

Les rapprochements structuraux d'entreprises : fusion et scission de sociétés

Structural business mergers: mergers and splits of companies

Berchiche Zoubida *
Faculté de Droit, Université Alger1
zoubidaberchiche9@gmail.com

Date de soumission 18/06/2021 Date d'acceptation final 09/12/2021 Date de publication mars 2022

Résumé :

Le présent article a comme thème les « rapprochements structuraux d'entreprises fusion et scission des sociétés ».

Les rapprochements d'entreprises connaissent un développement soutenu à l'échelle mondiale.

Par le procédé de « fusion », on assiste à la création d'une société nouvelle par la concentration de plusieurs pour n'en former qu'une seule.

Tandis que le second procédé qui est le système de « scission » se présente comme un « découpage », vertical d'une société existante, qui, par le transfert de ses éléments actifs et passifs à d'autres sociétés disparaît dans l'opération : Paradoxalement elle peut être le préalable à une concentration d'entreprises.

Toutes les concentrations et restructurations d'entreprises reposent en fait sur des objectifs à la fois économiques et financiers elles ne doivent pas éluder la dimension humaine (management) de celles-ci, que ces opérations bousculent.

Mots clés :

Entreprise ; fusion ; scission ; rapprochement ; concentration ; restructuration

Abstract:

The subject of this article is "structural mergers of companies, mergers and demergers of companies". Business mergers are experiencing sustained development on a global scale. Through the process of "fusion", we are witnessing the creation of a new society by the concentration of several to form only one. While the second process, which is the "scission" system, is presented as a vertical "division" of an existing company, which, by transferring its assets and liabilities to other companies, disappears in the operation: Paradoxically, it can be the prerequisite for a concentration of companies. All business concentrations and restructurings are in fact based on both economic and financial objectives; they must not elude their human dimension (management), which these operations upset.

Key words:

Business ; fusion; split; reconciliation ; concentration; restructuring

*Auteur correspondant : Dr. Berchiche Zoubida

Introduction:

A côté de différentes formes d'accords et de coopération interentreprises, les rapprochements structurels occupent une place à part.

Il est commode de les distinguer par ce qualificatif car, à la différence des procédures relatives à la prise de participation et à la filialisation, ils ont toujours pour effet de modifier la structure des entreprises concernées et, le plus souvent, de mettre en cause l'existence de certaines de celles qui participent aux opérations.

L'exemple type, le plus connu, est la fusion : elle constitue le mécanisme par excellence des concentrations d'entreprises. La fusion est l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule ; elle peut résulter soit de la création d'une société nouvelle par les sociétés existantes, soit de l'absorption d'une société par une autre. Le deuxième procédé, celui de la « fusion-absorption »¹, est le plus fréquemment utilisé, essentiellement pour des raisons fiscales (I).

La seconde procédure que nous avons à examiner, plus complexe dans sa présentation, est celle de la « scission ». Elle se présente comme un découpage vertical en deux ou plusieurs parties d'une société existante. Celle-ci disparaît dans l'opération en transférant les éléments actifs ou passifs dont elle se compose, à d'autres sociétés. Ce transfert peut s'effectuer:

- Soit au profit de sociétés existantes, auquel cas on évoquera la fusion-scission² (article 744 alinéa 2 du Code de commerce), car l'opération présente des caractères de fusion du point de vue de la société existante;
- Soit au profit de sociétés nouvelles, constituées pour servir de structure d'accueil ;
- Soit par combinaison des deux formules, l'élément caractéristique de la scission étant la disparition complète de la société scindée.

On le constate, la scission n'est pas par elle-même un procédé de concentration. Elle apparaît au contraire comme conduisant aux effets inverses, puisqu'elle fait éclater en plusieurs parties des éléments précédemment rassemblés dans une structure unique. Mais elle constitue souvent une étape préalable à une concentration³. Surtout, elle se prête à des restructurations d'entreprise et à des redistributions d'activités intéressant plusieurs firmes, aboutissant ainsi à des regroupements de secteurs (II)

Par ailleurs, on a pris l'habitude de rapprocher juridiquement de ces deux principales opérations, celle de l'apport partiel d'actif qui consiste pour une société à faire apport à une autre société nouvelle ou déjà créée, d'une partie de ses éléments d'actif, généralement une branche autonome d'activité (par exemple, l'apport par une société à une autre d'une de ses usines avec tous les éléments la composant). Par conséquent, en cas d'apport partiel d'actif, la transmission est limitée à certains éléments déterminés. La société apporteuse conserve les autres et son existence ne se trouve aucunement mise en cause, en ce qu'elle subsiste en tant que personne morale (III).

