructuration de par leur transversalité ne sont pas utilisées uniquement comme des mesures stratégiques permettant aux entreprises d'amorcer leur développement mais apparaissent également comme des solutions aux difficultés de l'entreprise. Elles sont appréhendées sous l'angle d'une véritable gestion stratégique qui prend en considération l'intensité et la nature des difficultés rencontrées.

692. Ce droit de la restructuration des entreprises défaillantes qui révèle une véritable contractualisation⁴⁹⁰ par le biais des procédures amiables mais aussi judiciaires s'effectue dans le cadre de procédures collectives⁴⁹¹ qui ont connu une évolution.

693. Classiquement ces procédures collectives visaient un double objectif d'assainissement du commerce et de règlement des créances selon une discipline collective⁴⁹² où les créanciers avaient un rôle moteur.⁴⁹³ Mais cette vision limitée a été au fil du temps édulcorée⁴⁹⁴ car ce sont des pans entiers de l'économie qui sont affectés par les défaillances de l'entreprise.

⁴⁹⁰ BROCARD E., les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté, Petite Affiches, 11 Mai 2011, n° 93,p.4.

⁴⁹¹ Les procédures collectives sont, selon la définition traditionnelle admise, des procédures judiciaires qui se substituent aux voies d'exécution individuelle pour mettre en place le règlement collectif des créanciers.

⁴⁹² La procédure collective souligne VALLENS J.-L., « implique tous les créanciers d'un débiteur défaillant et les soumet à une même loi, l'arrêt des poursuites individuelles, l'obligation de faire valoir leurs droits par le filtre de la procédure de vérification des créances, la désignation de mandataires de justice pour des missions plus ou moins étendues qui couvrent au minimum un contrôle de la gestion, un pouvoir d'arbitrage sur les contrats en cours et le cas échéant la réalisation ordonnée des actifs » RTD com., 2011. 644.

⁴⁹³ PAILLUSSEAU J., du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés..., Mél. HOUIN. 1985, p.109. Sur cette évolution, Voy. aussi VALLENS, Bicentenaire du Code de commerce : le droit de la faillite de 1807 à aujourd'hui, D.2007, p.669, LE CORRE, 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de la sauvegarde de l'entreprise, GP 21 juillet 2007, p.3.

⁴⁹⁴ Notons déjà que le législateur dès 1889 (loi du 4 mars 1889) a institué une procédure de faveur qui engageait le droit français dans une sorte de dualisme procédural. Le choix était fondé sur une analyse du comportement du commerçant. Le Tribunal déclare la faillite sur une analyse du comportement du commerçant. Si le comportement du débiteur est fautif, il est déclaré en faillite et dans le cas contraire la liquidation judiciaire lui est octroyée. La faillite qui conduit à la vente des biens du débiteur afin de payer les créanciers et la liquidation

694. Il est apparu irréaliste pour le législateur d'aborder la matière uniquement au travers du prisme du règlement des créances⁴⁹⁵. Très tôt, la volonté de sauvetage s'est imposée⁴⁹⁶. Les procédures collectives ne constituent plus seulement un droit du paiement, une relation créancier débiteur mais un droit du maintien de l'activité et des restructurations économiques⁴⁹⁷. Ceci est d'autant plus vrai car désormais, la procédure collective apparaît comme un droit de la défaillance des professionnels, aux objectifs renouvelés, fondés sur la primauté de l'objectif de survie de l'entreprise. Tout ce droit va tendre à éviter ou à traiter les défaillances de l'entreprise en fonction de leur gradation.

695. Dès lors que celles-ci auront conduit à la cessation des paiements qui se traduit par l'impossibilité pour l'entreprise de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, le législateur a prévu un outil de sauvetage destiné à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif au moyen d'un plan de restructuration⁴⁹⁸. Mais, ces difficultés peuvent se situer en amont de la cessation des paiements et font intervenir des procédures préventives qui feront l'objet de nos développements.

696. Ces procédures considérées par la doctrine comme de véritables techniques de restructuration⁴⁹⁹ ont pour objectif de placer l'entreprise qui connaît des difficultés mineures sous protection de justice afin de procéder à sa réorganisation. Ainsi, si le législateur africain précise que : « *Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation de l'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* »⁵⁰⁰, le législateur français, pour définir la procédure de restructuration dispose que : « *il est institué une procédure de sauvegarde*

judiciaire où le débiteur est simplement assisté par le syndic et peut obtenir soit un concordat lui permettant de sauver son affaire le concordat simple ou bénéficié d'une remise de dette en abandonnant ses biens : le concordat par abandon d'actifs. C'est dire que l'idée de sauvetage s'était déjà fait jour mais elle était limitée au comportement du débiteur.

⁴⁹⁵ SAINT-ALARY-HOUIN C., droit des entreprises en difficultés 9^{ème} édition Montchrestien 2014, n° 4 p.10.

⁴⁹⁶ L'on est passé du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés.

⁴⁹⁷ Cette finalité est née avec les grandes réformes de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. Sur cette évolution, V. not. HOUIN, permanence de l'entreprise à travers la faillite, in aspects économiques de la faillite... Sirey 1970.

⁴⁹⁸ C. Com., art. L. 631-1 et AU PCAP art. 2 2°.

⁴⁹⁹ Le choix du terme restructuration laisse immédiatement entendre que l'objectif n'est pas de céder ou de liquider l'entreprise mais bien de poursuivre l'activité en procédant aux mesures nécessaires pour assurer sa pérennité.

⁵⁰⁰ A.U.P.C.A.P art. 2-1.

ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ...»⁵⁰¹

697. Si la prévention vise dans la législation française, la réorganisation de l'entreprise en vue de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi⁵⁰² et d'apurement du passif ; en droit OHADA, elle est un moyen d'éviter la cessation des paiements ou la cessation de l'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement du passif. En dépit de la différence des termes utilisés, ces procédures poursuivent un double objectif de pérennité de l'entreprise et d'apurement du passif.

698. En tout état de cause, il est bon de préciser à l'analyse des articles suscités que si l'idée de restructuration a désormais une base légale⁵⁰³ en droit français dans la mesure où la procédure de sauvegarde a pour objectif de réorganiser⁵⁰⁴ l'entreprise, c'est-à-dire la restructurer, il en va différemment du droit OHADA où cette idée de restructuration est dérivée car dans l'optique de sauver les entreprises défaillantes, le législateur africain a élaboré une nouvelle conception du traitement des défaillances des entreprises dont la survie dévient un impératif.⁵⁰⁵ Il ne s'agit plus seulement de traiter les défaillances de l'entreprises pour lesquelles deux procédures⁵⁰⁶ étaient jadis consacrées mais de les éviter.

⁵⁰¹ Code de commerce, art. L.620-1.

⁵⁰² Les aspects sociaux des restructurations d'entreprises défaillantes ne seront pas étudiés dans le cadre des présentes.

⁵⁰³ L'article L.620 -1 alinéa précité dispose : « il est institué une procédure de sauvegarde destinée à faciliter la réorganisation ou la restructuration étant entendu que la restructuration désigne l'action de réorganiser selon de nouveaux principes un ensemble que l'on juge inadapté. Voy. LIENHARD A., Code des procédures collectives 12^{ème} éd. DALLOZ 2014, p. 68.

⁵⁰⁴ La réorganisation de l'entreprise en vue de favoriser la poursuite de l'activité économique voilà qui pour servir de base à la définition du terme restructuration qui selon le dictionnaire consiste à **donner une nouvelle structure une nouvelle organisation.**

⁵⁰⁵ Cette idée de sauvegarde pourrait se rapprocher de la procédure en vigueur en droit français.

⁵⁰⁶ En droit ivoirien par exemple seuls était possible la liquidation judiciaire issue de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et la loi sur la faillite tel qu'il résultait du code de commerce de 1807. Par contre dans certains Etats de l'OHADA, le législateur avait réformé le droit des entreprises en difficultés pour tenir un temps soi peu de l'évolution législative en France. Par exemple, le Mali et le Sénégal avaient adopté littéralement la loi française du 13 juillet 1967 qui distinguait trois procédures : le règlement judiciaire(ex liquidation judiciaire) la liquidation des biens (ex faillite) et la faillite qui regroupait la procédure individuelle relative aux sanctions

699. Les objectifs de ces procédures sont bien connus : il s'agit non seulement de maintenir l'activité de l'entreprise mais également d'apurer le passif, objectifs qui ont subi des interventions du législateur en vue d'en favoriser l'attractivité et également, d'associer toutes les parties intéressées notamment les créanciers, à la restructuration de l'entreprise. Pour se faire, le législateur a assoupli les conditions de ces procédures d'anticipation, rétabli les droits de certains acteurs qui étaient exclus et renforcé des modalités techniques notamment celles afférent au plan de restructuration.

700. Il est donc important, à la lumière des impératifs susvisés, d'appréhender l'impact des mesures prises par le législateur sur l'efficacité des restructurations d'entreprises défaillantes. Toutes les innovations apportées en droit uniforme africain d'une part et d'autre part français permettent elles de conclure en l'efficacité voire l'attractivité du droit de la restructuration des entreprises défaillantes ?

701. La réponse à cette interrogation s'effectuera tant au niveau des conditions même de la restructuration que de ses impacts sur les créanciers de l'entreprise. Nous démontrerons que si dans un premier temps ce traitement anticipateur des difficultés de l'entreprise est mitigé, (TITRE I) dans un deuxième temps, il s'agira de démontrer que le renforcement des droits des créanciers dans le processus de restructuration n'est pas exempt de critiques. (TITRE II)

TITRE I LA RESTAURATION AU MOYEN DES TECHNIQUES PREVENTIVES: UNE ATTRACTIVITE LIMITEE

702. Le traitement préventif des difficultés de l'entreprise est mitigé étant entendu que les règles de renforcement de son attractivité connaissent des insuffisances. Plusieurs innovations ont en effet, contribué à renforcer le régime de la prévention des difficultés de l'entreprise notamment la diversification des techniques qui apparaissent plus protectrices pour l'entreprise et plus contraignantes pour les créanciers⁵⁰⁷.

703. Toutefois, il reste que certains facteurs du renforcement de la prévention notamment, l'édulcoration du critère traditionnel de la notion de cessation des paiements⁵⁰⁸ et le renforcement des règles relatives au plan de restructuration, pilier des mesures de restructuration, contiennent des imperfections qui vont rendre la restructuration peu attrayante voir même l'entraver.

704. Dans un premier temps l'insuffisance des critères d'ouvertures de l'anticipation constituera un élément important de cette attractivité mitigée (CHAPITRE I) tandis que dans un second temps, la souplesse du plan de restructuration sera la cause de l'inefficacité du régime de la prévention. (CHAPITRE II)

⁵⁰⁷ BARBIERI J.-F., « le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises » Rev. Proc. Coll. 2005, p. 346. Désormais outre les procédures collectives classiques, existent des procédures d'anticipation dans lesquelles l'entreprise peut se placer sous la protection du tribunal avant toute cessation des paiements. Cette multiplication des procédures de restructuration entraîne un enrichissement de la « *boîte à outils* » Voy. SAINT HALARY HOUIN C., la SFA, RPC 2011-4 colloque 2, p. 31, n° 29.

⁵⁰⁸ L'édulcoration de la cessation des paiements qui a été pendant longtemps le critère d'ouverture d'une procédure collective sous l'autorité du juge a consisté pour le législateur à mettre en œuvre de nouveaux critères avec de nouvelles procédures de restructuration.

CHAPITRE I L'INSUFFISANCE DES CRITERES D'OUVERTURE

705. Les critères d'ouverture désignent les conditions requises par le législateur pour solliciter et bénéficier du régime de la prévention. A cet effet, il est précisé que : « *il est institué une procédure de sauvegarde sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui sans être en état de cessation des paiements justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter...* »⁵⁰⁹

En outre,

« *Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise... Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante quelque soit la nature de ses dettes connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* »⁵¹⁰.

706. Si de l'interprétation de ces textes, il résulte que les critères de la prévention ont été conçus pour s'appliquer de manière précoce à un stade antérieur à la cessation des paiements⁵¹¹ et ce par référence à une nouvelle condition⁵¹², il reste qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune définition légale.

707. Cette insuffisance⁵¹³ demeure l'une des causes de l'inefficience du régime de la prévention car comme sus indiqué, les conditions de la restructuration sont posées en terme imprécis (section I) et appréhendées de manière négative par rapport au critère de la cessation des paiements qui demeure un des éléments de leur appréciation. Cette situation de forte dépendance à la cessation des paiements constitue pour nous une atteinte à la particularité et à l'attractivité de ces techniques de restructuration par voie d'anticipation. (Section II)

⁵⁰⁹ C. Com., art. L 620-1 alinéa 1.

⁵¹⁰ A.U. P.C.A.P. art. 2-1 alinéa 1 et 2.

⁵¹¹ LAUGIER-TAILLARD N., L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 8 décembre 2008, Petites affiches, 15 septembre 2009 n° 184, p. 3.

⁵¹² L'acte uniforme de l'OHADA parle de situation difficile mais non irrémédiablement compromise tandis que le législateur français parle de difficultés insurmontables.

⁵¹³ MENJUCQ M., affaire Heart of la Défense: les incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, RPC, n° 3, Mai 2010, étude 11.

Section I Une absence de définition légale des critères d'ouverture

708. Des articles L.626 -1 du code de commerce et 2 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il apparait clairement que le nouveau critère d'ouverture des procédures de restructuration a été posé en terme imprécis car le législateur s'est borné à le mentionner sans pour autant en donner la quintessence. Cette absence de définition légale constitue une atteinte à l'attractivité des techniques de prévention car lesdits critères peuvent être le seuil de différentes interprétations.

709. Ces critères qui ont en commun de se situer antérieurement à la cessation des paiements, condition stricte pour l'ouverture d'une procédure collective stricto sensu, sont conceptuellement différents (para I) ce qui aura une incidence sur la portée de leur appréciation par les juges. (para II).

Para I Des critères conceptuellement différents

710. Les critères de la restructuration sont différents dans les deux systèmes dans la mesure où si en droit OHADA, il est classique⁵¹⁴ et parfaitement rigide (A), il en va différemment dans la législation française où le législateur a élaboré un critère innovant et particulièrement souple (B).

A- La rigidité du critère de la restructuration en droit OHADA

711. Le nouveau critère de restructuration des entreprises défaillantes en droit OHADA est classique dans la mesure où il a existé dans la législation antérieure en France⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Ce critère est classique en comparaison avec le droit français.

⁵¹⁵ La notion a vu le jour en droit français avec l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui avait pour objet de permettre à une entreprise en difficulté de préparer un plan de redressement en étant mise à l'abri des poursuites de ses créanciers et d'obtenir des remises de dettes ou des délais de paiement. Dès son premier article l'ordonnance indique en effet qu'elle s'applique à « des entreprises en situation financières difficile mais non irrémédiablement compromise dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et qui pourrait être évité dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créancier » Voy. BAUDRON A.-M, la suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967, préf. Chr. GAVALDA, Paris 1972.

Toutefois, pour s'affranchir du droit français, le législateur OHADA a spécifié ce critère en lui donnant en plus de la nature financière, une autre connotation économique.

712. Cette double exigence (1) cause de cette rigidité doit être atténuée en vue de rendre la restructuration plus attractive et permettre aux entreprises défaillantes d'y avoir recours plus facilement. (2)

1-La double exigence

713. L'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose que : « *Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* »⁵¹⁶.

714. Pour pouvoir bénéficier du règlement préventif, l'entreprise doit connaître une situation économique et financière difficile. A la différence de l'ordonnance de 1967, qui faisait référence à des difficultés exclusivement financières, le texte de l'OHADA vise une notion de difficultés plus large faisant référence à la situation économique et financière difficile.

715. Cet élargissement opéré par le législateur africain est opportune mais source de rigidité. En effet, le texte semble préciser que le règlement préventif ne peut s'appliquer qu'aux entreprises qui connaissent une situation économique et financière difficile exclusivement car la lecture littérale du texte semble signifier que le cumul de ces deux types de difficultés est nécessaire. A défaut, aucune restructuration anticipée ne pourra s'effectuer.

716. Maladresse législative ou volonté de limiter le champ d'application de la procédure de règlement préventif⁵¹⁷ ; la question reste posée et commanderait de refuser le bénéfice du règlement préventif à une entreprise qui éprouveraient seulement des difficultés

⁵¹⁶ A.U.P.C.A.P. art. 2 al. 1 précité.

⁵¹⁷ ROUSSEL-GALL PH., OHADA et difficulté des entreprises, Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, RJC 2001, n° 2, p.14.

économiques ; solution regrettable mais sans réelle gravité, puisque les difficultés financières ne sauraient tarder quand elles ne sont pas concomitantes.

717. De même une entreprise rencontrant seulement des difficultés financières devrait se voir refuser le bénéfice de la procédure. Il faudrait que s'y ajoutent des difficultés économiques ce qui obligerait alors à rechercher et à apprécier les causes ayant généré cette situation.

718. Une telle lecture pour ce qui nous concerne est inopportune tout particulièrement au regard du caractère subjectif du critère économique. C'est la raison pour laquelle, il est suggéré d'écarter cette interprétation littérale et limitative au profit d'une interprétation plus souple. Le critère économique doit être entendu au sens large et toutes difficultés quelque soit son origine peut fonder une demande en ouverture de la procédure, si elle s'accompagne de difficultés financières.

719. De facto, c'est essentiellement le critère financier qui commande le recours à une telle procédure et c'est de son appréciation que dépend la décision de la juridiction compétente. Ces difficultés ne doivent pas être simplement provisoires ou minimales mais au contraire être sérieuses et traduire une situation telle qu'à terme la continuation de l'activité paraît impossible, si les mesures adéquates ne sont pas prises⁵¹⁸.

720. Mais, la demande ne doit pas être trop précoce afin d'éviter la remise en cause des droits des créanciers sans que cela ne s'avère indispensable. En effet, bien qu'il soit exigé pour le bénéfice de la procédure de restructuration, une situation économique et financière difficile, l'on peut craindre au regard des leçons tirées du droit comparé que les débiteurs ne recourent à cette procédure pour des motifs purement dilatoires au profit d'entreprises qui traversent des difficultés passagères ou celles dont la situation est compromise⁵¹⁹.

721. Cette rigidité pouvant impulser le juge dans l'octroi de la restructuration, il est suggéré une extension de la typologie des difficultés en d'autres termes des critères de la prévention.

⁵¹⁸ TIGER PH., le droit des affaires en Afrique, OHADA, PUF, coll. Que sais je ?, n° 3536, 1999, p. P.110.

⁵¹⁹ SAWADO GO (FM) ouvrage préc., p. 60.

2-Pour une extension de la nature des difficultés

722. Après les constats ci-dessus visés, il est évident que pour aboutir à une meilleure utilisation et combler amplement les espoirs fondés sur le règlement préventif, il serait prudent de réaménager le critère commandant son ouverture en la limitant uniquement aux difficultés qu'elles qu'elles soient. En effet, la caractériser par sa nature essentiellement économique et financière apparaît très rigide comme il vient d'être démontré.

723. Il échoit donc pour le législateur OHADA dans le cadre d'éventuelle réforme à venir de corriger cette lacune. La double exigence économique financière peut être un blocage voire un frein au recours à la procédure de restructuration car les difficultés que peut rencontrer une entreprise peuvent être de plusieurs ordres notamment juridiques voire sociales liées à des grèves, à la sous qualification du personnel et à un sureffectif⁵²⁰.

724. Aussi, conviendrait il d'étendre la nature de ces difficultés ce qui donnerait plus de souplesse à la procédure et la rendrait de ce fait plus attractive. Il convient de noter à toutes fins utiles que dans le cadre du projet de révision de l'acte uniforme OHADA relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, un groupe d'expert s'est réuni et a décidé en vue de rendre le règlement préventif plus attractif, de modifier cette double exigence. Il est prévu en effet de transformer les conditions d'ouverture du règlement préventif en remplaçant cette double condition rigide par une condition plus souple. Celle-ci consistera si la réforme est entérinée à exiger des difficultés économiques ou financières sérieuses.

725. Si pour notre part, cette innovation marquera un renouveau dans la prévention des difficultés de l'entreprise, il reste qu'elle sera fortement problématique car le critère du sérieux risque encore de compromettre le recours à la procédure de règlement préventif. Pourquoi en effet, ne pas faire plus simple en exigeant uniquement des difficultés économiques ou financières ? Cette idée a guidé le législateur français qui a élargi la nature des difficultés en prévoyant un nouveau critère ne faisant l'objet d'aucune limite.

⁵²⁰ TGI Bressuire 19 déc. 2007, SAS Rambaud Carrières, BRDA 14/08, n° 9.

B- La souplesse du critère de restructuration en droit français

726. L'apparition du nouveau critère de restructuration en droit français est souple dans la mesure où le législateur l'a étendu (1). Il en résulte une divergence d'appréciation par les Tribunaux(2).

1-Une souplesse en raison de l'extension de la nature des difficultés

727. Le critère de déclenchement de la procédure de sauvegarde est précisé par l'article L. 620 du code de commerce qui dispose que : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.* »

728. Ce n'est plus la cessation des paiements qui permet de déclencher la procédure collective tendant à restructurer l'entreprise mais des difficultés que le débiteur ne peut pas surmonter seul. Toutefois, il est bon de préciser que si le législateur français est assez disert s'agissant des personnes⁵²¹ pouvant solliciter le bénéfice de la procédure collective de restructuration, il est très laxiste voire muet en ce qui concerne la nature des difficultés qui peuvent entraîner l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

729. Il ne précise pas de quelles difficultés il s'agit de sorte qu'il s'en déduit que l'expression est volontairement imprécise pour pouvoir englober tout type de difficultés. En état de cause, tous les auteurs⁵²² s'accordent à considérer qu'elles peuvent être de toute nature, financière, économique, sociale ou juridique même commerciale.

730. Toutefois, il reste que la nature des difficultés susceptibles d'engendrer la restructuration de l'entreprise en raison de sa grande extension fait l'objet d'une interprétation différente des juges. Il en résulte une instabilité de ce critère qui pourrait entraîner une insécurité juridique en raison de la divergence d'interprétation entre les différentes juridictions.

⁵²¹ C.com. art.L.620-2.

⁵²² SAINT-ALARY-HOUIN C., l'ouverture de la procédure de sauvegarde, RPC n° 2, Avril 2008, dossier 3.

2-l'appréciation controversée de la nature des difficultés

731. Le juge doit interpréter la nature des difficultés invoquées par le débiteur pour lui octroyer la mesure de restructuration souhaitée. En effet, il doit dans les cas qui lui sont soumis, établir que les difficultés invoquées rentrent dans le périmètre fixé par le législateur. Mais cette interprétation n'est pas toujours claire ; en témoigne la célèbre affaire *Heart of Defense*.

732. Dans cette affaire, la question de la détermination de la nature des difficultés justifiant la sauvegarde avait été posée aux juges de la manière suivante : Faut-il comprendre par difficultés de toute nature, les difficultés juridiques économiques ou financières, avérées ou prévisibles que la loi vise s'agissant du procédé amiable de conciliation⁵²³ ; faut-il au contraire, penser à des difficultés particulières liées aux finalités de la sauvegarde exprimées à l'article L 620 ; notamment la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi l'apurement du passif ? Ces questions en notre sens lourdes de conséquences, n'avaient pas encore été posées aux hauts magistrats, Elles l'étaient en l'espèce (CŒUR DEFENSE) dès lors que la cour d'appel de Paris avait rétracté les jugements ouvrant la sauvegarde en ayant égard à la nature des difficultés rencontrées par les sociétés.

733. En l'espèce, la société par actions simplifiée *Heart of la Defense (Hold)* dont le capital est intégralement détenu par une holding de droit luxembourgeois (la société *Dame Luxembourg*) a acquis par l'intermédiaire d'une société civile immobilière la tour dénommée *Cœur Défense* (la plus haute d'Europe). Le financement de l'acquisition a été réalisé au moyen de deux prêts contractés auprès de la société *Lehman Brothers Bankhaus* ; ces prêts sont à taux variable ; la créance de prêt a été cédée dans le cadre d'une opération de titrisation au fonds commun de titrisation *Windermere XII* gérée par la société de gestion *Eurotitrisation*. Ces financements étaient garantis par une hypothèque sur l'immeuble, une cession de créances professionnelles portant sur l'ensemble des créances de loyers et charges au titre des baux existants ou futurs conclus par la société *HOLD* et par le nantissement de la totalité des actions de la société *HOLD* détenues par *Dame Luxembourg* (avec pacte comissoire). Afin de se couvrir contre le risque des taux d'intérêts variables, *HOLD* a conclu deux contrats de couverture du risque de leur variation avec la société *Lehmann Brothers International*, elle-même couverte par *Lehman Brothers Inc*. Les sociétés *Lehman Brothers International* et *Lehman Brother Inc* ont fait l'objet d'une procédure de faillite (devenue

⁵²³

C. Com., art . L-611-4.

définitive le 15 septembre 2008). La société Euro titrisation a dès lors demandé une nouvelle contrepartie dans le cadre des contrats de couvertures (en indiquant que les contrats de couverture conclus avec Lehman Brothers International et Lehman Brothers Inc. n'étaient plus conformes, ce qui constituait un cas de défaut des contrats de prêts, et donc une cause de remboursement anticipé. Pour éviter ce remboursement anticipé du prêt, les sociétés HOLD et Dame Luxembourg ont demandé, le 28 octobre 2008, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Cette demande a été acceptée par le Tribunal de commerce de Paris qui, a arrêté un plan de sauvegarde le 9 septembre 2009 pour chacune des deux sociétés. Contre ces deux jugements, le prêteur forma un recours en rétractation auprès du Tribunal de commerce de Paris qui par jugement du 7 octobre 2009 tout en joignant les causes, déclare recevable les tierces oppositions du prêteur mais le déboute sur le fond de ses demandes de rétractation de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Cette décision est déférée devant la Cour d'Appel de Paris qui par arrêt du 25 février 2010, rétracte le jugement d'ouverture décidé par le tribunal de commerce de Paris en accueillant la demande de tierce opposition de la société Eurotitrisation. Pour les juges du fond en effet, les difficultés permettant d'ouvrir la sauvegarde devaient toucher l'activité même. Or précisément, tel n'aurait pas été le cas en l'espèce. La première société exerçait une activité de bailleuse d'immeuble qui n'était pas menacée selon les juges du fond ni par le risque de changement d'actionnaire, ni par les menaces du créancier. La seconde société actionnaire à 100% de la précédente ne risquait pas son activité de gestionnaire de portefeuille : elle n'arguait même pas de cette éventualité. Pour la juridiction d'appel, la sauvegarde n'aurait pas dû être ouverte. Elle avait pour cela, interprété le critère des difficultés en le précisant car pour elle, toutes les difficultés n'étaient pas bonnes à considérer. Seules celles touchant l'activité devaient conditionner l'ouverture de la procédure.

734. Cette interprétation reposait sur une certaine conception du droit des entreprises en difficulté ; l'article L. 620 assignant en effet à la sauvegarde plusieurs objectifs, il en résulte que si la poursuite de l'activité n'est pas menacée, les difficultés invoquées ne sont pas de nature à permettre l'ouverture de la restructuration. Indirectement c'est à la distinction de l'homme et de l'entreprise qui guide tout le droit des procédures collectives depuis 1967 que la Cour s'inspire.

735. Elle (la Cour) refusait qu'une procédure destinée à sauver les entreprises en difficultés serve à restructurer la seule personne du débiteur et ses actionnaires. La cour d'appel opposait ainsi difficultés financières et difficultés opérationnelles. Seules les

secondes pouvant selon elle, être prises en compte pour apprécier le caractère insurmontable des difficultés.

736. Toutefois, cette interprétation de la cour d'appel de Paris est censurée par la cour de cassation en ces termes:« Si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure de sauvegarde soit elle même subordonnée à l'existence de difficulté affectant cette activité de sorte que les juges du fond ont ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas ». La solution de la Cour s'explique alors par deux idées complémentaires. D'abord, il n'y a aucune raison de considérer qu'un objectif de la procédure soit une condition de son ouverture. La sauvegarde a en effet, pour vocation de conduire à un plan après une période d'observation de l'entreprise. C'est ce plan qui doit avoir pour triple objectif la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif quitte à séparer le sort du débiteur de celui de son entreprise. L'objectif de poursuite de l'activité de l'entreprise concerne donc le contrôle du plan et l'aboutissement de la procédure et non son ouverture.

737. Ensuite, l'article L. 620 du code de commerce ne mentionne nullement l'exigence d'une certaine nature de difficultés comme condition d'ouverture. Il s'en tient à imposer un certain degré de difficultés. Ubi lex non distinguit nec debemus distinguere. Cette position de la cour de cassation se justifie largement par une volonté de rendre la restructuration de l'entreprise plus attractive ; en ne se focalisant pas sur des critères qui pourraient entraver ou bloquer l'ouverture de la sauvegarde.

738. Pour autant et c'est notre humble avis, cette position de la Haute juridiction est critiquable dans la mesure où si la sauvegarde est censée pérenniser l'activité de l'entreprise, il est indéniable que les difficultés à prendre en compte sont celles qui menacent son existence. Toutefois, la position de la Cour d'appel paraît également limitée.

739. En tout état de cause, en écartant tout lien nécessaire entre difficultés alléguées et activité du débiteur, la haute cour de justice invite les juges du fond à ne pas mesurer l'impact des difficultés sur cette activité. Dès lors qu'une difficulté est invoquée par le débiteur, il faut lui octroyer la mesure. Or, cette affirmation se heurte à une objection. Elle est contraire à l'esprit du texte tel qu'il est révélé par sa lettre.

740. En effet, l'alinéa premier de l'article L 620 -1 du code de commerce énonce successivement deux idées. La première phrase définit le critère d'ouverture de la sauvegarde : des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter. La deuxième détermine la finalité de la procédure : faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

741. Lire la première phrase à la lumière de la seconde, n'est pas ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas. C'est en notre sens interpréter raisonnablement une formule légale qui se prête à une interprétation tant imprécise. Il serait donc, et c'est le point de vue de certains auteurs⁵²⁴, que les difficultés ouvrant droit à la sauvegarde soient celles qui menacent la survie de l'activité car elle a été conçue et pensée dans le but de sauver une activité économique menacée.

742. Dès lors, il serait raisonnable de ne prendre en compte que les circonstances qui menacent cette activité pour octroyer la mesure de sauvetage voir de restructuration. Cette exigence éviterait comme le souligne le Professeur Bernard SAINTOURENS, les sauvegardes de confort⁵²⁵. Toutefois, nous remarquons avec regret que cette interprétation n'est pas celle de la cour de cassation pour laquelle, pour bénéficier de la procédure de sauvegarde, il n'est pas nécessaire de prouver une difficulté relative à l'activité elle-même. Pour elle, *« Si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité »*. Autrement dit de simples difficultés financières suffisent si elles apparaissent insurmontables, à justifier l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Certes, la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, mais le but poursuivi ne doit être confondu avec les conditions d'ouverture. Pour la Cour de cassation, il ne résulte pas de l'article L. 620-1 que l'ouverture de la procédure soit limitée ou subordonnée à l'existence de difficultés *« affectant l'activité »* comme l'avait retenu à tort la cour d'appel.

⁵²⁴ PETEL PH., le critère d'ouverture de la sauvegarde Bulletin Joly Entreprises en Difficultés, 01 septembre 2012, n° 5, p. 308.

⁵²⁵ SAINTOURENS B., les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés. RPC 1^{er} Janvier 2009. Dossier 4.

743. En tout état de cause, il est bon de préciser que l'expression légale est suffisamment souple pour permettre de prendre en considération tout signe de défaillance notamment financières : dette arrivant à terme, trésorerie fragile⁵²⁶, économique, sociales... Mais cette souplesse peut être source d'abus par des débiteurs de mauvaise foi, qui peuvent exciper de prétendues difficultés pour commettre des abus dans l'exercice de la procédure de sauvegarde. C'est la raison pour laquelle le législateur exige que la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde puisse exposer « *la nature des difficultés que le débiteur rencontre* »⁵²⁷.

744. Ainsi développé, se précise le critère d'ouverture d'une procédure qui a cessé d'être marginale et commence à trouver sa place dans le paysage du droit des affaires. L'on manque toutefois de recul pour apprécier en connaissance de cause cette jurisprudence. Ces critères de déclenchement sont certes larges, mais la clarté n'est pas leur caractéristique principale. La détermination de sa signification précise est délicate. Il est aussi à craindre que ces procédures de restructuration soient très souvent invoquées alors que la situation est déjà profondément compromise par l'effectivité de la cessation des paiements. C'est en ce sens qu'il est exigé que la situation de l'entreprise en question ne soit pas sans issue. C'est la raison pour laquelle d'une législation à l'autre en dépit de la similitude des objectifs, l'intensité des difficultés pour octroyer la restructuration anticipée n'a pas les mêmes fondements.

PARA II Des différences dans l'appréciation de l'intensité des difficultés

745. Les difficultés invoquées par le débiteur au soutien de sa demande doivent être suffisamment « graves » pour bénéficier de la procédure. Cette intensité n'a pas la même signification d'une législation à une autre dans la mesure où si en droit français, le législateur fait allusion à la notion de difficultés insurmontables (B) en droit OHADA, il est question de situation difficile non compromise (A).

⁵²⁶ Cass. Com., 26 juin 2007, n° 06-17821, RJDA 1/08, n° 56 : baisse du chiffre d'affaire d'une société et nécessité de lourds investissements pour développer une nouvelle activité.

⁵²⁷ C. Com., art. R 621-1.

A. La situation difficile non irrémédiablement compromise dans la législation OHADA

746. Le législateur OHADA précise que le règlement préventif est applicable à toute entreprise qui connaît une situation difficile mais non irrémédiablement compromise laquelle est la dernière condition pour l'octroi par le juge de la restructuration. Or cette situation n'a pas été définie par le législateur (1) et l'analyse de certaines décisions révèle que l'esprit de cette procédure de restructuration est biaisé par le Juge. (2)

1. Une situation non définie par le législateur

747. Il résulte de l'article 2 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif précité que l'entreprise ne doit pas se trouver dans une situation irrémédiablement compromise, notion d'appréciation délicate puisqu'elle suppose une évaluation des chances de survie de l'entreprise. Cette notion se distingue de celle de cessation des paiements que caractérise un grave problème de trésorerie, et de l'insolvabilité qui se traduit par un déséquilibre entre l'actif et le passif.

748. La situation irrémédiablement compromise suppose que l'entreprise n'a plus aucune chance réelle de survie, de redressement voire de restructuration ; son seul avenir est la liquidation des biens. Au demeurant, il s'agit là d'une condition minimale puisque non seulement l'entreprise ne doit pas se trouver dans une telle situation mais en outre, la crise ne doit pas être trop grave. Même si l'article précité ne le précise pas expressément, l'entreprise, ne doit pas se trouver en cessation des paiements puisque précisément l'acte uniforme précise que le règlement préventif est destiné à éviter la cessation des paiements⁵²⁸ et va au delà en précisant que la juridiction compétente peut à tout moment si elle le constate, prononcer d'office et à tout moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens⁵²⁹.

749. L'emploi de l'impératif vient préciser qu'il s'agit d'une obligation pour le juge qui ne dispose que d'une faculté d'appréciation. Admettre l'ouverture d'une procédure de règlement préventif pour une entreprise déjà en cessation des paiements aurait inéluctablement généré des abus de la part de certains débiteurs qui auraient pu tenter du moins momentanément d'échapper à la procédure de redressement judiciaire.

⁵²⁸ A.U.P.C.A.P., art. 2 précité.

⁵²⁹ A.U.P.C.A.P., art. 15 alinéa 1.

750. En revanche, le caractère impératif de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire dès la cessation des paiements n'est pas exempt de critiques. Si l'état de cessation des paiements survient après la décision d'ouverture du règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens doit immédiatement être prononcé même si le concordat préventif est en voie d'être adopté. Une certaine faculté d'appréciation aurait sans doute pu être envisagée et le législateur OHADA aurait pu et même peut s'inspirer des débats qui ont eu cours en droit français.⁵³⁰

751. En toute hypothèse, pour satisfaire aux conditions de l'acte uniforme et plus encore ses objectifs, la restructuration de l'entreprise ne peut s'effectuer qu'à la condition qu'elle ne soit pas dans une situation sans issue.

752. Le rôle anticipateur de cette procédure ne peut être atteint si l'entreprise se trouve déjà dans la phase ultime de ses difficultés et à l'évidence, sa fonction curative disparaît de ce fait. Par voie de conséquence, la juridiction compétente doit appliquer les procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à tous les stades de la procédure de règlement préventif. Divers documents permettent de s'assurer dès le départ que la situation économique et financière de l'entreprise n'est pas sans issue.

753. A cet effet, la juridiction compétente pour son information dispose des documents déposés par le débiteur lors de sa requête, d'un état de la situation économique et financière de l'entreprise et des perspectives de redressement envisagées. Elle peut obtenir diverses informations nonobstant le secret professionnel.

754. Mais cette analyse de la situation du débiteur doit se réaliser dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. Cette exigence qui pour notre part semble démontrer la volonté du législateur d'accélérer les procédures n'est pas exempt de critique. Nous pensons que ce délai est bref étant donné que la nature et la complexité des documents soumis à l'analyse des magistrats lesquels n'ont pas de formation spécifique dans la législation africaine. Cette situation explique somme toute le fait que certaines juridictions se fourvoient dans les cas qui leur sont soumis.

⁵³⁰ BACHASSON G. et CHRIQUI H., pour une révision de la notion de cessation des paiements. Gaz. Pal. 1999, 1^{er} sem., D., 92.

755. Aussi cette difficulté est palliée par le législateur qui prévoit la possibilité pour les magistrats de se faire assister par un expert. Ainsi qu'il résulte de l'acte uniforme : « *Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise sans délai au Président de la Juridiction compétente qui rend une décision de suspension provisoire des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise...* »⁵³¹

756. En tout état de cause, la situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise est une notion juridico économique qui correspond au constat de la non cessation des paiements et à celui du maintien des chances de redressement. Elle est la conséquence en général de mauvais résultats d'exploitation se traduisant par un endettement lourd, des fonds propres très faibles un fonds de roulement détérioré, une politique d'investissement mal contrôlé⁵³².

757. A la différence de la cessation des paiements, il n'existe pas de manifestations dangereuses telles que l'arrêt matériel des paiements ... Cette situation de fait encore plus insaisissable que la cessation des paiements n'est définie que négativement par rapport à elle ; l'entreprise se trouve ainsi menacée à court terme du point de vue financier.

758. Telle est la conception en notre sens du critère qui correspond aux vœux du législateur dans les principes gouvernant les procédures collectives. Il s'agit d'une exigence essentielle qui constitue la clé de voûte de la procédure de règlement préventif. Il ne saurait y avoir un essai de redressement sérieux, si la situation de l'entreprise est à ce point dégradée qu'elle ne peut raisonnablement envisager son sauvetage.

759. L'application normale de ce critère, qui nonobstant ses incertitudes et insuffisances exprime la volonté du législateur africain de prôner l'anticipation des difficultés de l'entreprise permettra d'éviter les dangers et les inconvénients d'une procédure de restructuration accordée à des fins purement dilatoires.

760. Cependant cette condition apparaît bien difficile à définir en raison non seulement du mutisme du législateur africain mais aussi parce qu'en pratique, elle demeure

⁵³¹ A.U.P.C.A.P, art. 8 alinéa 1.

⁵³² DU PONTAVICE E., le commissaires aux comptes et les procédures collectives de paiements RJC,1976, p. 147 et s.

difficile à mettre en œuvre. Et on a pu dire que la situation économique et financière difficile est une cessation des paiements virtuelle et qu'en d'autres circonstances, cet état eût été reconnu⁵³³.

761. Aussi, la confusion en fait entre la situation financière difficile et la cessation des paiements ne permet guère de considérer cet essai d'une intervention Judiciaire, plus précoce, comme concluant et de nature à faire évoluer le concept juridique d'entreprise en difficulté dans un sens moins restrictif.

762. Il est à espérer que les nouvelles techniques permettant un diagnostic plus précis, rapide et exact de la situation de l'entreprise, ainsi que la possibilité d'une saisine plus précoce des tribunaux faciliteront davantage les choses.

763. A la réflexion, il appert que le droit positif, en raison d'une éthique libérale, ne prend en compte l'état de difficulté d'une entreprise qu'à un stade ultime. Inévitablement, on peut d'ores et déjà s'interroger sur l'efficacité d'une tentative telle que celle réalisée par le législateur africain des procédures collectives d'apurement du passif OHADA qui admet une intervention judiciaire plus précoce. La notion d'entreprise en difficulté ne saurait pour autant être réduite à un concept aussi restrictif, non seulement parce que de nombreuses techniques de sauvetage interviennent avant le constat d'une dégradation aussi importante de la situation financière et économique⁵³⁴, mais aussi parce que cela revient à refuser aux procédures collectives toute autre mission que celle de liquider au mieux les rares actifs de l'entreprise.

764. Il est apparu indispensable d'acquérir une meilleure connaissance des difficultés lors de leur apparition et ainsi de posséder des instruments d'une gestion plus sûre et de prévention réelle du risque de défaillance. Ces méthodes, issues de la pratique, correspondent à une définition variée et hétérogène de la notion d'entreprise en difficulté et partant de difficultés de l'entreprise dont l'analyse doit permettre de gagner la conviction du Tribunal et décider une restructuration préventive dont l'esprit n'est pas toujours maîtrisée par le Juge africain.

⁵³³ CHAPUY Y, la faillite, P.U.F, 1981, p.21.

⁵³⁴ NGUIHE KANTE P, thèse de doctorat, précitée, p.39 et s.

2. L'appréciation biaisée de la procédure de restructuration par le Juge

765. Les difficultés invoquées par le débiteur au soutien de sa demande ont pour but de lui octroyer des mesures nécessaires à la réorganisation de son entreprise sur le plan économique et financier. La procédure de restructuration dans le cadre du règlement préventif va tendre à la suspension des poursuites pour permettre au débiteur en difficultés de trouver avec l'accord de ses créanciers un terrain d'entente sur modalités de restructuration. En effet, il est précisé que : « *Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise sans délai, au Président de la Juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers...* »⁵³⁵

766. En outre, « Lorsque la situation du débiteur le justifie, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. Les délais et remises consentis peuvent être différents.⁵³⁶ » Le plan de restructuration dans cette procédure de restructuration proactive des difficultés de l'entreprise, ne fait pas l'objet d'un vote mais doit être accepté séparément par les différents créanciers étant entendu que chaque créanciers peut consentir des modalités différentes de restructuration.

767. Tel est l'esprit qu'a voulu exprimer le législateur OHADA en fixant cette procédure de restructuration. Or ce principe n'est pas toujours bien assimilé par le juge dans une affaire jugée au Cameroun. En effet, dans une espèce à lui soumis, le tribunal d'instance du WOURI par jugement civil n° 159 du 1^{er} décembre 2005, dans une affaire la société anonyme les transports BLAT et Cie s'est fourvoyé. Dans cette affaire par requête adressée au Tribunal la société les TRANSPORTS BLAT et Cie a sollicité le bénéfice du règlement préventif. Au soutien de sa demande, elle excipe de difficultés graves et demande au Tribunal d'ordonner la suspension des poursuites individuelles. Elle dépose une offre de concordat en ce sens. Un expert est nommé pour faire un état sur la situation financière du débiteur. Sur rapport de l'expert désigné, le tribunal conclut en la cessation des paiements et ordonne à bon

⁵³⁵ A.U.P.C art. 8 alinéa1.

⁵³⁶ A.U.P.C art.15 2°.

droit le redressement judiciaire en fixant la date de la cessation des paiements. Toutefois dans le dispositif de cette décision, un attendu particulier marque notre étonnement. En effet, le tribunal argue dans un étonnant et surprenant attendu que : « *Attendu que cette affaire régulièrement enrôlée à l'audience du 17 octobre 2005 a fait l'objet de quelques renvois utiles dont celui du 7 novembre 2005 pour le vote concordataire, qu'à cette dernière date, après les votes exprimés elle a été mise en délibéré pour décision d'être rendue le 1^{er} décembre 2005* »⁵³⁷. Ainsi jugé, pour le tribunal, le concordat préventif doit être voté par les créanciers ce qui est tout de même surprenant car il est bon de préciser que la loi ne prévoit pas s'agissant du concordat préventif instrument de restructuration voire de prévention des difficultés de l'entreprise un vote par les créanciers. Celui-ci doit être simplement homologué si les conditions de l'article 15 de l'acte uniforme précité sont réunies. Le Juge s'est ainsi détourné de la loi en faisant une mauvaise appréciation, voire une appréciation erronée de la loi. C'est dire que dans l'appréciation des difficultés susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure de restructuration, le juge se doit de faire preuve d'une certaine rigueur qu'il convient de le préciser, est utilisée par le juge français pour octroyer la procédure de sauvegarde.

B.L'appréciation de l'intensité des difficultés en droit français

768. Si le Code de commerce fait allusion à la survenance de difficultés sans autre précision et que tous les auteurs s'accordent à considérer qu'elles peuvent être de nature financière, économique, sociale ou juridique de sorte que tout type de défaillance peut être pris en compte pour l'octroi de la procédure de sauvegarde, il reste que l'interprétation est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit d'évaluer la gravité de ces difficultés c'est-à-dire leur caractère insurmontable pour l'entreprise.

769. Le législateur se contentant d'affirmer que : « La procédure de sauvegarde est applicable à tous débiteurs mentionnés à l'article L.620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés n'est pas en mesure de surmonter. »⁵³⁸ C'est dire qu'en plus des difficultés qui viennent d'être d'évoquées ci-dessus, il faut que celles-ci soient insurmontables par le débiteur.

⁵³⁷ [www.ohada.com/ohadata J-12-59](http://www.ohada.com/ohadata/J-12-59)

⁵³⁸ C. Com., art. L620-1 alinéa 1

770. A travers cette condition il s'agit de permettre au débiteur en difficultés de bénéficier du soutien de la justice pour redresser son activité. Mais, il reste que le législateur n'a pas défini ce qu'il faut entendre par difficultés insurmontables. Que renferme cette notion ? A priori et comme ce qui vient d'être démontré concernant la nature des difficultés, le législateur semble faire preuve d'un laxisme (1) même si cette condition a évolué ; ce qui laisse à la jurisprudence un rôle moteur voir crucial dans l'interprétation du caractère insurmontable des difficultés. Nous étudierons la notion de difficultés insurmontables à travers certains arrêts de principe.

1. Le mutisme du législateur quant à la notion de difficultés insurmontables

771. Le législateur français est laxiste quand il s'agit de définir la notion de difficultés insurmontables. Avant la réforme de 2008, il donnait deux pistes aux tribunaux pour caractériser la notion de difficultés insurmontables. D'une part, le débiteur ne peut les surmonter seul c'est dire lui même. Elles doivent révéler le besoin d'un soutien de la justice et du parapluie de la procédure. Dans sa demande, le débiteur s'oblige d'ailleurs à indiquer au tribunal « *les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter.* »⁵³⁹ Les juges devront apprécier ces raisons car ce qui est insurmontable pour certains ne l'est pas forcément pour l'autre⁵⁴⁰ et la procédure de sauvegarde ne doit pas être un “*mode de gestion déguisée*” lorsque l'entreprise sera confrontée à une conjoncture peu favorable. D'autre part, les difficultés devraient être de telles sortes qu'une cessation des paiements soit imminente. C'est à dire comme le souligne le législateur, les difficultés rencontrées par le débiteur sont de nature à le conduire à la cessation des paiements.

772. Cette double exigence était plus facile pour les tribunaux qui devaient vérifier que l'entreprise qui sollicite le bénéfice de la restructuration ne soit pas en cessation des paiements. Si tel était le cas, il n'accordait pas la mesure. A contrario, il devait le faire. La cessation des paiements jouait un rôle important dans la détermination de la notion même de difficultés insurmontables.

⁵³⁹ C.Com., art. R 621-1.

⁵⁴⁰ BARBIERI JF, le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, *Réflexions liminaire* » RPC 2005, p. 346, n° 4 ; ROUSSEL-GALLE PH, « quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice » JCP E 2009, 2437, p. 1679.

773. Mais cette condition tenant à la cessation des paiements a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁵⁴¹. Celle-ci a procédé à une réécriture partielle du premier alinéa de l'article L. 620-1 du Code de commerce qui consiste pour l'essentiel à supprimer le membre de phrase précisant que les difficultés rencontrées par le débiteur devaient être « *de nature à le conduire à la cessation des paiements.* »

774. Le texte nouveau impose simplement à l'intéressé de justifier « *de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ». La modification est sans doute bienvenue car on sait que la condition complémentaire relative à l'importance des difficultés pouvait être bien difficile à établir dans la pratique.

775. L'objectif de cette réécriture était d'assouplir les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, en déconnectant les difficultés justifiant cette ouverture de la cessation des paiements. Avant comme après la réforme, la sauvegarde n'est accessible qu'à des entreprises qui ne sont pas encore en cessation des paiements mais après l'ordonnance il est clair que les difficultés en causes doivent seulement être insurmontables par le débiteur sans qu'il faille établir qu'elles sont de nature à conduire à la cessation des paiements.

776. Paradoxalement, cette réforme a rendu moins compréhensible les conditions d'ouverture de la sauvegarde et par là même, la procédure de sauvegarde elle-même. Quelles sont donc les difficultés qui justifient que le débiteur peut bénéficier de la procédure de sauvegarde ? En déconnectant ces difficultés de l'état de cessation des paiements auquel elles sont susceptibles de conduire, l'ordonnance de 2008 a finalement rendu la sauvegarde davantage suspecte constituant une arme déloyale que tout débiteur pourrait brandir pour menacer ses créanciers et en obtenir indument une renégociation de sa dette qui ne lui aurait sinon pas été accordée⁵⁴².

⁵⁴¹ L'article L. 620-1 du code de commerce dans sa version antérieure à 2008 et issue de la loi de 2005, disposait que : « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter de nature à le conduire à la cessation des paiements. SAINTOURENS B., les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés RPC n° 1, Janvier 2009, dossier 4.

⁵⁴² LE CORRE P.M., la réforme du droit des entreprises en difficultés, Dalloz 2009, sp. N° 211.3, DAMMAN R. et ROBINET M., la sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? Bull. Joly Sociétés 2009, p.116.

777. On peut d'abord relever que toute difficulté peut jouer un rôle dans la survenance de la cessation des paiements, sans que l'on puisse nécessairement par avance identifier celles qui auront un tel effet. Mais au-delà et surtout, cette exigence pouvait apparaître comme un obstacle à l'ouverture précoce d'une procédure de sauvegarde puisque, plus on se situe en amont, plus la preuve du risque de cessation des paiements est difficile à apporter.

778. L'état du droit pouvait aboutir à ce paradoxe que la démarche d'anticipation du chef d'entreprise qui tend à éviter que les difficultés rencontrées ne s'aggravent, se heurte à l'impossibilité de preuve d'un risque déjà avéré de cessation des paiements. On ne peut toutefois ignorer que la modification réalisée par l'ordonnance pourrait être perçue comme un facteur incitatif à l'ouverture de ce que l'on peut dénommer des « *sauvegardes de confort* »⁵⁴³.

779. Un chef d'entreprise pourrait en effet être tenté de se placer dans le cadre d'une telle procédure pour obtenir des aménagements contractuels et des reports d'obligations à bon compte. Sans minimiser ce risque, on peut aussi estimer que les juges sauront faire un tri sélectif entre les situations et n'encourageront pas une dérive dans l'utilisation de la procédure de sauvegarde et qui aboutirait à terme à sa remise en cause, et ce contre l'intérêt des entreprises qui méritent parfaitement de se redresser grâce à ce dispositif.

780. En tout état de cause, il n'est donc plus nécessaire de rapporter la preuve que les difficultés rencontrées vont entraîner la cessation des paiements ce qui devrait faciliter l'accès à la sauvegarde. Il suffit pour le débiteur de justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter tout seul. La situation envisagée n'en est pas moins subtile⁵⁴⁴. La seule certitude est que les difficultés rencontrées sont encore en amont de la cessation des paiements. Si tel n'était pas le cas, la demande devra être rejetée.

781. En résumé, le critère de difficultés insurmontables fait l'objet d'une absence de définition légale ce qui entraîne une appréciation différente de la notion et explique la place importante laissée à la jurisprudence dans la qualification du caractère insurmontables des difficultés que rencontrent une entreprise.

⁵⁴³ SAINTOURENS B. art.précité.

⁵⁴⁴ PETEL Ph., le critère d'ouverture de la sauvegarde. BJE sept. 2012., n° 159, p. 308 ; LE CORRE P M, « l'objectivation des conditions d'ouverture de la sauvegarde » Editorial BJE mai 2012, p. 142.

2-La systématisation par le juge de la volonté législative

782. Le législateur n'ayant pas précisé la notion de difficultés insurmontables, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de déterminer les cas dans lesquels une situation peut être jugée insurmontable. Elle occupe en ce sens une place de choix dans la systématisation de la volonté législative. En effet, la formule légale volontairement imprécise offre une latitude importante aux Tribunaux pour mettre en œuvre la volonté législative. En fait, seule la pratique judiciaire dira si la procédure de sauvegarde interviendra assez tôt ou trop tard. L'affaire est entre les mains des juges du fond et de leur pouvoir d'appréciation souveraine, dont on espère qu'il donne un peu de corps aux difficultés dites insurmontables.

783. Cette exigence a nourri un abondant contentieux qui a donné lieu à des arrêts importants et très médiatisés de la cour de cassation. Mais la plupart des arrêts démontrent que dans le contrôle de l'existence des difficultés les juges ont recours à un critère subjectif. D'autre part, ces difficultés doivent être appréciées à l'ouverture et ne doivent pas pouvoir être surmontées par le débiteur seul.

a- L'appréciation subjective des difficultés de l'entreprise

784. Les difficultés de l'article L 620 -1 du code de commerce ne supposent pas que l'entreprise ait cessé ses règlements. Là réside toute la force du critère mais aussi sa fragilité. Son avantage indéniable est de permettre au Tribunal d'avoir une approche très pragmatique de la situation. Le juge doit pouvoir se forger une conviction en appréciant in concreto la notion de difficultés insurmontables⁵⁴⁵.

785. Ainsi, la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 15 juin 2006⁵⁴⁶, rendu dans l'affaire Photo service, considère par exemple que les difficultés rencontrées par la

⁵⁴⁵ DUMONT- LEFRAND MP , J-CL Procédures collectives, Fasc2152 V° Procédure de sauvegarde, n° 9 et s.

⁵⁴⁶ ROUSSEL GALLE Ph. Rev. proc. coll. 2006, p. 225 ; LPA 22 déc. 2006, n° 255, p. 13, obs. PRIGENT ; BRDA 15-16/2006, n° 8. ; FRAIMOUT J.-J., Les premiers enseignements de la jurisprudence sur les conditions de la sauvegarde judiciaire issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 : Rev. proc. coll. 2006, p. 228. Rev. proc. coll. 2006, p. 225, obs. Ph. Roussel Galle ; LPA 22 déc. 2006, n° 255, p. 13, obs. PRIGENT S.; BRDA 15-16/2006, n° 8. -. FRAIMOUT J.-J., Les premiers enseignements de la jurisprudence sur les conditions de la sauvegarde judiciaire issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 : Rev. proc. coll. 2006, p. 228.

société étaient insurmontables. En effet, les chiffres montrent que « *la dégradation de la SA Photo service d'abord lente, s'est accélérée dans des proportions inattendues et considérables et que, compte tenu de l'incompressibilité des coûts, cette dégradation était de nature à la conduire à la cessation des paiements* ». La situation de la société ne pouvait être redressée que par une modification substantielle de son activité qu'elle ne pouvait assumer seule.

786. En outre, la cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 31 mai 2006⁵⁴⁷, se livre également à un examen *in concreto* des difficultés des entreprises et note :

- un net recul du chiffre d'affaires depuis 2004 ;
- la liquidation judiciaire de filiales en 2004 ;
- un résultat déficitaire de l'exercice 2005 ;
- un bénéfice de 22 000 EUR en 2005 alors qu'il était de 272 000 EUR en 2004 ;
- l'allongement du délai de rotation des stocks ;
- le déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes ;
- une perte d'exploitation en 2005 de 154 000 EUR , même si existent des capitaux propres positifs de 2,3 millions d'euros ;
- la mise en œuvre d'un plan social.

787. Ces deux décisions permettent de constater que les juges du fond exercent un contrôle très précis de cette notion de « *caractère insurmontable* » et y procèdent au cas par cas. Quant à la Cour de cassation, elle se livre à un « contrôle léger » de la légalité consistant à vérifier que les juges ont bien recherché que l'entreprise n'était pas en cessation des paiements mais qu'elle rencontrait des difficultés insurmontables devant inéluctablement l'y conduire. Elle souligne que « la cour d'appel a pu constater, au regard des circonstances de l'espèce », que ces conditions étaient réunies ce qui « laisse aux juges du fond une large marge d'appréciation », au demeurant voulue par le législateur⁵⁴⁸ ce d'autant plus que tout type de désagrément est susceptible d'être pris en compte.

⁵⁴⁷. ROUSSEL GALLE PH Rev. proc. coll. 2006, p. 255, obs. ; RTD com. 2006, p. 625, n° 12, obs. MARTIN-SERF A..

⁵⁴⁸ En ce sens, Dict. perm. Diff. Entr., Bull. 285-1, p. 4531.

788. La généralité de la formule légale renvoie à des situations diverses et variées qui dépassent le simple cadre comptable⁵⁴⁹ : Perte d'un gros client, marchés qui s'effondrent La place prépondérante des présomptions de fait est incontestablement l'aspect le plus novateur de l'ouverture de cette procédure de restructuration⁵⁵⁰. L'interprétation juridique des difficultés de l'entreprise cède le pas à une interprétation économique censée assurer une plus grande réactivité du dispositif.

789. En tout état de cause, les difficultés insurmontables ont une connotation subjective qui rend impossible leur systématisation : outre qu'elles ne sont pas les mêmes pour tout le monde, les tiers n'ont pas forcément les moyens de les connaître. Les juges eux aussi tâtonnent et se font une idée de la gravité de la décision en recourant à un faisceau d'indices. Clairement, tout dépend de la capacité du candidat à la sauvegarde à convaincre le tribunal de mettre son entreprise à l'abri des poursuites.

b-Des difficultés avérées au moment de l'ouverture de la procédure

790. L'un des traits de la procédure de sauvegarde, est qu'elle ne peut pas s'appuyer sur des difficultés à venir. Elle ne va pas aussi loin dans le temps que son homologue américain du Chapter 11 du federal Bankruptcy Code, connu pour avoir inspiré le législateur français. Outre atlantique, il est possible d'anticiper non seulement la cessation des paiements mais aussi la survenance de difficultés⁵⁵¹.

791. Au contraire, l'intérêt à bénéficier de la sauvegarde française repose sur des difficultés avérées nées et actuelles et non hypothétiques dirait un procédurier. Le moment auquel il convient d'apprécier les difficultés constitue la première contribution au débat de la Cour de cassation. Ignorée par la doctrine, la question était soulevée par le pourvoi formé par l'assureur crédit dans deux espèces litigieuses. Le reproche qu'il adresse aux cours d'appel est de s'être placées pour juger les conditions d'ouverture de la procédure au moment de la

⁵⁴⁹ CHAPUT Y., une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives, JCP G 2005, I, n° 184)

⁵⁵⁰ JACQUEMONT A., Droit des entreprises en difficulté, Litec 2007, n° 180.

⁵⁵¹ HYEST J.J., l'existence de dettes suffit sans quantification de leur volume Rapp Sénat.n° 335, 2004, 2005, p.150.

demande ; ce qui avait pour conséquence qu'elles n'ont pas tenu compte de l'évolution de la situation de l'entreprise entre l'introduction de l'instance et l'arrêt en appel. La cour de cassation repousse l'argument en affirmant que « *les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture* ».

792. De manière générale, le Tribunal apprécie les conditions d'existence d'une action en justice en se plaçant au moment de la demande⁵⁵². Mais au droit commun, le droit des procédures collectives déroge. Une jurisprudence constante exige des juges qu'ils apprécient l'état de cessation des paiements au jour où ils statuent, même en cause d'appel⁵⁵³. Si bien que le Tribunal doit refuser d'ouvrir la procédure lorsque l'entreprise est sortie de la cessation des paiements entre la première et la seconde instance. La reprise de la solution n'a pas été jugée opportune en matière de sauvegarde. Elle aboutirait à priver le débiteur du bénéfice du plan de sauvegarde au moment même où celui-ci produit ses premiers effets positifs. On a justement fait remarquer que l'initiative de la sauvegarde appartient exclusivement au débiteur.

c-L'impossibilité pour le débiteur de surmonter seul les difficultés

793. Pour bénéficier du dispositif de la sauvegarde, le débiteur ne doit pas pouvoir faire face seul aux difficultés qu'il rencontre. La charge de la preuve incombe au demandeur tenu d'apporter tous les éléments propres à démontrer ses difficultés et leur caractère insurmontable⁵⁵⁴. L'irrésistibilité là encore n'a que peu de chance d'être saisie in abstracto. Tout dépend de l'entreprise, de sa taille, de son secteur d'activité et du type de déconvenues qu'elle essuie. On sait juste que sa situation doit être grave mais pas désespérée et que le salut ne peut venir que du côté de la justice. Mais l'invincibilité des difficultés, derrière des considérations de fait, interroge aussi le droit (tout comme la force majeure résiste à la casuistique par quelques principes). Parmi les questions à trancher figure celle du comportement du groupe de société face aux difficultés d'un de ses membres.

