

Thèse de doctorat

Présentée par : **Abderrazak ELLAJI**

Soutenue le : **9 décembre 2024**

Discipline : **Sciences humaines et humanités nouvelles**

Spécialité : **Droit**

LA NOTION D'APPORT EN NATURE DANS LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

DIRECTRICE DE RECHERCHE :

Madame Maria-Beatriz Salgado

Professeure au Conservatoire national des arts et métiers

MEMBRES DU JURY

Monsieur Georges Decocq
Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Président

Madame Yvonne Muller-Lagarde
Professeure à l'Université Paris Nanterre

Rapportrice

Monsieur Tarik Mossadek
Professeur à l'Université Hassan 1^{er}

Rapporteur

Monsieur Christophe de la Mardière
Professeur au Conservatoire national des arts et métiers

Examineur

Monsieur Larry Bensimhon
Professeur au Conservatoire national des arts et métiers

Examineur

Remerciements

Mes plus sincères remerciements et ma plus profonde reconnaissance vont à tous ceux qui m'ont soutenu tout au long de ce travail.

À Madame Maria-Beatriz Salgado, directrice de cette thèse, pour son soutien indéfectible, sa disponibilité et ses précieux conseils.

Aux professeurs Madame Yvonne Muller-Lagarde, Monsieur Tarik Mossadek, Monsieur Georges Decocq, Monsieur Christophe de la Mardière et Monsieur Larry Bensimhon d'avoir accepté de consacrer leur temps précieux à l'évaluation de cette thèse.

Aux membres de ma famille, pour la patience, la compréhension et le soutien infaillible qu'ils m'ont apportés et qui m'ont permis d'avancer avec confiance dans cette entreprise de longue haleine.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
ABSA	Actions à bon de souscription d'actions
ABSO	Actions à bon de souscription d'obligations
Act. proc. coll.	Actes de procédure collective
Actes prat.	Actes pratiques
Actes prat. ing. sociétaire	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
AEDBF	Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier
AFNIC	Association Française pour le Nommage Internet en Coopération
AJ	Actualité juridique
AJCA	Actualité juridique Contrats et Affaires
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
AJPI	Actualité juridique propriété immobilière
AMF	Autorité des Marchés Financiers
ANC	Autorité des Normes Comptables
anc.	Ancien
ANDESE	Association Nationale des Docteurs ès Sciences Économiques et en Sciences de Gestion
ANR	Agence nationale de la recherche
Ass.	Assemblée
Aut. conc	Autorité de la concurrence
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BOI	Bulletin officiel des impôts
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
BSA	Bon de Souscription d'Actions
Bul	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass.com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCA	Compte courant d'associés
CCE	Communication commerce électronique
CCRCS	Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale
Ch. com.	Chambre commerciale de la cour de cassation.
ch. mixte	Chambre mixte de la cour de cassation.

cit	Citation
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CMF	Commission des marchés financiers
CMPC	Coût moyen pondéré du capital
CNC	Conseil national de Comptabilité
CNCC	Compagnie nationale des commissaires aux comptes
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COB	Commission des opérations de bourse
coll.	Collection
comm.	Commentaires
conc. consom.	Concurrence – Consommation
concl.	Conclusions
consid	Considérant
Contr	Contrat
copr	Copropriété
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D.B	Dalloz Bibliothèque
DCF	Discounted Cash Flow
DEEP	Dispositif d'enregistrement électronique partagé
Dir.	Directive
Dist	Distribution
doctr	Doctrine
DP	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941
DPCI	Droit et pratique du commerce international
DPS	Droit préférentiel de souscription
Dr. adm.	Revue de droit administratif
dr. aff.	Revue de droit des affaires
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
dr. privé	Revue Droit privé
Dr. sociétés	Revue de droit des sociétés
éd.	Edition
etc	et cetera
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
Ex	Exemple
Fasc.	Fascicule
IAASB	International Auditing and Assurance Standards Board
IAS	International Financial Reporting Standards

ICOs	Initial Coin Offerings
IFRS	International Financial Reporting Standards
Infra	Ci-dessous
INPI	Institut national de la propriété intellectuelle
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
instr	Instruction
IPO	Initial Public Offering
IR	Impôt sur le revenu
J.-Cl.	JurisClasseur
JCP	Jurisclasser périodique (Semaine juridique)
JCP G	La Semaine juridique édition générale
JCP N	La Semaine Juridique édition notariale
JCP. E.	La Semaine juridique édition entreprise et affaires
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Joly soc.	Joly sociétés
Journ. soc.	Journal sociétés
Jurispr.	Jurisprudence
Sem. Jur Entr. et Aff.	La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires
LBO	Leveraged buy-out
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LGJD	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loi DDADUE	Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne
LPA	Les Petites Affiches
Mél.	Mélanges
NEP	Normes d'exercice professionnel
obs.	Observation
OBSA	Obligation à bon de souscription d'actions
OCA	Oligation Convertible en actions
OEA	Obligation échangeable en actions
OEC	Ordre des experts comptables
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
ORA	Oligation Remboursable en actions
ord.	Ordonnance
PCG	Plan comptable général
Préf.	Préface
PSAN	Prestataire de services sur actifs numériques
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France

RCS	Registre du commerce et des sociétés
RDBB	Revue droit Banque et bourse
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Rec	Recueil de la jurisprudence
règl	Règlement
Rép.	Répertoire
Rev.	Revue
Rev. Proc. Coll	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
RFG	Revue Française de Gestion
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD	Revue trimestrielle de droit civil
SARL.	Société à responsabilité limitée
SARLU	Société à responsabilité limitée unipersonnelle
SAS	Société par actions simplifiées
SASU	Société par actions simplifiées unipersonnelle
SCA	Société en Commandite par Actions
sem.	Semaine
Sén	Sénat
SFEV	Société Française des Evaluateurs
Soc	Social
somm	Sommaires
spéc	Spécial
ss. sect.	Sous-sections
STO	Security Token Offering
suppl.	Supplément
supra	Ci-dessus
Synth	Synthèse
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
thè. pré	Thèse précédente

UGT	Unité génératrice de trésorerie
US GAAP	United States Generally Accepted Accounting Principles
VMDAC	Valeurs mobilières donnant accès au capital social
VMP	Valeurs mobilières de placement

Sommaire

PARTIE 1 : L'APPORT EN NATURE A TITRE PARTICULIER : ENJEUX ET CONSÉQUENCES	25
TITRE 1 - L'APPORT EN NATURE ET PRÉÉMINENCE DE L'INTÉRÊT SOCIAL.....	26
CHAPITRE 1 - LES PARADIGMES DE L'APPORT EN NATURE	27
CHAPITRE 2 - LE CONTRAT D'APPORT EN NATURE.....	94
TITRE II - L'APPORT EN NATURE - OBJET ET RÉMUNÉRATION.....	156
CHAPITRE 1 - L'APPORT EN NATURE – OBJET DE L'APPORT ET DROITS CONFÉRÉS	157
CHAPITRE 2 - L'APPORT EN NATURE - ÉVALUATION ET DROITS CONFÉRÉS	225
PARTIE II – L'APPORT EN NATURE RÉALISÉ DANS LE CADRE D'UNE FUSION ET OPÉRATIONS ASSIMILÉES	279
TITRE 1 – LES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION ENTRE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX	281
CHAPITRE 1 - LE CADRE CONCEPTUEL DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION ENTRE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX.....	282
CHAPITRE 2 - LA CONCRÉTISATION DE L'OPÉRATION DE FUSION ET DE SCISSION	353
TITRE II - L'APPORT PARTIEL D'ACTIFS, UNE STRATÉGIE DE RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX A MULTIPLES FACETTES.....	427
CHAPITRE 1 - LA DUALITÉ DU RÉGIME JURIDIQUE, SOURCE DE COMPLEXITÉ	428
CHAPITRE 2 - LA RÉALISATION DE L'OPÉRATION D'APPORT PARTIEL D'ACTIFS.....	477

Pour des raisons de simplification, le terme « associé » employé dans la présente étude (au singulier comme au pluriel) a la signification de détenteur de tout ou partie du capital d'une société de capitaux, quelle que soit sa forme sociale.

INTRODUCTION GENERALE

1. L'environnement globalisé dans lequel évolue l'entreprise se caractérise par la montée en puissance de turbulences et changements économiques susceptibles d'influencer son cycle d'exploitation, sa productivité voire sa survie.

Pour une société, restructurer signifie se réorganiser pour s'adapter à la structure du marché sur lequel elle évolue. En l'absence d'une veille stratégique, l'organisation de la société peut se décrocher subitement de son marché et subir une déstabilisation de son positionnement stratégique et concurrentiel.

Dans ce contexte, l'entreprise fait face à une obligation impérieuse de restructuration¹, tendant à s'adapter à son amplitude et à la complexité de son environnement économique. Il s'agit alors d'une réaction imposée à la société.

Une restructuration peut également être envisagée comme un processus stratégique de croissance ou la conséquence d'une opportunité à saisir. Dans ces deux situations, la société a pour objectif, notamment, l'augmentation de sa part de marché, la consolidation de sa capacité concurrentielle, le renforcement de sa trésorerie ou encore l'optimisation des charges structurelles.

2. En principe, une restructuration réussie ne doit pas avoir pour effet unique de conforter les intérêts privés des associés ou des sociétés parties à l'opération². Elle ne doit pas non plus être subie ou engagée sous l'effet de contraintes. Comme souvent, c'est l'anticipation et l'identification prospective des tendances de l'environnement de la société qui permettront de définir les meilleures stratégies de restructuration à mettre en œuvre.

La décision de restructuration ne doit pas être intempestive ou prise à l'aveuglette. Une telle décision, considérée pertinente aujourd'hui, peut s'avérer épouvantable à court terme, en raison de changements aussi soudains de l'environnement économique dans lequel évolue la société. Pour prendre une décision bien réfléchie, une due diligence préalable s'impose. Celle-ci tend à

¹ Le Larousse précise que la restructuration intervient quand il s'agit de réorganiser un ensemble devenu inadapté et, pour les restructurations d'entreprises, selon de nouveaux principes, avec de nouvelles structures.

² O. Gagnon, « Réussir une restructuration organisationnelle : une approche au-delà des chiffres », *Revue Organisations & Territoires*, V. 26, n° 1-2, 2017, p. 101. Selon l'auteur « si les changements organisationnels représentent une occasion de s'arrimer aux modifications de l'environnement, ils peuvent rapidement devenir cauchemardesques pour les parties prenantes impliquées lorsqu'ils visent principalement l'augmentation de l'avoir des actionnaires ».

élaborer une cartographie des risques inhérents à l'opération de restructuration³ afin d'identifier les menaces et les opportunités liées à l'opération de rapprochement projetée.

3. Pour réaliser une telle réorganisation sans mouvement de trésorerie, la société dispose de deux régimes juridiques distincts. Le premier concerne l'apport en nature à titre particulier, qui permet la réintégration d'un ou plusieurs actifs ou activités utiles à son développement. Un délestage d'un actif non nécessaire à l'exploitation, par voie d'apport, est également possible. Toutefois, l'apport en nature à titre particulier peut parfois s'avérer impossible en présence de clauses restrictives dans certains contrats déterminants pour la réussite de l'opération. Dans ce cas, un apport à titre universel permet de surmonter cette restriction. Ce type d'apport offre la possibilité de consolider le patrimoine de deux ou plusieurs sociétés, de séparer deux ou plusieurs activités en vue de les exploiter dans des sociétés autonomes, voire de s'élaguer d'une activité non utile à l'exploitation. Ce second régime concerne les opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs. Ces opérations se concrétisent toujours en pratique par une transmission universelle de patrimoine et sont alors régies par les règles du droit des fusions. Ces dispositions légales spéciales prévalent, en effet, sur les dispositions plus générales de l'apport en nature⁴.

Ainsi, il s'avère utile de mettre en évidence les éléments communs et les différences entre le régime juridique de l'apport en nature et celui de la fusion. Pour ce faire, un examen attentif des définitions de ces deux notions s'impose.

D'une part, l'« apport » consiste dans le transfert du patrimoine de l'apporteur à celui de la personne ou de l'entité qui est appelée à fournir la prestation attendue⁵, tandis que, d'autre part, la « fusion » désigne l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur actif et passif⁶.

Ces deux définitions révèlent un caractère commun qui réside dans le transfert de patrimoine d'une personne morale à une autre. Cependant, le régime juridique dudit transfert et les finalités de ces opérations sont distincts.

³ Le SWOT et le PESTEL sont deux outils d'analyse stratégique complémentaires mais dont le processus est différent.

⁴ R. Mortier, « Augmentation du capital par apport en nature », *J.-Cl. Soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 156-30, 2017, n°5.

⁵ S. Braudo, Dictionnaire du droit privé, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/apport.php>, consulté le 12 sept. 2024.

⁶ Directive (UE) 2017/1132 du Parlement Européen et du conseil du 14 juin 2017, art. 89.

4. La restructuration peut concerner toutes les sociétés commerciales et revêtir un caractère interne ou externe au sein du groupe sociétaire. C'est ce dernier mode de restructuration, et plus particulièrement celui relatif aux sociétés de capitaux⁷, qui fera l'objet de la présente étude.

Force est de constater que le mode de restructuration est souvent dicté par des circonstances structurelles ainsi que par les objectifs stratégiques des parties à l'opération. Le délestage d'une activité, à titre d'exemple, qui ne s'avère plus nécessaire à l'exploitation, ne peut se réaliser que par voie d'apport partiel d'actifs à une société autonome, dont les titres seront cédés ultérieurement. À l'inverse, l'intégration d'une activité utile et déterminante pour le développement de la société, détenue par une société cible dont les minoritaires marquent une résistance, ne peut s'effectuer que par le biais d'une opération offensive qui commence par l'acquisition des titres de capital des majoritaires avant son absorption. Il s'agit alors d'une opération de fusion-acquisition.

5. L'apport en nature, bien qu'essentiel dans de telles opérations, ne fait pas l'objet de définition légale. En effet, le droit des sociétés se montre très silencieux à ce sujet. Cette notion n'est que timidement abordée par les alinéas 1, 2, et 3 de l'article liquidation-3 du Code civil pour désigner la contribution d'un associé à une société par le transfert de biens ou de droits non monétaires à celle-ci. La jurisprudence, s'en tenant strictement à la définition précitée, ne propose aucune avancée notable en la matière, se limitant à cette formulation sans la développer davantage.

De ce fait et compte tenu de l'importance de ces opérations, l'incertitude dans laquelle se trouvent les sociétés de capitaux lorsqu'elles sont confrontées à la réalisation d'une opération d'apport en nature nous conduit, justement, à explorer cette notion dans tous ses aspects.

6. L'apport en nature est étroitement lié au contrat de société. Celui-ci est opposable aux associés dès sa signature et aux tiers dès l'immatriculation de la personne morale⁸. Par conséquent, par son adhésion au contrat de société, chaque associé est placé dans une situation contractuelle composée de droits et obligations envers la société. En particulier, la première obligation de l'associé envers cette dernière réside dans son engagement d'apport, comme en

⁷ Directive 2005/56/CE, devenue directive UE 2017/1132. En droit français, cela renvoie aux sociétés immatriculées et énumérées à l'article L. 236-25 du Code de commerce, telles que les sociétés anonymes (SA), les sociétés en commandite par actions (SCA), les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés par actions simplifiées (SAS), et les sociétés européennes (SE).

⁸ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 4, n° 11.

dispose l'article 1843-3 alinéa 1^{er} du Code civil : « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter [...]* ». Celui-ci peut être en numéraire ou en nature.

7. L'évolution des biens et droits susceptibles d'apport en nature n'a néanmoins pas été suffisamment suivie par le législateur, ce qui engendre une confusion parmi les juristes et praticiens lorsqu'ils se trouvent confrontés à des interrogations relatives à certains types d'apports.

S'agissant de la classification des biens susceptibles d'apport, la doctrine demeure ancrée sur celle fondée sur la forme binaire opposant l'apport en propriété et l'apport en jouissance⁹. Toutefois, cette classification traditionnelle n'est plus adaptée à la diversité des biens et droits susceptibles d'apport en société amorcée par le droit positif. Ainsi, la classification triptyque bilancielle du patrimoine social en tant que biens incorporels, corporels et financiers apparaît plus appropriée, bien qu'elle n'ait pas encore été explorée par les juristes.

8. Dans cette perspective, le Professeur Binctin propose une classification plus pertinente qui distingue les apports en nature constitutifs et les apports en nature translatifs¹⁰.

D'une part, l'apport constitutif fait naître, au bénéfice d'une société, un droit nouveau, réel ou personnel. Plus précisément, l'apport constitutif de droits réels comprend, notamment, l'apport en usufruit, tandis que l'apport constitutif de droits personnels concerne l'apport en jouissance. D'autre part, l'apport translatif de droits réels vise, selon l'auteur, toutes les hypothèses d'apport d'un droit de propriété ou d'un droit démembré préexistant que l'apporteur détenait sur le bien d'autrui¹¹.

9. En ce qui concerne l'apport en jouissance, celui-ci présente une particularité qui, au premier abord, semble être un apport précaire rémunéré par des droits sociaux de la société bénéficiaire. Il est crucial de noter que l'apporteur demeure propriétaire du bien apporté en jouissance, qu'il pourra récupérer à la dissolution de la société, si la durée de jouissance est rattachée à la durée de celle-ci¹².

⁹ C. civ. art. 1843-3.

¹⁰ N. Binctin, La classification juridique des apports en nature, *Rev. soc.*, 2009, p.517, n° 3.

¹¹ *Ibid.*

¹² Cass. com., 3 déc. 1991, n° 88-16.695, *JurisData* n° 1991-003017; *JCP E* 1992, I, 145, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *JCP E* 1992, II, 330, note Th. Bonneau ; CA Aix-en-Provence, 31 mai 1951, *JCP G* 1952, II, 6792, note D. Bastian.

En revanche, si la jouissance est apportée pour une durée déterminée et que la dissolution survient avant l'expiration du terme, le droit de jouissance rentre, paradoxalement, dans l'actif social à liquider ou à partager¹³. Dès lors, l'inclusion d'une clause restrictive ou donnant droit de priorité au propriétaire s'avère nécessaire.

De surcroît, l'apport en jouissance de numéraire n'a pas fait l'unanimité de la doctrine, bien qu'il soit parfaitement valide. D'ailleurs, l'article 1843-3, alinéa 4, du Code civil prévoit explicitement l'apport en jouissance de choses fongibles. La contestation, par la doctrine, de l'absence de participation aux pertes a été repoussée par un arrêt très ancien de la Cour de cassation, qui a jugé que l'apporteur en jouissance du numéraire s'expose à perdre son apport¹⁴. Ainsi, il s'agit bien d'un apport en nature et doit suivre la procédure propre à ce type d'apport¹⁵. Cette analyse est également transposable à l'apport en jouissance des actifs numériques¹⁶, qui connaissent actuellement une forte euphorie dans le monde du e-commerce.

Toutefois, la doctrine ne s'est pas montrée prolixe sur le sujet de l'apport en société de cette nouvelle catégorie d'actifs, bien qu'ils prennent de l'ampleur dans l'ordre économique moderne propulsé par l'effet de l'intelligence artificielle.

Il convient de préciser que l'apport en nature d'un actif numérique est possible dès lors qu'il participe à la réalisation de l'objet social de la société bénéficiaire. Contrairement aux opérations de cession, le processus d'apport n'est pas très prisé par les sociétés de capitaux.

10. Parallèlement, le commerce électronique a connu un développement exponentiel au cours des deux dernières décennies. Néanmoins, le législateur n'a pas accompagné cette évolution, notamment en ce qui concerne la définition de la notion de fonds de commerce numérique et ses éléments constitutifs. La qualification juridique de cette notion est pourtant essentielle, car elle entraîne de nombreux effets qui visent à protéger les commerçants¹⁷.

Face à l'apport timide de la jurisprudence sur ce sujet spécifique, certaines tentatives ont été initiées par la doctrine pour définir la notion de fonds de commerce numérique et de ses

¹³ D. Gibirila, « Société, dispositions générales, constitution de la société, apports », *J.-Cl. C. civ.*, LexisNexis, fasc. 11, 2023, § 50.

¹⁴ Req. 1^{er} févr. 1921, S. 1922. 1. 166

¹⁵ R. Hautcœur, *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés, apports en jouissance, apport en travail*, thèse Lille, 1928, p. 60 s.

¹⁶ La loi Pacte a consacré une nouvelle catégorie de biens incorporels. Il s'agit des jetons numériques (art. 85) et la cryptomonnaie (art. 86).

¹⁷ G. Desgens-Pasanau, « Notion de fonds de commerce et internet », *J.-Cl. Entr. Ind.*, LexisNexis, fasc. 1080, 2024, §5.

composantes, mais celles-ci demeurent toujours insuffisantes par rapport au contexte dans lequel évolue ce nouvel actif.