I. La fusion de sociétés

« Les fusions sont des moyens juridiques de réaliser la concentration des sociétés en permettant le regroupement de leurs moyens de production. »⁴

¹ Olivier Mier & Guillaume Schier « Fusion – acquisition : stratégie - finance – management » 3^{ème} éd Dunod, 2009, P 81.

² Art 744 alinéa 2 du code de commerce : « elle peut aussi faire apport de son patrimoine à des sociétés existantes ou participer avec celles-ci la constitution de sociétés nouvelles par voie de fusion - scission

³ Michel de JUGLARD – Benjamin IPPOLITO, cours de droit commercial – « les sociétés commerciales, P 604 éd. MONTCHRETIEN »

⁴ Michel de JUGLARD – Benjamin IPPOLITO, Op cité, P 603.

Curieusement, le droit positif ne fournit pas de définition de la fusion. L'article 744 alinéa 1^{er} du Code de commerce se borne à indiquer qu' « une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ».

Ce texte comporte, on le voit, une lacune remarquable quant au mode de transmission d'éléments patrimoniaux et à leur rémunération, ce qui montre que le législateur n'a pas souhaité fixer de règles précises concernant les méthodes d'évaluation, laissant plutôt ce soin aux professionnels et praticiens. Il est vrai que de telles opérations sont assez complexes et de ce fait, on ne saurait fixer de règles trop rigides, ni de méthodes uniformes qui s'avèreraient difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but recherché de protection des associés et des tiers, notamment des créanciers.

Les méthodes d'évaluation sont diverses : elles combinent la valeur mathématique, la valeur liquidative, la valeur de rendement (en capitalisant par exemple les dividendes distribués), la valeur boursière... Les sociétés se doivent de se référer à des comptes arrêtés à une même date, généralement celle de la clôture du dernier exercice. Cependant, ces critères objectifs sont nécessairement pondérés pour tenir compte d'éléments plus subjectifs tels que la complémentarité ou les synergies entre sociétés, l'arrivée de nouveaux dirigeants, la mise en place d'un « management » plus dynamique, l'accès plus facile au marché financier.

La Commission d'Organisation et de Surveillance des Opérations Boursières dite « COSOB » a précisément pour mission de faire des recommandations relatives à la comptabilisation des fusions et également, sur la rémunération des apports en nature dans les opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif.

Il convient de noter qu'il ne faut pas éluder le rôle du Conseil de la Concurrence qui pourrait être amené éventuellement à s'opposer à la fusion s'il est convaincu qu'une telle opération cache la constitution d'une entente illicite ou l'instauration d'une position dominante dans le secteur considéré, prohibées bien entendu par la loi sur la concurrence.

Quoi qu'il en soit, il convient de tracer le déroulement des opérations de fusion (A), avant de déterminer comment le législateur assure la protection des associés actionnaires et des tiers (B).

A. Les procédures de réalisation de la fusion

Analysée concrètement, toute fusion peut être divisée en quatre phases :

- l'une, d'étude et de négociation de l'accord de fusion. Elle se situe au niveau des présidents ou directeurs ou gérants de sociétés, assistés d'experts. Elle a pour finalité de définir les grandes lignes et les points essentiels de l'opération, notamment les évaluations, le calcul des parités, les conditions ultérieures de gestion, la politique générale de la future structure. Lorsque cette phase se prolonge, un protocole préalable est souvent signé pour déterminer le comportement des sociétés intéressées pendant la période transitoire. Elle doit, par essence, rester confidentielle si on veut éviter les perturbations au sein des entreprises concernées ou les éventuelles spéculations boursières si les sociétés sont cotées ;
- la seconde est dominée par l'élaboration de la convention de fusion ou comme le précise le Code de commerce, du projet de fusion soumis à l'appréciation du Conseil d'administration (article 747);
- la troisième est essentiellement publique : elle a pour objet d'informer tous les intéressés, les associés ou actionnaires comme les tiers, de leur fournir tous les éléments d'appréciation ou de défense nécessaires, et se termine par les assemblées générales qui, seules, ont pouvoir de décision (article 750 C.com), en ne perdant pas de vue le rôle éminent joué par le commissaire aux comptes (article 751 C.com);
- la quatrième, enfin, est consacrée aux formalités de dépôt et de publicité exigées par la loi (article 748 C.com).