794. La cour de cassation s'y est employée dans ses arrêts du 26 juin 2007⁵⁵⁵. Les termes du débat sont connus : doit on juger les capacités financières d'une société au regard

⁵⁵² LIENHARD obs. Cass.com., 6 décembre 2005, n°04.10.287, Bull. Civ. IV, n° 24, D. 2005, p.67.

⁵⁵³ LAPORTE obs sous Cass. Com., 14 nov. 2000, n° 98-14.672. Act. Proc. Coll. 2001, n° 1

⁵⁵⁴ C.com., art. R 621-1

⁵⁵⁵ LIENHARD A., obs Com. 26 juin 2007, n° 06-17.821, n°, D. 2007. AJ. 1864. .

de ses propres ressources ou doit on prendre en compte celles de ses associés lorsqu'elle appartient à un groupe ? les arguments dans les deux sens s'affrontent. Le point de vue économique défendu par les banques est que c'est prioritairement aux investisseurs détenteur du capital de contribuer à la survie de l'entreprise.

795. Les sacrifices des créanciers ne doivent venir qu'ensuite. A ce raisonnement le droit réplique que les sociétés d'un groupe conservent une personnalité morale distincte et qu'aucune obligation ne pèse sur les autres membres associés de participer au renflouement d'un des leurs.⁵⁵⁶ La rigueur juridique a eu raison des considérations économiques, les juges chacun à leur niveau ayant estimé que la capacité à surmonter les difficultés devait s'apprécier en fonction des ressources propres au débiteur. La cour de cassation est formelle : peu importe la bonne santé financière du groupe dans son ensemble, si l'un des membres périlite, la protection judiciaire lui est offerte.

796. La solution est classique. Le droit des procédures collectives ne s'applique pas véritablement à des entreprises qui peuvent former un groupe mais à des débiteurs⁵⁵⁷. Les notions de personne et de patrimoine sont corrélées en droit français de sorte qu'une procédure qu'elle soit de redressement ou de sauvegarde est toujours ouverte dans le respect de l'autonomie patrimoniale de chacune des entités du groupe. Déjà l'appréciation de l'état de cessation des paiements du débiteur se fait indépendamment des relations économiques qu'il entretient avec d'autres personnes ; c'est le cas pour le membre d'un groupe⁵⁵⁸ mais aussi, pour l'associé unique d'une SARL et la caution dirigeante qui seraient solvables malgré les déboires de leur société.

797. La cour de cassation ouvre cependant une brèche dans l'analyse ; il s'agit de l'hypothèse où la filiale bénéficie d'une promesse de la part d'un de ses associés de participer à l'effort de guerre. Comme n'importe quel engagement, celui-ci peut permettre au débiteur de vaincre ses difficultés par des moyens devenus propres. L'investissement volontaire de l'associé est un élément justifiant d'écarter la procédure de sauvegarde.

⁵⁵⁶ GUYON Y, droit des affaires, T. 1 droit commercial général et sociétés, 12^{ème} éd. Economica, 2003, n° 613

⁵⁵⁷ AUBIERT F. et PINIOT M. C., la personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation, in Mélanges P. Bézard, le juge et le droit de l'économie, Montchrestien, 2002, p.287

⁵⁵⁸ Cass. Com., 8 juin 1999, n° 95-14.723, Bull. ci. IV, n° 120, LPA 1999, n° 135, p. 5

798. En résumé, partant du constat de l'insuffisance des critères d'ouverture de la restructuration des entreprises défaillantes en droit français et OHADA, il ya lieu de faire une double proposition *a minima* et *a maxima*.

799. *A minima*, il n'est pas opportun de conserver encore comme critère d'ouverture l'existence de difficultés, soit insurmontables ou non irrémédiablement compromis. N'est-ce pas, en effet, déjà trop tard si les difficultés ne peuvent pas être surmontées par l'entreprise seule ou si la situation de l'entreprise est compromise? N'est-ce pas un verrou trop étroit pour permettre de recourir très largement à cette procédure ? Dans la perspective d'une réforme, il pourrait être exigé que les difficultés existent et soient graves sans qu'elles soient insurmontables, ou qu'elles ne soient pas irrémédiablement compromis. Dans cette matière, il faut se garder de toute solution dogmatique et il est nécessaire d'ouvrir l'éventail le plus large possible de mesures afin que les entreprises surmontent les difficultés qui les assaillent.

800. *A maxima*, dans une perspective essentiellement économique d'aide aux entreprises en difficulté, ne fait-on pas fausse route depuis le départ ? Ne serait-il pas judicieux de bâtir des techniques de sauvetage, beaucoup plus radicales, totalement déconnectées d'un aspect contentieux et répressif et de permettre à des entreprises de se placer sous protection de la loi en bénéficiant d'un arrêt des poursuites, des paiements, mais aussi des revendications, pendant un laps de temps déterminé, sans qu'elles ne doivent rapporter la preuve de « difficultés insurmontables » par elles-mêmes, c'est-à-dire déjà très graves ?

801. Une nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté n'a de sens que si elle ne constitue pas un nouveau replâtrage de l'existant. Rêvons, non pas à une réforme d'un redressement judiciaire anticipé, comme a été qualifiée la procédure de sauvegarde, mais, à l'institution d'un procédé moderne de restructuration des entreprises fragiles, unissant vers la réalisation d'un même objectif investisseurs et salariés, autorités judiciaires et chefs d'entreprise.

802. En résumé, on en conviendra que la tâche est nettement plus ardue que celle qui consiste à se référer au critère faussement simple de la cessation des paiements et à s'en remettre à l'appréciation, nécessairement variable et donc aléatoire, des juges. Dès lors plut tôt que de mettre en œuvre des critères foncièrement équivoques et dépendant en grande partie de l'appréciation in concreto des juges, les législateurs gagneraient à canaliser les dits critères en leur assignant une définition, une base légale qui s'appliquerait à tous comme ça été le cas

avec la réforme de 1967 où tirant les enseignements d'une abondante jurisprudence, le législateur a établi les bases légales de la notion de cessation des paiements qui en tout état de cause, demeure le pivot, le critère à l'analyse duquel, le juge va octroyer ou refuser la restructuration anticipée.

803. En effet, l'existence des difficultés dont la nature a été précisée et l'analyse de leur intensité constituent le premier volet du contrôle judiciaire de l'ouverture de la restructuration. Mais s'arrêter là comporterait une trop grande part d'arbitrage, danger que seul le repère de la cessation des paiements à sembler pouvoir conjurer. C'est dire que le facteur cessation des paiements que le législateur a voulu atténuer reste patent.

Section II La dépendance des critères de la cessation des paiements

804. L'intérêt des procédures de règlement préventif et de sauvegarde est de s'affranchir de la sacrosainte cessation des paiements. Mais ce critère que la loi a semblé écarter et voire même émis le désir de prévenir semble resurgir. Tout l'art des dites procédures est de se loger dans cet interstice où la cessation des paiements n'est pas constatée mais doit être prévisible. La cessation des paiements devient un critère négatif des critères d'ouverture de la prévention dans la mesure où ces critères en plus de leur absence de définition sont exclusivement liés à la cessation des paiements, notion importante en matière de procédure collective à laquelle tous les critères font référence, soit comme critère déterminant⁵⁵⁹ soit comme référent⁵⁶⁰. Elle reste la clé de voûte du droit⁵⁶¹ des entreprises en difficultés⁵⁶².

805. Il est en effet exigé que l'entreprise qui sollicite le bénéfice de la procédure de restructuration anticipée ne soit pas en cessation des paiements. Si tel était le cas, ce serait une autre procédure qui s'ouvrirait. Cette exigence découle de l'article L. 620 -1 du code de commerce au terme duquel : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur*

⁵⁵⁹ Redressement et liquidation judiciaire

⁵⁶⁰ C.com., art. L.611-4 concernant la conciliation et art. L.620-1 concernant la sauvegarde.

⁵⁶¹ MONTERAN T., l'état de cessation des paiements clé de voûte des procédures collectives : Rév. Proc. Coll. 2001, p.1.

⁵⁶² MARTINEAU –BOURGNINAUD V., le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 1358.

demande d'un débiteur qui sans être en cessation des paiements justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »⁵⁶³.

806. La notion de cessation des paiements constitue un référentiel, un critère déterminant sur lequel le juge s'appuiera pour octroyer une restructuration. Or, la notion n'a pas la même portée d'une législation à l'autre dans la mesure où si en droit français la notion avec l'évolution de la législation est désuète, elle l'est moins en droit OHADA.

Para I une notion désuète en droit français

807. La notion de cessation des paiements est atténuée en droit français en ce sens que son unicité qui faisait sa force ne rime plus avec l'unicité des critères d'ouverture des procédures collectives. Cette incertitude se manifeste par la possibilité d'un traitement amiable des difficultés de l'entreprise qui traduit une certaine insécurité juridique (B). Mais un bref rappel de l'évolution de la notion et partant de son imminence dans l'ouverture de la restructuration mérite des précisions (A).

A- L'évolution de l'imminence de la cessation des paiements

808. L'imminence de la cessation des paiements dans l'interprétation de l'intensité des difficultés de l'entreprise a connu une évolution en droit français. En effet, la réforme de 2005 prévoyait que les difficultés rencontrées pour solliciter et obtenir le bénéfice de la restructuration anticipée devaient être de nature à conduire à la cessation des paiements. L'analyse de la notion se situant tant en amont qu'en aval des difficultés rencontrées.

809. Cette imminence a toutefois disparu mais ne signifie pas que la dite notion n'est plus utilisée pour l'analyse des conditions d'octroi par le juge de la restructuration. La cessation des paiements subsiste comme une notion dont l'absence va conditionner l'ouverture

⁵⁶³ A titre de droit comparé, l'article 2-1 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose que : « le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation de l'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif. Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante à toute entreprise qui quelle que soit la nature de ses dettes connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise. »

d'une procédure de restructuration. Elle demeure un critère important dans le choix des procédures collectives.

810. Il résulte de ce qui précède que si la réforme du droit des entreprises en difficultés n'a pas transformé la notion de cessation des paiements, elle a cependant modifié sa place puisqu'elle n'apparaît plus comme un critère de répartition entre les procédures de prévention et de traitement judiciaire des difficultés. En effet, la survenance de la cessation des paiements n'est plus de nature à écarter un traitement amiable des difficultés si la confiance des créanciers à l'entreprise n'est pas trop érodée (B). Cette innovation demeure pour ce qui nous concerne source d'insécurité juridique. (C)

B- La possibilité d'un traitement amiable en cas de cessation des paiements

811. Historiquement lorsque les difficultés de l'entreprise avaient atteint le seuil de la cessation des paiements, toute possibilité d'un traitement amiable était impossible. Désormais sa survenance n'annihile plus les possibilités d'un traitement amiable des difficultés de l'entreprise car il est possible pour l'entreprise de solliciter et obtenir de ses créanciers dans un cadre purement privé la résolution des difficultés de l'entreprise même en cas de difficultés matérialisées par la cessation des paiements.

812. La ligne de partage autrefois si nette tracée par la cessation des paiements entre le dispositif de prévention et de traitement amiable en amont, et les procédures collectives de traitement judiciaire en aval est édulcorée et remplacée par une zone de turbulences. Cette zone est marquée par deux innovations essentielles :

- le débiteur peut chercher le sauvetage de son entreprise dans une véritable procédure collective même s'il n'est pas en cessation des paiements, la sauvegarde étant la première procédure collective à visée préventive.
- Mais également il peut le faire par la voie contractuelle même s'il est en cessation des paiements (pourvu qu'il le soit depuis peu) l'accord amiable pouvant véritablement mettre fin à celle-ci.

813. En conséquence, même en cas de cessation des paiements, une procédure de prévention des difficultés de l'entreprise est toujours possible dans un cadre purement amiable. « *Il est institué devant le Tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou prévisible et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours*⁵⁶⁴ ».

814. La cessation des paiements ne fait plus obstacle à l'ouverture d'une procédure amiable de traitement des difficultés de l'entreprise car les débiteurs ou les entreprises dont les difficultés ont atteint la cessation des paiements peuvent désormais recourir à la voie contractuelle et purement privé sous les auspices du conciliateur afin de parvenir à un accord sur les modalités de résolution de leurs difficultés. Cette possibilité est toutefois assortie d'une condition de délai. En effet, cette voie contractuelle n'est possible qu'à la condition que la cessation de paiement soit inférieure à la durée légale de 45 jours. Aussi pour notre part, si cette innovation dans la conception du droit des entreprises en difficultés est d'une importance capitale (1), il reste qu'elle sera difficile à mettre en œuvre quant à la condition de délai exigé (2)

1- Une innovation révolutionnaire

815. Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la notion de cessation des paiements séparait nettement les procédures dites de prévention (mandat **ad hoc** et règlement amiable) et les procédures de traitement (redressement ou liquidation judiciaire). La première catégorie n'était possible que pour les entreprises qui n'étaient pas en état de cessation de paiement. A contrario, seules les secondes ne l'étaient.

816. Avec les évolutions intervenues⁵⁶⁵, la cessation des paiements ne marque plus une limite aussi nette entre la prévention et le traitement. La prévention reste possible en présence d'une cessation de paiement⁵⁶⁶. Cette grande nouveauté en la matière, véritable petite

⁵⁶⁴C. Com., art. L 611-4.

⁵⁶⁵ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 modifiée par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010.

⁵⁶⁶ pour l'ouverture d'une procédure de conciliation l'entreprise ne doit pas être en cessation de paiement depuis plus de 45 jours.

révolution réside bien sûr dans la possibilité d'une ouverture de la conciliation au débiteur en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours.

817. Cette innovation d'un point de vue technique doit se lire en relation avec l'article L. 631-1 relatif à la définition de la cessation des paiements et l'article L.631-4 obligeant le débiteur en cessation des paiements à déposer le bilan dans le délai de quarante cinq jours à moins qu'entre temps, il n'ait demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. De ces articles, il est à retenir que : *« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L 631-2 ou L.631 -3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible est en cessation des paiements »*. En outre, *« L'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation »*.

818. Le débiteur en cessation des paiements depuis moins de 45 jours a le choix entre la procédure de conciliation et celle de redressement judiciaire. Cette option se traduisant soit par la possibilité pour le débiteur de demander la nomination d'un conciliateur, soit, la sollicitation de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire dans les quarante cinq jours de la date de la cessation des paiements. En revanche, s'il a opté pour la conciliation, le redressement judiciaire ne peut pas être ouvert.

819. La possibilité de demander le bénéfice d'une procédure de conciliation en cas de cessation de paiement de moins de 45 jours est une aubaine pour le débiteur en difficulté en raison de l'absence de publicité qu'elle suppose. Toutefois, le délai exigé de 45 jours avant la cessation peut engendrer des difficultés d'interprétation.

2-La difficulté résultant du délai institué

820. Le texte de l'article L. 611-4 prévoit que le traitement amiable des difficultés de l'entreprise dans le cadre de la conciliation ne sera possible que dès l'instant où la cessation des paiements n'aura pas excédé le délai de 45 jours. Au-delà, le débiteur devra solliciter une procédure collective stricto sensu ; soit le redressement si la juridiction estime que l'entreprise a des possibilités d'être sauvée ; soit la liquidation judiciaire dans le cas contraire.

821. Ce délai de 45 jours a été fixé en considération du délai de paiement dans les relations clients/Fournisseurs qui est souvent de trente jours avec le souci d'éviter que le débiteur ne puisse bénéficier de la conciliation en raison d'un simple décalage chronologique⁵⁶⁷. Le choix dépendra en pratique du besoin qu'éprouvera le débiteur de bénéficier d'une mesure de suspension des poursuites⁵⁶⁸. Celle-ci ne peut en effet plus être ordonnée dans le cadre du traitement amiable des difficultés alors qu'elle est de droit en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

822. Cette innovation interdira au Tribunal d'ouvrir une procédure collective sur saisine d'office pratique désormais interdite depuis la décision du conseil constitutionnel du 7 décembre 2012 sauf s'il apparaissait que l'état de cessation des paiements remontait à plus de quarante cinq jours. Reste qu'en pratique il est souvent difficile de vérifier précisément que le délai de 45 jours n'est pas dépassé. Cette confusion de genre a été critiquée au motif qu'elle contribue à faire perdurer les dettes⁵⁶⁹ cela d'autant plus que le Président du Tribunal n'a nullement, en théorie du moins et à s'en tenir au texte, le pouvoir de refuser l'ouverture d'une conciliation, fût elle demandée par une entreprise n'ayant manifestement aucune chance d'aboutir à un accord. Mais rien en pratique ne devrait l'empêcher d'exercer son pouvoir d'appréciation⁵⁷⁰.

823. En tout état de cause, le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements depuis plus de 45 jours lorsqu'il sollicite l'ouverture d'une conciliation et en pareille circonstance, la loi lui offre la possibilité, voire une dernière chance de résoudre à l'amiable ses difficultés. La solution discrètement admise en matière agricole avait été surtout consacrée par la cour de cassation dans un arrêt du 14 mai 2002 décidant audacieusement qu'il devait être tenu compte des reports d'échéances consenties par les créanciers dans l'accord amiable pour apprécier à posteriori la cessation des paiements.⁵⁷¹

824. La tâche de l'analyste n'est pas facile qu'il s'agisse du débiteur ou de son conseil ou du juge : la loi de sauvegarde ne le dispense pas de déterminer le cas échéant la

⁵⁶⁷ C. Com., art. L.441-6 Rapport Sénat, n° 335, p. 105.

⁵⁶⁸ VINCKEL V.F., l'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficultés : analyse des risques LPA 12 juin 2006, p.7.

⁵⁶⁹ SOINNE B., la réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures RPC 2004., p.1

⁵⁷⁰ JEANTIN M., et LE CANNU P., droit commercial, droit des entreprises en difficultés, Dalloz 2006, n° 96.

⁵⁷¹ PETEL J., note sous Com., 14 mai 2002, JCP E 2002, 1380, n° 2.

date de la cessation des paiements comme il l'a toujours fait. Cette innovation en notre sens dénature le caractère purement préventif de la procédure de conciliation et repose sur le pari que la négociation peut encore être efficace alors même que les créanciers antérieurs peuvent poursuivre leur recouvrement de créances et que le débiteur ne peut réserver les fonds nouveaux qui alimentent sa trésorerie pour payer en priorité ses nouveaux créanciers.

825. Cette ouverture post cessation des paiements qui a pour elle le mérite de reconnaître le caractère parfois peu arbitraire de la date de la cessation des paiements telle que fixée judiciairement soulève une triple difficulté qui explique en partie les réserves parfois exprimées sur l'efficacité de cette procédure de restructuration dans ce contexte.

826. En premier lieu il appartient au président du tribunal saisi d'apprécier très rapidement l'état de cessation des paiements pour déterminer s'il est à l'intérieur du délai de quarante cinq jours et ce en fonction d'une connaissance imparfaite de la situation de l'entreprise. Il est dès lors probable que ce magistrat inversera la démarche juridique rationnelle impliquée par le texte en décidant ou non d'ouvrir de prime abord une procédure de conciliation puis ensuite en appréciant l'état de cessation des paiements à l'intérieur du délai de quarante cinq jours. Dans tous les cas, s'il y a ouverture de la procédure de conciliation, la négociation doit aboutir rapidement à un accord à défaut duquel la dégradation rapide de l'entreprise en cessation des paiements ne laissera pas d'autre issue de la liquidation judiciaire.

827. En second lieu, dans le cas où la procédure de conciliation n'aboutit pas à un accord homologué, la jurisprudence rendue sous l'empire des textes antérieurs sur le règlement amiable retrouve sa raison d'être en permettant de fixer ultérieurement une date de cessation des paiements différente ; ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites n'ont autorité de la chose jugée quant à la date de la cessation des paiements⁵⁷². Seule l'homologation de l'accord interdit cette remontée rétroactive de la date de cessation des paiements⁵⁷³.

828. En troisième lieu, il se peut que le président du tribunal soit saisi en même temps et à l'intérieur de ce délai de quarante cinq jours d'une demande d'ouverture d'une procédure de conciliation par le débiteur et d'une demande d'ouverture d'un redressement

⁵⁷² VINCKEL F., note sous cass. Com., 14 mai 2002 : JCP E 2003, 108.

⁵⁷³ C.Com., art. L 621-11.

judiciaire par un créancier ou le ministère public. La chronologie voulue par le législateur semble conduire à privilégier la procédure de conciliation mais il importera que le président et le tribunal se coordonnent notamment en imposant au tribunal de surseoir à statuer en attendant la décision du président⁵⁷⁴. Toutefois si ce délai de quarante cinq jours est dépassé au moment où le Président du Tribunal statue sur les deux demandes, il n'a d'autres choix que d'ouvrir un redressement judiciaire⁵⁷⁵.

829. En résumé, même si cette innovation a pour but de donner des chances supplémentaires au débiteur dans le redressement de l'entreprise défaillante, il reste que celle-ci est source d'insécurité juridique qu'il convient de préciser.

C-une atténuation source d'insécurité juridique

830. L'atténuation de la notion de cessation des paiements est source d'insécurité juridique dans la mesure où le caractère alternatif des procédures constitue en notre sens un frein à l'efficacité de la restructuration des entreprises défaillantes. La loi offrant une souplesse et partant des alternatives dont il importe de comparer les termes.

831. En effet, si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, le débiteur peut hésiter entre la conciliation et la sauvegarde, dans le cas contraire entre la conciliation et le redressement judiciaire⁵⁷⁶. D'où le reproche parfois adressé au législateur de « *brouiller les critères de ventilation des procédures.* »⁵⁷⁷ voire d'un certain obscurantisme source d'insécurité juridique⁵⁷⁸.

832. Certes les « ou ... ou » exclusifs antérieurs étaient confortables et en l'absence de choix, les décisions plus faciles à prendre. Mais c'est souvent la réalité qui est brouillée : entre la cessation des paiements et la non cessation des paiements, il y a rarement frontière tranchée mais plus souvent une zone dangereuse au sein de laquelle il est indispensable en pratique mais à l'évidence artificiel d'instituer un point de non retour. La solution nous paraît donc à la fois réaliste et cohérente avec la finalité de la conciliation.

⁵⁷⁴ V contra LECORRE P.M., droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2015 2016 n° 141-21

⁵⁷⁵ LEBEL C, note sous CA TOULOUSE 10 mai 2007, JCP E 2008, 1643.

⁵⁷⁶ V, spéc. sur les choix du débiteur, CHAPUT, JCP G 2005, I, 184, n° 14 et 21 s.

⁵⁷⁷ SAINT-ALARY – HOUIN, DP janv. 2005, p.28.

⁵⁷⁸ MARTINEAU –BOURGNINAUD, le spectre de la cessation des paiements., D. 2005, 1356, n° 8.

833. La loi offre plus de souplesse en ce qu'il est possible désormais de solliciter une conciliation à condition de ne pas être en cessation des paiements depuis 45 jours. Il existe une sorte de zone franche limitée à quarante cinq jours à l'intérieur de laquelle le débiteur pourra librement opter entre la conciliation et le redressement judiciaire. D'une visée préventive, le traitement amiable des difficultés sera curatif.

834. Il peut être admis qu'un accord amiable sérieux soit un instrument fiable de sauvegarde des entreprises. On peut néanmoins rester sceptique quant au critère qui le conditionne : ne pas être en cessation des paiements depuis 45 jours.

835. Les juges devront apprécier cet état de cessation des paiements pour la fixer avec exactitude car si elle est antérieure de plus de quarante, le Tribunal d'office se saisit afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

836. La question qui se pose alors est de savoir quelle sera l'attitude de la jurisprudence face à cet élément de cessation des paiements dont elle devra néanmoins déterminer la date dans cet espace temps afin d'estimer le bien fondé de la demande de conciliation. Les juges devront tracer une ligne de démarcation plus en amont des difficultés de l'entreprise au-delà de laquelle le débiteur en cessation des paiements sera en zone judiciaire surveillée en deçà de laquelle il se trouvera encore en zone libre et pourra opter entre l'amiable et le judiciaire.

837. En réalité, cette saisine d'office sera conditionnée par l'échec de la conciliation lorsque le rapport du conciliateur établira que le débiteur est en cessation des paiements. Mais si l'accord met fin à cet état, même si celui-ci remonte au-delà de quarante cinq jours fatidiques, il est évident que le redressement judiciaire ne saurait être ouvert, le critère de déclenchement ayant disparu par l'effet de la conciliation.

838. Dès lors l'idée d'introduire un délai de quarante cinq jours et de maintenir le critère à tout le moins opacifié de la cessation des paiements relève d'un certain obscurantisme source d'insécurité juridique. Aussi, embarquer le débiteur et ses partenaires sur le bateau ivre de la conciliation ne peut les conduire qu'à des désillusions au moment du dégrisement.

839. En résumé, la cessation des paiements est une notion faussement claire qui peut être manipulée à peu près comme l'on veut. Elle est définie par l'impossibilité pour une entreprise, de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. En dépit de son apparence dogmatique, la formule laisse une certaine marge de manœuvre à la juridiction saisie qui peut pour les besoins de la solution qu'elle entend adopter, en apprécier les termes plus ou moins strictement. Ainsi, le flou qui entoure le concept d'actif disponible permet de le grossir en y faisant entrer tout élément d'actif qui serait rapidement réalisable ou encore toute perspective de crédit à peu près sérieuse qui serait offerte à l'entreprise. Inversement, le passif exigible, concept apparemment univoque en ce qu'il renvoie au passif échu, est susceptible de se rétrécir, la passivité des créanciers, qui s'abstiennent de poursuivre leur débiteur dès que leurs créances sont échues opérant comme une cause de disqualification d'un passif qui, pour n'être pas exigé, cesse d'être exigible au sens de la cessation des paiements.

840. Le caractère éminemment malléable de la cessation des paiements s'affirme avec éclat sous l'empire du droit antérieur lorsqu'une entreprise demande au président du tribunal l'ouverture d'un règlement amiable. On se souvient que l'ancien article L. 611-3 du Code de commerce réserve le bénéfice d'une telle procédure à l'entreprise« *qui sans être en cessation des paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise* ». En pratique, cependant l'entreprise qui ayant cessé de payer ses créanciers demande à bénéficier du règlement amiable, a toutes les chances malgré sa cessation des paiements, d'obtenir la mesure qu'elle sollicite pour peu qu'elle parvienne à convaincre le président du tribunal que l'accord amiable à conclure avec les créanciers lui permettra de se redresser. Cela signifie que lorsqu'il paraît opportun aux juges d'ouvrir un règlement amiable, ils n'hésitent pas à le faire, estimant que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, alors même qu'elle ne paie plus ses créanciers.

841. Il y a une leçon à tirer de cette pratique judiciaire. Le contraste saisissant entre le dogmatisme de sa définition et le pragmatisme de son application retire à la cessation des paiements toute pertinence lorsqu'il s'agit de choisir la procédure la mieux adaptée au sauvetage d'une entreprise donnée. Il faut donc abandonner la cessation des paiements en tant que critère de choix entre les différentes procédures de sauvetage.

842. D'ailleurs, l'entreprise en difficulté a généralement cessé de payer ses créanciers et c'est bien parce qu'elle n'a plus les moyens de les payer qu'elle se trouve en difficulté. Dès lors, si l'on veut tenter de la sauver, il est préférable, plutôt que d'avoir à tricher

avec la notion de cessation des paiements, de recourir à un autre critère fondé sur ses chances de redressement. Évidemment, il n'est pas facile de forger un critère prenant en considération les chances de redressement. Cela suppose d'évaluer l'aptitude de l'entreprise à payer ses dettes accumulées ou en voie d'accumulation, tout en continuant à honorer ses dettes courantes. Il faut alors tenir compte des ressources dont elle dispose ou disposera très probablement spécialement celles qui résultent de son carnet de commande ou de crédits bancaires. Il faut également s'attacher à la nature des difficultés que rencontre l'entreprise car on ne saurait traiter de la même manière des difficultés aussi différentes que des difficultés ponctuelles par exemple la défaillance d'un gros client ou une erreur de gestion circonscrite à une hypothèse bien précise, ou encore des difficultés structurelles, par exemple une mauvaise gestion chronique ou une insuffisance de capitalisation, ou enfin des difficultés conjoncturelles, par exemple la situation de crise du secteur économique dans lequel évolue l'entreprise.

843. C'est en croisant toutes ces données, durée d'étalement dans le temps du passif accumulé et nature des difficultés, qu'il semble possible, après avoir établi une échelle des difficultés selon leur degré de gravité, de déterminer la procédure la mieux appropriée aux difficultés à traiter. On en conviendra que la tâche est nettement plus ardue que celle qui consiste à se référer au critère faussement simple de la cessation des paiements et à s'en remettre à l'appréciation nécessairement variable et donc aléatoire des juges.

844. Malheureusement, rien de tel n'a été prévu dans la loi de 2005. Le législateur se contente de reproduire le système antérieur ; il ajoute toutefois des variantes qui, loin de contribuer à renforcer la fiabilité du critère de la cessation des paiements, en accentuent singulièrement l'instabilité. Le législateur conserve donc la cessation des paiements comme ligne de démarcation entre les différentes procédures, à ceci près qu'il a déplacé la frontière. Désormais, elle sépare la sauvegarde des deux autres procédures, conciliation et redressement judiciaire, tout en jouant encore un rôle pour distinguer entre conciliation et redressement judiciaire. En effet, si les deux procédures s'accommodent aujourd'hui de l'état de cessation des paiements du débiteur, elles se différencient sur la durée de ladite cessation des paiements : les juges choisissent entre redressement judiciaire et conciliation selon que la cessation des paiements du débiteur existe depuis plus ou moins de quarante-cinq jours.

845. Bref, comme dans le droit antérieur et avec les mêmes incertitudes, les magistrats devront se prononcer sur l'absence ou sur l'existence de la cessation des paiements, avant de savoir s'ils ouvrent une procédure de sauvegarde ou une autre procédure. Mais,

difficulté supplémentaire, la réforme leur impose de se prononcer sur la durée de la cessation des paiements pour trancher entre conciliation et redressement judiciaire.

846. Autant dire que le choix entre les différentes procédures devient plus incertain que jamais : aux défauts du système antérieur s'ajoutent les défauts du système nouveau. Tout cela n'augure rien d'autre qu'un dysfonctionnement généralisé⁵⁷⁹. Cette insécurité se trouve corroborée par la possibilité pour le débiteur de solliciter en plus de la procédure de conciliation, une sauvegarde accélérée⁵⁸⁰.

847. Au surplus, la notion de cessation des paiements a résisté aux suggestions fréquemment faites d'assouplir sa définition⁵⁸¹. Le législateur a maintenu délibérément le critère de l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible⁵⁸². Position conforme à celle exprimée par la Cour de cassation dans son rapport 2002. N'a donc pas été consacrée l'exigence retenue par certaines décisions d'un passif exigible et exigé qui eût permis de tenir compte de lege ferenda de la théorie de la réserve de crédit consentie par certains créanciers. Ni celle aussi proposée de remplacer la notion d'actif disponible par celles d'actif circulant (qui eut permis de tenir compte notamment des stocks bénéficiant d'une rotation rapide et des créances clients). Plutôt que de déplacer le « curseur » par un assouplissement de la notion de cessation des paiements, le législateur a préféré une autre voie destinée à appréhender les pannes de trésorerie celle de la procédure de sauvegarde. Selon la pertinente métaphore du professeur PETEL « *plutôt que de trafiquer les compteurs, le législateurs a supprimé la limitation de vitesse*⁵⁸³. »

848. Des auteurs ont regretté ce choix observant que la consécration du critère de « *passif exigé* » eût été cohérente avec les idées directrices de la réforme en ce qu'elle eût fait basculer la notion de passif simplement exigible dans le domaine de la prévention⁵⁸⁴. Mais d'autres plus pragmatiques font observer qu'il ne s'agit là que de gesticulations

⁵⁷⁹ BRUNET A, la loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « élluliens du droit LPA 05 juillet 2007.

⁵⁸⁰ C.Com., art. L.628-1.

⁵⁸¹ DERRIDA F., sur la notion de cessation des paiements, Mélanges JP Sortais, Bruylant 2002, p. 76.

⁵⁸² LEBEL C., être ou ne pas être en cessation des paiements, Gaz. Pal. 7_8 sept. 2005, p. 14, spéc. p.16

⁵⁸³ PETEL Ph., le nouveau droit des entreprises en difficultés JCP E 2005, n° 42, p. 1730, spéc. n° 24.

⁵⁸⁴ CAMPANA M. J., et TEBOUL G., la cessation des paiements pour quoi faire, à propos de l'avant projet de loi sur la sauvegarde, JCP E 2005, n° 42, p. 1730, spéc. n° 24

grammaticales incapables quoi qu'il en soit de saisir une situation de fait au jour le jour⁵⁸⁵. D'autres plus réalistes ont justifié ce choix qu'ils considèrent comme le moins mauvais des critères en raison de la relative sécurité qu'il garantit au débiteur comparé à ceux fondés sur des « clignotants » sachant que pour lui, le redressement ou la liquidation judiciaires, signifie que son entreprise va désormais être la proie des repreneurs⁵⁸⁶.

849. En résumé, il faut relever qu'assurément la notion de cessation des paiements a glissé car sans demeurer à proprement parler « *la pierre angulaire des procédures collectives* », elle devient la pierre angulaire des critères d'ouverture des autres procédures de restructuration. Selon un auteur « *elle rode autour de la sauvegarde menace d'anéantir la conciliation et conditionne l'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaires* »⁵⁸⁷. Dès lors la place de la cessation des paiements est nouvelle dans l'architecture du droit des entreprises en difficultés. Toutefois nous pensons que le recul annoncé pour plus de clarté du critère de cessation des paiements est vain car les différents critères d'ouverture font expressément référence à cette notion dans leurs définitions et créent ainsi un climat d'incertitude chez les dirigeants sociaux et les chefs d'entreprises. Ainsi si l'objectif était de simplifier, il n'est manifestement pas atteint. D'autant plus qu'une pluralité mal définie conduit nécessairement à un imbroglio juridique pour les personnes à qui elle a pour vocation à s'appliquer. Le système donc perd le bénéfice d'un critère certes rigide mais déterminant au profit d'une articulation des procédures qui devient quelque peu incertaines⁵⁸⁸. Ce qui différencie de manière fondamentale le droit français du droit OHADA où la notion a conservé sa rigidité.

⁵⁸⁵ SOINNE B., la réforme des procédures collectives, la confusion des objectifs et des procédures RPC 2004, p.1, n° 4)

⁵⁸⁶ CHAPUT Y., colloque Droit et commerce sur les entreprises en difficulté des 3-4 avr. 2004. Du code d'Hammourabi à l'école de Chicago, les annonces de la seine, 8 avr. 2004, p. 2 ; RJ Com., hors série 2004, p. 171.

⁵⁸⁷ MONTERAN T., op.cit.

⁵⁸⁸ VALENS J.L., la réforme du droit français des entreprises en difficultés : Lamy Droit commercial Bull. act. N° 180, 2005 ; cette volonté d'afficher une procédure nouvelle au lieu d'assouplir les conditions d'ouverture du redressement judiciaire contribue à compliquer la structure de la loi nouvelle.

Para II la rigidité de la notion de cessation des paiements en droit OHADA

850. La notion de cessation des paiements⁵⁸⁹ est rigide en droit OHADA dans la mesure où elle est la condition d'ouverture d'une procédure collective stricto sensu. Sa survenance à la différence du droit français enlève toute possibilité d'un traitement amiable des difficultés de l'entreprise. Le débiteur n'a aucune alternative et doit saisir la juridiction compétente aux fins d'ouvrir la procédure collective.

851. Tout accord passé entre le débiteur défaillant et ses créanciers en dehors de l'interventionnisme judiciaire et dans le cadre collectif est considéré comme frauduleux et encourt la nullité. Dès lors qu'elle intervient l'entreprise est tenue de solliciter et obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La cessation des paiements demeure la condition d'ouverture d'une procédure collective stricto.

852. Elle constitue la ligne de démarcation entre le traitement amiable et le traitement judiciaire préventif des difficultés de l'entreprise. Si les difficultés de l'entreprise n'ont pas encore atteint la cessation des paiements, il peut prétendre au règlement préventif, procédure de restructuration anticipée sous l'autorité de justice⁵⁹⁰. En revanche, si les difficultés de l'entreprise ont atteint le « *seuil clinique de la cessation des paiements* », elle ne peut être assujettie qu'au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens.

853. Il est précisé en ce sens que : « Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens quelle que soit la nature de ses dettes. La déclaration doit être faite dans

⁵⁸⁹ BAKARY D., la cessation des paiements du débiteur en OHADA notes sous Cour d'appel de OUGADOUGOU, arrêt n°52 du 16 /04/2004 Juris info n° déc.2010, p.12.

⁵⁹⁰ L'entreprise dispose d'une alternative notamment la procédure d'alerte innovation dans l'acte uniforme qui met à la charge des commissaires aux comptes un devoir supplémentaire : celui d'alerter les dirigeants. Elle doit être déclenchée lorsque le commissaire aux comptes prend conscience d'un risque sérieux de cessation d'exploitation donc de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Voy. art. 150 et suivant AU DSC et du GIE. Egalement LE BARS B., droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'OHADA, joly édition, lextenso 2011, n° 189 et s., p.89 et s. Voy. ALGADI A.S. commissaires aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, recueil penant n°870, p.5 et s.

les trente jours de la cessation des paiements et déposée au Greffe de la Juridiction compétente contre récépissé »⁵⁹¹.

854. Si la survenance de la cessation des paiements à la condition d'ouverture d'une procédure collective stricto sensu, cette ouverture est assortie d'une conditionnalité supplémentaire.

A- Le constat de la cessation des paiements, condition d'ouverture collective stricto sensu

855. « Le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique ou morale commerçante à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements.⁵⁹² » La cessation des paiements demeure donc la condition d'ouverture d'une procédure collective stricto sensu.

856. La notion a évolué en même temps que les finalités assignées aux procédures collectives. Alors qu'initialement elle était assimilée à une situation désespérée ou irrémédiablement compromise, une évolution lente a conduit à l'émergence et à l'admission d'une conception unitaire⁵⁹³ de la notion. Il convient de préciser les composantes de cette conception évoluée avant d'en déterminer la preuve laquelle fait l'objet d'un contrôle minutieux des juges africains⁵⁹⁴.

1- Une conception évoluée de la cessation de paiements en droit OHADA

857. A la différence de la situation prévalant dans les Etats parties qui n'avaient légalement défini la cessation des paiements, l'acte uniforme apporte une définition légale de la cessation des paiements. Celle-ci est définie comme la situation où le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Dans ce cas, le

⁵⁹¹ AU P.C.A.P. , art. 25.

⁵⁹² A.U.P.C.A.P art. 2, 4°.

⁵⁹³ Sur l'évolution de la notion, voy. SAWADO GO FM, droit des entreprises en difficultés éd. Juriscope 2002, p.97 et S, n° 104 et s.

⁵⁹⁴ Pour illustrer nos propos nous aurons recours à un arrêt rendu par la chambre civile et commerciale de la cour d'appel de OUAGADOUGOU, arrêt n° 52 du 16 avril 2004Juris info de décembre 2010, www.ohada.com/OHADA-D-10-64.

débiteur est tenu de faire dans les trente jours de la cessation des paiements une déclaration aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens⁵⁹⁵.

858. Dans les Etats africains parties à l'OHADA comme en France, pendant longtemps a régné la thèse dualiste qui distinguait deux notions de la cessation des paiements : la cessation des paiements ouvertes et la cessation des paiements déguisée qui se différencient tant au plan des critères qu'à celui de la fonction. Cette thèse dualiste n'a pas perdu toute sa vigueur parce que d'une part certains aspects de cette thèse sont encore retenus mais aussi elle permet de comprendre la thèse qui est actuellement arrêtée.

859. La cessation des paiements est dite ouverte lorsqu'il ya un arrêt effectif du service de caisse autrement dit l'arrêt matériel des paiements. Qui plus est, la jurisprudence en France exigeait jusqu'en 1967 que les créances soient des créances commerciales. En effet, les Juges estimaient que les créances civiles ne pouvaient pas être opérantes dans la mesure où il n'existait pas de faillite civile. Ainsi, on considérait que les dettes fiscales devaient être exclues puisqu'elles devaient être regardées comme de nature civile. Cette conception a été vivement critiquée. C'est pourquoi, l'acte uniforme a pris la peine de préciser que la nature de la dette ou de la créance importait peu (commerciales, civiles agricoles sans rapports avec l'activité) pour la prise en considération de l'état de cessation des paiements.

860. En revanche, il a semblé intéressant pour le législateur de préserver dans le cadre de l'OHADA, la solution traditionnelle selon laquelle ce qui caractérise la cessation des paiements c'est l'absence de disponibilités immédiates suffisantes pour payer le passif échu, en d'autres termes, l'impossibilité d'obtenir le moindre concours (bancaire notamment) pour faire face à l'échéance⁵⁹⁶. Cette solution a l'immense avantage de reconnaître qu'une réserve de crédit peut constituer un actif disponible et de donner son plein effet à la garantie à première demande. Cette garantie, rappelons le, est l'une des principales innovations de l'acte uniforme OHADA relatif aux sûretés qui vient consacrer une pratique des milieux d'affaires. Toutefois, en raison du risque, toujours possible que le débiteur recherche désespérément des concours bancaires dans le but de soutenir artificiellement l'entreprise et de retarder

⁵⁹⁵ A.U.P.C.A.P., art. 25 précité.

⁵⁹⁶ Sur l'importance accordée à la garantie à première demande dans le cadre de la Réforme de l'OHADA, VJ. Issa-Sayegh, dans Penant, numéro Spécial OHADA, p. 211.

l'ouverture de la procédure collective, un large pouvoir d'appréciation de la situation financière de l'entreprise devrait être accordée aux Tribunaux.

861. La cessation des paiements est dite déguisée lorsqu'elle ne sert qu'à reporter la date de la cessation des paiements dans le temps par l'utilisation d'artifices et de moyens frauduleux. En l'espèce, la date de la cessation des paiements a été fixée par les premiers juges le 1^{er} août 2003 soit six mois avant le jugement. De fait, cet intervalle constitue la période suspecte et certains actes accomplis pendant cette période peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers s'ils rompent l'égalité entre les créanciers ou causent un préjudice à la masse. Mais dans le cas présent aucun moyen frauduleux ne semble être utilisé par la société SOSACO pour corroborer un tel artifice, aucune utilisation d'effets de commerce de complaisance par exemple destinée à tromper les tiers ou les créanciers. On ne peut donc lui reprocher d'agissement frauduleux ou ruineux pour soutenir son crédit.

862. En résumé, il ya deux catégories de cessation des paiements selon cette thèse dualiste. Celles-ci se distinguent tant au niveau des notions qu'au niveau des fonctions. Toutefois, cette conception dualiste a été remplacée par la conception unitaire. La principale implication de cette conception unitaire est de permettre l'ouverture de la procédure collective non seulement en présence d'un arrêt matériel du service de caisse mais également dès que le service de caisse n'est maintenu que par des artifices, et spécialement par le recours à des moyens ruineux frauduleux ou factices.

863. Donc la conception unitaire intègre les composantes de la conception dualiste afin d'accroître l'efficacité de la cessation des paiements dans l'atteinte des objectifs poursuivis par les procédures collectives. Il restera bien entendu à en rapporter la preuve, ce qui est loin d'être aisée.

2- Une preuve soumise à l'appréciation stricte des juges du fond

864. La cessation des paiements doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture de la procédure collective. Cette preuve est libre et résultera le plus souvent d'un faisceau d'indices. Si pour le débiteur qui sollicite l'ouverture de la procédure collective elle est simple ce d'autant plus qu'à l'appui de sa demande il doit fournir les documents nécessaires pour

l'analyse de sa situation financière⁵⁹⁷. Il reste que cette tâche paraît difficile pour ce qui concerne l'assignation d'un créancier qui doit la prouver.

865. Dans l'arrêt n° 52 du 16 avril 2004 précité, les créanciers excipent le dépôt de bilan du Directeur général de la société et s'appuient sur une lettre de correspondance du 14 novembre 2000 pour réclamer l'ouverture de la procédure collective. Est-ce suffisant ? la cour d'appel de Ouagadougou dans son pouvoir d'appréciation écarte ces arguments en faisant valoir qu'au « regard de l'analyse de la situation financière de la société qui avait été fournie, la preuve de la cessation des paiements n'était pas établie ; qu'il existe certes des difficultés mais non insurmontables et qui en aucun cas ne s'apparentent à un état de cessation des paiements... » En d'autres termes, les créanciers n'apportent aucunement la preuve que la SOSACO est en état de cessation des paiements. La position de la cour d'appel se fonde en notre sens sur l'article 25 alinéa 1 de l'acte uniforme, « le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes ». Cette appréciation souveraine des juges dans la caractérisation de la cessation des paiements a amené la Cour Commune de Justice et d'arbitrage⁵⁹⁸ a décidé qu'en prononçant la liquidation des biens, la Cour d'appel a fait une saine application des dispositions des articles 25 et 33 de l'acte uniforme dès lors que le débiteur en état de cessation des paiements avait un passif exigible supérieur à son actif réalisable et disponible de plus de 26 milliards de francs CFA de sorte qu'il est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible et qu'en plus le plan de restructuration présenté ne peut être réalisé faute de ressources financières.

866. Dans cette espèce, la compagnie Cotonnière Ivoirienne (en abrégé CCI) société anonyme spécialisée dans l'importation, l'exportation et le négoce de coton, a connu une exploitation normale jusqu'en 2004 puis a commencé à éprouver des difficultés dues essentiellement à la conjoncture économique internationale et nationale impactant négativement le secteur du coton. Face à cette situation, elle a présenté une requête aux fins de règlement préventif au Président du tribunal de première instance d'Abidjan qui au vu des documents produits a rendu une ordonnance de suspension des poursuites individuelles et la

⁵⁹⁷ L'article 26 de l'AU lui fait injonction au soutien de sa déclaration de cessation des paiements de fournir un certain nombre de documents...

⁵⁹⁸ Cour commune de Justice et d'arbitrage 3^{ème} chambre arrêt n° 22 du 22 décembre 2011 affaire la compagnie cotonnière ivoirienne C/ T et G Juris OHADA 2012, n° 2, avril juin, p. 32.

désignation d'un Expert pour faire un rapport sur la situation économique et financière de la société et ses perspectives de redressement. L'expert dans son rapport a relevé que les comptes de la société CCI font apparaître des besoins financiers importants qui ne peuvent pas être couverts par un financement adapté aux possibilités de la société et que l'actif réalisable et disponible soustraction faite des stocks s'élève à la somme de 31 456 896 095 F CFA contre un passif exigible de 57 580 255 578 F CFA, soit un écart négatif de 26 123 259 483 F CFA et en déduit que la société est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible et est en cessation des paiements et que le plan de restructuration présenté et les perspectives de redressement reposent essentiellement sur des promesses de soutien financier de l'Etat ivoirien ne peuvent être le fondement d'un concordat sérieux justifiant la continuation de l'exploitation.

867. Tirant les conséquences, le Tribunal de Première Instance d'Abidjan a prononcé la liquidation des biens de la CCI qui a été confirmée par la cour d'appel, suite au recours exercé par la CCI laquelle se pourvoit en cassation arguant que les magistrats ont violé les articles 25 et 33 de l'acte uniforme, et la décision n'est point pertinente et que son offre concordataire, en plus d'être parfaitement ambitieuse et réalisable, est protectrice des intérêts des créanciers tout en présentant un intérêt économique indéniable.

868. En se fondant uniquement sur le rapport de l'expert, les juges n'ont pas tenu compte des perspectives de redressement avec notamment le soutien financier de l'Etat et la mise en place d'un plan de restructuration de la filière la cour d'appel d'Abidjan ne s'est pas conformée à l'objectif de sauvegarde de l'entreprise que vise la législation OHADA. Elle a été déboutée par la cour de cassation qui a confirmé la décision de la Cour d'appel. Cette décision est importante dans la mesure où elle a été rendue sur une base légale. Elle vient confirmer que la cessation des paiements est la condition d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Dès lors qu'elle survient et qu'elle est en outre constatée et attestée par l'expert, la juridiction compétente doit prononcer l'ouverture de la procédure collective. Et même lorsqu'une procédure de restructuration a été ordonnée dans le cadre d'un règlement préventif, il convient pour le tribunal de la convertir en procédure collective ad hoc dès l'instant où il est relevé que les difficultés de l'entreprise se matérialisent par la cessation des paiements. Cette conversion n'est que la juste application de l'article 15 de l'acte uniforme qui dispose que : « *la juridiction compétente statue en audience non publique si elle constate la cessation des paiements, elle prononce d'office et à tout moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens* ».

869. Mais, cette décision, en notre sens, au regard de la société en cause peut être lourde de conséquence en raison de la nature de la société en cause ; société dont la disparition pourrait être dommageable pour l'économie en général. En effet, le fait que l'Etat se soit porté garant pour soutenir la restructuration de l'entreprise aurait pu constituer un élément qui devait guider le juge dans l'appréciation des difficultés de la société en question en lui octroyant les mesures de restructuration. Certes le juge s'est fondé sur la loi mais n'a pas pesé les conséquences socio économiques d'une telle disparition.

Pour le juge, la cessation des paiements étant avérée, et matérialisée, il fallait que la société suscitée justifie que son plan de restructuration est sérieux à défaut la liquidation des biens s'impose. C'est dire que même en cas de cessation des paiements, une restructuration est possible son but étant de traiter la défaillance de l'entreprise. Mais il faut pour que le débiteur ou l'entreprise en difficultés bénéficie de cette faveur, qu'il propose dans un délai des propositions de plan de restructuration dont la faisabilité est importante.

B-Le plan élément déterminant de la restructuration post cessation des paiements

870. En droit OHADA⁵⁹⁹, la restructuration post cessation des paiements est initiée voire imposée dans le but de traiter les difficultés de l'entreprise et ce dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire qui est une procédure judiciaire destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement⁶⁰⁰. Il est à cet effet précisé que :« la juridiction compétente qui constate la cessation des paiements doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

*Elle prononce le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux. Dans le cas contraire elle prononce la liquidation des biens... »*⁶⁰¹

871. Le critère de choix entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens est le fait de proposer un concordat sérieux. L'adoption de la situation irrémédiablement compromise ou de situation sans issue aurait été pour notre part plus indiquée pour éviter que pour des raisons de délais ou de qualité formelle du dossier soumis, la liquidation des biens soit ouverte. Il se peut en effet que l'entreprise puisse être sauvée mais que ses dirigeants ne parviennent pas à respecter le délai imparti pour déposer une proposition de

⁵⁹⁹ Et comme en droit français.

⁶⁰⁰ A.U.P.C.A.P. art. 2 2°. Voy. KANE EBANGA P., la nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA, *juris périodique* n° 50, avr.juin 2002, p.109.

⁶⁰¹ A.U.P.C.A.P art. 33 alinéa 1.

concordat sérieux⁶⁰² ou que celle-ci en la forme présente sur le plan technique des déficiences. Dans un tel cas, l'ouverture de la liquidation des biens serait un désastre économique. A la décharge du législateur OHADA, il faut reconnaître qu'il est difficile de redresser l'entreprise sans les efforts, l'implication et la bonne volonté des dirigeants. Du reste, retarder l'ouverture de la liquidation des biens peut causer un préjudice aux créanciers. L'alinéa 2 montre clairement que la question du choix de la procédure se pose dès le jugement d'ouverture après le cas échéant l'écoulement du délai de 15 ou de 30 jours laissé au débiteur pour présenter un concordat sérieux. Il n'ya donc pas de période d'observation comme dans la législation française.

872. En toute hypothèse, la restructuration de l'entreprise demeure possible même en cas de cessation des paiements. Mais son octroi est conditionné par la présentation d'un concordat sérieux. Cette présentation est un impératif, à défaut de quoi aucune restructuration n'est possible.

873. Ainsi il a été jugé qu'une société qui ne présenterait aucune offre de concordat doit être mise en liquidation des biens, peu importe que la création de ladite société résulte d'un traité, tel celui de Yaoundé portant création de la compagnie multinationale Air Afrique⁶⁰³. A défaut, le Tribunal est tenu de prononcer la liquidation des biens. Cette idée a été soutenue dans la décision du Tribunal de Grande Instance de OUAGADOUGOU dans un jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001 rendu à la requête des établissements KORGOU et frères aux fins de redressement judiciaire, le juge soutient que la proposition de concordat pour être sérieuse et gagner la conviction du Tribunal ne doit pas consister en des perspectives bien évaluées, mais plutôt en des mesures concrètes et des propositions réelles tout aussi bien quant au personnel qu'aux ressources et à des remises des créanciers obtenus en vue de redémarrer l'activité et apurer collectivement le passif et en conséquence refuse de prononcer le redressement judiciaire mais plutôt la liquidation des biens⁶⁰⁴. L'analyse de la décision du Tribunal d'instance pour notre part est une application littérale du texte de l'article 33 précité. Pour le Juge, le concordat sérieux est celui qui contient des mesures

⁶⁰² Sur la présentation de l'offre de concordat et de son caractère sérieux voire les développements subséquents relatif à la force obligatoire.

⁶⁰³ www.ohada.com/ Ohadata J-03-29.

⁶⁰⁴ Tribunal d'Instance de OUAGADOUGOU, jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, liquidation des biens des Etablissements Korgo Issiaka et frères www.ohada.com/ OHADATA J-02-59.

concrètes telles que fixées dans l'article 7 de l'acte uniforme⁶⁰⁵ ; ce qui en notre sens semble exclure toutes mesures à venir voire prévisionnelles de restructuration. Cette solution est en notre sens critiquable ce d'autant plus que les dites mesures peuvent être viable et permettre à court et moyen terme permettre la restructuration de l'entreprise. En effet, pour ce qui nous concerne le sérieux du concordat peut non seulement être apprécié in concreto c'est-à-dire en rapport avec les mesures proposées par l'entreprise mais également peut être apprécié également sur les perspectives futures de redressement. L'acte uniforme précisant que l'offre de concordat devant contenir les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise⁶⁰⁶ c'est dire que les mesures de restructuration peuvent être présentes comme futures à condition qu'elles aboutissent à la résolution des difficultés de l'entreprise donc à assurer sa pérennité.

874. Or, pour le Tribunal, le caractère sérieux résulte des modalités concrètes prévues et surement matérialisées dans un document écrit qui touchent non seulement au personnel aux ressources à des remises et des délais de paiements susceptibles d'être accordés par les créanciers en vue de redémarrer l'activité et apurer le passif.

875. En la limitant aux seules mesures concrètes et actuelles déjà prises par le débiteur, le juge a limité en notre sens les conditions de l'offre de concordat. C'est à juste titre que cette décision a été censurée par la Cour d'appel de OUGADOUDOU qui infirma le jugement en jugeant que la proposition de concordat était viable. C'est dire que le fait de proposer un concordat sérieux est la condition nécessaire du droit OHADA en matière d'octroi de mesures de restructuration. L'offre de concordat sérieux est celui qui tout en préservant et en favorisant l'assainissement de l'entreprise, assure le paiement des créanciers théoriquement satisfaisant et d'autre part des garanties d'exécutions des engagements que contient la proposition concordataire⁶⁰⁷. Dans ces conditions même lorsqu'une demande tendant à prononcer la liquidation des biens est initiée et que le tribunal constate que les propositions faites par l'entreprise en difficultés sont sérieuses. Il y a lieu de prononcer un redressement judiciaire. C'est là tout le sens du jugement rendu par le Tribunal de commerce d'Abidjan dans sa décision n° 059/2012 du 13 Juin 2012 dans une affaire Maître Agathe

⁶⁰⁵ L'article 7 de l'acte uniforme précise les mesures non exhaustives que doit contenir l'offre de concordat, les conditions économique, financières sociales et surtout les garanties prises pour la restructuration de l'entreprise.

⁶⁰⁶ A.U.P.C.A.P. art. 7.

⁶⁰⁷ TGI BOBO DIOULASSO, décision n° 298, 29 décembre 2004 : Sté SENEFURA SAHE, Sté ACS-CI, Sté ALM International et SNTB C/ société SOPOGRI SA www.OHADA.com OHADATA J-05-341.

BENE- HOANE C/ Société de construction et de vente immobilière SOCOVIM⁶⁰⁸. Dans cette affaire, la requérante avait assigné la société SOCOVIM aux fins d'obtenir de la Juridiction compétente, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Au soutien de sa demande elle soutient qu'elle a obtenu la condamnation de la société SOCOVIM et toutes les tentatives de saisies pratiquées s'étant révélées infructueuses, ladite société est donc en liquidation judiciaire. Le Tribunal saisit a nommé conformément à l'article 32 alinéa 2 de l'acte uniforme OHADA un expert à l'effet de dresser un rapport sur la situation de l'entreprise⁶⁰⁹ dont le rapport a conclu que la société assignée était en cessation des paiements mais que les mesures proposées pour rétablir les conditions du fonctionnement normal de l'entreprise étaient viable. En conséquence, conformément à l'article 33 le Tribunal a prononcé le redressement judiciaire de la société et procéder à la nomination des organes de la procédure. C'est dire que le projet de plan de restructuration à travers les deux législations est l'outil important de restructuration. Il demeure le document qui non seulement va conditionner la réorganisation de l'entreprise. Les législateurs dans leur volonté de rendre la restructuration plus attractive l'ont minutieusement règlementé tant au niveau de son contenu que du processus de son élaboration. Toutefois, nous notons que ce plan de restructuration en dépit de sa très grande importance dans la restructuration de l'entreprise contient certaines imperfections qui entravent pour ce qui nous concerne l'attractivité de la restructuration de l'entreprise

⁶⁰⁸ Tribunal de commerce d'Abidjan, décision n° 059/2012 du 13 Juin 2012 www.tribunaldecommerceabidjan.org

⁶⁰⁹ A.U.P.C.A.P. art. 32 alinéa 2 dispose à cet effet que : « Avant la décision d'ouverture d'une procédure collective, le Président de la juridiction compétente peut désigner un juge du siège ou toute personne qu'il estime qualifiée, à charge de dresser et lui remettre un rapport dans un délai qu'il détermine, pour recueillir tous renseignements sur la situation et les agissements du débiteur et la proposition de concordat faite par lui.

CONCLUSION CHAPITRE I

876. La restructuration de l'entreprise défaillante doit désormais se conjuguer au pluriel. L'expression est devenue protéiforme renvoyant à différents stades de la dégradation de la santé de l'entreprise. Le diagnostic s'est extrêmement compliqué. Le débiteur ne souffre plus d'un mal mais de maux d'une nature et d'une gravité variable qui débouchent sur des remèdes particuliers. A chaque difficulté sa thérapeutique, sa mesure de restructuration.

877. La cessation des paiements ne représente plus le pont de bascule entre le traitement amiable et le traitement judiciaire ce dans la mesure où le législateur a prévu des critères en amont qui permettent une intervention du tribunal pour permettre à l'entreprise de prévenir ses difficultés. Cette volonté de prévention constitue le point de rapprochement des deux systèmes juridiques quoiqu'il existe des divergences conceptuelles. Aussi, ces critères sont marqués par des insuffisances graves qui offrent une latitude importante aux tribunaux en vue de systématiser la volonté législative. Enfin, ils dépendent de la cessation des paiements dont l'imminence voire la survenance va influencer leur appréhension. Cette situation de forte dépendance est un frein au caractère attrayant des procédures de restructuration dont l'utilité pour les entreprises dans un contexte de crises économiques mondiales n'est pas à démontrer. Il y a lieu en conséquence de corriger ces imperfections en vue de rendre au système toute sa notoriété. Concernant le droit OHADA, la récente proposition d'amendement de l'acte uniforme OHADA des procédures collectives d'apurement du passif et la toute dernière réforme de mars 2014 du droit des entreprises en difficultés en France aurait pu constituer une occasion pour le législateur de corriger ces insuffisances notionnelles des critères de prévention. Ainsi, si en ce qui concerne le droit OHADA, le législateur souhaite modifier le critère de prévention en l'assouplissant, il entend toutefois, ajouter une condition supplémentaire qui risque d'attiser un imbroglio dans l'interprétation⁶¹⁰.

⁶¹⁰ Le législateur africain dans le cadre du projet d'amendement de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif entend modifier la condition du règlement préventif en exigeant que le débiteur justifie de difficultés économiques ou financières sérieuses. Voir Présentation des avant-projets d'amendements à l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif de Douala au Cameroun²⁹ - 30 Mars 2012.

878. En droit français, le législateur n'a pas tenu compte des critiques acerbes ni même des divergences de positions tant de la jurisprudence que de la doctrine pour définir avec précision les critères de la prévention. Il a maintenu cette complexité en l'accentuant ce d'autant plus qu'il a créé une nouvelle procédure, la sauvegarde accélérée qui vient se greffer aux autres procédures applicables enrichissant de ce fait la boîte à outils des mécanismes de restructurations de l'entreprise défaillante. Cette nouvelle procédure est soumise par ailleurs aux mêmes conditions précédemment critiquées⁶¹¹.