Pour se prévaloir de la qualification de fonds de commerce numérique, l'unanimité de la doctrine s'accorde sur la nécessité de l'existence d'une clientèle virtuelle, satisfaisant à certains critères, notamment le caractère certain, personnel et licite¹⁸.

Cependant, une rude controverse s'est instaurée quant aux éléments essentiels composant le fonds et particulièrement le contrat d'hébergement et le nom de domaine.

11. La possibilité d'apporter un bien ou un droit en société n'est toutefois pas absolue. En effet, la validité de l'apport est conditionnée par son utilité pour la société bénéficiaire de l'apport. Le bien faisant l'objet de l'apport doit être susceptible d'évaluation pécuniaire et participer à la réalisation de l'objet social de la société à laquelle il est apporté¹⁹. À défaut, l'apport est considéré comme fictif.

Ainsi, le principe d'utilité pour la société bénéficiaire est satisfait dès lors que le bien apporté possède une valeur économique non grevée de passif dépassant sa valeur²⁰.

12. Par ailleurs, la notion de valeur est polysémique. Elle emprunte plusieurs sens selon le contexte dans lequel elle est utilisée²¹. Dans le cadre d'un apport en nature, ladite notion puise ses fondements dans l'économie du bien à apporter en société, en référence à son utilité. Celle-ci dépend de la spécificité et des caractéristiques du bien à évaluer, ainsi que des objectifs stratégiques de chaque protagoniste. À cet égard, la doctrine et la jurisprudence estiment que la valeur d'apport doit être aussi proche que possible de la valeur du marché et déterminée selon une approche combinée, marquée à la fois par l'objectivité et la subjectivité. Cependant, dans le contexte particulier de restructuration d'entreprise, l'évaluation du bien ou du patrimoine apporté à la valeur d'utilité s'avère plus appropriée. Celle-ci peut être différente de la juste valeur ou de la valeur vénale²².

En raison des conséquences qu'entraîne la valeur d'un apport en nature sur l'octroi de droits et obligations aux apporteurs, une évaluation préalable doit être menée avec la plus grande

¹⁸ T. Verbiest, « Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? », *CEE*, 2008, étude 10.

¹⁹ R. Besnard Goudet, « Théorie des apports, notion d'apport en société », *J.-Cl. Soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 10-10, 2023, § 4.

²⁰ Le passif peut être réel ou potentiel.

²¹ La valeur peut être une valeur intrinsèque, valeur vénale, valeur du marché, juste valeur...

²² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2018 V. Vénal, p.1055.

prudence, tant des biens apportés que de la société bénéficiaire de l'apport. En effet, celle-ci est sujette à une attention particulière de la part du législateur, afin de limiter les fraudes et abus auxquels elle pourrait conduire.

13. L'apport en nature est donc naturellement rémunéré par des droits sociaux de la société bénéficiaire. Pourtant, ce mode de rémunération ne satisfait plus les attentes des praticiens. Ces insuffisances résultent d'un décrochage entre l'évolution exponentielle de l'économie moderne et l'évolution, à petit pas, de la législation en la matière.

14. La doctrine majoritaire s'accorde à affirmer, malgré tout, que l'apport en nature est nécessairement rémunéré par des droits sociaux²³. En outre, l'apparition des valeurs mobilières donnant accès au capital, acceptées par la COB²⁴, puis par son successeur l'AMF, comme moyen de rémunération²⁵, conduit à discréditer la doctrine antérieure, nonobstant la résistance d'une partie d'entre elle.

15. Traditionnellement, le mode de rémunération d'un apport participe à la formation du capital social et confère à l'apporteur la qualité d'associé de la société bénéficiaire de l'apport, ainsi que les droits et prérogatives liés à cette qualité. À cet égard, le Professeur Viandier a consacré une thèse à la notion d'associé, démontrant que seuls les apporteurs sont parties au contrat de société²⁶.

Cependant, l'évolution du droit positif remet en cause cette connexion traditionnelle²⁷, puisque dans certaines situations particulières, un apporteur en nature ne peut pas revendiquer la qualité d'associé²⁸.

16. L'apport en nature se concrétise par un contrat d'apport qui cristallise l'engagement de l'apporteur à transférer la propriété ou la jouissance d'un bien à la société qui en est bénéficiaire. Cet engagement permet de cerner le contour de l'opération d'apport. De plus, son approbation par l'organe habilité lui confère une force obligatoire dès sa signature par les parties et devient opposable aux tiers dès sa publication.

²³ H. Blaise, *L'apport en société*, thèse Rennes, 1953, p. 13, n° 6 ; H. Azarian, « Constitution de la société, apports », *J.- Cl. Com.*, LexisNexis, fasc. 1005, 2018, § 17.

²⁴ COB, fusionnée en 2003 avec le Conseil des marchés financiers pour former AMF.

²⁵ Chronique AMF, 15 janv. 2004, Bull. AMF, janv. 2004, p. 156.

²⁶ A. Viandier, *La notion d'associé*, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ, 1978, p. 158, n° 160 et s.

²⁷ L'apparente rupture entre le passé et le présent de l'associé, symbolisée par le critère de la propriété, doit être discutée.

²⁸ Ex. : Apport rémunéré par des BSA dont l'option n'a pas été levée.

De surcroît, la convention d'apport en société d'un actif numérique²⁹ doit satisfaire aux obligations conjuguées du Code monétaire et financier et du droit des sociétés. Ainsi, cette convention numérique se matérialise par un smart contrat enregistré obligatoirement sur une blockchain.

17. Les opérations de fusion et de scission participent également à la stratégie de croissance et au renforcement de la capacité concurrentielle des sociétés participantes. Néanmoins, la Cour de cassation estime que la fusion n'est pas réductible juridiquement à un apport³⁰, bien que la doctrine s'accorde sur le fait qu'une fusion ou une scission se concrétisent toujours, en pratique, par des apports en nature³¹.

Les objectifs stratégiques de la fusion sont multiples et variés. Si les motivations à la base d'une telle opération sont quasi similaires, chaque société participante a ses ambitions qui lui sont propres. En principe, la fusion, tout comme la scission, peut résulter d'un choix imposé ou d'un choix voulu.

18. La fusion peut prendre différents aspects, se distinguant selon la logique économique qui la sous-tend. Elle peut être horizontale, verticale ou conglomérat³². Les deux premiers modes de fusion sont les procédés les plus fréquemment employés dans le cadre de la restructuration des entreprises, et qui méritent d'être détaillés.

19. Les fusions horizontales sont celles qui unissent des entreprises opérant dans un même secteur d'activité. Il peut notamment s'agir de la fusion-absorption d'un concurrent, souvent surveillée par l'autorité de la concurrence³³.

20. Les fusions verticales³⁴, quant à elles, consistent à absorber une ou plusieurs sociétés exerçant une activité en amont ou en aval de la filière économique de la société initiatrice.

²⁹ R. Fornasari, « Le contrat de transfert d'un bien moyennant cryptomonnaie, choix et enjeux de la qualification », *HAL Open science*, 24 févr. 2024, n°2.

³⁰ Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726, *Bull. Joly soc.*, n° 02 - p. 122, note M.-L. Coquelet.

³¹ R. Mortier, *op. cit.*, n°5.

³² Dictionnaire Larousse : un conglomérat est un ensemble d'entreprises réunies par des liens juridiques et financiers plus ou moins précis et s'adonnant à des activités très diverses ayant parfois peu de rapport entre elles. Ex : avant son rachat par Vivendi, le groupe Seagram était à la fois présent sur le marché des vins et spiritueux et sur le marché des industries culturelles.

³³ Le rapprochement entre Daimler et Chrysler, Exxon et Mobil Oil, Hewlett Packard et Compaq, Glaxo Wellcome et SmithKline Beecham sont des exemples des opérations de restructuration ayant conduit à une concentration.

³⁴ Ex : le groupe Hachette est à la fois éditeur, distributeur et diffuseur, notamment à travers son réseau « Relais H ».

En outre, une restructuration juridique à la suite d'une acquisition peut avoir d'autres objectifs, tels que la simplification des structures, la mise en adéquation avec la gestion opérationnelle, la réduction des coûts administratifs, la remontée plus rapide des dividendes, l'amélioration des fonds propres, *etc.*

Bien que les avantages d'une opération de fusion soient incontestablement nombreux, certains effets négatifs peuvent être révélés et ne doivent pas être sous-estimés dans toute réflexion précédant ce type d'opération.

21. Ainsi, si l'opération de fusion entre sociétés de capitaux ayant un lien capitalistique et des dirigeants communs est souvent réussie, les conséquences néfastes d'une opération de restructuration externe par voie de fusion entre entreprises sans lien capitalistique sont multiples et variées. Cela peut inclure la résistance des associés minoritaires de la société absorbée, qui se retrouvent, en dépit de leur volonté, associés de la société absorbante, ou encore la dilution du capital de la société prospère, entraînant la baisse de leur bénéfice par action ou part sociale et ainsi le mécontentement de ses associés.

Parmi les autres effets négatifs, on peut notamment citer la perte de profitabilité, le choc des cultures d'entreprises fusionnées, les résistances internes et le risque d'instrumentalisation³⁵. Ces effets peuvent particulièrement jaillir lorsque la fusion suit très rapidement l'acquisition de la société cible.

22. Par ailleurs, certaines contraintes peuvent empêcher la réalisation d'une opération de fusion, notamment lorsque les capitaux propres de l'absorbée ou de l'absorbante sont négatifs. Cette contrainte peut, cependant, être anéantie en présence de plus-values latentes recelées par des actifs, comptabilisés ou non. À ce titre, certaines alternatives peuvent être envisagées pour surmonter cet obstacle. Il s'agit notamment du « coup d'accordéon », de la remise de dette assortie d'une clause de retour à meilleure fortune, et de l'inversion du sens de la fusion, qui peuvent constituer des solutions efficaces.

23. Dans certaines situations, la société absorbante exploite une société qui détient des titres ou des autorisations administratives dont le transfert est impossible en raison de leur caractère *intuitu personae*, voire d'attributs fiscaux, qui seraient perdus en cas de transmission de patrimoine. Ces droits peuvent être préservés en cas de fusion triangulaire à l'envers, une pratique courante dans les fusions internationales.

³⁵ J.-M. Moulin, « Fusion, scission et apport partiel d'actif », *Rev. soc.*, Dalloz, mars 2024, n°1.

Malgré les avantages incontestables de la fusion triangulaire, la définition de la fusion retenue par le Code de commerce empêche la mise en œuvre de cette opération³⁶. En effet, le montage juridique et économique ne permet pas de rémunérer les associés de la société absorbée par des droits sociaux de la société absorbante, alors que la seule rémunération envisageable pour les associés de la société absorbée serait de recevoir des droits sociaux de la société absorbante.

Nonobstant les multiples doléances des juristes et praticiens pour intégrer cette forme de fusion dans le droit interne, le législateur n'a pas donné une suite positive par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 du 24 mai 2023³⁷.

Face à cela, des montages juridiques alternatifs permettant à la société mère d'atteindre son objectif ultime de contrôler la société extérieure au groupe sont alors proposés.

24. A priori, une scission apparaît, de premier abord, comme une opération de division du patrimoine. Elle consiste à scinder une société qui exploite deux ou plusieurs activités non connexes afin de transmettre à chacune des sociétés issues de la scission une activité autonome. Si cette approche est pertinente dans la mesure où la scission s'opère au profit de sociétés nouvellement créées, elle pourrait, à l'inverse, aboutir à une concentration en cas de transmission à des sociétés préexistantes³⁸.

Ainsi, l'opération de scission 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'activité qu'elle a développées dans des structures juridiques différentes. Par ailleurs, les règles juridiques relatives à la fusion s'étendent également à la scission, par renvoi de l'article L. 236-19 du Code commerce, avec quelques particularités, notamment en matière de solidarité et de répartition du patrimoine entre les sociétés issues de la scission.

Cette analyse est également transposable aux opérations d'apport partiel d'actifs lorsqu'elles portent sur un ensemble de biens constituant une universalité de biens.

25. L'apport partiel d'actifs constitue l'une des formes de restructuration des sociétés de capitaux les plus prisées. Ce type d'apport présente l'intérêt d'être soumis soit au régime de

³⁶ O. Diaz, commentaire dans la lettre des Juristes d'Affaires N°1339 du 26 février 2018.

³⁷ Ordonnance portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales.

³⁸ Ex : une société qui dispose d'un patrimoine composé d'un bien immobilier et deux activités sans liens de connexité peut à travers une scission apporter le bien immobilier à une société tandis que les deux autres activités sont transmises à deux autres sociétés.

droit commun³⁹, soit, sur option des parties, au régime juridique des scissions, qui lui confère un caractère universel. Ces deux réalités sont consacrées par la définition apportée par l'article L. 236-27 du Code de commerce.

Le choix de ce mode d'apport dépend des motivations spécifiques des parties à l'opération. En pratique, cette stratégie est usuellement prise par les groupes de sociétés afin de filialiser des succursales ou de séparer des activités indépendantes, mais exploitées par une seule personne morale. C'est dans ce cadre qu'un auteur estime que l'apport partiel d'actifs peut être « *le moyen d'autonomiser une branche d'activité qui sera dès lors mieux valorisée* »⁴⁰.

À titre d'illustration, une société exerçant plusieurs activités et envisageant, dans une perspective d'élague, la cession de l'une d'entre elles peut recourir au montage juridique de l'apport partiel d'actifs afin de filialiser cette activité au sein d'une société autonome, avant de procéder à la cession des titres composant son capital social⁴¹.

En outre, l'apport partiel d'actifs peut également être employé comme une technique pour nouer une coopération entre deux sociétés non soumises à un contrôle exclusif⁴². Ce montage permet à chacune de ces sociétés d'apporter une branche d'activité similaire ou complémentaire à une filiale commune⁴³.

26. La particularité des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs réside dans la transmission universelle du patrimoine objet de l'apport. Celle-ci, étant le résultat d'une disposition légale, intervient de plein droit et concerne tous les actifs, passifs, droits et obligations qui appartenaient à la société absorbée ou scindée, y compris ceux qui n'auraient pas été spécialement visés par le traité de fusion ou de scission.

Cependant, bien que ce principe de transmission universelle soit impératif, il peut faire l'objet de certaines exceptions légales ou conventionnelles.

³⁹ Suppose l'application d'un certain nombre de règles particulières propres à la nature des éléments apportés.

⁴⁰ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 275.

⁴¹ L'apport partiel d'actifs facilite la cession d'une branche d'activité intégrée, tout en conservant les autres activités. La cession d'un ensemble d'actif peut être qualifiée juridiquement et fiscalement comme une cession de fonds de commerce, dont le régime légal ne permet pas, en principe la transmission de plein droit des créances, dettes et contrats qui lui sont attachés. Par ailleurs, les biens immobiliers, non intégrés dans le fonds de commerce doivent faire l'objet de cession à titre d'actif isolé.

⁴² Le contrôle exclusif de droit est défini par le CRC 99-02 § 1002 : lorsque la société détient 50%+1 des droits de vote en assemblées.

⁴³ Ex : en 2016, les groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne, avaient chacun réalisé des apports partiels d'actifs des activités de banque de financement, d'investissement et de services à une filiale commune « Natixis ».

27. Lors d'une opération de scission, le patrimoine de la société scindée est réparti entre les sociétés issues de la scission. Toutefois, cette répartition n'est pas totalement libre.

En vertu du traité de scission, les branches d'activités sont réparties entre les sociétés issues de la scission, et les dettes ainsi que les obligations doivent être transférées à la société bénéficiaire ayant recueilli la portion du patrimoine à laquelle ces dettes sont rattachées.

28. Par ailleurs, dans l'état actuel des textes en vigueur, la transmission universelle attachée à l'apport partiel d'actifs, volontairement placé sous le régime des scissions, continue de diviser la doctrine. La définition apportée par l'article L. 236-27 ne délimite pas les contours des actifs ou des passifs susceptibles d'être rattachés à l'activité faisant l'objet de l'apport. De surcroît, la survivance de la société apporteuse après le déstagement d'une ou de plusieurs activités au profit d'autres sociétés de capitaux ne fait que nourrir les débats doctrinaux au regard de l'universalité de patrimoine.

Certains auteurs considèrent que l'apport doit nécessairement concerner une branche d'activité, une notion inconnue du droit des fusions. D'autres auteurs, en revanche, estiment que l'apport doit être constitutif d'une branche complète d'activité au sens du droit fiscal, tandis qu'un autre courant doctrinal a adopté une position médiane et a toléré que l'apport portant sur un ou plusieurs éléments d'actif, même isolés, qu'ils aient ou non un lien de connexité, et auxquels un passif peut être corrélé peut être soumis librement, par les parties, au régime des scissions⁴⁴.

Dans ce contexte, la jurisprudence⁴⁵ a pris une position plus claire et a fait référence à la notion d'universalité de biens, notion bien connue des juristes. Cette notion laisse observer que l'apport partiel d'actifs est composé nécessairement d'éléments d'actif et de passif ayant un lien de connexité, et que les premiers répondent des seconds⁴⁶.

L'article L. 236-27 du Code de commerce, sans faire mention de la notion de branche d'activité, définit l'apport partiel d'actifs comme l'opération par laquelle une société « *apporte une partie de son actif et, le cas échéant, une partie de son passif à une ou plusieurs sociétés existantes ou*

⁴⁴ Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, « Les conditions de la soumission de l'apport partiel d'actif au régime juridique des scissions », *Bull. Joly soc.*, n°07 et 08, p. 55, 2022, n°2.

⁴⁵ Cass. 2e civ., 12 juill. 2001, n° 98-10444, *Bull. civ. II*, n° 137; Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-15595.

⁴⁶ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, *op. cit.*

nouvelles ». À travers cette nouvelle définition modernisée, la notion jurisprudentielle de transmission universelle de patrimoine est alors consacrée⁴⁷.

Toutefois, le débat n'est pas définitivement clos. La rédaction actuelle de l'article L. 236-27 laisse place à une très large interprétation. Plusieurs questions demeurent encore sans réponses et feront l'objet de cette étude. Les parties peuvent-elles exclure un passif, même s'il est corrélé à l'universalité des biens apportés ? L'inclusion d'un actif ou d'un passif non rattaché à l'universalité des biens est-elle possible ? Un actif isolé peut-il constituer une universalité de biens ? Les réponses à ces interrogations trouvent leurs prémisses dans l'analyse de la notion d'entreprise.

29. Pour identifier avec exactitude la notion d'entreprise, un auteur a justement énoncé dans sa thèse que *« sans doute, c'est par le biais du sujet de droit qui l'exploite que l'on arrive à la concevoir. Ainsi, qu'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 »*⁴⁸.

L'apport de l'universalité des biens satisfait aisément au critère de l'entreprise tel que défini par l'auteur. En effet, l'activité apportée continue son exploitation normalement dans la nouvelle structure juridique.

30. En raison de l'échange de titres indissociablement lié à l'opération de fusion ou de scission, les associés de la société absorbée ou scindée deviennent, *ipso facto*, associés de la société absorbante ou nouvelle, sans obstacle ni autres formalités. Tout autre mode de rémunération des associés de la société absorbée semble exclure la qualification de fusion ou de scission, ce qui soulève des interrogations quant à la nature des opérations envisagées.

Il nous semble également pertinent de s'interroger sur la possibilité d'une rémunération des associés de la société fusionnée ou scindée par des VMDAC. Contrairement à l'apport en nature à titre particulier, la rémunération de l'apport à titre universel par des actions ou parts sociales s'impose de manière impérative.

De plus, en raison du caractère irréversible des opérations de fusion ou de scission, le législateur s'attache à garantir leur pérennité en restreignant les causes de nullité et en instaurant un délai

⁴⁷ La confirmation de l'effet de TUP se trouve aussi dans les nouveaux articles L. 236-29 et L. 236-30 qui envisagent la transmission d'un passif à la société bénéficiaire.

⁴⁸ D. Ahoua, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse Bordeaux, 2015, n°7.

de prescription abrégé. En effet, la loi ne prévoit que deux cas de cause de nullité⁴⁹. Il s'agit de la nullité de la délibération de l'une des assemblées ayant approuvé l'opération ou le défaut de dépôt de la déclaration de conformité. De surcroît, la priorité est accordée à la régularisation du vice susceptible d'entraîner l'annulation, lorsque cette régularisation est possible. Ainsi, l'action en nullité est prescrite dans un délai de six mois à compter de la date d'approbation de l'opération. Ces mêmes dispositions législatives s'appliquent aux opérations d'apport partiel d'actifs soumis au régime juridique de scission. En revanche, la nullité d'une opération d'apport en nature à titre particulier est intentée dans les conditions de droit commun.