Les rapprochements structureaux d'entreprises : fusion et scission de sociétés

Le projet de fusion¹, étant le document central de l'opération, doit en fixer aussi précisément que possible les conditions et les modalités.

C'est ainsi que l'article 747 du Code de commerce détermine avec une assez grande précision son contenu, tout au moins les stipulations obligatoires. Le projet de fusion doit en effet contenir :

- les motifs, buts et conditions de la fusion (ou de la scission);
- les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées, utilisés pour établir les conditions de l'opération;
- la désignation (aussi détaillée que possible) et l'évolution de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;
- le rapport d'échange des droits sociaux, c'est-à-dire à la fois la parité retenue entre les actifs nets des sociétés participantes, le nombre d'actions nouvelles à émettre par la société absorbante, et la base sur laquelle se fera leur attribution contre les titres anciens aux actionnaires (ou associés) des sociétés absorbées (par exemple, 1 pour 3, 4 pour 5, etc.). Il faut noter que ce dernier rapport d'échange n'est pas seulement fonction de l'importance relative des actifs ou du montant de l'augmentation du capital, mais aussi du nombre de titres existant dans chaque société intéressée. Ce choix de la parité étant essentiel en ce qu'il détermine les conditions financières de l'opération, la loi impose que soient exposées les méthodes d'évaluation utilisées et donnés les motifs du choix effectué;
- enfin, le montant prévu de la prime de fusion (ou de scission).

Bien entendu, outre ces stipulations obligatoires, la convention contient également les dispositions relatives au transfert de la propriété, à la prise en charge des droits et obligations des sociétés absorbées, à la date de prise d'effet de la fusion, et toutes autres dispositions jugées utiles, par exemple celles relatives à la composition ultérieure des organes dirigeants de la société absorbante, compte tenu de la sauvegarde des droits des associés et des tiers.

B. La protection des actionnaires (ou associés) et des tiers

Elle comporte trois aspects essentiels :

- la publicité préalable,
- le développement des contrôles,
- l'organisation de recours et de moyens de défense.

1°) La publicité préalable :

Elle résulte principalement :

- des règles définissant le contenu du projet de fusion et qui sont évidemment destinées à éclairer tous les intéressés sur la structure, notamment financière, de l'opération et sur les conséquences prévisibles pour eux; du dépôt obligatoire dudit projet dans une étude notariale du lieu du siège de chacune des sociétés participantes; de l'« avis de fusion » publié dans un journal d'annonces légales.

2°) Le développement du contrôle :

Le contrôle se fait doublement :

- par l'intervention du commissaire aux apports chargé de vérifier si les apports effectués à la société absorbante ne sont pas surévalués et si, en conséquence, le capital correspondant est bien libéré (article 753 C.com);
- et surtout, au moyen de la présentation par les commissaires aux comptes de chaque société participante, à leur assemblée, d'un rapport dans lequel ils donnent leur avis sur les modalités de la fusion et, plus spécialement, sur la rémunération des apports faits à la société absorbante

¹ MARTIAL – CHADEFAX « les fusions de sociétés » régime juridique et fiscal, 4^{ème} éd 2003.

(article 751 C.com). Ils doivent ainsi se prononcer sur la question primordiale de la parité d'échange.

Il est évident que tous ces rapports sont mis dans des délais suffisants (quinze jours) avant l'assemblée, à la disposition des actionnaires ou associés au siège social (article 752 C.com).