879. En plus des de ces insuffisances de nature à entraver le caractère attrayant de la restructuration par voie d'anticipation s'ajoute la flexibilité du plan de restructuration qui fera l'objet des développements suivants.

⁶¹¹ LE CORRE P.M., premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficultés, recueil Dalloz, 27 mars 2014 n° 12, p. 737 n° 22.

CHAPITRE II LA FLEXIBILITE DU PLAN DE RESTRUCTURATION

880. La restructuration des entreprises défaillantes s'effectue au moyen d'un plan qui en principe doit contenir les mesures aptes à assurer la réorganisation de l'entreprise. Ce plan qui va permettre la sauvegarde de l'unité économique et partant la poursuite de l'activité économique de l'entreprise apparait comme la technique privilégiée de restructuration des entreprises en difficultés⁶¹². Le législateur soucieux de la pérennité de l'entreprise a renforcé les règles gouvernant sa formation et son exécution.

881. Ce plan n'a pas la même appellation d'un système à l'autre ainsi qu'il résulte de la confrontation des dispositions de l'article 2 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et de l'article L.620-1 du code de commerce qui respectivement précisent que : « *Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* » En outre, « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.*

La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. »

882. Si en droit français l'instrument de restructuration prend l'appellation de plan de sauvegarde, il en va différemment du droit OHADA où le terme utilisé est le concordat préventif⁶¹³. Ces deux outils ont un objectif commun, celui d'assurer la pérennisation de l'entreprise et l'apurement de son passif. Le plan de restructuration est le moyen par lequel la restructuration de l'entreprise va s'opérer et doit en conséquence contenir diverses mesures

⁶¹² BLANC G., le plan de sauvegarde, RPC 2006, n° 182.

⁶¹³ EVELAMENOU K. S., Le Concordat préventif en droit OHADA, thèse de doctorat soutenue publiquement le 18 décembre 2012 à l'université de Paris Est sous la Direction de DUPLICHOT (P).

qui devraient à moyen ou long terme permettre d'assurer la pérennité de l'entreprise. Ce plan contient plusieurs insuffisances qui permettent de conclure en sa flexibilité touchant à son élaboration.(section I). Cette flexibilité se trouve palliée par la facilitation de son exécution.(section II)

Section I l'instabilité des règles d'élaboration de l'instrument de restructuration.

883. L'élaboration du plan de restructuration s'effectue selon un processus bien déterminé par le législateur qui peut se résoudre en une double phase. Une première phase d'élaboration du projet et une seconde phase d'arrêté du plan de restructuration avec des modalités bien déterminées par le législateur.

884. Cette double phase très complexe est la première source de la flexibilité du plan de restructuration. Elle se trouve corroborée par la précarité de la phase du projet de plan.(para I) En outre, nous traiterons d'une modalité importante du plan qui en raison de son régime fait preuve d'illogisme. (para II)

Para I La précarité du projet de plan dans les deux systèmes

885. La précarité du projet de plan provient de ce que les règles fixées par le législateur pour son élaboration contiennent des incertitudes qui le rendent instable. Si en effet, dans le système OHADA c'est la souplesse des règles qui justifie cette précarité, il en va différemment du droit français où les incertitudes de la décision de restructuration financière, modalités du projet de plan en constituent le facteur.

A-La souplesse des règles de l'élaboration du projet de plan en droit OHADA

886. Les règles d'élaboration du projet de plan de restructuration, en d'autres termes l'offre de concordat préventif sont souples à l'analyse des dispositions applicables. Cette souplesse démontre le caractère altérable du projet de plan et partant sa force obligatoire limitée.

887. Deux circonstances justifient cette souplesse notamment la brièveté du délai de présentation de l'offre qui est insuffisant pour déposer ou présenter une offre de concordat viable et partant sérieuse et la diversité des mesures prévues par le législateur OHADA.

1 La brièveté des délais de l'offre de concordat préventif

888. La brièveté du délai de dépôt de l'offre de concordat demeure l'une des causes de la précarité du projet de plan. Il n'est en effet pas sûr que ce délai proposé par le législateur pour la présentation du projet soit suffisant pour des propositions concrètes de survie de l'entreprise, assorties des modalités d'apurement du passif.

889. En effet, il est imposé que l'offre de concordat préventif soit déposée en même temps que la requête introductive de la demande de restructuration ou au plus tard dans les trente jours qui suivent ce dépôt. *« En même temps que le dépôt prévu à l'article 6 ci-dessus ou au plus tard dans les 30 jours qui suivent celui-ci, le débiteur doit à peine d'irrecevabilité de sa requête déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise notamment... »*⁶¹⁴.

890. Le dépôt de l'offre de plan de restructuration est une obligation en droit OHADA. Il est imposé en vue de bénéficier de la protection du tribunal. Son recours sera déclaré irrecevable s'il ne fournit pas au moment de sa demande ou dans les 30 jours qui la suivent, l'offre de concordat préventif. L'OHADA semble, sur ce point, imprimer à l'offre de plan de restructuration une force obligatoire certaine dans la mesure où celle-ci est une condition de recevabilité de la demande en restructuration. En conséquence, si le débiteur ne fait pas de propositions dès sa demande, il ne bénéficiera pas de la restructuration sollicitée.

891. Toutefois, ce délai d'un mois pour déposer l'offre de concordat, étant entendu qu'elle n'a pas été antérieurement élaborée, peut sembler bref compte tenu des mesures qui doivent être traitées et qui doivent être jugées sérieuses avant homologation⁶¹⁵. C'est pourquoi il est suggéré à l'entreprise qui sollicite une restructuration d'élaborer les mesures bien longtemps avant de déposer sa requête. Cette solution éviterait que pour des raisons de délais sa demande ne soit rejetée.

⁶¹⁴ A.U.P.C.A.P. art. 7.

⁶¹⁵ L'article 15 alinéa 2 de l'AUPCAP deuxièmement dispose que la juridiction compétente homologue le concordat préventif s'il offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise.

892. En tout état de cause, l'offre de plan de restructuration est une condition d'ouverture du règlement préventif. Si cette injonction se rapproche de l'offre requise dans le cadre du redressement judiciaire, il reste que le délai de présentation semble court eu égard aux dispositions pratiques et techniques qu'elle doit contenir. La condition d'octroi de la restructuration étant le fait de proposer un concordat sérieux dans les délais légaux et contenant certaines mesures.

893. Pour certains auteurs⁶¹⁶, l'adoption de la situation irrémédiablement compromise comme critère aurait été plus indiquée pour éviter que pour des raisons de délai ou de qualité formelle du dossier soumis, la liquidation des biens soit ouverte. Il se peut en effet que l'entreprise puisse être sauvée mais que ses dirigeants ne parviennent pas à respecter le délai imparti pour déposer une proposition de concordat sérieux soit que celle-ci au plan technique, présente des déficiences. Dans un tel cas l'ouverture de la liquidation des biens serait un désastre économique.

894. Cette injonction démontre que la question de choix de la restructuration se pose dès l'ouverture de la décision après, le cas échéant, l'écoulement du délai de 30 jours laissé au débiteur pour présenter une offre sérieuse de concordat. Il n'y a donc pas de période d'observation comme dans la législation française pour permettre une préparation minutieuse du plan de restructuration. Cette solution paraît tout de même regrettable. Il serait souhaitable pour le législateur OHADA d'octroyer du temps nécessaire pour permettre aux dirigeants ou à l'expert de rédiger des propositions concrètes de réorganisation de l'entreprise.

895. La proposition d'amendement de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives proposées lors des travaux de Douala aurait pu constituer une aubaine pour cette innovation. Mais elle n'a pas encore été finalisée. Certes l'idée de l'instauration d'une période d'observation appelée en droit OHADA période d'évaluation a été pensée mais uniquement que pour la phase de préparation du concordat de redressement, document qui intervient pour curer la cessation des paiements.

896. Il reste que la proposition de concordat préventif doit être déposée en même temps que les documents accompagnant la requête ou au plus tard dans les trente jours qui

⁶¹⁶ SAWADOGO F.M., commentaire sous l'article 33 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Editions juriscope 2008, p.921.

suivent le dépôt des documents. À l'expiration de ce délai, l'offre n'est plus recevable. Eu égard aux questions à traiter qui doivent être jugées sérieuses, l'on peut s'interroger quant au bien-fondé d'un délai relativement si court pour déposer la proposition de concordat préventif. Cependant, comme l'a souligné un auteur⁶¹⁷, le délai d'un mois n'est pas un inconvénient, étant donné que son point de départ est l'introduction de la requête, qui n'est soumise à aucun délai. De plus, l'objectif étant d'aller le plus vite possible avant que la situation ne devienne irrémédiablement compromise, un délai trop long qui permettrait aux créanciers déjà informés de la situation du débiteur, de mettre la main sur les biens essentiels à la continuation de l'exploitation, est déconseillé⁶¹⁸.

2. l'imprécision du contenu de l'offre de concordat

897. Le concordat est l'instrument juridique permettant le sauvetage de l'entreprise par son débiteur. Celui-ci doit donc formuler des propositions concrètes pour gagner la conviction tant du tribunal que des créanciers. Il contient un certain nombre de mesures qui sont particulièrement imprécises, étant entendu qu'elles sont diverses sans hiérarchie particulière, le législateur se contenant de les énumérer sans préciser si elles sont exhaustives ou si le débiteur peut ajouter d'autres mesures. En outre, certaines mesures pour notre part, sont aux antipodes de l'esprit de la restructuration.

a- Des mesures diverses sans hiérarchie

898. Aux termes des dispositions de l'article 7 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, l'offre de concordat préventif doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment : « *Les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande de délais et de remises ; la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ; Les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision*

⁶¹⁷ SAWADOGO F. M., OHADA, droit des entreprises en difficulté, op. cit. p. 63.

⁶¹⁸ ROUSSEL-GALLE Ph., OHADA et difficultés des entreprises, op. cit. p. 19.

prévue à l'article 8 ci-dessous, ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions ; Les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail, le remplacement de dirigeants. »

899. Le débiteur doit dans le projet de concordat déterminer les mesures devant assurer le maintien et le financement de l'activité de l'entreprise (volet économique), de même que le règlement du passif antérieur au jugement d'ouverture (volet financier). L'offre doit également préciser les licenciements pour motif économique nécessaire à la survie de l'entreprise (volet social), et éventuellement les garanties indispensables pour assurer l'exécution du concordat. Enfin, la réalisation de ces mesures repose sur des engagements qu'auront souscrits certaines personnes qui vont être tenues d'exécuter le concordat : associés ou futurs associés qui doivent souscrire à une augmentation de capital en incorporant leur compte courant ou leurs créances au capital social, ou en faisant des apports nouveaux⁶¹⁹ ; cautions qui vont garantir des crédits bancaires ; dirigeants qui abandonnent leurs créances ; fournisseurs qui consentent des délais ; banques qui ouvrent des crédits nouveaux⁶²⁰ ; créanciers qui manifestent leur intention de renoncer à une partie de leurs créances⁶²¹ ; et, en cas de cession de l'entreprise, engagements du repreneur⁶²².

900. Mais l'analyse de ces mesures révèle que le législateur s'est contenté de les énumérer sans hiérarchie entre elles. Ces mesures sont-elles alternatives ou cumulatives ? le débiteur peut-il prévoir des mesures autres notamment des clauses de conversion de créances en capital ? est-il possible pour le débiteur en difficultés de prévoir certaines mesures à l'exclusion d'autres ? A priori, le législateur fait preuve d'un mutisme total.

⁶¹⁹ DERRIDA F., GODÉ P. et SORTAIS J.-P., Redressement et liquidation judiciaires..., 3ème éd., op. cit., n°431.

⁶²⁰ CALENDINI J.-M., Les crédits consentis après l'ouverture du redressement judiciaire, Banque et droit 1990, 135.

⁶²¹ Com. 29 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 157 ; D. 1990, IR, 161 : statuant sur l'abandon envisagé d'une partie de la créance dans un contexte donné, mais qui ne peut être maintenu dans un contexte différent.

⁶²² DERRIDA F., GODÉ P. et SORTAIS J.-P., Redressement et liquidation judiciaires..., 3ème éd., op. cit., n° 431.

901. Toutefois, nous pensons qu'un plan qui ne contient pas les dites mesures c'est-à-dire économique, sociale, et financière risque de ne pas gagner la « conviction du Tribunal ». En effet, la restructuration a été instituée pour permettre par la voie d'un plan la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et de l'apurement du passif. Il doit être satisfait à tous ces objectifs et pas seulement à certains d'entre eux. Un concordat préventif ne peut en conséquence avoir pour seul objet l'apurement du passif du débiteur. Il doit tendre également à la sauvegarde de l'entreprise et au maintien de l'activité et de l'emploi : il en résulte qu'une personne qui a vendu son fonds de commerce et n'exploite plus aucune activité économique doit être mis en liquidation judiciaire. Dès lors que cette condition n'est pas remplie, aucun plan ne peut être arrêté. A titre d'exemple, le plan de restructuration d'une société dont le fonds de commerce a été détruit par un incendie n'a pas été jugé viable puisqu'il reposait sur la continuation de l'entreprise pendant au moins trois ans et que celle-ci ne pouvait plus être assurée en raison de la destruction du fonds de commerce nécessaire à l'exercice de l'activité⁶²³.

902. En résumé, tel est le contenu de toute offre de concordat pour espérer bénéficier de la procédure de restructuration. Cette offre pour devenir effective doit être entérinée par le Juge dès lors qu'elle est jugée sérieuse. Qu'entendre en conséquence par sérieux du concordat. Devant le mutisme du législateur, il est évident que le juge disposera des pouvoirs d'appréciation très étendus en la matière. Il devra à cet effet s'inspirer du rapport de l'expert. Toutefois, rien ne l'oblige à se conformer à ce rapport. En somme, l'appréciation du sérieux du concordat résultera de l'intime conviction du juge. Si le concordat n'est pas sérieux, le juge pourra être amené à prononcer la liquidation des biens.

903. A titre illustratif, il a été jugé que la proposition de concordat, pour être sérieuse et gagner la conviction du tribunal, ne doit pas consister en des perspectives bien évaluées mais plutôt en des mesures concrètes et des propositions réelles tout aussi bien quant au personnel qu'aux ressources et à des remises des créanciers et délais obtenus en vue de redémarrer l'activité et apurer collectivement le passif⁶²⁴. Cette situation ne sera pas rare en pratique car la durée du délai exigé pour le dépôt du concordat n'est pas de nature à faciliter l'établissement d'un concordat sérieux par le débiteur.

⁶²³ Cass. Com., 28 mars 2000, n° 97-20, 620 Actualité proc. Coll. 2000, n° 9, n° 105.

⁶²⁴TGI Ouagadougou, n° 100 bis, 24-1-2001 : Requête des Établissements KORGO et Frères aux fins de redressement judiciaire, www.ohada.com, Ohadata J-04-182.

904. Le dispositif mis en place souffre de certaines carences de nature à l'empêcher d'atteindre son but de prévention et de résolution des difficultés des entreprises. Cette carence se trouve corroborée par certaines mesures contraires à l'esprit de la restructuration.

b-Des mesures aux antipodes de l'esprit de la restructuration préventive

905. Le concordat préventif est un « outil à anticiper »⁶²⁵ offert par la loi aux chefs d'entreprises. Seul le débiteur peut demander au président du tribunal l'ouverture de la procédure du règlement préventif lorsqu'il rencontre des difficultés économiques et financières. C'est un monopole qui lui est reconnu le rendant « maître » de la procédure.

906. Or, de la lecture des dispositions de l'article 7 précité, il s'en déduit que l'offre de concordat peut prévoir notamment la cession de l'entreprise et même le remplacement des dirigeants. Ces solutions paraissent critiquables et contraires à l'esprit de la restructuration car le règlement préventif repose sur une démarche volontaire du débiteur et ne devrait donc pas aboutir à son expropriation,⁶²⁶ de même qu'un évincement des dirigeants au titre des mesures aptes à assurer le redressement de l'entreprise.

907. Il est à craindre que cette mesure ne constitue un réel obstacle à l'effectivité même du mécanisme du concordat préventif et que l'on n'aboutisse à une situation à laquelle le législateur français s'est confronté à propos de l'article L. 622-4 du Code de Commerce⁶²⁷ et qui a dû être finalement abrogé par l'ordonnance du 18 décembre 2008, faisant du plan de sauvegarde un plan de continuation de l'activité de l'entreprise avec les mêmes dirigeants.

⁶²⁵ LE CORRE P.-M. et LE CORRE-BROLY E., *Droit du commerce et des affaires – Droit des entreprises en difficulté*, 2ème éd., Sirey, 2006, n° 71, p. 72.

⁶²⁶ SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 6ème éd., op. cit., p. 537, n° 832.

⁶²⁷ Ce texte (art. 62, loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005), disposait en son alinéa 1er : « Lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ». Il sera abrogé par l'ord. n°2008-1345 du 18 décembre 2008, entrée en vigueur le 15 février 2009, dont l'objectif est d'accroître l'attractivité de la procédure de sauvegarde. Ainsi, afin d'inciter le débiteur à y recourir, cette procédure n'a plus d'impact sur la direction de l'entreprise: les dirigeants restent en fonction et le tribunal ne peut, ni ordonner la cession forcée de leurs droits sociaux, ni interdire cette cession, contrairement à ce qui était prévu à l'alinéa 2, anc. art. L. 622-4 (SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6ème éd., op. cit., p. 536, n° 844).

908. On imagine difficilement un chef d'entreprise faire appel à la justice pour solliciter une procédure dont il sait d'avance que l'issue peut être son remplacement. L'adaptation de règles aussi énergiques à la procédure de sauvegarde suscite une certaine perplexité : les dirigeants ont eux-mêmes sollicités l'ouverture de la procédure qui tend par nature à l'élaboration du plan en sorte qu'ils devraient rarement faire obstacle à son adoption. Cette disposition a été abrogée en droit français par l'ordonnance du 18 décembre 2008 afin de renforcer l'attractivité de la sauvegarde. Comme le relève le rapport au Président de la République « désormais, le dirigeant est donc assuré de rester à la tête de son entreprise si un plan de sauvegarde est arrêté à l'issue de la période d'observation et ne risque plus une perte d'influence en tant qu'actionnaire ou associé »⁶²⁸.

909. Ainsi qu'il vient d'être démontré, le projet de plan en droit OHADA, contient certains non sens qu'il convient pour le législateur dans le cadre de la réforme de son droit de corriger. Cette proposition de réforme pour notre part, rendrait de ce fait plus attractive la procédure de concordat préventif qui demeure l'un des piliers de la restructuration de l'entreprise en difficulté.

910. Cette imperfection se trouve corroborée par des considérations purement formelles étant entendu que le législateur ne consacre que peu de dispositions à l'offre de concordat préventif et ce à la différence du droit français où le projet de plan fait l'objet d'une section particulière mais qui en tout état de cause contient des imprécisions voire des incertitudes.

B. Les incertitudes du projet de plan en droit français

911. Le projet de plan en droit français est règlementé par les dispositions des articles L. 626-2 et suivant du code de commerce qui disposent que : « *Au vu du bilan économique, social et le cas échéant, environnemental, le débiteur avec le concours de l'administrateur propose un plan, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L 622-10.*

Le projet de plan détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état de marché et des moyens de financement disponibles.

⁶²⁸ Rapport au Président de la République, op. cit., II-2, art. 53.

Il définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution. »⁶²⁹ Ce projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Lorsque le projet prévoit des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Le projet tient compte des travaux recensés par le bilan environnemental. Il recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Il indique la ou les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction. En outre, « Lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital, l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés ainsi que lorsque leur approbation est nécessaire, les assemblées spéciales mentionnées aux articles L 225- 99 et L 228-35-6 ou les assemblées générales des masses visées à l'articles L 228-103 sont convoqués dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan... »⁶³⁰

912. Le projet de plan doit comporter plusieurs volets censés permettre la restructuration de l'entreprise. Si l'énonciation du contenu du plan ainsi qu'il résulte des articles suscités concernant tant l'apurement du passif, les mesures sociales et les mesures économiques n'appellent pas de développements particuliers, il en va différemment des modalités de restructuration financière qui en raison de certaines imprécisions du législateur traduisent l'incertitude du projet de plan.

913. En effet, la modification et la reconstitution du capital social sont considérées par le législateur comme des modalités de restructuration de l'entreprise défaille ce dans la mesure où conformément à sa finalité elle va permettre d'apporter des ressources supplémentaires pour financer l'activité de l'entreprise.

⁶²⁹ C. Com. , art. L 626-2.

⁶³⁰ C. Com., art. L 626-3.

914. Or, l'analyse de ce dispositif démontre qu'il s'agit d'une décision incertaine dans la mesure où conformément à l'article précité elle est soumise au pouvoir souverain des apporteurs de capitaux (1). En outre, se pose des problématiques importantes concernant la reconstitution des capitaux propres de la société qu'il convient de développer (2).

1. Le pouvoir décisionnel des associés cause de l'incertitude

915. Si la révérence à la souveraineté des associés demeurait la source de l'incertitude, elle a été palliée par la dernière réforme du droit des entreprises en difficultés.

a- La révérence à la souveraineté des associés source de l'incertitude

916. Conformément à sa finalité de réorganisation de l'entreprise,⁶³¹ le projet de plan de sauvegarde peut prévoir des modifications statutaires de la personne morale débitrice dont de nouveaux apports en capital⁶³² et notamment la modification du capital social qui ne pouvait s'effectuer sans l'accord des associés.

917. La procédure de sauvegarde respectait la souveraineté des associés et des actionnaires, en leur laissant le pouvoir de voter les modifications statutaires nécessaires qui ne pouvaient être imposées par le tribunal, celui-ci se contentant de les mentionner dans la décision.

918. En principe, malgré la procédure de sauvegarde, les associés comme en vertu du droit des sociétés conservaient le pouvoir de décider du sort de l'entreprise puisque lorsque le projet de plan prévoyait la mise en œuvre de mesures de reconstitution du capital ou recapitalisation, ils avaient la possibilité de décider ou pas de ces mesures, et s'ils ne le souhaitaient pas, aucune contrainte ne pouvait leur être imposée. Ils étaient les maîtres de la décision de restructuration qui même si elle est nécessaire à la survie de l'entreprise ne pouvait leur être imposée par le Juge. Il avait été jugé que le tribunal n'a pas compétence pour ordonner l'augmentation du capital social de la société débitrice lorsqu'il statue sur le projet de plan en application des dispositions des articles L 626-3 et L 626-15 du code de

⁶³¹ C. com., art. L. 620-1.

⁶³² C. com., art. L. 626-15.

commerce qui indique clairement que le plan mentionne les modifications des statuts nécessaires à la réorganisation de l'entreprise. L'utilisation du verbe « mentionner » signifie qu'il ne peut ordonner la modification du capital social. Pour la cour de cassation, le jugement arrêtant le plan ne peut imposer les modifications du capital social de la société débitrice. ; celles-ci sont simplement mentionnées au plan et doivent être votées par l'assemblée compétente des associés⁶³³.

919. Mais la portée de ce respect de la souveraineté des associés et des actionnaires est assez théorique. En effet, faute d'un vote favorable des mesures de réorganisation de la personne morale, le tribunal peut rejeter le projet de plan, au risque que les difficultés de l'entreprise ne s'aggravent : le spectre d'une liquidation judiciaire pèsera en pratique sur le choix des associés ou des actionnaires. Cette menace sera souvent plus efficace que l'éventuelle sanction d'un abus de minorité : l'exercice de cette action de droit commun des sociétés n'est guère compatible avec la rapidité qui doit présider à l'adoption d'un plan, pour en assurer la viabilité.

920. En toute hypothèse, cette révérence à la souveraineté des associés démontre que le droit des procédures collectives respecte les principes du droit des sociétés. L'actionnaire propriétaire de l'entreprise est souverain et ce, même s'il a besoin de venir se mettre sous la protection du tribunal et de la loi sur les procédures collectives. Il conserve en conséquence sa puissance décisionnelle de sorte que qu'en cas de désaccord, il peut faire échec au plan de sauvegarde donc à la pérennisation de l'activité économique de l'entreprise.

921. Le droit des sociétés ne subit pas l'emprise du droit des procédures collectives et prône également une certaine conception de l'entreprise tournée vers la satisfaction des intérêts des associés. Or nous pensons que la finalité première de la restructuration est plus de maintenir l'entreprise que de protéger l'actionnaire ce d'autant plus que la lecture des objectifs de la procédure de sauvegarde révèle que c'est l'activité économique de l'entreprise qu'il convient de sauver par la restructuration.

922. En conséquence, il était important en notre sens de trouver des moyens pour contourner cette règle du droit des sociétés fortement inopérante dans le cadre de la défaillance des entreprises et constituant un frein au financement de l'entreprise en difficulté. Il était impérieux pour le législateur de trouver une passerelle, une solution alternative à cette

⁶³³ LEBEL C., note sous cass. Com 29 juill. 2013,

puissance des associés qui compromet la restructuration de l'entreprise. Cette proposition a vu le jour avec la réforme du 12 mars 2014 qui prévoit un dispositif de d'anéantissement de la super puissance des associés en l'atténuant.

b- l'atténuation de la révérence par l'atteinte aux droits des associés

923. Le dogmatisme avait conduit jusqu'alors le législateur à respecter les droits des associés. Diverses atteintes y sont portées par l'ordonnance de 2014. Tout d'abord une mineure qui consiste y compris dans la sauvegarde, à assouplir les règles d'adoption des résolutions par l'assemblée générale de relatives aux modifications statutaires⁶³⁴.

924. Mais l'innovation réside dans l'article 52 de l'ordonnance⁶³⁵ qui ajoutant un nouvel alinéa 1 prévoit que : « Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital à hauteur du minimum prévu au même article, à la place du ou des actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan »

925. Ce nouvel article qui institue une innovation a pour objet de forcer la main des associés ou actionnaires. En effet selon ce texte, à défaut de décision de restructuration financière, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan le prévoit et ce, en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan, une modification du capital social ou des cessions des parts sociales, de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital.

⁶³⁴ C. Com., art. L.626-16 -1

⁶³⁵ Voy. C.com., art. L.631-9-1. Voy. COUTURIER, droit des sociétés et droit des entreprises en difficultés, Bibl.Dr.entreprises en difficulté, t.2., LGDJ, 2013. LEGROS, le traitement des sociétés en difficultés après l'ordonnance du 12 mars 2014 dr.société juin 2011 étude 11. LUCAS X F, l'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés BJS 2014, p.403. DUMONT LEFRAND, les plans quelle place pour les actionnaires RPC 2014, dossier 20.

926. Cette disposition qui n'existe que dans le redressement judiciaire contrarie ouvertement le jeu du fonctionnement démocratique des sociétés. Elle a essentiellement pour objet de permettre le coup d'accordéon c'est-à-dire la réduction du capital immédiatement suivie dans un deuxième temps, d'une augmentation de capital souscrite par des tiers⁶³⁶.

927. Cette innovation signifie que lorsque des actionnaires se seront opposés à l'augmentation du capital nécessaire à la restauration de l'entreprise, l'administrateur pourra décider en leur lieu et place. Cette innovation révèle une atteinte au droit des sociétés et partant une violation des règles fondamentales du droit des sociétés par le droit des entreprises en difficultés.

928. Elle traduit de façon édulcorée la ligne directrice de la réforme quant à la procédure de redressement judiciaire qui, sensible sans doute à des suggestions tirées de l'analyse économique du droit⁶³⁷ et conformément aussi à l'article 2, 4°, de la loi d'habilitation n° 2014-1 du 2 janvier 2014, prévoyant des mesures assurant « une meilleure répartition des pouvoirs entre les acteurs de la procédure », tend à déplacer le rapport de forces entre les actionnaires et les créanciers, notamment les créanciers seniors, au profit de ces derniers.

929. En l'occurrence, il s'agit, grâce à la technique, bien connue du droit des sociétés, de procéder à la désignation d'un mandataire *ad hoc*, chargé de convoquer l'assemblée mais aussi de voter à la place du ou des associés ou actionnaires opposants, de permettre aux créanciers d'outrepasser le refus des associés ou actionnaires de voter une modification de capital (en pratique, une augmentation) requise par le projet de plan de restructuration. Les conditions supposent pour schématiser la preuve d'un côté de la bonne volonté des créanciers prêts à faire des efforts afin de sauver l'entreprise, de l'autre de la mauvaise volonté des actionnaires rechignant à contribuer au renflouement de la société.

930. Mais une interrogation se pose ? Cette possibilité qui se trouve dans le giron de la procédure de redressement judiciaire s'applique t'elle à la procédure de sauvegarde ? A priori, la réponse négative pourrait s'imposer étant entendu que la sauvegarde et le redressement judiciaire apparaissent comme des procédures conceptuellement différentes et

⁶³⁶ LE CANNU P, op. cit., n° 919.

⁶³⁷ Conseil d'analyse économique, Les enjeux économiques du droit des faillites, note n° 7, juin 2013 ; V. aussi VERMEILLE S. et BEZERT A., L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement, D. 2013. Chron. 2045

répondant à des critères et des modalités différentes. Toutefois étant entendu que les règles régissant le plan de sauvegarde résultant des articles L. 626-1 à L.626-35 sont applicables au plan de redressement en vertu de l'article L. 631-19 du code de commerce qui précise que : « *les dispositions du chapitre VI du titre II sont applicables au plan de redressement sous réserves de certaines dérogations touchant non seulement au contenu mais aussi au régimes des licenciements.* », cette disposition devrait s'appliquer à la procédure de sauvegarde.

931. Dès lors, bien que situé dans le giron de la procédure de redressement, le dispositif de forçage de la décision des actionnaires ou associés non conciliants s'applique également à la procédure de sauvegarde et ce, contrairement à un auteur qui dans le commentaire de la nouvelle ordonnance précise que ce dispositif n'est applicable qu'au redressement judiciaire à l'exclusion de la sauvegarde⁶³⁸.

932. En tout hypothèse, si le projet de plan induit une modification du capital mais que la reconstitution des capitaux propres prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 626-3 n'a pas été votée, le tribunal pourra recourir à une mesure comparable à celle appliquée par la jurisprudence en cas d'abus de minorité en désignant un mandataire de justice qui pourra voter à la place des associés ou actionnaires opposants la reconstitution minimale imposée par les textes.

933. Deux hypothèses sont donc envisageables. Soit l'actionnaire existant est capable de porter le projet et donc de remettre de l'argent ; dans ce cas, il ne faut pas écarter son approbation. A contrario un régime plus coercitif lui est imposé car il faut éviter au maximum qu'il soit un facteur de blocage de la restructuration de l'entreprise.

934. Par exemple, si un investisseur arrive avec la faculté d'apporter des finances pour soutenir la restructuration de l'entreprise, il faut fournir les moyens juridiques facilitateurs de cette opération en écartant par voie de conséquence le principe de la souveraineté des associés.

⁶³⁸NOTTE G., Réforme de la prévention des difficultés de l'entreprise et des procédures collectives. JCP E n° 13, 27 Mars 2014, act. 230.

935. Cette nouveauté qui s'apparente à la délégation de compétence dans le cadre des augmentations de capital, réforme phare de la loi de 2004⁶³⁹ sera importante parce qu'elle contribuera à écarter un vote des actionnaires et à augmenter la flexibilité du droit financier qui de plus en plus se rapproche des conceptions nord-américaines qui font du capital social un mode de financement parmi d'autres que les dirigeants doivent pouvoir utiliser au mieux des intérêts de la société et de ses actionnaires en vue de permettre aux sociétés d'accéder rapidement aux ressources en capitaux.

936. Toutefois, elle porte atteinte à certains principes d'ordre public classique et place pour ce qui nous concerne contrairement à certains auteurs le droit français des sociétés aux antipodes de la directive de 1976 dont l'objectif est d'assurer un minimum de protection des actionnaires. Un auteur a pu souligner que le droit français prend ses aises vis-à-vis de la deuxième directive sur le droit des sociétés⁶⁴⁰.

937. Pour notre part, cette opportunité de permettre aux investisseurs d'apporter un financement à l'entreprise défaillante pourrait être de nature à justifier le débat doctrinal qui a cours et qui tend à atténuer la notion d'actionnaire et à la scinder pour donner naissance à une nouvelle catégorie: les investisseurs ou bailleurs de fonds⁶⁴¹.

938. Cette distinction avait été déjà opérée par le professeur SCHMIDT pour lequel il fallait faire la distinction entre ceux qui participent à la gestion de la société, les actionnaires associés et ceux qui financent la société : les actionnaires investisseurs⁶⁴² car

⁶³⁹ CHABERT P Y, les augmentations de capital après l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales qui affirme que l'approche retenue par l'ordonnance est conforme aux possibilités offertes par la deuxième directive CEE du 13 décembre 1976 en son article 25.

⁶⁴⁰ GUYON Y., l'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux, Rev. Société 2001, p. 314.

⁶⁴¹ Cette notion a eu une consécration jurisprudentielle. V. MASSART T., note sous CA paris, 25^{ème} chambre., 21 Décembre 2001, BSA Bourgoin c/ CDR participations, Dr.Soc.2002, comm. N° 44.

⁶⁴² SCHIMDT D., les droits des minorités dans la société anonyme, sirey 1970, n° 12.

l'associé se distingue de l'investisseur⁶⁴³. La conséquence en est la remise en cause de l'unanime qualité d'associé d'actionnaires⁶⁴⁴.

939. Pour les auteurs de la distinction proposée, c'est l'affectio societatis critère traditionnel de la notion d'associé qui ferait défaut chez le bailleur de fond. Or cet élément psychologique serait source d'insécurité juridique puisqu'il est impossible de déterminer ab initio la présence ou non de cette volonté chez l'actionnaire.

940. Pour d'autres auteurs, la distinction ne devrait pas s'opérer car l'actionnaire et l'investisseur doivent avoir une unité de traitement juridique. Selon cette opinion doctrinale, lorsque l'entreprise a besoin de fonds, elle s'adresse à des investisseurs qui endossent l'uniforme d'obligataire ou d'actionnaire en fonction des titres achetés, partageant tous la qualité d'investisseurs. Les uns ont un droit de regard sur les affaires sociales que les autres n'ont pas. Mais cela est parfaitement cohérent avec la nature de l'investissement et n'a pas besoin d'être justifié par un affectio societatis plus symbolique que réelle.

941. Il est normal que celui qui court des risques soit informé de la gestion sociale. Cette ingérence est fondée sur le risque et non la qualité de l'emprunteur.⁶⁴⁵ Mais cette théorie est aussi critiquable car quoiqu'on le dise ; si l'affectio societatis ne doit pas être le critérium distinctif, pour autant les finalités de ces deux catégories ne sont pas similaires. D'un côté il y en a qui sont plus intéressés à la gestion de l'associé et ont un droit de regard sur la marche des affaires de la société. D'autres ne souhaitent pas participer à la gestion de la société. Leur seul intérêt est de réaliser une opération économique, un investissement.

942. En résumé, le législateur français a assoupli les règles de révérence de la souveraineté des associés concernant la modification du capital de l'entreprise ce d'autant plus qu'il prévoit que désormais un vote en lieu et place des actionnaires ou des associés est envisageable dès lors que ceux-ci se seront opposés à une décision importante nécessaire à la restructuration de l'entreprise. En effet, cette disposition qui porte atteinte aux droits des actionnaires ou des associés comporte deux conditions qui encadrent sa mise en œuvre. D'une

⁶⁴³ LUCAS F.-X., les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières LGDJ, Biblio.Dr., priv., T.283, n°292 et s., p.52.

⁶⁴⁴ 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 » RD bancaire et fin. , juil-août 2002, p. 216 et s.

⁶⁴⁵ COZIAN M. et VIANDER A, Droit des sociétés, LITEC, 10^{ème} édition, p.380, n°1089. Notons que cette remarque ne figure plus dans les éditions récentes.

part, il convient qu'une précédente assemblée convoquée pour reconstituer les capitaux propres n'ait pu procéder à cette opération. D'autre part, le projet de plan doit prévoir une modification du capital en faveur des personnes qui exécuteront le plan. Il s'agit avec cette nouvelle règle de faire contribuer les actionnaires ou associés en place à l'assainissement de la situation financière de la société. Elle se matérialise par la désignation d'un mandataire qui doit en premier lieu convoquer l'assemblée générale l'ordre du jour devant être similaire à celui de l'assemblée précédente. En second lieu, il doit voter la reconstitution du capital en lieu et place du ou des actionnaires ou associés opposants. La notion d'opposant est délicate à appréhender. Comment la caractériser ? s'agit-il d'une opposition au vote ou d'une absence de participation à l'assemblée ? L'absence de l'associé ne peut constituer ipso facto une opposition le privant de son droit de vote. Il faudra établir que cette absence caractérise réellement une opposition. Lorsque l'opposition est caractérisée, le mandataire vote la reconstitution du capital qui est présumée dans l'intérêt de la société. Si elle doit se réaliser par coup d'accordéon qui n'a pas pu être réalisé lors de la première assemblée, le mandataire pourra voter cette décision à la place des opposants.

943. Mais il convient de noter qu'en dépit de cette mesure, il existe une controverse quant à la reconstitution des capitaux

2-La controverse du moment de la reconstitution des capitaux de l'entreprise

944. La controverse du moment de la restructuration résulte de la formulation du législateur qui dispose que : « Si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée générale est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan. Les engagements pris par les actionnaires ou associés ou par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans leur exécution à l'acceptation du plan par le tribunal. »⁶⁴⁶.

945. Cette reconstitution importante pose une problématique notamment celle de savoir si elle conditionne la décision du juge à intervenir. En d'autres termes, tel que libellé, l'article signifierait-il que l'obligation de reconstituer les capitaux propres de la société est un

⁶⁴⁶ C.Com., art. L.626.3 alinéa 2.

préalable à l'adoption du plan par le tribunal ? Les textes étant a priori muets, la question divise la doctrine et la jurisprudence. Pour certains auteurs sans reconstitution des capitaux le plan ne sera pas adopté (b). Pour d'autres, la décision d'adoption du plan de restructuration n'est pas liée à la reconstitution des capitaux propres (c). Pour répondre à cette interrogation, une présentation du dispositif s'impose.(a)

a. Une obligation nouvelle en droit français

946. L'obligation de reconstituer les capitaux propres de l'entreprise en difficulté est une innovation et traduit une sorte de révolution du droit français. En effet, si le dispositif de reconstitution des capitaux propres était une obligation à peine de disparition de la société⁶⁴⁷, il n'était pas applicable aux entreprises en difficulté qui n'étaient pas tenues de reconstituer leurs capitaux propres même si les documents comptables laissaient apparaître la sous capitalisation. L'alinéa 5 de l'article L.225-248 du code de commerce disposant à cet effet que : « *les dispositions de reconstitution des capitaux propres ne sont pas applicables aux sociétés en redressement judiciaire ou qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ». Cette solution trouvait sa justification dans le fait que les mesures de reconstitution des capitaux propres étaient à elle seules insuffisantes pour juguler les difficultés de l'entreprise qui avait besoin d'un traitement plus énergique. Les mesures de reconstitution étaient jugées inutiles dès l'instant qu'était déjà ouverte une procédure collective.

947. Cette situation paraissait illogique car il était inconcevable qu'une société soumise à une procédure collective a fortiori lorsqu'elle en est sortie et a bénéficié d'un plan puisse rester sous capitalisée ou plus exactement dotée de capitaux propres entamés. On aurait pu penser que le meilleur moyen de sauvegarder cette société est de s'assurer qu'elle dispose de fonds propres suffisants pour exercer son activité et qu'il n'est donc pas très opportun d'affranchir la société de l'obligation d'avoir des capitaux propres représentant au minimum la moitié de son capital social.

948. C'est la raison pour laquelle, le législateur a écarté cette obligation et intégré le dispositif de reconstitution des capitaux propres de la société aux entreprises en difficultés par

⁶⁴⁷ C. Com., art. L.225-248 alinéa 1, Voy. LEBANC (H.), la reconstitution des capitaux propres : Dr sociétés 1992, actes pratiques.7.

l'établissement d'une meilleure concordance entre le droit commun des sociétés et le droit des procédures collectives.

949. Ainsi parmi les mesures de restructuration de l'entreprise, figurent le dispositif de recapitalisation. Une entreprise en difficulté ne peut facilement se relever sans l'apport de capitaux frais⁶⁴⁸. L'augmentation de capital constitue pour une entreprise en difficulté l'un des moyens de se procurer des ressources sans avoir la charge de l'emprunt⁶⁴⁹. A l'avenir si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, des dispositions doivent être prises pour reconstituer les fonds propres. Il est donc possible de prévoir une reconstitution des capitaux donc la restructuration financière de l'entreprise en difficultés.

950. En pareille circonstance, même lorsque le projet de plan ne l'aura pas prévu, l'obligation de reconstituer les capitaux propres de l'entreprise pourra s'imposer aux associés en vertu de la loi non pas par application des dispositions des articles L.223-42 et L.225-48 qui sont inapplicables pendant toute la période d'observation et le demeurent lors de l'adoption du plan et pendant son exécution mais en vertu des dispositions spéciales du livre VI du code de commerce relatives aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

951. Cette solution a été entérinée par la jurisprudence qui a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer que si l'article L.225-248 est inapplicable aux sociétés en procédure collective ce n'est qu'en l'absence de toute mention d'une obligation de reconstitution des fonds propres dans le jugement arrêtant le plan⁶⁵⁰.

952. En définitive, peuvent être prévues dans le projet de plan, des clauses de reconstitution des capitaux propres⁶⁵¹ qui ont pour but d'apurer les pertes constatées dans les états financiers de l'entreprise. Mais le moment où elle intervient pose un problème juridique important qui met en rapport plusieurs thèses qu'il convient d'élucider.

⁶⁴⁸ CALENDINI J.M., « le régime juridique des sociétés commerciales en redressement judiciaire ou en liquidation des biens recherche sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives TH RONEO PARIS 1983.

⁶⁴⁹ HAEHL J.P., les techniques de renflouement des entreprises en difficultés Litec 1981, n°71.

⁶⁵⁰ C.A. Versailles 13 juin 2002 JCP E 2002, p.1992.

⁶⁵¹ C.Com., art. L.626-15.

b. les différentes thèses en présence

953. La question qui se pose est de savoir si l'obligation de reconstitution des capitaux est un préalable à la décision du Tribunal. Les textes étant a priori muets la question divise la doctrine et la jurisprudence. Pour certains auteurs sans reconstitution des capitaux le plan ne sera pas adopté. Pour d'autres, la décision d'adoption du plan de restructuration n'est pas liée à la reconstitution des capitaux propres.

b.1 Thèse de l'obligation de reconstituer les capitaux avant la décision d'adoption du plan

954. Pour les tenants de cette thèse, le tribunal ne peut adopter un plan si les capitaux propres n'ont pas été restructurés. Certaines juridictions font sur ce point, preuve d'une grande sévérité dans leurs décisions à intervenir sur le plan⁶⁵². Ainsi, Le tribunal de grande instance de BETHUNE a le premier affirmé que si les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social et qu'il n'y a pas eu reconstitution ou engagement de reconstitution, le plan de continuation ne peut être arrêté⁶⁵³.

955. Le principe qui anime cette interprétation est évident : aucun redressement ne se conçoit sans un assainissement de la situation financière de la société qui passe par la reconstitution des fonds propres. Dès lors que l'entreprise ne peut pas reconstituer ses capitaux propres, un plan de continuation ne peut être adopté puisque de toute façon en l'absence de cette mesure, le redressement de l'entreprise est compromis voire manifestement impossible. Cette position du juge est pour ce qui nous concerne critiquable ce d'autant plus que l'objectif de la procédure collective est d'assurer la pérennité de l'entreprise. Or refuser d'adopter un plan qui contient des mesures sérieuses et viables aux motifs que les capitaux propres n'auraient pas été reconstitués serait préjudiciable non seulement à l'entreprise qui disparaîtra, mais pour les autres intérêts en présence dans l'entreprise. Les chances de maintien d'une telle entreprise seront compromises parce que ses capitaux n'ont pas été reconstitués. Une telle position est controversée par une autre partie de la doctrine et de la jurisprudence pour laquelle il n'est pas fait obligation de procéder à la reconstitution des capitaux propres.

⁶⁵² MARTIN-SERF A., « redressement et liquidation judiciaires des entreprises ; effet à l'égard de la personne morale » JCL Sociétés Fasc 41-45, n° 39.

⁶⁵³ SOINNE B., obs sous TGI Béthune 26 septembre 1986, R.P.C 1987, n° 2 p.51.

b.2 le caractère non obligatoire de l'obligation de reconstituer les capitaux propres

956. Pour les tenants de cette position, la finalité du système instauré dans le cadre des difficultés de l'entreprise est d'accroître les chances de redressement de l'entreprise. Or, il est banal de rappeler que les entreprises en procédure collective ont dans la plupart des cas non seulement perdu la totalité de leur capital social mais souffrent en outre d'une insuffisance d'actifs très importante.

957. Exiger la reconstitution des capitaux propres de ces entreprises au plus tard lors de l'arrêté du plan signifierait une mort certaine pour nombre d'entre elles. La juridiction peut arrêter le plan de continuation en dépit de l'absence de reconstitution du capital pendant la période d'observation⁶⁵⁴. Il semble admissible et même souhaitable dans une perspective réaliste que la reconstitution des fonds propres puisse s'effectuer dans le cadre même du plan de continuation. Cette position est partagée par la majorité des auteurs.

958. Mais dans la mesure où en vertu de l'alinéa 3 de cet article, les engagements pris par les actionnaires ou associés par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans leur exécution à l'acceptation du plan par le Tribunal, il est logique de considérer que ces engagements de reconstituer les capitaux propres doivent avoir été pris avant l'acceptation du plan par le Tribunal. La position d'une partie des juges du fond qui tend à subordonner l'adoption du plan de continuation à la reconstitution des capitaux propres n'est donc pas dénuée de sens.

959. Cette controverse a amené un éminent auteur à tirer les analyses suivantes. Ainsi pour le Professeur ALAIN VIANDER: Si le plan comporte une modification du capital social, l'assemblée doit être convoquée et si nécessaire, les capitaux propres doivent être reconstitués. Si le plan ne comporte aucune modification du capital malgré l'insuffisance des capitaux propres, le tribunal peut néanmoins approuver le plan de redressement s'il estime que les chances de celui-ci sont réelles, même sans reconstitution des capitaux propres. Il peut au contraire considérer que l'assainissement de la situation financière est une condition *synequa non* du redressement durable de l'entreprise et rejeter le plan.

⁶⁵⁴ SOINNE (B), Traité des procédures collectives, précité. n° 1501.

960. Du point de vue de cet éminent auteur, toute latitude est donc laissée au Tribunal qui peut selon les circonstances, décider ou non de la nécessité de reconstituer les capitaux propres⁶⁵⁵. On peut alors résumer le raisonnement tenu de la manière suivante en fusionnant en quelque sorte les deux premiers alinéas de l'article précité. La reconstitution des capitaux propres n'est indispensable pour l'adoption du plan de continuation que si l'administrateur envisage de proposer au tribunal un plan de continuation prévoyant une modification du capital.

961. Mais selon un autre auteur⁶⁵⁶, il n'est pas certain que cette audacieuse interprétation soit conforme à la lettre du texte. Ne vaudrait-il pas mieux lire cet article dans l'autre sens : l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer les capitaux propres mais l'administrateur peut, dans le plan de continuation, également proposer une modification supplémentaire à la reconstitution des capitaux propres comme l'exprime cet auteur⁶⁵⁷. Le prix de la continuation se chiffre au moins à la moitié du capital dans le cas envisagé par l'article suscit. La reconstitution des capitaux propres serait donc dans cette optique une étape préalable à une éventuelle modification du capital social. Cette interprétation apparaît selon l'auteur un peu plus proche des textes.

962. Pour ce qui nous concerne, cette position est celle qu'a voulu traduire le législateur. En effet, l'article suscit est assez explicite. En disposant *que l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer les capitaux* et ensuite le juge pourra adopter le plan, le législateur a voulu montrer que la reconstitution des capitaux propres de l'entreprise est une obligation voir le préalable à toute décision d'adoption du plan de redressement. Dès lors, si cette reconstitution n'est pas opérée, le juge doit refuser d'entériner le plan puisque les chances de redressement de l'entreprise peuvent s'avérer compromises. En pratique, cette reconstitution des capitaux propres pourra s'effectuer pendant la période d'observation dont la durée⁶⁵⁸ peut constituer une aubaine pour la mise en œuvre de cette mesure.

⁶⁵⁵ PETEL (P), plan de continuation et restructuration du capital PUAM 1994, p.41.

⁶⁵⁶ SYLVESTRE-TOUVIN (S), le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital social, PRESSE UNIVERSITAIRE D'AIX MARSEILLE 2003, n°74,p.137.

⁶⁵⁷ MARTIN S. art. précité, n° 33.

⁶⁵⁸ C.Com., art. L.621-3 alinéa 1 « le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur ou du ministère public... »

963. Il faut en déduire que la reconstitution des capitaux est un préalable à la décision d'adoption du plan sans laquelle aucun redressement n'est possible et sans laquelle, le juge ne peut conclure au caractère sérieux du plan. Mais il s'agit d'une obligation à portée limitée dont le moment en cas de procédure collective doit être précisée.

En effet, si la reconstitution des capitaux ainsi qu'il vient d'être démontré semble être une obligation à respecter à peine de non adoption du plan par le Tribunal, il semble qu'elle n'a pas la même portée que les dispositions du droit commun.

964. Cette obligation est restreinte dans la mesure où elle doit être prévue par le plan et elle doit être entérinée par les actionnaires⁶⁵⁹. Dès lors, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette obligation légale de reconstituer les capitaux propres de la société à l'occasion de l'adoption de son plan et bien comprendre qu'elle a une portée plus réduite que celles des articles L.223-42 et L.225-248.

965. En effet, lorsque l'alinéa 1 de l'article L.626-3 précité dispose que : lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital, il faut comprendre que c'est seulement dans une telle situation que cet article L.626-3 fera naître des obligations à la charge de la société et de ses associés c'est-à-dire fera injonction aux associés de reconstituer les capitaux propres de l'entreprise. A contrario, lorsque le projet de plan n'aura prévu aucune modification du capital, il ne sera pas obligatoire de reconstituer les capitaux propres de la société qui pourraient demeurer à un niveau inférieur à la moitié du capital social. Cette perspective pour notre part apparaît théorique, car l'on imagine mal que le Tribunal adopte un plan au bénéfice d'une société sans prévoir de modification de son capital et sans se préoccuper de la reconstitution de ses fonds propres. Il nous semble toutefois possible de considérer qu'un plan doit pouvoir être adopté au bénéfice d'une société ayant perdu une partie de ses capitaux propres, le Tribunal faisant le pari de leur reconstitution par l'effet de l'exécution du plan⁶⁶⁰. Enfin, lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital, l'article L.626-3 impose qu'elle soit décidée par l'organe compétent, c'est-à-dire par l'assemblée générale extraordinaire ou par l'assemblée des associés. Autrement dit, bien que les dispositions du plan arrêté par le Tribunal soient opposables à tous la modification du

⁶⁵⁹ Il convient de noter que le pouvoir des actionnaires ou des associés a pris un coup dans l'aile par la réforme de 2014, dans la mesure où même si les actionnaires décident de ne pas entériner le projet de reconstitution, l'administrateur judiciaire peut le faire en leurs lieu et place.

⁶⁶⁰ SOINNE B., note sous C.A. Douai, 21 avril 1988, RPC 1988, p.313.

capital qu'il peut envisager ne pourra pas résulter du plan lui-même mais devra être décidée par l'organe compétent, à savoir l'assemblée des associés selon la forme considérée.

966. En résumé, la reconstitution des capitaux propres est désormais un impératif en droit français dans la mesure où comme il vient d'être démontré il est inadmissible de laisser une entreprise sous capitalisée. Cependant contrairement au législateur français, le législateur OHADA n'a prévu aucun dispositif de reconstitution des capitaux propres pour les entreprises défaillantes.

967. Ce dispositif ne l'est que pour les entreprises qui ne sont ni en redressement judiciaire ni en liquidation des biens. En effet, les articles 664 et 669 et suivant de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE disposent que : *« si du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société sont inférieurs à la moitié du capital social, le Gérant ou le cas échéant, le commissaire aux comptes doit dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider si la dissolution anticipée de la société a lieu. Les dispositions desdits articles sont inapplicables pour les sociétés en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. »*

968. C'est dire que si les documents comptables de la société font apparaître que les capitaux propres de la société sont devenus inférieurs à moitié du capital social, il faut prendre des mesures pour les reconstituer. A défaut, l'entreprise sera liquidée. Mais cette solution ne s'applique pas aux entreprises en procédures collectives qui peuvent avoir des capitaux propres négatifs. En outre, le droit OHADA ne prévoit pas la modification du capital social comme une mesure de restructuration de l'entreprise défaillante. Elle le prévoit à titre de garantie de la restructuration car l'article 7 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives dispose que : *« Les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister notamment en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par les nouveaux associés. »* Il résulte que la modification du capital demeure une garantie d'exécution des autres modalités de restructuration fixées par le législateur.

Para II La spécificité du plan de cession

969. Le droit français tout comme le droit OHADA prévoit que la restructuration de l'entreprise peut s'opérer au moyen de sa cession. Il est prévu au titre des modalités du plan de restructuration que celui-ci peut se terminer par la cession de l'entreprise au profit d'une tierce personne dans l'objectif d'en assurer la pérennisation voire la réorganisation. Cette modalité est subsidiaire⁶⁶¹ car elle s'adjoit nécessairement au plan principal de restructuration dont elle est une alternative.

970. Si cette modalité en droit Français avant la réforme de la loi de sauvegarde de 2005 était une solution du redressement judiciaire et a été délocalisée à l'issue de la loi de sauvegarde au titre des dispositions traitant de la liquidation judiciaire, elle est traitée en droit OHADA dans les dispositions qui régissent l'offre de concordat⁶⁶², l'offre de concordat comportant cession partielle d'actif ainsi que les dispositions applicables à la liquidation des biens. Cette pluralité va poser un problème important de conception: *« Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvagée, le Tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation. Ce plan de sauvegarde comporte s'il ya lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. Les cessions faites en application du présent article sont soumises aux dispositions de la section I du titre IV et à l'article L 642 22, ... »*.⁶⁶³

En outre, *« L'offre de concordat doit préciser les conditions et mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise. Notamment, les modalités de continuation de l'entreprise telle que les demande de délais et de remise, la cession partielle d'actif, la cession de la totalité de l'entreprise. »*⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Sur ce caractère subsidiaire de la cession en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire : PEROCHON F. et BONHOMME R., Entreprises en difficulté - Instruments de paiement et de crédit : LGDJ, 7e éd. 2006, n° 327 et n° 403 ; LE CORRE P.-M., Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz, 3e éd. 2006, n° 530-09.

⁶⁶² Concordat préventif article 7 de l'A.U. P.C.A.P. et article 27 de l'A.U. P.C.A.P.

⁶⁶³ C. Com., art. L. 626 -1.

⁶⁶⁴ A.U. P.C.A.P. art. 7.

971. Ce plan de cession, modalité de restructuration de l'entreprise en dépit de sa très grande utilité dans la réorganisation, contient toutefois des imperfections qui permettent de conclure qu'il est paradoxal ; ce en raison de son ambivalence qui est source d'insécurité juridique.

A-L'ambivalence du plan de cession de l'entreprise

972. Le plan de cession est ambivalent dans les deux systèmes juridiques étant entendu que désormais il a un double sens lié à sa double nature. Tantôt, il apparaît comme une technique liquidative de l'entreprise défaillante, tantôt il apparaît comme un instrument au service du maintien de l'entreprise⁶⁶⁵. Cette double nature⁶⁶⁶ du plan de cession divise la doctrine et est le fruit d'une évolution.

1-Le caractère liquidatif du plan de cession

973. Le plan de cession selon cette acception est une technique liquidative de l'entreprise.⁶⁶⁷ Pour le Professeur PETEL, affirmer que le plan de cession est une mesure de redressement serait un leurre car en réalité lorsqu'un plan de cession est adopté, le débiteur se trouve dans une situation identique à celle qui résulte d'une liquidation judiciaire car les actifs affectés à l'entreprise sortent de son patrimoine et la suite de la procédure consiste à distribuer le prix de la cession et à liquider les actifs non résiduels contenus dans le plan⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Sur l'ambiguïté du plan de cession en cas de liquidation judiciaire : SAINT-ALARY-HOUIN C., Droit des entreprises en difficulté : Montchrestien, 9e éd. 2014, n° 1238.

⁶⁶⁶ Sur la nature juridique du plan de cession, DERRIDA F. et AMALVY A., Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement, D. 1988, chron. 208 ; SAINT-ALARY-HOUIN C., Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté, Mélanges Cl. Champaud, D. 1997, p. 539 ; DERRIDA F., SORTAIS J.-P. et GODE P., avec la collaboration d'A. Honorat, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 3^e éd., p. 323, n° 449 ; P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz action, n° 54.21; C. Saint-Alary-Houin, ouvr. préc. p. 600, n° 917-1.

⁶⁶⁷ DEHARVENG J., le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue de la procédure D.2006, p. 1047, spéc.p.1048.

⁶⁶⁸ PETEL (Ph), « loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et décret n° 2005-11677 du 28 décembre 2005 ; JCL Commercial procédures collectives, fasc. 2151, 2006, n° 46. D'autres membres éminents de la doctrine s'inscrivent dans ce courant. Ainsi la loi de sauvegarde des entreprises met fin à un malentendu selon le professeur CHAPUT : qui aurait pu croire que la cession était une transmission d'entreprise, actif et passif indissolublement liés ? elle est une cession d'actifs CHAPUT Y., une nouvelle

974. Le plan de cession serait donc en droit positif une technique liquidative : la logique de la nouvelle architecture voudrait que la liquidation judiciaire soit le cadre référent pour adopter un plan de cession⁶⁶⁹ et la procédure dans laquelle le plan de cession trouve droit de cité.⁶⁷⁰

975. Cette position est celle du droit OHADA également qui reconnaît à la suite de la loi française de 1985 que la cession d'actifs en bloc peut constituer une solution heureuse de la procédure sous certaines garanties qui peut concerner un certain nombre de bien corporel et incorporel.

976. Mais pour la doctrine OHADA, cette conception doit être limitée en ce sens que si la cession est possible, elle ne devrait être que partielle car la cession globale⁶⁷¹ de l'entreprise est réservée à la liquidation des biens. En conséquence, seul le plan de cession partielle devrait être vu comme une mesure de restructuration⁶⁷² à l'exclusion de la cession totale et globale qui est traitée comme une mesure de liquidation insusceptible de restructurer l'entreprise en difficulté.

977. Pour les dits auteurs cette solution se justifie par le fait que l'article 131 relatif aux solutions de survie de l'entreprise donc de restructuration ne parle que de cession partielle et la cession globale est traitée dans les dispositions relatives à la liquidation notamment l'article 160 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

architecture du droit français des procédures collectives JCP G 2005, I, spéc. p.2102. Citons également Mme le professeur PEROCHON selon laquelle « la cession même lorsqu'elle était affublée du nom de plan de redressement n'a jamais constitué une voie de redressement et son nouveau rattachement à la liquidation est beaucoup plus conforme à la réalité patrimoniale.

⁶⁶⁹ DAMMAN R., la situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvegarde en entreprise, banques et droit, sept oct 2005 spéc. P.18.

⁶⁷⁰ SOINNEB., problématique de la nouvelle cession d'entreprise RPC 2006, p.328, n° 27.

⁶⁷¹ SAWADOGO F.M., commentaire sous art. 131 in OHADA, traité et actes uniformes commentée et annotés, JURISCOPE 2008, p. 987.

⁶⁷² Art. 131 alinéa 1 précité « Lorsque le concordat comporte une des offres de cession partielle d'actif, le délai prévu à l'article 122 alinéa 1^{er} ci-dessus pour la convocation de l'assemblée concordataire est de un mois.

978. Toutefois, pour notre part, cette limite est injustifiée et nous pensons que la cession d'entreprise en droit OHADA qu'elle soit totale ou partielle est une véritable mesure de restructuration de l'entreprise en difficultés économiques et financières. Le plan de cession qu'il soit global ou partiel est considéré comme une véritable mesure de restructuration de l'entreprise en difficultés. En effet, même si la cession globale est utilisée en cas de liquidation des biens, il n'en demeure pas moins que les articles 7 et 27 de l'acte uniforme précité affirme de manière précise que l'offre de concordat donc de plan de restructuration doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise notamment « *Les modalités de continuation... la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder, la cession ou la location gérance d'une branche d'activité formant un fond de commerce, la cession ou la location gérance de la totalité de l'entreprise sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres.* ». Mieux l'article 131 de l'acte uniforme qui sert de justificatif à la limitation traite également de la cession de l'entreprise sans préciser s'il s'agit d'une cession globale ou partielle.

979. C'est dire qu'aussi bien la cession totale que la cession partielle devrait être considérée comme des modalités de restructuration de l'entreprise en difficulté. En tout état de cause nous pensons que la cession globale de l'entreprise présenterait un intérêt pour l'entreprise notamment si le débiteur fait preuve d'incompétence ou d'incurie. L'important étant de sauver l'entreprise et non l'entrepreneur, il sera du reste rare qu'une cession partielle dégage un prix suffisant pour éponger le passif de façon significative. L'admission d'un plan de restructuration comportant cession globale de l'actif ou de l'entreprise peut de ce fait être recommandée dans la perspective d'un amendement de l'acte uniforme ce ci dans le but de lever l'équivoque sur la nature du plan de cession.