31. La présente étude sera ainsi limitée aux sociétés de capitaux ayant l'une des formes juridiques mentionnées à l'annexe II de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017, relative à certains aspects du droit des sociétés. En droit français, il s'agit des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions simplifiées. Cependant, il convient de préciser que notre étude ne traitera pas les aspects fiscaux et notamment les obligations en matière d'imposition et de taxation prévues par le CGI.

32. Notre étude portera donc sur les opérations ayant pour effet le transfert d'une partie ou de la totalité du patrimoine d'une personne morale à une autre, que cela soit à titre particulier ou universel. Nous nous concentrerons notamment sur l'apport, d'un ou plusieurs actifs isolés, placé sous le régime de droit commun, ainsi que sur les opérations de fusion, scission et apport partiel d'actifs.

33. Nul doute que les opérations d'apport d'un ou plusieurs actifs en société, à titre particulier ou universel, ou encore que dans le cadre de la fusion et la scission, ont déjà fait l'objet d'abondantes études qui ont nettement contribué à alimenter la doctrine. Cependant, certaines zones d'ombre touchant certains aspects juridiques ou certaines situations particulières inhabituelles n'ont été abordées que timidement ou d'une manière égarée par la doctrine.

À cet égard, deux constats préalables sur l'étendue de notre étude doivent être évoqués, à savoir la définition complexe et diversifiée de la notion d'apport en nature, d'une part, et les complexités juridiques inhérentes aux opérations de fusion et de scission, souvent peu explorées par la doctrine, d'autre part.

De prime abord, que faut-il entendre par « apport en nature » ? Lorsque cette notion est évoquée, on fait de toute évidence référence à l'apport en pleine propriété d'un bien classique isolé, tel

⁴⁹ C. com. art. L. 235-8.

qu'une voiture, un appartement ou une machine. Néanmoins, il serait réducteur de limiter les biens susceptibles d'être apportés en société à cette simple catégorie. En réalité, la qualification de l'actif apporté pose parfois des difficultés, ce qui affecte subséquemment le contexte juridique applicable au cas d'espèce. Il est donc manifeste que la complexité traduite par la diversification des droits et actifs susceptibles d'apport en société, corrélée par le régime sous lequel est placée l'opération, recèle des difficultés majeures auxquelles nous tenterons de répondre à travers cette étude.

Par ailleurs, l'évolution de la diversité des biens susceptibles d'être apportés en société et de l'assortiment des modes de rémunération développés au cours de la dernière décennie a rendu obsolètes la contribution d'une partie importante de la jurisprudence et de la doctrine antérieure. De ce fait, un renouvellement du contour juridique de l'apport en nature s'impose.

Ensuite, la fusion comme la scission comportent nécessairement des opérations d'apport en nature, mais dont la transmission est réalisée à titre universel. Ces opérations de restructuration d'entreprises recèlent également des complexités juridiques faiblement explorées par la doctrine. En effet, la réalisation de certaines de ces opérations de restructuration soulève des problématiques délicates. Bien que la doctrine ait proposé diverses interprétations et solutions, celles-ci semblent souvent en décalage avec l'esprit du législateur, ce qui entraîne la réticence des sociétés de capitaux à y recourir. On peut évoquer, à titre d'illustration, l'impossibilité de réaliser certaines opérations de fusion dites triangulaire, nonobstant les intérêts indéniables qu'elle procure aux sociétés pour préserver les attributs des sociétés cibles. La doctrine s'est limitée à revendiquer la consécration de ce type de fusion, sans pour autant fournir de réponse concrète sur les modalités de réalisation d'une telle opération. Le même constat se fait remarquer dès lors que les capitaux propres de l'une des sociétés participantes à l'opération de fusion ou opérations assimilées sont négatifs.

De même, d'autres opérations ne sont traitées par la doctrine que timidement ou ont fait l'objet d'interprétations non corroborées par d'autres sources de droit. On peut citer, à titre d'exemple, la scission partielle, la possibilité d'opter pour le régime de scission dans le cadre de l'apport d'un actif isolé, ou encore l'apport d'un actif ou d'un fonds de commerce numérique.

34. Compte tenu des considérations précédemment exposées, il ressort que la problématique centrale de notre étude réside dans la manière de garantir la sécurité juridique des opérations d'apport en nature, qu'elles soient effectuées à titre particulier ou dans le cadre de fusion et

opérations assimilées, tout en surmontant les incertitudes et les obstacles juridiques auxquels elles sont confrontées.

C'est dans ce sillage qu'il apparaît nécessaire de procéder à un examen approfondi du contour juridique de ces opérations. À ce titre, nous nous attacherons, d'une part, à confronter l'apport en nature de droit commun à celui effectué dans le cadre de la fusion et opérations assimilées, et d'autre part, à identifier les contraintes qui entravent leur réalisation. Il s'agira également de souligner les insuffisances de la doctrine en la matière et de proposer des solutions adéquates pour la réalisation de telles opérations.

35. L'enjeu de cette recherche paraît donc désormais bien cerné. Toutes les interrogations relatives à l'apport en nature, quelles qu'en soient les modalités de réalisation, nécessitent un examen approfondi.

La démarche adoptée consistera donc à proposer une meilleure sécurité juridique lors de la réalisation d'une opération de restructuration par voie d'apport en nature dans tous ses aspects. Notre étude examinera ainsi les obstacles juridiques entravant la réalisation de telles opérations, à l'issue de laquelle nous proposerons des montages juridiques permettant de les contrecarrer.

La contribution de nos travaux résidera également dans l'examen critique de l'état actuel de la doctrine, en vue d'en relever les lacunes et d'apporter des solutions adaptées. Notre proposition s'articulera sur une analyse juridique de l'apport en nature selon deux axes. Dans un premier temps, nous étudierons le régime de droit commun de l'apport en nature (**Partie 1**), avant de se pencher sur les apports effectués dans le cadre de la fusion et opérations assimilées (**Partie 2**).

Cette analyse nous permettra de mettre en lumière les insuffisances et contraintes qui affectent de telles opérations, afin de proposer tout au long de notre étude, des solutions que nous qualifions de plus adaptées.

PARTIE 1 : L'APPORT EN NATURE A TITRE PARTICULIER : ENJEUX ET CONSÉQUENCES

36. Le Professeur Paillusseau a défini le droit comme une science d'organisation⁵⁰. Pour Le Professeur Didier, le contrat d'organisation « *crée entre les parties les conditions d'un jeu de collaboration où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents* ». Le contrat de société s'inscrit dans cette définition⁵¹, soulignant le particularisme de sa nature qui rejaillit sur la qualification du lien que la société entretient avec ses associés⁵².

La création d'une société, par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, répond au besoin d'organisation d'une activité ou d'un patrimoine.

Une « société » renvoie, en effet, à une fiction légale⁵³. L'article 1832 du Code civil considère qu'il s'agit d'un contrat en vertu duquel une ou plusieurs personnes conviennent « *d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie* »⁵⁴ en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Il ressort de cette définition que la mise en commun d'apports constitue l'une des conditions essentielles du contrat de société⁵⁵. Cette mise sociale peut s'effectuer en numéraire, en industrie ou en nature.

37. L'apport en nature est celui qui porte sur des biens autres que numéraires. Il permet d'affecter à une société des biens utiles pour la réalisation de son objet social et de son développement. L'intérêt social se trouve au cœur de l'utilité de l'actif apporté (**Titre 1**). La valeur de l'apport produit des vicissitudes qui rythment l'activité d'une société dont le capital social est l'un des concepts clés (**Titre 2**).

⁵⁰ J. Paillusseau, Le droit est aussi une science de l'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques), La revue des sciences de gestion, éd. Direction & Gestion n° 284, droit et management, 1989, p.73.

⁵¹ P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in L'avenir du droit, Mél.F. Terré, 1999, Dalloz, PUF, J.- Cl., p. 635.

⁵² C. Coupet, « La notion d'associé », J.-Cl. com., LexisNexis, fasc. 1090, 2023 § 3.

⁵³ S. Braudo, Société, Définition In Dictionnaire du droit privé.

⁵⁴ C. civ. art. 1832.

⁵⁵ Cass. civ., 20 juill. 1908, DP 1909. 1. 93 ; Cass. req., 15 déc. 1920, S. 1920. 1. 17, note G. Bourcart.

TITRE 1 - L'APPORT EN NATURE ET PRÉÉMINENCE DE L'INTÉRÊT SOCIAL

38. Le Professeur Paillusseau considère que l'intérêt social doit se comprendre comme l'intérêt des personnes tirant un revenu de la société⁵⁶.

La notion de l'intérêt social, reposant sur la somme des intérêts des associés, n'est pas démontrée. En effet, les débats autour de la raison d'être de la société devraient renforcer ce constat⁵⁷ affirmant la prééminence de l'intérêt supérieur de la société tout en reconnaissant les intérêts des associés, susceptibles d'être invoqués⁵⁸. Ainsi, l'apport en société d'un droit ou d'un bien, par un ou plusieurs associés, à la constitution ou en cours de vie sociale, influe considérablement sur cette notion.

Dans les sociétés de capitaux, l'enjeu de l'intérêt social revêt une importance accrue puisque les droits sociaux remis aux associés au titre de rémunération de leurs apports servent de clé de répartition, entre eux, des droits et prérogatives attachés à la qualité d'associé.

Dans le cadre d'une opération d'apport en nature, la prééminence de l'intérêt social se manifeste à travers l'utilité du bien apporté pour la réalisation de son objet social, d'une part, et par une juste rémunération de l'apporteur, d'autre part.

39. À cet égard, en l'absence de définition légale de l'apport en nature, différents paradigmes théoriques sont souvent utilisés pour appréhender cette notion (**Chapitre 1**). Par ailleurs, la nature contractuelle du contrat d'apport en nature renvoie à l'accord formel régissant cette opération. En effet, ce contrat établit les termes et conditions de l'apport, décrivant les biens qui seront transférés à la société bénéficiaire, et en contrepartie desquels l'apporteur reçoit des droits sociaux. Cette convention précise également les droits et obligations de chaque partie, les modalités de transfert de propriété et de jouissance, ainsi que les recours éventuels en cas de non-respect des engagements contractuels.

Ainsi, afin d'assurer la protection des intérêts des parties impliquées dans la convention d'apport, il est nécessaire d'analyser les implications juridiques de ce contrat ainsi que les conditions qui régissent sa formation et son exécution (**Chapitre 2**).

⁵⁶ J. Paillusseau, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, « Dz.them.sirey », 1967, 200.

⁵⁷ D. Poracchia, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *Bull. Joly soc.*, 2019, n° 06, p. 40.

⁵⁸ I. Cade, « L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance », *Management & Sciences Sociales*, n° 13, ISTEC, Juill.-Déc. 2012, p.19.

CHAPITRE 1 - LES PARADIGMES DE L'APPORT EN NATURE

40. La mise sociale représente l'essence de toute société⁵⁹. L'article 1832 du Code civil réaffirme cette importance en définissant l'apport comme l'une des conditions indispensables du contrat de société⁶⁰.

L'apport en société ne fait pas l'objet de définition légale. Cependant, le droit positif considère qu'il s'agit de l'opération juridique matérialisée par le contrat en vertu duquel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux⁶¹. L'affectation consiste donc à subir les aléas et le risque social. En effet, le seul véritable élément qui perdure pendant toute la durée de vie de la société est le risque de perte en capital que l'associé accepte de courir⁶².

Par conséquent, il est nécessaire d'examiner l'étendue de la notion d'apport en nature (**Section 1**), avant d'analyser ses effets sur le capital social (**Section 2**).

Section 1 - La notion d'apport en nature

41. L'apport en capital désigne l'objet de l'apport⁶³ qui constitue une fonction économique en ce qu'il permet la mise à disposition à la société d'un bien ou d'un service⁶⁴ nécessaire à la réalisation de son activité sociale.

La notion d'apport en nature est régie par les dispositions de l'article 1843-3 du Code civil dans ses alinéas 1, 2 et 3. Ainsi, il convient d'étudier le contexte juridique de la notion (**I**), avant d'appréhender l'interconnexion entre l'apport en nature et la qualité d'associé (**II**).

I- Contexte juridique de la notion d'apport en nature

42. L'apport en société s'impose à tous les associés des sociétés dotées de la personnalité morale, tout comme celles qui en sont dépourvues, en l'occurrence, les sociétés en

⁵⁹ G. Tonnellier, *Apport en nature dans les sociétés par actions*, thèse Faculté de droit de Paris, 1884, p.9.

⁶⁰ Cass. civ. 20 juill. 1908, *DP* 1909. 1. 93 ; Cass. req., 15 déc. 1920, *S.* 1920. 1. 17, note G. Bourcart.

⁶¹ C. Barrillon, *Le critère de la qualité d'associé Étude en droit français des sociétés*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016, p. 80, n° 96 ; S. Docq, *Essai sur le renouveau de la notion d'apport en droit des sociétés*, thèse Paris1 Panthéon sorbonne, 2015, n° 35 p. 50 ; B. Petit, *Droit des sociétés*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 25 s.

⁶² J. Ledan, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Sociétés*, 2010, étude n° 14.

⁶³ H. Blaise, *L'apport en société*, thèse Rennes, 1953, n° 3, p. 4.

⁶⁴ M.-J. Cambacédès, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc.*, 1976, p. 431.

participation⁶⁵ et les sociétés créées de fait⁶⁶. Il en va de même pour les sociétés unipersonnelles dans lesquelles l'apport en société effectué par l'associé unique est affecté à la réalisation de l'objet social. Les travaux préparatoires de la loi du 11 juillet 1985⁶⁷ considèrent qu'il s'agit de l'affectation des biens à une activité économique réalisée par une seule personne⁶⁸.

Afin de fournir une analyse complète de la notion d'apport en nature, il est nécessaire d'aborder, de prime abord, les concepts généraux qui la sous-tendent (1), avant d'examiner ses limites subséquentes (2).

1) Concepts généraux de l'apport en nature

43. Afin d'explorer les concepts généraux de la notion d'apport, il est essentiel d'analyser sa nature juridique et jurisprudentielle (a), avant d'étudier plus précisément la catégorisation et la classification juridique de l'apport en nature (b).

a) Nature juridique et jurisprudentielle de l'apport en nature

44. Afin d'assurer le financement de l'activité sociale, sans pour autant assumer l'effet des aléas sociaux susceptibles d'impacter la valeur des titres de capital, les associés peuvent mettre des fonds à la disposition de la société sous forme d'avance en compte courant d'associés.

La distinction entre l'avance en compte courant d'associés et l'apport en capital repose, en principe, sur la volonté de la société et de l'associé quant à l'affectation des fonds apportés. Ceux-ci peuvent être affectés soit au capital social, en contrepartie duquel l'apporteur reçoit des droits sociaux, soit en compte courant d'associés, ce qui lui confère la qualité de créancier social⁶⁹.

⁶⁵ Cass. com., 10 nov. 1954 ; J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, t. 1, vol. 2, 2e éd. Dalloz, 1980, n° 508.

⁶⁶ Cass. com., 26 oct. 1981, *JCP* 1982. IV. 27 ; Cass. com., 18 déc. 1990, n° 89-15.838, *Bull. Joly* 1991. 326, note B. Saintourens ; Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590, *JCP E* 1991. 61, n° 4, obs. A. Viandier et J. Caussain ; S. Vacrata, *la société créée de fait, Essai de théorisation*, thèse Paris 12, 2002, n° 108 s.

⁶⁷ Les travaux préparatoires de la loi du 11 juill. 1985 modifiant la définition de l'article 1832 du Code civil en instituant la société unipersonnelle.

⁶⁸ J-P Legros, « Nullités des sociétés, causes de nullité », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 32-20, 2006 § 187, J.-J. Paillusseau, *Le droit moderne de la personnalité morale*, *RTD civ.* 1993, p. 705, n° 27.

⁶⁹ Cass. com., 15 juill. 1982, *Rev. soc.*, 1983.75, note J.-P. Sortais.

45. La doctrine évoque à cet égard, le terme de « quasi-apports »⁷⁰. À notre sens, cette assimilation n'est justifiée que si les fonds apportés sont bloqués en haut de bilan⁷¹. Lorsqu'ils émanent de dirigeants sociaux ou d'associés qui détiennent le contrôle de la société, ces apports sont assimilés à des capitaux propres⁷².

Contrairement à l'apport en capital, remboursable uniquement lors de la dissolution de la société après règlement de tous les créanciers, les conditions de remboursement des avances en compte courant d'associés sont souvent précisées, soit dans les statuts, soit dans une convention passée entre l'associé prêteur et la société⁷³. À défaut de telles stipulations, l'associé peut exiger à tout moment le remboursement du solde créditeur de son compte courant⁷⁴.

Toutefois, les statuts peuvent valablement soumettre le remboursement du CCA à certaines conditions, pourvu qu'elles ne dépendent pas exclusivement d'une décision émanant de la société débitrice⁷⁵.

46. La libération de titres de capital nouvellement émis par compensation d'une créance en compte courant d'associés détenue sur la société n'est explicitement prévue que pour les sociétés anonymes. Cependant, une telle possibilité reste ouverte aux autres sociétés de capitaux, sauf dans les cas où les statuts ou l'assemblée générale ayant décidé l'augmentation de capital l'excluent⁷⁶.

Pour être incorporée au capital par compensation, la créance de l'associé doit être, en principe, certaine, liquide et exigible⁷⁷. En l'absence de ces conditions, la technique de l'apport en numéraire devrait être écartée. Seul l'apport en nature est alors envisageable⁷⁸.

⁷⁰ M. Geninet, « Les quasi-apports en société », *Rev. soc.*, 1987, p. 25.

⁷¹ Lorsque la durée du prêt est inférieure à un an, le CCA renvoie à un passif circulant, compte 4551 « Associés ». Lorsque la durée du prêt dépasse une année, le CCA doit être comptabilisé en haut de bilan, Compte 1681 « Autre emprunt » (au lieu du compte 4551 « Associés »).

⁷² CA Grenoble, 11 janv. 1966, obs. C. Champaud, *RTD com.* 1967. 788 ; D. Danet, « Comptes courants d'associés, pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD com.*, 1993,01, p. 55.

⁷³ *Mémento Sociétés Commerciales*, F. Lefèbvre, « Mémento pratique », 2024, n° 1945.

⁷⁴ Cass. 3e civ. 3 févr. 1999, n° 97-10.399 *RJDA* 8-9/99 n° 936 ; Cass. com., 24 juin 1997, n° 95-20.056, *RJDA* 11/97 n° 1349.

⁷⁵ Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-14.734 F-D, *RJDA* 5/17 n° 337 ; Cass. com., 9 oct. 2007, n° 06-19.060, *RJDA* 1/08 n° 41 ; CA Paris 12 déc. 2007 n° 05-1594, *RJDA* 5/08 n° 526.

⁷⁶ CA Aix-en-Provence, P.3, Ch.3, 3 mars 2022, n° 19/01925, *BRDA* 2022, n° 11, inf. 4 ; *Bull. Joly soc.*, 2022. 40, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2022. Comm. 96, note J.-P. Legros ; *RTD com.* 2022. p599, obs. A. Lecourt.

⁷⁷ C. civ. art. 1347-1.

⁷⁸ I. Urbain-Parléani, *Les comptes courants d'associés*, thèse Paris 1, 1984, n° 648 s.

En présence d'une convention de blocage, la créance en CCA n'est pas exigible et fait, par conséquent, obstacle à la compensation de la libération d'apport⁷⁹. Cependant, un apport en nature est possible⁸⁰.

47. Nature juridique de l'opération d'apport - Le contrat de société est un acte juridique opposable aux associés dès sa signature et aux tiers dès son immatriculation⁸¹. Par son adhésion à l'acte sociétaire, chaque associé est placé « *dans une situation contractuelle composée de droits et obligations* »⁸² envers la société. La première obligation de l'associé envers cette dernière, consiste dans son engagement d'apport, comme prescrit par l'article 1843-3, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose que « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter [...]* ». Il est, en effet, communément admis de définir l'apport comme « *les biens affectés à l'exploitation commune en contrepartie de titres sociaux* »⁸³.

48. La caractéristique essentielle de l'apport réside dans l'attribution de droits et prérogatives à l'associé en contrepartie de son apport⁸⁴. Quant à la société, elle considère que ses associés sont les seuls bénéficiaires des prérogatives sociales, tant politiques que financières⁸⁵. Ainsi, les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports. L'article L. 225-122 du Code de commerce établit expressément ce principe pour les sociétés par actions. Cependant, ce principe n'a pas vocation à s'appliquer aux actions de préférence émises par les SA⁸⁶. Il ne s'applique également pas aux SAS⁸⁷, en raison du caractère contractuel de cette forme juridique qui permet de prévoir une répartition des droits de vote totalement détachée des participations au capital, sous réserve de préserver, à chaque associé, le droit de participer aux décisions collectives⁸⁸.