3°) L'organisation des recours et des moyens de défense :

- d'abord, pour les actionnaires ou associés : le caractère extraordinaire de la décision qu'ils ont à prendre en assemblée est, en soi, une mesure protectrice, mais elle est collective et non individuelle. Par contre, l'obligation d'un accord unanime des intéressés (ce qui est exceptionnel dans des sociétés de capitaux) lorsque la fusion a pour effet direct ou indirect d'augmenter leurs engagements personnels, en application de l'article 746 du Code de commerce, est une garantie sérieuse. Ils peuvent, enfin, contester devant les tribunaux, à titre tout à fait personnel, la validité de l'opération de fusion en vertu des règles générales relatives à la résolution ou à la nullité ;
- ensuite, pour les tiers : ceux-ci peuvent se trouver vis-à-vis des sociétés absorbantes dans des situations très variées. Ainsi, les obligataires sont parmi les premiers intéressés parce que les plus proches de la société dont ils peuvent même devenir actionnaires si les titres qu'ils détiennent sont des obligations convertibles (en actions) ou échangeables.
- En principe, les obligataires conservent leurs droits, tels qu'ils résultent du contrat d'émission chez la société absorbante. Toutefois, l'assemblée ordinaire de la masse des obligataires peut donner mandat à ses représentants de faire opposition à la fusion, dans les conditions offertes aux créanciers chirographaires; ces derniers sont ceux qui ne bénéficient, à l'appui de leurs créances, d'aucune garantie, sûreté ou privilège quelconque. Ils forment le groupe des créanciers ordinaires, courants. D'ailleurs, l'article 756 du Code de commerce explicite le principe général: la société absorbante devient débitrice des créanciers de la société absorbée sans que, cependant, cette substitution emporte novation. Mais l'alinéa deuxième de cet article reconnaît à tout créancier d'une société participante le droit de former opposition à la fusion (ou à la scission) dans un délai de trente jours à compter de la publication du projet de l'opération envisagée. Cette opposition est soumise à l'autorité judiciaire, laquelle peut ordonner soit son rejet, soit le remboursement de la créance, donc la déchéance du terme pour la société débitrice, soit la constitution de garanties. A défaut de l'une de ces deux dernières solutions, la fusion est inopposable à ce créancier. Ce même droit d'opposition est reconnu aux bailleurs de locaux loués aux sociétés, objet d'une fusion-absorption ou d'une scission (article 757 C.com).

II. La scission de société

Dans les textes, la scission est toujours située dans l'orbite de la fusion dont le régime lui est appliqué en quelque sorte par extension. Elle présente cependant ses caractéristiques propres et doit surtout être bien analysée dans son mécanisme financier qui, seul, permet d'apprécier sa véritable originalité.

La scission n'est pas, en effet, de façon directe, un moyen de concentration des entreprises mais plutôt de redistribution des activités d'une ou plusieurs entreprises dont elle permet le remodelage. Elle ne donne lieu à concentration qu'à un second degré, en quelque sorte en se combinant avec une fusion (c'est le cas de la fusion-scission prévu par l'article 744 alinéa 2 du Code de commerce).

Pas plus que pour la fusion, la loi n'en donne de définition. Elle se contente de la décrire sommairement, par le biais de deux procédures possibles prévues par l'article 744 : ainsi, selon cette disposition, « une société peut faire apport de son patrimoine à des sociétés nouvelles par voie de scission. Elle peut aussi faire apport de son patrimoine à des sociétés existantes ou participer avec celles-ci à la constitution de sociétés nouvelles, par voie de fusion-scission ».

Le premier cas de figure évoqué apparaît comme le plus caractéristique. Il met en jeu, au départ, une seule société (alors que la fusion en exige toujours au moins deux) et en prévoit l'éclatement¹ pour donner naissance à deux ou plusieurs sociétés nouvelles totalement indépendantes l'une de l'autre, directement issues d'elle : c'est la scission parfaite qui, d'un point de vue juridique, est à l'opposé de la filialisation (constitution du groupe ou holding).

Le second cas, bien que qualifié par le législateur de fusion scission, implique à la fois l'éclatement de la (ou des) société « scindée » et le regroupement des divers éléments de son patrimoine (actif et passif), ainsi que de ses diverses activités avec ceux d'autres entités sociales. Celles-ci seront en position de sociétés absorbantes, mais cette fois, seulement pour partie des actifs et passifs de la société scindée ou concourront avec elle (toujours pour partie de ses actifs et passifs) à la constitution d'une ou plusieurs sociétés nouvelles.