2-Le plan de cession instrument de restructuration

980. Pour les tenants de cette acception, le plan de cession n'est pas une technique liquidative mais demeure après la réforme du 26 juillet 2005, une technique de restructuration de l'entreprise défaillante. Les tenants de cette thèse affirment que le plan de cession n'a pas pour seul objectif de désintéresser les créanciers grâce à la vente globale d'un ensemble de biens du débiteur. Il est une opération globale, comportant des volets économiques social et financier, le législateur lui ayant assigné pour but le maintien d'activités susceptibles

d'exploitation autonome.⁶⁷³ En conséquence, selon cette partie de la doctrine, le plan de cession demeure substantiellement une mesure de restructuration donc de continuation de l'activité de l'entreprise alors même qu'il est aujourd'hui intégré dans le giron de la procédure de liquidation judiciaire⁶⁷⁴.

981. Si pour les tenants de cette thèse le fait que le plan de cession ait été logé dans la partie relative à la liquidation n'altère en rien sa nature étant entendu qu'il demeure une mesure de continuation, nous pensons que cette analyse doit être relativisée. Ce qui nous amène à dire que le plan de cession issu de la loi de sauvegarde ne doit pas être considéré comme une technique à part entière de liquidation donc de disparition de l'entreprise mais demeure une technique juridique particulière de restructuration de l'entreprise en difficulté qui opère par transfert à une tierce personne.

982. Il (le plan de cession) est une mesure de restructuration de type particulier qui n'entraîne pas la disparition de l'entreprise mais le transfert de propriété de l'entreprise défaillante. Cette solution en notre sens trouve son fondement dans la délocalisation opérée par le législateur qui traite dorénavant du plan de cession dans les dispositions sur la liquidation judiciaire ; mais elle n'est pas exempte de critiques. En effet, certes si le plan de cession est traité dans la dite section, il n'en demeure pas moins que ses objectifs sont claires à savoir assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif finalité qu'elle partage ou emprunte avec la restructuration proprement dite⁶⁷⁵. Ce qui amène une partie de la doctrine à l'entrevoir comme une mesure de restructuration de l'entreprise en difficultés.

983. En résumé, il convient de préciser que la cession, modalité de restructuration est hybride dans les deux législations. Tantôt appréhendé comme une liquidation, tantôt vue comme une restructuration. Tout dépend de la procédure utilisée. Le plan de cession n'est pas une mesure de liquidation ni une mesure de restructuration dans le sens d'une continuation mais il s'agit d'une mesure visant à exproprier le débiteur en difficulté propriétaire de

⁶⁷³ HENRY L.C., le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises ; Gaz. Pal. 7-8 septembre 2005, p.39, spéc. N° 1.

⁶⁷⁴ COQUELET M.L, le plan de cession a-t-il changé RPC 2006, p.188.

⁶⁷⁵ L'article L620-1 alinéa 1 du code de commerce dispose que cette procédure est destinées à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

l'entreprise dans le but de maintenir l'activité de l'entreprise et apurer par l'intermédiaire d'une tierce personne : le repreneur.

984. Il s'agit en l'occurrence d'une mesure hybride à mi chemin entre la restructuration à travers les premiers objectifs qu'il vise à savoir le maintien de l'activité de l'entreprise et la liquidation parce qu'il est non seulement logé dans les dispositions traitant de cette procédure et a pour objet l'apurement du passif.

985. Cette nature hybride découle de la modification de la vision restrictive qu'a opérée le législateur de 2004 à la liquidation judiciaire. Si antérieurement elle était orientée essentiellement vers la satisfaction des créanciers, même si l'objectif de sauvetage de l'entreprise n'était pas complètement absent, aujourd'hui la liquidation judiciaire vise tout autre chose.

986. En effet, la réforme de la loi du 26 juillet 2005 a été tout d'abord l'occasion d'enrichir le régime juridique du plan de cession dans le but de renforcer la transparence. Sa délocalisation illustre un changement dans l'appréhension de la liquidation judiciaire⁶⁷⁶. Le redressement judiciaire et la liquidation se voit attribuer un sens nouveau. Le redressement d'une entreprise en difficulté vise essentiellement aujourd'hui à maintenir l'activité sous la gestion du débiteur et donc au sein de son patrimoine⁶⁷⁷. Cette assertion justifie, l'exposé des motifs du projet de loi qui souligne que la sauvegarde de même que le redressement sont les seules procédures utiles lorsque le débiteur peut poursuivre lui-même son activité⁶⁷⁸.

987. Cette acception nouvelle du redressement judiciaire conduit par ricochet à un renouvellement de la notion même de liquidation qui accède à l'autonomie. La liquidation judiciaire n'est plus inféodée à l'impératif d'apurement du passif car elle n'est plus synonyme de disparition de l'entreprise⁶⁷⁹. L'intégration du plan de cession en son sein lui confère une finalité nouvelle : réorganiser l'entreprise dans le but de permettre le maintien de l'activité et de l'emploi ainsi que l'apurement du passif par la réalisation du patrimoine du débiteur manifestement dans l'impossibilité d'assurer lui-même la continuation de l'entreprise.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ SENECHAL JP, la réforme de la liquidation judiciaire, LPA 10 juin 2004, p. 43.

⁶⁷⁷ PETEL (PH). Procédures collectives Dalloz, Coll. Cours, 4^{ème} édition 2005, n° 254 et s

⁶⁷⁸ Projet de loi n° 1596, sauvegarde des entreprises Doc.AN, mai 2004, p.4.

⁶⁷⁹ SENECHAL JP, op.cit. p.43 -44.

⁶⁸⁰ C.Com., art . L.640- alinéa 1^{ER} et L.642 -1.

988. La liquidation a aujourd'hui un sens totalement différent. Elle reste comme par le passé, le constat de l'échec mais celui d'un homme le débiteur manifestement incapable de continuer à présider aux destinées de l'entreprise qu'il a créée. Mais la liquidation est dans le même temps prometteur d'avenir : l'entreprise peut perdurer sous la direction d'un autre à savoir un tiers capable de garantir la continuité de l'exploitation. La rupture entre l'homme et l'entreprise est définitivement scellée.

989. Ce changement sémantique n'altère en rien la nature et les finalités du plan de cession. Ce dernier apparaît, tout au contraire dans toute sa dimension d'acte chirurgical décrite par Madame le professeur PEROCHON sous l'empire de la loi de 1985. En effet, si le redressement judiciaire tend véritablement aujourd'hui à guérir le patient, la cession cherche la survie d'organes sains greffées sur un meilleur porteur le cessionnaire⁶⁸¹

990. En résumé il est à noter que cette nouvelle vision du plan de cession de l'entreprise découle de la clarification des procédures par le législateur. Le redressement a pour unique objectif la continuation de l'entreprise, tandis que la liquidation consiste à céder le patrimoine du débiteur, de façon globale ou séparée, afin d'apurer son passif, mais pas nécessairement en faisant disparaître l'entreprise elle-même.

991. En tout état de cause, placer le plan de cession globale de l'entreprise dans la phase liquidative permet de bien distinguer entre le patrimoine du propriétaire de l'entreprise, qui supporte les conséquences de l'échec, et l'entreprise elle-même dont l'activité peut se poursuivre sous d'autres forme, avec d'autres propriétaires et d'autres dirigeants, tout en conservant, pour mener cette activité, tout ou partie de l'emploi.

992. Il convient d de remarquer que la polyvalence du plan de cession revêt un caractère de prime abord singulier voire paradoxal. Comment en effet justifier qu'un plan de cession puisse constituer, *selon la nature de la procédure à l'occasion de laquelle il est arrêté* : tantôt une mesure au service de la liquidation du patrimoine du débiteur ; tantôt une mesure au service de son redressement, tantôt enfin une mesure de nature à permettre la réorganisation de son activité. Ce paradoxe trouve cependant rapidement sa solution si l'on s'attache à la définition des objectifs assignés au plan de cession. Le plan de cession a pour fonction d'« *assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou*

⁶⁸¹ PEROCHON F. et BONHOMME R., entreprises en difficultés, instruments de crédits et de paiement, LGDJ , 9ème édition 2003, N° 1163.

partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif ». Force est ici de conclure que si le plan de cession a conservé les mêmes fonctions qu'hier, rien n'interdit alors son adoption aujourd'hui :

- *soit, à l'occasion d'une procédure de redressement judiciaire puisque cette procédure est « destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».*
- *soit, lors d'une procédure de sauvegarde car celle-ci a pour objet de « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».*

993. Cette identité de finalités fait la preuve, qu'aucune mutation fonctionnelle du plan de cession n'est intervenue⁶⁸² et que comme par le passé, il demeure un instrument au service du maintien de l'entreprise en difficulté ; ce qui lui permet dès lors de se fondre techniquement, et sans difficulté aucune dans les procédures de restructuration (sauvegarde et règlement préventif) et, de contribuer en raison des objectifs qui lui sont propres, au succès de celles-ci. La polyvalence nouvelle, telle que voulue par le législateur, n'a donc rien de paradoxal. Toutefois, elle est source d'insécurité juridique en notre sens.

B- Une polyvalence source d'insécurité juridique

994. La polyvalence du plan de cession est source d'insécurité juridique dans la mesure où elle va entamer considérablement la restructuration de l'entreprise en la transmutant en une procédure d'une autre catégorie et en allant contre le principe de l'interdiction de la cession totale de l'entreprise dans le cadre des procédures de restructuration.

1 -Une modalité antinomique au principe de la restructuration proactive

995. Dans le cadre des procédures de règlement préventif et de sauvegarde, procédures de restructuration de l'entreprise défaillante, l'entreprise n'est pas à vendre car le législateur a choisi de maintenir en principe le débiteur à la tête de ses affaires pour l'inciter à provoquer rapidement l'ouverture de la procédure.

⁶⁸². HENRY L.-C, Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises : art. préc. ; M.-L. Coquelet, Le plan de cession a-t-il changé ? : art. cité supra note 6.

996. Aussi le plan de restructuration est-il destiné à assurer la réorganisation de l'entreprise: il doit permettre la continuité d'exploitation de l'entreprise par la même personne juridique. Le plan de sauvegarde constitue la solution de principe de la procédure de sauvegarde. C'est la raison pour laquelle il est exclu la cession totale de l'entreprise en sauvegarde.

997. Cette exclusion de la cession totale de l'entreprise a été faite non seulement pour rendre la procédure de restructuration plus attractive en vue d'éviter que le débiteur défaillant n'encourt le risque d'une dépossession de son entreprise. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'il est possible de transmuter la procédure de restructuration en une autre procédure dans le but d'opérer une cession totale. Cette sorte de passerelle ou d'issue est la source d'une insécurité juridique.

2-Une polyvalence facteur de transmutation de la restructuration

998. La particulière malléabilité du plan de cession est une source d'insécurité dans la mesure où elle va permettre de transmuter la procédure de restructuration en une procédure d'une autre nature et ce en violation des conditions de fond et de forme. Cette extrême souplesse du plan de cession est source d'instabilité de la restructuration préventive en ce sens que pour qu'elle soit totale, le législateur prévoit que la restructuration puisse être transformée en une procédure d'une autre catégorie.

999. L'ordonnance du 18 décembre 2008 permet en effet au tribunal de convertir la procédure en un redressement judiciaire, "si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements"⁶⁸³.

1000. Il est ainsi permis d'ouvrir un redressement judiciaire de façon anticipée, puisque par dérogation à l'article L. 631-1 du Code de commerce, le débiteur n'est pas encore en état de cessation des paiements. Le rapport au Président de la République exprime l'intention des rédacteurs de cette disposition innovante⁶⁸⁴.

⁶⁸³ C. com., art. L. 622-10, al. 30.

⁶⁸⁴ Rapport Président de la République : Journal Officiel 19 Décembre 2008, texte 28 : II-3, art. 24.

1001. La conversion se justifie lorsque la cession totale de l'entreprise apparaît au débiteur comme la seule possibilité de poursuivre l'activité. Elle lui évite de solliciter la clôture de la sauvegarde, puis d'attendre l'apparition d'une cessation des paiements pour pouvoir solliciter l'ouverture d'un redressement judiciaire.

1002. Le mécanisme préserve la nature de la procédure de sauvegarde : la cession totale ne peut se réaliser dans le cadre de cette procédure qui tend à la réorganisation de l'entreprise et non seulement à l'apurement du passif. La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire afin de réaliser une cession totale ne peut être demandée que par le débiteur : l'action est attitrée à son profit et préserve ainsi la maîtrise du débiteur sur le devenir de l'entreprise en sauvegarde.

1003. Cette option offre au débiteur la possibilité d'obtenir la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire avant de se trouver en cessation des paiements. Il n'est pas sur que cette innovation réponde à un besoin effectif de l'entreprise qui bénéficie déjà de l'arrêt des poursuites individuelles par le jugement de sauvegarde alors surtout que la règle introduite subordonne cette mesure à l'impossibilité manifeste de parvenir à un plan de sauvegarde.

1004. Le but de cette disposition semble être de permettre au débiteur de présenter un plan de cession totale de son entreprise, ce qu'il ne pourrait pas faire dans le cadre d'une procédure de sauvegarde destinée à organiser le redressement de l'entreprise dans sa forme juridique actuelle. Cette possibilité a été illustré par le une décision du tribunal de commerce de CAEN qui a admis la clôture d'une procédure de sauvegarde pour permettre la cession du fonds de commerce et pour éviter la liquidation judiciaire et l'adoption d'un plan de cession. La question qui s'était posée à la juridiction était de savoir si la clôture anticipée de la sauvegarde devait être prononcée au détriment de la conversion en liquidation judiciaire lorsque le débiteur peut rembourser ses créanciers grâce à la cession amiable de son fonds de commerce ? Le tribunal de commerce de Caen, dans un jugement du 12 juin 2009 a répondu par l'affirmative à cette question. Dans cette espèce une procédure de sauvegarde avait été ouverte à l'encontre d'une société. Le mandataire judiciaire désigné demandait la conversion de la procédure de sauvegarde en liquidation judiciaire car le débiteur se trouvait déjà en état de cessation des paiements au moment de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, au vu des déclarations de créances régularisées. Le débiteur invoquait, quant à lui l'absence de cessation des paiements en raison de la conclusion d'accords de règlement négociés. Il demandait la clôture de la procédure de sauvegarde afin de concrétiser une offre de reprise

amiable du fonds de commerce qui permettrait de payer l'intégralité des dettes. Le tribunal de commerce accueille la demande du débiteur⁶⁸⁵.

1005. Il convient de relever toutefois que des difficultés existent lorsque la cession porte seulement sur le fonds de commerce. Faut-il estimer alors qu'il n'y a pas de cession d'entreprise comme cela a pu être jugé⁶⁸⁶ ? Une réponse aussi tranchée ne peut être suivie⁶⁸⁷. Inversement, la cession d'un fonds de commerce ne peut être purement et simplement assimilée à une cession d'entreprise rendant applicable les règles du plan de cession⁶⁸⁸. Il faut semble-t-il décider que si la cession du fonds s'accompagne de la cession de tout ou partie des contrats de travail, il y a bien cession d'entreprise⁶⁸⁹. En revanche, une cession de fonds de commerce sans cession de contrat de travail ne semble pas pouvoir être qualifiée de cession d'entreprise. Elle ne pourra faire l'objet que d'une cession d'actifs mobiliers en liquidation. Ainsi, le critère distinctif semble être celui de la présence de salariés repris⁶⁹⁰. Un auteur évoque « une cellule économique vivante au sein de laquelle sont réunis le travail et les moyens au service de l'activité⁶⁹¹ ».

1006. En résumé, s'il est exclu la cession totale de l'entreprise dans le cadre de la restructuration préventive, il reste que seules sont possibles les cessions d'une ou plusieurs activités dans le plan de restructuration afin de réorganiser l'entreprise. Celles-ci sont soumises aux règles qui gouvernent la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire et la publicité relative à cette opération⁶⁹². Toutefois, l'ordonnance du 18 décembre 2008 offre une nouvelle possibilité de conversion de la sauvegarde en un redressement judiciaire : elle ajoute un nouvel alinéa 3 à l'article L. 622-10 du Code de commerce pour permettre à la demande du débiteur, *"la conversion en redressement judiciaire si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à*

⁶⁸⁵ FIN-LANGER L. note sous T. com. Caen, 12 juin 2009, n° 2009-0033792 : Act. proc. coll. 2009-14, comm. 222.

⁶⁸⁶ C.A. Paris, 19 avril 1988, D., 1991, som. 5 obs. DERRIDA.

⁶⁸⁷ Rappr. SAINT ALARY HOUIN, 4^{ème} éd., n° 923.

⁶⁸⁸ VAUVILLE F., la cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005 Dr et Patr., mars 2006, p. 80, sp. P.87.

⁶⁸⁹ THERON J., liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce RPC 2008/2, p.132 s., sp.p.135, n° 17 et n° 18.

⁶⁹⁰ DERRIDA F., note sous CA, Paris, 14 décembre 1993, D. 1996, somm. 5.

⁶⁹¹ VALLENS, in la loi de sauvegarde des entreprises JCP E 2005, 1509.

⁶⁹² C. com., art. L. 626-1, al. 2

bref délai à la cessation des paiements". Il s'agit de permettre au débiteur de présenter un plan de cession totale sans qu'il soit contraint de demander la clôture de la sauvegarde puis d'attendre l'apparition d'un état de cessation des paiements.⁶⁹³

1007. La demande en conversion est réservée au seul débiteur : celui-ci conserve la maîtrise de la sauvegarde. La présentation du plan de cession est repoussée en dehors de la sauvegarde : cette procédure doit tendre à un plan de réorganisation de l'entreprise et non à l'apurement du passif au moyen d'une cession totale. Pour autant, toute solution de continuité est évitée : l'ordonnance permet d'ouvrir un véritable redressement judiciaire anticipé puisque le débiteur n'est pas encore en cessation des paiements.

1008. Au surplus, force est de noter que la nature juridique du plan de cession est controversée et trois opinions doctrinales ont été soutenues qui ont des répercussions différentes sur le régime du plan de cession. Selon une première thèse, que l'on pourrait qualifier de « contractuelle », le plan de cession est une forme de contrat judiciaire⁶⁹⁴ car il est élaboré à la suite de l'émission d'offres d'acquisition par les candidats repreneurs et les actes de cession même s'ils puisent leur force dans le jugement arrêtant le plan « nécessitent une participation volontaire de l'auteur de l'offre choisie par le tribunal »⁶⁹⁵. Par conséquent, d'une part de tels actes peuvent être entachés de nullité pour erreur du repreneur et d'autre part, celui-ci peut refuser de les signer, cette dérobade n'étant sanctionnée que par des dommages et intérêts. Selon une deuxième conception, judiciaire au contraire, la cession d'entreprise est une opération autonome de vente..., les biens intégrés dans une telle opération perdent leur régime juridique propre pour n'être soumis qu'aux règles de la loi du 25 janvier 1985⁶⁹⁶. La troisième opinion doctrinale intermédiaire est formulée par M. LE NABASQUE pour lequel la thèse de l'autonomie de la cession pêche par excès et ne démontre rien. Il propose donc d'analyser la cession de l'entreprise en vente forcée à laquelle on procède par autorité de justice⁶⁹⁷. Ces trois conceptions ont en commun d'appréhender l'entreprise comme un ensemble d'actifs faisant l'objet d'une transmission globale. Effectivement ce qui caractérise le plan de cession tient à son objet : il porte sur une

⁶⁹³ Rapport au Président de la République relative à l'Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : Journal Officiel 19 Décembre 2008, texte 28, II-3, art. 24.

⁶⁹⁴ MONSIERE BON M., les ventes dans le plan de cession RLDA mai 2003, n° 60, p.5et s.

⁶⁹⁵ DERRIDA F., et AMALVY, plan de cession de l'entreprise et vices du consentement D.1988, p.208, n°3.

⁶⁹⁶ JEANTIN M., entreprises en difficultés, op.cit., DALLOZ, 2^{ème} éd., p.395.

⁶⁹⁷ LE NABASQUE H. la cession de l'entreprise en redressement judiciaire, JCP E 1990, II 15770, n° 61.

universalité de fait et entraîne le transfert total ou partiel de cette universalité pour un prix forfaitaire.

Section II La facilitation de l'exécution du plan de restructuration

1009. La sauvegarde et le règlement préventif tendent à l'adoption d'un plan dont l'exécution s'effectue sous le contrôle du tribunal et d'un organe spécialement nommé à cette fin. Son adoption par le tribunal ne suffit pas à assurer la sauvegarde de l'entreprise ; il faut encore que le débiteur mène à bien l'exécution de cette décision. Plusieurs dispositions particulières en attestent.

1010. Ainsi, les remises accordées par les créanciers ne sont définitivement acquises que par le paiement au terme fixé de la dernière échéance prévue par le plan qui doit s'exécuter selon les modalités acceptées par les créanciers et jugées par le Tribunal aptes à assurer le rétablissement de l'entreprise. Par contre, il existe des circonstances qui pourraient entraver la force obligatoire du plan. Dans cette optique, sont proposées des mesures en vue d'en faciliter l'exécution. Celles-ci sont relatives à la mutabilité du plan (para I) qui signifie qu'il n'est pas immuable et doit s'adapter aux circonstances économiques et sociales et l'évitement de la résolution en cas d'inexécution du plan. (para II)

Para I la mutabilité du plan de restructuration

1011. Le plan de restructuration est destiné à être exécuté sur une longue période de plusieurs années. En pratique, les juges qui arrêtent le plan définitif peuvent éprouver des difficultés à prévoir l'évolution des paramètres d'exploitation de l'entreprise, sur la durée du plan. Aussi le droit des entreprises en difficulté consacre-t-il la possibilité de modifier un plan nonobstant sa négociation avec les partenaires de l'entreprise puis son adoption par le tribunal.

1012. La loi autorise ainsi le tribunal à modifier sa décision initiale qui a arrêté le plan : autrement dit, celle-ci ne bénéficie que d'une autorité provisoire de la chose jugée. Cette possibilité offerte par le législateur se justifie par le fait que l'évolution rapide de l'économie, de la vie des affaires, d'un marché ou d'un produit oblige l'entreprise à prendre sans cesse des mesures pour s'adapter. Il n'est donc pas possible de figer pour des années le plan de restructuration d'une entreprise qui a été victime d'une défaillance.

1013. Les mesures prises n'auront peut être pas les effets prévus. Le plan est arrêté en fonction des possibilités et des modalités d'activité, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles existant au moment où le tribunal statue. Toutes ces données peuvent changer. Il faut donc permettre à l'entreprise qui se relève de s'adapter pour survivre. En un mot, le législateur prévoit la « restructuration du plan de restructuration. ». Si l'initiative de cette opportunité est différente dans les systèmes juridiques OHADA et français (A), il reste qu'elle est dans sa mise en œuvre soumise à des conditions drastiques et différentes. (B)

A- Une initiative différente dans les deux systèmes juridiques

1014. La possibilité de demander la modification du plan de restructuration a longtemps été réservée au débiteur tant en droit français qu'en droit OHADA. Cette exclusivité résultait de l'article L 626- 26 du code de commerce⁶⁹⁸ modifié par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et de l'article 21 de l'acte uniforme OHADA⁶⁹⁹.

1015. La procédure de modification du plan de restructuration ne pouvait être initiée que par le débiteur à l'exclusion de toute autre personne. Si cette exclusivité a été maintenue en droit OHADA, il en va différemment en droit français où depuis la réforme du droit des entreprises en difficultés de 2014, cette initiative est désormais partagée.

1-l'exclusivité de la demande en modification en droit OHADA

1016. Le débiteur reçoit seul qualité pour agir en modification du plan. Ni le commissaire à l'exécution du plan, ni les créanciers ne peuvent saisir le tribunal à cette fin. En effet, il conserve la maîtrise des propositions dont il bénéficiait lors de l'élaboration du projet de plan. Cette circonstance montre la flexibilité du plan et partant du débiteur qui selon un

⁶⁹⁸ C.Com., ancien art. L.626-26 Voy. Sous la direction de SAINT ALARY HOUIN C., code des entreprises en difficultés, éd. Lexisnexis 2014, p.343.

⁶⁹⁹ L'art. 21 de l'AU PC précise que : « A la demande du débiteur et sur rapport du syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif, s'il en a été désigné un, la juridiction compétente peut décider toute modification de nature à abrégé ou à favoriser cette exécution. »

auteur⁷⁰⁰ dispose d'une échappatoire avec la possibilité dont il est le seul titulaire de solliciter du Tribunal la modification du plan en laquelle on peut voir un moyen de prévenir l'inexécution du plan ou bien une forme atténuée d'inexécution du plan initial.

1017. Concrètement elle consiste généralement en une révision des objectifs à la baisse qui peut s'accompagner de celle des moyens à la hausse c'est-à-dire toute modification importante des conditions de l'exécution. Cette faveur pourrait entraver la sécurité de la restructuration car la faculté à lui offerte par la loi pourrait être un élément de pression sur ses créanciers.

1018. Il n'appartient donc ni à l'expert, ni au juge-commissaire, encore moins aux contrôleurs de solliciter la modification du plan de restructuration. Le débiteur est le seul titulaire du droit de demander la modification du concordat. Ce qui se conçoit assez aisément, celui-ci étant redevenu *in bonis*, à compter de l'homologation du plan, dont il assure seul l'exécution sans l'assistance d'aucun autre organe. Il est donc le mieux placé pour connaître la situation de l'entreprise en sauvetage et proposer des moyens nouveaux en vue d'atteindre cet objectif. En toute hypothèse même le Tribunal ne peut imposer cette modification. A titre d'illustration, la Cour d'appel d'Abidjan⁷⁰¹ a affirmé expressément cette exclusivité de compétence réservée au débiteur dans une instance en modification. La cour d'appel d'Abidjan retient que les modifications à apporter à l'exécution du concordat de règlement préventif ne peuvent se faire qu'à la demande du débiteur et sur rapport du syndic et que dès lors doit être annulée l'ordonnance n° 33 rendue le 3 Janvier 2001 par le Président du Tribunal de Première Instance d'Abidjan qui proroge le concordat alors que l'ordonnance a été rendue sans que le juge ait pris connaissance du rapport du syndic.

1019. En conclusion, il convient de relever que dans la législation OHADA, l'initiative de la modification est de l'apanage du débiteur qui pourrait entraîner des abus. Ceci à la différence du droit français où celle-ci est partagée désormais.

⁷⁰⁰ PEROCHON F. et BONHOMME R., Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement, 9^{ème} édition ; LGDJ 2012, n° 377, p. 336.

⁷⁰¹ CAA, arrêt n° 367 du 27 mars 2001, (Air continental c/ BOA, Ecodroit, n° 10, avril 2002, p. 60 OHADATA J-02-44.

2- Une Initiative de la modification partagée en droit français

1020. Avant la réforme de 2014, du droit des entreprises en difficultés, l'initiative de l'action en modification du plan de restructuration était réservée au débiteur comme dans le droit OHADA. Le législateur français disposait que « *Une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le Tribunal à la demande du débiteur et sur rapport du commissaire à l'exécution du plan* ». Aucune personne intéressée à la restructuration de l'entreprise ne pouvait le faire. Cette situation qui pouvait entraîner des abus de la part du débiteur redevenu in bonis a été édulcorée.

1021. Depuis l'ordonnance de 2014, en plus du débiteur, le commissaire à l'exécution du plan de restructuration peut dans l'intérêt des créanciers demander sa modification. Il est prévu que : « *lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers, la saisine du Tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan.* »⁷⁰².

1022. Cette mesure prise pour favoriser l'exécution du plan de restructuration a pour but de permettre au commissaire de vérifier que les engagements ont été respectés et à défaut, procéder à leur accomplissement. La durée de la mission de cet organe désigné lorsqu'un plan de continuation a été arrêté est adaptée pour lui permettre d'exercer sa mission jusqu'à l'exécution effective des engagements du débiteur.

1023. A cet effet, le législateur précise que « *la mission du commissaire à l'exécution du plan ne prend fin qu'au paiement de la dernière échéance prévue par le plan.* » Cette innovation envisage la situation où la mission du commissaire à l'exécution du plan étant achevée, des sommes restent dues au titre de ces engagements et institue une forme de clause de retour à meilleure fortune légale⁷⁰³ en donnant qualité au commissaire à l'exécution du plan, dans l'intérêt collectif des créanciers, de saisir le tribunal lorsqu'il apparaît que les contraintes imposées à ces derniers ne sont plus justifiées par la situation redressée de l'entreprise.

⁷⁰² C.com., art.L.626-26 alinéa 3.

⁷⁰³ MALLET E. Prévention des difficultés et procédures collectives La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 12, 21 Mars 2014, act. 406.

1024. En résumé, si les différents législateurs ont pris des mesures en vue de faciliter l'exécution du plan de restructuration, il reste que le droit français s'est démarqué du droit OHADA par le partage de l'initiative de la modification du plan. Désormais, en plus du débiteur, le commissaire à l'exécution du plan peut engager une action et ce dans l'intérêt des créanciers. Cette assertion atteste le privilège accordé désormais à cette catégorie d'acteurs du droit de la restructuration des entreprises en difficultés que les différentes réformes entendent au surplus à associer au déroulement de la restructuration. Il reste qu'en dépit de cette démarcation, et quel que soit l'initiateur, la procédure de modification demeure complexe.

B- la complexité de la procédure de modification

1025. La modification du plan de restructuration est soumise à une procédure très formaliste qui la rend complexe. En effet, elle requiert un déroulement particulier en ce qui concerne tant les conditions de saisine de la Juridiction compétente que les modalités décisionnelles relatives à la modification. En effet, le législateur français dispose que :

« Une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. L'article L. 626-6 est applicable.

Le tribunal statue après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée. »

1026. Cette complexité de la procédure de modification se justifie par le parallélisme des formes qui veut que la procédure de modification du plan soit la même que celle de son élaboration ce qui est tout de même critiquable ce d'autant plus que la négociation du plan de restructuration est longue et peut s'étaler sur une durée plus ou moins longue. Cette circonstance pourrait en notre sens constituer une arme pour le débiteur pour organiser son insolvabilité en excipant d'une prétendue modification envisagée afin d'éviter de régler les modalités du plan de restructuration.

1027. En tout état de cause, la modification du plan de restructuration requiert une procédure particulière et est soumise à des conditions très encadrée.

1- La particularité de la procédure de modification

1028. La procédure de modification du plan de restructuration est particulière étant entendu qu'elle nécessite comme pour sa formation, l'intervention du juge et l'acceptation des créanciers sous certaines conditions.

a. La nécessité de l'interventionnisme judiciaire

1029. Il résulte de l'article L. 626-26 du Code de commerce que la demande en modification substantielle d'un plan doit être portée devant le tribunal qui a initialement adopté ce plan. Cette règle s'articule avec celle de l'article R. 626-23 du Code de commerce qui confère au tribunal de la procédure, la connaissance des conditions d'exécution du plan en décidant que : « *le Tribunal qui a arrêté le plan demeure compétent pour connaître des conditions de son exécution nonobstant le changement de lieu du siège social de la personne morale ou de l'adresse de l'entreprise ou de l'activité du débiteur personne physique.* »

1030. La nécessité de revenir devant le tribunal de la procédure se justifie pleinement : de même qu'en droit commun il y lieu de revenir devant le juge du provisoire pour qu'il reconsidère sa décision au vu de l'évolution du dossier⁷⁰⁴ de même les juges qui se sont prononcés sur le plan sont en mesure d'apprécier si l'évolution des données économiques ou sociales justifie de modifier leur décision.

1031. Les tribunaux semblent faire preuve d'une extrême prudence et exigent pour la modification du plan de restructuration un motif grave imputable au débiteur⁷⁰⁵. Il faut en effet que la modification soit nécessaire sinon à la survie de l'entreprise du moins à celle du plan.

1032. La demande du débiteur est présentée par déclaration au Greffe du Tribunal. Le Greffier convoque par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur,

⁷⁰⁴ CPC, art. 488 et 497.

⁷⁰⁵ HAEHL, Chron. JCP E 1989, II, 15642.

les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise. Lorsque la modification porte sur les modalités d'apurement du passif, le greffier en informe les créanciers intéressés par lettre recommandée avec avis de réception. Ceux-ci disposent d'un délai de 15 jours pour faire valoir leurs observations par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au commissaire à l'exécution du plan⁷⁰⁶. La modification est soumise à un débat contradictoire : il est prévu que le tribunal statue après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée.⁷⁰⁷

1033. Les débats s'organisent comme lors de l'adoption initiale du plan⁷⁰⁸ sous quelques réserves : l'administrateur et le mandataire judiciaire ne sont pas visés, alors qu'ils peuvent être toujours en fonction au jour des débats et seul l'avis du ministère public est requis, alors que les débats pour l'adoption du plan doivent avoir lieu en sa présence, au-delà de certains seuils. Le greffier convoque, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. En l'absence d'institutions représentatives du personnel, c'est le représentant des salariés désigné lors de l'ouverture de la procédure collective qui doit être convoqué⁷⁰⁹.

1034. La demande en modification substantielle du plan conduit le tribunal à réexaminer sa décision initiale, dont l'autorité n'était que provisoire. Les juges exercent en principe les mêmes pouvoirs que lors de l'adoption initiale du plan. Il faut néanmoins réserver l'absence de nouvelle consultation des créanciers du moins lorsque le plan n'a pas été adopté sur vote des comités de créanciers.

1035. Ainsi, le tribunal ne fera droit à la demande de modification substantielle du plan que si les propositions du débiteur offrent une possibilité sérieuse de sauvegarde de l'entreprise, au regard de l'évolution des données économiques. A défaut, le tribunal pourrait prononcer d'office la résolution du plan⁷¹⁰. De même, le tribunal doit écarter la demande s'il

⁷⁰⁶ C.Com., art.R626-45.

⁷⁰⁷ C. com., art. L. 626-26, al. 2.

⁷⁰⁸ C. com., art. L. 626-9.

⁷⁰⁹ C. com., art. L. 621-4, al. 2

⁷¹⁰ CA Riom, ch. com., 26 sept. 2007 : JurisData n° 2007-34469

s'avère que l'entreprise est en état de cessation des paiements ; il doit alors d'office prononcer la résolution du plan et ouvrir une nouvelle procédure collective.

1036. Lorsque la demande tend à un réaménagement des modalités d'apurement du passif, le tribunal ne peut exercer plus de pouvoir pour modifier le plan, qu'il n'en avait pour l'arrêter. Le tribunal ne peut dès lors imposer aucune remise aux créanciers, en l'absence d'un vote en comité. Il ne peut davantage allonger les délais à l'égard des créanciers qui ont accepté les propositions du débiteur.

1037. Lorsque le plan n'a pas été voté en comités, le tribunal ne saurait déduire du silence des créanciers une quelconque acceptation des propositions du débiteur : en l'absence de disposition spéciale organisant une véritable consultation des créanciers, il faut considérer que ce silence demeure équivoque⁷¹¹.

1038. De même, le tribunal ne saurait imposer de nouveaux délais aux créanciers qui s'opposeraient à la demande du débiteur : ce pouvoir exorbitant sanctionne une véritable consultation préalable des créanciers qui fait défaut à ce stade de la procédure⁷¹². Lorsque les comités se sont prononcés sur la demande en modification substantielle, le tribunal doit s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés. Le tribunal tranche les éventuelles contestations sur la régularité de la procédure en comités, élevées par les créanciers qui siègent dans ces institutions : depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il est en effet explicitement prévu que le tribunal statue en un même jugement sur ces incidents et sur la modification du plan ; Comme lors de l'arrêté initial du plan, le dispositif permet de concentrer le contentieux et de purger efficacement et rapidement la procédure de ses vices.

b-La souveraineté décisionnelle des créanciers

1039. Le plan est en principe adopté sur simple consultation des créanciers. Lorsque la modification porte sur les modalités d'apurement du passif, le greffier en informe ces créanciers par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Ils disposent alors d'un délai de quinze jours pour faire valoir leurs observations : celles-ci sont formées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au commissaire à l'exécution du

⁷¹¹ Voy. CA Dijon, Ch. B, 20 nov. 2007 : JurisData n° 2007-348022

⁷¹² C. com., art. L. 626-18

plan⁷¹³. Il faut en déduire que le commissaire doit rendre compte au tribunal des réponses reçues dans le cadre de son rapport. Force est de constater que ces dispositions n'organisent pas une véritable consultation des créanciers, comme lors de la négociation initiale du plan : il faut notamment observer qu'aucune disposition spéciale ne confère au silence des créanciers la valeur d'une acceptation des nouvelles propositions du débiteur.

1040. Il est permis de se demander si ce dispositif, ainsi que l'article L. 626-31 du Code de commerce qui organise un nouveau vote en comités, ne permet pas, par analogie, d'organiser une nouvelle consultation des créanciers en vue d'obtenir des remises supplémentaires.

1041. A priori l'article L. 626-31 alinéa 2 du Code de commerce prévoit expressément que "par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-26, une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan arrêté par le tribunal en application du premier alinéa ne peut intervenir que selon les modalités prévues par la présente section". Autrement dit, la demande de modification substantielle d'un plan voté en comités suppose de réunir à nouveau ces assemblées pour leur soumettre les prétentions du débiteur. La règle fournit une nouvelle illustration du caractère souverain du vote en comité : la modification des mesures initialement votées doit être soumise aux comités⁷¹⁴. La procédure en comités permet de dégager des majorités pour imposer éventuellement de nouveaux sacrifices aux créanciers concernés, sous réserve du contrôle du juge.

1042. Lorsque les comités ou l'un d'entre eux refusent les propositions modificatives, ou lorsqu'un vote n'est pas intervenu dans les délais de la procédure, le renvoi de l'article L. 626-31 du Code de commerce à l'ensemble de la section consacrée aux comités de créanciers conduit à faire application de l'article L. 626-34 du même code : la procédure est reprise par une consultation ordinaire. Il faudrait dès lors procéder à une consultation ordinaire des créanciers conformément aux articles L. 626-5 à 7 du Code de commerce : la procédure de simple information des créanciers prévue par l'article R-626-45 en cas de modification d'un plan initialement adopté par consultation est écartée par le renvoi législatif. Le tribunal retrouve alors les mêmes pouvoirs que lors de l'adoption du plan hors comité.

⁷¹³ C. com., art. R. 626-45.

⁷¹⁴ PETEL PH., Procédures collectives : Dalloz, 3e éd. 2001, n° 280.

2-l'encadrement des conditions de modifications

1043. Les conditions de modification du plan de restructuration sont encadrées dans la mesure où le législateur a fixé avec précision les cas dans lesquelles celles-ci peuvent intervenir. Ces cas de modifications sont règlementées par les articles L 626 -26 du code de commerce et 21 alinéa 1 de l'acte uniforme OHADA relatif aux procédures collectives qui précisent concernant que : *« A la demande du débiteur et sur rapport du Syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif, s'il en a été désigné un, la juridiction compétente peut décider toute modification de nature à abréger ou favoriser cette exécution. »*

Et,

« Une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée par le Tribunal à la demande du débiteur et sur rapport du commissaire à l'exécution du plan. L'article L.626 -6 est applicable »

1044. Il en résulte que si en substance le droit OHADA et le droit français prévoient la possibilité d'une modification du plan de restructuration, les critères de cette modification sont différemment appréhendés et font l'objet d'un encadrement qui en droit OHADA est source de difficultés tandis qu'elles sont caractérisées par une imprécision en droit français.

a-Un encadrement source de difficultés en droit OHADA

1045. Dans la suspension des poursuites de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, où le redressement reposait sur un plan établi par le débiteur, mais non soumis au vote des créanciers, le tribunal pouvait modifier le plan, à la demande du chef d'entreprise et sur le rapport du commissaire à l'exécution, dans le but d'abréger ou de favoriser son exécution⁷¹⁵.

1046. C'est la solution qui a été reprise⁷¹⁶ par le droit OHADA à l'article 21 AUPC aux termes duquel, la juridiction compétente peut à la demande du débiteur et sur rapport du

⁷¹⁵ Lamy, Droit commercial, éd. 2014, op. cit., Fasc. 4060, p. 1746.

⁷¹⁶ Cette solution a été reprise, en droit français même, par la loi du 25 janvier 1985, et n'a pas été modifiée en substance par la loi du 26 juillet 2005; v. LE CORRE (P.-M.), Droit et pratique des procédures collectives, 6ème éd., op. cit., n° 523.11.

syndic, décider toute modification de nature à abréger ou à favoriser l'exécution du concordat préventif.

1047. Ainsi pour le législateur OHADA, la modification du concordat préventif ne peut résulter que de toutes mesures de nature à abréger l'exécution ou celles susceptibles d'en favoriser l'exécution. Ces mesures sont difficiles à mettre en œuvre et source d'incertitudes. En effet de cette double possibilité de modification, il ressort que si celles concernant les mesures de nature à favoriser l'exécution du plan de restructuration ne souffre d'aucune contestation en ce sens qu'elles permettent au débiteur d'améliorer les mesures ou conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise telles que contenues dans le plan de restructuration dans le sens d'une amélioration les dispositions concordataires, il en va différemment pour celle relative à l'abréviation de l'exécution du concordat préventif donc du plan de restructuration.

1048. Il est prévu que les délais qui s'imposent aux créanciers par l'effet du concordat préventif ne peuvent être modifiés que dans un seul sens : l'abréviation. Dès lors, quel que soit le délai consenti au débiteur, celui-ci en application de l'article 21 précité ne peut être modifié que dans le sens de sa réduction. Toute modification qui tendrait à augmenter ce délai sera déclarée irrecevable.

1049. En pratique cette réduction ne pourra excéder le délai d'exécution du plan de restructuration qui conformément aux dispositions de l'article 15 AUPC est de trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les salariés. En conséquence, une modification qui tendrait à proroger ce délai d'exécution du concordat ne devrait pas être pris en compte.

1050. En tout état de cause, il est bon de préciser que la réduction de la durée d'exécution du concordat est de nature à en abréger l'exécution et voir même à la favoriser. Il a par exemple été jugé en droit français que le gain d'une somme importante au loto permettant d'apurer de façon anticipée l'intégralité du passif peut parfaitement justifier une demande de modification⁷¹⁷. Mais cette solution pourrait poser une problématique importante dès lors que la prorogation tend à augmenter le délai d'exécution pour la porter à la limite légale. En d'autres termes, que décider lorsque les délais impartis utiles pour remodeler sont inférieurs au délai légal de trois ans et que dans sa requête en modification du concordat préventif, le débiteur demande à le rallonger. Une telle position est elle possible ??

⁷¹⁷ SOINNE obs. sous T. com. Orléans, 27 avr. 1988, Rev. proc. coll. 1988, 389, n° 11.

1051. A priori la doctrine et la jurisprudence OHADA n'ont pas encore eu à se prononcer sur la question. Mais il convient de préciser que la solution de l'abréviation est valable concernant cette problématique même si la modification demandée ne porte pas atteinte au délai légal. L'acte uniforme ne permet pas à la juridiction compétente de proroger le délai contenu dans le concordat préventif jusqu'à hauteur de la limite légale mais plutôt interdit toute prorogation de cette limite légale.

1052. Une telle condition de fond de la modification du concordat préventif protège les intérêts des créanciers et montre l'efficacité de la procédure de règlement préventif quant à la résolution des difficultés économiques et financières rencontrées par le débiteur. En effet la modification qui abrège l'exécution du concordat ne peut être demandée que par le débiteur et dans l'intérêt des créanciers qui vont recevoir paiements de leurs créances par anticipation. A titre d'illustration, lorsque le créancier aura consenti au débiteur un délai d'un an dans un concordat préventif, ce délai pourra être prorogé sans pour autant dépasser la limite légale de trois ans.

1053. La lumière apportée par une telle réponse nous permet de considérer que la modification du concordat préventif qui favorise mais proroge son exécution est contraire non seulement aux dispositions de l'article 21 de l'AU PC mais aussi à la logique contractuelle qui gouverne la procédure de règlement préventif.

1054. Pour la seconde question, il faut reconnaître que dans un premier temps, le tribunal Régional Hors Classe de DAKAR penchait en faveur d'une règle supplétive à laquelle les parties pouvaient déroger. En effet, il a pu être jugé que : *« le délai maximum de trois ans pour l'exécution du concordat préventif prévu par l'article 15 de L' AU PC n'étant pas d'ordre public, les créanciers en faveur de qui il est prévu ont la faculté d'accorder au débiteur un délai plus long conformément à l'esprit du consensus qui gouverne le règlement préventif et le concordat qui remplit les conditions prévues par l'article 15 susvisé peut être homologué⁷¹⁸ »*. Dans cette affaire, certains créanciers avaient accepté d'étaler leurs créances sur six ans et d'autres avaient consenti un différé de cinq ans.

⁷¹⁸ Tribunal Régional Hors Classe de DAKAR, Jugement n° 1466 du 30 juillet 2001 ; www.Ohada.com/jurisprudence/ohadata J-04-39.

Mais la position actuelle de cette juridiction même si elle est implicite penche en faveur du caractère d'ordre public des règles qui gouvernent l'homologation. En effet, le Tribunal régional hors classe de DAKAR a, pour homologuer le concordat préventif, ramené le délai de 7 ans consentis par les créanciers à 3 ans au motif que le premier délai était contraire aux dispositions de l'acte uniforme⁷¹⁹.

1055. Cette limitation est jugée excessive pour notre part étant entendu que la prorogation du concordat pourrait en notre sens être de nature à favoriser l'exécution concordat et de nature à permettre au débiteur en difficultés de respecter ultérieurement les échéances concordataires. Mieux nous pensons que ce délai maximum de 3 ans nécessaire pour la restauration de l'entreprise est particulièrement bref et voire même un leurre étant entendu que dans ce laps de temps accordé, toutes les mesures requises dans le plan de restructuration seront difficilement exécutables. Nous estimons qu'il est assez court⁷²⁰ et il conviendrait dans le cadre de réforme à venir d'élargir ce délai pour garantir le sérieux de l'exécution du plan de restructuration. Ce ci donnerait plus de fiabilité à l'exécution du concordat.

1056. En résumé pour le législateur, seule la réduction du délai d'exécution est possible et le fait pour le débiteur de demander la prorogation des délais contenus dans le concordat préventif homologué peut être apprécié comme un indice des difficultés rencontrées dans l'exécution de celui et qui si elles se concrétisent en inexécution des engagements concordataires peuvent pousser la juridiction à prononcer la résolution du concordat préventif.

1057. En définitive, la modification qui abrège prend le dessus sur la modification qui favorise l'exécution du concordat préventif. Dans tous les cas, dans le souci de protéger les créanciers et de jauger la crédibilité et la viabilité de l'entreprise débitrice, l'exécution du concordat préventif ne saurait être prorogée⁷²¹.

⁷¹⁹ Tribunal Hors classe de Dakar précité.

⁷²⁰ La durée du plan de sauvegarde en droit français ainsi qu'il résulte de l'article L.626-12 du code de commerce est de 10 ans pour les entreprises non agricoles et 15 ans pour les entreprises agricoles.

⁷²¹ Nous ne pouvons juste regretter que la cour d'appel d'Abidjan ne soit pas prononcée sur la question dans son arrêt n° 367 du 27 mars 2001 www.Ohada.com/jurisprudenceohadataJ-02-93 ; En effet, dans cette affaire, le débiteur avait demandé la modification du concordat préventif nécessitée par la situation sociopolitique de la Côte d'Ivoire qui empêchait les financements mais qui consistait en une prorogation de l'exécution dudit

b.Un encadrement source d’ambigüité en droit français

1058. La volonté d’assurer l’exécution du plan peut conduire à en modifier certaines dispositions en cours d’exécution parce qu’elles s’avèrent irréalisables. Cette modification encadrée est ambiguë car les conditions requises par le législateur sont marquées par une imprécision. Il résulte en effet de l'article L. 626-26 alinéa 1 du Code de commerce que le tribunal est saisi par le débiteur d'une demande aux fins de modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan.

1059. Qu’entendre par modification substantielle ? A priori, la notion n'est pas définie de façon précise par le Code de commerce étant entendu que la loi n'envisage qu'une modification substantielle du plan : est-il permis de porter une moindre atteinte aux prévisions du plan ? Les travaux préparatoires de la réforme de 1985 révélaient que par son silence, le législateur avait entendu que de simples modifications de détail ne soient pas soumises aux juges⁷²². La justification perd néanmoins sa force au fur et à mesure des réformes et la question divise la doctrine, en droit positif. Les uns reconduisent l'analyse antérieure⁷²³, tandis que d'autres considèrent que toute modification, même de détails, requiert une autorisation judiciaire⁷²⁴. Cette dernière position semble plus respectueuse de l'autorité de la chose jugée : seul le juge qui a arrêté le plan dispose du pouvoir de revenir sur sa décision. En tout état de cause, la modification substantielle peut toucher aux objectifs ou aux moyens du plan qu’il convient d’appréhender.

concordat. Le juge s’est limité au constat d’un défaut d’intervention du Syndic dans le processus de modification pour rejeter la demande du débiteur.

⁷²² V. Discussion amendement n° 48, débats 2^{ème} séance : JOAN CR, 9 avr. 1984, p. 1309

⁷²³ LE CORRE P.-M., Droit et pratique des procédures collectives, op. cit., n° 26, n° 523-11. - JACQUEMONT A., Droit des entreprises en difficulté : Litec, 6e éd. 2009, n° 761.

⁷²⁴. PEROCHON F. BONHOMME R, Entreprises en difficulté, op. cit., n° 74, n° 377. - Pour une absorption de la société débitrice par sa société mère : Rép. min. n° 52523 : JOAN Q, 17 mai 2005, p. 5151 ; Act. proc. coll. 2005, n° 13, obs. J.-P. Legros.

b.1 Une modification substantielle limitée aux objectifs du plan

1060. La demande peut avoir pour objet une modification substantielle dans les objectifs du plan qui consiste dans la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.⁷²⁵ Toute opération qui concerne l'une de ces finalités peut relever de la procédure de modification substantielle du plan.

1061. En premier lieu, l'arrêt, la cession ou l'adjonction d'une branche d'activité en cours d'exécution du plan constituent en principe autant de modifications substantielles de la poursuite d'activité de l'entreprise, soumises à l'autorisation du tribunal. Ces opérations sont en outre de nature à présenter des répercussions sur le financement de l'entreprise et par conséquent sur l'apurement du passif.

1062. Une cession partielle d'une branche d'activité déficitaire peut ainsi s'avérer opportune pour éviter l'apparition d'un état de cessation des paiements qui ferait échec à l'ensemble du plan⁷²⁶. En revanche, l'hypothèse d'une cession de l'ensemble des actifs emportant une cessation complète d'activité, ne relève pas de la procédure de modification du plan⁷²⁷. La cession totale n'est en effet permise que moyennant l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire.

1063. En second lieu, l'objectif de maintien de l'emploi peut être compromis par la nécessité de procéder à de nouveaux licenciements pour motif économique. Mais on pourrait objecter que les licenciements économiques consécutifs au plan ne sont pas autorisés par le tribunal : pourquoi saisir la juridiction pour engager de nouveaux licenciements, alors que le débiteur a recouvré l'ensemble de ses pouvoirs de gestion de l'entreprise ? En réalité, la nécessité de procéder à de nouveaux licenciements pour motif économique révèle de nouvelles difficultés de l'entreprise et l'inadéquation du plan à l'évolution des paramètres économiques : il semble dès lors que la procédure de modification substantielle est applicable⁷²⁸.

⁷²⁵ C. com., art. L. 620-1.

⁷²⁶ LE CORRE P.-M, L'apparition de l'état de cessation des paiements et la résolution d'un plan arrêté au profit de diverses sociétés à patrimoines confondus : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1137, spéc. p. 1141.

⁷²⁷ CA Paris, 3e ch. B, 10 mars 2006 : JurisData n° 2006-300359.

⁷²⁸ CA Nancy, 3 avr. 1996 : JCP E 1998, n° 78, p. 250.

1064. En troisième lieu, il peut s'avérer nécessaire de revoir les modalités d'apurement du passif. Dans un sens favorable aux créanciers, un règlement plus rapide que les échéances initiales du plan constitue une modification substantielle du plan : cette hypothèse peut rejoindre celle d'une modification d'activité, lorsque le prix de cession d'une branche de l'entreprise peut être employé pour écourter le rééchelonnement du passif et la durée du plan⁷²⁹. En sens inverse, la procédure permet-elle un accroissement des sacrifices des créanciers ? Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, il a été soutenu que la procédure de modification du plan ne pouvait conduire à « accorder au débiteur de nouveaux reports d'échéances ou imposer aux créanciers de nouveaux sacrifices »⁷³⁰.

1065. On pouvait faire valoir en ce sens qu'il n'existait pas de véritable procédure de consultation des créanciers dans le cadre de l'instance en modification, ces derniers étant simplement invités à faire valoir des observations. En droit positif, lorsque le plan a été voté par les comités, la modification suppose de revenir devant eux selon la même procédure ; De même, la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie applique la procédure de remises de certaines créances publiques en cas de modification substantielle du plan. Ces catégories de créanciers peuvent dès lors consentir de nouveaux sacrifices lors d'une modification du plan.

b.2 La modification substantielle touchant aux moyens du plan

1066. La demande peut également avoir pour objet une modification substantielle dans les moyens du plan. À la différence de la précédente législation, dans laquelle la modification substantielle du plan touchait aux objectifs et aux moyens du plan, l'article L. 626-26 alinéa 1 du Code de commerce retient une formule alternative qui vise "*les objectifs ou les moyens du plan*". Mais en pratique, une modification dans les moyens retentit sur les objectifs du plan, tandis qu'un aménagement des objectifs supposera souvent de revoir les moyens initiaux. Par conséquent, la rédaction de la loi ne devrait pas élargir notablement les possibilités de modifications substantielles du plan.

⁷²⁹ CERATI-GAUTHIER M., note sous CA Aix-en-Provence, 14 déc. 2006 : JurisData n° 2006-327542 ; JCP E 2007, p. 1497, , pour une cession totale en cours de plan de redressement judiciaire.

⁷³⁰ GUYON Y., Droit des affaires, op. cit., n° 98, n° 1272.

1067. Une modification substantielle du plan peut porter sur les moyens de réorganisation de l'entreprise. Dans ce cadre, la cession d'une branche d'activité⁷³¹ comme l'acquisition d'un nouveau fonds ou d'éléments de celui-ci sont soumises à l'autorisation du tribunal. En revanche, la cession d'actifs isolés du débiteur ne constitue pas en principe une modification substantielle du plan dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à la poursuite d'activité. Des modifications statutaires affectant la personne morale débitrice, peuvent également altérer substantiellement les moyens du plan : il en irait ainsi d'une réduction du capital social ou d'un apport partiel d'actif à une nouvelle entité. Mais l'exclusion de la cession totale de l'entreprise en sauvegarde par la réforme de 2005 est de nature à limiter le choix des opérations de restructuration. En effet, il a été admis qu'une fusion absorption de la société débitrice pouvait constituer une modification substantielle d'un plan de continuation en redressement judiciaire⁷³². Cette solution qui emporte la disparition de la débitrice et la transmission universelle de son patrimoine dépasse le cadre de la sauvegarde mais a été admise par le tribunal de commerce de paris dans une décision du 3 mars 2014. Alors qu'une procédure de redressement judiciaire (avec comités de créanciers établissements financiers et principaux fournisseurs) est ouverte à l'égard d'une société de prêt-à-porter masculin (Nodus), sa mère-holding (RSA Management) demande l'ouverture le même jour (auprès du même tribunal) d'une procédure de sauvegarde, les mêmes organes étant désignés dans les deux procédures. Le chiffre d'affaires de la société holding résulte de la facturation d'honoraires de prestations de services de management. Les difficultés de la société RSA sont nées des pertes accumulées de sa fille. La société Nodus bénéficie d'un plan de redressement. Selon les rapports de l'administrateur, du juge-commissaire, le plan de sauvegarde de la holding est subordonné au plan de redressement de la fille. Afin de permettre l'apurement du passif de la première, il est apparu nécessaire de procéder à une réorganisation juridique du groupe en permettant une fusion absorption de la mère par la fille dans l'année suivant l'adoption des deux plans (de redressement pour Nodus et de sauvegarde pour RSCA). L'opération doit avoir pour conséquence d'entraîner la transmission universelle du patrimoine de la mère à sa fille ; et, les obligations résultant des engagements souscrits par la première au titre du plan de sauvegarde, seront assumées par la fille absorbante qui reste soumise aux engagements de son propre plan. Ainsi, à l'issue de la fusion, le commissaire à l'exécution du plan doit procéder à différents types de contrôle. En premier lieu, il doit vérifier que le projet de fusion a été approuvé par les différents comités de créanciers (et l'assemblée des obligataires) de la société

⁷³¹ DERRIDA. F., obs. sous Cass. com., 8 juin 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 235 ; D. 1994, p. 42; Rev. huissiers 1994, p. 196.

⁷³² Rép. min. n° 52523 : JOAN Q, 17 mai 2005, p. 5151 ; Act. proc. coll. 2005/13, n° 158, note J.-P. Legros

filles absorbantes ; en second lieu, il doit s'assurer que le plan de la mère est approuvé par tous ses organes (administrateur, mandataire judiciaire, juge-commissaire et ministère public). Enfin, il doit vérifier que la fusion à laquelle se sont engagés les dirigeants aura pour but de sécuriser l'exécution du plan qui consiste à apurer la totalité du passif sur dix ans. Le tribunal arrête donc le plan de sauvegarde en constatant l'engagement pris par les dirigeants de réaliser la fusion absorption⁷³³. En tout état de cause, de cette décision, il résulte que la possibilité de réaliser une opération de restructuration par voie de transmission universelle dans le cadre des procédures collectives doit être nuancée. En effet, si la transmission universelle du patrimoine demeure libre dès l'instant où la société est en bonis, il en va différemment lorsque la société dont on entend organiser la dévolution du patrimoine se trouve soumise à une procédure collective. Il faut se rendre à l'évidence que la restructuration n'est plus possible à partir du moment où elle nécessite une transmission universelle du patrimoine. Si cette intuition semble partagée par les auteurs qui ont abordé la question, force est de noter que le moyen de la justifier a pu varier. Pour certains auteurs, l'impossibilité de réaliser une transmission universelle du patrimoine d'une société soumise à une procédure collective est commandée par le dessaisissement⁷³⁴. L'explication est peu satisfaisante car le dessaisissement frappe le débiteur et lui seul. Or, ici ce n'est pas la société débitrice qui décide l'opération débouchant sur la transmission universelle du patrimoine mais ses associés qui au surplus ne sont pas dessaisis. D'ailleurs, l'impossibilité de réaliser une transmission universelle du patrimoine vaut quelle que soit la procédure et quelle que soient les restrictions de pouvoir que subit la société débitrice. Ce n'est donc pas son pouvoir de disposer de ses biens qui est en cause mais une objection bien plus dirimante tenant à ce que la logique de la transmission universelle du patrimoine n'est pas compatible avec la procédure collective ; celle-ci n'emporterait elle qu'un dessaisissement très limité comme c'est le cas pour une procédure de sauvegarde. En définitive, si l'ouverture d'une procédure quelle qu'elle soit, interdit d'envisager de transmettre à titre universel le patrimoine de la société débitrice, c'est parce que l'effet de toute procédure est de rendre ce patrimoine indisponible en le plaçant sous main de justice. Plus que l'idée de dessaisissement, c'est donc celle de saisie collective qui explique l'impossibilité de transmettre le patrimoine d'une société soumise à une procédure collective. La cour de cassation⁷³⁵ a consacré cette solution dans deux arrêts rendus le même jour par lesquels elle a jugé que la dissolution de la société dont les parts sociales sont réunies en une

⁷³³ Voy. T.com. Paris, 3 mars 2014, RG n° 2013/074109 in lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales, n° 12, Juillet 2014, alerte 220.

⁷³⁴ MESTRE J. et VELARDOCCIO, *lamy sociétés commerciales* précité, n° 1828.