⁷⁹ F. Vinckel, « Comptes courants d'associés », *J.-Cl. Soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 36-20, 2024, § 90.

⁸⁰ I. Urbain-Parléani, thèse préc., n° 648 s.

⁸¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés* 35^e éd p. 4 n° 12.

⁸² G. Wicker et J.-Ch. Pagucco, *Rép. civ. Dalloz, Personne morale*, n° 94.

⁸³ M. Germain, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18^e éd. 2002, n° 1056-49 ; Lefebvre, F. (2023). *Mémento sociétés commerciales* ([Éd.] à jour au 1er août 2023). Éditions Francis Lefebvre.

⁸⁴ H. Blaise, thèse préc., p. 13, n° 6.

⁸⁵ C. civ. art. 1832-2, al. 2.

⁸⁶ C. com. art. L. 228-11 et s.

⁸⁷ G. Goffaux-Callebaut, « Apport », *Rev. soc.*, nov. 2023, n° 198.

⁸⁸ Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; *D.* 2008. 47, note Y. Paclot ; *JCP E* 2008. 1280, *RTD com.* 2007. 791, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *JCP E* 2007. 2433, note A. Viandier ; *JCP* 2008. I. 147, n° 8, obs. J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *RTD com.* 2008. 566, obs. C. Champaud et D. Danet.

49. Exigences légales et jurisprudentielles - Aux termes de l'article 1832 du Code civil, l'apport représente l'un des éléments essentiels et indispensables du contrat de société⁸⁹. La Haute juridiction a adopté cette position en jugeant qu'« *aux termes des articles 1832 et 1833 [...] l'élément fondamental et nécessaire de tout contrat de société, civile ou commerciale, est la mise en commun d'une chose dont la propriété passe de la main de chaque associé dans la personne morale de la société [...]* »⁹⁰. Ce texte a érigé l'apport comme condition invariable de l'acte fondateur⁹¹. La doctrine a également confirmé la position de la jurisprudence et a affirmé que le contrat de société exige « *des apports réciproques en vue de la constitution d'un fonds social* »⁹². Il découle de cette analyse qu'à défaut d'apport ou en présence d'apports fictifs⁹³, la société est considérée comme fictive et est donc frappée de nullité⁹⁴ sur le fondement de l'article 1844-10 du Code civil. Le caractère indispensable de l'apport, dans les contrats de société, est donc réaffirmé⁹⁵.

Néanmoins, cette cause de nullité propre au droit français s'avère incompatible avec les dispositions du législateur européen, qui énumère limitativement les causes de nullité des contrats de société⁹⁶.

50. En effet, l'énonciation limitative des causes de nullité par l'article 11 de la première Directive du 9 mars 1968 et par l'article 12 de la directive n° 2009/101/CE du 16 septembre 2009, s'opposent à la nullité des sociétés de capitaux pour défaut d'apport.

⁸⁹ Cass. civ., 20 juill. 1908, *DP* 1909. 1. 93 ; Cass. req., 15 déc. 1920, *S.* 1920. 1. 17, note G. Bourcart ; F. Dannenberger, « Droit général des sociétés, Apports en nature et en industrie », *J.-Cl. Not. Form.* LexisNexis, fasc. C-30, 2018, n° 2.

⁹⁰ Cass. req., 6 avr. 1853, *D. P.*, I, p. 193 ; Cass. req., 11 mai 1857, *D.P.*, I, p. 303 ; Cass. civ., 20 juill. 1908, *DP* 1909, 1, p. 93.

⁹¹ C. Barrillon, th. préc., p.119, n° 173.

⁹² H. Blaise, thè. préc., n° 13 s. ; Ch. Lyon-Caen, L. Renault et A. Amiaud, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 1926, 5e éd. t. 2, vol. 1, , n° 14 s.

⁹³ J. Escarra, E.Escarra et J. RAULT, *Les sociétés commerciales*, t. 1, éd. Sirey, 1950, p. 410, n° 355.

⁹⁴ Cass. com., 6 oct. 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 453 ; Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1974, *bull. civ. I*, n° 198 ; Cass. com., 22 juin 1999, n° 98-13.611, *Bull. Joly soc.*, 1999, p. 978, note A. Couret. ; CA Paris, 1er déc. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 48, obs. Th. Bonneau.

⁹⁵ Cass. com., 18 juin 1974, n° 73-10.862, *Bull. civ. IV*, n° 199 ; Cass. 3e civ., 19 juin 1996, n° 94-11.300, *BRDA* 1996, n° 13, p. 5 ; *JCP E* 1996, I, n° 589, p. 391, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc.*, 1996, p. 917, note P. Le Cannu ; T. com. Honfleur, 20 nov. 1970, *D.* 1971, comm. 55 ; *JCP* 1971, II, 16 628 ; *Rev. soc.*, 1971, p. 179, note J. Hémard ; CA Amiens, 30 avr. 1975, *RJ com.* 1978, p. 310.

⁹⁶ Dir. Cons. CE, n° 68/151/CEE, 9 mars 1968, JOCE 14 mars 1968, n° L 65, p. 8.

Cette exclusion traduit la volonté du législateur européen d'assurer la protection des intérêts des tiers⁹⁷. La directive européenne encadre ainsi les cas de nullité pour les sociétés de capitaux, tel que son considérant n° 10 en dispose⁹⁸. Se pose alors la question du positionnement du législateur européen quant au caractère indispensable des apports dans les sociétés de capitaux. L'article 12 iii de cette directive délivre un aiguillage à ce sujet. En effet, ce texte précise que parmi les cas de nullité des sociétés de capitaux figurent « *l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social* »⁹⁹.

Dès lors, selon le législateur européen, seule l'absence de mention de l'apport dans l'acte de constitution constitue une cause de nullité.

Au regard de la prééminence du droit communautaire sur le droit interne français, la Cour de cassation, par un arrêt du 10 novembre 2015¹⁰⁰, s'est alignée sur la position adoptée par la CJUE dans l'arrêt Marleasing¹⁰¹, en affirmant que le défaut d'apport n'est plus considéré comme une cause de nullité d'une société.

51. Légitimité juridique de l'apport - L'apport en société renvoie au contrat en vertu duquel l'associé ou le candidat à cette qualité apporte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de droits sociaux¹⁰². Dans sa thèse consacrée à cette notion, le Doyen Blaise définit

⁹⁷ Dir. n° 2009/101/CE, du 16 sept. 2009, considérant n° 2.

⁹⁸ Dir. n° 2009/101/CE, op. cit., considérant n° 10 : « *il est nécessaire, en vue d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés, de limiter les cas de nullité ainsi que l'effet rétroactif de la déclaration de nullité [...]* ».

⁹⁹ Dir. n° 2009/101/CE, op. cit., art. 12 b- iii.

¹⁰⁰ Cass. civ. Ch. com., 10 nov. 2015, n° 14-18.179; la Cour énonce : « *1°) Alors que la nullité d'une société peut résulter d'une disposition expresse du livre II du code de commerce ou des lois qui régissent la nullité des contrats ; qu'il en est ainsi lorsque l'objet réel de la société est illicite,...*

2°) Alors que la nullité d'une société peut être prononcée en cas de fraude à laquelle ont concouru tous les associés... ».

¹⁰¹ Arrêt Marleasing rendu par la CJCE le 13 nov. 1990, dispose « *qu'il résulte des dispositions des articles 1833 et 1844-10 du Code civil, qui doivent, en ce qui concerne les causes de nullité des sociétés à responsabilité limitée, être analysées à la lumière de l'article 11 de la Directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, repris à l'article 12 de la Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 novembre 1990, que la nullité d'une société tenant au caractère illicite ou contraire à l'ordre public de son objet doit s'entendre comme visant exclusivement l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts* ».

¹⁰² C. civ. art. 1443-3.

l'apport en société comme « *la mise en commun d'un bien moyennant l'attribution à l'apporteur de droits sociaux* »¹⁰³.

Dans le même sens, pour le Professeur Mortier, « *l'apport en société est l'opération synallagmatique, à titre onéreux, par laquelle une personne apporte un bien à une société qui, en contrepartie, émet à son profit des droits sociaux lui conférant la qualité d'associé* »¹⁰⁴.

De même, selon Houpin et Bosvieux, « *tout apport en nature implique [...] nécessairement l'attribution d'actions de capital [...] donnant droit à une fraction quelconque des bénéfices sociaux* »¹⁰⁵.

Ces définitions mettent en exergue que l'attribution, à l'apporteur, de titres de capital de la société bénéficiaire en rémunération de son apport constitue la clé de voûte de la validité de l'apport en nature. Son assimilation à une vente est ainsi remise en cause¹⁰⁶, telle qu'il a été constamment affirmé par la Haute juridiction¹⁰⁷.

b) Catégorie et classification juridique de l'apport en nature

52. Les modalités de libération de l'apport en nature sont déterminées par l'article 1843-3 du Code civil. Celles-ci se réalisent par le transfert d'un droit réel ou personnel et par sa mise à disposition effective à la société¹⁰⁸. Cependant, certains apports soulèvent des questionnements quant à leur qualification eu égard à leur caractère ambigu. Comment peut-on qualifier, par exemple, le contrat d'apport d'un master franchise ? Quelle différence existe-t-il entre l'apport d'un usufruit et l'apport en usufruit ?

53. Les catégories d'apports en société - L'article 1843-3 du Code civil distingue trois types d'apports en société : les apports en numéraire, en nature et en industrie. Ce dernier type d'apport ne participe pas au capital social.

¹⁰³ H. Blaise, thèse préc., p. 13, n° 6.

¹⁰⁴ R. Mortier, *op. cit.*, n° 1.

¹⁰⁵ C. Houpin, et H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, Sirey, 1937, 7e éd. t. 1, p. 839, n° 690.

¹⁰⁶ H. Blaise, thèse préc., p. 140, n° 95.

¹⁰⁷ Cass. com., 9 juin 2004, *JurisData* n° 2004-024036 ; *Bull. Joly* 2004, p. 1405, note J.-J. Barbiéri ; *D.* 2004, somm. p. 2405, obs. B. Mallet-Bricourt et N. Reboul-Magnin ; Cass. com., 6 avr. 1993, *JurisData* n° 1993-001168 ; Defrénois 1993, art. 3637.

¹⁰⁸ R. Besnard Goudet *op. cit.*, § 31.

54. L'apport en numéraire - Selon le Professeur Lecourt, les apports en numéraire « correspondent à l'apport d'une somme d'argent et représentent l'assise fondamentale du financement de l'activité sociale »¹⁰⁹.

À notre sens, cette définition ne nous paraît pas réaliste, puisque certains apports qualifiés d'apports en numéraire n'assurent pas un renflouement effectif de la trésorerie de la société. Il s'agit de l'augmentation de capital soit par incorporation au capital de primes et réserves, soit par compensation d'une créance en compte courant d'associés.

55. Incorporation des primes et réserves - L'augmentation de capital par incorporation des réserves et primes se matérialise par un jeu d'écritures comptables. Aucun flux de trésorerie n'est constaté et le montant des capitaux propres n'est pas affecté. Par conséquent, tous les associés se voient attribuer des titres gratuits proportionnellement à leur participation dans le capital social. La valeur des anciens titres est ainsi diluée.

56. Apport en compte courant d'associé - La créance en compte courant d'associés est un prêt consenti, au cours de la vie sociale, par l'associé à la société, à charge pour celle-ci de le rembourser dans les conditions prévues par les parties ou à tout moment si la créance est consentie pour une durée indéterminée. Cette créance peut également servir pour la libération de l'apport souscrit en numéraire. L'article L. 225-128 du Code de commerce dispose en ce sens que « les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission. Ils sont libérés soit par apport en numéraire y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société »¹¹⁰.

Ainsi, la libération de l'apport s'opère par un simple jeu d'écriture comptable en reclassant la créance en compte courant d'associés au poste de capital social. À la différence de l'incorporation des réserves et primes, seul l'associé titulaire du compte courant d'associés peut faire l'apport en capital.

57. L'apport en nature - L'apport en nature est défini comme « l'apport d'un bien autre que l'argent ou en industrie »¹¹¹. Selon le Professeur Besnard Goudet, « l'apport doit être déterminé c'est-à-dire susceptible d'évaluation pécuniaire, possible et licite, et la société à laquelle est effectué l'apport doit pouvoir tirer parti du bien qui lui est apporté »¹¹².

¹⁰⁹ A. Lecourt, « Capital social », *Rev. soc.*, déc.2023, n° 41.

¹¹⁰ C. com. art. L225-128.

¹¹¹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 1970 ; A. Lecourt, « Apport », *Rev. soc.*, Juill. 2024, n° 531.

¹¹² R. Besnard Goudet, *op. cit.*, n° 4.

De son côté, le Professeur Marmayou estime qu'en raison du « *principe d'utilité gouvernant les apports en société, il est possible d'apporter en société tout ce qui peut être utile à la réalisation de son objet social. De manière générale, tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation et a une valeur économique peut être apporté en société* »¹¹³.

58. Les catégories d'apport en nature - Il est communément admis par la jurisprudence et la doctrine que l'apport en nature peut être effectué en propriété, qui peut être démembrée, ou en jouissance.

Chacune de ces catégories d'apport possède ses spécificités eu égard au droit des contrats et au droit des sociétés.

59. L'apport en pleine propriété d'un bien constitue une aliénation à titre onéreux. Il se traduit par le transfert à la société des biens apportés et par la mise de ces biens à la disposition effective de la société¹¹⁴.

Le transfert de propriété implique la sortie du bien apporté du patrimoine de l'associé apporteur¹¹⁵ qui intègre celui de la personne morale bénéficiaire¹¹⁶ avec tous les droits et obligations accessoires. À titre d'exemple, l'apport d'un immeuble entraîne le transfert de l'action en responsabilité décennale¹¹⁷. De même, l'apport d'un fonds de commerce engendre le transfert de la créance de non-concurrence¹¹⁸. Ainsi, selon la Professeure Magnier, les règles applicables, en termes de transmission de garantie et de risques, sont identiques à celles gouvernant l'apport en propriété¹¹⁹.

De surcroît, l'évaluation d'un apport prend en considération les droits accessoires liés au bien apporté et les conditions ou restrictions qui lui sont attachées. Ainsi, la valeur d'un fonds de commerce intégrant une clause de non-concurrence diffère de celle d'un fonds de commerce dépourvu de cette clause.

¹¹³ J.-M. Marmayou, *op. cit.*, n° 012.

¹¹⁴ C. civ. art. 1843-3, al. 2.

¹¹⁵ Cass. req., 23 févr. 1891, S. 1892, I, p. 73, note E. Meynial.

¹¹⁶ M.-J. Cambassédès, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc.*, 1976, p. 448, n° 24.

¹¹⁷ Cass. 3e civ., 23 mars 1968, D. 1970, *jurispr.* p. 663, note Ph. Jestaz.

¹¹⁸ R. Mortier, *op. cit.*, n° 66.

¹¹⁹ V. Magnier, *Droit des sociétés*, Dalloz, « Cours », 11^e éd., 2024, n° 54.

60. L'apport en usufruit tend à se développer dans les sociétés de capitaux¹²⁰. À la différence de l'apport en jouissance, cet apport implique le transfert à la société bénéficiaire d'un droit réel. Celle-ci bénéficie de prérogatives lui permettant d'user de la chose et d'en percevoir les fruits.

De même, l'apport d'usufruit d'un bien à une société, préalablement propriétaire de la nue-propriété, lui permet de réunir la pleine propriété dans l'actif de la société bénéficiaire et de simplifier la répartition du pouvoir entre usufruitier et nu-propriétaire.

Ce type d'apport n'est toutefois pas sans risque pour la société qui en est bénéficiaire, et particulièrement si ce droit lui est apporté pour une courte durée. En effet, une fois que l'usufruit prend fin, la société perd le droit d'exploitation sur le bien, ce qui peut effectivement mettre en péril la continuité de son activité, surtout si ce bien est crucial à la réalisation de son objet social. La société devra ainsi prévoir une alternative pour continuer à exploiter ce bien ou réorganiser son activité en fonction de la perte de ce droit d'usage¹²¹.

61. L'apport en nue-propriété d'un bien est également envisageable¹²². La nue-propriété a, en effet, une valeur patrimoniale certaine même si, pendant la durée de l'usufruit, le bien apporté ne produit pas de bénéfices au profit de la société. En effet, cette catégorie d'apport n'est pas sans utilité pour les sociétés de capitaux, puisque'elle offre à la société qui en est bénéficiaire la possibilité de détenir le bien démembré en pleine propriété, à l'extinction de l'usufruit.

62. L'apport en jouissance, quant à lui, n'implique pas le transfert de propriété du bien apporté à la société. L'apporteur conserve la propriété du bien apporté et peut, en principe, récupérer son bien en cas de dissolution de la société puisqu'il n'entre pas dans le patrimoine de cette dernière¹²³. Un auteur considère à juste titre qu'« *au rebours de l'apport en propriété, celui-ci soustrait le bien remis à la société au droit de gage général des créanciers sociaux, car l'apporteur en jouissance conserve la propriété du bien apporté* »¹²⁴. Par conséquent, les

¹²⁰ R. Mortier et H. Hovasse, « L'usufruit de droits sociaux », *actes prat. ing. sociétaire*, LexisNexis, mai-juin 2009, dossier 3.

¹²¹ Ex. : Apport en société de l'usufruit d'un fonds de commerce pour une durée de cinq ans. Dès lors que la société n'exploite que ce fonds de commerce, l'arrêt de son activité est imminent.

¹²² Cass. 2e civ., 18 janv. 2001, *JurisData* n° 2001-007838 *Bull. Joly*, oct. 2001, p. 1030, (Pour un apport en nue-propriété à une société en formation) ; Cass. 3e civ., 20 déc. 2000, n° 98-19.343 et n° 99-10.338, *JurisData* n° 2000-007487 ; *Bull. Joly* 2001, p. 305, note H. Le Nabasque (pour l'apport en nue-propriété de deux immeubles).

¹²³ R. Besnard Goudet, *op. cit.* § 69.

¹²⁴ N. Peterka, « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Defrénois* 30 oct. 2000, p. 1137, n° 1

créanciers de la société ne peuvent pas se désintéresser sur ce bien. En revanche, si la jouissance porte sur des choses fongibles, la société devra restituer l'équivalent en termes de quantités et de valeur¹²⁵.

Par ailleurs, pour être valable, la jouissance doit non seulement être réelle et effective, mais également permettre la réalisation de l'objet social de la société qui en est bénéficiaire.

Cette analyse permet de distinguer l'apport en propriété de l'apport en jouissance.

63. Le Professeur Binctin remet en cause cette présentation traditionnelle « *sous une forme binaire opposant apport en propriété et apport en jouissance* »¹²⁶. En effet, l'auteur propose une classification plus appropriée, à notre sens, opposant les apports en nature constitutifs et les apports en nature translatifs. Selon cet auteur, l'apport constitutif fait naître, au bénéfice d'une société, un droit nouveau, réel ou personnel, en contrepartie duquel l'apporteur perçoit des titres de capital de la société bénéficiaire¹²⁷. À ce titre, l'auteur considère que l'apport constitutif de droits réels comprend, notamment, l'apport en usufruit, l'apport d'un droit d'usage ou encore l'apport d'une emphytéose, tandis que l'apport constitutif de droits personnels concerne les apports en jouissance.

En effet, selon le même auteur, l'apport translatif de droits réels vise toutes les hypothèses d'apport en société d'un droit de propriété détenu par l'apporteur. Il vise également la situation où l'apporteur transfère à la société, en contrepartie de parts sociales, un usufruit préexistant qu'il détenait sur le bien d'autrui¹²⁸.

En revanche, l'apport translatif de droits personnels concerne tous les apports de créances. L'apport translatif peut également porter sur un contrat. En effet, selon le Professeur Marmayou, cet apport « *visé les situations dans lesquelles l'apporteur transfère à la société la position contractuelle qu'il occupait par l'effet d'un contrat antérieur conclu avec un tiers. Il vise donc les hypothèses où la société acquiert l'ensemble des droits et obligations dont était titulaire l'apporteur* »¹²⁹.

À notre sens, la classification proposée par le Professeur Binctin cerne toutes les situations d'apports possibles à l'heure actuelle. La différence entre l'apport d'un usufruit et l'apport en

¹²⁵ C. civ. art. 1843-3 al. 4.

¹²⁶ N. Binctin, « La classification juridique des apports en nature », *Rev. soc.*, 2009, p.517, n° 3.

¹²⁷ N. Binctin, *op. cit.*, p.517, n° 29-30.

¹²⁸ N. Binctin, *op. cit.*, p.517, n° 41.