On peut dès lors imaginer des schémas variés mais, dans tous les cas, on retrouve pour la (ou les) société (s) scindée (s) une même conséquence : sa dissolution en tant que personne morale du fait de l'éclatement et de l'apport de la totalité de son patrimoine à deux ou plusieurs autres sociétés dotées de la personnalité juridique.

Le problème qui se pose, d'un point de vue financier, est la répartition de l'actif et du passif. Aucune règle légale n'organise cette répartition, si ce n'est l'impossibilité (comme pour la fusion) de procéder à un apport négatif, ce qui entraîne un double effet, quant à la transmission des biens d'une part, quant à la situation des actionnaires (ou associés) et des tiers d'autre part.

A. Caractères de la transmission du patrimoine de la société scindée

Le droit de la fusion est, nous le savons, dominé par la transmission à titre universel de tous les éléments actifs et passifs de la (ou des) société absorbée (s) à la société absorbante qui subsiste seule. Cette notion de transmission à titre universel intervient également en cas de scission, du fait que la totalité du patrimoine de la société scindée est transférée et qu'elle disparaît. Elle s'applique tout de même de manière assez originale.

Le problème central de la scission réside, en effet, dans les conséquences de «l'éclatement» de patrimoine qu'elle implique. Au lieu de regrouper des biens, des droits et des obligations sur une seule personne morale, elle les répartit au contraire et dans des conditions librement définies entre plusieurs sociétés.

Il y a donc, dès le départ, à retenir que la transmission d'un bien (par exemple, un élément omis dans l'acte de scission) ne peut plus être implicite comme dans le cas de la fusion. La répartition doit être expresse et donc particulièrement soignée et détaillée. Faute d'une telle précaution, l'élément omis pourrait par la suite être revendiqué par l'une ou l'autre des sociétés bénéficiaires, sans que l'on puisse a priori déterminer à laquelle il revient légitimement.

La même difficulté particulière réapparaît pour la répartition des opérations et des résultats d'exploitation de la société scindée pendant la période dite de rétroactivité.

Il est possible, en pratique, de parer à ce genre de difficultés en stipulant dans l'acte de scission que tous les éléments actifs et passifs non expressément visés seront automatiquement attribués à telle société et faire de même pour les opérations et la période intermédiaire. Mais cette méthode peut susciter des contestations, notamment entre actionnaires.

Du point de vue juridique, on perçoit tout de suite la conséquence à tirer quant à l'application du principe de transmission à titre universel². Celle-ci ne peut jouer que globalement, c'est-à-dire à l'égard de toutes les sociétés bénéficiaires de la scission prises ensemble, et non à l'égard de chacune d'elles en particulier. Cette pluralité de « successeurs » comportera donc, inévitablement, certaines conséquences particulières pour eux, comme les actionnaires et les créanciers de la société scindée.

¹ Michel de JUGLARD – Benjamin IPPOLITO, Op cité, P 604.

² M – COZIAN, A – VIANDIER et FL DEBOISSY, « droit des sociétés » Litec 15^{ème} éd, 2002, P 671 N° 1740.

B. Les effets de la scission à l'égard des actionnaires (ou associés) et des tiers

Etant donné les liens pour ne pas dire la dépendance existant entre les procédures de scission et celles de fusion, on retrouve bien sûr les deux premiers aspects de la protection assurée aux actionnaires (ou associés) et aux tiers par le Code de commerce, à savoir la publicité préalable et le contrôle, pour lesquels il suffira de se reporter aux indications données supra à propos de la fusion; toutefois, il est utile de les rappeler sans pour autant verser dans la répétition.

1°) Situation des actionnaires (ou associés) :

L'organisation des moyens de défense ou de recours des actionnaires (ou des associés) ne comporte pas non plus de dispositions originales. Il convient simplement de rappeler les difficultés particulières susceptibles de naître de la répartition des actifs et des passifs entre les sociétés bénéficiaires.