⁷³⁵ LIENHARD A., obs. sous cass.com.12 juillet 2005, n° 03-14.809 et 02-19.860 Bull.civ. IV, n° 168 et 169.

seule main, par l'effet de sa liquidation judiciaire n'entraîne pas la transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique, solution qu'elle a justifié au nom des « *principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficultés* ». Si était en cause dans ces espèces la dissolution confusion de l'article 1844-5alinéa 3, du code civil d'une société soumise à une liquidation judiciaire, il ya lieu de considérer que la solution vaut pour toutes les hypothèses de transmission universelle du patrimoine quelle que soit la procédure collective à laquelle la société débitrice se trouve soumise. En effet, ce n'est pas la dissolution d'une société unipersonnelle qui, en elle-même, heurte les« *principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficultés* » ; mais la transmission universelle qu'elle emporte. C'est donc bien cette dévolution patrimoniale qui heurte les principes et qui ne peut plus opérer après le jugement d'ouverture et tant que dure la procédure collective. Peu importe alors qu'elle soit le résultat d'une fusion, d'une scission, d'un apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions ou encore d'une dissolution confusion : aucun procédé emportant transmission universelle du patrimoine ne peut plus être admis. La portée la plus large doit aussi être reconnue à la solution consacrée par ces arrêts concernant les procédures collectives auxquelles elle a vocation à s'appliquer. Même si elle s'applique à la liquidation judiciaire dans le cas d'espèce, il n'en demeure pas moins qu'elle peut s'étendre aussi bien à la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Mais l'interdiction d'opérer une transmission universelle du patrimoine ne vaut que tant que dure la procédure collective. Il faut en déduire que cette interdiction disparaît lors de l'adoption du plan et qu'il n'y a pas d'objection de principe à ce qu'une société soumise à un plan reçoive le patrimoine d'une autre société ou transmette le sien. Le seul doute que l'on peut avoir à cet égard tient dans le constat qu'une telle opération n'est pas anodine et qu'elle modifie en profondeur tant les prévisions du plan que les conditions que le tribunal a pris en compte pour l'arrêter. Deux situations sont donc à envisager. Soit le plan a d'emblée prévu la restructuration et autorisé la société soumise au plan à fusionner, soit le plan n'a rien prévu à cet effet. Dans le premier cas de figure, elle ne pose aucune difficulté particulière puisque l'on se trouve alors dans une situation expressément prévue par le code et s'inscrit même parfaitement dans la logique de la procédure de sauvegarde dont on rappellera qu'elle a pour objet de faciliter la réorganisation de l'entreprise c'est-à-dire sa restructuration⁷³⁶. Dans le second cas, si la transmission universelle du patrimoine n'a pas été prévue par le plan, elle sera soumise à la procédure requise pour la modification du plan de sauvegarde. En sens

⁷³⁶ LUCAS X.L du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise RLDA mars 2005, suppl., p.35.

inverse, un simple changement de dirigeant ne constitue pas en principe une modification substantielle du plan⁷³⁷.

1068. En résumé, l'existence même d'une procédure de modification substantielle révèle que le jugement sur le plan n'est pas doté d'une autorité définitive de la chose jugée : le tribunal peut revenir sur sa décision. Néanmoins, le jugement initial présente une nature juridictionnelle : il bénéficie au moins d'une autorité provisoire de la chose jugée. L'objet de la demande de modification ne saurait porter atteinte à la chose provisoirement jugée : la modification du plan est implicitement mais nécessairement subordonnée à une évolution du dossier depuis que le tribunal a adopté le plan. Autrement dit, le demandeur à la modification doit caractériser la survenance d'événements nouveaux depuis l'adoption du plan. À défaut, c'est la voie l'appel contre le jugement sur le plan que le débiteur aurait dû exercer pour obtenir un nouvel examen du plan. La jurisprudence s'établissait majoritairement en ce sens sous l'empire de la précédente législation⁷³⁸.

1069. Dans cette perspective, certaines décisions considèrent que la situation nouvelle doit en outre être imprévisible pour le débiteur au jour de l'adoption du plan : dans le cas contraire, le débiteur devrait assumer les conséquences du plan qu'il a imprudemment présenté⁷³⁹. Il faut encore que les difficultés rencontrées ne soient pas imputables au débiteur et que la modification sollicitée soit nécessaire à la bonne exécution du plan⁷⁴⁰.

1070. Et il convient de préciser que la modification envisagée du plan de restructuration ne peut qu'être substantielle et porter sur les objectifs et ou les moyens du plan. La notion de modification substantielle n'étant guère précise, elle peut négativement se définir comme toute modification qui n'est pas de détail. Cela ne signifie pas pour autant que toute modification de détail est impossible, mais cette dernière ne nécessitera pas la saisine du Tribunal. Le chef d'entreprise la mettra en œuvre⁷⁴¹ en sollicitant cependant le

⁷³⁷ CHAPUT Y. obs. sous CA Paris, 5 oct. 1999 : Dr. sociétés 2000, n° 41.

⁷³⁸ SOINNE B., obs. sous CA Paris, 3e ch. A, 11 mai 1993 : Rev. proc. coll. 1993, p. 487, n° 63., - CA Paris, 3e ch. C, 25 nov. 1994 ; Rev. proc. coll. 1995, p. 145, n° 23.

⁷³⁹ CA Douai, 26 janv. 1995 : Rev. proc. coll. 1998, p. 349, n° 22, obs. SOINNE B.. - Adde, DERRIDA F., P. GODE P., SORTAIS J.-P., op. cit., n° 435.

⁷⁴⁰ LUCAS F.-X note sous CA Versailles, 13e ch., 15 nov. 2007 : Bull. Joly Sociétés 2008, p. 316,

⁷⁴¹ V. Rapport GOUZES, Ass. Nat. , doc.adm.n° 1872, p.94.

commissaire à l'exécution du plan qui pourra porter son appréciation sur le caractère substantielle ou non de la modification⁷⁴².

Para II l'admission de l'inexécution du plan

1071. L'inexécution du plan de restructuration va résulter le plus souvent du non respect des échéances prévues aux dates fixées. En pareil cas, la sanction de l'exécution devrait conduire à prononcer la résolution de ce plan.

1072. Or, dans les deux législations, des dispositions en vue d'éviter de la résolution sont prévues par le législateur. En effet, l'inexécution du plan de restructuration n'est pas systématiquement sanctionnée par la résolution. Ainsi, force est de noter que dans les modalités pratiques de cette affirmation, il faut préciser que si la demande en résolution est facultative car soumise à l'appréciation du juge dans le droit OHADA, il en va différemment dans l'autre législation où le défaut d'exécution est paré ou rattrapé par une tierce personne dont la défaillance éventuelle est palliée depuis la dernière réforme du droit des entreprises en difficultés.

A- Un anéantissement évité dans le système OHADA

1073. Aux termes des dispositions de l'article 139-1° de l'AUPC : « la résolution du concordat peut être prononcée en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis. ». Il s'agit d'une résolution facultative dont l'opportunité relève de l'appréciation souveraine de la juridiction compétente qui peut décider ou non d'y recourir en fonction de la gravité du manquement. En effet, le texte ajoute par application du droit commun⁷⁴³, que le tribunal apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder de plus de six mois ceux déjà consentis par les créanciers. Ces délais de grâce sont octroyés par la Juridiction dès lors que le débiteur est de bonne foi c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas été en mesure d'honorer ses engagements pour une raison particulière telle que le non paiement de

⁷⁴² Rapp. Thyraud, Sénat n° 332, p.122.

⁷⁴³ TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), Droit civil, Les obligations, 10ème éd., Dalloz, 2009, n° 652.

ses propres créances⁷⁴⁴ ou lorsque la résolution paraîtrait disproportionnée par rapport à ses difficultés et à sa bonne volonté établie.

1074. Il est clair que le souci du législateur est d'éviter autant que possible l'échec du dispositif puisqu'il n'est pas certain pour reprendre les termes imagés d'un auteur très averti que l'accord soit inévitablement un organisme mort dont il vaut mieux débarrasser l'économie.

1075. Il appartient donc au juge avant de prononcer la résolution de s'assurer que l'inexécution alléguée est effectivement de nature à empêcher toute possibilité de poursuite du concordat. La résolution ne peut donc intervenir qu'autant que les manquements allégués sont suffisamment graves et irrémédiables. Mais, peu importe la nature de l'engagement inexécuté⁷⁴⁵ ; Il peut s'agir comme sous l'empire de la loi française de 1985, d'un engagement de nature financière⁷⁴⁶ tel par exemple, le non respect d'une échéance de paiement ou encore le défaut de fourniture d'une sûreté, mais aussi d'engagements de nature sociale. Ainsi, y a-t-il inexécution, lorsque le débiteur, qui s'était engagé à créer un certain nombre d'emplois, non seulement n'embauche pas, mais licencie. Egaleme nt il s'était obligé à réembaucher en priorité les salariés licenciés, mais finalement conclut avec les tiers de nouveaux contrats⁷⁴⁷. L'inexécution peut également être de nature économique lorsqu'il y a par exemple, violation d'une clause d'inaliénabilité ou encore lorsque le chef d'entreprise qui s'était engagé à prendre des mesures de restructuration, en créant de nouvelles activités et en mettant fin à celles qui sont déficitaires, ne s'exécute pas mais continue l'activité initiale sans aucun changement. L'inexécution peut aussi être de nature juridique lorsque le débiteur n'a pas procédé au changement de forme prévue, ou à l'augmentation de capital à laquelle il s'est obligé⁷⁴⁸ dans le

⁷⁴⁴ Paris 3^{ème} chambre B 27 avril 1989, Bordeaux, 20 juin 1988, 2^{ème} ch. RPC 1989 n° 25 ; obs B SOINNE.

⁷⁴⁵ GUYON (Y), Droit des Affaires, T. 2, 9^{ème} éd., op. cit., n° 1088.

⁷⁴⁶ Com. 9 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 330: La résolution du plan de continuation doit être prononcée en l'absence de règlement du passif à l'échéance fixée; Com. 2 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 42: Constitue une inexécution du plan de continuation, justifiant sa résolution, le défaut de paiement à l'échéance d'une créance fiscale.

⁷⁴⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C), Droit des entreprises en difficulté, 6^{ème} éd. op. cit., n° 934. Il est cependant, très peu probable que le juge puisse, par ce motif, prononcer la résolution du concordat et exposer les autres salariés à un licenciement. Aussi est-il proposé de rechercher la sanction de cette inexécution sur le terrain indemnitaire, le licenciement étant alors dépourvu de cause réelle et sérieuse (P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, 6^{ème} éd., op. cit., n° 524-12).

⁷⁴⁸ Com. 15 janv. 1991, Bull. civ. IV, n° 27; JCP E 1991, n° 44, p. 177, obs. M. C.; Rev. Sociétés 1991, 383, note GUYON. Ainsi, lorsque le plan prévoit une modification du capital social, non mise en œuvre au jour de son adoption, le refus de l'assemblée générale des associés de voter l'augmentation de capital en conformité avec les prévisions du jugement arrêtant le plan est constitutif d'une inexécution imputable à la personne morale (Com. 8 oct. 2003, Act. proc. coll. 2004/2, n° 21).

concordat. La résolution du concordat préventif peut donc être prononcée sur le fondement de la méconnaissance d'engagements autres que les engagements financiers⁷⁴⁹.

1076. En revanche, et comme il a été jugé en droit français, la résolution sera écartée si l'inexécution intervient avec un peu de retard⁷⁵⁰, indépendamment de la volonté du débiteur ou si au jour où la juridiction statue, l'inexécution a disparu ; la tardiveté de l'exécution étant à cet égard indifférente⁷⁵¹.

1077. De son côté, un juge sénégalais a rejeté l'action en résolution intentée par un créancier au motif que ce dernier ne rapporte pas la preuve de la non effectivité du remboursement de sa dette, encore moins du caractère définitivement compromis de l'exécution du concordat préventif⁷⁵².

B-L'exécution forcée confiée à un tiers en droit français

1078. Le défaut d'exécution volontaire par le débiteur des dispositions du plan de restructuration a pour conséquence de confier à un tiers l'initiative du recouvrement forcé. Il va utiliser des moyens de droit commun notamment pour faire respecter les dispositions du plan de restructuration. Ce tiers est un expert indépendant qui va assurer la fiabilité du plan de restructuration.

⁷⁴⁹ Ce qui contraste avec la solution posée par l'article 80, al. 1 de la loi du 25 janvier 1985, dans sa rédaction initiale, qui visait "les engagements financiers", et sur le fondement duquel les juridictions du fond et une partie de la doctrine refusaient la résolution si l'inexécution portait sur des engagements autres que financiers, tels des engagements sociaux: Dijon, 1ère ch., 2ème sect., 14 sept. 1993, Rev. proc. coll. 1995, 144, n° 21, obs. SOINNE; v. aussi DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), Redressement et liquidation judiciaires des entreprises..., 3ème éd., op. cit., n° 445. Mais la Cour de cassation ne semblait pas les suivre et avait admis la résolution du plan lorsqu'il n'a pas été satisfait aux opérations de restructuration du capital social (Com. 15 janv. 1991, Bull. Joly, 1991, 425, note LE CANNU; RJ com. 1991, 385, note MERLE). Désormais, il peut s'agir tant d'engagements financiers, que sociaux, stratégiques, économiques ou juridiques (Rapp. X. de ROUX, n° 2095, p. 313).

⁷⁵⁰ Dijon, 14 sept. 1993, Rev. proc. coll. 1995, 144, n° 21.

⁷⁵¹ Toulouse, 2ème ch. 6 juin 1988, Rev. proc. coll. 1989, 524, n° 25, obs. SOINNE; Chambéry, ch. civ. 25 sept. 1995, Rev. proc. coll. 1996, 452, n° 31, obs. SOINNE.

⁷⁵² Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 074 du 27 février 2004, société CARNAUD METAL BOX c/ S.N.C.D.S, Ohadata J-05-280.

1- Une initiative du recouvrement confiée à un expert

1079. Aucune disposition de l'ancien redressement judiciaire n'envisageait spécialement l'exécution forcée d'un plan de continuation. La jurisprudence considérait que chaque créancier recouvrait son droit de poursuite individuelle contre le débiteur pour obtenir l'exécution forcée des échéances impayées⁷⁵³ du plan, sous réserves que sa créance ait été définitivement admise⁷⁵⁴.

1080. Des mesures d'exécution pouvaient être pratiquées à l'encontre du débiteur⁷⁵⁵, dès lors que les créanciers étaient porteurs de titres exécutoires : actes délivrés au nom de l'État, dont les condamnations prononcées par des juridictions judiciaires et qui confèrent à leurs titulaires, le pouvoir de procéder à l'exécution forcée des créances actuelles liquides et exigibles qu'ils constatent⁷⁵⁶. Faute de satisfaire à ces conditions, les décisions que le créancier avait précédemment obtenues dans le cadre d'une procédure collective ne pouvaient constituer des titres exécutoires.

1081. Ainsi, la décision d'admission de la créance ne consacre pas son exigibilité et n'emporte pas condamnation du débiteur. La même constatation vaut pour l'état des créances qui ne constitue pas même une décision de justice⁷⁵⁷. En outre, le jugement sur le plan ne peut le plus souvent constituer un titre exécutoire faute de fixer des créances liquides et exigibles : la vérification des créances n'est généralement pas achevée au jour de son adoption. Parallèlement, il était douteux qu'un créancier pût invoquer un titre exécutoire obtenu avant l'ouverture de la procédure ; il a été observé que ce titre perdait son efficacité dans la mesure où la loi impose une vérification des créances antérieures même lorsqu'elles sont constatées par un jugement ou par un acte notarié⁷⁵⁸. Le créancier devait dès lors solliciter une condamnation du débiteur à exécuter les échéances impayées du plan.

⁷⁵³ MONSIERE BON M.H obs. sous Cass. com., 14 mars 1995 : Dr. et patrimoine 1996, n° 36, p. 83. Egalement voy. CA Paris, 3e ch. B, 8 nov. 1991 : RJDA 1992/2, n° 197.

⁷⁵⁴ CA Nîmes, 14 févr. 2006 : JurisData n° 2006-311428.

⁷⁵⁵ VALLENS J.-L., Cass. com., 15 oct. 2002 : RTD com. 2003, p. 168, obs.

⁷⁵⁶ Sur la notion de titre exécutoire, cf. DEFOSSEZ M., JCl. Procédure civile, Fasc. 2100. - DESDEVISES Y., Lamy Droit de l'exécution forcée, étude n° 205. - R. Perrot, Le titre exécutoire et son actualité jurisprudentielle : LPA 22 déc. 1999, p. 5.

⁷⁵⁷ Cass. com., 2 mai 2001 : Bull. civ. 2001, IV, n° 82 qui refuse à un liquidateur la possibilité de pratiquer une saisie des rémunérations du débiteur sur le fondement de l'état des créances.

⁷⁵⁸ SCHOLASTIQUE E, Titre exécutoire et procédures collectives : Dr. et procédures 2005, p. 7, spéc. n° 25.

1082. Dans le silence du droit des entreprises en difficultés, l'action s'exerçait selon le droit commun. La demande était portée devant le juge naturel de la créance éventuellement selon la procédure de référé provision⁷⁵⁹. L'exercice de l'action dans le temps n'était limitée que par la prescription de droit commun à l'encontre du créancier dont les droits avaient été définitivement admis⁷⁶⁰.

1083. La loi du 26 juillet 2005 a mis un terme à cette construction jurisprudentielle antérieure en disposant à l'article L. 626-27 I alinéa 1^{er} *in fine* du Code de commerce :
« lorsque l'inexécution résulte d'un défaut de paiement des dividendes par le débiteur et que le tribunal n'a pas prononcé la résolution du plan, le commissaire à l'exécution du plan procède, conformément aux dispositions arrêtées, à leur recouvrement ».

1084. La formulation de la règle pouvait laisser croire que le recouvrement forcé des dividendes était subsidiaire par rapport à la résolution du plan. Mais le décret du 28 décembre 2005 levait implicitement l'ambiguïté : selon l'article R. 626-47 du Code de commerce dans la rédaction résultant de ce décret, l'inexécution du plan donne lieu à l'établissement d'un rapport par le commissaire qui propose éventuellement les solutions qui seraient de nature à en permettre l'exécution. Il fallait en déduire que l'action en exécution forcée était ouverte indépendamment d'une demande en résolution.

1085. La nouvelle rédaction de l'article L. 626-27, I, du Code de commerce par l'ordonnance du 18 décembre 2008 clarifie explicitement la sanction de l'inexécution du plan. Il est en effet prévu par un premier alinéa : « En cas de défaut de paiement des dividendes par le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan procède à leur recouvrement conformément aux dispositions arrêtées. (...) » ; par l'alinéa suivant, il est rappelé que le tribunal peut décider la résolution du plan si le débiteur ne l'exécute pas dans les délais fixés.

1086. Faute de paiement volontaire, la sanction première est l'exécution forcée du plan : le juge ne saurait prononcer une résolution pour inexécution dès lors qu'un recouvrement demeure possible. La solution conforte les droits des créanciers qui pourront

⁷⁵⁹ CA Paris, 6 févr. 2002 : Bull. inf. C. cass. 2002, n° 1283.

⁷⁶⁰ Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. 1996, IV, n° 254 ; D. affaires 1997, p. 27.

obtenir les paiements prévus, certes avec retard ; elle tient également compte des intérêts du débiteur qui échappe à une nouvelle procédure collective, si le manquement n'est pas trop grave, les perspectives futures de l'entreprise permettant d'envisager une reprise de l'exécution spontanée pour l'avenir.

1087. Toutefois, pour nous, cette échappatoire entame l'efficacité du plan. En effet, la circonstance que le débiteur ne puisse pas exécuter les dispositions du plan d'apurement qu'il a lui-même consenti ne démontre-t-il pas sa mauvaise foi et partant le fait qu'il a des difficultés de paiement ? Cette solution aussi pratique qu'elle soit n'a pas été retenue par le législateur pour qui la sanction de l'inexécution volontaire du plan est celle de l'exécution forcée.

1088. La voie du recouvrement forcé est en revanche fermée lorsque la cessation des paiements est constatée en cours d'exécution du plan. Dans une formulation impérative, l'alinéa suivant de l'article L. 626-27, I, du Code de commerce dispose que le tribunal décide alors l'ouverture d'une nouvelle procédure. Selon l'ordonnance de 2008, celle-ci peut désormais consister en un redressement judiciaire : la liquidation judiciaire est cantonnée à l'hypothèse où le redressement est manifestement impossible, en conformité avec la disposition générale de l'article L. 640-1 du Code de commerce.

1089. Autrement dit, l'exécution forcée du plan est écartée au profit d'une seconde procédure collective ; celle-ci peut encore assurer une continuité d'exploitation grâce à un plan de redressement judiciaire. Il faut noter que cette innovation fait l'objet d'un régime transitoire particulier : elle s'applique dès le 15 février 2009 aux plans de sauvegarde en cours d'exécution⁷⁶¹.

1090. En résumé, l'exécution forcée et le recouvrement des dividendes du plan en cas de manquement est confiée au commissaire à l'exécution du plan dont la mission est de contrôler l'effectivité de l'exécution du plan. Ce ci est vrai ce d'autant plus que sa mission ne prend fin qu'au paiement de la dernière échéance prévue par le plan si celle-ci est postérieure à l'échéance stipulée par les parties avant l'ouverture de la procédure⁷⁶².

⁷⁶¹ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 173.

⁷⁶² C.Com., art.L626-31.

1091. Mais il se peut que la mission du commissaire ait cessé et qu'il existe des impayés sur les dividendes du plan ? que décider dans ces conditions. Apparemment le législateur n'avait pas prévu cette hypothèse en ce sens que le commissaire à l'exécution du plan disposait de l'exclusivité dans le recouvrement des dividendes.

1092. Cette imprévision du législateur a toutefois été levée avec l'ordonnance du 12 mars 2014 sus citée étant entendu qu'un nouvel alinéa a été ajouté pour pallier à toute défaillance du commissaire à l'exécution. En effet, dans le cas où celui-ci a cessé sa mission, le législateur prévoit désormais qu'un mandataire ad hoc est chargé de procéder à ce recouvrement⁷⁶³.

1093. Dans sa mission, le commissaire à l'exécution du plan signale, dans un rapport adressé au président du Tribunal et au ministère public, l'inexécution du plan de la part du débiteur ou de toute autre personne. Le rapport fait état des observations du débiteur et propose éventuellement les solutions qui seraient de nature à permettre l'exécution du plan⁷⁶⁴.

2- Le Caractère attitré de l'action en exécution forcée du plan

1094. Comme avant la réforme de 2005, le jugement qui arrête le plan ne confère pas en soi un titre exécutoire au commissaire chargé de procéder au recouvrement des dividendes. Pour procéder au recouvrement d'un dividende impayé, le commissaire au plan doit solliciter en justice un titre exécutoire, au vu du passif admis. Saisi d'un incident de paiement d'une échéance, le tribunal de la procédure collective qui n'est pas tenu de prononcer la résolution du plan, peut préférer condamner le débiteur à l'exécution forcée de l'échéance due. Il est précisé que : *« pour l'exécution de la mission prévue par le premier alinéa de l'article L.626-27, le commissaire à l'exécution du plan saisit le tribunal aux fins d'obtention d'un titre exécutoire, s'il n'en dispose pas. Le président statue par voie d'ordonnance. »*⁷⁶⁵.

1095. Le commissaire à l'exécution du plan peut agir à l'encontre d'autres personnes que le débiteur. A cette fin, l'article L. 626-27 I du Code de commerce précise que le

⁷⁶³ C.com. ART. L629-27.

⁷⁶⁴ C.com. art. R.626-47.

⁷⁶⁵ C.Com., art. R.626-47-1.

commissaire procède au recouvrement des dividendes du plan "*conformément aux dispositions arrêtées*". Il lui incombe de mettre en œuvre les engagements que des tiers ont pu souscrire dans le plan. Il s'ensuit que le commissaire doit pouvoir agir en libération d'une augmentation de capital que des tiers repreneurs ont souscrite, sans que l'on puisse lui opposer la jurisprudence antérieure qui précisait que seuls les dirigeants de la personne morale débitrice pourraient agir cette fin⁷⁶⁶.

1096. De même, le commissaire pourrait agir en exécution forcée des garanties et sûretés fournies pour assurer l'exécution du plan et mentionnées par celui-ci⁷⁶⁷. Dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 626-2 du Code de commerce permettait d'indiquer dans le projet de plan "*les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution*". Lorsque le débiteur était une personne morale, ses dirigeants pouvaient ainsi se constituer garants de la bonne fin du plan. Le projet de plan pouvait prévoir utilement des sûretés personnelles, comme des sûretés réelles constituées par les dirigeants de la personne morale débitrice et dénommées "cautionnements réels" par la pratique.

1097. Le terme de garantie n'a pas de contenu juridique précis : des engagements de ne pas faire comme celui de ne pas nantir ou de ne pas hypothéquer certains biens pour sûreté de dettes futures pouvaient également être souscrits... L'ordonnance du 18 décembre 2008 substitue le terme "débiteur" à celui de "chef d'entreprise" dans l'article L. 626-2 du Code de commerce.

1098. Les garanties d'exécution du plan ne sont plus fournies par les dirigeants sous forme de sûretés personnelles ou de sûretés réelles pour autrui : les garanties sont désormais souscrites par le débiteur. Dans une interprétation littérale, le débiteur ne peut s'engager ni par une sûreté personnelle, ni par une sûreté réelle pour autrui puisqu'il répond d'ores et déjà de l'exécution du plan sur son patrimoine. Mais il faut observer que la règle de l'article L. 626-10 du Code de commerce selon laquelle le plan désigne les personnes tenues de l'exécuter et mentionne l'ensemble des engagements souscrits par elles n'a pas été modifiée par la réforme de 2008 : il n'est dès lors pas expressément interdit à des tiers, dont les dirigeants de la

⁷⁶⁶ LE CORRE P.M., obs. sous Cass. com., 12 oct. 2004 : Bull. civ. 2004, IV, n° 184 ; D. 2005, pan. p. 295; Bull. Joly Sociétés 2005, p. 27, note A. Cérati-Gauthier ; RJ com. 2005, p. 35, note MONSERIE-BON M.-H.; Saint-Alary-Houin C., in RTD com. 2005 p. 592,

⁷⁶⁷ C. com., art. L. 626-10.

personne morale débitrice, de souscrire des sûretés personnelles ou réelles pour l'exécution du plan. Le régime de l'instance en exécution forcée du plan et de ses suites ne fait l'objet d'aucune disposition spéciale. Le retour au droit commun s'impose en application de l'article R. 662-1 du Code de commerce. Ainsi, conformément au principe de la contradiction, le débiteur et les autres personnes dont les engagements conditionnent le recouvrement des dividendes du plan doivent être entendues ou du moins appelées à l'instance. Mais le droit commun s'applique sous réserve des règles contraires du droit des procédures collectives.

1099. Dans ce cadre, diverses dispositions du Code de commerce doivent dès lors être appliquées, même si elles ne visent pas expressément l'action en recouvrement des dividendes du plan. Ainsi et conformément à l'article R. 626-23 du Code de commerce, le tribunal qui a arrêté le plan demeure compétent pour connaître des conditions de son exécution : il lui appartient dès lors de statuer sur la demande en exécution forcée que lui présente le commissaire. Si la compétence du tribunal est contestée, celui-ci se prononce sur la compétence et sur le fond dans un même jugement⁷⁶⁸.

1100. De même, le jugement est prononcé en audience publique conformément à l'article R. 662-13 du Code de commerce et ce, dans la mesure où l'article L. 626-27 I du Code de commerce présente le recouvrement forcé comme une alternative à la résolution, un raisonnement par analogie pourrait conduire à s'inspirer en outre du régime de l'instance en résolution.

1101. Quant au jugement et à sa critique, la méthode des rédacteurs de la loi de 2005 puis de l'ordonnance de 2008 consistant à lister les décisions susceptibles de recours⁷⁶⁹ révèle ici ses limites : le jugement d'exécution forcée du plan n'est pas visé par le dispositif relatif aux voies de recours. Il faut dès lors revenir au droit commun pour l'ouverture des recours et appliquer les règles du droit des procédures collectives pour leur exercice. Ainsi, l'appel est ouvert au débiteur et au commissaire à l'exécution du plan en leurs qualités de parties : il est enfermé dans les dix jours à compter de la notification ou de la communication de la décision...

⁷⁶⁸ C. com., art. R. 662-6.

⁷⁶⁹ C. com., art. L. 661-1. - C. com., art. L. 661-3.

1102. Enfin, l'exercice de procédures civiles d'exécution contre le débiteur se déroule en principe en application des règles ordinaires du droit de l'exécution sous le contrôle du juge de l'exécution. Le commissaire à l'exécution du plan puise dans sa mission de recouvrement des échéances du plan, le pouvoir d'exercer des procédures civiles d'exécution contre le débiteur ou contre les tiers qui se sont engagés dans le cadre du plan.

1103. Ainsi, il peut prendre d'éventuelles mesures conservatoires dans l'attente de l'obtention du titre exécutoire ; de même, il peut mettre en œuvre le titre exécutoire qu'il a obtenu par des mesures conservatoires ou par des mesures d'exécution. Ces opérations s'exercent selon le droit commun de l'exécution forcée qui doit être combiné avec le régime du plan. Ainsi, des mesures d'exécution ne peuvent porter sur les biens que le tribunal a rendus inaliénables en application de l'article L. 626-14 du Code de commerce, sauf autorisation du tribunal que le commissaire peut solliciter, et après avis du parquet.

1104. L'articulation du recouvrement forcé du plan avec la déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble à laquelle le débiteur a pu procéder en application de l'article L. 526-1 du Code de commerce suscite des difficultés⁷⁷⁰. L'insaisissabilité n'a en principe d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits sont nés après la publication de la déclaration du débiteur et à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant⁷⁷¹.

1105. L'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers d'une procédure collective subséquentement ouverte contre le débiteur a suscité des divergences d'analyses dans le cadre comparable de la liquidation judiciaire ; pour les uns, l'insaisissabilité ne ferait pas obstacle à la vente des immeubles poursuivie par le liquidateur dans l'intérêt collectif des créanciers, en présence de créanciers antérieurs ou extraprofessionnels⁷⁷² ; pour les autres, la collectivité des créanciers ne se réduit pas au groupe des créanciers antérieurs ou extraprofessionnels, en sorte qu'aucune saisie de l'immeuble ne peut être pratiquée en son nom⁷⁷³.

⁷⁷⁰. BONNEAU M.-F, Entretiens de la sauvegarde : atelier saisie immobilière et insaisissabilité : Rev. proc. coll. mars-avr. 2009, p. 3.

⁷⁷¹ C. com., art. L. 526-1, al. 1

⁷⁷² JACQUEMONT A., Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 109, n° 815. - PEROCHON et BONHOMME R., Entreprises en difficulté, op. cit., n° 74, n° 42.

⁷⁷³ LE CORRE P.-M, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit., n° 26, n° 572-37. -. PETEL Ph, obs. ss. CA Orléans, 15 mai 2008 : JCP G 2009, I, 114, n° 9.

1106. La Cour de cassation a récemment approuvé des juges du fond d'avoir déclaré un liquidateur irrecevable en sa demande d'inopposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité d'un débiteur, faute d'intérêt pour agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile⁷⁷⁴ : la demande n'était que préventive en l'absence de réalisation du bien et de contestation soulevée par le débiteur. L'arrêt prend soin de préciser que les juges du fond n'ont pas apprécié l'effet de la déclaration du débiteur : la question reste entière.

1107. Force est de constater qu'aucune des deux thèses n'est vraiment satisfaisante. Si l'on considère que la déclaration d'insaisissabilité est inopposable au commissaire au plan, la saisie de l'immeuble suscitera d'épineuses questions de répartition du prix de vente : en théorie, les créances nées de l'activité professionnelle du débiteur après la publication de la déclaration ne devraient pas profiter directement ni même indirectement de l'opération⁷⁷⁵. En sens inverse, considérer que l'insaisissabilité est opposable au commissaire au plan, revient à lui faire produire plus d'effets dans le cadre d'une procédure collective qu'en droit commun. En droit de l'exécution forcée, le principe est celui de la saisissabilité des biens du débiteur au profit de tous les créanciers : c'est la conséquence du droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil. L'article L. 526-1 du Code de commerce déroge à ce principe au profit d'une seule catégorie de créanciers : ceux dont les droits sont nés de l'activité professionnelle du débiteur après la publication de la déclaration. Interdire la saisie dans l'intérêt collectif des créanciers étend l'effet de l'insaisissabilité aux créanciers extraprofessionnels et aux créanciers antérieurs. La pratique pourrait chercher à sortir de cette impasse. Il demeure en effet permis au débiteur de renoncer à l'insaisissabilité : les créanciers pourraient subordonner leurs concours, notamment les remises accordées dans le plan, à cette initiative. Mais la possibilité d'établir dans le plan un traitement différencié entre les créanciers, pourrait faire rebondir la difficulté⁷⁷⁶.

1108. La constitution d'une fiducie par le débiteur suscite des difficultés comparables : les actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire échappent en principe aux poursuites des créanciers du débiteur et par conséquent à l'assiette du recouvrement forcé des dividendes impayés du plan. Certes, l'article 2025 du Code civil rappelle le correctif de la fraude qui permet aux créanciers du constituant de se payer sur l'actif fiduciaire : l'article L. 626-25 du Code de commerce permet au commissaire à l'exécution du plan de faire constater

⁷⁷⁴ ROLAND B., obs. sous Cass. com., 3 févr. 2009 : Procédures 2009, comm. n° 159.

⁷⁷⁵ En ce sens Voy. PETEL Ph., obs. sous. CA Orléans, 15 mai 2008 préc.

⁷⁷⁶ VINCKEL F., L'exécution forcée du plan de sauvegarde, op. cit., p. 29 et 30.

cette fraude dans l'intérêt collectif des créanciers. Mais l'hypothèse devrait demeurer marginale en pratique. La même disposition réserve en outre la situation des créanciers titulaires d'un droit de suite sur les actifs fiduciaires, par l'effet d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie. Mais cette réserve au profit de créanciers déterminés heurte à nouveau la nature collective du recouvrement, comme dans l'hypothèse de l'insaisissabilité des biens fonciers.

CONCLUSION TITRE I

1109. Le plan de restructuration est l'instrument juridique par lequel la restructuration de l'entreprise va s'effectuer. Il apparaît au surplus comme l'outil de restructuration adapté à l'entreprise qui n'est pas en cessation des paiements.

1110. En dépit de certaines différences notionnelles et conceptuelles, il répond à une même logique dans les deux systèmes de droit, notamment celui d'aboutir avec une plus grande efficacité économique à la pérennisation de l'activité de l'entreprise par la mise en place de mesures tant opérationnelles, économiques et financières. Ce plan en dépit de certaines incohérences, est une technique souple dans la mesure où il s'appuie sur différents mécanismes de restructuration de la dette et également de l'activité économique et où il peut être modifié. Les mesures prévues ne sont pas figées dans le marbre et des modifications sont concevables. Le plan est susceptible de mutabilité contrôlée. Il constitue un instrument juridique original qui essaie d'organiser l'avenir de l'entreprise par une décision judiciaire après consultations et négociation avec les créanciers dont le rôle dans la recherche de solutions transactionnelles de traitement des difficultés de l'entreprise a été renforcé.

TITRE II LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CREANCIERS DANS LA RESTRUCTURATION DE L'ENTREPRISE

1111. Le législateur OHADA et son homologue français mettent en avant l'objectif d'apurement du passif au nombre des objectifs que doit atteindre la restructuration dans le but d'assurer une meilleure prise en compte des droits des créanciers dans la réorganisation de l'entreprise défaillante.

1112. Cet objectif découle de la lecture des dispositions des articles L.620-1 du code de commerce et 2 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui disposent respectivement : « *la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ». En outre, « *le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation de l'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif* »

1113. Il en résulte que la réorganisation de l'entreprise défaillante passe par la participation des créanciers⁷⁷⁷ au processus de la restructuration de l'entreprise qui apparaît comme l'une des finalités des procédures collectives⁷⁷⁸. Cette finalité justifie la revalorisation des droits des créanciers dans les dernières réformes. Ils sont donc logiquement appelés à jouer un rôle prépondérant dans le déroulement de la procédure et l'adoption du plan de restructuration.

⁷⁷⁷ La participation des créanciers à la procédure collective avait disparu avec la réforme de 1985. La doctrine a pu dénoncer « l'évanouissement des créanciers » dont les droits avaient été très nettement amoindris en 1985, puisqu'ils perdaient notamment tout pouvoir de décision sur le sort du débiteur. La loi de sauvegarde des entreprises de 2005, comme l'ordonnance du 18 décembre 2008, s'inscriraient ainsi dans une politique de restauration des droits des créanciers amorcée par la loi du 10 juin 1994, l'accroissement du rôle des créanciers dans le traitement des difficultés des entreprises en étant une conséquence. Voy. COUTURIER G., les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficultés. BJS, 01 juillet 2010 n° 7, p. 683.

⁷⁷⁸ Cette finalité de la restructuration peut sembler étonnante ce d'autant plus qu'il est en effet à craindre que les créanciers cherchent à satisfaire avec plus d'ardeur leurs intérêts propres et que le rétablissement pérenne des entreprises soit sacrifié.

1114. Bien qu'on ait parfois voulu le nier, il est évident que les créanciers sont des acteurs de premier plan dans un droit orienté vers la sauvegarde des entreprises en difficulté. Leur situation est réaménagée⁷⁷⁹ sur bien des points par le renforcement de l'organisation collective qui entre temps avait disparu en droit français.

1115. Cette participation des créanciers dans les procédures de restructuration est en réalité inhérente au traitement anticipé des difficultés : plus on remonte en amont des difficultés, plus il faut tenir compte de l'intérêt des créanciers. Du créancier subissant, puis acceptant, le créancier est devenu au terme des dernières réformes du droit des entreprises en difficulté un créancier proposant et décidant. Il est devenu un véritable partenaire de l'entreprise en difficultés.

1116. Ce rôle novateur ou rétabli s'effectue dans un cadre collectif et suivant une solidarité dont l'objectif est d'impliquer ces partenaires de l'entreprise en difficulté en les associant au dénouement de la procédure. Ils sont invités à adopter les propositions de plan présentées par le chef d'entreprise. Ce rôle leur permet d'accorder des remises facilitant les plans malgré la réticence de certains ou d'aller au-delà des délais qui peuvent être imposés par le Tribunal⁷⁸⁰. Mais ces innovations n'occultent pas des limites dans ce réaménagement de la situation des créanciers. Ainsi, si ce renforcement se traduit pour notre part par le favoritisme accordé par le législateur aux créanciers, il reste qu'existent des limites dans cette prise en compte des droits des créanciers.

⁷⁷⁹ Certains auteurs parlent de « come back des créanciers » en ce sens que la loi de 1985 avaient écarté les créanciers de la prise de décision sur le sort de l'entreprise mais la nouvelle loi de 2005 marque un revirement avec un retour des créanciers avec pour objectif de les associer à la définition du sort de l'entreprise. Voy SAINT ALARY HOUIN C., droit des entreprises en difficultés 6^{ème} édition MONCHRESTIEN2009, n° 853, p.545.

⁷⁸⁰ DEHARVENG J., philosophie de la réforme et présentation du nouveau cadre juridique : Rév. Lamy droit des affaires, suppl. déc. 2005, p.4.

CHAPITRE I DES CREANCIERS FAVORISES DANS LE PROCESSUS DE RESTRUCTURATION DE L'ENTREPRISE

1117. Les créanciers sont favorisés dans les procédures de restructuration de l'entreprise, étant entendu que désormais leur pouvoir décisionnel est non seulement accru (section I) mais également ils peuvent changer de statut en devenant propriétaire de l'entreprise. Il est prévu un dispositif d'expropriation autorisée par le législateur. (section II)

Section I l'accroissement du pouvoir décisionnel des créanciers

1118. Le rôle des créanciers dans la recherche des solutions de restructuration est accru étant entendu que le législateur leur procure des pouvoirs assez étendus. Ce pouvoir qui avant les dernières réformes du droit des entreprises en difficultés⁷⁸¹ avait disparu a été restauré⁷⁸². Désormais, l'on assiste à un changement de paradigme au profit des créanciers qui redeviennent les maîtres de la restructuration de l'entreprise. Ils ne se contentent plus de jouer un rôle consultatif, mais deviennent décideurs du sort de l'entreprise en difficultés.

1119. Ce changement de finalité se justifie par l'idée que l'attractivité des procédures de réorganisation de l'entreprise repose sur une participation de tous. Le débiteur en difficulté d'une part mais également les créanciers qui ne doivent pas être réticents ; mais plutôt rassurés par l'initiative de restructurer l'entreprise. Un tel sentiment pour notre part ne paraît possible que si les créanciers ne se sentent pas exclus. Il en résulte par ailleurs une volonté affirmée du législateur d'impliquer les créanciers dans la réorganisation de l'entreprise. Ce pouvoir décisionnel plus affirmé en droit français qu'en droit OHADA⁷⁸³ fera l'objet de nos

⁷⁸¹ En droit français, la participation des créanciers a connu une effervescence à l'époque du concordat. La loi de 1967 confie aux créanciers un rôle fondamental. « La procédure est faite pour eux et par eux. Les créanciers votent au sein d'une assemblée et décident du sort de l'entreprise. La loi de 1985 revient sur ce principe et décide de favoriser le débiteur. La notion de masse disparaît et les créanciers subissent une mutilation de leurs prérogatives décisionnaires.

⁷⁸² Il convient de préciser que dans la législation OHADA, ce pouvoir décisionnel des créanciers n'est expressément affirmé que dans le cadre de la procédure du redressement judiciaire que nous n'étudions pas dans le cadre de la présente étude. Cette procédure a pour conséquence de créer une masse des créanciers qui vont voter le plan de restructuration.

⁷⁸³ Dans le cadre de cette partie nous nous appesantirons sur les dispositions du droit français uniquement étant entendu qu'en droit OHADA comme nous le démontrerons, leur pouvoir décisionnel se limite uniquement à

développements. Il se manifeste par la mise en place de plans de restructuration pré négociés à l'image des procédures existantes dans le droit américain notamment (para I) mais également par la possibilité pour les créanciers de proposer des solutions opérationnelles de restructuration de l'entreprise défaillante ; ce qui constitue une innovation en droit français (para II).

Para I l'institution de procédures pré négociées

1120. L'institution de ces procédures négociées ont pour origine la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 ayant institué en droit français un nouvel outil : la sauvegarde financière accélérée qui, issue de la pratique notamment l'affaire THOMSON⁷⁸⁴, a eu une consécration légale. Mais très tôt cet outil de restructuration a fait l'objet de vives critiques car réservé aux seuls créanciers financiers. Ces critiques ont engendré l'intervention du législateur qui a créée dans le cadre de la réforme de l'ordonnance de 2014, une nouvelle procédure : la sauvegarde accélérée qui devient la procédure de droit commun tandis que la sauvegarde financière accélérée devient une procédure dérivée.

1121. Ces procédures inspirées du droit américain, et notamment du *prepackaged restructuring plan*, consistent en la possibilité pour le débiteur de présenter au tribunal un plan de restructuration pré-négocié avec ses créanciers avant l'ouverture de la procédure. Outil très utilisé aux Etats-Unis, il a inspiré la loi de sauvegarde financière accélérée des entreprises en difficultés de 2010⁷⁸⁵ et la récente réforme de 2014 en ce qui concerne la sauvegarde

accepter ou refuser les propositions du débiteur, mieux dans certains cas le législateur prévoit que leur acceptation n'est pas nécessaire. En effet, il résulte des dispositions de l'article 15.2 que dans le cas où le concordat préventif comporte une demande de délais n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai ou toute remise...

⁷⁸⁴ BOULGOUROUX H., « vote du plan de sauvegarde de la société THOMSON SA » l'essentiel du droit des entreprises en difficultés, 01 avril 2010 n° 4, p.2 . Voy. LEBEL C, « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde THOMSON SA », la semaine juridique Entreprise et Affaires, n° 51, 17 décembre 2009.

⁷⁸⁵ Si le droit français des procédures collectives apparaît fréquemment comme trop complexe, le droit américain des procédures collectives est souvent utilisé comme exemple d'un droit tendant à plus de simplicité. Le Bankruptcy Code organise les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis. Le Chapitre 11 du Titre 11, qui traite de la réorganisation des entreprises en difficulté, demeure une source d'inspiration pour de nombreux systèmes juridiques. Ce chapitre prévoit une procédure particulière, dite le *prepackaged plan*, ou «prepack», qui consiste en un plan de restructuration de l'entreprise, négocié entre le débiteur et ses créanciers, et présenté au tribunal avant l'ouverture de toute procédure.

En France, l'idée que le plan de sauvegarde peut avoir pour objet de rendre opposable un plan de

accélérée. Il s'agit de procédures à mi chemin entre les procédures de conciliation et de sauvegarde.

1122. Ces procédures pré négociées ont été instituées dans l'intérêt exclusif des créanciers ; ce qui explique qu'elles sont à leur service (A) et leurs sont bénéfiques (B).

A- Des procédures au service des créanciers

1123. Pour les créanciers, la valeur de l'entreprise est à la fois l'assiette de leur droit de gage dans une conception patrimoniale et statique, mais également, la condition de leur retour à meilleure fortune dans une perspective économique et dynamique. La valeur de l'entreprise au moment de la procédure de sauvegarde étant fréquemment inférieure à la valeur de la totalité de sa dette, les créanciers ont tout intérêt à s'associer à la procédure de sauvegarde et à conclure avec leur débiteur un accord qui contribuera à la préservation de la valeur de l'entreprise. Celle-ci aura des conséquences sur la capacité de l'entreprise à créer de la richesse nécessaire au remboursement de leurs créances.

1124. Le principe de ces procédures préparées de restructuration à la différence des sauvegardes dites économiques ou opérationnelles est de pré- négocier un accord adopté par la majorité des créanciers dans le cadre d'une conciliation pour le faire adopter en tant que plan dans le cadre d'une procédure de sauvegarde.

restructuration approuvé par une majorité de créanciers et non pas uniquement le gel du passif antérieur ou la suspension des poursuites est apparue lors de récentes affaires, notamment à travers l'adoption du plan de sauvegarde de la société Autodis par le Tribunal de commerce d'Evry le 6 avril 2009 (Trib. com Évry, 5e ch., 6 avril 2009, no 2009L00934). La nécessité d'accélérer les procédures a aussi été mise en avant lors de la sauvegarde éclairée réalisée par la société Technicolor au tribunal de Nanterre le 17 février 2010. Il s'agit avant tout de trouver des solutions aux nouveaux problèmes posés par les montages financiers confrontés aux entreprises en difficulté. C'est dans cette optique qu'a été votée la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, introduisant la sauvegarde financière accélérée, qui est entrée en vigueur le 1er mars 2011. Le Décret n° 2011-236 du 3 mars 2011 précise le fonctionnement de la nouvelle procédure de sauvegarde financière accélérée créée par cette loi. Si la doctrine a beaucoup parlé de prepack à la française, en raison de la forte inspiration du droit américain en la matière, la loi de sauvegarde financière accélérée n'est pas une simple transposition du droit américain en droit français. Elle diffère du prepackaged plan américain en plusieurs aspects.

1125. Si la participation active des créanciers de l'entreprise est incontestablement nécessaire au succès d'une procédure de sauvegarde accélérée, il est en revanche possible de se demander si en l'état du droit positif, les intérêts catégoriels des créanciers sont réellement pris en compte de manière satisfaisante au sein de cette procédure.

1126. En tout état de cause, l'intérêt du recours à cette procédure dérogatoire⁷⁸⁶ et d'exception se justifie par le fait que l'ouverture d'une procédure collective stricto sensu fragilise considérablement l'environnement économique d'une entreprise. Ainsi, la négociation d'un accord de restructuration avec les créanciers en amont de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et leur adhésion pour sa mise en œuvre dans le cadre de celle-ci vont permettre un déroulement accéléré de la procédure en évitant toute destruction de valeur de l'entreprise. Ces plans « pre packés » reposent sur un concours des créanciers ce qui a pour conséquence de les rendre applicable qu'aux seuls créanciers affectés.

1- Des plans reposant sur le concours des créanciers

1127. Les plans pré négociés reposent sur le concours des créanciers étant entendu qu'ils ont le monopole de la négociation et de la formalisation de l'accord de restructuration de l'entreprise. A cet effet, le législateur dispose que : *« il est institué une procédure de sauvegarde financière accélérée soumise aux règles applicables à la procédure de sauvegarde sous réserves des dispositions du présent chapitre. La procédure de sauvegarde accélérée est ouverte sur demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise. Ce projet doit être suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article L.628-8 ou le cas échéant à l'article L.628-10. »*⁷⁸⁷

1128. Cette procédure pré négociée a pour but d'assurer la pérennité de l'entreprise et repose sur un accord suffisamment large des créanciers. Pour se faire, le débiteur doit avoir *« élaboré un projet de plan susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers appelés à la conciliation »*.

⁷⁸⁶ LIENHARD A, entreprise en difficultés, La sauvegarde financière accélérée, in Dalloz répertoire des sociétés. Janvier 2011, p.2, n° 6.

⁷⁸⁷ C.Com., art. L 628-1.

1129. Autant qu'une condition, c'est le mécanisme même de la passerelle du prepack. L'élaboration du plan avant le passage en sauvegarde est évidemment la clé de réussite de cette procédure. C'est d'ailleurs l'enseignement majeur des prepacks dans les affaires pilotes auto distribution et THOMSON ⁷⁸⁸. Les créanciers majoritaires signent alors un protocole d'accord fixant les termes du futur plan et s'engagent à voter en faveur de celui-ci. Tandis que de son côté, le débiteur s'engage à solliciter l'ouverture d'une sauvegarde et à soumettre à l'approbation du comité des établissements de crédit et le cas échéant à l'assemblée des obligataires, un projet de plan conforme à l'accord de prepack⁷⁸⁹.

1130. Quant à la notion de suffisamment large, il appartiendra au Tribunal de l'apprécier au cas par cas. Mais bien évidemment, il convient à tout le moins que le débiteur dispose tant dans le comité des établissements de crédit que s'il y a lieu dans l'assemblée des obligataires de la majorité des deux tiers du montant des créances financières ; ce qui suppose acquis que tous puissent voter. Le texte est ici volontairement souple. Nulle condition précise n'étant posée relativement au caractère ferme de l'accord, sa forme ou son effectivité. Du moment que ce soutien existe, rien ne s'oppose à ce que le plan soit voté dans le délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture⁷⁹⁰.

2-Une procédure pré négociée concernant tous les créanciers

1131. La procédure pré négociée à l'issue de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficultés concerne désormais tous les créanciers(b) et pas seulement les créanciers financiers même si ab initio dans la conception du législateur, elle était de leur apanage (a).

⁷⁸⁸ TEBOUL G., L'affaire Technicolor : la sauvegarde en rose Petites affiches, 01 avril 2010 n° 65, p. 3.

⁷⁸⁹ Sur cette question et les techniques juridiques permettant d'assurer l'efficacité de ce dernier notamment quant au risque de manquement par les créanciers à leur engagement de voter et la possibilité d'en obtenir l'exécution forcée. Voy. BESSE et MORELLI, op. cit., n° 8 à 17.

⁷⁹⁰ Et même arrêté par le tribunal car malgré le décalage entre le texte de l'article L.628-1 et celui de l'article L. 628-6, c'est bien l'arrêté

a- Des procédures initialement conçues pour les créanciers financiers

1132. A l'origine les procédures pré négociées de restructuration de l'entreprise avaient été mises en place pour les créanciers financiers. A cet effet, il était précisé que : *« l'ouverture de la procédure n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 626-30 comme ayant la qualité de membres du comité des établissements de crédits et s'il ya lieu de ceux mentionnées à l'article L.626-32. »*⁷⁹¹

1133. N'étaient concernés par la procédure pré négociée que les créanciers financiers à l'exclusion des autres. Cet article traduisait en conséquence l'effet sélectif de ladite procédure. Aucun des autres créanciers ne pouvaient participer à la sauvegarde financière accélérée notamment les fournisseurs de biens ou services mais aussi les créanciers publics. Cette exclusion a amené la doctrine à évoquer les expressions bien trouvées de procédure « semi-collective »⁷⁹² ou « quasi collective »⁷⁹³.

1134. Tel était le choix du législateur alors que l'on aurait pu imaginer aussi un mécanisme plus souple de délimitation du périmètre des créanciers attrait dans la procédure en laissant par exemple au président du tribunal, en amont de l'ouverture de la procédure, le pouvoir d'établir une liste au cas par cas ; système qui eût permis de viser également des fournisseurs stratégiques et des créanciers publics.

1135. La sauvegarde financière accélérée portait⁷⁹⁴ bien son nom. Elle était une procédure doublement attribuée puisqu'elle ne concernait que les créanciers financiers et les grandes entreprises et ne visait que les entreprises fortement endettées à l'égard de leurs établissements de crédit éventuellement de leurs obligataires. Les autres créanciers y compris publics restaient en marge de la procédure et devaient être payés à l'échéance conventionnelle.

⁷⁹¹ C.Com., art. L. 628 alinéa 2 ancien , voir code de commerce 108ème édition DALLOZ sous la supervision, de RONTCHEVSKY N., p.1182..

⁷⁹² LE CORRE M, L'avènement prochain d'une procédure semi-collective, Gaz. Pal. 15-16 oct. 2010, p. 3

⁷⁹³ LUCAS X La SFA, une procédure quasi-collective, LEDEN, déc. 2010.

⁷⁹⁴ Cette procédure de SFA n'a pas disparu mais a été relégué en second plan. Voy. c.com., art.L.628-9.

1136. Cette limitation pour notre part constituait une « agression »⁷⁹⁵ au principe d'égalité des créanciers, principe sacrosaint du droit des entreprises en difficultés, principe sous tendu par la doctrine⁷⁹⁶ et également par la jurisprudence⁷⁹⁷. Certains auteurs se sont même offusqués du favoritisme à l'égard du banquier bienfaiteur de la vie économique. Toutes ces limites contribuant à l'inefficacité de ce système rapide, le législateur l'a complété par l'extension du bénéfice des procédures accélérées à tous les créanciers.

b. Des procédures applicables aux autres créanciers non financiers

1137. Depuis la réforme de l'ordonnance de 2014, les procédures pré négociées ne sont plus l'apanage des créanciers financiers mais de tous les autres créanciers et ce à travers la nouvelle sauvegarde accélérée. Il est précisé que: *« l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 et soumis à l'obligation de déclaration prévue par ce texte ainsi qu'à l'égard des cocontractants mentionnés aux article L. 622-13 et L. 622-14. »*⁷⁹⁸

1138. En outre, l'article L 622 24 du code de commerce dispose que : « a partir de la publication du jugement tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans les délais fixés par décret en conseil des ministres. »

1139. Il s'en suit que cette nouvelle procédure produit des effets plus étendus que la sauvegarde financière accélérée. Elle concerne selon l'article L.628-6 précité, tous les créanciers soumis à l'obligation de déclaration des créances à savoir tous les créanciers

⁷⁹⁵ Pour reprendre l'expression de MONTERAN TH, rapide aperçu sur la sauvegarde financière accélérée Gaz. Pal. 16 octobre 2010, n° 289, p.9.

⁷⁹⁶ SÉNÉCHAL M., L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers, Litec 2002.

⁷⁹⁷ Com.16 mars 2010, no 08-13.147, Bull. civ. IV, no 55 ; D. 2010. Chron. C. cass. 1112, obs. Bélaval ; D. 2010. Pan. 1828, obs. Le Corre ; D. 2010. AJ 825, obs. Lienhard ; JCP E 2010. 1742, no 6, obs. Cabrillac ; Act. proc. coll. 2010, no 122, obs. Vallansan ; LEDEN mai 2010, p. 1, obs. Lucas ; Gaz. Pal. 2-3 juill. 2010, p. 13, note Antonini-Cochin. – 13 avr. 2010, no 08-19.074, D. 2010. Actu. 1072 ; JCP E 2010. 1534, note Lebel ; ibid. 1742, no 7, obs. Pétel ; Act. proc. coll. 2010, no 137, obs. Fin-Langer ; LEDEN juin 2010, p. 4, obs. Rubellin ; Procédures 2010, no 236, obs. Rolland ; Gaz. Pal. 2-3 juill. 2010, p. 27, obs. Voinot

⁷⁹⁸ C.Com., art.L 628-6.

antérieurs à l'exception des salariés et des créanciers d'aliments, ainsi que les créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture mais qui ne sont pas éligibles au traitement préférentiel des créanciers postérieurs non méritants. Elle concerne également les cocontractants de droit commun et le bailleur des locaux professionnels. On mesure mal la limitation des effets de la sauvegarde accélérée par rapport à une sauvegarde de droit commun.

1140. Cette procédure de « sauvegarde accélérée », instituée par l'ordonnance de 2014, répond à la mission confiée par la loi d'habilitation donnée au gouvernement de « *créer une procédure de sauvegarde, incluant les créanciers non financiers, ouverte en cas d'échec d'une procédure de conciliation* »⁷⁹⁹. En vérité, comme ce vocable abrégé l'évoque, la réforme de 2014 reprend moyennant quelques adaptations et évolutions, la philosophie et le régime de la procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA), introduite par la loi du 22 octobre 2010 et entrée en vigueur en mars 2011. Cette dernière a été abandonnée en raison peut-être des seuils d'éligibilité demeurant élevés malgré l'abaissement opéré par la loi du 22 mars 2012 et du fait aussi qu'elle n'a pas connu un énorme succès en termes quantitatifs car au moment de l'adoption de la loi d'habilitation du 2 janvier 2014, l'on n'en comptait que six⁸⁰⁰.

1141. Le législateur ne l'a pas moins plébiscitée, non seulement en visant à l'assouplissement de ses conditions d'ouverture mais aussi et surtout en la proposant pour modèle à une nouvelle procédure de sauvegarde de plus grande ampleur. Cette généralisation paraît conforme au vœu de la majorité des praticiens et des auteurs⁸⁰¹. Certes, dans la présentation formelle des dispositions remodelées du chapitre VIII du titre II du livre VI du code de commerce, la SFA ne fait plus figure que de cas particulier : une procédure financière accélérée. Tel est en effet aujourd'hui la situation : à côté de la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée qui symboliquement prend la première place et occupe les six articles de la section I, la procédure de sauvegarde financière accélérée, vidée de sa substance originale, tient dans les deux articles de la section II.

1142. Le nouvel article L. 628-6 reprend, en l'adaptant au périmètre de la sauvegarde accélérée, la règle que prévoyait de façon plus étroite, l'ancien article L. 628-1, dernier alinéa.

⁷⁹⁹ Loi. n° 2014-1 du 2 janv. 2014, art. 2, 3°.

⁸⁰⁰ Voy. LELIEVRE Y., Option Finance/Option Droit & Affaires, mars 2014, p. 16.

⁸⁰¹ LE CORRE P.-M., En avant pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde, LPA 9 déc. 2013, p. 3.

Mais par rapport à l'ancienne SFA, il n'est plus vraiment possible de parler de procédure « semi-collective » ou « quasi collective » comme le soutenait une partie de la doctrine puisque la procédure produit ses effets au-delà des seuls créanciers financiers, aux autres créanciers soumis à l'obligation de déclarer leurs créances autrement dit, aux créanciers fournisseurs de biens et services. En revanche, elle ne produit pas d'effet à l'égard des salariés.

1143. Par ailleurs, la procédure produit ses effets également à l'égard des cocontractants du débiteur. Ce qui signifie qu'à la différence de la SFA, devraient donc s'appliquer dans le cadre de la sauvegarde accélérée, les règles régissant la continuation des contrats en cours⁸⁰² y compris les règles spéciales dérogatoires prévues pour le bail des immeubles utilisés pour l'activité de l'entreprise⁸⁰³.

B-Des procédures bénéfiques pour les créanciers

1144. Ces procédures sont bénéfiques pour les créanciers, étant précisé leur caractère accélérée. En effet, bien que la pratique ait su démontrer la validité de recourir à un plan pré arrangé en droit français et la possibilité d'une procédure de sauvegarde accélérée, le législateur français consacre son application en apportant des aménagements dans l'espoir de faciliter le rebond des entreprises en prévoyant des procédures accélérées. L'un des principaux atouts de ces procédures est la célérité justifiée par la possibilité d'élaborer un projet de plan en amont de l'ouverture de la procédure collective. La procédure de sauvegarde accélérée présente le même avantage et traduit le vœu du législateur d'offrir la possibilité de délais plus courts pour organiser la restructuration de l'entreprise.

1145. Ce délai qui était deux mois avant la réforme du droit des entreprises en difficultés de 2014⁸⁰⁴ a été porté à Trois mois par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme du droit de la prévention des difficultés de l'entreprise et des procédures collectives. Le nouveau texte prévoit que : « *le tribunal arrête le plan dans les conditions*

⁸⁰² C.Com., art. L. 622-13.

⁸⁰³ C.Com. art. L. 622-14.

⁸⁰⁴ « le tribunal arrête le plan dans les conditions prévues à l'article L.626-31 dans le délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture. Il peut prolonger ce délai d'un mois au plus. A défaut d'adoption du projet de plan par le comité et s'il ya lieu, l'assemblée mentionnée à l'article L 628-4 et d'arrêté du plan dans le délai prévu au premier alinéa du présent article, le Tribunal met fin à la procédure.» Voy. sous la direction de RONTCHEVSKY N., code de commerce 108 éd. DALLOZ 2013.C.com., art. L 628-1 code

prévues à l'article L. 626-31 dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture. A défaut d'arrêté du plan dans ce délai, le tribunal met fin à la procédure. »⁸⁰⁵

1146. En effet, toute l'exigence de l'efficacité de ces procédures s'exprime dans la durée qui est enfermée dans des délais relativement très courts. En posant l'obligation de principe de parvenir non seulement à faire adopter le plan par les comités de créanciers dans un délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture, il est traduit l'impérative nécessité pour le succès du prepack que la procédure ne dure que le temps que commande l'accomplissement des formalités indispensables.

1147. Telle est la condition sine qua non de réussite de l'opération comme l'avait préconisé des praticiens pour qui la sauvegarde doit durer un instant de raison et sa sortie devra être annoncée dès l'ouverture de la procédure⁸⁰⁶. Cette période supportable le législateur l'a estimée de façon assez stricte en accordant trois mois au débiteur témoignant comme à d'autres égards, de sa volonté de réserver le bénéfice de la sauvegarde accélérée aux débiteurs entrant en sauvegarde avec un projet totalement abouti et approuvé par les créanciers.