¹²⁹ J.-M. Marmayou *op. cit.*, n° 130.

usufruit est, enfin, clairement distinguée. Ainsi, l'apport d'un usufruit est un apport translatif d'un droit réel existant. En revanche, l'apport en usufruit est un apport constitutif. Dans ce dernier cas, selon un auteur, « *l'apporteur (propriétaire) organisant un démembrement réel sur un de ses biens. Il est normal dès lors que le régime juridique de cet apport soit défini au regard d'intérêts des règles communes de la constitution d'usufruit (C. civ., art. 578 et s.) et non par analogie avec le contrat de vente* »¹³⁰.

2) Limites de la notion d'apport en nature

64. Pour qu'un actif puisse être valablement apporté en société, il doit nécessairement permettre l'enrichissement du patrimoine de la société bénéficiaire et participer à la réalisation de son objet social. En effet, afin de cerner les limites de la notion d'apport, il est nécessaire de définir la notion de fictivité de l'apport en nature (a), avant d'examiner les restrictions liées à la liberté d'apport en nature (b).

a) La notion de fictivité de l'apport en nature

65. L'apport en nature doit être effectif et avoir une valeur positive et certaine. Il doit également être susceptible d'exploitation commerciale et utile au développement de la société bénéficiaire. En effet, dès lors que la société ne peut tirer de l'apport aucun avantage direct ou indirect, cet apport présente un caractère fictif¹³¹.

66. L'apport fictif est nul et peut entraîner la nullité de la société. Cette nullité est, cependant, écartée dans les sociétés de capitaux¹³² dès lors qu'elle ne figure pas dans l'énumération de l'article 11 de la directive 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017¹³³.

67. Entre fictivité et réalité de l'apport - Le contrat d'apport doit nettement identifier les éléments constitutifs de l'actif apporté, lesquels doivent être évalués à la valeur réelle. Il doit, en outre, décrire toutes les dettes grevant cet actif, lesquelles sont à prendre en charge par la société bénéficiaire. Nonobstant leur existence physique, certains apports en nature sont qualifiés par la jurisprudence d'apports fictifs.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 48.

¹³² *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 89 137 s ; CJCE, 5e ch., 13 nov. 1990, n° C-106/89, *Bull. Joly soc.*, févr. 1991, n° 59, p. 190, *Bull. Joly soc.*, févr. 1991, n° 41, p. 123, note B. Saintourens, *RJDA* 1/91, n° 80 ; *Rev. soc.*, 1991, p. 532, note Y. Chaput, *JCP G* 1991, II, 21 658 ; CA Paris, 3e ch. C, 21 sept. 2001, *Bull. Joly soc.*, mai 2002, n° 139, p. 626, note M. Menjucq ; *Dr. et patr.* n° 106, juill-août 2002, p. 103, obs. D. Poracchia ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 78, obs. Th. Bonneau ; *JCP E* 2002, 256 ; *RJDA* 6/02, n° 641.

¹³³ Dir. (UE) 2017/1132, 23 juin 2017, du Parlement européen et du Conseil.

68. Passif grevant l'actif entraînant une valeur de l'actif net négative - La valeur de l'actif net apporté doit être positive afin de permettre l'émission des droits sociaux, à due concurrence, en rémunération de l'apporteur.

Par un arrêt très ancien, il a ainsi été jugé que « *ne pouvait être considéré comme fictif un apport évalué sur la base d'un inventaire dressé régulièrement et de bonne foi d'après les livres comptables des apporteurs, même si cet apport a été fait à charge pour la société de payer le passif le grevant, dès lors que les apporteurs n'ont reçu en rémunération que l'équivalent de la valeur de l'apport, déduction faite du passif* »¹³⁴.

Tel qu'il a été réitéré par d'autres jurisprudences, l'apport en société d'un actif grevé de passif est licite, à condition toutefois, que celui-ci n'absorbe pas la totalité de la valeur de l'actif apporté¹³⁵. En outre, celui-ci ne doit en aucun cas être négatif sous peine d'être qualifié d'apport fictif¹³⁶.

La doctrine, de son côté, rejoint la position de la jurisprudence. Dans ce sens, le Professeur Besnard Goudet qualifie l'apport en nature de réel et sérieux dès lors que la valeur de l'actif apporté, déduction faite du passif, présente un solde positif¹³⁷.

Ainsi, lorsque le passif pris en charge est supérieur à la valeur vénale de l'actif apporté, l'apporteur apporte en réalité un passif net. En principe, celui-ci doit être enregistré au passif du bilan avec la constatation, en contrepartie, d'une charge exceptionnelle, ce qui va réduire, à due concurrence, le montant des capitaux propres. Cet apport conduit donc à l'appauvrissement de la société, rendant impossible l'émission de droits sociaux pour le rémunérer.

69. Majoration frauduleuse - L'apport d'un bien en société doit être effectué à sa juste valeur. L'apport frauduleusement majoré donne une image trompeuse du patrimoine de la société bénéficiaire de cet apport. En effet, les fournisseurs, les banques et les tiers pourraient être incités à accorder un crédit à la société, alors qu'ils sont privés d'une garantie sur laquelle ils étaient en droit de compter pour le recouvrement de leurs créances potentielles.

Cependant, il convient de distinguer la majoration frauduleuse de l'actif apporté, qualifié d'apport fictif, de la surévaluation, qui consiste à conférer à l'apport une valeur exagérée. La

¹³⁴ T. com. Seine, 28 juill. 1887, *Journ. sociétés* 1888, p. 445.

¹³⁵ Cass. civ. 22 févr. 1892, *DP* 1894. 1. 147 ; Riom, 22 nov. 1928, et T. com. Toulouse, 19 déc. 1929, *DP* 1930. 2. 121, note P. Pic.

¹³⁶ Cass. Com., 18 juin 1974, n° 73-10.862, *Bull. civ. IV*, n° 199, *Bull. Joly* 1974. 709.

¹³⁷ R. Besnard Goudet, *op. cit.* § 39.

surestimation d'un apport ne constitue pas une cause de nullité¹³⁸, sauf en cas de dol ou de fraude¹³⁹.

À cet égard, la Haute juridiction a qualifié de majoration frauduleuse les apports en nature grevés de dettes dissimulées¹⁴⁰. En effet, la valeur de l'actif net apporté était largement inférieure à la valeur des titres émis en rémunération de ces apports. Le capital social est ainsi partiellement fictif à hauteur de la dette dissimulée.

Par ailleurs, la jurisprudence constante qualifie de fictif l'apport en société d'un actif évalué à un montant frauduleusement majoré¹⁴¹.

70. Apport sans valeur ou d'une valeur insignifiante - Un apport constitué de biens sans valeur ou de valeur insignifiante est considéré comme fictif. De même, un bien ayant une valeur économique importante, mais ne procurant aucun avantage à la société, est également assimilé à un apport fictif. Cette absence d'avantage peut être due à plusieurs raisons : le bien peut être grevé d'un passif considérable, ne pas appartenir à l'apporteur, ou être inutile à la réalisation de l'objet de la société.

71. Apport grevé de sûreté réelle - Sauf clause contractuelle contraire, l'apport d'un actif grevé d'une sûreté réelle, tel qu'un nantissement ou une hypothèque, est conditionné par l'adhésion du créancier bénéficiaire de la sûreté à l'acte d'apport, ainsi que par la prise en charge de la dette par la société bénéficiaire de cet apport.

Ainsi, la valeur de la sûreté grevant le bien apporté doit être prise en considération lors du processus d'évaluation et ne doit pas posséder une valeur dépassant celle du bien apporté.

Dans ce sens, il a été jugé fictif l'apport d'un droit au bail, faisant partie d'un fonds de commerce nanti, pour garantir une créance atteignant presque le triple de la valeur de

¹³⁸ T. com. Paris, 24 juin 1974, *RJ com.* 1977. 157, note E. du Pontavice.

¹³⁹ Cass. 3e civ., 20 déc. 2000, n° 98-19.343 et 99-10.338, *Bull. civ.* III, n° 200 ; *Bull. Joly* 2001, n° 305, note H. Le Nabasque.

¹⁴⁰ Cass. com., 03 juill. 1968, n° 66-14.315.

¹⁴¹ CA Versailles, 9e ch. corr., 26 févr. 2003, *JurisData* n° 2003-231736. Par cet arrêt, il a été jugé, en effet, que l'apport d'un fonds de commerce évalué à 5 000 000 F, alors qu'il avait été acquis quelques mois plus tôt à 70 000 F, entraîne la majoration frauduleuse du patrimoine de la société. Ceci engendre comme conséquence, l'émission de titres de capital fictifs en rémunération de cet apport.

l'apport¹⁴². De même, les juridictions considèrent comme fictif l'apport d'un immeuble grevé d'hypothèques qui absorbent sa valeur estimative et entraînent l'expropriation de la société¹⁴³.

Sont également réputés fictifs, par exemple, bien qu'existant réellement, les apports de dix terrains contigus, à charge pour la société de payer les indemnités de résiliation des baux et le prix des terrains aux vendeurs, en raison de l'absence de plus-value découlant de la réunion de ces terrains¹⁴⁴.

Toutefois, l'apport d'un immeuble hypothéqué n'est pas considéré comme fictif, dès lors que les engagements hypothécaires ne frappent qu'une partie de la valeur vénale de l'immeuble et que la société n'a pas pris l'engagement d'acquitter le passif garanti¹⁴⁵.

72. Bien payé par la société elle-même - L'apporteur doit être titulaire d'un droit réel ou personnel sur le bien qu'il prévoit d'apporter en société et qu'il a acquis préalablement par ses propres deniers. De ce fait, l'apport ayant pour objet un bien qui doit être payé par les fonds propres de la société, alors même que l'apporteur est rémunéré en contrepartie de cet apport par des titres de capital, est réputé fictif¹⁴⁶.

Dans le même ordre d'idées, l'apport payé par un emprunt consenti à la société a été qualifié, par la Haute juridiction, d'apport fictif¹⁴⁷. Bien que cette décision concerne les sociétés civiles, elle semble, à notre sens, transposable aux sociétés de capitaux.

73. Le droit comptable offre davantage d'éclairage sur la fictivité de ce genre d'apport. En effet, le plan comptable général impose que l'apport d'un bien à une société de capitaux soit enregistré, à la valeur d'apport, en compte d'actif approprié. En contrepartie, sont enregistrés au passif du haut de bilan les droits sociaux émis et attribués à l'apporteur. L'équilibre bilanciel prévu par le principe de la partie double est ainsi respecté.

¹⁴² T. com. Honfleur, 20 nov. 1970, *D.* 1971, somm. p. 55 ; *JCP G* 1971, II, 16 628, note P. Rousseau ; *Rev. soc.*, 1971, p. 179, note J. Hémard.

¹⁴³ Cass. req., 4 juin 1887, *Rev. soc.*, 1887, p. 421 ; CA Douai, 6 août 1903, *DP* 1907, 2, p. 377 ; CA Montpellier, 18 nov. 1964, *D.* 1965, somm. p. 56.

¹⁴⁴ Cass. req., 14 juin 1887, *S.* 1887, 1, p. 407 ; *DP* 1887, 1, p. 417 sur pourvoi CA Paris, 26 nov. 1885, *S.* 1887, 2, p. 17.

¹⁴⁵ Cass. civ., 22 févr. 1894, *DP* 1894, 1, p. 147.

¹⁴⁶ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 67.

¹⁴⁷ Cass. 3^e civ., 19 juin 1996, n° 94-11.300, *JurisData* n° 1996-002710 ; *JCP G* 1996, I, 3980 et *JCP E* 1996, 589, J.-J. Caussain et A. Viandier ; *Bull. Joly* 1996, p. 917, note P. Le Cannu.

Cependant, si la société est tenue de payer la valeur de cet actif, elle doit l'enregistrer à son passif en tant que dette fournisseur. Les titres de capital ne peuvent donc être émis, sous peine d'être considérés comme fictifs.

74. Apport libéré par un tiers - Chaque associé est tenu de réaliser un apport en numéraire ou en nature. Comme évoqué précédemment, les apports en nature sont constitués par les biens dont les associés transfèrent la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie desquels ils reçoivent des titres de capital. Le moyen de financement du bien apporté est sans incidence sur la validité de cet apport et sur la qualité d'associé de l'apporteur, dès lors que la société bénéficiaire ne le prend pas en charge. Dans ce sens, la Cour de cassation a affirmé que l'apport d'un associé qui a été libéré par les fonds d'une tierce personne n'est pas fictif¹⁴⁸. Bien que cette décision concerne l'apport en numéraire, elle semble, à notre sens, transposable à l'apport en nature.

75. Apport soumis à une condition potestative – L'apport en société peut être soumis à une condition suspensive dont la réalisation ne doit pas dépendre de la seule volonté de l'apporteur, sous peine d'être qualifié d'apport fictif. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a retenu « *qu'équivalait à un apport fictif, celui qui devait être versé dans la caisse sociale sur appel de fonds du conseil d'administration, alors qu'il apparaissait que l'apporteur s'était réservé, par des manœuvres frauduleuses, la majorité au sein du conseil afin d'être en mesure de décider lui-même s'il convenait de demander ou non le versement des apports* »¹⁴⁹.

b) Les limites à la liberté d'apport en nature

76. L'apport d'un bien ne s'assimile pas à une vente. En effet, si la cession entraîne le paiement du prix de vente, la rémunération de l'apport ne peut être effectuée que par des titres de capital de la société bénéficiaire. D'ailleurs, l'intention de l'apporteur n'est pas d'encaisser le prix de vente, mais d'acquérir la qualité d'associé dans la société bénéficiaire de cet apport.

Par l'effet de l'opération d'apport, la société bénéficiaire recueille le bien apporté et se substitue à l'apporteur sans formalités particulières. Ce transfert s'impose de plein droit aux cocontractants. Cependant, ce principe connaît des exceptions qui peuvent limiter l'effet de l'automatisme de l'apport d'un bien en société¹⁵⁰. Il peut s'agir notamment d'une restriction

¹⁴⁸ CA Paris, 23 mai 2003 n° 02-14421, *RJDA* 1/04 n° 54.

¹⁴⁹ Cass. 1e civ. 18 juin 1974, *Bull. civ.* I n° 198.

¹⁵⁰ Y. Cheminade, « La nature juridique de la fusion », *RTD com.*, 1970, p. 15 ; G.-J. Martin, « La notion de fusion », *RTD com.*, 1978, p. 269.

résultant d'une disposition légale ou conventionnelle, ou encore de la nature du bien ou du contrat¹⁵¹. Pour certains contrats spéciaux, la loi intervient pour neutraliser les clauses restrictives de transfert dans le cadre d'une opération d'apport. Tel est particulièrement le cas des clauses interdisant le transfert d'un bail commercial ou d'un fonds de commerce.

77. La clause restrictive de transfert doit être explicite et préciser exactement la restriction en cas d'apport en société. Dans ce sens, la Cour de cassation considère qu'un apport n'est pas une « cession »¹⁵² et refuse d'étendre une clause de préemption à un apport en société. La Haute juridiction a ainsi estimé que le juge du fond a violé l'article 1134 du Code civil en concluant que l'apport litigieux, ayant abouti à un transfert à titre onéreux, constituait une cession au sens de la clause de préemption. Une telle cession aurait dû faire l'objet d'une notification préalable pour permettre aux parties d'exercer leurs droits.

La jurisprudence statue de manière similaire pour les clauses d'agrément¹⁵³, notamment dans le cadre d'une fusion, une décision que nous estimons transposable à l'opération d'apport en nature.

78. S'agissant de la restriction issue d'un pacte de préférence, il a été jugé par une Cour d'appel que *« parce qu'il limite la liberté de disposer des biens qui en sont l'objet, le pacte de préférence doit s'interpréter restrictivement, et le « promettant » demeure libre de passer tous autres actes que la vente envisagée par le pacte, fussent-ils des actes translatifs de propriété comme l'apport en société »*¹⁵⁴.

En effet, si la préférence a été consentie en des termes clairs et précis, et ne vise que les cas de vente ou de cession, le promettant n'enfreint pas son engagement en réalisant un apport en société. Par conséquent, l'action en nullité intentée contre l'apport en société doit être rejetée¹⁵⁵.

¹⁵¹ M. Petot-Fontaine, « Sociétés à responsabilité limitée, fusions et scissions, Apport partiel d'actif », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 79-10, 2017 § 82.

¹⁵² Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.037, F-P+B ; *JurisData* n° 2009-050882 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 64, note M.-L. Coquelet.

¹⁵³ Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20.966, FS-D, *JurisData* n° 2008-042784 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 74, note R. Mortier.

¹⁵⁴ CA Montpellier, 1re ch. A, 5 avr. 2018, n° 13/05631.

¹⁵⁵ Cass. com., 31 mai 2005, n° 02-18.547 F-P+B ; *Juris-Data* n° 2005-028698 ; Cass. 1re civ., 5 mars 1951, *JCP* 1951, II, 6496, note J.-C. Laurent ; CA Paris, 27 juin 1949, *JCP* 1950, II, 5648 ; *D.* 1949, p. 537.

En revanche, si le droit de préférence a été stipulé pour s'exercer en cas d'apport en société, la convention d'apport change de nature et doit plutôt être qualifiée de promesse d'apport sous condition¹⁵⁶.

II- Les conséquences de l'apport en nature : l'acquisition de la qualité d'associé

79. Traditionnellement, la qualité d'associé est liée à l'obligation d'apport **(1)**. Cependant, cette relation apparaît désormais obsolète. Plus encore, le risque inhérent à l'apport constitue une condition essentielle à la qualité d'associé **(2)**.

1) La connexion traditionnelle de l'apport et la qualité d'associé

80. Bien que l'apport figure parmi les conditions essentielles requises pour se prévaloir de la qualité d'associé, celui-ci s'avère insuffisant **(b)**. En effet, il existe d'autres critères cruciaux qui permettent d'identifier le titulaire des prérogatives sociales **(a)**.

a) Les conditions requises pour se prévaloir de la qualité d'associé

81. La qualité d'associé suppose la réalisation d'un apport en capital¹⁵⁷. Elle se confond alors avec la qualité d'apporteur. Il convient donc de définir cette notion dont l'identification conditionne certaines prérogatives politiques et financières.

Considérant la diversité des difficultés rencontrées dans la pratique, définir la notion d'associé par référence à un critère unique paraît inadapté. La jurisprudence et la doctrine ont tenté de définir cette notion à l'aide de critères multiples et variés, dont le choix dépend de la situation présentée.

82. Se pose alors la question de savoir si la promesse d'apport suffit pour se prévaloir de la qualité d'associé. Le Professeur Viandier répond par l'affirmative, en s'appuyant à la fois sur les dispositions de l'article 1843-3 du Code civil. Ce texte énonce explicitement que « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». Il est donc clairement établi qu'une simple promesse d'apport suffit à faire acquérir la qualité d'associé¹⁵⁸. La jurisprudence adopte également cette position en admettant qu'un apport en nature puisse être effectué après le début d'activité d'une société

¹⁵⁶ P. Voirin, « Le Pacte de préférence », *JCP* 1954, I, n° 1192.

¹⁵⁷ Cass. req., 6 avr. 1853, *DP* 1853, I, p. 193.

¹⁵⁸ A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1978, n° 231 s.

créée de fait¹⁵⁹. La solution nous paraît transposable pour les sociétés de capitaux. La qualité d'apporteur est, en effet, indépendante de la libération de l'apport.

En revanche, le non-respect d'une promesse d'apport ne constitue pas une cause de nullité de la société, mais de résolution du contrat de société pour inexécution¹⁶⁰.

83. Au vu de l'imprécision de ses contours, la notion d'associé n'est pas dénuée d'enjeux pratiques, d'autant plus que le législateur ne la définit pas expressément. L'identification de l'associé s'avère, dans des situations particulières, d'une importance cruciale, notamment pour faire peser sur lui une obligation, le priver d'exercer un droit ou encore pour apprécier en sa personne la satisfaction d'une condition¹⁶¹.

L'associé peut principalement être défini comme le propriétaire de titres de capital. Cependant, dans certaines situations conflictuelles, le recours au critère de la propriété ne suffit pas pour identifier l'associé. En effet, lorsqu'il est saisi, le tribunal recherche si les parties au litige peuvent être qualifiées de parties au contrat de société ou encore si elles ont exercé un droit d'intervention dans les affaires sociales¹⁶². Toutefois, pour certains auteurs, le critère de titularité du droit d'intervention aux affaires sociales paraît insuffisant pour caractériser la qualité d'associé, puisque cette prérogative n'est pas réservée uniquement aux associés.

84. La diversité des éléments d'identification, mis en exergue par certains auteurs pour conceptualiser la notion d'associé, n'a cependant pas permis de cerner toutes les situations complexes, et particulièrement lorsque les droits attachés au titre de capital sont dissociés.