Cette ventilation peut d'autant plus être une source de contestation entre eux que la répartition entre les actionnaires de la société scindée des titres émis par les sociétés nouvelles peut être effectuée, au moins juridiquement, dans des conditions très variables. Si un actionnaire a, par exemple, 10% du capital de l'ancienne société, il ne pourra certes pas recevoir plus de 10% en valeur des titres émis par les sociétés nouvelles. Mais on peut ne lui attribuer que des titres d'une seule société, dont à la limite il recevrait la quasi-totalité. L'équilibre des positions antérieures n'est donc pas obligatoirement maintenu dans les sociétés nouvelles.

Cette particularité met en lumière un nouvel aspect de la scission, consistant à permettre une sorte de séparation ou partage amiable entre les actionnaires ou associés d'une société éligible à la scission.

2°) Protection des tiers :

Les principes restent les mêmes qu'en matière de fusion. Les textes le confirment expressément; ainsi, l'article 760 du Code de commerce étend à la scission le principe posé à l'article 756 et selon lequel « les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des créanciers de la société scindée, aux lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard ».

Néanmoins, la ventilation des actifs et des passifs et la pluralité des «successeurs» imposent en matière de scission certaines solutions originales.

Pour maintenir sa portée à la notion de transmission à titre universel et renforcer la protection des créanciers, qu'ils soient obligataires ou simplement chirographaires, le même article 760 établit une solidarité des sociétés bénéficiaires des apports de scission vis-à-vis des créanciers de la société scindée. Il reconstitue en quelque sorte par ce biais l'unité de patrimoine, ou plus exactement, de la transmission, pour les tiers tout au moins. Par contre, cette solidarité n'est pas d'ordre public, n'est pas impérative puisque l'article 761 du Code de commerce permet aux intéressés de l'écartier, lors de l'opération de scission : chaque société ne reste alors débitrice que du passif mis à sa propre charge. Mais, en revanche, les créanciers peuvent alors former opposition à la scission (comme en cas de fusion), opposition qui ne leur est pas ouverte en cas d'application de la solidarité entre associés bénéficiaires.

C'est par rapport à cette notion précisément que l'apport partiel se distingue essentiellement de la fusion et de la scission.

III.L'apport partiel d'actif

Sur le plan juridique, l'apport partiel¹ présente avec la fusion et la scission des différences notables, en dépit de l'assimilation (contre nature pour ainsi dire) faite par l'article 762 du Code de commerce dont le fondement est plutôt à rechercher dans des dispositions fiscales. L'expérience peut nous montrer que le rapprochement ou la réorganisation des entreprises n'exigent pas toujours leur

¹ Yanick DINH « les fusions – scissions et apports partiels, aspects comptables, juridiques et fiscaux. » éd ESKA, P 41.

Les rapprochements structureaux d'entreprises : fusion et scission de sociétés

fusion ou leur éclatement complets et que, au contraire, des transferts limités à certaines de leurs exploitations seulement (une usine par exemple dans l'ensemble d'un groupe) sont beaucoup mieux adaptés aux objectifs économiques poursuivis.

Avant d'examiner les conditions de réalisation de l'apport partiel, il convient d'abord de faire ressortir ses principales caractéristiques¹.

A. Les principales caractéristiques de l'apport partiel

Le point de départ de la procédure de l'appel partiel d'actif est fiscal. Les opérations aboutissant à des transferts partiels d'exploitation, sans que l'entreprise apporteuse disparaisse, nécessite la mise au point d'un régime fiscal spécifique.

L'analyse d'un point de vue strictement juridique de l'apport partiel d'actif montre ce qui le distingue de la scission qui lui est proche. La survie de la société apporteuse entraîne deux conséquences :

- la première est que l'apport partiel d'actif s'analyse en un apport en nature d'une société à une autre. Appréhendé sous un angle économique qui est à la source des avantages fiscaux accordés, l'apport partiel est avant tout celui d'un ensemble constituant un élément d'exploitation industrielle, commerciale ou financière ;
- la deuxième conséquence est la non dissolution de la société apporteuse.

La procédure normale de l'apport partiel est celle de l'apport pur et simple. Mais l'article 762 du Code de commerce permet aux parties, c'est-à-dire à la société apporteuse et à la société bénéficiaire de l'apport, de convenir d'un commun accord de soumettre l'opération à la procédure spéciale instituée pour les scissions.