1148. La sémantique est du reste éloquente ; à aucun moment le législateur n'évoque une période d'observation. La période de trois mois n'est rien de plus que l'expression d'un délai technique incompressible de mise en œuvre de la concrétisation d'une solution préétablie. Mais à la différence de la précédente loi, l'ordonnance de 2014 n'a pas envisagé une possibilité de prolongation voire de prorogation de ce délai ; ce qui pour notre part peut sembler court mais non dommageable au succès de la procédure, étant entendu que le plan de restructuration a été a priori établi et requis l'assentiment des créanciers intéressés.

1149. En résumé, les procédures pré négociées ont été initiées pour les créanciers et traduisent leur rôle actif dans la réorganisation de l'entreprise. Cette idée marque le retour du droit français à une conception des difficultés de l'entreprise marquée par la contractualisation. Mais il faudrait pour ce qui nous concerne étendre ces mesures pré négociées efficaces et surtout de courte durée, aux mesures opérationnelles de restructuration de l'entreprise telle les cessions, les recapitalisations et autres mesures susceptibles de pérenniser l'activité de l'entreprise. Cette possibilité pourrait constituer le gage de

⁸⁰⁵ C.Com., art. L.628-8, également, art. 48 de l'ordonnance 2014 précité.

⁸⁰⁶ BESSE ET MORELLE, op.cit., n° 11.

l'attractivité des restructurations d'entreprises qui au surplus ont connu une évolution récente avec la possibilité pour les créanciers de proposer des plans de restructuration de l'entreprise.

Para II la possibilité pour les créanciers de proposer des plans concurrents

1150. Si les modifications apportées par l'ordonnance du 12 mars 2014 ne visent pas spécialement à changer les objectifs légaux fixés par les réformes précédentes, elles constituent davantage un rééquilibrage du droit français des procédures collectives, jugé parfois trop favorable au débiteur. Les plans principalement de sauvegarde et de redressement sont largement remaniés qu'il s'agisse de leur élaboration, leur adoption, leur exécution, ou encore leur modification⁸⁰⁷ ce ci, afin de préserver la relative attractivité de la restructuration de l'entreprise. Désormais est ouverte une possibilité de présentation des plans de restructuration à l'initiative des créanciers dont la consécration constitue une nouveauté en droit français et pourrait être le vecteur de l'efficacité de la restructuration.

A- Une innovation en droit français

1151. Les créanciers disposent d'un pouvoir d'initiative concurrent car ils peuvent désormais présenter des plans alternatifs de restructuration. Il est précisé que : *« le débiteur, avec le concours de l'administrateur présente aux comités de créanciers des propositions en vue d'élaborer le projet de plan mentionné à l'article L. 626-2. Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre de telles propositions au débiteur et à l'administrateur. »*⁸⁰⁸

1152. Si antérieurement le débiteur avait l'exclusivité de l'élaboration et de la formalisation de l'outil de restructuration, à l'exclusion des créanciers qui ne pouvaient que faire des propositions voire des contre propositions sans que celles-ci ne lient le débiteur, il en va différemment actuellement car tout créancier pourra proposer un projet de plan indépendamment de celui éventuellement proposé par le débiteur. Cette innovation par ailleurs ne limite plus le pouvoir des créanciers à la seule acceptation des mesures à intégrer

⁸⁰⁷ Nous nous appesantirons dans le cadre de cette partie à l'élaboration étant entendu que l'exécution a été traité ci-dessus à **LEBEL C.**, Gazette – Procédures collectives – sauvegarde judiciaire – plan de sauvegarde – redressement judiciaire – plan de redressement – modifications – ordonnance du 12 mars 2014 .

⁸⁰⁸ C. Com. art . L620-30-2 alinéa 1.

dans le projet de plan établi par le débiteur avec le concours de l'administrateur. Elle marque par ailleurs, la fin du monopole du débiteur dans l'élaboration du plan de restructuration.

1153. L'association des créanciers dans la recherche de solutions de traitement des difficultés de l'entreprise est présentée comme étant légitime au motif que l'ouverture d'une sauvegarde leur impose des contraintes d'ordre public dérogoires à la loi du contrat. Cette mesure s'inspire des solutions déjà adoptées en conciliation et en sauvegarde accélérée⁸⁰⁹.

1154. En tout état de cause, la principale innovation de la réforme réside dans la possibilité offerte à tout créancier membre d'un comité, de proposer un plan de sauvegarde (ou de redressement judiciaire) alternatif⁸¹⁰ à celui du débiteur. Ces projets concurrents doivent alors être soumis au vote des comités de créanciers. En privant le débiteur de son monopole sur l'élaboration du plan, le droit français fait un pas de plus vers la contractualisation du droit des procédures collectives, et s'aligne ainsi sur les conceptions du droit américain ou encore du droit allemand. Cette innovation met en échec la tentative pour le débiteur et ses actionnaires, de mettre les créanciers devant une alternative simpliste consistant à accepter le plan proposé ou à se voir imposer un rééchelonnement de leur créance sur dix ans.

1155. Cette innovation permet de lutter contre certains « plans imposés »⁸¹¹ considérés comme un moyen pour les actionnaires de bouleverser le rapport de force et donc le partage de la valeur de l'entreprise de manière illégitime et contraire à l'esprit des accords contractuels. Cette nouveauté tend à contraindre les parties prenantes à trouver un terrain d'entente recueillant l'accord d'une forte majorité des créanciers et permet de moraliser la restructuration de l'entreprise.

⁸⁰⁹ Pour le débiteur, un bon moyen de se donner le temps de l'élaboration d'un plan sérieux emportant l'adhésion de la majorité des créanciers, est de faire précéder la conciliation d'un mandat ad hoc qui n'est enfermé dans aucune durée.

⁸¹⁰ FRAIMOUT J.J., des plans plus attractifs pour les créanciers, RPC n° 2, Mars 2014, dossier 20. LEBEL C., L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et les plans de sauvegarde et de redressement Gazette du Palais, 08 avril 2014 n° 98, P. 19

⁸¹¹ DAMMANN R. ET BOCHE-ROBINET M. note sous Versailles, 28 févr. 2013, n° 12/02755, D. 2013. 2895.

B. Une innovation source d'efficacité de la restructuration

1156. Cette possibilité pour les créanciers de proposer des plans de restructuration qui marque la fin du monopole du débiteur est un gage d'efficacité de la restructuration, étant entendu que l'inertie du débiteur pourra désormais être palliée en cas de non proposition du plan de restructuration. Il est à retenir de la réforme, un rééquilibrage des rapports de force entre les différents protagonistes de la procédure collective jugée antérieurement trop favorable au débiteur et à l'actionnaire de la société débitrice quand ceux-ci ne prennent pas les moyens aptes à assurer le sauvetage de l'entreprise.

1157. Le droit français se démarque de cette faveur par l'effet de ce dispositif nouveau qui encourage la présentation de plans de sauvetage concurrents que les créanciers peuvent présenter en vue d'acquérir l'entreprise ou de prendre son contrôle lorsque le débiteur ne propose pas lui-même de plan convaincant à cette fin.

1158. Cette mise en concurrence des plans de sauvetage étant notamment introduite dans la sauvegarde avec comités, il en résulte certainement une modification de la physionomie de cette procédure. Certains s'en réjouiront en y voyant la fin du scandale que constituent certaines sauvegardes qui n'ont d'autre objet que d'offrir au débiteur le répit d'une période d'observation pouvant aller jusqu'à dix-huit mois puisque ce débiteur n'a en réalité ni les moyens ni partant l'intention de proposer des solutions concrètes de restructuration de l'entreprise. L'impossibilité de déloger ce débiteur de cette sauvegarde déclenchée qu'il sait par ailleurs irréalisable, peut aboutir à des résultats choquants et à un détournement de cette procédure. En facilitant les conversions en redressement judiciaire⁸¹² et la mise en compétition des solutions de restructuration, le législateur fait œuvre utile et à ce titre, il moralise la procédure de sauvegarde. D'autres se lamenteront de cette évolution qui risque d'affecter l'image très favorable de la sauvegarde acquise notamment en raison du faible niveau de risque qu'elle fait courir au débiteur qui s'y engage. En ouvrant des perspectives d'éviction du groupe majoritaire en place et de l'équipe dirigeante, l'ordonnance rend la sauvegarde avec comités plus inquiétante créant le risque que les débiteurs en difficultés s'y engagent moins naturellement et donc de manière moins précoce là où tous les efforts entrepris depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 visaient à anticiper le traitement des difficultés du débiteur.

⁸¹² C. com., art. L. 622-10

1159. Cette objection est certainement fondée mais le rééquilibrage opéré est nécessaire et apparaît bienvenu ; A condition toutefois que les tribunaux soient attentifs lors de l'arrêté du plan à faire en sorte que ces plans concurrents présentés par des tiers ne réalisent pas une expropriation illégitime du débiteur, étant rappelé qu'il ne peut être porté atteinte au « droit inaliénable et sacré » que constitue la propriété de l'entreprise qu'en cas de nécessité publique et moyennant une juste et préalable indemnité, pour reprendre la formule de l'article 17 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

1160. En résumé, admettre le sauvetage de l'entreprise par les créanciers dans le cadre des comités ne faisait jusqu'alors, pas partie du paysage juridique français. Certes, il avait été accordé aux créanciers la possibilité de soumettre également des propositions au débiteur et à l'administrateur en vue d'élaborer le projet de plan. Mais l'ordonnance de 2014 va beaucoup plus loin en prévoyant que les créanciers peuvent présenter un projet de plan sur lequel l'administrateur devra faire un rapport.

1161. Le débiteur et son administrateur perdent ici clairement la main. C'est le tribunal qui choisira le plan qui lui semble le plus sérieux, le plus à même de sauver l'entreprise et les emplois, tout en assurant le paiement des créanciers⁸¹³.

1162. Répondant aux vœux d'une grande partie des praticiens et de la doctrine, l'ordonnance renforce considérablement le pouvoir d'initiative des créanciers. Jusque-là, ceux-ci ne s'étaient vu reconnaître qu'un pouvoir de suggestion : depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, tout créancier membre d'un comité pouvait soumettre des propositions au débiteur et à l'administrateur en vue d'élaborer le projet de plan.

1163. Pour autant, il convient de souligner que même adopté par tous les comités de créanciers, un plan de sauvegarde élaboré par un créancier pourra encore être mis en échec s'il repose sur une prise de contrôle de la société par ses créanciers contre le gré des actionnaires. Et ce, conformément au droit commun qui prévoit que toute modification du capital social doit être décidée par l'assemblée générale des actionnaires.

⁸¹³ sur cette question, V. DAMMANN R. et PODEUR G., Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, D. 2014. 752 FRAIMOUT JJ, Des plans plus attractifs pour les créanciers ?RPC n° 2, Mars 2014, dossier 19.

Section II Le pouvoir d'expropriation reconnu aux créanciers : la titrisation des créances

1164. Les prérogatives des créanciers sont étendues dans la restructuration de l'entreprise étant précisé qu'en plus des innovations ci-dessus développées, le législateur leur permet de prendre le contrôle de leur débiteur en difficultés au moyen de l'institution d'un nouveau mécanisme de restructuration de la dette : la conversion de créances en capital. Ce pouvoir d'expropriation qui est une transposition du mécanisme outre atlantique du debt equity swap⁸¹⁴ prévoyant la conversion des créances dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise a pour conséquence de diminuer l'endettement de la société en difficultés et d'intéresser ses créanciers à son sauvetage. Il peut constituer une solution intéressante de traitement des difficultés de l'entreprise. Cette alternative dans les solutions de restructuration de dette de l'entreprise est de consécration récente (para I), et témoigne la volonté du législateur de la rendre attractive et incitative. (para II)

Para I Une consécration récente en droit français

1165. Le mécanisme de conversion de créances en capital est de consécration récente car même s'il était possible, son domaine d'application était limité. Il a connu une évolution qu'il convient de mettre en exergue.

A-L'évolution du mécanisme en droit français

1166. Le pouvoir d'expropriation reconnu aux créanciers a connu une évolution étant entendu qu'à l'origine limité à la compensation des créances, il est désormais généralisé.

1. Un mécanisme limité à la compensation de créances des associés ou actionnaires

1167. Avant l'ordonnance de 2008⁸¹⁵, une seule disposition du Code de Commerce⁸¹⁶ envisageait ce mécanisme de conversion de créances en capital dans le cadre des dispositions relatives au plan de sauvegarde et plus précisément au sujet de l'exécution du plan.

⁸¹⁴ Avec par exemple la transposition en France de la pratique du prepackaged plan : Voy. BESSE A et MORELLI N, le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde » JCP E, 2009, p. 1628 ; LUCAS F X « le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française » Cah. Dr. Entr.n° 5, sept oct 2009, p.35.

⁸¹⁵ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

1168. Parmi les mesures qui pouvaient être décidées dans le cadre du plan, la loi prévoyait qu'il était possible d'envisager des modifications du capital social et notamment des augmentations de capital. Dans cette hypothèse, le Code de Commerce permettait aux actionnaires qui ont souscrit au capital de libérer ce dernier par « *compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles ont fait l'objet dans le plan, sous forme de délais ou de remises* ».

1169. Ce texte permettait donc un paiement par compensation de certains créanciers dans le cadre d'une augmentation de capital. Cette modalité était souhaitable car accroissant les chances de succès du plan et renforçant les fonds propres de la société.⁸¹⁷ Mais cette disposition en dépit de son utilité n'était applicable qu'aux associés qui avaient consenti un prêt ou qui détenaient une créance sur la société à l'exclusion de tout autre créancier. En effet, l'article précité prévoyait que la compensation était possible entre d'une part, la créance liquide et exigible d'un associé sur la société et d'autre part, sa dette envers la société résultant de la fraction non libérée du capital souscrit.

1170. Cette possibilité de compensation légale de plein droit opérée avant le jugement d'ouverture a été admise par des arrêts des cours d'appel de Versailles et de Paris⁸¹⁸. Leur position est confirmée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation⁸¹⁹ qui casse pour manque de base légale, une décision condamnant un associé au paiement de la fraction non libérée du capital social sans rechercher si les conditions de la compensation de cette dette avec le solde de son compte courant ne s'étaient pas produites de plein droit avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. Encore faut il prouver que les dettes réciproques de l'actionnaire et de la société sont liquides et exigibles avant le jugement d'ouverture. Cela n'est pas établi pour la cour d'appel de Paris dès lors que le conseil d'administration qui avait procédé à l'appel de fonds n'a pas constaté la libération du

⁸¹⁶ Ancien C.Com.103^{ème} édition DALLOZ art. L 626-17disposait que : « les associés ou actionnaires sont tenus de libérer le capital qu'ils souscrivent dans le délai fixé par le Tribunal. En cas de libération immédiate, ils peuvent bénéficier de la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan »

⁸¹⁷ DAMMAN R et PODEUR G, op. cit.

⁸¹⁸ BULLET E., note sous CA Versailles, 13^{ème} chambre 17 mai 1990, Dr des sociétés 1990, n° 326.

⁸¹⁹ LUCAS F. X., note sous cass. Com. 8 janv 2002, Bull. Joly 2002, p. 477.

capital ainsi que sa prise en compte dans la comptabilité sociale⁸²⁰. En revanche lorsque l'appel des versements n'est effectué qu'après le jugement d'ouverture de la procédure, la compensation ne peut avoir lieu en l'absence de lien de connexité entre les deux créances. Pour la chambre commerciale de la Cour de Cassation, ce lien n'est pas établi entre d'une part les créances des actionnaires constituées pour les soldes créditeur des comptes courants résultant des prêts consentis à la société et d'autre part, leurs dettes envers la société provenant du contrat de société par lequel ils s'étaient obligés à libérer leur apports en numéraire⁸²¹. Toutefois, ce dispositif de conversion qui ne concernait que les actionnaires de la société a été généralisé depuis l'ordonnance de 2008 qui l'a étendu à tous les créanciers.

2. Une généralisation du régime de conversions de créances

1171. A coté de la disposition sus visée prévoyant la possibilité d'une libération par compensation de créances dans le cadre d'une augmentation de capital réalisée en cours d'exécution du plan, la loi envisage désormais la possibilité de prévoir une conversion de créances en capital. Ce mécanisme devient une mesure de restructuration de l'entreprise et non un mécanisme de facilitation de l'exécution du plan de restructuration. Cette conversion de créance en capital peut être voulue par les créanciers qui souhaitent se diluer les actionnaires existants et prendre le contrôle de la société débitrice considérée comme un simple véhicule d'acquisition (*special vehicle purpose*) ayant pour seul actif un bien immobilier ou des actions⁸²².

1172. En tout état de cause, cette généralisation du mécanisme signifie que dans l'optique d'une anticipation des difficultés et d'une meilleure prise en compte des créanciers, il est prévu un dispositif de transformation des créances en capital car l'une des explications des difficultés des entreprises réside dans la lourdeur de leur endettement : il est essentiel de réduire l'endettement quand il est trop important, afin de libérer les fonds destinés au développement de l'entreprise.

1173. Vis-à-vis des créanciers, le désendettement des entreprises en difficulté s'appréhendait de deux manières : le moratoire ou étalement, et un rééchelonnement ou un

⁸²⁰ COURET A., note sous CA paris, 3^{ème} chambre A, 25 janvier 2000, p. 525

⁸²¹ COURET A., note sous Cass. Com., 18 janv. 2000 BRDA 2000, n° 5, p. 3.

⁸²² DAMMAN R. et ROBINET M., « la sauvegarde un outil pour protéger les associés du débiteur

abandon de créance. Mais le législateur au cours de la réforme du droit des entreprises de 2008⁸²³ a ajouté un troisième mécanisme.

1174. Ainsi, en précisant que « Le projet de plan proposé aux comités n'est soumis ni aux dispositions de l'article L. 626-12 ni à celles des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 626-18. Il peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Il peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient.»⁸²⁴. Le législateur entend démontrer que le plan soumis aux comités de créanciers pourra prévoir des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Cette mesure permettra une recapitalisation tout en associant plus étroitement les créanciers au sauvetage de l'entreprise. Aussi estimons nous que cette mesure est très avantageuse pour la restructuration de l'entreprise mais n'occultent pas les risques encourus par les créanciers.

a- Une technique avantageuse pour l'entreprise

1175. La technique de conversion de créance en capital a des avantages pour toutes les parties concernées, le débiteur, les créanciers, les actionnaires comme les salariés car son usage permet de diminuer la dette et corrélativement l'augmentation des fonds propres de l'entreprise. Si tout va mal, les autres créanciers recevront plus que si la conversion n'avait pas eu lieu (du fait de la diminution de l'assiette des remboursements) et si tout va bien, ils seront de toute manière remboursés. Pour convaincre les créanciers d'investir dans l'entreprise au moyen d'une conversion de leurs créances, la société en difficulté devra tout d'abord procéder à un exercice délicat : démontrer à la fois l'absolue nécessité d'une restructuration de la dette, et l'existence d'une perspective de retour à meilleure fortune pour ceux qui accepteront de prendre une participation dans le capital. Ces avantages précisés il ne faut pas occulter certains risques liés à ce mécanisme qu'il convient de mettre en lumière.

⁸²⁴ C.Com., art.L.626-30-2 alinéa 2.

b. Les risques liés à la conversion

1176. La conversion de créances en capital contient certains risques qui pourraient affecter la situation du créancier. Nous nous efforcerons dans notre démarche de relever ceux qui nous paraissent les plus importants notamment ceux qui touchent à la valorisation de l'apport en capital et la situation des créanciers.

b.1 Le risque de la valorisation de l'apport en capital

1177. Le premier risque est celui lié à la valorisation de l'apport en capital né de la conversion des créances, compte tenu essentiellement de la difficulté à valoriser une entreprise en difficulté. Que vaut en effet, une entreprise « surendettée » ? Mais ce risque peut être solutionné par un mécanisme bien connu des praticiens : le coup d'accordéon procédé consistant à réduire le capital social le cas échéant jusqu'à zéro si cela apparaît justifié par le montant des pertes constatées en imputant le montant des pertes sociales sur le montant du capital social puis à augmenter immédiatement le capital social en réalisant de nouveaux apports ne serait ce que pour le porter au minimum imposé par la loi lorsqu'il existe un. Ce mode d'assainissement de la situation financière dont on peut contester la validité lorsqu'il aboutit à porter le montant du capital social à un niveau inférieur au montant du capital minimum imposé par la loi est unanimement regardé comme valable. La jurisprudence ayant eu à se prononcer en ce sens⁸²⁵.

b.2 un risque pouvant affecter la situation du créancier

1178. Le second risque qui s'impose est celui lié à la situation du créancier. En effet, il pourrait du fait de sa nouvelle situation être tenté de prendre une part active à la gestion de la société. Il doit alors être conscient qu'il entre dans une zone à risques : si une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ensuite ouverte à l'égard de la société, il n'est pas exclu qu'il devienne la cible d'actions en justice⁸²⁶.

⁸²⁵ Voy. RAIMBOURG P. et BOIZARD M. ingénierie financière fiscale et juridique deuxième édition DALLOZ 2009 n°97-15, p.1539. LE NABASQUE H., Com.17 mai 1994, n° 91-21.364, Dr société 1994, n° 142.

⁸²⁶ Sur les risques d'actions en justice encourus par une société holding dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de sa filiale, voy. DAMMANN R et PODEUR G, « les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité » RLDA, 2007, n° 16, p. 65 et s.

1179. En outre, si le comportement du créancier actionnaire caractérise une direction de fait⁸²⁷, ce dernier pourra être poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actifs sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce qui dispose que : « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut par décision motivée, les déclarer solidairement responsable*⁸²⁸. »

1180. Enfin, l'immixtion « caractérisée » du créancier dans la gestion de l'entreprise est l'un des trois cas de figure avec la fraude et la prise de garanties disproportionnées dans lesquels ce dernier perd la protection que lui offre l'article L 650-1 du code de commerce. On rappellera qu'aux termes de cette disposition, les créanciers ne peuvent en principe être tenus pour responsables « des préjudices subis du fait des concours consentis », sauf précisément si l'on entre dans le champ de l'une de ces trois exceptions.

1181. Le créancier actionnaire pourrait notamment s'exposer à une action en responsabilité pour soutien abusif si, en plus de son immixtion dans la gestion, il a permis à l'entreprise de poursuivre artificiellement son activité, par l'octroi ou le maintien de financements, alors qu'elle était déjà dans une situation irrémédiablement compromise et qu'il en avait connaissance⁸²⁹.

1182. Quoi qu'il en soit, avec cette possibilité de conversions de créances en capital, la société se retrouve désendettée avec un niveau de fonds propres plus important et donc plus apte à trouver des investisseurs pour les améliorer en d'autres termes, pour trouver des

⁸²⁷ Selon la formule consacrée, cela implique qu'il ait réalisé en toute indépendance et souveraineté des actes positifs de gestion et de direction (cf Cass.com., 15 mars 2005, n° 03-19577) étant précisé que le seul contrôle exercé par une société sur sa filiale ne suffit pas à caractériser une direction de fait (V.LUCAS F X note sous cass. Com., 2 nov. 2005 BJS 2006, p. 469, para 93

⁸²⁸ BRUNET et GERMAIN, l'action en comblement du passif de passif social, LPA 23 juill. 1986, p.51

⁸²⁹ Sauf à considérer que du fait de son immixtion caractérisée dans la gestion, le créancier est un dirigeant de fait et qu'il ne peut donc être poursuivi conformément à la jurisprudence que sur le seul fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs. V ; notamment Cass. Com., 28 févr. 1995 : Bull. Joly Société, 1995, p. 544, para 194.

prêteurs en cas de besoin. Mais aujourd'hui, la conversion des créances en capital se heurte également au principe d'égalité des créanciers : comment en effet accepter une conversion pour un créancier qui s'apparente à un remboursement total immédiat de sa créance (c'est le cas fiscalement) avec comme contrepartie une participation au capital de la société débitrice (avec toutes les difficultés de valorisation évoquées plus haut), alors que les autres créanciers subiront les délais prévus par le plan ?

1183. De toutes les façons, cette mesure permettra une recapitalisation tout en associant plus étroitement les créanciers au sauvetage de l'entreprise. Enfin, il pourra être décidé un traitement différencié entre les créanciers si des divergences de situation le justifient. Mais ce mécanisme contient des limites.

B. Un mécanisme comportant des limites

1184. Le mécanisme de conversion de créance en capital contient, en plus des risques encourus sus développés des limites concernant tant les sociétés concernées que les créanciers en faveur de ce mécanisme de restructuration de la dette.

1- Des limites quant aux sociétés concernées

1185. La conversion n'a vocation à intervenir que dans « les sociétés par actions dans lesquelles tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports »⁸³⁰. A cet égard, l'article L.626-30-2 alinéa 2 dispose que : « *Le projet de plan proposé aux comités n'est soumis ni aux dispositions de l'article L. 626-12 ni à celles de l'article L. 626-18, à l'exception de son dernier alinéa. Il peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Il peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient. Il prend en compte les accords de subordination entre créanciers conclus avant l'ouverture de la procédure* ». De ce texte, il résulte que cette pratique n'est prévue que dans les sociétés par actions à responsabilité limitée car le créancier devenu actionnaire est seulement exposé à voir ses droits perdre toute valeur, comme il en sera le cas de la créance, alors que si cela était possible aussi dans une

⁸³⁰ C. Com., article L626-30-2 al.2.

société à responsabilité illimité, cela déjouerait toutes ses prévisions et il pourrait perdre plus que sa créance⁸³¹. Sont donc exclues toutes les sociétés de personnes, la société à responsabilité limitée ou la société en commandite par actions.

2-Les limites tenant aux créanciers concernés

1186. Dans le cadre des procédures collectives, la loi prévoit à certaines conditions, notamment de taille de la société, la présence de deux comités : le comité des fournisseurs de biens et de services et le comité des établissements de crédit. En pratique, la conversion de créances en capital n'intéresse pas vraiment les créanciers fournisseurs et elle ne leur est que très rarement imposée car elle ne constitue pas un mode de paiement adapté. Les fournisseurs cherchent en effet à sécuriser les paiements qui leur sont dus et la société débitrice, quant à elle, essaie de sauver son activité. Il est donc dans son intérêt de prévoir dans le cadre du plan le paiement des fournisseurs. Ensuite, concernant les établissements de crédit, cette conversion intéresse peu les banques qui ont en principe des créances de bonne qualité et qui vont donc recevoir le paiement. Il en résulte que le mécanisme de conversion est surtout intéressant pour les prêteurs de la société qui ont comme objectif de prendre une participation importante dans la société ou le contrôle de celle-ci⁸³².

1187. Des critiques ont toutefois été faites sur le fait que cette conversion n'était possible qu'en présence de procédures disposant de comités de créanciers. En effet, les comités de créanciers ne sont institués qu'à certaines conditions et ne peuvent donc être présents en toute circonstance. Or, étant donné que ce mode de règlement par conversion est favorable à tous les intervenants, pourquoi alors limiter son champ d'application aux procédures avec comités de créanciers ?

1188. La loi de régulation bancaire et financière d'octobre 2010⁸³³ a répondu à ces critiques en allant plus loin dans la place accordée à la conversion des créances et étend cette possibilité aux créanciers hors comités. Quand on parle de créanciers hors comités, il est question de ceux qui ne sont ni des créanciers bancaires, ni des fournisseurs membres du comité des fournisseurs, ni des obligataires ou bien que de tels comités n'ont pas été créés car

⁸³¹ PEROCHON F. ET BONHOMME R., Entreprises en difficulté, LGDJ, édition 2010.

⁸³² GRELON B., PRECIT ; BURGALA G. ET MORELLI N., « Le debt for equity swap », JCP G 2010. 116

⁸³³ Article 58 de la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

ne remplissant pas les conditions exigées pour une telle constitution, notamment en raison de la taille de l'entreprise⁸³⁴. Ces nouveautés sont entrées en application le 1er mars 2011.

1189. En tout état de cause, il est prévu en plus « des propositions pour le règlement des dettes qui peuvent porter sur des délais et des remises », la possibilité de « conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital ». On ne peut que se réjouir de cette extension car la conversion de créances en capital peut s'avérer très utile en pratique et surtout, comme nous l'avons énoncé à plusieurs reprises, être avantageuse tant pour le créancier que pour la société.

1190. Selon certains auteurs, il serait en effet possible de proposer la conversion de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital quelle que soit la forme de la société⁸³⁵. Il semble toutefois difficilement envisageable qu'une telle opération soit réalisée dans une société dans laquelle les associés encourent une responsabilité illimitée et le cas échéant assez improbable que le créancier soit d'accord⁸³⁶ vu le danger non négligeable qu'elle présente pour ce dernier. Mais, selon d'autres auteurs, cette conversion ne serait en réalité pas possible dans tout type de sociétés car elle conduit à l'émission de titres donnant ou pouvant donner accès au capital, soit des valeurs mobilières ; or, ces titres ne peuvent être émis que par des sociétés par actions⁸³⁷.

Para II un mécanisme facilité par le législateur : la conversion imposée

1191. La possibilité pour les créanciers de devenir actionnaire est facilitée par le législateur étant entendu qu'il permet que dans certains cas, cette conversion soit imposée non seulement aux créanciers récalcitrants mais aussi aux actionnaires réfractaires.

A – Le traitement des créanciers récalcitrants

1192. Avant la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, dans le cadre d'un plan de continuation, les créanciers ne pouvaient se voir imposer par le Tribunal que des délais de

⁸³⁴ GRELON B., précit

⁸³⁵ LEBEL C., Gazette du Palais, 8 jan.2011, n°8

⁸³⁶ ROUSSEL GALLE P., JCP E, n°44, 4 nov. 2010

⁸³⁷ Grelon, Rev B.et Soc. 2011, p7.

paiement⁸³⁸. Mais, l'instauration des comités de créanciers par cette nouvelle loi a changé les règles. Il est devenu alors possible qu'un créancier minoritaire au sein d'un comité de créanciers se voit contraint d'octroyer des remises de dettes. Mieux, depuis l'ordonnance de 2008, il peut aussi se voir imposer la conversion de sa créance en titres donnant ou pouvant donner accès au capital⁸³⁹.

1193. En prévoyant expressément cette possibilité d'une conversion de créances en titres de capital, le législateur a voulu encourager ce type de pratiques⁸⁴⁰. Ce désir se voit notamment dans l'assouplissement de la définition de la majorité relativement au vote sur les propositions du plan⁸⁴¹. Désormais, il s'effectue uniquement à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote⁸⁴² et la règle de la majorité par tête qui s'ajoutait à celle de la majorité en montant des créances a été supprimée afin d'éviter d'éventuelles stratégies de blocage par certains créanciers.

1194. Les travaux parlementaires relatifs à la loi de sauvegarde des entreprises confirment sans équivoque que l'intention du législateur était dès l'origine de laisser la plus grande latitude dans le choix des modalités de traitement du passif pouvant être adoptées par les comités de créanciers. Néanmoins, alors que le projet voté par l'Assemblée nationale prévoyait expressément la possibilité que les comités votent en faveur de « conversions de créances »⁸⁴³, cette précision a été retirée par le Sénat au motif que « comme toute énumération à caractère illustratif, la rédaction proposée pourrait créer une interprétation a contrario préjudiciable, laissant croire que la procédure de consultation des créanciers, qui serait prévue par les articles L. 626-4 à L. 626-4-2 du Code de commerce, ne rendrait pas

⁸³⁸ Ce qui, il est vrai, revenait économiquement à une réduction de la créance, surtout pour les créances concernées par l'arrêt du cours des intérêts : v. PEROCHON F. et BONHOMME R., Entreprises en difficulté – Instruments de paiement et de crédit précité, n° 327.

⁸³⁹ C.com. art. L.626-30-2. Voy DAMMANN R, la conversion de créances en capital dans les entreprises en difficultés BJS 1 décembre 2009, n°12, p.1129.

⁸⁴⁰ La conversion de créance en capital dans la loi de sauvegarde », Journal des Sociétés, Sep. 2009, n°68

⁸⁴¹ DAMMANN R. et PODEUR G., précit.

⁸⁴² C.Com., Article L626-30-2 et article L626-32.

⁸⁴³ X. de Roux, Rapp. Ass. nat. n° 2095, notamment p. 322.

possible de telles mesures »⁸⁴⁴. La loi promulguée le 26 juillet 2005 était donc muette sur le sujet. Or, en l'absence d'une disposition légale expresse, il était légitime d'exprimer des doutes sur la possibilité d'imposer à des créanciers, même minoritaires au sein d'un comité, une conversion de leurs créances en capital⁸⁴⁵. En premier lieu, cette conversion forcée est la négation même du concept d'affectio societatis qui a certes perdu de sa vigueur avec, notamment, la création des sociétés unipersonnelles dans la mesure où le créancier concerné a précisément manifesté son refus d'adhérer au contrat de société⁸⁴⁶.

1195. En second lieu, l'article L. 228-68 du Code de commerce dispose que les assemblées d'obligataires ne peuvent décider la conversion des obligations en actions, toute clause contraire étant réputée non écrite. On pouvait en déduire plus généralement, un principe d'ordre public interdisant la conversion forcée de créances en capital. Fort opportunément, en modifiant l'article L. 626-30-2 pour y inclure la possibilité d'imposer des conversions de créances en capital, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a tranché le débat dans le sens du pragmatisme : le créancier « converti » doit apporter sa contribution au plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise (dont il incombe au tribunal, éclairé par les mandataires de justice, de vérifier le sérieux), mais il bénéficie en échange, de l'espoir de pouvoir valoriser sa participation dans la société si ce plan est mené à bien.

1196. Du point de vue financier, l'attribution d'actions au créancier joue donc un rôle comparable à celui d'une clause de retour à meilleure fortune, à ceci près que ce dernier dispose désormais du droit d'exprimer un vote lors des assemblées d'actionnaires ; sauf si la conversion est faite en actions de préférence sans droit de vote. Cet actionnaire malgré lui pourrait certes tenter de faire obstruction au fonctionnement serein des organes sociaux notamment s'il bénéficie d'une minorité de blocage, mais on conçoit mal l'intérêt qu'il pourrait trouver à adopter une telle stratégie, d'autant plus que rien ne l'empêche de céder immédiatement à des tiers les titres qu'il ne souhaite pas conserver. De même, rien ne s'oppose à ce que le projet de plan prévoit la conversion des créances en capital d'une autre société, par exemple par l'attribution au créancier de valeurs mobilières régies par l'article L.

⁸⁴⁴ HYEST.J., Rapp. Sénat n° 335 fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 mai 2005, (v. commentaire de l'article 92 du projet de loi)

⁸⁴⁵ V. PETEL PH.in JCP E, 2009, p. 1049 ; DAMMANN R.in RLDA, mars 2006, p. 68.

⁸⁴⁶ DONDERO B.note sousCass. com., 9 juin 2009 : Bull. Joly Sociétés, 2009, p. 958, § 191 ;

228-93 du Code de commerce. Non seulement l'ordonnance du 18 décembre 2008 a ainsi autorisé la conversion forcée de créances en capital dans le cadre du plan de sauvegarde, mais encore elle a clairement pris le parti d'encourager ce type de mesures en assouplissant la définition de la majorité, qui est désormais identique au sein de chaque comité et de l'assemblée des obligataires : le vote s'effectue à la majorité des deux tiers du montant des créances des créanciers ayant exprimé un vote⁸⁴⁷. Les absentéistes ne pourront donc pas faire obstacle à la restructuration. La suppression de la règle de la majorité par tête, qui venait auparavant s'ajouter à celle de la majorité en montant des créances, fait quant à elle obstacle aux stratégies de blocage qui auraient pu consister à diviser entre plusieurs créanciers une créance existante, aux seules fins d'acquérir un pouvoir de nuisance.

1197. Il est en revanche exclu d'imposer aux créanciers une augmentation de leurs engagements⁸⁴⁸. C'est ce qui explique que la conversion ne soit possible qu'en titres de société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (SA et SAS).⁸⁴⁹ Il est également exclu de contraindre les créanciers à apporter des ressources financières, que ce soit sous forme de prêts ou d'augmentations de capital, conformément au principe de la liberté contractuelle. Dans la mesure où l'article 1836 du Code civil pose le principe selon lequel on ne peut augmenter les engagements d'un associé contre son gré, c'est-à-dire « aggraver la dette contractée par [lui] envers la société ou envers les tiers »⁸⁵⁰, le créancier devrait a fortiori bénéficier de la même protection.

1198. Reste à définir en pratique, les configurations dans lesquelles cette conversion forcée est susceptible d'intervenir. Il a déjà été rappelé qu'elle n'est possible que dans des sociétés par actions ou sociétés par actions simplifiées. Il faut de surcroît que des comités de créanciers aient été constitués ; ce qui implique que les comptes de la société aient été

⁸⁴⁷ C. com., art. L. 626-30-2, al. 4. À titre de comparaison, le droit anglais est moins souple sur ce point, puisque la majorité requise dans le cadre d'un *scheme of arrangement* est égale, pour chaque classe, à 75 % du montant des créances et 50 % des créanciers.

⁸⁴⁸ LIENHARD A., *Procédures collectives*, Delmas, 2009, 3^e éd., n° 1031; PEROCHON F. ET BONHOMME R., *Entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 342 ; DAMMANN R. et PODEUR G., « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers » : JCP E, 2009, p. 2093, n° 47.

⁸⁴⁹ Il paraît raisonnable d'avoir exclu la conversion en parts sociales de SARL, compte tenu de leur absence de liquidité

⁸⁵⁰ BESSON. note sous Cass. civ., 3 fév. 1937 : DP, 1937, I, p. 73,

certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable, et, en principe, qu'elle emploie plus de 150 salariés ou réalise un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros sauf si le juge-commissaire saisi par l'administrateur judiciaire ou par la société, autorise la constitution de comités en-deçà de ces seuils⁸⁵¹.

1199. En outre, seuls sont concernés les créanciers membres du comité des établissements de crédit et assimilés, du comité des principaux fournisseurs, ou de l'assemblée générale unique des obligataires. Les créanciers hors comités notamment ceux bénéficiant d'une fiducie sûreté⁸⁵² restent quant à eux régis par les règles « classiques » : en cas de refus des propositions faites par le débiteur, il ne peut leur être imposé autre chose qu'un rééchelonnement de leur dette sur la durée du plan, soit dix ans maximum.

1200. Enfin, la conversion ne pourra être imposée à l'ensemble des créanciers membres des comités et, le cas échéant de l'assemblée générale des obligataires, que si le projet de plan qui la prévoit a recueilli la majorité des suffrages au sein de chacun des comités et au sein de l'assemblée des obligataires, c'est-à-dire les deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote.

1201. Dès lors, si la société sait qu'une telle mesure est indispensable à son redressement (par exemple, si elle est manifestement incapable de rembourser ses dettes, même après rééchelonnement sur dix ans), il sera particulièrement souhaitable de préparer la procédure de sauvegarde en s'assurant, avant même son ouverture, de ce que ses principaux créanciers soutiendront son projet de plan. Ces négociations préalables pourront se dérouler dans le cadre confidentiel d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation. C'est le principe du prepackaged plan déjà expérimenté dans le cadre de la procédure de sauvegarde de la société Autodis. Pour autant, le tribunal n'est pas lié par la décision des comités : il lui incombe en effet de vérifier « que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés »⁸⁵³. Cette disposition constitue un rempart indispensable contre d'éventuels abus. Ainsi, il est évidemment inconcevable que les créanciers majoritaires profitent de la situation pour imposer aux créanciers minoritaires un traitement plus défavorable que le leur ou un traitement identique au leur alors qu'ils sont objectivement dans une situation différente (par exemple, parce qu'ils bénéficient de sûretés).

⁸⁵¹ C. com., art. L. 626-29 et R. 626-52

⁸⁵² C. com., art. L. 626-30.

⁸⁵³ C. com., art. L. 626-31.

1202. De la même manière, si un actionnaire significatif participe à l'un des comités ou à l'assemblée des obligataires, le tribunal devra s'assurer de ce que son vote ne lui a pas permis d'imposer un projet de plan objectivement défavorable aux autres créanciers. À cet égard, la solution retenue dans le dossier Autodis est particulièrement intéressante : pour éviter tout reproche, les créanciers intra-groupe ont décidé, d'eux-mêmes, de ne pas exprimer de vote au sein des comités⁸⁵⁴.

1203. Cette vérification par le tribunal du sérieux et du caractère équitable du projet de plan est d'autant plus importante qu'à la différence d'un simple rééchelonnement ou même d'une remise partielle de dette la conversion de créances en capital entraîne certaines conséquences irréversibles. Étant donné que la créance est réputée avoir été remboursée lors de l'augmentation de capital par compensation, le créancier converti sera, à la différence des autres créanciers, dans l'impossibilité de retrouver sa situation initiale si le plan fait ensuite l'objet d'une résolution : sa qualité de créancier, et, le cas échéant, les sûretés dont il bénéficiait, sont définitivement perdues.

1204. Dernière étape, la mise en œuvre du plan soulève une difficulté technique : comment s'assurer de la réalisation, par les créanciers récalcitrants, des actes positifs nécessaires à la conversion de leurs créances, en particulier la signature du bulletin de souscription ? Une première solution consiste à ce que le tribunal désigne, dans le jugement d'arrêté du plan, un mandataire ad hoc⁸⁵⁵ ayant pour mission d'effectuer ces actes au nom et pour le compte des créanciers qui tenteraient de faire obstruction à la conversion de leurs créances.

1205. Telle a été la solution retenue par le tribunal de commerce d'Évry dans son jugement du 6 avril 2009 arrêtant le plan de sauvegarde de la société Autodis. Une seconde

⁸⁵⁴ COURTIER R. ET LAURENT N., « Analyse de l'opération Autodistribution : premier "pre-pack" à la française » : **Cah. dr. Entr.**, n° 5, sept.-oct. 2009, p. 26.

⁸⁵⁵ Il semble préférable de confier cette tâche à un mandataire **ad hoc** indépendant plutôt qu'à l'administrateur judiciaire ou au commissaire à l'exécution du plan.

solution, suggérée par le Professeur François-Xavier Lucas, consisterait à ce que le tribunal précise que son jugement vaudra ordre de souscription⁸⁵⁶.

B – Le traitement des actionnaires récalcitrants

1206. La question qui s'est posée a été de savoir s'il était possible pour les actionnaires de se voir imposer la conversion de créances en capital ? la réponse a été longtemps négative. Cependant, depuis la réforme de l'ordonnance de 2014, cette éventualité demeure possible.

1. Une contrainte impossible dans le principe

1207. Depuis quelques années, le droit français des procédures collectives s'inspire de plus en plus du droit américain, comme cela a été le cas avec la création de la procédure de sauvegarde, souvent comparée à la procédure américaine dite du Chapter 11. Les acteurs français des restructurations s'inspirent alors eux aussi des pratiques d'outre-Atlantique dans le traitement des entreprises en difficultés, comme le montre le recours à la conversion de créances en capital qui rappelle largement le debt –equity swap américain. Toutefois, le droit français ne pousse pas la « limitation » au maximum. En effet, par la consécration expresse en 2008 de la possibilité de procéder à une conversion de créances en capital dans le cadre des plans de continuation, le législateur a accordé plus de flexibilité au débiteur et aux créanciers afin de parvenir au redressement de la société en difficulté.

1208. Cependant, l'analyse du mécanisme de la conversion comparativement à ce qui se passe aux Etats Unis, laisse entrevoir qu'il s'agit d'une modalité limitée car il est impossible d'imposer une conversion aux actionnaires. De facto, cette modalité ne semble pas pouvoir être utilisée par des investisseurs à des fins de prise de contrôle du débiteur comme cela est possible aux Etats Unis. Cette question de la possibilité d'imposer une conversion de créance en capital aux actionnaires de la société en difficulté a été posée en droit français après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2008. Il a été très tôt constaté qu'une telle conversion forcée était impossible en raison de la tradition française qui prône le respect de la

⁸⁵⁶ LUCAS F.-X., « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française » : Cah. dr. Entr. n° 5, sept.-oct. 2009, p. 35

souveraineté des associés. Les raisons de cette impossibilité peuvent s'appréhender eu égard aux conséquences d'une conversion de créances détenues sur la société en capital pour les actionnaires de la société en cause. Par cette opération, de nouveaux titres de capital sont émis via une augmentation de capital, pour être ensuite souscrits par des créanciers de la société, que ces derniers soient des créanciers quelconques ou bien éventuellement des créanciers associés. La conséquence directe est que les actionnaires existants au jour de l'opération vont voir leur participation dans la société diluée immédiatement. Cette opération a donc des répercussions graves pour les actionnaires car elle va avoir une influence sur leurs droits dans la société. En conséquence, leur imposer une telle opération serait une atteinte grave à leurs droits. En effet, la règle générale en matière d'augmentation de capital est qu'il faut nécessairement qu'une assemblée générale l'autorise au préalable⁸⁵⁷. Il n'est donc pas possible d'imposer aux actionnaires une telle opération. La question se pose alors de savoir s'il en est de même dans le cadre de plans de restructuration étant donné que c'est la situation qui nous intéresse ici ou s'il existe une disposition dérogatoire. L'article L 626-3 du Code de Commerce reprend la règle classique existant en matière d'augmentation de capital, à savoir que lorsque le projet de plan prévoit une augmentation de capital, « *l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés* » doit être convoquée. Les organes de la procédure ne peuvent donc pas imposer une telle opération aux associés par le biais du plan. De plus, lorsque le tribunal arrête le plan, si une modification du capital est envisagée, il doit auparavant s'assurer que les assemblées en question ont bien approuvé l'opération⁸⁵⁸. Aussi, le Tribunal ne peut pas de lui-même prononcer une augmentation de capital par le biais d'un jugement qui vaudrait alors vote⁸⁵⁹.

De ces dispositions, il s'en infère qu'il est impossible d'imposer une augmentation de capital à des actionnaires et ce même dans le cadre d'un plan de continuation. Or, comme nous l'avons largement vu précédemment, la conversion passe nécessairement par une augmentation de capital. En conséquence, aucun intervenant à la procédure, que ce soient les créanciers, l'administrateur ou bien encore le tribunal, ne peut imposer une telle opération aux actionnaires.

1209. Cette caractéristique est une singularité du droit français par rapport au système américain à l'origine du mécanisme de conversion, le debt equity swap, qui permet lui aux

⁸⁵⁷ C.Com. art. L.225-129.

⁸⁵⁸ C.Com., art.L.626-31.

⁸⁵⁹ Possibilité qui a été écartée lors des débats parlementaires de la loi de 1985 : Déb. AN, 2e séance, 9 avril 1984 : JO p1312.

créanciers de mettre en œuvre une prise de contrôle hostile du débiteur par une conversion de créance forcée⁸⁶⁰.

1210. Cette singularité du droit français interdirait de procéder à une conversion de créance en capital sans l'accord des actionnaires. Elle a même été entérinée par la Cour de Justice de l'Union Européenne⁸⁶¹ qui a eu à se prononcer sur cette question dans une affaire dans laquelle une société en difficulté avait procédé à une augmentation de capital sans l'accord de tous les actionnaires. Elle a alors précisé que la deuxième directive avait pour objet principal d'assurer un niveau minimal de protection des actionnaires dans l'ensemble des Etats membres et qu'un Etat ne pouvait déroger à la disposition de la directive qui exige une décision de l'assemblée des actionnaires préalablement à la réalisation d'une augmentation de capital⁸⁶². En conséquence, elle a jugé que doit être annulée une réglementation nationale qui prévoit la possibilité de décider une augmentation de capital sans l'accord des actionnaires, même si cette dernière est réalisée afin d'assurer la survie et la continuation de l'activité de l'entreprise. La solution française est donc en conformité avec le droit de l'Union de l'Européenne et la deuxième directive sur le capital⁸⁶³.

1211. Mais ce principe basé sur le respect de la souveraineté des actionnaires a connu un certain tempérament avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 Mars 2014 portant réforme du droit des entreprises en difficultés. Désormais il est possible d'imposer aux actionnaires récalcitrants une conversion de créance en capital au nom de la restructuration et du maintien de l'entreprise défaillante.

2. un tempérament récent : la possibilité d'imposer une conversion aux actionnaires réfractaires

1212. L'un des principaux intérêts de la procédure de sauvegarde, si on la compare au redressement judiciaire, réside dans le fait que la société conserve la maîtrise du processus de restructuration : c'est elle qui prépare « avec le concours de l'administrateur », le projet de plan, et qui le présente aux comités. Les dirigeants sociaux agiront généralement en

⁸⁶⁰ La conversion de créance en capital dans la loi de sauvegarde », Dossier le Restructuring, précit.

⁸⁶¹ C.J.U.E. 30 mai 1991 n° C-19/90 et C-20/90.

⁸⁶² GERMAIN M., Les sociétés commerciales, précit.

⁸⁶³ Directive européenne 77/91/CEE du 13 déc. 1976 dite IIe directive sur le capital

concertation avec les actionnaires majoritaires qui les ont désignés à leurs fonctions. Néanmoins, à supposer qu'ils parviennent à convaincre les comités de créanciers de voter en faveur de leur projet de plan, il leur restera à s'assurer du vote favorable de l'assemblée des actionnaires, si le projet en question prévoit une conversion de créances en capital (ou toute autre modification du capital). Or, même si les capitaux propres de la société sont négatifs, il est possible que des actionnaires minoritaires, qui n'ont « plus rien à perdre », fassent obstruction à ces opérations afin de tenter d'obtenir des concessions disproportionnées, au risque de mettre à mal les chances de redressement de l'entreprise.

1213. Dans une telle configuration, le seul moyen de passer outre consistera à démontrer que ce comportement est constitutif d'un abus de minorité' justifiant la désignation d'un mandataire **ad hoc** chargé d'exercer les droits de vote des actionnaires minoritaires concernés. Conformément à la jurisprudence en la matière, l'abus sera caractérisé s'il est établi que ces actionnaires poursuivent un intérêt égoïste, avec pour unique dessein de favoriser leurs propres intérêts au détriment des autres associés et de la société.

1214. Le demandeur risque néanmoins de se heurter à au moins deux difficultés. D'une part, il ne lui suffira pas de démontrer que la proposition d'augmentation de capital était objectivement la solution la plus conforme à l'intérêt social, ni même qu'elle était nécessaire à la survie de la société : il lui appartient en outre d'apporter la preuve de l'intention néfaste qui a motivé l'attitude de l'actionnaire minoritaire. D'autre part, les délais nécessaires à une telle action en justice paraissent difficilement compatibles avec les impératifs des procédures collectives. Il paraît donc peu probable de voir se multiplier ce type d'actions en justice.

1215. Les actionnaires majoritaires conservent quant à eux toutes leurs prérogatives. Ni les créanciers, ni l'administrateur judiciaire, ni le tribunal, n'auront le pouvoir de leur imposer un quelconque « contre-projet » de plan. Ces derniers auront néanmoins tout intérêt à négocier de bonne foi avec les créanciers, à défaut, ils courent le risque que la procédure de sauvegarde ne se solde par un échec et par l'ouverture d'une procédure de redressement (ou de liquidation judiciaire).

1216. En redressement judiciaire, plusieurs facteurs tendent à affaiblir la position de l'actionnaire majoritaire. S'agissant, tout d'abord, de l'élaboration d'un éventuel projet de plan de continuation, c'est l'administrateur « avec le concours du débiteur » qui est à la

manœuvre⁸⁶⁴. Par ailleurs, les tiers sont admis à présenter des offres de plan de cession, qui viendront concurrencer le projet de plan de continuation en proposant, le cas échéant, des solutions mieux-disantes en termes de garanties de pérennité et de nombre d'emplois préservés. La société et son actionnaire majoritaire ne sont donc plus les seuls maîtres à bord, même si l'assemblée des actionnaires reste souveraine quant aux décisions d'augmentation de capital et de modification des statuts.

1217. Le tribunal de la procédure n'a certes pas le pouvoir de se substituer à celle-ci, mais il peut parfaitement préférer arrêter un plan de cession plutôt qu'un plan de continuation ne présentant pas des garanties suffisantes de reconstitution des capitaux propres. Les actionnaires peu coopératifs risquent donc de ne rester propriétaires que du capital d'une « coquille vide », objet d'une sorte de « liquidation par plan de cession ».

1218. Par ailleurs, le tribunal dispose du pouvoir d'imposer certaines mesures portant sur les titres des dirigeants de droit ou de fait ; pouvoirs que l'ordonnance du 18 décembre 2008 lui a retirés uniquement dans le cadre de la procédure de sauvegarde, mais non dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. Ainsi, dès l'ouverture de la procédure, les titres détenus directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait, ne peuvent être cédés, à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal⁸⁶⁵.

1219. Dans le cadre de l'élaboration du plan, le tribunal peut aussi, sur demande du ministère public, subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, et, à cette fin, prononcer l'incessibilité des titres détenus par les dirigeants de droit ou de fait, dont les droits de vote pourront alors être exercés par un mandataire désigné à cet effet, ou même ordonner la cession forcée de ces titres⁸⁶⁶.

1220. Ces dispositions peuvent être utilisées afin d'imposer l'entrée de nouveaux actionnaires au capital de la société, contre le gré des actionnaires-dirigeants existants, afin de favoriser l'adoption d'un plan de continuation viable. Les nouveaux actionnaires pourront notamment être des créanciers, dans le cadre d'une conversion de créances en capital, qui entreront au capital en convertissant leurs créances dans le cadre d'une « cession par voie

⁸⁶⁴ C. com., art. L. 631-19

⁸⁶⁵ C. com., art. L. 631-10.

⁸⁶⁶ C. com., art. L. 631-19-1.

interne »⁸⁶⁷ venant concurrencer des offres de plans de cession présentées par des tiers. Eu égard, néanmoins, au champ d'application particulièrement restreint de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, cette possibilité ne devrait pouvoir être envisagée que quasi-exclusivement dans des configurations dans lesquelles les dirigeants de droit détiennent la majorité du capital. Le texte a beau viser les dirigeants de fait, force est de constater qu'en pratique, le contentieux de leur « expropriation », qui implique nécessairement la démonstration, complexe de cette qualité s'avèrera le plus souvent incompatible avec les impératifs de rapidité et de sécurité juridique inhérents à l'élaboration d'un plan de continuation.

1221. Doit-on alors regretter que l'assemblée des actionnaires conserve ses prérogatives pendant les procédures de redressement judiciaire, et que les conditions dans lesquelles certains actionnaires récalcitrants peuvent être évincés soient si restrictives, alors même que les sociétés en difficulté disposent désormais d'un arsenal de procédures permettant d'imposer des restructurations aux créanciers récalcitrants ? On peut espérer que dans la majorité des cas, les actionnaires comprendront l'intérêt qu'ils ont de négocier de bonne foi avec les créanciers afin de trouver une solution raisonnable, quitte à accepter une dilution significative de leur participation dans le cadre d'une conversion de créances en capital, plutôt que d'opter pour des positions jusqu'au-boutiste risquant de conduire, au préjudice des actionnaires comme des créanciers, à une liquidation judiciaire ou à un plan de cession. Et, pour se prémunir contre le risque d'un tel blocage, il reste aux créanciers la possibilité de prendre des contre-mesures, notamment en exigeant des sûretés réelles grevant les titres de la société débitrice (fiducie-sûreté, nantissement de compte de titres financiers). À eux, alors, de s'assurer de l'efficacité de ces sûretés en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'actionnaire qui leur a consenti une telle sûreté. Mais cela est une autre histoire ...

1222. En toute hypothèse, il est bon de préciser que depuis la réforme du 12 Mars 2014, diverses atteintes sont portées au respect des droits des actionnaires. En effet, l'article 52 de l'ordonnance prévoit que : « *Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital à hauteur du minimum prévu au même article, à la place*

⁸⁶⁷ DIESBECQ A., « La cession interne: un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté » : **Gaz. Pal.**, 21 janv. 2009, n°s 21-22, p. 3.

du ou des actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan .»⁸⁶⁸

1223. Il est possible désormais de forcer la main aux actionnaires ou aux associés de l'entreprise défaillante et ce afin de pérenniser son activité. Le droit des actionnaires et leur pouvoir constitutionnel délibératif et décisionnel tombe devant l'intérêt de l'entreprise qu'il faut maintenir.

⁸⁶⁸ C.com., art.L.631-9-1.

CONCLUSION CHAPITRE I

1224. En résumé, des développements ci-dessus, il convient de retenir que le législateur veille à proposer des moyens nouveaux permettant de rendre la restructuration de l'entreprise plus attractive. À cet effet, ils accordent d'abord une place plus importante aux solutions volontaires de traitement des difficultés en prônant le recours à la négociation et en offrant aux créanciers un certain pouvoir sur le déroulement de la procédure. Cette nouvelle distribution des rôles est indéniablement liée à une nouvelle perception du créancier qui n'est plus l'homme à abattre mais plutôt un interlocuteur à convaincre et en tout cas à associer à la discussion. Elle se traduit non seulement par l'institution de procédures et de mécanismes qui accentuent les prérogatives des créanciers dans la restructuration de l'entreprise. Il en résulte un certain activisme des créanciers. Ces innovations pourraient inspirer une réforme du droit OHADA des restructurations étant entendu que les créanciers même s'ils doivent accepter les dispositions du concordat n'ont pas la possibilité de proposer voire faire des amendements au plan de restructuration. Il ne faut toutefois pas occulter nonobstant ces facteurs positifs des restrictions dans cette volonté de protéger les droits des créanciers qui seraient de nature à entraver le bon fonctionnement de la restructuration et qu'il convient de développer.

CHAPITRE II DES RESTRICTIONS PERSISTANTES DANS LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CREANCIERS

1225. Si la protection des créanciers est renforcée car ils ont une part décisionnelle importante dans la restructuration de l'entreprise, il existe toutefois des limites qui pourraient compromettre cette préservation. Ces limites de deux ordres tiennent non seulement à la constitution des organes chargés de négocier le plan de restructuration (section I) et à leur composition qui traduit un traitement différencié des créanciers (section II).

Section I les limites dans la constitution des comités de négociation

1226. La procédure de constitution de l'organe chargé de négocier et d'entériner le plan de restructuration contient des limites en ce sens que tous les créanciers n'en font pas partie. Ils ne sont pas en effet traités sous la même enseigne. Le principe d'égalité des créanciers semble avoir pris un coup dans l'aile retient un auteur⁸⁶⁹. Si en droit OHADA cette restriction s'explique par l'absence de collectivisation, en droit français cette collectivisation entraîne des exclusions.

Para I L'absence de collectivisation des créanciers dans le droit OHADA des restructurations

1227. Dans le droit OHADA des restructurations, l'absence de la collectivisation des intérêts des créanciers est la source de la restriction car certains créanciers feront partie de la négociation tandis que d'autres en seront exclus. En résulte une différence de traitement.

1228. Cette absence de collectivisation résulte de la nature contractuelle du procédé de formation du plan de restructuration dont la conséquence est la soumission du plan de restructuration au principe de l'effet relatif des conventions qui ne s'opposera qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti.

⁸⁶⁹ JAZOTTES G., les innovations des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire RPC 2005, p.362, n° 12.

A-La liberté contractuelle fondement du plan de restructuration

1229. La liberté contractuelle⁸⁷⁰ signifie que les créanciers sont libres d'accepter ou de refuser les propositions de restructuration. Adapté au plan de restructuration, il signifie que celui-ci sera conclu par les créanciers qui ont accepté les stipulations concordataires car dans le principe, le concordat préventif n'est pas soumis à la loi de la majorité ; il requiert tout de même l'assentiment du juge.

1. L'insoumission du plan à la loi de la majorité

1230. Le règlement préventif est défini par l'acte uniforme comme une procédure « destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation de l'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ». En conséquence, elle exige pour son aboutissement, l'existence d'un concordat préventif⁸⁷¹.

1231. Cette procédure qualifiée de collective par le législateur n'en est pas véritablement une car l'adoption du plan de restructuration ne peut s'effectuer comparativement au droit français dans un cadre collectif. Certes, l'accord de restructuration est négocié entre le débiteur et ses créanciers mais dans un cadre purement privé. Il n'y a donc pas de vote des modalités de restructuration de l'entreprise contrairement au droit français. Le concordat préventif se distingue en ce sens du moins pour ce qui est de sa formation, du plan de sauvegarde en droit français étant entendu qu'il ne s'agit pas de réunir l'ensemble des créanciers et de leur faire voter les propositions du débiteur⁸⁷². Le concordat préventif requiert que le débiteur parvienne avec chacun de ses créanciers à un accord sur les délais et remises

⁸⁷⁰ Ce principe découle de la lecture de l'article 1101 du Code Civil au terme duquel « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose.

⁸⁷¹ L'idée de remédier aux difficultés des entreprises par des mesures préventives n'est pas nouvelle. Les concordats amiables étaient utilisés au XIX^{ème} siècle pour éviter la mise sous faillite du débiteur. Voy. DERRIDA, concordat préventif et droit français, in Dix ans de concours d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à Joseph HAMEL, Dalloz 1961, p.489.

⁸⁷² Le seul concordat qui requiert un vote majoritaire en droit OHADA comme en droit français est le concordat de redressement, celui qui ne peut intervenir qu'après la cessation des paiements et au quel nous n'apporterons aucun développement. Ce concordat de redressement est prévu par les dispositions de l'article

d'une part et d'autre part, sur les modalités de redressement de l'entreprise. Il se rapproche du concordat amiable.