L'analyse des textes législatifs conduit à affirmer que le propriétaire des titres de capital est considéré comme celui ayant la qualité d'associé, seul titulaire du droit d'intervention dans les affaires sociales. Ce droit peut être transféré à celui qui acquiert les droits sociaux du propriétaire initial¹⁶³.

¹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1965, n° 64-10.834, *D.* 1966, somm., p. 70.

¹⁶⁰ J. Honorat, « Les nullités de constitution de sociétés », *Defrénois*, 1998, art. 36706, p. 8.

¹⁶¹ Lorsque les textes se réfèrent aux associés.

¹⁶² Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12.118, *JurisData* n° 1986-701264 ; *Bull. civ.* IV, n° 116.

¹⁶³ M. Buchberger, *Le contrat d'apport*, thèse Panthéon-Assas, 2011, n° 5 et 101 s. ; J. Prieur, S. Schiller, Th. Revet et R. Mortier, « L'usufruit de droits sociaux, quelle place pour la liberté contractuelle ? » *JCP N* 2010, n° 23, 1221 ; C. Coupet, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, LGDJ, 2015, n° 69 et s. ; A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, thèse Paris 1 panthéon sorbonne, 2012, n° 59 s.

Cependant, le Professeur Barrillon¹⁶⁴ a démontré que le critère de la propriété comporte des limites, puisqu'il existe certaines situations particulières dans lesquelles le propriétaire des droits sociaux n'est pas associé¹⁶⁵.

En plus de la propriété des droits sociaux, le juge peut, dans certaines situations conflictuelles, recourir à d'autres critères pour identifier l'associé. Ainsi, il peut retenir la qualité de partie au contrat de société.

b) L'apport, élément essentiel, mais insuffisant pour se prévaloir de la qualité d'associé

85. La notion d'associé se déduit de la définition de la société¹⁶⁶, fondée sur la réunion des trois éléments découlant de l'article 1832 du Code civil¹⁶⁷ auxquels s'ajoute un critère supplémentaire, l'*affectio societatis*.

Certains auteurs considèrent que ces critères ont perdu, d'un point de vue théorique, de leur pertinence au fur et à mesure que les caractéristiques de la société se sont émoussées¹⁶⁸. En effet, le critère de pluralité d'associés connaît des exceptions avec l'apparition des sociétés unipersonnelles (EURL, SASU), remettant en cause la notion de mise en commun.

86. L'*affectio societatis* est défini par la jurisprudence comme « la volonté de collaborer sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun »¹⁶⁹. Ce critère s'avère peu tangible dans les sociétés cotées, où la partie flottante est émiettée entre plusieurs actionnaires qui sont souvent de simples spéculateurs. L'*affectio societatis* accuse, alors, un certain déclin, remettant en question sa pertinence avec l'émergence des sociétés unipersonnelles.

¹⁶⁴ C. Barrillon, th. préc., p. 431, n° 734.

¹⁶⁵ C. Coupet, « La notion d'associé », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 1090, 2023, n° 28.

¹⁶⁶ A. Viandier, *op. cit.*, n° 2 ; Lyon-Caen Ch. et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. 2, LGDJ, 4e éd. 1908, n° 11 et s., spéc. n° 13.

¹⁶⁷ Les trois critères fixés par l'article 1832 du code civil sont, la pluralité d'associés, l'apport et la vocation aux bénéfices et aux pertes.

¹⁶⁸ P. Le Cannu « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly soc.*, 01 sept. 2012, p. 672, n° 09 ; J. Ledan, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* 2010, étude 17.

¹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2010, n° 08-13.200, *JurisData* n° 2010-051159 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 83, note M.-L. Coquelet ; *Bull. Joly soc.*, mai 2010, p. 448, note J. Vallansan ; *RTD civ.* 2010, p. 306, note J. Hauser ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008, n° 07-13.043, *JurisData* n° 2008-046130 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 45, note M.-L. Coquelet ; Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1995, n° 93-19.449, *JurisData* n° 1995-002133 ; *Bull. civ. I*, n° 320 ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 4, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590, *Juris-Data* n° 1991-000550 ; *JCP E* 1991, p. 61, note A. Viandier et J.-J. Caussain.

87. De plus, le critère de la vocation aux bénéfices n'est pas toujours adapté, puisque de nombreux associés peuvent être privés des bénéfices de l'activité sociale en vertu d'une clause statutaire. Cela est admis tant par la jurisprudence que par le législateur¹⁷⁰ et peut également intervenir en cours de vie sociale si les associés le décident¹⁷¹.

88. Si l'exigence d'apport demeure le critère le plus adapté, son importance s'est toutefois amenuisée avec l'évolution du droit positif, qui permet désormais la création de sociétés avec un capital d'un euro. La suppression d'un capital minimal pour les SARL et les SAS, ainsi que la création d'actions de préférence, remettent en cause la connexion historique entre l'apport et le capital social.

89. Certaines dispositions légales ou statutaires nécessitent l'identification de l'associé afin d'instituer une ou plusieurs procédures spécifiques¹⁷² ou une interdiction,¹⁷³ ou encore de faire peser sur lui une obligation¹⁷⁴.

Se pose ainsi la question de savoir si l'apport en société constitue une condition indispensable pour prétendre à la qualité d'associé.

2) L'obsolescence de la connexion entre l'apport en nature et la qualité d'associé

90. Depuis fort longtemps, l'apport est considéré comme une condition déterminante pour se prévaloir de la qualité d'associé.

Cependant, l'évolution du droit positif et du contexte économique a remis en cause la connexion entre l'apport en nature et la qualité d'associé **(a)**. Le risque inhérent à l'apport est devenu un élément essentiel de la qualité d'associé **(b)**.

¹⁷⁰ Caffin-Moi, « Théorie des bénéfices et des pertes, bénéfices, économies et pertes », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 15-10, 2015 § 62.

¹⁷¹ M. Caffin-Moi, *op. cit.* § 63.

¹⁷² Ex : la procédure des conventions réglementées, l'agrément ou le droit de préemption en cas d'acquisition de titres de capital.

¹⁷³ Ex : Un compte courant d'associé débiteur.

¹⁷⁴ Ex : une obligation statutaire de non-concurrence.

a) L'apport en nature et la qualité d'associé, une connexion devenue désuète

91. À l'heure actuelle, le droit positif reconnaît que la mise en commun d'apports est l'une des conditions indispensables pour la constitution des sociétés de capitaux. Ainsi, sans apport, il ne peut y avoir ni d'associé ni de société¹⁷⁵.

Selon Tonnellier, « *tout associé doit faire un apport à la société, mettre en commun une chose qui soit soumise aux chances sociales, qui lui donne le droit de participer aux bénéfices et entraîne pour lui une obligation corrélative de contribuer aux pertes qui pourraient être encourues* »¹⁷⁶.

Qu'il intervienne à la constitution de la société ou en cours de vie sociale, l'apport en société constitue un préalable pour adhérer au pacte social et détermine la qualité d'associé. Dans ce sens, le Professeur Tadros considère que « *c'est au moment où le candidat au groupement effectue son apport qu'il cesse de postuler à la qualité d'associé, celle-ci lui étant dès cet instant acquise en raison de la contrepartie de son apport, les titres sociaux* »¹⁷⁷. Dès lors, l'acquisition de la qualité d'apporteur permet de prétendre à la qualité d'associé¹⁷⁸.

92. Néanmoins, la qualité d'associé n'exige pas toujours que l'intéressé possède une participation au capital¹⁷⁹. Il en est ainsi, notamment, en cas d'indivision, de démembrement ou de location de droits sociaux, de souscription par un prête-nom, de rachat par la société de ses propres actions, d'amortissement de capital ou d'attribution d'actions gratuites.

93. Apport d'un bien détenu en indivision - L'apport d'un bien indivis à une société de capitaux peut être rémunéré par des droits sociaux, attribués en pleine propriété à chacun des apporteurs à proportion de leur quote-part dans l'indivision. Cependant, les apporteurs peuvent opter pour le report de l'indivision sur les titres attribués. Ils détiendront alors des titres indivis, desquels peuvent éventuellement naître de droits concurrents de plusieurs personnes. En effet, plusieurs difficultés spécifiques peuvent surgir en pratique.

¹⁷⁵ Cass. com., 13 janv. 2009, n° 07-21.704 ; *Colloque*, 17 nov. 2009, « L'apport en société dans tous ses états », *Bull. Joly soc.*, 2009 § 232, p.1148 ; Cass. com., 10 nov. 1954, *Bull. civ. III*, n° 344 ; Cass. com., 7 juill. 1953, *Bull. civ. III*, n° 254 ; Cass. req., 15 déc. 1920, *S.* 1920, 1, p. 17, note G. Bourcart.

¹⁷⁶ G. Tonnellier, th. préc., p. 9.

¹⁷⁷ A. Tadros, thèse préc., p. 74, n° 60.

¹⁷⁸ A. Viandier, *op. cit.*, p. 27 n° 17.

¹⁷⁹ H. Le Nabasque, *La fin de la connexion apports/capital ? Quel avenir pour le capital*, Collections thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 103 s.

Dans cette configuration, la question se pose de savoir qui peut se prévaloir de la qualité d'associé. Est-ce l'indivision ou chacun des indivisaires ?

Les textes législatifs relatifs à la qualité d'associé des indivisaires de titres sociaux demeurent silencieux. Certaines dispositions législatives, notamment celles qui prévoient la représentation de l'indivision par un mandataire unique lors du vote en assemblée générale¹⁸⁰, présentent une ambiguïté quant à la reconnaissance de la qualité d'associé à l'indivision ou de chaque indivisaire.

94. Évolution du droit positif - Jusqu'à la fin du XXe siècle, la grande majorité de la doctrine refusait de reconnaître la qualité d'associé à chacun des indivisaires, affirmant que seule l'indivision pouvait être considérée comme telle¹⁸¹.

Un courant doctrinal minoritaire estimait, au contraire, que chaque indivisaire avait nécessairement la qualité d'associé, puisqu'il réunissait les éléments déterminant cette qualité, à savoir l'apport et la propriété de titres.

Influencée par cette doctrine, la jurisprudence¹⁸² soutenait que les indivisaires, n'ayant de droits que sur leur quote-part et non sur les titres, ne pouvaient se voir reconnaître la qualité d'associés¹⁸³. Or, la société ne reconnaissait qu'un seul associé en raison du principe d'indivisibilité des titres sociaux. Cette interprétation conduit à se demander qui revêt la qualité d'associé, d'autant plus que l'indivision ne dispose pas de personnalité juridique¹⁸⁴.

L'imprécision de la loi laisse donc à la jurisprudence la charge de répondre à cette houleuse question¹⁸⁵. Par un arrêt¹⁸⁶ désormais célèbre, la Cour de cassation a finalement admis la qualité

¹⁸⁰ C. civ. art. 1844, al. 2 ; C. com. art. L. 225-110, al. 2.

¹⁸¹ J. Hémard, Fr. Terré et P. Mabillat, *Sociétés commerciales*, t. 2, Dalloz, spéc., 1974, § 106 ; J. Escarra et J. Rault, *op. cit.*, n° 588 ; A. Viandier, *op. cit.* § 239.

¹⁸² Cass. com., 9 oct. 1972, n° 70-13.919, *JurisData* n° 1972-097234 ; *Bull. civ.* IV, n° 234 ; D.1973, *jurispr.* p. 273, note J.-J. Burst ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1958, *Bull. civ.* I, n° 501 ; *JCP G* 1958, II, 11023, note J. Derrupé.

¹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, n° 90-14.020, *JurisData* n° 1992-001551 ; *Bull. civ.* I, n° 156 ; *Bull. Joly soc.*, 1992, p. 935 § 302, note F. Delhay et J. M. Goetghebeur ; R. Besnard Goudet, « Actions indivises et actions démembrées », *J.-Cl. DBF*, LexisNexis, fasc 1795, 2022 § 3 ; CA Paris, 5^e ch., sect. C, 15 févr. 1990, *JurisData* n° 1990-020756 ; D. 1990, inf. rap. p. 74.

¹⁸⁴ Cass. 3e civ., 25 avr. 2001, n° 99-14.368, *JurisData* n° 2001-009290 ; *JCP E* 2001, p. 1021 ; *JCP G* 2001, I, 358, n° 8 ; *RTD civ.* 2002, p. 130, obs. J. Patarin.

¹⁸⁵ Cass. com., 7 juill. 2020, n° 18-19.330, *Juris-Data* n° 2020- 012834 ; E. Jonzo, « Indivision et société, une précision nouvelle sur les droits du copropriétaire indivis de titres sociaux », *JCP E* n° 15, 15 avr. 2021, 1192.

¹⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1980, n° 78-12.513, *JurisData* n° 1980-700049 ; *Rev. sociétés*, 1980, p. 521, note A. Viandier ; *Bull. civ.* I, n° 234.

d'associé à chacun des indivisaires de parts sociales ou d'actions¹⁸⁷, sans pour autant clairement confirmer cette qualité¹⁸⁸. Cette jurisprudence a été confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs¹⁸⁹. La doctrine s'est alors ralliée à cette position jurisprudentielle.

95. Par un arrêt de la chambre commerciale du 21 janvier 2014, la Cour de cassation a adopté une position de principe, ne laissant plus de doute sur la qualité d'associé de l'indivisaire. Par un syllogisme ciselé, la Haute juridiction a considéré que « *les copropriétaires indivis de droits sociaux ont la qualité d'associé et tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* »¹⁹⁰. Cette position a été confirmée par un arrêt plus récent du 7 juillet 2020, précisant que la qualité d'associé « *lui permet, en tant que telle, de prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt de l'indivision et ainsi, de façon inédite, d'agir en ajournement de l'assemblée générale extraordinaire* »¹⁹¹.

À ce jour, la qualité d'associé de chacun des copropriétaires indivis de droits sociaux est unanimement admise¹⁹². Cependant, quel serait le statut juridique d'une société unipersonnelle (EURL ou SASU) lors du décès de l'associé unique, particulièrement si les indivisaires souhaitent rester dans l'indivision ? Doit-on considérer que la société est unipersonnelle ou pluripersonnelle ?

Si chacun des indivisaires est considéré comme associé, la société devrait prendre la forme pluripersonnelle, même si seul le représentant des indivisaires prend part au vote. La réponse à ces questions revêt ainsi un intérêt pratique évident.

¹⁸⁷ C. Barrillon, th. préc., p. 224 n° 368.

¹⁸⁸ A. Couret, « Le droit pour tous les indivisaires de participer à l'assemblée générale », *JCP E*, 2014, p. 1069.

¹⁸⁹ Cass. com., 21 janv. 2014, n° 13-10.151, *JurisData* n° 2014-000578 ; *Bull. civ.* IV, n° 16 ; *Rev. soc.*, 2014, p. 487, note P. Le Cannu ; *JCP E* 2014, 1069, note A. Couret ; *D.* 2014, p. 275, obs. A. Lienhard ; *D.* 2014, p. 1844, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; Cass. crim., 4 nov. 2009, n° 09-80.818, *JurisData* n° 2009-050485 ; *Rev. soc.*, 2010, p. 379, note L. Godon ; *Bull. Joly soc.*, mai 2010, p. 498, note F.-X. Lucas ; Cass. 1re civ., 25 mai 1992, n° 90-14.020, *JS*, 1992, p. 935§ 302, note F. Delhay et J. M. Goetghebeur.

¹⁹⁰ Cass. com., 21 janv. 2014, n° 13-10151, *JurisData* n° 2014 - 000578 ; C. Barrillon, *Gaz. Pal.*, 17 juin 2014, n° 168, p 23 ; note N. Borga, Le droit de participer à l'assemblée générale de l'associé en indivision, *D.* 2014, p. 647 ; A. Lienhard, « Part sociale indivise : portée du droit de participer aux décisions collective s », *D. actu.*, 31 janv. 2014.

¹⁹¹ Cass. com., 7 juill. 2020, n° 18-19.330, *Juris-Data* n° 2020- 012834 ; E. Jonzo, « Indivision et société, une précision nouvelle sur les droits du copropriétaire indivis de titres sociaux », *JCP E*, 15 avr. 2021, n° 15, 1192.

¹⁹² G. Goffaux-Callebaut, Part sociale, *Rép. Soc.*, spéc. Janv. 2024 § 21 ; J.-F. Artz, , « Action, Nature de l'action », *Rép. Sociétés* n° 28 ; H. Hovasse et M. Noé, « Indivision et droits sociaux », *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, 2010, dossier 5 ; Y. Flour, « La qualité d'actionnaire et l'indivision », *Rev. soc.*, 1999, n° 3, p. 569.

En effet, le décès de l'associé unique ne met pas fin à l'EURL¹⁹³ ou à la SASU, sauf clause contraire des statuts. En présence de plusieurs héritiers, en attendant le partage, l'indivision succède à l'associé unique décédé. Or, celle-ci, faute d'avoir la personnalité juridique, n'est pas considérée comme un associé unique. Chaque co-indivisaire a la qualité d'associé, même s'ils doivent décider et agir collectivement¹⁹⁴. À notre sens, en présence de plusieurs indivisaires ayant la qualité d'associé, la société devient pluripersonnelle.

96. L'apport de droits détenus sur un bien démembré - Au cours de la vie sociale, le nupropriétaire comme l'usufruitier peuvent apporter séparément leurs droits sur un même bien à une société de capitaux¹⁹⁵. Dans cette hypothèse, la société bénéficiaire de l'apport dispose de la pleine propriété du bien apporté. En principe, chaque apporteur reçoit, en rémunération de son apport, des titres de capital en pleine propriété¹⁹⁶.

En revanche, lors de l'apport conjoint de l'usufruit et de la nue-propriété d'un même bien, une incertitude subsiste quant à la possibilité de reporter le démembrement initial sur les droits sociaux émis en contrepartie de ces apports. Il convient alors de déterminer si chaque apporteur se voit attribuer des titres de capital en pleine propriété proportionnellement à la valeur respective de son apport, ou si le démembrement est reporté sur les droits sociaux. La doctrine majoritaire s'oppose à cette dernière option.

En effet, il est indéniablement reconnu que l'apport en société par l'usufruitier de son droit sur un bien constitue un apport en nature. Celui-ci est soumis aux procédures d'évaluation et de rémunération, par des droits sociaux en pleine propriété, après appréciation de sa valeur par un commissaire aux apports.

En cas de report direct du droit démembré, l'usufruitier du bien réalise donc un apport non rémunéré par des titres de capital. Certains auteurs considèrent que l'apport de l'usufruitier est un apport sans rémunération, ne conférant pas à l'apporteur la qualité d'associé. Selon ces auteurs, « *l'apport est alors nul pour défaut de cause* »¹⁹⁷.

¹⁹³ C. com. art. L. 223-41, al. 2 ; C. civ. art. 1870.

¹⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1980, n° 78-12.513, *JurisData* n° 1980-700049 ; *Rev. soc.*, 1980, p. 521, note A. Viandier.

¹⁹⁵ Ex : Un père apporte l'usufruit et le fils apporte la nue-propriété d'un immeuble à une personne morale.

¹⁹⁶ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 3391 ; J. Derruppé, « Un associé méconnu, l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois* 1994, n° 35894, p. 1137, spéc. N° 5 et 6.

¹⁹⁷ H. Hovasse, R. Gentilhomme et M. Deslandes, « Apports de droits démembrés », *Dr. sociétés*, actes pratiques 1993, n° 10, p. 4, 7 et s.

Cependant, une doctrine opposée soutient que « *la contre-valeur de l'apport qui entre dans le patrimoine de l'apporteur en usufruit pour justifier que la contrepartie existe et qu'il n'y a pas absence de cause* »¹⁹⁸.

Il ressort de cette analyse qu'en réalité, ce n'est pas l'absence de rémunération qui justifie la position des opposants du report direct, mais l'absence de qualité d'associé de l'apporteur.

À notre sens, le report direct du démembrement du bien apporté sur les titres sociaux suppose l'émission, par la société bénéficiaire de l'apport, de droits sociaux démembrés. Or, en l'état actuel du droit positif, il est impossible de démembrer un bien inexistant. En effet, les titres de capital des sociétés de capitaux doivent être émis, souscrits et attribués aux apporteurs, en pleine propriété. Leur démembrement ne peut avoir lieu qu'après la souscription.

En principe, l'apport conjoint de l'usufruit et de la nue-propriété d'un même bien à une société de capitaux est rémunéré par des titres de capital en pleine propriété. Cependant, celui-ci n'est pas d'ordre public et aucune restriction législative n'est prévue. À ce titre, les parties peuvent convenir, par l'acte d'apport, que le démembrement portant sur le bien apporté est reporté sur les titres de capital attribués. Les titres rémunérant l'apport sont alors émis, du moins pour un laps de temps, en pleine propriété et sont instantanément démembrés. Le nu-proprétaire du bien apporté est ainsi rémunéré par la nue-propriété des titres de capital et l'usufruitier par l'usufruit de ces mêmes titres. Cette convention repose sur la subrogation réelle conventionnelle actée par le contrat d'apport. L'administration fiscale a d'ailleurs validé ce principe¹⁹⁹.