B. La réalisation de l'apport partiel d'actif

Il convient d'étudier les procédures qui concernent d'une part, la distribution éventuelle des titres émis à cette occasion et d'autre part, l'augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport.

1°) Distribution des actions d'apport :

Elle est normalement indépendante de l'apport lui-même et facultative pour la société apporteuse, alors qu'elle ne concerne pas la société bénéficiaire.

La qualification juridique de la distribution dépend des éléments de capitaux propres de la société sur lesquels la répartition est imputée. Le point de départ est que les titres, objet de la distribution, figurent dans le portefeuille à l'actif du bilan ; pour les répartir, on devra comptablement procéder à une imputation sur les capitaux propres inscrits au passif (capital social, réserves, bénéfices et éventuellement plus-values d'apport).

Suivant la nature de cette imputation, la distribution se présentera soit comme une distribution de bénéfices ou de réserves, faite sous forme de titres au lieu d'espèces, soit comme un partage partiel anticipant celui qui s'opérera lors de la liquidation de la société.

Selon les conditions d'imputation, les bénéficiaires de la distribution sont déterminés conformément aux règles statutaires relatives les unes aux distributions de bénéfices et réserves, les autres au remboursement partiel du capital. Bien entendu, dans tous les cas, les actionnaires (ou associés) sont les principaux bénéficiaires. Mais les porteurs de parts de fondateurs ont des droits variables qui sont susceptibles de porter sur les bonis de liquidation.

2°) Augmentation de capital de la société bénéficiaire :

La législation offre une option entre deux procédures : celle du droit commun des augmentations de capital par apport en nature (articles 688 et 707 C.com), et celle particulière aux scissions et fusions de sociétés. De toute manière, quelle que soit la procédure adoptée, il est nécessaire de faire intervenir l'assemblée extraordinaire des actionnaires (ou associés) de la société apporteuse.

¹ Michel de JUGLARD – Benjamin IPPOLITO, Op cité, P 615.

La seconde procédure comporte évidemment pour les actionnaires (ou associés) et les tiers une protection plus étendue. Elle impliquera notamment l'intervention des commissaires aux comptes des sociétés participantes (article 751 C.com), sans oublier celle des commissaires aux apports (article 753 C.com).

En conclusion, qu'il s'agisse de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, le point nodal demeure la transmission de biens d'une société à une autre¹. Mais la principale caractéristique est que le paiement ne se fait pas en argent (espèces). Le mode de paiement adopté est un mode particulier en droit des sociétés, celui retenu pour les apports dits « apports en nature ». Il consiste en l'attribution à l'apporteur des biens, en l'occurrence la société apporteuse, d'actions (ou de parts sociales s'agissant de S.A.R.L) émises par la société bénéficiaire « en rémunération » de ses apports et généralement, dans le cadre d'une augmentation de capital.

L'apporteur devient ainsi actionnaire (ou associé pour la S.A.R.L) de la société qui a reçu ses biens. C'est par cette procédure de l'apport en nature avec émission d'actions (ou parts sociales) nouvelles que s'effectue la transmission (et par là-même le paiement) des biens des sociétés absorbantes, scindées ou apportuses. Les traits spécifiques de cette procédure expliquent que les fusions, scissions ou apports partiels ne puissent concerner que des entreprises revêtant la forme juridique de sociétés dotées de la personnalité morale.

Néanmoins, la technique même de l'apport partiel, appliquée à ces opérations, appelle certaines remarques, tant du point de vue de l'évaluation des biens apportés et des actions émises en rémunération que de la présentation financière et comptable des opérations qui éclaire bien les mécanismes utilisés.

1°) L'évaluation des biens apportés et de leur « monnaie de paiement » (les actions nouvelles émises ou les parts sociales) est toujours délicate. La valeur d'un ensemble de biens, comme celle des actions d'une société existante, est naturellement sujette à fluctuations constantes et, dès lors, l'appréciation peut en être effectuée selon des critères variés : valeur intrinsèque, valeur de rendement, valeur liquidative ou valeur à neuf; tout dépend de l'instant auquel on se place pour les apprécier.