1232. Sa formation est guidée par le sceau par le principe de la liberté contractuelle étant précisé qu'il n'est pas un contrat collectif dont la formation obéit à la loi de la majorité. Les créanciers minoritaires qui refusent d'adhérer au concordat ne sont aucunement liés. C'est dire que le concordat préventif reste un pur contrat et s'analyse donc en un faisceau de contrats individuels qui engagent les seuls signataires.

1233. La question de la nature juridique du concordat préventif a été traitée partiellement par la doctrine OHADA⁸⁷³ en ce sens qu'il a été défini mais n'a pas été classé dans une catégorie juridique bien précise. Pour lesdits auteurs, le concordat préventif est d'abord et avant tout un accord entre le débiteur et les créanciers qui se distinguent du concordat de redressement qui lui est un contrat majoritaire ainsi qu'il résulte des dispositions de l'acte uniforme OHADA⁸⁷⁴. Ce qui nous amène à assimiler le concordat préventif à l'acte juridique collectif.⁸⁷⁵ En tout état de cause, dans le cadre du concordat préventif, chaque créancier est libre de refuser tout délai ou remise sans que cela n'empêche la formation du concordat.

1234. Ce concordat préventif tend pour le débiteur à conclure un accord avec chacun des créanciers sur les délais ou les remises qu'il consent⁸⁷⁶. Il apparaît donc comme une conjonction d'accords différents avec chaque créancier ; d'où son assimilation à l'acte juridique collectif.⁸⁷⁷

1235. Ce procédé contractuel de formation du concordat préventif débute avec le dépôt de la proposition de concordat préventif à l'initiative du débiteur lors de la requête introductive d'instance ou dans les trente jours de son dépôt⁸⁷⁸. Cette proposition de concordat

⁸⁷³ MBAYE MAYATTA N., réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA, PENANT N° 870, p.28 et s.

⁸⁷⁴ Art. Précité.

⁸⁷⁵ PASTRE BOYER A.L., l'acte juridique collectif en droit privé français, contribution à la classification des acte juridiques PUA D'AIX MARSEILLE 2006, n° 85 , p78 et s.

⁸⁷⁶ Au terme des dispositions de l'art. 15-2 de l'AUPCAP, « les délais et remises consenties par les créanciers peuvent être différents »

⁸⁷⁷ PASTRE BOYER (AL), art. précité.

⁸⁷⁸ A.U.P.C.A.P., art. 7.

préventif est transmise sans délai au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un Expert pour lui faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise et ses perspectives de redressement⁸⁷⁹.

1236. L'expert ainsi désigné entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices pour parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et l'apurement du passif⁸⁸⁰. La mission centrale de l'Expert est de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers sur les modalités de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif (délais de paiement et remises). A cet effet, il entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices. L'acte uniforme n'est pas très explicite sur les contours de cette mission qui n'est pas très juridique. Il est certain qu'elle va porter sur l'analyse critique des éléments de l'offre de concordat⁸⁸¹. Il est permis de faire le rapprochement entre le conciliateur prévu en droit français par la loi de 2005.

1237. En tout état de cause, les négociations tendant à la formalisation du plan de restructuration s'effectuent sous le contrôle de l'expert indépendant dont la mission est de rapprocher les positions tant du débiteur et de ses créanciers pour parvenir à la conclusion du plan et d'arrêter les modalités tant opérationnelles que financières de la restructuration de l'entreprise. Mais à la différence du droit commun des contrats, ce plan n'a pas de force obligatoire car il doit être acquiescé par le juge.

2.La nécessité de l'interventionnisme judiciaire

1238. L'interventionnisme judiciaire est nécessaire pour entériner l'accord conclu entre le débiteur en difficultés et ses créanciers. Il est requis que le concordat préventif doit, pour s'imposer aux créanciers être entériné par la Juridiction compétente.

⁸⁷⁹ A.U.P.C.A.P., art. 8.

⁸⁸⁰ A.U.P.C.A.P., art 12.

⁸⁸¹ SAWADOGO F M, in OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés 4^{ème} édition, Juriscope 2012, p.1160.

1239. L'homologation est selon C FARDET, un acte normatif et parfait⁸⁸². Elle est un acte normatif en ce qu'elle assure la connaissance d'une acte par l'autorité publique et parfait en ce qu'elle se greffe sur un acte préexistant soit pour lui faire produire des effets, soit pour le renforcer. Elle est l'une des manifestations d'un passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié⁸⁸³. En effet à travers l'homologation, il apparaît clairement que « le juge qui tranche recule au profit du juge qui soutient⁸⁸⁴ ».

1240. L'homologation se caractérise par un compromis entre la liberté laissée aux justiciables d'organiser leurs relations, de négocier ensemble la solution de leurs litiges et le maintien d'un certain contrôle judiciaire. Elle ne consiste pas pour le juge à donner acte à l'accord des parties ou à se constituer témoin solennel des parties⁸⁸⁵. Il s'agit plutôt pour le juge d'imposer un certain contrôle pour conférer la force exécutoire à un acte extérieur⁸⁸⁶.

1241. Ainsi dans le règlement préventif, la solution obtenue est le résultat de la bonne volonté des parties au concordat préventif. Le concordat homologué est donc le résultat d'un accord librement débattu sur lequel le juge exerce un contrôle portant sur sa qualité pour lui donner force obligatoire. La décision d'homologation est subordonnée à la réunion d'un certain nombre de conditions et ne peut être prononcée que si la situation du débiteur le justifie c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas en état de cessation des paiements et peut redresser son entreprise par l'exécution du concordat préventif. La juridiction compétente qui statue ne peut qu'homologuer le concordat ou refuser de le faire. En aucun cas, elle ne peut modifier l'accord conclu. Ce qui marque le caractère conventionnel affirmé du concordat préventif.

⁸⁸² FARDET C., la notion d'homologation, droits 1999, p.181. Il faut préciser que son étude se limite à l'examen de la notion en droit public mais les critères dégagés peuvent être transposés en droit privé comme le souligne HUGON C., existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaires ? les petites Affiches n° 247 du 11 décembre 2003, p.4, contribution aux sixièmes rencontres juridiques de l'université de Lyon 2 organisées par le Professeur CABRILLAC sur l'homologation

⁸⁸³ CADIET L., solution judiciaire et règlement amiable des litiges ; de la contradiction à la conciliation, in mélanges CHAMPAUD, Dalloz 1997, p. 123.

⁸⁸⁴ HUGON C., op.cit.

⁸⁸⁵ BALENSI I, l'homologation judiciaire des actes juridiques RTD Civ. 1978, p. 43.

⁸⁸⁶ PERROT R., l'homologation des transactions (article 1441-4 du Nouveau code de Procédure Civile) Procédures, 1999, n° 8-9, p. 3. Cet auteur revient sur l'intérêt du recours à la procédure gracieuse avec la possibilité donnée par l'article 1441-4 du NCPC à une transaction de saisir le juge pour que soit conférée à celle-ci force exécutoire.

1242. Par l'effet de l'homologation du concordat préventif, tous les créanciers auxquels celui-ci s'impose se voient interdire l'exercice de leurs droits ou actions individuelles à l'égard du débiteur qui recouvre corrélativement la liberté d'administration et de disposition de ses biens. Toutefois, il est tenu de respecter ses engagements concordataires sous le contrôle par les organes mis en place par la juridiction compétente.

1243. Pour ce qui nous concerne, l'intervention de l'autorité judiciaire à l'acte homologué donne à celui-ci une nature hybride. Celui-ci se présente, en raison du contrôle opéré par le Juge comme un acte « mi judiciaire mi conventionnel⁸⁸⁷. Ce qui nous fait dire que l'accord homologué n'est pas un contrat judiciaire⁸⁸⁸. Toutefois, l'homologation même si elle ne correspond pas à la définition classique de l'acte juridictionnel⁸⁸⁹ n'en reste pas moins un si l'on sait que l'acte juridictionnel peut être un acte contentieux ou non contentieux c'est-à-dire gracieux.

1244. En résumé, la formation du concordat préventif est marquée par la liberté contractuelle et l'interventionnisme judiciaire a pour conséquence de l'entériner. Il ne s'applique pas aux créanciers qui n'ont consenti aucun sacrifice. Le concordat préventif est soumis au principe de l'effet relatif des conventions dont la conséquence sur l'efficacité du concordat préventif sera précisée.

B.L'inopposabilité du plan aux créanciers non consentants

1245. Le plan de restructuration en droit OHADA compte tenu de sa formation non majoritaire, n'est pas opposable aux créanciers qui n'ont pas consentis. Ils peuvent en dépit de l'existence du plan, engager des poursuites contre le débiteur en difficultés. Cette éventualité pouvant entraver les chances de restructuration de l'entreprise, il convient pour le législateur de pallier cette carence.

⁸⁸⁷ BLOHORN BRENNEUR B., la médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D 2001, chron. p.251.

⁸⁸⁸ CADIET L., Droit judiciaire privé, Litec n° 325, MULLER Y, v. Contrat Judiciaire, Répertoire de procédure civile DALLOZ, n° 20-23.

⁸⁸⁹ C'est-à-dire un acte consistant « de la part du juge agissant dans le cadre de formes spéciales tendant notamment à garantir la possibilité d'un débat contradictoire, à faire application d'une règle juridique en vue de trancher un conflit d'intérêt par l'accueil ou le rejet de la prétention soumise à la justice » Voir sur ce point GOUCHEZ G., procédure civile, Dalloz, 12^{ème} édition, n° 211 et s.

1246. Cette inopposabilité trouve sa source dans le principe de l'effet relatif des conventions qui veut que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les on faites et ne peuvent produire d'effets qu'entre les parties contractantes.⁸⁹⁰ C'est dire que si ce plan produit des effets à l'égard des créanciers intéressés par les stipulations concordataires, l'analyse de la situation des créanciers n'ayant consenti aucun accord concordataire, pose des problématiques qu'il convient de résoudre.

1. Les créanciers soumis à l'accord

1247. Les créanciers soumis à l'accord sont naturellement ceux qui ont donné leur accord et accepté les propositions du plan de restructuration dans les conditions de délais et de remises consentis. L'acte uniforme dispose que : « *Lorsque la situation du débiteur le justifie, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais des remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. Les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents.* »⁸⁹¹. Le concordat préventif ne sera obligatoire que pour les créanciers qui auront donné leur assentiment aux mesures du plan.

1248. Pour rappel, la loi impose au débiteur d'indiquer dans sa requête aux fins d'ouverture du règlement préventif, les créances pour lesquelles il sollicite la suspension des poursuites individuelles. C'est en effet les modalités de règlement de celles-ci dont il sera principalement question dans le concordat à intervenir. Ainsi, pour un créancier privilégié ou non, le règlement préventif semble présenter l'avantage de pouvoir sauvegarder ses intérêts mieux que dans le cadre d'une procédure collective stricto sensu où les décisions des créanciers sont prises à la majorité, comme c'est le cas en présence de comités de créanciers⁸⁹².

⁸⁹⁰ C.Civ., art. 1134. Voy. En ce sens. ANCEL P., force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD CIV., 1999, 771.

⁸⁹¹ AU PCAP, art.15 2°.

⁸⁹² Lamy, Droit Commercial, éd. 2010, Fasc. 2786, p. 1221 ; V. notamment les décisions citées par F. DERRIDA, Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens, D.1981, chron. 267 ; RODIÈRE (J.-Y.), Du sort des créances incertaines contre un débiteur "en faillite", Les Petites affiches, 17 nov. 1986, p. 28 ; BRÉMOND (G) et SCOLASTIQUE (E), Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, JCP E 2006, p. 466 ; LEGROS (J.-P.), "Loi de sauvegarde des entreprises", La nouvelle procédure de sauvegarde (2ème partie), Dr. sociétés, nov. 2005, p. 7, n° 11 et s. ; CROZE (H), "Loi de sauvegarde des entreprises", Procédure de sauvegarde, Procédures, déc. 2005, p. 8, n° 41 et s. ; MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C),

1249. La raison d'être du règlement préventif est bien évidemment la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers importants par lequel ces derniers consentent un certain nombre de sacrifices⁸⁹³. Parce qu'il s'agit d'un contrat, chaque créancier est donc juridiquement libre de participer à un tel accord ou de s'engager pour partie seulement de ses créances⁸⁹⁴. Avec le chef d'entreprise, l'expert établit la liste de ceux qui seront invités à participer aux pourparlers en vue de rechercher un accord. Ces derniers ne sont tenus à aucune obligation, notamment celle de confidentialité⁸⁹⁵ et ne sont aucunement engagés puisque leur interpellation ne tend qu'à instaurer une négociation⁸⁹⁶ qui n'engagera que ceux qui acceptent d'y participer. En pratique, cette négociation est le plus souvent entamée avant l'ouverture de la procédure⁸⁹⁷.

1250. En résumé, ne sont uniquement intéressés par le concordat que les créanciers qui ont donné un avis favorable aux propositions du débiteur à l'exclusion de ceux qui ont refusé et qui pourraient entamer la restructuration de l'entreprise.

La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, RDBF 2006, p. 60, n° 15 et s.

⁸⁹³ JACQUEMONT (A), Droit des entreprises en difficulté, 5ème éd., op. cit., n° 82, p. 49

⁸⁹⁴ Lamy, Droit Commercial, éd. 2010, Fasc. 2786, p. 1221 op. cit. ; JACQUEMONT (A), Droit des entreprises en difficulté, 5ème éd., op. cit., n° 82, p. 49

⁸⁹⁵ Contrairement à la procédure de règlement amiable et à celle de conciliation du droit français (Art. L.611-15, C. com.) où dès le premier contact, il est rappelé aux participants à l'accord, l'obligation de confidentialité qui pèse sur eux, sous peine de dommages-intérêts.

⁸⁹⁶ Lamy, Droit Commercial, éd. 2010, Fasc. 2786, p. 1221, op. cit.

⁸⁹⁷ En ce sens, MARTIN (J.-F.), Le règlement amiable, réflexion d'un praticien, in Le souci d'éviter la faillite des entreprises, RJ com. 1986, n° spéc., p. 96 ; v. sur le règlement amiable dans la loi du 10 juin 1994, ROURNE (P), Le traitement non judiciaire des difficultés, in Les réformes du nouveau droit de l'entreprise, Montchrestien, 1995, p. 63 ; COURET (A), Prévention et traitement amiable des difficultés, les nouvelles règles, in Les réformes du nouveau droit de l'entreprise, Montchrestien, 1995, op. cit., p. 115 ; LUCHEUX (J.-M.), Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur règlement amiable, in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz 1995, p. 67 ; ROUGER (M), La prévention des difficultés des entreprises au Tribunal de commerce de Paris, in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz 1995, op. cit., p. 61 ; CHAPUT (Y), L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés, in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz 1995, op. cit. p. 93 ; MARTIN (J.-F.), La prévention : histoire d'une pratique consulaire, Dr. et patri. 1998, n° 57, p. 43 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), La réforme des procédures collectives, Dr. et patri. 1995, p. 41.

2. Les créanciers hors concordat, une entrave à la restructuration de l'entreprise

1251. Certains créanciers de l'entreprise ne sont pas concernés par les dispositions du plan de restructuration parce qu'ils sont restés en dehors des négociations ou n'ont pas accepté les propositions de plan.

1252. En effet, le législateur disposant que « l'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision de règlement préventif, que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté dans les conditions de délais et remises qu'ils ont consenties au débiteur sans préjudice des dispositions de l'article 15.2 ci-dessus. »⁸⁹⁸. Seuls sont intéressés par le concordat les créanciers antérieurs qui y ont consenti qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés dans les conditions de délais ou de remises accordés au débiteur sauf si, ce délai n'excédant pas deux ans, la juridiction l'a rendu opposable à tous les créanciers même ceux qui n'ont pas consenti.

1253. C'est dire que l'accord en d'autres termes, le concordat préventif homologué, ne réunit que les principaux créanciers. Les autres soit qu'ils aient refusé d'y participer soit qu'ils n'aient pas accepté peuvent engager toute action en justice ou toute poursuite. Cette idée a été affirmée de manière expresse par la cour d'appel d'Abidjan dans une affaire GOMP CI contre Jean MAZUET où la juridiction d'appel a expressément affirmé que « *le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal. Il ne s'impose dès lors qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti.* »⁸⁹⁹

1254. En dépit de l'homologation du plan de restructuration, les créanciers non consentants ont la possibilité d'exercer leur droit de poursuites et d'entraver considérablement les chances de restructuration de l'entreprise défaillante. Que faire dans cette perspective afin d'éviter cette situation préjudiciable à l'entreprise?

1255. A priori le législateur OHADA semble faire preuve d'un mutisme sur cette question très importante. C'est la raison pour laquelle, il est suggéré dans le cadre de réforme

⁸⁹⁸ A. U. P.C.A.P., art. 18 alinéa 1.

⁸⁹⁹ Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n° 1129 du 8 novembre 2002, affaire Jean MAZUET C/ GOMP-CI, [www.ohada.com/OHADATA J-03-291](http://www.ohada.com/OHADATA/J-03-291).

à venir comparativement au droit français, afin d'éviter qu'une action individuelle des créanciers hors plan de restructuration ne compromette les chances de réussite du plan donc de réorganisation de l'entreprise, le législateur puisse donner au président du tribunal le pouvoir d'accorder des délais pour les créances non incluses. En effet dès l'instant où l'accord est conclu entre les principaux créanciers, le président du tribunal peut se voir reconnaître, en marge de l'homologation de l'accord, le pouvoir d'accorder au débiteur en difficultés, les délais de paiements prévus à l'article 1244-1 du code civil pour les créances non incluses dans l'accord si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier⁹⁰⁰. Effet, « *Si au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur faire application des dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.* »

1256. L'article 1244 -1 du code civil énonce ainsi que « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. ». Ainsi, par décision spéciale motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Ces délais de grâce ne peuvent être accordés que pour autant qu'un créancier poursuive le débiteur et exerce une mesure d'exécution sur la base d'un titre exécutoire déjà prononcé. A défaut, il ne peut s'agir que de la suspension éventuelle d'une instance en justice⁹⁰¹.

1257. Pour statuer sur une demande du débiteur, le président tient compte de sa situation particulière telle qu'elle résulte des pourparlers engagés et détermine donc dans quelle mesure l'action engagée par le créancier pourrait mettre en péril le succès des négociations engagées. Il peut notamment tenir compte des éléments comptables prévisionnels, des apports financiers supplémentaires des efforts de restructuration de l'entreprise, et même du caractère déterminant du moratoire demandé pour le succès de l'accord présenté⁹⁰².

1258. En résumé, la prise en compte des droits des créanciers dans la restructuration de l'entreprise est un impératif. Or, l'exclusion de certains créanciers du champ concordataire

⁹⁰⁰ C.Com., art.L.611-7, al.5.

⁹⁰¹ ROUSSEL GALLE Ph., Etre ou avoir été, LPA 2008, n° 160, p.5

⁹⁰² CA paris, 14^{ème} Ch., sect. A, 23 juin 2004, n° RG : 04/00646, URSSAF Paris et a.c/ société Pino Elysées et a.

pourrait constituer un frein à la restructuration et ce, par l'exercice de leur droit de poursuites individuelles. C'est la raison pour laquelle, il est suggéré de parvenir à la collectivisation du règlement préventif comme en droit français ce qui aura pour conséquence en vertu de la loi de la majorité d'imposer aux créanciers récalcitrants les dispositions d'un plan viable et sérieux. Cette solution serait le gage de l'attractivité du plan, outil privilégié de la restructuration de l'entreprise. En droit français cette collectivisation qui a refait son « comeback »⁹⁰³ contient des imperfections car elle est source d'exclusion.

Para II La collectivisation des créanciers, source d'exclusion en droit français

1259. La loi de sauvegarde des entreprises traduit la volonté du législateur de réorganiser le droit des procédures collectives en permettant au débiteur d'anticiper et de soigner plus tôt son entreprise par le bénéfice de moyens dont il ne peut disposer seul d'une part et de préserver selon les procédures proposées, le droit des créanciers. Cette préservation s'est effectuée avec l'institution des comités de créanciers qui vont discuter les propositions de restructuration sur une base collective.

1260. A cet effet, le législateur dispose que : « la procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et le cas échéant à la constitution de deux comités de créanciers conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. »⁹⁰⁴. Il résulte de ce texte que la négociation et la discussion des modalités de la restructuration et partant les mesures d'apurement du passif seront l'affaire des comités de créanciers dont la constitution est source d'exclusion car non seulement leur institution n'est possible qu'à certaines conditions qui semblent exclure certains créanciers⁹⁰⁵. En outre, les textes prévoient une alternative pour les créanciers qui ne rempliraient pas les conditions sus indiquées.

⁹⁰³ Expression utilisée à juste titre par Madame Corinne SAINT ALARY HOUIN pour démontrer le retour des créanciers dans le déroulement de la procédure collective en général et la négociation du plan de restructuration, pouvoir qu'ils avaient perdu lors de la réforme de 1985 et qui a refait surface en 2005. Voy. Droit des entreprises en difficultés 9^{ème} édition, n° 929, p.594. En conséquence, nous nous plaçons aux antipodes de la position de Monsieur Pierre Michel LE CORRE qui trouve cette expression excessive. Voy. Droit et pratique des procédures collectives op cit, n° 512-09, p.1103. Critique que nous ne partageons pas ce d'autant plus qu'il ya eu un come back véritable qui a consisté à restaurer un pouvoir qu'ils avaient perdu.

⁹⁰⁴ C.Com., art. L 620-1 alinéa 2.

⁹⁰⁵ Nous traiterons cette idée dans la section II du présent chapitre.

A- Le traitement de faveur des grandes entreprises

1261. La constitution des comités de créanciers est réservée aux grandes entreprises en raison des critères exigés pour leur constitution à l'exclusion des autres entreprises dont la mise en place relève de la souveraineté décisionnelle du Tribunal ; le législateur prévoyant que : « *les débiteurs dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable et dont le nombre des salariés ou le chiffres d'affaires sont supérieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat.* »⁹⁰⁶

1262. Ces critères tiennent non seulement à la situation financière du débiteur (1) et au double seuil du nombre des salariés et du chiffre d'affaires (2).

1. Le critère de la situation financière

1263. Pour établir les comités d'adoption du plan de restructuration, le législateur exige que l'entreprise dispose de comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable. L'objectif étant de disposer d'un état relativement fiable du montant des créances détenues par les membres du comité afin d'éviter toute interprétation de collusion frauduleuse du débiteur avec ses créanciers.

1264. Si l'intervention d'un commissaire aux comptes n'est obligatoire que dans certaines catégories d'entreprises, rien n'interdit à une entreprise de faire certifier ses comptes par un commissaire aux comptes même en deca des seuils légaux. Par ailleurs, de très nombreuses petites et moyennes entreprises font établir leurs comptes par des experts comptables. Il conviendrait toutefois de vérifier que l'expert comptable établit effectivement les comptes et n'a pas une simple mission de conseil se traduisant par exemple par des interventions ponctuelles.⁹⁰⁷

1265. En tout état de cause, les comptes du débiteur doivent avoir été certifiés par un commissaire aux comptes ou avoir été établis par un expert comptable sachant qu'il est tout à fait possible de faire certifier ses comptes par un commissaire aux comptes même en deçà des seuils légaux.

⁹⁰⁶ C.Com., art. L.626-29 alinéa 1.

⁹⁰⁷ HYEY J.J., Rapport Sénat, n° 335, T1, préc. p. 294.

2. La condition de seuil

1266. La loi exige en second lieu le respect de conditions alternatives de seuils tenant au nombre de salariés employés par le débiteur à la date de la demande d'ouverture de la procédure ainsi qu'au chiffres d'affaires hors taxes de l'entreprise à la date de la clôture du dernier exercice comptable. Ce seuil a été fixé à 150 salariés et 20 millions d'euros de chiffres d'affaires HT⁹⁰⁸. Cette condition se cumule à la précédente et aura pour conséquence de limiter l'application de l'article L.629-29 à des entreprises de grandes envergures.

1267. Pour ce qui nous concerne, la constitution des comités de créanciers est réservée aux grandes entreprises ce qui exclut les autres entreprises qui n'atteignent pas les seuils fixés. Si l'institution des comités de créanciers apparaît comme l'une des nouveautés de la mise en œuvre du plan de sauvegarde, il faut remarquer toutefois que les dispositions du code de commerce limitent l'application de ces comités. En premier lieu, les textes instaurent des conditions tenant à l'entreprise pour que la formation de ces comités soit obligatoire. L'entreprise placée sous la procédure de sauvegarde devra réunir cumulativement deux seuils relativement importants : cent cinquante salariés et 20 millions d'euros de chiffres d'affaires. Dans l'esprit de la loi, seules des grandes entreprises de dimension suffisante doivent être dotées de comités de créanciers. En outre cette entreprise devra avoir des comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable.

1268. Ces conditions étant de nature à limiter sérieusement la mise en place des comités de créanciers, le législateur a prévu une dérogation à ce principe en permettant la mise en place de ces comités dans les entreprises qui n'atteignent pas ces seuils et qui pour ce qui nous concerne est coercitive.

B. Une faculté de constitution des comités en deca des seuils légaux

1269. Il est possible de constituer des comités de créancier dans les entreprises ayant une dimension moins grande. Cette faculté résulte de l'article L.626-29 alinéa 2 du code de commerce qui dispose que : *« A la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge commissaire peut autoriser qu'il en soit également fait application en deçà de ce seuil. »*

⁹⁰⁸ C.Com., art.R.626-52.

1270. Pour les entreprises ne réunissant pas les conditions fixées par le législateur pour la constitution obligatoire des comités, une dérogation est possible qui ne peut être autorisée par le Juge commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur, à l'exclusion de toute autre personne et notamment les créanciers. En effet, seul le débiteur ou l'administrateur ont la possibilité de solliciter du juge commissaire la création de comités dès lors que les comptes sont certifiés ou établis par un expert comptable⁹⁰⁹.

1271. On remarquera que les créanciers ne peuvent pas demander la mise en œuvre facultative des comités. Il a été en effet jugé prudent de ne pas accorder une telle saisine aux contrôleurs ou aux créanciers, de crainte qu'un ou plusieurs créanciers importants dans des entreprises de taille moyenne n'en profitent pour demander la constitution de comités dans lesquels ils seraient susceptibles d'obtenir la majorité⁹¹⁰.

1272. Cette faculté de constitution ne dispense que du critère de taille et non celui de la fiabilité de la situation financière de l'entreprise. A la lecture du texte, seule l'exigence des seuils peut être écartée. En revanche les comptes du débiteur doivent toujours être certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable. Par ailleurs, cette demande de constitution ne peut être formulée que par le débiteur ou l'administrateur, et non par un ou des créanciers ni par un ou des contrôleurs. En limitant les personnes susceptibles de formuler une telle demande, le législateur souhaite probablement éviter que dans une entreprise de taille raisonnable, des créanciers importants ne dictent leur loi en obtenant facilement la majorité au sein des comités.

1273. Enfin, il est à noter que cette autorisation sera accordée par le juge commissaire et non par le tribunal, même si l'on peut le déplorer vu l'impact qu'aura la décision de recourir ou non à la constitution de comités de créanciers⁹¹¹.

1274. Lorsque cette autorisation sera octroyée et que le Tribunal n'aura pas désigné d'administrateur, le juge commissaire en désignera un aux fins d'exercer les missions qui lui sont dévolues par les articles L.620-30, L. 620-32 et L. 626-33 du code de commerce⁹¹².

⁹⁰⁹ BARET MA, les acteurs des procédures, Petites affiches, 20 mars 2007, n° 52, p.22.

⁹¹⁰ Rapport AN, n° 2095, p.333.

⁹¹¹ ROUSSEL GALLE PH, la réforme du droit des entreprises en difficultés par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 : Litec, coll. Carré Droit, 2005, n° 362.

⁹¹² C.Com., art.R.626-53.

Section II le traitement différencié des créanciers

1275. Le traitement différencié des créanciers signifie que tous les créanciers ne sont pas appréhendés de la même manière même si les textes organisent une discipline collective. En effet, en vertu du principe d'égalité des créanciers, quand survient une procédure collective, tous les créanciers devraient être traités sous la même enseigne. Or, il ne s'agit d'une égalité textuelle et doctrinale étant entendu que dans la réalité ce principe est fortement relativisé. En effet, si le sort des créanciers est différencié face au plan de restructuration en droit OHADA, c'est l'inégal traitement des créanciers qui constitue la différenciation en droit français.

Para I Le sort différencié des créanciers face au plan de restructuration en droit OHADA

1276. Le concordat peut être défini comme un contrat passé entre le débiteur et ses créanciers dans les conditions précisées par la loi. Ce plan de restructuration a la particularité de s'imposer à tous les créanciers y compris ceux qui ne l'ont pas voté. Toutefois, au cas où le concordat est accepté et homologué par le Tribunal, les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents.

1277. Ainsi, selon les termes concordataires consentis, il y aura un sort différencié voire une double discrimination entre les créanciers concordataires eux-mêmes d'une part et d'autre part entre les créanciers post concordataires.

A- La discrimination entre les créanciers concordataires

1278. Les créanciers dans la discussion et de l'adoption du plan de restructuration sont discriminés étant entendu que les délais et remises consentis peuvent être différents. A cet effet, l'article 15.2 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose que : « *lorsque la situation du débiteur le justifie, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. Les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents.* »

1279. Il en résulte que le concordat peut être voté et homologué en des termes diversement acceptés par les créanciers qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés ; en d'autres termes, les stipulations concordataires peuvent être différentes d'un créancier à un autre car il n'existe pas de traitement de faveur à l'égard des créanciers munis de sûretés dans le cadre du concordat préventif. Il est précisé à cet effet que : « *l'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision de règlement préventif que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur sans préjudice des dispositions de l'article 15.2... les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé.* »

1280. On le voit donc si le concordat accepté et homologué s'impose à tous les créanciers, il n'en demeure pas moins que les délais et les remises concordataires sont laissés à la libre appréciation des créanciers. Cette discrimination entre les créanciers concordataires eux-mêmes se produit également entre les créanciers concordataires et les créanciers postérieurs au concordat.

B-La discrimination entre les créanciers concordataires et les créanciers post concordataires

1281. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, s'il existe de nouveaux créanciers, leurs titres de créances devront être produits et vérifiés pour leur admission dans la masse unique des créanciers antérieurs et postérieurs au concordat. Toutefois, malgré leur fusion dans une même masse, il subsistera une discrimination en faveur des anciens créanciers concordataires qui bénéficient d'une priorité de traitement au détriment des créanciers post concordataires. Aussi bien, après l'opération de vérification des nouveaux titres de créances produits, les créances antérieurement admises sont reportées d'office au nouvel état de créances, sous déduction des sommes qui auraient été perçues par les créanciers au titre des dividendes.

1282. En outre, si avant la résolution ou l'annulation du concordat, le débiteur n'a payé aucun dividende, les remises concordataires sont anéanties et les créanciers antérieurs au concordat recouvrent l'intégralité de leurs droits. Si le débiteur a déjà payé une partie du dividende, les créanciers antérieurs au concordat ne peuvent réclamer, à l'encontre des

nouveaux créanciers que la part de leurs créances primitives correspondant à la portion du dividende qu'ils n'ont pu toucher. Les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse⁹¹³.

1283. En somme on peut dire que les relations entre les créanciers concordataires et les créanciers postérieurs au concordat sont essentiellement marqués du sceau de l'inégalité qui débouche sur une discrimination dans le droit des procédures collectives.

Para II l'inégal traitement des créanciers en droit français

1284. Bien que d'inspiration américaine, les comités mis en place par la réforme se distinguent des comités américains dont le nombre n'est pas déterminé mais fonction des créanciers ayant des intérêts homogènes contrairement à la législation française qui au terme des dispositions de l'article L.626-30 alinéa 1^{er} du code de commerce, ne prévoient seulement que deux comités de créanciers. Il en résulte l'exclusion des autres créanciers dont la défense des droits pourrait alourdir la tâche confiée au mandataire voire la restructuration même de l'entreprise étant entendu que pour ces créanciers, un régime de consultation supplémentaire est organisé.

A .Les limites quant au nombre de comité : La dualité des comités

1285. Aux termes des dispositions de l'article L. 630 -30, il est prévu la constitution de deux comités de créanciers uniquement. Il s'agit des établissements de crédits et des principaux fournisseurs des biens ou des services. L'objectif de la réforme est de permettre aux partenaires de l'entreprise de discuter au sein de ces comités afin de trouver une solution pour sauvegarder l'entreprise. Tout créancier antérieur devrait donc trouver sa place dans l'une de ces deux catégories dès lors qu'il est un partenaire de l'entreprise. Mais la constitution de ces comités est fondée sur un critère d'ordre qualitatif ce qui exclut certains créanciers.

⁹¹³ A.U.P.C.A.P, art. 142.

1. Une limite d'ordre qualitatif

1286. Les créanciers membres des comités sont constitués des établissements de crédit notamment les banques et les principaux fournisseurs considérés comme créanciers indispensable à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

a. Les établissements de crédit

1287. Il faut entendre par établissements de crédit, ceux visées à l'article 511-1 du code monétaire et financier à savoir des personnes morales effectuant à titre de profession habituelle des opérations de banque, des opérations de crédit ou la mise à disposition ou la gestion des moyens de paiement.

1288. Mais il faut également entendre par établissement de crédit, tous les établissements détenant une créance sur le débiteur. Il convient de remarquer qu'il n'est pas permis aux établissements de crédit d'opposer un refus à la participation au comité.

1289. L'administrateur se chargera au regard de la liste remise par le débiteur dès l'ouverture de la procédure de s'assurer que les établissements de crédit ont bien été appelés à se réunir en comité. A défaut, il verra sa responsabilité engagée sauf à prouver l'omission volontaire d'un créancier sur la liste fournie par le débiteur. En tout état de cause, le premier comité est constitué des établissements de crédit qui en sont **membres de droit**, l'article L. 626-30 du Code de commerce visant les établissements de crédit et ceux assimilés c'est-à-dire tous les établissements mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire *"les personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque"*, les institutions mentionnées à l'article L. 518-1 du même code⁹¹⁴ et aux établissements intervenant en libre prestation de services sur le territoire des États parties à l'accord sur l'EEE⁹¹⁵. Cela étant, le statut d'établissement de crédit "à la française" ne nous

⁹¹⁴ C.Com. art.R.626-55.

⁹¹⁵ Accord sur l'espace économique européen Voy. Décision 94//CE du conseil e de la commission du 13/12/1993 relative à la conclusion de l'accord sur l'espace économique européen entres les communautés européennes.

semble pas une condition sine qua non de la participation d'un fournisseur de crédit à ce comité.⁹¹⁶

1290. Toute entité, une succursale étrangère par exemple qui se livrerait à une opération de banque par nature devrait être membre de droit de ce comité. À lui refuser cette entrée, celle-ci pourrait se retrouver membre du second comité en tant que fournisseur de service, le prêt étant un contrat de service. Mais nul besoin d'en arriver à ce stade nous semble-t-il.

1291. Ces établissements de crédit quel que soit le montant de leur créance font automatiquement partie des comités de créanciers et ne peuvent refuser cette participation mécanique quel que soit leur avis sur la question. Aussi ont-ils tout intérêt à y siéger et à s'intéresser de près à ces comités au sein desquels on peut penser qu'une solution permettant le redressement de l'entreprise sera trouvée.

1292. En évitant la politique de la "chaise vide" et en œuvrant au redressement de l'entreprise, ce sera de surcroît le meilleur moyen pour eux d'obtenir le recouvrement de leur créance⁹¹⁷. Mais tel ne devra toutefois pas être leur principal souci.

b. Les fournisseurs

1293. Un second comité des créanciers est constitué des principaux fournisseurs de biens ou de services de l'entreprise en difficulté, comme par exemple un vendeur, un entrepreneur ou un prestataire de services. En revanche, un acheteur de biens et services qui serait créancier du débiteur, au titre par exemple d'une "avance sur commande en cours" sera exclu de ce comité, de même que du précédent. La détermination de ces "principaux fournisseurs" est fonction de l'importance de la créance dont l'appréciation est entre les mains de l'administrateur judiciaire.

1294. Toutefois, pour le guider dans son choix, l'article L. 626-30, alinéa 1er, du Code de commerce, précise que "chaque fournisseur de biens ou de services est membre de

⁹¹⁶ BONNEAU Th. note sous Cass. ass. plén., 4 mars 2005 : JCP E 2005, 690,; RD bancaire et fin. 2005, p. 48, obs. J. Stoufflet.

⁹¹⁷ BONHOMME R., La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, n° 18, mélanges Bouloc.

droit du comité des principaux fournisseurs lorsque ses créances représentent plus de 5 % du total des créances des fournisseurs", sachant qu'est pris en compte "le montant des créances hors taxes existant à la date du jugement d'ouverture"⁹¹⁸.

1295. Ce critère n'est toutefois précis qu'en apparence puisque ce taux est apprécié au regard du passif indiqué par le débiteur même si c'est avec la certification de son commissaire aux comptes ou l'intervention de son expert-comptable. Par conséquent, l'évaluation du passif dépend de ce que le débiteur aura bien voulu indiquer dans la mesure où c'est lui qui remet à l'administrateur la liste des créances de ses fournisseurs, ainsi que leur montant. Toutefois, vu la brièveté des délais impartis, tout au moins pour constituer ces comités, la solution du recours aux documents comptables était la seule envisageable, le délai de déclaration des créances n'étant pas expiré, le mandataire judiciaire n'ayant donc pas eu le temps matériel de procéder à la vérification des créances.

1296. Cela étant, des incertitudes ne manqueront pas de surgir. En effet, l'administrateur devra a priori tenir compte des créances non encore déclarées. Mais que se passera-t-il si le taux retenu s'avère erroné, une distorsion étant apparue entre les créances retenues pour la composition du comité et les créances admises suite aux opérations de vérification ? Outre la mise en cause de la responsabilité des différents acteurs (administrateur, expert-comptable et chef d'entreprise), quelle sera l'incidence sur le vote ultérieur des comités de créanciers irrégulièrement constitués ? De même, comment déterminer ce taux de 5 % en cas de créance omise, qu'il s'agisse d'une omission du débiteur ou d'une erreur de calcul par exemple ? Le vote sera-t-il acquis au mépris des règles de constitution des comités ? A priori, il s'agira d'un vote irrégulier. Or la sanction ordinaire d'un tel vote est la nullité. Mais la nullité de quoi ? La décision d'adoption du plan ? Ne peut-on alors plaider que la décision de justice qui "homologuera" les propositions acceptées par les comités entraînera purge des éventuels vices de nullité ? Toujours dans la même veine, si ces comités sont a priori destinés à accueillir des créanciers antérieurs ne devrait-on pas tout de même y faire participer les créanciers postérieurs non méritant ou les créanciers postérieurs méritants mais ayant omis de déclarer leur créance ? Par ailleurs, un fournisseur qui aurait cédé sa créance sur le débiteur par bordereau Dailly ou affacturage sera-t-il dispensé de participer au comité des principaux fournisseurs, tandis que les cessionnaires (banquier ou factor) seraient tenus d'intégrer le comité des établissements de crédit ?

⁹¹⁸ D. du 28 déc. 2005, art. 165, al. 1er.

1297. La difficulté nous paraît devoir être réglée en recourant à la nature de la créance. Le changement de titulaire de celle-ci n'en modifie pas la nature, aussi le(s) cessionnaire(s) devra(en)t-il participer au comité des fournisseurs, à condition que le seuil des 5 % soit atteint.

1298. Le seuil de participation des fournisseurs est abaissé de 5 % à 3 %⁹¹⁹ et les créances sont comptabilisées TTC pour le calcul des 3 % nécessaires à la participation de plein droit. De même, l'administrateur peut demander à tout fournisseur dont les créances ne représentent pas plus de 3 % du total des créances toutes taxes comprises des fournisseurs d'être membre de ce comité. Le délai dans lequel l'administrateur qui a avisé chacun des créanciers membres de plein droit des comités sollicite les fournisseurs dont le montant de la créance est inférieur à 3 % passe de trente jours à compter du jugement d'ouverture à quinze jours avant la présentation au comité des propositions du débiteur⁹²⁰.

1299. En résumé, il convient de préciser que le législateur a prévu uniquement deux comités de créanciers ce qui semble exclure d'autres créanciers que nous évoquons. Toutefois, à côté des membres de droit de ce comité, d'autres fournisseurs peuvent également en être membres s'ils sont sollicités à cette fin par l'administrateur judiciaire⁹²¹.

1300. Tel devrait notamment être le cas dans l'hypothèse (d'école ?) où aucun fournisseur ne représenterait plus de 5 % du passif fournisseur. Cette éventualité se trouve palliée par l'article R.626-57 qui prévoit que *"l'administrateur peut demander dans le délai de trente jours après le jugement d'ouverture, à tout fournisseur dont les créances ne représentent pas plus de 5 % du total des créances hors taxes des fournisseurs, d'être membre du comité des principaux fournisseurs. À défaut d'une acceptation écrite adressée à l'administrateur dans un délai de huit jours à compter de la réception de l'avis, le fournisseur sollicité est réputé avoir refusé"*.

1301. L'administrateur dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix des fournisseurs dont la créance est inférieure à 5 % du total des créances des fournisseurs. Or, sa décision est importante car elle aura nécessairement une incidence sur la composition du

⁹¹⁹ C. com., art. L. 626-30, al. 3.

⁹²⁰ C. com., art. R. 626-57.

⁹²¹ C. com., art. L. 626-30, al. 1er in fine

comité et les répartitions des droits de vote. Par ailleurs, devenu membre d'un comité, le fournisseur sélectionné risquera de se voir imposer des décisions qu'il n'aurait pas toujours acceptées s'il était resté en dehors du comité. C'est la raison pour laquelle le décret prévoit que le silence du fournisseur sélectionné ne vaut pas acceptation. Seule une acceptation écrite adressée dans le délai précité lui donnera la qualité de membre du comité. En cas de créance de faible montant, on peut penser qu'un fournisseur n'aura jamais intérêt à accepter d'intégrer un tel comité, la loi de la majorité risquant de lui être constamment défavorable.

2. Une dualité source d'exclusion

1302. Le législateur ayant prévu exclusivement que deux comités, il en résulte l'exclusion de certains créanciers qu'il convient de lister dans le cadre des développements suivants.

a. L'exclusion des créanciers publics

1303. Sont exclus de ces comités les créanciers publics. Il s'agit d'abord des créanciers sociaux et fiscaux. Ces créanciers, qui ne sauraient être assimilés à des prestataires de service, relèvent de l'article L. 626-6, alinéa 1er, du Code de commerce lequel vise les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions de la sécurité sociale dont les créances sont soumises à des règles propres. En effet, est envisagée la possibilité de remises, sans toutefois qu'elles puissent être imposées par certains créanciers publics à d'autres. Le texte prévoit cependant que les efforts consentis par ces créanciers sont conditionnés par ceux qu'octroierait un opérateur économique privé placé dans la même situation. D'où la nécessité, pour l'administrateur, d'organiser une information mutuelle des propositions de règlement des créanciers publics et privés.

1304. Il s'agit ensuite des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. En l'occurrence, l'article L. 626-30, dernier alinéa, du Code de commerce prévoit expressément que "Les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent pas être membres du comité des principaux fournisseurs". Si cela se justifie à l'égard des collectivités territoriales comme les communes, les départements ou les régions, qui ont rarement la qualité de fournisseur et pour lesquels existe un régime particulier de remises

exclusif d'une loi majoritaire, l'exclusion des établissements publics territoriaux (et non nationaux) est plus surprenante dans la mesure où ils peuvent être prestataires de services⁹²².

1305. Par ailleurs, cette exclusion ne saurait concerner les établissements de crédit "publics" qu'ils soient nationaux ou territoriaux. Ceux-ci feront bien partie de droit du comité des établissements de crédit.

b. Les salariés

1306. Sont également exclus de ces comités, les salariés dans la mesure où leur sort est très favorable, ceux-ci ne pouvant se voir imposer de délais ou de remises. Les salariés ne peuvent en effet être considérés ni comme des établissements de crédit, ni comme des fournisseurs de services.

c. les obligataires

1307. Sont enfin exclus des deux comités, et plus particulièrement du comité des établissements de crédit, les obligataires. En effet, en prévoyant que la masse des obligataires doit délibérer sur le projet de plan transmis aux comités (*C. com.*, art. L. 626-32, al. 2), il faut déduire du texte qu'elle n'en fait pas partie. Comme le notent les auteurs précités⁹²³, *"la masse des obligataires ne peut être incluse dans le comité des établissements de crédit, faute pour elle de réaliser des opérations de crédit à titre habituel. En effet, par hypothèse, une masse n'existe que pour un emprunt donné. Ainsi, quoique dotée de la personnalité morale et réalisant une opération de crédit, la masse des obligataire ne peut être considérée comme un établissement de crédit"*.

B. La dualité du comité source d'un double régime d'adoption du plan

1308. Le dualisme fixé pour le législateur pour la constitution de l'organe chargé de négocier la restructuration de l'entreprise va entraîner un double régime de la consultation voir d'adoption du plan de restructuration. Une adoption dans le cadre des comités, mais également une autre en dehors des comités.

⁹²² BREMOND G. et SCHOLASTIQUE E., Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire : JCP E 2006, p. 1405

⁹²³ BREMOND G. et SCHOLASTIQUE E., art. préc.

1. L'adoption d'un plan en comité

1309. Le déroulement de la procédure de consultation suppose une négociation entre les comités et le débiteur à partir de propositions du débiteur dans un calendrier très bref qui devront ensuite déboucher sur un vote, manifestation de cette consultation. Une fois les comités constitués, le débiteur doit leur présenter des propositions en vue d'élaborer le projet de plan de restructuration⁹²⁴.

1310. Le législateur a visiblement choisi la voie du dialogue et la recherche de solutions consensuelles. Toutefois, ce dialogue avec les comités de créanciers qui ne pouvait qu'être entamé par le débiteur qui disposait du monopole en ce qui concerne la proposition de plan a disparu étant entendu que désormais, les créanciers peuvent proposer un plan de restructuration⁹²⁵.

1311. En tout état de cause, une fois les propositions présentées aux comités, l'administrateur judiciaire sera l'animateur de la discussion à l'issue de laquelle les comités se prononceront sur le projet de plan. Le chef d'entreprise, quant à lui, devrait se tenir davantage en retrait, occupé qu'il doit être à la gestion quotidienne de son activité. Ce rôle moins actif du débiteur est confirmé par la disposition du décret qui prévoit l'hypothèse dans laquelle le tribunal n'aurait pas désigné d'administrateur judiciaire. En effet, dans un tel cas, cette mission d'animation ne revient pas au débiteur mais bien à un administrateur judiciaire que le juge-commissaire devra spécialement désigner pour cette mission

1312. Ainsi la procédure d'adoption du plan de restructuration en comité se fera suivant la procédure ci après. Dans un premier temps, les deux comités de créanciers doivent être constitués dans un délai de trente jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure. L'administrateur devra, dans ce délai extrêmement court, aviser chacun des établissements de crédit créancier du débiteur qu'il est membre de droit du comité des établissements de crédit. Il devra également informer, dans le même délai, chaque fournisseur dont les créances représentent plus de 5 % du total des créances hors taxes des fournisseurs qu'il est aussi membre de droit du comité des principaux fournisseurs. Toutefois les textes restent taisant sur la sanction en cas de non-respect de ce délai.

⁹²⁴ C. Com. , art. L. 626-2

⁹²⁵ Voy supra para II p.321

1313. Dans un second temps, le débiteur doit présenter ses propositions à ces comités dans un délai de deux mois à partir de leur constitution, soit trois mois au plus après le jugement d'ouverture. Ce délai est toutefois renouvelable une fois, par le juge-commissaire, à la demande du débiteur ou de l'administrateur, ce qui permet de disposer finalement de cinq mois à compter du jugement d'ouverture. En revanche, lorsque le débiteur n'a pas présenté ses propositions aux comités dans les délais fixés, l'article L. 626-34 *in fine* prévoit que la procédure est reprise conformément à celle jusqu'à présent applicable.

1314. Enfin, les comités de créanciers disposent de trente jours non renouvelables pour prendre position et se prononcer sur le projet de plan. Là encore, si les comités ne se prononcent pas dans les délais légaux, la procédure est reprise en vue de préparer un plan après une procédure de consultation visant tous les créanciers sans distinction.

1315. Dans cette nouvelle exigence de délai, deux éléments sont troublants. D'abord, à la lecture des quelques articles consacrés à ces comités de créanciers, l'objet du consensus n'apparaît pas avec clarté. Les comités doivent-ils se prononcer sur des propositions, sur un projet de plan ? Malgré la variabilité des termes employés, il nous semble que les comités doivent se prononcer sur les propositions du débiteur, en les modifiant le cas échéant, jusqu'à élaborer un projet de plan au sens de l'article L. 626-2 du Code de commerce. Ensuite, le délai imparti nous paraît très court pour examiner et juger de la pertinence d'une solution équilibrée visant à redresser l'entreprise en difficulté sans totalement négliger les intérêts des créanciers.

1316. C'est à se demander si l'objectif affiché d'associer les créanciers à la discussion n'est pas un simple miroir aux alouettes tant il semble difficile d'accepter, voire d'amender les propositions transmises, et donc d'élaborer en pleine connaissance de cause un projet de plan en un mois. Quoiqu'il en soit, après les discussions suscitées notamment par les propositions du débiteur, les observations du mandataire de justice ou des représentants sociaux, ainsi que des échanges entre créanciers, le projet de plan est mis au vote au plus tard dans un délai de trente jours. Les comités ont alors un large pouvoir d'appréciation puisque la règle en la matière est celle de la liberté contractuelle. Par ailleurs, chacun des comités se prononce séparément sur ledit projet. En effet, chaque comité ne peut s'exprimer que sur le sort des créances de ses membres respectifs. Mais, en pratique, si l'administrateur joue bien son rôle d'homme orchestre de la procédure de consultation, les votes devraient se faire en fonction de l'ensemble du projet plan tel qu'il ressort des discussions des deux comités.

1317. Mais s'agissant plus précisément des modalités de consultations des membres des comités et du fonctionnement de ceux-ci, ni la loi, ni le décret ne précisent le(s) procédé(s) approprié(s). Faut-il être présent physiquement ? Peut-on voter par correspondance ou par visioconférence ? Est-il nécessaire de réunir une assemblée des créanciers ? Là encore, il semblerait que la liberté soit le principe et que rien n'interdirait au mandataire d'organiser un vote même au moyen des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

1318. Pour ce qui concerne les conditions du vote, il est à noter que l'article L. 626-30, alinéa 3, du Code de commerce détermine les conditions de majorité. En l'occurrence, chaque comité se prononce à la majorité de ses membres représentant au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité. Le montant de ce passif pris en compte pour déterminer la majorité des deux tiers, est arrêté par l'administrateur au vu des indications certifiées du débiteur ou des comptes établis par l'expert-comptable, au plus tard huit jours avant la date du vote. Ainsi l'adoption du plan suppose une double majorité, par tête et par volume de créances. Une difficulté pourra se poser en cas de cession de créance, soit qu'un membre d'un comité ait racheté une ou plusieurs créances, soit, au contraire qu'il ait cédé sa créance à un ou plusieurs cessionnaires. Comment se calculeront alors les voix ? Le bon sens et l'impératif de sécurité juridique nous semblent devoir conseiller de ne prendre en considération que les cessions notifiées avant le jugement d'ouverture, celles notifiées après étant simplement inopposables à la procédure. Il appartiendra alors aux parties à la cession de s'accorder sur le vote du cédant. Les décisions prises à cette double majorité s'imposeront à la minorité. C'est tout l'intérêt et le danger à la fois de faire partie de ces comités. L'intérêt parce qu'il est possible d'imposer ses choix aux autres créanciers (qu'ils aient été ou non convaincus) dès lors que l'on est un créancier important, ou tout au moins de bloquer le vote lorsque l'on détient une minorité de blocage. Et le danger de se voir appliquer les règles de la démocratie, à partir du moment où l'on ne détient pas cette fameuse minorité de blocage.

1319. En résumé, Le législateur a laissé une totale latitude aux différents intervenants de ces comités en l'occurrence, débiteur, créanciers et administrateur qui peuvent donc décider souverainement de la teneur du projet de plan. L'objectif étant le redressement de la personne, l'idéal est de trouver un accord sur les différents points habituellement évoqués en l'absence de comité. Aussi l'apurement du passif ne saurait être le seul objet de discussion de ces comités sinon le progrès sur la procédure de consultation individuelle serait inexistant. Cela étant, on imagine que l'octroi de délais, de remises, mais aussi de nouveaux crédits ou de conversion de créances seront aussi au cœur de la négociation.

1320. Enfin, cette souveraineté des comités se retrouve dans les modalités du plan à propos desquelles l'article L. 626-30, dernier alinéa, écarte les dispositions des articles L. 626-12 et L. 626-18, alinéas 2 et 3, du Code de commerce. En effet, le projet de plan résultant du vote des comités de créanciers peut avoir une durée supérieure à dix ans, sans qu'il soit indispensable de prévoir un paiement dès la première année, ni nécessaire d'envisager, pour les annuités suivantes, un montant minimal correspondant à 5 % du passif admis.

2. L'adoption du plan hors comité

1321. Les créanciers qui ne sont pas membres des comités de créanciers sont, quant à eux, consultés individuellement ou collectivement comme auparavant, l'administrateur exerçant à cette fin la mission confiée au mandataire judiciaire⁹²⁶. À cette fin, l'administrateur communique au mandataire judiciaire, aux contrôleurs et aux représentants du personnel, les propositions de règlement des dettes. Puis, il recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier ayant déclaré sa créance, sur les délais et remises qui lui sont proposés.

1322. En pratique, la consultation se fera souvent par écrit, sachant que le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation. Ensuite et classiquement, il dresse un état des réponses faites par les créanciers, le communique au débiteur et aux contrôleurs, avant d'établir son rapport⁹²⁷. À la différence des mesures pouvant intervenir au sein des comités de créanciers, cette procédure de consultation de "droit commun" ne peut déboucher sur un plan de sauvegarde d'une durée supérieure à dix ans, les délais de paiements et le montant des annuités devant respecter l'article L. 626-18, alinéas 2 et 3, du Code de commerce.

1323. En résumé, force est de noter que le code de commerce prévoit la constitution par l'administrateur de deux catégories de comités : le comité des établissements de crédits et le comité des principaux fournisseurs de biens ou services. Par conséquent, à la différence des assemblées concordataires, tous les créanciers n'appartiennent pas aux comités et notamment les créanciers publics.

⁹²⁶ C. com., art. L. 626-33, al. 1er

⁹²⁷ C. com., art. L. 626-7

CONCLUSION CHAPITRE II

1324. Aux termes de cette étude, force est de retenir qu'en dépit de l'association des créanciers au sort de l'entreprise par des interventions récurrentes dans la négociation des modalités du remodelage de l'entreprise, des limites persistent qui pourraient compromettre la restructuration de l'entreprise et partant la protection des droits des créanciers. En effet si la plupart des créanciers participent à la négociation de la restructuration, les tractations collectives se font sur une base élitiste ce d'autant plus que certains bénéficient du traitement de faveur tandis que d'autres n'en n'ont pas la possibilité. La différence fondamentale entre les deux systèmes juridiques réside dans la collectivisation du processus de négociation. Alors qu'en droit OHADA, la négociation du plan de restructuration s'effectue sur une base individuelle, en droit français ce type de restructuration s'effectue sur une base collective ce qui est un renouveau et marque un élément de démarcation entre les deux législations.

Conclusion TITRE II

1325. En résumé, force est de retenir de cette étude que des mesures ont été prises par les différents législateurs en vue de faire participer les créanciers à la recherche de solutions négociées nécessaires au traitement des difficultés de l'entreprise. Ce caractère négocié de la restructuration qui nécessite une participation des différents partenaires et une transparence de la procédure suivie lui confère une plus grande efficacité économique. En effet, le créancier apparaît comme un acteur important de la restructuration de l'entreprise et ses relations avec l'entreprise ne sont pas nécessairement antagonistes étant entendu qu'il peut avoir un intérêt au maintien de la valeur de l'entreprise. Ainsi est affirmée la contractualisation de la restructuration de l'entreprise dont les modalités diffèrent étant entendu que dans le cadre de l'anticipation de la cessation des paiements, cette négociation à la différence du droit OHADA s'effectue collectivement. En outre, dans cette recherche de solutions négociées à la restructuration de l'entreprise, il convient de préciser une nette démarcation entre les deux systèmes étant entendu que le pouvoir des créanciers est plus étendu en droit français dans la mesure où les différentes réformes intervenues ont contribué à améliorer leur sort. En témoigne la dernière en date qui a poussé la distinction plus loin en offrant au créancier un pouvoir d'initiative en matière de plan de restructuration. Tout créancier a le pouvoir de proposer un plan alternatif qui devra être étudié par l'administrateur et soumis aux comités comme celui du débiteur quand bien même cette nouveauté ne manquera pas de soulever des problématiques de mise en œuvre lorsque les dirigeants de la société en procédures collectives n'y adhéreront pas. Cette innovation pourrait impulser le législateur OHADA dans l'évolution de son droit. Il est toutefois à craindre qu'en donnant cette possibilité aux créanciers, le législateur ne limite l'objet du plan de restructuration car les créanciers ne s'intéresseront uniquement aux modalités d'apurement du passif à l'exclusion des autres possibilités du plan notamment les mesures sociales et économiques. Aussi cette innovation pourrait léser les autres créanciers notamment de salariés et les créanciers publics, pourquoi ne pas étendre ce pouvoir d'initiative concurrent aux autres personnes intéressées par la restructuration ?

CONCLUSION GENERALE

1326. Le terme restructuration, est souvent associé aujourd'hui dans l'esprit du grand public pour évoquer les ravages de la mondialisation. Au-delà de la réalité économique et sociale de ce phénomène, force est de constater qu'il est insaisissable pour le droit car il ne fait l'objet d'aucune définition légale et est caractérisé par son caractère protéiforme recouvrant plusieurs réalités et entraînant la lecture croisée de différentes disciplines juridiques et même économiques.

1327. La restructuration se traduit par une réorganisation de l'entreprise sur un plan juridique, organisationnel, capitalistique, patrimonial, financier, opérationnel en vue d'aboutir à un objectif : la pérennisation de l'activité de l'entreprise par le recours à des techniques diverses et variées qui, fonction des velléités des entreprises, posent pour certaines, des problématiques importantes.

1328. Ces restructurations sont tantôt simplement voulues pour permettre à l'entreprise d'être plus compétitive et d'assurer son développement, tantôt elles seront imposées dans une optique de sauvetage et de survie de l'entreprise. Dans cette perspective comparatiste, les résultats obtenus attestent que l'objectif des restructurations est double : celui d'assurer la croissance de l'entreprise d'une part et d'autre part de restaurer les entreprises défaillantes : la restructuration gravitant autour de 2 axes majeures : la restructuration de la dette et la restructuration du capital des entreprises.

1329. Pour parvenir à cette croissance de prime abord, plusieurs mécanismes juridiques existent notamment, la fusion, qui considérée par la doctrine comme la technique privilégiée de restructuration, a été assimilée par le législateur au travers du prisme de la notion de transmission universelle du patrimoine. L'intérêt pratique de cette reconnaissance est considérable car elle permet non seulement la réalisation aisée d'une transmission du passif social, mais encore une simplification non négligeable du transfert des éléments d'actifs. Son intérêt majeur réside dans le fait qu'il permet de faire l'économie de l'application du régime juridique propre à chacun des éléments d'actifs et de passif

composant le patrimoine. En dépit de ces avantages, il est remarquable que la jurisprudence ne tire pas toutes les conséquences de l'affirmation du caractère universel de la transmission universelle du patrimoine. En effet, l'incohérence des solutions jurisprudentielles, révèle que le principe de la transmission universelle du patrimoine apparaît en dépit de ses conséquences logiques, impuissant à faire disparaître les obstacles existant à l'encontre du transfert de certains éléments du patrimoine de la société absorbée. Il existe plusieurs restrictions voire des entraves à sa réalisation qui altère considérablement cette conception légale. En effet, cette règle de la transmission universelle, trait caractéristique de l'opération de fusion en dépit de sa très grande généralité, n'est dans la réalité que partielle puisque tous les droits et toutes les obligations ne sont pas transmis à la société absorbante : les contrats conclus intuitu personae de même que la responsabilité pénale en constituent les exemples.

1330. Aussi, nous plaidons pour une réhabilitation de la conception contractuelle de la fusion qui a été oubliée au regard des préoccupations doctrinales relatives à la transmission universelle du patrimoine. Ce processus contractuel qui préside au rapprochement dans le cadre de la fusion peut, d'une part, être utilisé dans l'optimisation des montages d'instrumentalisation de la fusion, qui démontrent que la fusion n'est pas toujours guidée par des considérations patrimoniales mais financières également. La doctrine utilise à cet effet, les qualificatifs de « fusion rapide » ou de « montage de type LBO » qui permettent de constater que la fusion répond à des impératifs financiers et est soumise aux techniques de l'ingénierie financière.