En présence de titres démembrés, qui pourrait alors se prévaloir de la qualité d'associé, le nu-proprétaire, l'usufruitier ou les deux ?

97. Controverse doctrinale intense - Certains auteurs soutiennent la thèse classique selon laquelle lorsque des titres de capital font l'objet d'un démembrement, la qualité d'associé appartient au seul nu-proprétaire²⁰⁰. D'autres auteurs estiment que l'usufruitier a, tout comme le nu-proprétaire, la qualité d'associé²⁰¹.

¹⁹⁸ P. Bonduelle, J. Prieur et B. Plagnet, « Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et de transmission », *Dr. sociétés*, actes pratiques juill.-août 1996, spéc. p. 11 ; F. Roussel, « Apport conjoint de l'usufruit et de la nue-propriété », in *Démembrement de propriété*, Vulnérabilité et parades, *Dr. et patr.* 1995, hors-série n° 1, p. 30 et s., spéc. p. 31.

¹⁹⁹ R.M. 48735, JOAN 27 nov. 2000, p. 6756.

²⁰⁰ A. Viandier, *op. cit.*, n° 278 s. ; P. Merle, Droit commercial, *Sociétés commerciales*, Dalloz, « Précis », 26^e éd. 2023, n° 327.

²⁰¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 516 s. p.208 ; F.-X. Lucas, « Refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociales », *Dr. sociétés* 2007, comm. 25 ; P. Le Cannu, Defrénois 2007, n° 9, p. 676 ;

98. Si la qualité d'associé est unanimement admise par la jurisprudence²⁰² et la doctrine²⁰³ au nu-proprétaire des titres de capital, l'état actuel du droit positif ne semble pas accorder cette qualité à l'usufruitier. Cette position s'oppose à la thèse du courant majoritaire, d'autant plus que l'apport de biens démembrés ne fait l'objet d'aucune disposition législative restrictive.

Ainsi que soulevé précédemment, de la définition de la société²⁰⁴, il ressort que la qualité d'associé est attribuée à celui qui réunit cumulativement les trois éléments caractéristiques du contrat de société²⁰⁵ sous réserve, toutefois, que son apport soit rémunéré par des titres sociaux. De ce constat, il apparaît que la solution réside dans la rémunération de l'apport²⁰⁶, et notamment dans la propriété des titres.

Cette divergence persiste même entre les auteurs M. Cozian, M. Viandier et Mme Deboissy dans leur ouvrage de droit des sociétés, où ils n'ont pas pu s'accorder sur la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier²⁰⁷. En effet, M. Viandier et Mme Deboissy estiment « *qu'il est juridiquement impossible qu'un usufruitier de parts sociales ou d'actions se voir reconnaître la qualité d'associé* »²⁰⁸. M. Cozian, quant à lui, soutient « *que la qualité d'associé doit être reconnue au nu-proprétaire et à l'usufruitier, qui dispose des droits financiers et d'une partie des droits politiques* »²⁰⁹.

Y. Reinhard, Le holding familial, Defrénois 2001, art. 37313, p. 291 s. spéc. 297 ; J. Derruppé, « Un associé méconnu, l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois* 1994, art. 35894, p. 1137, spéc. n° 5 et 6 ; M. Cozian, « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé », *JCP E* 1994, I, 374 ; C. Regnaut-Moutier, « vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *Bull. Joly soc.*, 1994 § 320, p. 1155.

²⁰² Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, *JurisData* n° 1999-000568 ; *JCP E* 1999, p. 724, note Y. Guyon ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 67, obs. Th. Bonneau ; *Rev. soc.*, 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; Cass. com., 4 janv. 1994, 91-20.256 ; Cass. 3e civ., 5 juin 1973, n° 72-12.634, *JurisData* n° 1973-000403 ; *Bull. civ.* III, n° 403.

²⁰³ Cass. Com., 4 janv. 1994, n° 91-20.256, note J.-J. Daigre, Un arrêt de principe, Le nu-proprétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote, *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 249 § 62 ; *JurisData* n° 1994 - 000057 ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 4, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, « Précis », 26^e éd., 2023, n° 327 ; A. Viandier, *op. cit.*, n° 278 et s. ; A. Guengant, « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales », *JCP E* 1994, I, 131 ; M. Cozian, *op. cit.* ; Y. Paclot, « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCP E* 1997, I, 674.

²⁰⁴ C. civ. art. 1832.

²⁰⁵ CA Paris, 13e ch., sect. A, 6 avr. 1985, *JurisData* n° 1985-021452 ; *BRDA* 12/1985, p. 18.

²⁰⁶ J.-P. Chazal, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Defrénois*, 15 févr. 2001, p. 167, note 26.

²⁰⁷ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 209, n° 519.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

Par ailleurs, l'exercice par l'usufruitier de certaines prérogatives réservées exclusivement à l'associé prête à confusion quant à sa qualité²¹⁰. En effet, l'usufruitier dispose du droit de vote dans les assemblées générales ordinaires, notamment pour l'affectation de résultat, alors que seuls les associés peuvent voter en assemblée générale. D'ailleurs, les résolutions adoptées commencent souvent par la mention « *la collectivité des associés décide...* » ou encore « *l'assemblée générale des actionnaires décide...* », accentuant ainsi la confusion.

Par deux arrêts de la troisième chambre civile, la Cour de cassation semble implicitement refuser la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociales²¹¹. Cette position a été affirmée par son avis du 1^{er} décembre 2021²¹² et confirmée dans un arrêt du 16 février 2022²¹³. Par des termes clairs et précis, la Haute juridiction a définitivement tranché la question en jugeant que « *l'usufruitier de parts sociales ne peut se voir reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire* ».

Même si les titres démembrés détenus par l'usufruitier sont bien représentatifs du capital social, l'absence de reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier remet en cause, une nouvelle fois, la connexion apport-associé.

La distorsion de cette connexion existe également lorsqu'on examine la situation du locataire des titres de capital. Se pose alors la question de savoir si le locataire, détenteur de titres de capital²¹⁴, se substitue à l'apporteur quant à la qualité d'associé.

99. Location des titres de capital - La loi Jacob Dutreil²¹⁵ du 2 août 2005 a introduit la possibilité de location de titres de capital des sociétés de capitaux à une ou plusieurs personnes physiques²¹⁶. Cette possibilité doit être prévue par les statuts de la société et respecter certaines conditions. Le propriétaire des titres de capital peut ainsi conférer la jouissance de ses droits sociaux à un locataire en contrepartie d'un loyer.

²¹⁰ Fr. Zénati, « Usufruit des droits sociaux », *Rev. soc.*, 2003, n° 184.

²¹¹ Cass. 3e civ. 29 nov. 2006 n° 05-17.009 FS-PB, *RJDA* 4/07 n° 368 ; Cass. 3e civ. 16 nov. 2011 n° 10-19.538 FS-D, *RJDA* 2/12 n° 163, *Mémento Cessions de parts et actions*, F. Lefebvre *Mémento pratique*, 2023-2024, n° 89312.

²¹² Cass. com., avis, 1er déc. 2021, n° 20-15.164, *JCP E* 2022, 1000, note R. Mortier et N. Jullian.

²¹³ Cass. 3e civ., 16 févr. 2022, n° 20-15.164, *JCP G* 2022, 288, note J. Laurent ; *JCP E* 2022, 1154, note D. Gibirila. (rendus en matière de société civile mais, transposables aux sociétés commerciales, selon l'ouvrage *Mémento* éd. F. Lefebvre, *Cessions de parts et actions*, 2023-2024, n° 89310).

²¹⁴ C. com. art. L239-3.

²¹⁵ C. civ. art. 1709 et 1713.

²¹⁶ C. com. art. L. 239-1.

Ce même texte s'est limité à prévoir la répartition de certaines prérogatives attachées aux titres de capital faisant l'objet de location entre le locataire et le bailleur²¹⁷. Paradoxalement, le dernier alinéa de l'article L. 239-3 du Code de commerce dispose que pour l'application des dispositions du livre IV dudit code, le bailleur et le locataire sont considérés comme détenteurs d'actions ou de parts sociales. Dans ce contexte, le locataire des titres de capital peut-il se prévaloir de la qualité d'associé ?

La réponse à cette interrogation se dégage de l'examen des critères d'identification de la notion d'associé prévus par l'article 1832 du Code civil. Les alinéas 1^{er} et 3^e de ce texte disposent que seule la partie au contrat de société peut se prévaloir de la qualité d'associé.

Si, tout comme l'usufruitier, le locataire des droits sociaux bénéficie du droit aux dividendes, aux réserves, et au *boni* de liquidation²¹⁸, force est de constater que le bailleur, quant à lui, supporte seul les risques de moins-values éventuelles des droits sociaux donnés à bail.

En outre, pour se prévaloir de la qualité d'associé, un critère essentiel manque au locataire : l'apport²¹⁹. Toutefois, le versement du loyer ne peut être assimilé à un apport, car il profite au bailleur et non à la société. Les incertitudes concernant la qualité d'apporteur, présentes dans les cas de démembrement de propriété, n'existent pas dans la location des titres de capital, car le locataire détient un droit personnel et non un droit réel.

À défaut d'apport, il nous semble inopportun de reconnaître la qualité d'associé au locataire d'actions. En effet, la majorité de la doctrine s'accorde à reconnaître cette qualité exclusivement au bailleur²²⁰.

Ainsi, la location des titres des sociétés de capitaux rompt, encore une fois, la connexion entre l'apport et la qualité d'associé.

²¹⁷ C. com. L. 239-3. Ce texte dispose que « le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société et au locataire dans les autres assemblées. Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le nu-propriétaire et le locataire comme l'usufruitier ».

²¹⁸ C. civ. art. 582 ; A. Lecourt, « Location de parts et d'actions », *Rev. soc.*, déc. 2017, n° 22.

²¹⁹ Cass. com. 20 sept. 2016, n° 14-28.107, *Rev. soc.*, 2017, note A. Lecourt.

²²⁰ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, 2024, n° 6160 ; *Mémento Transmission d'entreprise*, F. Lefèbre, « Mémento pratique », 2022-2023, n° 34400 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1328, p. 501 ; R. Mortier et A. Mortier, « La location d'actions et de parts sociales », *Actes prat. ing. sociétaire*, LexisNexis, 92/07, p. 7 n° 7 ; L. Grosclaude, « La location de droits sociaux, le coup d'épée dans l'eau de la loi du 2 août 2005 », *Rev. Lamy Droit des affaires*, janv. 2006 n° 1.

100. Souscription au capital social par un prête-nom - Décrite à l'article 1201 du Code civil, la convention de prête-nom désigne un pacte occulte non révélé au public. Elle est formée par l'usage d'une contre-lettre²²¹. Concrètement, le prête-nom agit en son nom, mais pour le compte d'une autre personne soucieuse de ne pas révéler son intérêt pour une société et souhaitant garder l'anonymat. Le rapport entre le mandant et le prête-nom est régi par les règles du mandat²²².

En règle générale, l'utilisation d'un prête-nom dans les contrats de société est admise, sauf si elle vise à tromper un tiers ou à frauder la loi. Dans certains cas, la jurisprudence et le Code de commerce peuvent restreindre ou proscrire son usage.

Cependant, l'apport en société effectué par l'intermédiaire d'un prête-nom peut prêter à confusion, du moins en apparence.

La jurisprudence constante a admis la validité de la souscription par prête-nom²²³. Celui-ci est considéré comme un associé de complaisance, réalisant l'apport en société pour le compte de l'apporteur effectif qui souhaite conserver l'anonymat²²⁴.

Dans un arrêt du 30 janvier 1961, la Cour de cassation a jugé qu'« *une souscription par prête-nom ne constitue pas en elle-même une cause de nullité dès lors qu'ils constatent que la simulation incriminée ne recouvre aucune fraude et que la libération des actions n'est pas fictive, les fonds étant réellement et définitivement entrés dans les caisses de la société* »²²⁵.

La doctrine dominante²²⁶ soutient également la validité du principe de la souscription par prête-nom, qui constitue un apport effectif, mais réalisé par un apporteur apparent. Celui-ci est juridiquement considéré comme un mandataire agissant pour le compte d'un mandant. Cette pratique doit être distinguée de l'apport fictif²²⁷.

²²¹ C. civ. art. 1201.

²²² CA Colmar, 3 avr. 1957, *D.* 1957, *jurispr.* p. 625, *S.* 1957, p. 385.

²²³ CA Rouen, 6 juin 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 910, note P Delaisi.

²²⁴ À l'exception du seul cas particulier des entreprises de presse où la souscription par prête-nom est interdite et pénalement sanctionnée (L. n° 86-897, 1er août 1986, art. 3 et 12).

²²⁵ Cass. com., 30 janv. 1961, n° 58-11.974, *JCP G* 1962, II, 12 527, note M. Le Galcher-Baron.

²²⁶ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 61, n° 165.

²²⁷ Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 309 et s.

Cependant, la nullité de la convention de prête-nom s'impose si elle a pour objet de frauder la loi ou la réglementation²²⁸.

Certains auteurs ont critiqué la position jurisprudentielle, arguant que la liste des souscripteurs est fautive puisque la souscription par prête-nom ne révèle pas d'*affectio societatis* et ne reflète pas l'identité des associés véritables. Toutefois, la doctrine majoritaire considère que l'« *affectio societatis* » doit être recherché non dans le prête-nom, mais auprès de l'associé véritable²²⁹. Quant à la liste des souscripteurs, sa raison d'être est de garantir la souscription et la libération du capital social, et non de renseigner sur l'identité des souscripteurs.

Si la souscription des actions ou parts sociales, libérée par apport en nature, par un prête-nom est valide, qui peut donc se prévaloir de la qualité d'associé ? Le prête-nom (apporteur apparent) ou l'apporteur effectif ?

La jurisprudence a tranché cette question en faveur du mandant²³⁰. Elle a considéré que seul le véritable apporteur peut se voir reconnaître la qualité d'associé. Deux conséquences majeures découlent de cette décision jurisprudentielle. Tout d'abord, c'est en la personne du mandant que doivent être réunies toutes les conditions exigées pour la validité d'une société²³¹. De plus, la Haute juridiction considère « *que le nombre d'associés s'apprécie en fonction du nombre des seuls mandants et non en fonction de celui des prête-noms* »²³².

C'est dans ce même sillage qu'il a été jugé par un arrêt de la CA de Paris que « *l'associé apparent dont l'apport en capital avait été libéré par son fils et qui a admis que ce dernier était le véritable propriétaire des titres est tenu de les lui restituer* »²³³.

Le Professeur Viandier, de son côté, s'est ralliée à la position jurisprudentielle, en reconnaissant que la qualité d'associé est attribuée au seul apporteur effectif²³⁴. D'autres auteurs ont

²²⁸ CA Paris, 3e ch. A, 28 oct. 2008, *JurisData* n° 2008-373136 ; CA Paris, 1er déc. 1951, *JCP G* 1952, II, 6661 (pour fraude à la législation pharmaceutique) ; T. com. Seine, 3 janv. 1951, *JCP G* 1952, II, 6846 (pour fraude à la réglementation des changes).

²²⁹ D. Gibrila, « Société, Dispositions générales, Constitution de la société, contrat de société », *J.-Cl. Civ. Code*, LexisNexis, fasc.10, 2023 § 113. Selon l'auteur « C'est donc la personne dissimulée par le prête-nom qui doit remplir les conditions requises pour la validité de toute société : capacité, consentement, apport, *affectio societatis* ».

²³⁰ Cass. com., 17 janv. 1955, *Bull. civ.* III, p. 18, n° 25 ; Cass. civ., 11 avr. 1927, *D.* 1929, I, p. 25 ; CA Rouen, 6 juin 1973, *Rev. soc.*, 1974, p. 740.

²³¹ Cass. com., 6 oct. 1953, *S.* 1954, I, p. 149.

²³² Cass. com., 17 janv. 1955, *Bull. civ.* 1955, III, n° 25, p. 18.

²³³ CA Paris, 9 avr. 2013, n° 11/09425, *RJDA* 2013, n° 622.

²³⁴ A. Viandier, *op. cit.*, p. 158, n° 160 et s.

également confirmé cette position en précisant que « *la souscription par prête-nom concerne un apport effectif, mais réalisé par un apporteur apparent, pour le compte d'un mandant qui, pour différentes raisons, souhaite conserver l'anonymat* »²³⁵.

101. Naturellement, cette analyse ne vaut que si la simulation du mandant a été découverte. À défaut, « *la qualité d'associé du prête-nom est nécessairement présumée puisqu'il est, aux yeux de la société, celui qui a réalisé l'apport* »²³⁶.

Cependant, un doute subsiste concernant la période antérieure à la découverte de la simulation. En effet, le prête-nom apparaît comme un associé jouissant des prérogatives reconnues à tout associé et exécutant les obligations attachées à cette qualité, sans que sa participation à la société ne puisse être remise en cause ultérieurement. Par ailleurs, il reste tenu des obligations auxquelles il s'est engagé²³⁷.

Même si la qualité d'associé peut difficilement lui être reconnue en raison de l'absence d'apport, la jurisprudence et la doctrine admettent que « *sa participation à la société ne saurait ultérieurement faire l'objet de contestations* »²³⁸.

102. Actions autodétenues - La société qui rachète ses propres actions est un acteur singulier, avec des objectifs stratégiques distincts des autres actionnaires.

Sous certaines conditions particulières, le rachat par une société par actions de ses propres actions peut être autorisé par l'organe délibérant²³⁹. En effet, elle peut auto-détenir légalement, selon la finalité du rachat, jusqu'à 10 % de ses propres actions,²⁴⁰ et ce, pour une durée allant jusqu'à cinq ans dans certains cas²⁴¹. Cette possibilité n'est toutefois pas permise pour les SARL, qui ne peuvent détenir leurs propres parts sociales.

Les actions autodétenues à la suite d'un rachat ou de souscription, en violation des articles L. 225-206 à L. 225-208 et L. 225-210 du Code de commerce, doivent être cédées dans

²³⁵ J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2024, éd. Wolters Kluwer, n° 309.

²³⁶ Cass. com., 26 avr. 1982, n° 81-11.304, *D.* 1986, p. 233 ; CA Aix, 8^e ch. B, 14 mai 1992, *JCP E* 1993, II, 465, note A. Viandier ; CA Nancy, 25 nov. 1988, *BRDA* 1989, n° 18, p. 20.

²³⁷ CA Versailles, 27 sept. 1990, *Bull. Joly* 1990§ 1033 ; CA Nancy, 25 nov. 1988, *BRDA* 1989/18, p. 19.

²³⁸ Cass. com., 30 janv. 1961, n° 58-11.974, *JCP G* 1962, II, 12 527, note M. Le Galcher-Baron ; A. Viandier, *op. cit.*, n° 18.

²³⁹ C. com. art. L. 225-206 à L. 225-217, pour les SA et les art. L. 225-206 à L. 225-216 pour les SAS et SCA et L. 227-18.

²⁴⁰ C. com. art. L225-209-2.

²⁴¹ C. com. art. L. 225-206 à L. 225-208 et L. 225-210.

un délai d'un an à compter de leur souscription ou de leur rachat. À l'expiration de ce délai, ces actions doivent être annulées²⁴².

Le législateur exige également l'annulation de plein droit des actions rachetées par une société non cotée si elles ne sont pas utilisées conformément aux finalités et délais prévus par l'article L. 225-209-2 du Code de commerce²⁴³. L'auto-détention, par la société, de ses propres actions ne vise pas à satisfaire ses intérêts propres, mais plutôt à satisfaire les obligations découlant des engagements hors bilan qu'elle a souscrites envers ses propres salariés ou mandataires sociaux dans le cadre d'un plan d'option de souscription d'actions.

Dans ce contexte, la société détenant ses propres actions peut-elle être qualifiée d'associée ? L'apport relatif aux actions autodétenues ne risque-t-il pas d'être considéré comme fictif ? Qu'en est-il des éléments relatifs à la constitution de la société, édictés par l'article 1832 du Code civil ?

D'un point de vue comptable, les actions autodétenues sont enregistrées comme un actif au bilan de la société et constituent également une partie du montant du capital enregistré au passif au haut de ce même bilan.

Pourtant, ces actions n'octroient aucun droit aux dividendes²⁴⁴, ne participent pas aux décisions collectives et ne sont pas prises en compte dans le calcul du quorum ni de la majorité²⁴⁵. La quote-part des dividendes attachés aux actions autodétenues non versées figure au crédit du compte « *Report à nouveau* », qui demeure la propriété de tous les actionnaires. Ainsi, l'obligation de contribuer aux bénéfices et aux pertes, imposée par l'article 1832 du Code civil, fait donc défaut.