En outre, le potentiel économique et financier ne s'exprime pas seulement en termes patrimoniaux (en mètres carrés d'usines, en nombre de machines, en volume de stocks ou en disponibilités bancaires). Il s'exprime également en termes de structure financière (une entreprise est plus « liquide » qu'une autre) ou même de capacité technique et managériale de ses dirigeants. De tels éléments « impalpables » parce qu'intellectuels (non matériels) sont souvent primordiaux et compliquent parfois la tâche des experts chargés d'établir les évaluations. Et comme leur travail porte sur deux patrimoines au moins, celui des deux sociétés en présence en cas de fusion, l'important est de faire une appréciation égale, compte tenu de critères similaires et de méthodes identiques ; autrement dit, il faut parvenir à la parité, dont la détermination est précisément la démarche financière fondamentale en ces matières.

La plus grande liberté étant laissée aux participants et à leurs experts quant au choix des critères à retenir, la loi n'impose en principe que deux obligations :

- les éléments apportés ne doivent pas être surévalués, sinon les apports ne seraient pas libérés et l'opération serait nulle. Il pourrait même y avoir un risque pénal, pour délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, passible d'une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une peine d'amende;
- les rapports présentés aux actionnaires (ou associés) des sociétés participantes doivent indiquer « les méthodes d'évaluation utilisées » et donner « les motifs du choix du rapport d'échange des droits sociaux », c'est-à-dire de la parité retenue entre les deux sociétés (article 747 C.cm).

¹ GUIRAMARD et A – HERAUD, « droit des sociétés », éd DUNOD, Paris, 2007

2°) C'est à partir des bilans comptables que les experts établissent généralement les évaluations réelles. Il ne nous est pas possible, dans le cadre de cette étude sommaire, de nous étendre sur ces aspects comptables et financiers essentiels que seul un spécialiste est capable de décrire aisément et de commenter.

Une dernière remarque d'ordre général s'impose à nous : toutes les concentrations et restructurations d'entreprises reposent avant tout sur des motifs et es objectifs à la fois économiques et financiers, sur des techniques de réalisation juridiques et fiscales. Leur portée fait cependant éclater ce cadre technique, car toute entreprise économique est aussi et surtout une communauté humaine. Toute atteinte de ces structures doit être mûrement réfléchie, parce qu'elle est lourde de conséquences pour les hommes qui y travaillent et dont le destin peut basculer. C'est pourquoi cette dimension humaine ne saurait être éludée, tant elle doit figurer parmi les préoccupations des promoteurs de ces différentes opérations structurelles.

Pour l'heure, seules quelques entreprises publiques économiques ont subi une restructuration, sans problème majeur quant à la répartition des éléments actifs et passifs du fait que l'Etat était le seul actionnaire. Quant aux entreprises du secteur privé, leur mutation est passée soit par un changement de statut juridique (de SNC ou de SARL, elles se sont transformées en SPA faisant appel public à l'épargne pour pouvoir lancer un emprunt obligataire en vue de financement) soit par une filialisation dans le cadre de groupes (spécialisation par filières et meilleure maîtrise managériale).

Dans l'attente de profondes mutations économiques et le réel démarrage de la Bourse d'Alger jusque là en sommeil, notre législateur a, lors de la réforme du Code de commerce en Avril 1993, anticipé en prévoyant tous les instruments et mécanismes juridiques au service de l'économie.

Bibliographie

Sources :

- Code de commerce

Ouvrages

- Olivier Mier & Guillaume Schier « Fusion – acquisition : stratégie - finance – managment » 3^{ème} éd Dunod, 2009.
- Michel de JUGLARD – Benjamin IPPOLITO, cours de droit commercial – « les sociétés commerciales, éd. MONTCHRETIEN »
- MARTIAL – CHADEFAX « les fusions de sociétés » régime juridique et fiscal, 4^{ème} éd 2003.
- M – COZIAN, A – VIANDIER et FL DEBOISSY, « droit des sociétés » Litec 15^{ème} éd, 2002, N° 1740.
- Yanick DINH « les fusions – scissions et apports partiels, aspects comptables, juridiques et fiscaux. » éd ESKA.
- GUIRAMARD et A – HERAUD, « droit des sociétés », éd DUNOD, Paris, 2007.