1331. En outre, la technique contractuelle pourrait solutionner les problématiques liées à l'intransmissibilité de certains contrats, intuitu personae notamment et les incertitudes posées par le défaut des fusions transfrontalières dont certains aspects de la procédure continuent d'être régis par les dispositions nationales comme la protection des différentes parties prenantes ou encore la majorité requise en assemblée générale. Ce procédé contractuel pourrait également pallier d'autres inconvénients inhérents à la fusion transfrontalière notamment la longueur du processus et la disparition de la personnalité morale de l'absorbée.

1332. Enfin, quand bien même cette possibilité de restructuration (la fusion transfrontalière) fait l'objet d'un cadre juridique, elle contient de nombreuses limites handicapantes et ne bouleverse pas pour autant la pratique des fusions dans la mesure où le droit interne de ce type de mutation sociétaire demeure toujours applicable. Ce régime transfrontalier étant juste une communautarisation du droit national commun.

1333. Mais force est de constater que l'entreprise peut être le seuil de difficultés qui menacent son existence et imposent le recours à certaines techniques de restructuration, préventives notamment, dont l'objectif est non seulement de prendre diverses mesures en vue de réorganiser l'entreprise, de sauver les emplois et d'assurer l'apurement du passif.

1334. Ces techniques préventives font preuve d'une attractivité limitée car d'une part les critères conditionnant leur mise en œuvre sont posés en termes imprécis et font l'objet d'une interprétation différente des tribunaux. Il en résulte une sorte d'insécurité juridique. Egalement ces critères sont fortement liés à la cessation des paiements dont l'imminence voire la survenance va influencer leur appréhension. Cette situation de forte dépendance est un frein au caractère attrayant des procédures de restructuration dont l'utilité pour les entreprises dans un contexte de crises économiques mondiales n'est plus à démontrer.

1335. A ces insuffisances de nature à entraver le caractère attrayant de la restructuration par voie d'anticipation, s'ajoute la flexibilité du plan de restructuration qui en dépit de certaines incohérences, est une technique souple dans la mesure où il s'appuie sur différents mécanismes de restructuration de la dette et également de l'activité économique. Il peut au surplus être modifié. Les mesures prévues ne sont pas figées dans le marbre et des modifications sont concevables. Le plan est susceptible de mutabilité contrôlée. Il constitue un instrument juridique original qui essaie d'organiser l'avenir de l'entreprise par une décision judiciaire après consultation et négociation avec les créanciers dont le rôle dans la recherche de solutions transactionnelles de traitement des difficultés de l'entreprise a été renforcé.

1336. Enfin dans la volonté de rendre attractive la restructuration de l'entreprise, les législateurs accordent une place plus importante aux solutions volontaires de traitement des difficultés en prônant le recours à la négociation et en offrant aux créanciers un certain pouvoir sur le déroulement de la procédure. Cette nouvelle distribution des rôles est indéniablement liée à une nouvelle perception du créancier qui n'est plus l'homme à abattre mais plutôt un interlocuteur à convaincre et en tout cas à associer à la discussion. Elle se traduit non seulement par l'institution de procédures et de mécanismes qui accentuent les prérogatives des créanciers dans la restructuration de l'entreprise. Il en résulte un certain activisme des créanciers. Toutefois il ne faut pas occulter nonobstant ces facteurs positifs des restrictions dans cette volonté de protéger les droits des créanciers qui seraient de nature à entraver le bon fonctionnement de la restructuration.

1337. En tout état de cause, pour ce qui nous concerne, force est de constater que le législateur OHADA ne s'est pas montré révolutionnaire du moins pour ce qui concerne les finalités des techniques de restructuration étudiées et les moyens utilisés pour y parvenir car il s'est inspiré de la plupart des principes fondamentaux du droit français des restructurations. Elles (les restructurations) répondent à une logique de pérennisation de l'activité de l'entreprise par le recours à des techniques diverses et variées qui seront fonction des velléités des entreprises.

1338. Les seules différences constatées tiennent aux récentes évolutions du droit français où certaines innovations intervenues marquent sur certains points la démarcation entre les deux systèmes juridiques. Il en va notamment de la simplification du formalisme en matière de restructuration et de l'accroissement de l'influence de certains acteurs des restructurations. Elles sont essentiellement d'ordre notionnel et technique trouvant leur source dans la différence de la politique législative.

1339. En France, la volonté du législateur de renforcer la compétitivité des entreprises entraîne une constante et perpétuelle évolution du droit et partant des techniques de restructuration dans le but d'éliminer les contraintes et d'ouvrir de nouvelle flexibilité. Cette méthode pour notre part, n'est pas sans inconvénients car ce mouvement brownien de réforme donne l'impression d'une navigation législative. Ces modifications récurrentes ne donnent pas l'impression d'une vision préalable d'ensemble du législateur et crée chez l'observateur, le juriste une sorte d'insécurité juridique face à cette frénésie législative. A l'opposé, le droit OHADA, malgré les vicissitudes du temps et des circonstances est marqué par le statisme qui peut être un élément déterminant de sécurité juridique.

1340. Ainsi, face aux techniques de restructuration étudiées et aux finalités recherchées notre constat sur l'efficacité et l'attractivité de ces mesures en un mot de l'analyse économique des techniques juridiques de restructuration demeure mitigé dans les deux systèmes. En effet, si des efforts ont été effectués en vue de faciliter et de les rendre attractives, il existe toutefois, certaines insuffisances, limites, complexités et zones d'ombres qui contrarient le système et qui imposent de part et d'autre, une intervention du législateur en vue de les corriger en précisant certaines notions ou en corrigeant certaines incohérences. A ce prix, le système gagnerait en efficacité.

1341. Cette étude n'a pas la prétention d'avoir épuisé tous les aspects des restructurations d'entreprises étant entendu que des pans entiers du droit sont touchés par celles-ci. Par exemple, d'autres stratégies de restructuration sont typiques à certaines sociétés particulières et se déroulent sur certains marchés réglementés. Ces techniques résultent notamment de la technique juridique de prise de participation qui peut être concertée ou agressive dans le cadre d'offre publique d'acquisition. Ces techniques ont des impacts importants sur la structure décisionnelle de l'entreprise concernée.

BIBLIOGRAPHIE

I-TRAITES ET MANUELS

A.DROIT FRANÇAIS

- **ALFANDRI (E)**, droit des affaires, édition LITEC 1993.
- **AUZERO (G.) et DOCKES (E.)** droit du travail, 28^{ème} édition DALLOZ 2014.
- **BENABENT (A.)**, droit des obligations, 14^{ème} édition, Domat droit privé, LGDJ 2014.
- **CATHIARD (C.) et LECOURT (A.)**, La pratique du droit européen des sociétés Analyse comparative des structures et des fusions transfrontalières, 2010, coll. Pratique des affaires, éd. Joly.
- **CHADEFAUX V.**, les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal, 5^{ème} éd., 2008, Groupe Revue Fiduciaire.
- **CORMIER LE GOFF (A.) et BENARD (E.)** restructurations et droit du travail aspect juridiques et pratiques 3^{ème} édition liaison 2014.
- **COURET (A.)**, mémento pratique Francis Lefebvre, sociétés commerciales, 46^{ème} édition Francis Lefebvre 2015.
- **COZIAN (M.) VIANDER (A.) et DEBOISSY (F.)**, Manuel de Droit des sociétés, 27^{ème} édition LITEC, 2014.
- **DONDERO(B.)**, droit des sociétés, 3^{ème} édition 2013 Dalloz.
- **FASQUELLE (D)**, droit de l'entreprise, édition LAMY, 2014- 2015.
- **GIBIRILA (D.)**, *Droit des sociétés*, 4^{ème} édition, Ellipses, 2012.

- **GUYON (Y.)**, Droit des affaires, Tome 1, droit commercial général et sociétés, 12^{ème} édition, economica, 2003, P611.
- **GUYON (Y)** droit des affaires, Tome II, 9^{ème} édition entreprises en difficultés et redressement judiciaire, economica, 2003.
- **JACQUEMONT(A)**, droit des entreprises en difficulté, 6^{ème} édition, Lexis Nexis, LITEC 2009.
- **LE CANNU (P.), (DONDERO B.)**, droit des sociétés, 5^{ème} édition Montchrestien 2013.
- **LE CORRE (P-M)**, droit et pratique des procédures collectives, 8^{ème} édition DALLOZ, 2015/2016.
- **LIENHARD (A)**, sauvegarde des entreprises en difficulté, le nouveau droit des procédures collectives, 1^{ère} édition, DELMAS 2006.
- **LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) VAREILLES-SOMMIERES (P.)** Droit international privé, 10^{ème} édition , DALLOZ, 2013.
- **MERLE (P.)**, droit commercial, sociétés commerciales, 13^{ème} édition, DALLOZ 2009.
- **PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.)**, droit du travail, 24^{ème} édition DALLOZ 2004.
- **PEROCHON (F), BONHOMME(R)**, entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement, 9^{ème} édition, 2012.
- **RAY (J.E)** droit du travail droit vivant 22 édition, éd. LIAISONS, 2013/2014.
- **SERLOOTEN (P.)** Droit fiscal des affaires 13^{ème} édition DALLOZ, 2014/2015.
- **RIPERT(G.), ROBLOT (R.)**, Traité de droit commercial, TOME 1, VOLUME 2, les sociétés commerciales , 19^{ème} édition LGDJ, 2009.

- **SAINT-ALARY- HOUIN(C)**, droit des entreprises en difficulté, 9^{ème} édition, Montchrestien, 2014.
- **VIDAL(D.)**, droit des sociétés, 7^{ème} édition, LGDJ, 2010.

B.DROIT OHADA

- **ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), NDIOW (D.), POGOUE (P.G.)**, OHADA, sociétés commerciales et GIE juriscope 2002.
- **DAVID (J.) BARTHELEMY (A.), POGOUE (P.G.)**Encyclopédie du droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires LAMY 2012.
- **LE BAR (B.)**, droit des sociétés et de l'arbitrage, Joly éd. Lextenso, pratique des affaires, 2011.
- **MARTOR (B.)**, le droit uniforme africain issu de l'OHADA, 2^{ème} édition LITEC, 2009.
- **POGOUE(P.G) ISSA SAYEGH, SAWADOGO(FM)**, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, édition Juriscope 2014.
- **POUGOUE (PG) et KUATE TAMEGHE (S.S.)**, les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, édition l'HARMATTAN 2010.
- **PRICE WATER HOUSE COOPER /Fidafrica Juridique et fiscal**, Mémento du droit des sociétés commerciales et du GIE OHADA 1998.
- **SAWADOGO (FM) droit des entreprises en difficultés**, édition juriscope, Bruylant 2002.
- **TIGER (P.)**, le droit des affaires en Afrique, OHADA, éd. PUF 2001, que sais je ?

II - THESES ET MONOGRAPHIES

A. Droit français

- **MASQUEFA (C.)**, la restructuration, L.G.D.J.2000.
- **OUAISSI (H)**, les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés, L.G.D.J.2006.
- **RAFFRAY (R)**, la transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz 2011.
- **ROUTIER (R.)**, les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ 1994.
- **SAINTOURENS (B.)**, droit du travail et restructurations juridiques des entreprises, thèse Bordeaux I 1982.

B. Droit OHADA

- **KONE (M.)**, le nouveau droit commercial des pays de l'espace OHADA, comparaisons avec le droit français.
- **MBAYE MAYATTA (N.)** fusions scission et apports d'actifs transfrontaliers en Afrique, thèse Nanterre, 2006.
- **EVELAMENON (S.K.)**, le concordat préventif en droit OHADA, thèse de doctorat université de Paris est 2012.

III - ARTICLES DE DOCTRINE

A.Droit français

- ABOUT (C.) Réforme des procédures collectives : présentation de l'avant-projet de loi : Lamy Sociétés commerciales, Bull. n° 172, p. 1.
- ALLOUCHE et PELTIER, Réflexions de praticiens sur le sort des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en cas de fusion, Bull. Joly 1992. 1166.
- AUTIA et MOSSE, Les solutions d'assurance dans les fusions-acquisitions, Banque magazine 2002, n° 638, p. 47.
- AUZERO (G), les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise, du légal au conventionnel, § 180, p.1867, Bull. Joly 2006.
- BAFFOY (G.) , La mission impartie au notaire dans le contrôle de la légalité des fusions transfrontalières, RFN sept. 2008. 15.
- BAFFOY (G.), Le rôle du notaire dans les fusions transfrontalières, Journ. sociétés nov. 2009, p. 48.
- BARRET, À propos de la « transmission universelle du patrimoine d'une société », Mélanges Jeantin, 1999, Dalloz, p. 109.
- BARRIERE, Un apport sans apport : la fusion triangulaire à l'envers, Bull. Joly 2009. 1173.
- BASCA(P), fusions scissions et droit des tiers, Gaz.Pal. 1969, I, Doct.86.
- BÉGUIN, La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières, Mélanges Gavalda, 2001, Dalloz, p. 19.

- BERARD, Les fusions à l'envers, à l'épreuve de l'*intuitu personae*, RTD com. 2007, 279.
- BERGERÈS, Continuité et rupture dans la fusion aux valeurs comptables, Dr. fisc. 2004. 808.
- BERTREL, La fusion rapide, Dr. et patr. juin 1994. 24 ; Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou de scission ?, Dr. et patr. 2003, n^o 114, p. 33 ; Fusions-acquisitions et clause d'agrément : du nouveau en jurisprudence, Dr. et patr. 2003, n^o 119, p. 36.
- BESSE A. et MORELLI N. Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde : JCP E 2009, 1628.
- BISCHOFF, La société européenne, aspects de droit international privé, LPA, n^o 76, 16 avr. 2002, p. 43.
- BLANQUET, Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés, Rev. sociétés 2000. 115.
- BOCCON-GIBOD et CORDIER, Les conséquences d'une fusion-absorption sur la procédure d'appel, Gaz. Pal. 2001. Doctr. 62.
- BOLZE (C.), fusion et scission, JCl sociétés, recueil v^o sociétés, 1^{er} janvier 1990.
- BOULAY J.-C. Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires : JCP E 2006, 2407.
- BREMOND ET SCHOLASTIQUE Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires : JCP E 2006, 1405.
- BRICARD A et LACROIX –PHILIPS F. *Les nouvelles procédures de traitement des difficultés des entreprises* : RF compt. juin 2004, n^o 367, p. 20.

- BRILL(J.P), La filiale commune et la commission de la concurrence, D. 1980, Chron., 283.
- BUTTET, Fusion de deux sociétés anonymes par absorption de l'une par l'autre. Aperçu des opérations et calendrier, Bull. Joly 1988. 731.
- CAILLAUD et BONNASSE, Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes, JCP E 1998. 595 ; Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes, Bull. Joly 1994. 733.
- CALVET et BERLIN, l'entreprise commune et le droit de la concurrence, J.C.P. 1995 Ed. E, I, 506.
- CALVEYRA, Étude des aspects juridiques et sociaux des fusions transfrontalières intra-communautaires, Journ. sociétés, nov. 2009, p. 14.
- CANAC, la protection des minoritaires lors des prises de contrôle de la société, Gaz. Pal. 1974, I, Doctr 35.
- CARAMALLI D. *Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien* : LPA 18 avr. 2005, p. 6.
- CATHIARD C. et LECOURT A. , La pratique du droit européen des sociétés - Analyse comparative des structures et des fusions transfrontalières, 2010, coll. Pratique des affaires, éd. Joly.
- CATHIARD C., Éclairage sur les fusions transfrontalières : règlement (CE) n° 2157/2001 ou directive 2005/56/CE, quel régime choisir ?, Option Finance, n° 1070, 29 mars 2010.
- CATHIARD C., ANDRES D. et MESTOUDJIAN J., La pratique des fusions transfrontalières : règlement (CE) n° 2157/2001 et directive 2005/56/CE : éclairage

juridique, social et fiscal, Bulletin Joly sept. 2010.

- CATHIARD, Les modalités de constitution d'une SE en vue de son immatriculation en France, Dr. sociétés 2005, Étude 15 ; Les modalités de fonctionnement d'une SE immatriculée en France, Dr. sociétés 2006, Étude 1.
- CAUSSAIN(JJ) et GERMANN (M), pratique des cessions de contrôle des sociétés anonymes non cotées, JCP, 1987, Ed. E, 14914.
- CAUSSAIN, Fusions transfrontalières, JCP E 1999. 897 ; Des fusions transfrontalières dans l'Union européenne, Dr. bancaire et fin., Mélanges AEDBF-France II, 1999, Banque Éditeur, p. 113.
- CHABERT, La figure de la scission partielle en droit français, Rev. sociétés 2005. 759.
- CHAMPAUD (C.), restructurations d'entreprises et droit de la concurrence, rapport de synthèse : in restructurations d'entreprises et droit de la concurrence, colloque LERADP-EDHEC, 14 décembre 1991, LGDJ, 1993, p.133.
- CHAMPAUD C, les méthodes de groupement des sociétés, R.T.D. Com, 1967, 1003.
- CHEMINADE Y, la nature juridique de la fusion de sociétés anonymes R.T.D. Com, 1970, 15.
- CHUILON, la fusion des sociétés, recherche d'une règle juridique applicable à l'évaluation et à la rémunération des apports, J.C.P. 1970, I, 2350.
- CLARET, DURAND et LATSCHA, La pratique des fusions-scissions et apports partiels d'actifs, 3^e éd., 1972, Delmas.
- COLLIN et PONSARD, Le nouveau régime de contrôle des opérations de concentration, Dr. sociétés 2002, n^o 12, Chron. n^o 13, p. 5.

- COMTE, Valeurs économiques et valeurs juridiques dans les fusions d'entreprises, 1970, Entreprise moderne d'édition.
- CONSTANTIN, L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes, Bull. Joly 2003. 742.
- CORNETTE DE SAINT CYR et LUNGHI, La réalisation d'une fusion transfrontalière entre la France et la Grande-Bretagne : exposé d'un cas pratique, Journ. sociétés nov. 2009, p. 22.
- CORNETTE DE SAINT CYR et RAULT, Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne, JCP E 2008. 1477.
- CORNETTE DE SAINT-CYR A.-S. et RAULT O., Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne, JCP E 2008. 1477. - Dossier Les fusions transfrontalières, Journ. sociétés n° 70, nov. 2009.
- COUDERT et MEYER, Restructuration d'entreprises : fusion simplifiée ou confusion de patrimoines, Actes pratiques, mai-juin 2004, p. 5.
- COURET, Chronique législative, Bull. Joly 1988. 237.
- COUTINET et SAGOT-DUVAUROUX, Économie des fusions et acquisition, 2003, coll. Repères, La découverte.
- COZIAN M., Les fusions internationales : mythe ou réalité ?, LPA, n° 255, 22 déc. 2000, p. 3.
- CROCQ P. Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés : Dr. et patrimoine juin 2005, p. 43.

- DAIGRE : Fusion, acquisition, cession : phénomène de mode ou stratégie dynamique d'entreprise, LPA, n° 98, 16 août 1991, p. 29.
- DAMY G., : De la rétroactivité des opérations de confusion de patrimoine :conséquence d'une instruction très attendue : quelle date d'effet juridique ?, LPA 7 oct. 2003, p. 3.
- DE PRECIGOUT O. , L'expert indépendant dans les fusions nationales ou transfrontalières, Option Finance, n° 968, 25 févr. 2008, p. 29.
- DE WAAL- V.-A. , Les fusions transnationales, RD aff. int. 2002, n° 2, p. 245.
- DEBOISSY et WICKER, L'absence d'application du principe de personnalité des peines aux personnes morales en cas de transmission universelle du patrimoine, Dr. fisc. 2010, n° 3, p. 6, 18.
- DEHARVENG J., Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives : D. 2006, p. 1047.
- DELFOSSE, Une modalité de transmission de l'entreprise : l'acquisition-fusion rapide, JCP N 1993. I. 2619.
- DELMOTTE, Fusions et scissions de sociétés commerciales, Journ. not. et av. n° 5, 5 mai 1988.
- DEROUIN, Les fusions triangulaires de sociétés, Bull. Joly 2008. 1026.
- DESPAX(M), Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel, J.C.P. 1972, I, 2465.
- DRAETTA, Les documents précontractuels dans les négociations d'acquisition ou de fusion. Vue d'ensemble de la pratique internationale, RD aff. int. 1991, n° 2, p. 229.

- du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise, Rev. Lamy droit des affaires, Supp . mars 2005, n°80, p.35.

- DUBERTRET, *L'intuitus personae* dans les fusions, Rev. sociétés 2006. 721 ; Transmission de la clause de garantie de passif stipulée en faveur de l'absorbée en cas de fusion, Rev. sociétés 2007. 798 .

- DUCOULOUX-FAVARD, La réforme française des fusions et l'harmonisation des législations européennes, D. 1990. Chron. 242 .

- DUPONCHEL et SCHNEIDER, Fusion sans augmentation de capital, Gaz. Pal. 1988. 1. Doctr. 185.

- ESPESSON-VERGEAT, Le clair-obscur de la clause d'agrément dans les opérations de fusion, LPA 8 janv. 2004, p. 15.

- FAGES et MENJUCQ, Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement (CE) 2157/2001 sur la société européenne, Bull. Joly 2003. 1207.

- FLEURET, les filiales communes, le choix d'une forme juridiques, J.C.P., 1979, I, 2945.

- FOUQUET, Le sens des fusions : du nouveau ?, JCP E 2008. 1135.

- FRAIMOUT J., Des plans plus attractifs pour les créanciers ? : Rev. proc. coll. 2014, dossier 19.Note 2

- FRANSCESHELLI (Y, R), Concurrence, monopole, et formes de marche au point de vue juridique, R.T.D. Com., 1969, P.667.

- FROCEHLICH Ph. *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises* : D. 2005, p. 2878.
- GALIMARD, Absorption de société. Besoin de financement et parité de fusion, Journ. not. et av. 1988. 349.
- GALLOIS, La responsabilité pénale de la société absorbante en cas de fusion-absorption frauduleuse, Dr. sociétés 2010, Étude 7, p. 4.
- GAMET, Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés, JCP 2001. I. 345.
- GAVOTY et ULLMANN, L'absorption par une société par actions simplifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ?, Bull. Joly 2001. 831.
- GOUBEAUX, Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, *in* Aspects actuels du droit commercial français, Mélanges Roblot, 1984, LGDJ, p. 199.
- GRILLOT et SAINT-CENE, Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés, Banque et Droit 1994, n° 37, p. 3.
- GUENGANT A., Fusions transfrontalières : Transposition de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 (Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008), JCP E n° 31/34, 2008. 2000. - Le guide de la fusion transfrontalière, Option Finance hors série n° 32, 25 janv. 2010.
- GUENGANT, Aménagements du régime juridique des opérations nationales de fusions et scissions, JCP E 2008. 1977 ; Fusions transfrontalières : transposition de la Directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005, JCP E 2008. 2000.
- GUYENOT, une typologie de l'objet et la finalité de groupements d'intérêts économiques, dans l'application pratique, Gaz. Pal. 1981, II, Doct. 466.

- HOUIN(R) et GORE (F), la reforme des sociétés commerciales, D.1967, Chron. 123 n° 141 et s.
- HOUTCIEFF, Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution, RTD civ. 2003. 3 .
- HOVASSE, La fusion de sociétés dans la réforme des offres publiques d'acquisition, RDBB janv.-févr. 1999, p. 3 ; Dr. sociétés févr. 1999, p. 18.
- HUGUET, Sociétés en nom collectif : fusion par absorption - 1. Calendrier des opérations d'une société absorbante à forme SNC, JCP E 2001. 1898 ; 2. Calendrier des opérations d'une société absorbante à forme SA, JCP E 2001. 1944 ; 3. Calendrier des opérations d'une société absorbée à forme SNC, JCP E 2001. 1992.
- JACOMET et BOUÈRE, À propos de fusion, Bull. Joly 1996. 374.
- JASPAR et METAIS, Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens, Bull. Joly 1998. 447.
- JEANTIN (M.), le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés commerciales, JCP 1988, Ed. E, 15169.
- JEANTIN et VIANDIER, Réforme du droit des fusions et des scissions, RD bancaire 1988, n° 6, p. 65.
- JEANTIN, la transmission universelle du patrimoine d'une société, Mélange DERRUPE 1991, 287.
- KORNPSTROB(E), fusion et scission régime fiscal, recueil, v^{is}, impôts, sociétés, jcl sociétés, 31août 1990. *La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté* : Gaz. Pal. 2003, p. 3600

- LABORRIER, SARL : calendrier des opérations d'une fusion par création d'une société nouvelle, JCP E 2002. 34.

- LAROCHE, L'extension au cas de fusion de sociétés de la déductibilité des dividendes, Rev. Banque, sept. 1988, p. 936, et mars 1989, p. 350.

- LATSCHA, La pratique des fusions-scissions et apports partiels, 1965, coll. Ce qu'il faut savoir, Delmas.

- LAVABRE, Restructurations et groupes de sociétés : Fusions, consolidation, intégration fiscale, 2000, Litec.

- LE CANNU(P.), l'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même : Rev. Sociétés, 1996,p.492.
- LE CORRE P.- M., Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté : D. 2014, p. 733 et s., spéc. n° 31.Note 3.
-
- LE CORRE P.-M. , Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), D. 2005, chron. 2297 ; Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : présentation, Gaz. Pal. 1^{er} sept. 2005, n° 244, p. 2 ; Les dispositions transitoires de la loi de sauvegarde, la suppression des extensions sanctions et l'application de l'obligation aux dettes sociales, D. 2006, chron. 2737 .

- LE FÈVRE, Le nouveau régime des fusions et des scissions de sociétés commerciales institué par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 et le décret n° 88-418 du 22 avril 1988, Rev. sociétés 1988. 207.

- LE GALL, Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine, Mélanges Jeantin, 1999, Dalloz, p. 259.

- LE NABASQUE H. , Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008, Rev. sociétés 2008. 493.

- LECOURT A., La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus, Bull. Joly 2008. 806.
- LEDOUBLE et GELARD, Droit comptable. Quelques questions sur la comptabilisation des fusions, JCP E 1994. I. 334.
- LEDOULS (J. de), Contribution a l'étude des GIE, RTD com. 1968, P.1 et s.
- LEFEBVRE et ALLIX, Location-gérance et opérations de fusion-acquisition, Bull. Joly 1999. 235.
- LEGOUET, Incidence des fusions de banques sur les garanties, Banque et Droit mai-juin 2000. 19.
- LEPELTIER Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives : *JCP E 2007, 1185.*
- .
- LONCLE et TROCHON, Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises : fusions, acquisitions, *joint ventures*, 1998, EFE.
- LONDON, Fusions et acquisitions en droit communautaire, JCP E1988. II. 15320 ; JCP N 1989. I. 336.
- LOY, Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir, JCP E 2007. 1987.
- LUCAS (F- X), du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise, Rev. Lamy droit des affaires, Supp . mars 2005, n°80, p.35.
- BESSE A.et MORELLI N. Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde : JCP E 2009, 1628
- BOULAY J.-C. Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires : JCP E 2006, 2407

- BREMOND ET SCHOLASTIQUE Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement *judiciaires* : JCP E 2006, 1405

- BRICARD A et LACROIX –PHILIPS F. Les nouvelles procédures de traitement des difficultés des entreprises : *RF compt. juin 2004, n° 367, p. 20*

- CARAMALLI D. *Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien* : LPA 18 avr. 2005, p. 6

- CHAPUT Y. La sauvegarde des entreprises en difficulté : JCP G 2005, 428

- CROCQ P. Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés : *Dr. et patrimoine juin 2005, p. 43*

- DEHARVENG J. Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives : *D. 2006, p. 1047*

- FROCEHLICH Ph. L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises : *D. 2005, p. 2878*

- LE CORRE P.-M. La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté : *Gaz. Pal. 2003, p. 3600*
 Les sanctions dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté : *Gaz. Pal. 2003, p. 3682*
 Présentation générale du projet de réforme des entreprises en difficulté : de l'avant-projet au projet de loi de sauvegarde des entreprises : *Gaz. Pal. 2004, p. 307*
 Cautions, coobligés et garants dans les procédures collectives d'aujourd'hui et de demain : *Rev. proc. coll. 2004, p. 181*
 Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises : *D. 2005, n° spéc., p. 2299 et s.*
 Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives : JCP E 2007, 1185

- LIENHARD A. La réforme des procédures collectives. Avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises : *D. 2003, p. 2554*
 Sauvegarde des entreprises : fin du premier round parlementaire : *D. 2005, p. 775*

- MAESJER(JHM), la restructuration des entreprises commerciales dans la société industrielle, une évolution intéressante au pays bas, RTD com., 1971, P 231 et s.
- MALAN, le rachat des actions minoritaire dans les opérations de prise de contrôle des sociétés, J.C.P. 1972, I, 2480.
- MALECKI(C.), « la loi de modernisation sociale et la nouvelle donne de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, JCP E 2002 986.
- MARTIN(GF), La notion de fusion, RTD, Com, 1978,269.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD V. *Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises* : D. 2005, p. 1356.
- MASTRULLO T., La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets, Europe, LexisNexis, août-sept. 2009.
- MENJUCQ, FAGES et VUIDARD, La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés, D. 2007. Chron. 30 .
- MERAT, Fusions et sociétés de personnes : aspects pratiques, Dr. sociétés 2002. Chron. n° 9, p. 4.
- MERCADAL, À propos de la clause « material adverse change » en matière de fusions de sociétés, RJDA 2003, n° 2, p. 83.
- MOIDREY et BOUCAYA, Fusions transfrontalières, les apports de la nouvelle directive, Cah. dr. entr. 2006, n° 6, p. 9.
- MONTERAN Th. *Observations sur l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises* : Gaz. Pal. 2003, p. 3590.

- MORELI (N.) Les restructurations de sociétés à l'épreuve du principe de personnalité des peines, BJS 1^{er} février 2005, p.202.

- MULLER, Fusions et scissions de sociétés, apports partiels d'actifs, 1968.

- OPPETIT, la prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, J.C.P. 1970, 2361.

- OPPETIT, R.T.D. com., 1975, 130.
- PARIENTE (M), les groupes de sociétés, LITEC, 1994.

- PAROT, COLLIN et DOM, La société européenne, dossier, régime juridique de la SE, Dr. sociétés, Actes pratiques, 2002, n^o 63, p. 20.

- PÉRIGNON, Droit des sociétés et droit de préemption urbain, Defrénois 1990, art. 34661.

- PERREAU et ACKERMANN, La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion, LPA 3 juin 2004, p. 4.

- PETEL PH Procédures collectives : Dalloz, coll. Cours, 3e éd. 2005.

- PETEL Ph. Le nouveau droit des entreprises en difficulté : JCP E 2005, 1509.

- PICHARD, Fusionner une société par actions simplifiée, une opération à risque ?, JCP E 2001. 21.

- PIETRANCOSTA et GERSHEL, La « dissolution-confusion » en passe de supplanter la fusion, Dr. et patr. juin 2002. 32.

- PINOTEAU, l'évaluation des entreprises en cas de fusion Gaz.Pal., 1959 II, Doct., et Gaz, Pal. 1962, I, doct 20.

- PLANTIN, L'article 1844-5 du code civil : fusion ou confusion ?, JCP E 2003. 1506 ; La dissolution par confusion de patrimoines : une nouvelle étape, JCP E 2002. 457

- POITRINAL, Fusion-acquisition. La responsabilité en cas de rupture de négociations, Banque janv. 1993. 44.

- PRIETO, Événements affectant la personne de la société contractante, *in* La cessation des relations contractuelles d'affaires, 1997, PUAM.

- PUBELLIER et SURU, Fusions : « simplifier ce n'est pas faire simple », JCP E 2008. 2501.

- RAIMBOURG (P.) et BOIZARD (M.) ingénierie financière fiscale et juridique deuxième édition DALLOZ 2009.

- REGOLI, La confusion des patrimoines : régime fiscal, RF compt. 2003, n° 361, p. 8.

- REINHARD, Chronique des lois n°^{os} 88-15 et 88-17 du 5 janvier 1988, RTD com. 1988. 232.

- RETAIL, Fusions et scissions de sociétés, 4^e éd., 1968, Sirey ; Les titres de sociétés et leur évaluation, 1961, Sirey.

- ROMNICIANU, Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion, Dr. sociétés mai 1990, p. 1, JCP N 1990. Prat. 1592 et JCP E 1991. I. 34.

- ROUSSEL GALLE PH La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : Litec, coll. Carré Droit, 2005.

- SAINT-ALARY-HOUIN C. , Le projet de loi de sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?, Dr. et patr., janv. 2005, n° 133, p. 24 ; La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, Rev. proc. coll. 2007. 13.

- SAINTOURENS (B.), la flexibilité du droit des sociétés, R.T.D. com 1987, p. 458 et s.
- SAINTOURENS (B.), “ les prérogatives du comité d’entreprise après la loi NRE” , Bull. Joly 2002, § 1.
- SAINTOURENS (B.), la loi de modernisation sociale et le droit des sociétés » Bull.joly 2002, p. 457.
- SALAL(AC), la nouvelle situation des créanciers de l’apporteur de fond de commerce en cas de fusion ou de scission de sociétés. R.T.D.Com 1967, 439.
- SCHIMDT, quelques remarques sur le droit de la minorité dans la cession de contrôle, D.S. 1972, Chr. 223.
- SIMONS, Les fusions, LPA 7 juin 1989, p. 22.
- SOINNE B. , Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives), D. 2004, chron. 1506 ; Brèves réflexions sur la loi nouvelle et son application au 1^{er} janvier 2006, Rev. proc. coll. 2005. 175.
- SOLLE, Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire : histoire d'un malentendu, RJDA 1992. 335 ; La question des valeurs d'apports dans les fusions : vrai ou faux problème ?, BF Lefebvre juin 1995, p. 387.
- SORENSEN, La fusion rapide en question, Bull. Joly 2002. 325.
- STASIAK, Fusion et responsabilité pénale des personnes morales en droit boursier, Mélanges Bouloc, 2006, Dalloz, p. 1091.
- SUPIOT, les groupes de société et paradigme de l’entreprise RTD com. 1985, 725.

- SURAMY, De quelques aspects particuliers des fusions de sociétés, Gaz. Pal. 1988. Doctr. 187.
- SYLVESTRE, Peut-on absorber une société quand on a un actif net négatif ?, Droit21 2001, ER 040 ; Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?, Bull. Joly 2002. 1003.
- SYNDET, La société européenne et les fusions transfrontalières, techniques de concentration des entreprises, *in* L'entreprise dans le marché unique européen, oct. 1992, La documentation française, 1995, p. 267 s., et p. 295 s.
- T. MONTÉRIAN, Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme, Gaz. Pal. 23-24 janv. 2008, p. 3.
- TEISSIER A. , Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : la participation des salariés - Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008, JCP S 2008. 1517.
- TOURIN, Des scissions et apports partiels d'actifs de sociétés anonymes, thèse, Paris, 1970.
- TROCHON et LONCLE, Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises, LPA 2 sept. 1996, n° 106, p. 5.
- TUBIANA, Fusion et scission des sociétés commerciales : les commissaires à la fusion, les commissaires aux apports et les commissaires aux comptes, Gaz. Pal. 1988. 2. Doctr. 575.
- UETWILLER, Les risques liés au LBO (la fusion de la cible et de la holding), Rev. sociétés 1996. 747.
- ULLMANN, Aspects fiscaux français des fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, Journ. sociétés nov. 2009, p. 28.

- ULLMANN, Aspects juridiques et fiscaux des acquisitions et fusions de sociétés, Gaz. Pal.1979.
- URBAIN-PARLEANI, La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce, Mélanges Guyon, 2003, Dalloz, p. 1061.
- VALLENS- J.-L., La loi n^o 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, JCP E 2005. 1509.
- VASSEUR, Les fusions et scissions de sociétés par actions, Mélanges Mossa, t. 3, p. 579.
- VERDIER, concentration économique et droit des sociétés, Mélanges Hamel ; 1961, 213.
- VICHY-LLADO, La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion, JCP E 2001. 838.
- VOINOT D., La nouvelle procédure de sauvegarde, Gaz. Pal. 7-8 sept. 2005, p. 24.
- ZÉNATI, Fusions et scissions, RTD civ. 1988. 410.

B-Droit OHADA

- ALGADI A.S. commissaires aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, recueil Penant n°870, p.5 et s
- DIALLO B., la cessation des paiements du débiteur dans l'ohada, juris info n° Déc.2010. p.12
- FENEON A. , le règlement préventif, analyse critique Penant, n° 870, p.15.
- FENEON A., aperçu de la jurisprudence OHADA en matière de procédures collectives Penant, n° 865, p.492.

- KAKOU A., le nouveau droit des procédures collectives, communication colloque de l'association henri CAPITANT (Abidjan 2 avril 2001 Acte colloque CNDJ 2001, p.140.
- KANTE A., réflexions sur le principe d'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Revue EJDA, n° 52, Janv- mars 2002, p.50
- MARTOR B. et THOUVENOT S., la fusion de sociétés issues du droit OHADA, revue des affaires internationales n° 1, 2002, p.47.
- MAYATTA MBAYE N., réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA, Penant n° 870, p.28.
- MEUKE B.Y., le règlement préventif :suspension des poursuites voies de recours, revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, n°1, p.101.
- MODI KOKO BEBEY H.D. la réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, revue des sociétés n° 2 p.255.
- NGUIHE KANTE P., réflexions sur la notion d'entreprises en difficultés dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif Penant n° 838, p.2.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Acquisition

- Fonds de commerce 16
- Offre publique d'acquisition 32, 1341

Acte juridique collectif 241, 1234

Acte préparatoire 252, 269

Action

- De préférence 1196
- Cession 32

Actionnaires

- Assemblées 1196, 1210, 1216, 1221,
- Droit 434, 1165
- Informations 277, 331, 343, 348, 419, 434

Apport en société 114

Apport partiel d'actifs 15, 103, 113, 537, 1067

Apurement du passif 1325, 1331

Associés 2, 1208, 1213, 1223,

C

Capital social

- Augmentation 48, 1216, 1214
- Notion 99, 1117
- Reconstitution des capitaux propres 48, 962, 966, 1217

Cession

- Créances 733, 1318

- d'actifs 975, 1005, 1067
- d'action 32
- d'entreprise 682, 978, 1005, 1028

Cessation des paiements 27, 1334, 1325

Clause de garantie du passif 435

Commissaire

- à la fusion 287, 423, 424, 430
- aux comptes 390, 391, 1265, 1267, 1272
- à l'exécution du plan 1016, 1108

comité d'entreprise 17, 1033, 1032

Concentration 51, 53, 55, 75, 90, 101

Conciliation 142, 145

Concordat

- amiable 1231
- préventif 696, 750, 755, 766, 767, 1279
- de redressement 870, 1233

Contrat

- à exécution successive 243
- de fusion 80, 250, 306, 314, 327, 329, 558
- de société 23, 1170, 1194
- judiciaire 1008, 1243

Conversion de créances en capital 900, 1171, 1210, 1211, 1319

Coup d'accordéon 926, 942 ; 1177

Créanciers

- Masse 861, 1281
- Comités 1192
- Principe d'égalité 1135, 1136, 1275

D

Déclaration de conformité 583, 584, 588

Dépôt au Greffe 318, 320, 321, 357, 360, 520

Désendettement 1173

Difficultés

- économiques et financières 905, 978, 1052

- entreprises 43, 1131,
- insurmontables 745, 770, 781, 787, 789, 800
- intensités 744, 808
- nature 25, 743, 842

Disparition 12, 1331

Dissolution 68, 69, 70, 74, 77, 1067

Droits sociaux 99, 109, 287, 291

E

Entreprises en difficultés 198, 916, 1047, 1050

Etablissement de crédit 402, 1220, 1221

F

Fiducie 1108, 1199

Filiale 54, 84, 105, 293, 323, 466

Fusion

- absorption 113, 151, 154, 184, 197, 1067
- Prime 300
- Protocole 243, 258, 269
- Rapide 465, 490, 1330
- Simplifiée 320, 323, 325, 366, 402, 412, 519
- Traité 77, 122, 122, 124, 159, 194, 243
- Transfrontalière 510, 646, 1331, 1332,

Fournisseur 1289, 1290, 1312,

G

Groupe de sociétés 15, 31, 32, 54, 793

Groupe spécial de négociation 634, 637, 639

H

Héritiers 86, 223

Holding 98, 476, 487, 1067

Homologation 827, 1239, 1252, 1254, 1255

L

LBO 439, 442, 444, 448, 479, 1330

Liberté contractuelle 80, 177, 179, 199, 1232, 1244, 1316

Liquidateur 70, 1105, 1106

Liquidation judiciaire 1178, 1179, 1215, 1221

M

Mandataire

- Ad hoc 1091, 1092, 1211, 1213
- Judiciaire 472, 490, 1330

Montage financier 472, 490, 1330

P

Pénalités fiscales 227, 228

Personnalité des peines 201, 227, 229,

Plan

- Concurrent 1159
- de redressement 930, 1067, 1089
- de cession 25, 1008, 1216, 1221
- projet 306, 1311, 1315, 1320,
- restructuration 26, 309, 360, 432, 577, 695, 699, 703, 766

Procédures collectives 24, 37, 48, 223, 692, 747, 758, 807

Protection

- Créanciers 493, 567, 1225
- Salariés 651, 654, 657

R

Règlement préventif 696, 1249, 1258, 1278, 1279

Redressement judiciaire 750, 1221

S

Sauvegarde

- Accélérée 846, 878, 1125, 1140, 1144
- Financière accélérée 1120, 1139, 1140
- Procédure de sauvegarde 1207, 1218, 1260
- Plan de sauvegarde 26, 1267, 1322

T

Transformation 22, 81, 617, 657, 1172

Transmission universelle du patrimoine 1329, 1330

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE	2
INTRODUCTION.....	8
PARTIE I : LA RECHERCHE DE LA CROISSANCE DE L'ENTREPRISE A TRAVERS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION	25
TITRE I LA RESTRUCTURATION PAR LA TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE	30
CHAPITRE I LA CONCEPTION PATRIMONIALE LIMITEE DE LA CROISSANCE.....	32
Section I La complexité des critères de la fusion.....	32
Para I Le caractère exceptionnel de la disparition d'une des sociétés parties à l'opération....	33
A. Une disparition dérogeant au droit commun	33
B. L'importance des conséquences attachées à la disparition : la perte de la personnalité morale	34
Para II la transmission universelle du patrimoine, mécanisme emprunté : l'utilisation d'un mécanisme successoral pour définir la fusion.....	40
A. l'évolution récente de la conception patrimoniale de la fusion.....	41
1. D'un critère économique à un critère juridique	41
2. Un mécanisme distinct d'opérations voisines	42
a. La distinction de la fusion avec des opérations de restructuration voisines.....	43
a.1. Distinction de la fusion avec la cessions d'actifs	43
a.2. Fusion et scission.....	43
a.3. Fusion et apport partiel d'actif	45
2. L'actualité de la distinction de la fusion dans la Jurisprudence	48
B. La quintessence de la notion de transmission : une notion égrenée par la jurisprudence ..	49
1- La transmissibilité des éléments d'actif.....	50
2- La transmission du passif.....	52
a- Le domaine de l'obligation aux dettes	53
b- La portée de l'obligation aux dettes.....	54
Section II Les difficultés de réalisation de la transmission universelle du patrimoine	55
Para I l'indétermination du moment de la transmission de l'universalité.....	55
A. La double solution prévue par les législateurs africain et français.....	56
B. Une double solution source de controverse	57

1. transmission du patrimoine liée à la date d’approbation de l’opération de concentration ...	57
2. la transmission liée à la date de la mention au Registre du Commerce et des Sociétés.....	59
Para II les obstacles à la transmission universelle du patrimoine	63
A- la liberté contractuelle frein à la transmission universelle	63
1. L’intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae.....	63
a.l’intransmissibilité affirmée des contrats intuitu personae en droit français.....	64
b. Un droit OHADA imprécis sur l’intransmissibilité des contrats conclus intuitu personae .	70
2. L’intransmissibilité du contrat intuitu personae : un principe à relativiser.....	71
B. la transmission universelle du patrimoine entravée par le principe de la personnalité des peines.....	73
1. La prééminence du principe de la personnalité des peines et des poursuites sur la transmission universelle du patrimoine.....	74
2. Pour un infléchissement du principe de la personnalité des peines	77
a.Le fondement de l’infléchissement	77
b. Un infléchissement confirmé en jurisprudence administrative	79
Conclusion.....	83
 CHAPITRE II POUR UNE CONCEPTION ALTERNATIVE DES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION PAR VOIE DE FUSION	85
Section I La contractualisation de l’opération de restructuration	86
 Para I l’apparement de la fusion à la formation du contrat	86
A-L’inorganisation de la phase précontractuelle	87
1-la rédaction du protocole de fusion.....	87
2- De la valeur juridique attachée au protocole de fusion.....	88
a.Un document sans valeur pour la doctrine classique.....	89
b. le Protocole de fusion un document à valeur juridique partielle.....	90
B. La structuration de la phase contractuelle	94
1-L’élaboration du projet de restructuration de l’entreprise	94
a-Un contenu légal impératif.....	95
a.1.identification des parties à la restructuration.....	95
a.2 les motifs buts et conditions de la fusion.....	96
a.3-la désignation et l’évaluation de l’actif et du passif.....	97
a.4. les modalités de remise des parts.....	99
a.5. les dates d’arrêté des comptes	99

a.6 la détermination de la parité d'échange.....	99
a.7 le montant prévu de la prime de fusion	100
b. Un projet de contrat sans portée coercitive	101
2-L'approbation d'offre de contrat restructuration	102
a-L'information des associés.....	102
b-La décision d'adoption du projet de restructuration	104
b.1 La nécessité d'une décision.....	104
b.2 la dispense d'une assemblée.....	106
b.2.1 une dispense d'assemblée limitée en droit OHADA à la société absorbée.....	106
b.2.2 une dispense d'assemblée générale étendue en droit français.....	107
Para II un contrat soumis à un processus décisionnel formaliste	111
A-Un formalisme pour assurer les informations	111
1-L'information des actionnaires : une divergence de régime des modalités d'information	111
a-L'allègement des obligations d'information en droit français	112
a.1 Dispense du rapport des dirigeants sur la restructuration.....	112
a.2 Une obligation nouvelle pour les associés.....	114
a.2-1 une obligation critiquable sur le fond.....	115
a.2-2 une obligation critiquable sur les modalités.....	117
b-Le renforcement des obligations en droit OHADA	118
b.1.Le rapport des dirigeants	118
b.2 La mise à disposition des documents inhérents à la restructuration	119
2-L'information des tiers.....	120
a-Un dépôt au Greffe imposé dans les deux législations	120
b. Des modalités différentes de publication du projet de restructuration.....	121
b.1 Le maintien du mécanisme classique en droit OHADA : l'avis dans un journal d'annonces légales.....	121
b-2 L'évolution des mécanismes de publicité en droit français	122
b-2-1L'innovation des mécanismes de publicité en droit français.....	122
b.2.2 Des innovations critiquables	124
□ Sur la publicité au BODACC.....	124
□ la publication des sites internet des sociétés concernées	126
B -Le formalisme dans le but d'assurer le contrôle du projet	127
1. Une portée différente de la désignation de l'organe de contrôle.....	127
a. Un contrôle obligatoire du projet de restructuration en droit OHADA.....	128
b. L'évolution du contrôle du projet de restructuration en droit français	134
2-Une mission similaire de contrôle dans les deux systèmes juridiques.....	137

Section II L'instrumentalisation de l'opération de restructuration dans les montages financiers de type LBO	144
Para I la structuration du montage.....	145
A. La phase préalable du montage	145
1. la constitution du holding d'acquisition	146
2. Le financement du holding.....	147
a. la dette senior.....	148
b. la dette junior.....	148
c. La dette mezzanine.....	148
B. La transmission universelle du patrimoine de la société Cible au Holding.....	149
1. Caractères des cibles	149
2 - Intérêt social de la cible et LBO	151
Para II Une opération entravée.....	152
A-Les obstacles découlant de la loi.....	152
B-Des obstacles attestés par la doctrine	153
1-L'interprétation extensive	153
2-L'interprétation restrictive	155
Conclusion TITRE I.....	160
TITRE II LA CROISSANCE AU PLAN TRANSFRONTALIER : UNE REALITE LIMITEE.....	161
CHAPITRE I LES LIMITES DECOULANT DU REGIME JURIDIQUE DE LA CROISSANCE TRANSFRONTALIERE.....	162
Section I Les limites quant aux critères de la restructuration transfrontalière	162
Para I La double circonscription du domaine de la restructuration en droit français.....	162
A-La croissance transfrontalière réservée à certaines entreprises.....	163
1-L'exclusivité des restructurations transfrontalières aux sociétés de capitaux	163
2-Une exclusion injustifiée des autres types de sociétés.....	164
a-Une exclusivité entravant l'essor des entreprises	164
b-Une exclusivité aux antipodes du principe du renvoi au droit national	165
c-Une exclusivité entravant le principe de la liberté d'établissement dans l'espace européen.....	166

3-De la possibilité de participation des sociétés de capitaux à une opération transfrontalière.

167

BDes restructurations transfrontalières circonscrites quant aux opérations..... 169

Para II L'imprécision du régime des restructurations transfrontalières en droit OHADA 172

A- L'inexistence de règles particulières au régime transfrontalier 173

1.Le principe de l'existence d'une restructuration transfrontalière..... 173

2.Les conséquences de l'absence d'un régime particulier aux restructurations transfrontalières

174

a-L'élargissement des opérations transfrontalières..... 174

b. L'admission des scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers 175

B-La simplification des restructurations transfrontalières en droit OHADA 177

1-La simplification limitée à l'espace OHADA..... 177

2.L'application des règles du droit international en dehors de l'espace OHADA..... 177

a. Le respect de conditions préalables 178

b. L'application des règles de conflits de lois..... 179

b-1 L'application distributive 179

α) La situation de la société absorbante 179

β) La situation de la société absorbée..... 181

b-2 L'application cumulative 182

Section II La complexification de la réalisation de l'opération transfrontalière..... 182

Para I. la dualité du régime des restructurations transfrontalières 183

A-L'application du droit national aux restructurations transfrontalières 184

B. L'édiction règles intrinsèques aux restructurations transfrontalières 186

1-Un contenu du traité de fusion dérogatoire du droit commun 186

2. La transmission du rapport des dirigeants sur la fusion aux représentants des salariés : des obligations complémentaires nouvelles 188

Para II l'instauration d'un double contrôle de la restructuration transfrontalière 189

A-Le contrôle de conformité de la fusion. 189

B-Le contrôle de la légalité de la fusion. 191

CONCLUSION CHAPITRE I 194

CHAPITRE II DES LIMITES DECOULANT DU REGIME DE PROTECTION DES SALARIES..... 195

Section I La panoplie des mesures de protection en droit français 195

Para I l'allongement de la restructuration par le système informationnel..... 196

A.L'inopportunité de l'obligation de mise à disposition aux délégués du personnel	197
1. Une obligation aux antipodes des missions légales des délégués du personnel.....	198
2. Une obligation à écarter	199
B- Une obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise sans portée coercitive	200
1. Le fondement de l'obligation d'information et de consultation	200
2- Une obligation peu utile.....	203
3. Des obligations exclusivement consultatives	204
Para II. La fragilisation de la restructuration transfrontalière par le régime de participation des salariés	206
A. Une voie conventionnelle longue et formaliste	207
1- La mise en place et mission de l'organe de négociation.....	208
2. L'issue des négociations.....	209
a- l'aboutissement à un accord	209
b. le non aboutissement à un accord.....	210
B. une possibilité unilatérale contraignante	211
Section II Le laconisme de la protection des salariés en droit OHADA.....	212
Para I Une protection exclusivement nationale	212
A.L'inorganisation de la protection au plan communautaire	213
1. L'inexistence de règles communautaires de droit du travail.....	213
2- Le recours au droit interne des Etats partis	214
B. Un principe répondant à une logique protectionniste	215
1. Un dispositif de lutte contre l'effet relatif des conventions.....	215
2. Un dispositif de pérennité du contrat de travail	215
Para II L'inadaptabilité de la protection interne au cadre transfrontalier	217
A- Un transfert limité géographiquement au droit interne : un transfert exclusivement territorial.....	219
B- Un transfert impossible au delà des frontières géographiques	220
CONCLUSION CHAPITRE II	223
CONCLUSION TITRE II	224
CONCLUSION PARTIE I.....	226
 PARTIE II LE DROIT DE LA RESTRUCTURATION, UN MOYEN DE RESTAURATION DES ENTREPRISES DEFAILLANTES	 227

TITRE I LA RESTAURATION AU MOYEN DES TECHNIQUES PREVENTIVES: UNE ATTRACTIVITE LIMITEE	231
CHAPITRE I L'INSUFFISANCE DES CRITERES D'OUVERTURE	232
Section I Une absence de définition légale des critères d'ouverture.....	233
Para I Des critères conceptuellement différents	233
A-La rigidité du critère de la restructuration en droit OHADA	233
1-La double exigence	234
2-Pour une extension de la nature des difficultés.....	236
B- La souplesse du critère de restructuration en droit français	237
1-Une souplesse en raison de l'extension de la nature des difficultés	237
2-l'appréciation controversée de la nature des difficultés.....	238
PARA II Des différences dans l'appréciation de l'intensité des difficultés.....	242
A. La situation difficile non irrémédiablement compromise dans la législation OHADA ...	243
1. Une situation non définie par le législateur.....	243
2. L'appréciation biaisée de la procédure de restructuration par le Juge	247
B.L'appréciation de l'intensité des difficultés en droit français.....	248
1.Le mutisme du législateur quant à la notion de difficultés insurmontables	249
2-La systématisation par le juge de la volonté législative.....	252
a-L'appréciation subjective des difficultés de l'entreprise	252
b-Des difficultés avérées au moment de l'ouverture de la procédure	254
c-L'impossibilité pour le débiteur de surmonter seul les difficultés	255
Section II La dépendance des critères de la cessation des paiements	258
Para I une notion atténuée en droit français	259
A-L'évolution de l'imminence de la cessation des paiements.....	259
B-La possibilité d'un traitement amiable en cas de cessation des paiements.....	260
1-Une innovation révolutionnaire	261
2-La difficulté résultant du délai institué	262
C-une atténuation source d'insécurité juridique.....	265
Para II la rigidité de la notion de cessation des paiements en droit OHADA	271
A-Le constat de la cessation des paiements, condition d'ouverture collective stricto sensu	272
1-Une conception évoluée de la cessation de paiements en droit OHADA.....	272
2-Une preuve soumise à l'appréciation stricte des juges du fond	274
B-Le plan élément déterminant de la restructuration post cessation des paiements	277

CONCLUSION CHAPITRE I.....	281
CHAPITRE II LA FLEXIBILITE DU PLAN DE RESTRUCTURATION	283
Section I l'instabilité des règles d'élaboration de l'instrument de restructuration.....	284
Para I La précarité du projet de plan dans les deux systèmes	284
A-La souplesse des règles de l'élaboration du projet de plan en droit OHADA	284
1 La brièveté des délais de l'offre de concordat préventif	285
2. l'imprécision du contenu de l'offre de concordat	287
a-Des mesures diverses sans hiérarchie	287
b-Des mesures aux antipodes de l'esprit de la restructuration préventive	290
B. Les incertitudes du projet de plan en droit français.....	291
1.Le pouvoir décisionnel des associés cause de l'incertitude	293
a-La révérence à la souveraineté des associés source de l'incertitude	293
b- l'atténuation de la révérence par l'atteinte aux droits des associés	295
2-La controverse du moment de la reconstitution des capitaux de l'entreprise	300
a. Une obligation nouvelle en droit français	301
b. les différentes thèses en présence.....	303
b.1 Thèse de l'obligation de reconstituer les capitaux avant la décision d'adoption du plan	303
b.2 le caractère non obligatoire de l'obligation de reconstituer les capitaux propres	304
Para II La spécificité du plan de cession	308
A-L'ambivalence du plan de cession de l'entreprise	309
1-Le caractère liquidatif du plan de cession.....	309
2-Le plan de cession instrument de restructuration.....	311
B-Une polyvalence source d'insécurité juridique	315
1 -Une modalité antinomique au principe de la restructuration proactive	315
2-Une polyvalence facteur de transmutation de la restructuration.....	316
Section II La facilitation de l'exécution du plan de restructuration	320
Para I la mutabilité du plan de restructuration	320
A-Une initiative différente dans les deux systèmes juridiques	321
1-l'exclusivité de la demande en modification en droit OHADA.....	321
2- Une Initiative de la modification partagée en droit français.....	323
B- la complexité de la procédure de modification	324
1- La particularité de la procédure de modification	325
a. La nécessité de l'interventionnisme judiciaire	325
b-La souveraineté décisionnelle des créanciers	327
2-l'encadrement des conditions de modifications.....	329

a-Un encadrement source de difficultés en droit OHADA	329
b.Un encadrement source d’ambiguïté en droit français	333
b.1Une modification substantielle limitée aux objectifs du plan	334
b.2La modification substantielle touchant aux moyens du plan	335
Para II l’admission de l’inexécution du plan.....	340
A-Un anéantissement évité dans le système OHADA	340
B-L’exécution forcée confiée à un tiers en droit français	342
1-Une initiative du recouvrement confiée à un expert	343
2-Le Caractère attitré de l'action en exécution forcée du plan	346
CONCLUSION TITRE I	352
 TITRE II LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CREANCIERS DANS LA RESTRUCTURATION DE L’ENTREPRISE.....	 353
 CHAPITRE I DES CREANCIERS FAVORISES DANS LE PROCESSUS DE RESTRUCTURATION DE L’ENTREPRISE.....	 355
Section I l’accroissement du pouvoir décisionnel des créanciers	355
 Para I l’institution de procédures pré négociées.....	 356
A-Des procédures au service des créanciers	357
1-Des plans reposant sur le concours des créanciers.....	358
2-Une procédure pré négociée concernant tous les créanciers.....	359
a-Des procédures initialement conçues pour les créanciers financiers	360
b. Des procédures applicables aux autres créanciers non financiers.....	361
B-Des procédures bénéfiques pour les créanciers.....	363
 Para II la possibilité pour les créanciers de proposer des plans concurrents.....	 365
A-Une innovation en droit français	365
B. Une innovation source d’efficacité de la restructuration.....	367
Section II Le pouvoir d’expropriation reconnu aux créanciers : la titrisation des créances ..	369
 Para I Une consécration récente en droit français	 369
A-L’évolution du mécanisme en droit français	369
1.Un mécanisme limité à la compensation de créances des associés ou actionnaires	369
2.Une généralisation du régime de conversions de créances	371
a-Une technique avantageuse pour l’entreprise	372
b. Les risques liés à la conversion	373

b.1 Le risque de la valorisation de l'apport en capital	373
b.2 un risque pouvant affecter la situation du créancier.....	373
 B. Un mécanisme comportant des limites.....	375
1-Des limites quant aux sociétés concernées	375
2-Les limites tenant aux créanciers concernés	376
 Para II un mécanisme facilité par le législateur : la conversion imposée	377
 A – Le traitement des créanciers récalcitrants	377
 B – Le traitement des actionnaires récalcitrants.....	383
1. Une contrainte impossible dans le principe.....	383
2. un tempérament récent : la possibilité d'imposer une conversion aux actionnaires réfractaires	385
CONCLUSION CHAPITRE I	390
 CHAPITRE II DES RESTRICTIONS PERSISTANTES DANS LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CREANCIERS	391
 Section I les limites dans la constitution des comités de négociation.....	391
Para I L'absence de collectivisation des créanciers dans le droit OHADA des restructurations	391
A-La liberté contractuelle fondement du plan de restructuration	392
1. L'insoumission du plan à la loi de la majorité	392
2.La nécessité de l'interventionnisme judiciaire	394
 B.L'inopposabilité du plan aux créanciers non consentants	396
1. Les créanciers soumis à l'accord.....	397
2.Les créanciers hors concordat, une entrave à la restructuration de l'entreprise.....	399
Para II La collectivisation des créanciers, source d'exclusion en droit français.....	401
A-Le traitement de faveur des grandes entreprises	402
1.Le critère de la situation financière	402
2.La condition de seuil	403
B.Une faculté de constitution des comités en déca des seuils légaux	403
 Section II le traitement différencié des créanciers	405

Para I Le sort différencié des créanciers face au plan de restructuration en droit OHADA ..	405
A-La discrimination entre les créanciers concordataires	405
B-La discrimination entre les créanciers concordataires et les créanciers post concordataires	406
Para II l'inégal traitement des créanciers en droit français	407
A .Les limites quant au nombre de comité : La dualité des comités	407
1. Une limite d'ordre qualitatif	408
a. Les établissements de crédit	408
b. Les fournisseurs	409
2. Une dualité source d'exclusion	412
a. L'exclusion des créanciers publics	412
b. Les salariés	413
c. les obligataires	413
B. La dualité du comité source d'un double régime d'adoption du plan	413
1. L'adoption d'un plan en comité	414
2. L'adoption du plan hors comité	417
CONCLUSION CHAPITRE II	418
Conclusion TITRE II	419
CONCLUSION GENERALE	420
BIBLIOGRAPHIE	425
I-TRAITES ET MANUELS	425
A. DROIT FRANÇAIS	425
B. DROIT OHADA	427
II - THESES ET MONOGRAPHIES	428
III - ARTICLES DE DOCTRINE	429
A. Droit français	429
B- Droit OHADA	446
INDEX ALPHABETIQUE	448