À notre sens, bien que la société soit techniquement actionnaire d'elle-même, elle est dépourvue de droits et de prérogatives.

En revanche, lorsque la société par actions détient ses propres actions, et en l'absence de dispositions légales spécifiques, elle peut exercer son droit d'attribution lors d'une augmentation de capital par incorporation de primes, réserves et report à nouveau²⁴⁶. Dans ce

²⁴² C. com, art. L 225-214.

²⁴³ C. com, art. L 225-209-2.

²⁴⁴ C. com. art. L. 225-210, al. 4.

²⁴⁵ C. com. art. L. 225-210 et L. 225-111.

²⁴⁶ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 28930.

cas, la société se voit attribuer ses propres actions nouvellement créées suite à cette augmentation de capital, bénéficiant ainsi des droits d'un associé !

Cette analyse conduit à conclure que la société détenant ses propres actions ne peut prétendre à la qualité d'associé. En effet, les actions autodétenues par la société constituent un capital fictif qui n'enrichit pas la société.

Cette situation met en évidence, encore une fois, la disjonction entre l'apport, le capital et la qualité d'associé.

103. L'amortissement du capital - En principe, les actionnaires d'une société par actions n'ont droit au remboursement de leur apport qu'à l'issue de la liquidation de la société²⁴⁷. Cependant, dans certaines circonstances, ils peuvent être remboursés par anticipation, intégralement ou partiellement, pour le montant nominal de leurs actions. Ce remboursement ne peut s'effectuer que par prélèvement sur les bénéfices distribuables²⁴⁸ et n'entraîne pas de réduction du capital²⁴⁹. Le droit comptable subdivise le poste du capital social (compte 101) en deux sous-comptes devenant, capital non amorti et capital amorti.

Cette opération financière exceptionnelle, qualifiée d'amortissement de capital social²⁵⁰, est définie comme l'« *opération par laquelle la société rembourse aux actionnaires tout ou partie du montant nominal de leurs actions à titre d'avance sur le produit de la liquidation future de la société* »²⁵¹. Elle est souvent effectuée en raison de l'extinction de l'objet social, particulièrement lorsque l'actif immobilisé devient sans valeur²⁵².

Les actions intégralement amorties sont qualifiées d'« *actions de jouissance* »²⁵³. Elles confèrent à leur détenteur un droit financier très restreint, comme le superdividende et le *boni* de liquidation. Toutefois, ces actions perdent provisoirement le droit aux intérêts statutaires, au

²⁴⁷ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 87760.

²⁴⁸ C. com. art. L. 225-198, L. 209 et L. 232-11 combinés.

²⁴⁹ C. com. art. L. 225-198, al. 1.

²⁵⁰ C. com. art. 225-198, al.1 dispose que « *l'amortissement du capital est effectué en vertu d'une stipulation statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire et au moyen des sommes distribuables au sens de l'article 232- 11. Cet amortissement ne peut être réalisé que par voie de remboursement égal sur chaque action d'une même catégorie et n'entraîne pas de réduction de capital* ».

²⁵¹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 51500 et s.

²⁵² Il s'agit notamment des cas de l'épuisement d'une carrière ou d'une mine, de l'extinction d'un gisement... Cela renvoie aussi aux sociétés concessionnaires de service public et notamment lorsque les actifs dont est titulaire la société pour la gestion déléguée doivent être restitués sans contrepartie à la collectivité concédante.

²⁵³ C. com. art. L. 225-198, al. 2.

premier dividende et le droit au remboursement sur la fraction amortie en cas de liquidation ultérieure²⁵⁴. En revanche, les droits politiques de souscription et d'attribution sont maintenus.

Dès lors que son apport lui a été remboursé, le titulaire d'actions de jouissance pourrait-il se prévaloir de la qualité d'associé ?

Par l'usage du terme spécifique « *actions de jouissance* », le législateur semble vouloir distinguer le titulaire de titres de capital, auquel est reconnue la qualité d'associé, du titulaire de titres de jouissance, qui semble perdre cette qualité. Toutefois, la perte de cette qualité demeure singulière puisque le titulaire d'actions de jouissance conserve le bénéfice de certaines prérogatives financières et politiques d'associé. Il continue donc à participer à la vie sociale malgré le remboursement de son apport.

L'amortissement intégral du capital social met en évidence la déconnexion entre la qualité d'associé et l'apport. Le législateur semble éviter d'employer la qualification d'« actionnaire » pour désigner les titulaires d'actions de jouissance, réservant cette qualification aux titulaires d'actions de capital, qui redeviennent associés après la conversion des actions de jouissance en actions de capital.

Dans certaines situations particulières, les sociétés par actions attribuent gratuitement les actions rachetées aux salariés ou dirigeants, ou émettent de nouvelles actions. Dans ce contexte, et à défaut d'apport, peut-on reconnaître à ces attributaires la qualité d'associé ?

104. L'attribution gratuite de titres de capital suscite plusieurs interrogations quant à la notion d'associé. Pour mieux cerner cette notion, il convient d'examiner le processus de création des titres de capital, incluant l'émission, la souscription et l'attribution d'actions ou de parts sociales.

105. L'émission des droits sociaux est une opération juridique qui consiste à créer de nouvelles actions ou parts d'une valeur nominale fixée par les statuts de la société. Celle-ci intervient à la constitution de la société, où les titres de capital émis forment son capital social initial, ou en cours de vie sociale, par une augmentation de capital social décidée par une assemblée générale extraordinaire. Les actions ou parts nouvellement émises s'ajoutent aux anciennes pour constituer le nouveau capital social et doivent être intégralement souscrites, sous peine que l'opération soit annulée.

²⁵⁴ C. com. art. L. 225- 199.

106. La souscription du capital correspond à la promesse d'apport, en numéraire ou en nature, réalisée par les actionnaires ou associés pour constituer ou augmenter le capital social²⁵⁵. La libération, quant à elle, correspond à la réalisation de cette promesse d'apport.

L'intérêt de cette distinction réside dans l'absence de concomitance obligatoire entre la souscription et la libération.

En effet, la souscription peut être suivie de la libération partielle de l'apport exigée par le souscripteur ou différée jusqu'à une date fixée par l'organe délibérant ou par les dirigeants.

L'attribution d'actions ou parts s'effectue au profit de l'actionnaire ou l'associé ayant souscrit aux nouvelles actions ou parts après libération de la quote-part exigée par l'assemblée générale extraordinaire. Cependant, l'attribution gratuite d'actions ou parts est soumise à un régime spécifique.

107. L'attribution gratuite d'actions ou parts aux actionnaires ou associés est une notion ambiguë. En effet, les primes, réserves et reports à nouveau, enregistrés dans les capitaux propres des états financiers, peuvent, en vertu d'une décision des actionnaires ou associés²⁵⁶, être distribués sous forme de dividendes ou incorporés, en totalité ou en partie, dans le capital social de la société. Dans cette dernière hypothèse, les anciens actionnaires ou associés se voient attribuer des droits d'attributions²⁵⁷ proportionnels au nombre d'actions ou de parts sociales qu'ils détenaient préalablement à cette augmentation, leur permettant ainsi de participer prioritairement à celle-ci par l'attribution d'actions ou parts gratuites.

En principe, le droit d'attribution a une valeur financière. Son détachement et son allocation aux anciens actionnaires ou associés entraînent une dilution de la valeur des actions ou parts anciennes. À notre sens, cette gratuité n'est qu'apparente puisque la valeur des actions ou parts émises est compensée par le montant des primes, réserves et reports à nouveau enregistrés au haut de bilan. Ainsi, le montant des capitaux propres de la société demeure inchangé après l'opération d'augmentation de capital.

À cet égard, bien que le nombre d'actions ou parts détenues par les associés ou actionnaires participant à l'augmentation de capital ait augmenté, la valeur de leur portefeuille reste inchangée. En effet, la dilution de la valeur des anciennes actions ou parts est compensée par

²⁵⁵ C. com. art. L. 225- 6 et L. 225-8.

²⁵⁶ C. com. art. L. 225-130, art. L. 225- 98.

²⁵⁷ C. com. art. L.225-130.

l'attribution d'actions ou parts nouvelles. Il s'agit en fait d'une opération de conversion des autres réserves en titres de capital.

108. Pour des raisons sociales, le dispositif introduit par la loi de finances 2005, relatif à l'attribution gratuite d'actions, vient compléter les outils de rémunération dont disposent les sociétés par actions, cotées ou non, pour motiver leurs dirigeants et salariés. Ce texte permet aux sociétés par actions d'attribuer gratuitement des actions aux salariés et mandataires sociaux. Les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sont exclus du bénéfice de ce dispositif, sauf s'ils cumulent des fonctions salariales avec leurs mandats sociaux²⁵⁸.

Les articles L. 225-177 à L. 225-186 du Code de commerce fixent les conditions et modalités de mise en place des attributions gratuites d'actions, souvent appelées « *stock-options* ».

109. L'attribution d'actions gratuites n'est qu'en apparence - De prime abord, il apparaît que les actions sont attribuées aux salariés et mandataires sociaux gratuitement, donc sans apport préalable. Une grande partie de la doctrine s'accorde sur ce point. Pour autant, certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un abus de langage, car une action n'est jamais gratuite puisqu'elle qu'elle possède toujours une valeur²⁵⁹. Bien que l'attribution d'actions soit dépourvue de contrepartie financière pour l'attributaire, qu'il s'agisse d'un salarié ou d'un dirigeant, il en va autrement pour la société émettrice et les anciens actionnaires. En effet, en cas de rachat ou lors d'une augmentation de capital, ce sont ces derniers qui supportent les coûts liés à cette attribution.

Le droit des sociétés encadre le mécanisme d'émission d'actions gratuites en précisant que ces actions proviennent soit du rachat préalable par la société de ses propres actions, soit d'une augmentation de capital²⁶⁰. L'assemblée générale peut autoriser l'utilisation cumulative de ces deux options.

110. En effet, lorsque des actions sont attribuées dans le cadre d'un plan de stock-options, le bénéficiaire ne réalise aucun transfert de valeur²⁶¹. Le caractère « gratuit » des actions attribuées étant la pierre angulaire de ce mécanisme.

²⁵⁸ J. Richard, « Options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel salarié », *JCP* 1971, I, 2439 ; J-F. Casta, et J. Lambrechts, « Stock option actions gratuites comment choisir ? », *Option finance*, Hors-série, nov 2005, p. 2, n° 87 ; J-F. Artz, *op. cit.*, n° 254.

²⁵⁹ J.-P. Dom, « L'attribution gratuite d'actions », *Bull. Joly soc.*, févr. 2005, n° 35, p. 187.

²⁶⁰ C. com. art. L. 225- 197- 1, I, al. 1^{er}.

²⁶¹ *Ibid*; A. Viandier, *op. cit.*, p. 33, n° 22.

L'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles²⁶² destinées à être attribuées dans le cadre d'un plan de stock-options s'effectue par l'incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, conformément à l'article L. 225-127 du Code de commerce²⁶³. Aucun flux de trésorerie n'est constaté. Dans ce cas, un vote des actionnaires réunis en assemblée générale est nécessaire, ainsi que la renonciation préalable des anciens actionnaires à leur droit d'attribution, ce qui se traduit par une renonciation aux nouvelles actions émises qui, en principe, leur reviennent. L'augmentation de capital correspondante est définitivement réalisée par l'attribution définitive des actions aux bénéficiaires²⁶⁴, entraînant ainsi une dilution de la valeur du portefeuille des anciens actionnaires.

111. Les salariés ou les dirigeants titulaires d'option peuvent, à la levée de celle-ci, se voir attribuer gratuitement les actions autodétenues²⁶⁵ résultant d'un rachat préalable²⁶⁶ par la société. Cela entraîne une sortie de trésorerie de la société en faveur de l'actionnaire cédant. Ainsi, le bénéficiaire des actions attribuées gratuitement n'effectue aucun apport. Un auteur affirme cette position en indiquant que « *la technique de l'attribution gratuite d'actions aux salariés, inspirée de la théorie américaine de l'agence, permet une transformation de ces derniers en actionnaires, sans pour autant qu'ils aient effectué un quelconque apport* »²⁶⁷.

Que l'attribution d'actions gratuites soit réalisée par rachat par la société de ses propres actions ou par émission de nouvelles actions, celles-ci ont une valeur financière évaluable prise en charge implicitement par les anciens actionnaires.

Peut-on considérer que l'attribution est réellement gratuite, quand bien même elle constitue un complément de rémunération du salarié ou du dirigeant ?

²⁶² Il peut s'agir d'actions de préférence, dans ce cas, il convient de respecter la procédure d'émission de ce type d'actions prévue par les articles L. 228-15, al. 1, R. 22-10-7, al. 2 et 3 du Code de commerce sur renvoi de l'article R. 225-136, al. 2 et 3 du même code.

²⁶³ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 70071 ; Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 4637 ; S. Plantin, « L'attribution d'actions gratuites » *JCP E* 31 mars 2005, p. 560 ; J.-P. Mattout, « Les attributions gratuites d'actions aux salariés et dirigeants », *Dr. et patr.* 5/2005. 26 ; A. Theimer, « Émissions d'actions gratuites au profit de salariés et de dirigeants », *JCP E* 2005, p. 807.

²⁶⁴ C. com. art. L. 225-197-1, I, al. 5.

²⁶⁵ Quel que soit le fondement retenu, les rachats ne pourront excéder le plafond de 10 % des actions.

²⁶⁶ Le rachat est effectué soit selon le régime de l'article L 225-208, soit de celui de l'article L 225-209 ; J.-F. Artz, *op. cit.*, n° 255.

²⁶⁷ J.-PH. Dom, « L'attribution gratuite d'actions », *Bull. Joly* 2005 § 3, p. 188 ; A. Viandier, « la loi créant une distribution gratuite d'actions aux salariés », *Rev. soc.*, 1981, p. 475.

Selon cette vision, les bénéficiaires réalisent un apport²⁶⁸. Cependant, cette analyse doit être écartée, comme le soutient Le Professeur Dupeyroux, « *il y a acte à titre gratuit lorsque l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement et subjectivement équivalent* »²⁶⁹. La remise gracieuse est donc l'essence du mécanisme d'attribution gratuite d'actions. Par conséquent, il ne semble pas possible de considérer que cette remise a pour contrepartie le travail effectué par le salarié bénéficiaire ou, s'agissant du dirigeant, son investissement au sein de la société. L'action est attribuée à titre gratuit, et donc sans apport. Ainsi, l'attributaire reçoit des actions, sans avoir la qualité d'apporteur, ce qui constitue une nouvelle distorsion entre le critère de l'apport et la qualité d'associé.

Le dispositif d'attribution gratuite d'actions²⁷⁰ illustre, une nouvelle fois, la nécessité d'exclure l'apport des critères potentiels d'identification de la qualité d'associé.

En définitive, ces situations révèlent qu'un tiers peut acquérir la qualité d'associé sans avoir effectué d'apport au préalable. Les distorsions qui affectent le lien entre le critère de l'apport et la qualité d'associé se révèlent substantielles.

Cependant, l'approche objective de la qualité d'associé ne doit pas être définitivement écartée. En effet, d'autres critères méritent d'être examinés, en particulier les prérogatives que l'associé exerce au sein de la société.

Ainsi, l'assujettissement au risque social peut se révéler comme un critère essentiel pour l'attribution de la qualité d'associé.

b) Le risque inhérent à l'apport, devenu élément essentiel de la qualité d'associé

112. La contribution aux pertes sociales de chacun des associés constitue l'un des critères de validité du contrat de société²⁷¹. Elle se distingue de l'obligation au passif²⁷². Par un arrêt de la chambre civile, la Cour de cassation a clairement délimité ces deux notions. Il a ainsi été jugé que la contribution aux pertes concerne uniquement les rapports entre les associés avec la

²⁶⁸ C. Barrillon, th. Préc., p. 301 n° 505.

²⁶⁹ J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, LGDJ., préf. J. Maury, 1955, p. 160.

²⁷⁰ Loi n° 2004-1484 du 30 déc. 2004, (Loi de finance, année budgétaire 2005)

²⁷¹ Au sens des articles 1832 al. 3 et 1844-1, al. 2.

²⁷² P. Carcreff, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 145.

société, tandis que l'obligation aux dettes sociales régit les rapports des associés avec les tiers²⁷³.

Il convient, à notre sens, d'apporter une autre distinction entre ces deux notions. En effet, la perte sociale résulte du cumul des résultats négatifs enregistrés au niveau des comptes de capitaux propres (résultat ou report à nouveau négatif). En revanche, l'obligation aux dettes est enregistrée dans les comptes de capitaux permanents²⁷⁴ et au passif circulant²⁷⁵.

La doctrine s'accorde généralement avec la jurisprudence pour préciser que la contribution aux pertes ne concerne que les pertes devenues définitives lors de la dissolution de la société²⁷⁶.

Ce critère d'identification a été proposé par Barillon, qui le définit comme l'incertitude pesant sur l'associé quant à la restitution éventuelle de son apport en fin de vie sociale.

Cette approche doctrinale doit être examinée par une analyse du droit financier de l'associé issu de ces deux notions. En effet, il apparaît que la valeur des actions ou parts sociales cédées au cours de la vie sociale fluctue en fonction de deux critères bilanciers : le montant des capitaux propres et les plus ou moins-values latentes recelées par certains éléments d'actifs.

Au demeurant, le prix de cession d'un titre de capital est influencé à la hausse lorsque le montant des capitaux propres de la société émettrice est supérieur au montant du capital social ou lorsqu'il existe des plus-values latentes sur certains éléments de l'actif²⁷⁷. Le cas échéant, il est influencé à la baisse, et peut s'avérer bien inférieur à l'apport de l'associé cédant. Par conséquent, la contribution aux pertes ne se cantonne pas, à notre sens, uniquement à la dissolution de la société, mais s'étend également tout au long de la vie sociale, avec des effets se manifestant lors de la cession de la participation de l'apporteur.

113. L'assujettissement des titres de capital aux risques sociaux, notamment à la contribution aux pertes, constitue un critère essentiel de la qualité d'associé.

²⁷³ Cass. 3e civ., 6 juill. 1994, n° 92-12.839, à propos d'une société civile immobilière, mais transposable aux sociétés de capitaux, *Dr. sociétés* 1994. 149, note Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1994. 1105, note Y. Dereu ; *Rev. soc.*, 1995. 39, note B. Saintourens.

²⁷⁴ Il s'agit des dettes à long terme.

²⁷⁵ Lorsqu'il s'agit des dettes dont l'échéance est de moins d'un an.

²⁷⁶ M. Caffin-Moi, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », Mél. P. Merle, *Dalloz*, 2012, p. 101 et s. ; CA Versailles, 7 sept 2000, n° 5389-97, *Bull. Joly* 2000, p. 1175, note F.-X. Lucas.

²⁷⁷ Ex : Un terrain acquis par la société depuis plus de 20 ans, enregistré en comptabilité au coût historique de 10 000 € alors qu'il vaut, à la date de la cession des actions ou parts sociales, 10 000 €.

Dans ce sens, selon le Professeur Tadros, « *Les actions et les parts sociales traduisent juridiquement l'immersion de l'associé – le propriétaire des titres sociaux – au sein de la société. En soumettant un bien à l'aléa social par le biais de l'opération d'apport, le propriétaire reçoit en contrepartie des droits sociaux qui concrétisent le risque qu'il accepte d'assumer. Il a un nouveau bien distinct de celui qu'il a apporté* »²⁷⁸.

Cet auteur ajoute également que les titres sociaux « *permettent à l'associé de prendre sa place au sein du groupement sociétaire, tant pour profiter des richesses escomptées de la gestion des biens apportés, que pour assumer les pertes qui pourraient en résulter* »²⁷⁹.

La qualité d'associé est donc étroitement liée au risque social inhérent au titre de capital attribué en rémunération de l'apport en société. Ce critère s'accorde parfaitement avec le critère de l'apport, qui conserve donc toute son utilité.

Toutefois, les définitions de l'apport en nature ne permettent pas d'appréhender l'ensemble des fonctions du capital social. Celui-ci pourrait être défini plus judicieusement après un examen approfondi des effets de l'apport en nature sur le capital social.

Section 2 - L'apport en nature et le capital social

L'apport en société participe à la formation ou à l'augmentation du capital social et constitue l'un des éléments essentiels pour le contrat de société. Cependant, la relation traditionnelle entre l'apport en nature et le capital social est remise en cause (I). À cet égard, la valeur de l'apport en nature revêt une importance cruciale dans la détermination du montant du capital, ce qui conduit à examiner le contour de cette notion (II).

I- La connexion entre l'apport en nature et le capital social

114. Le dispositif encadrant les effets de l'apport en nature est particulièrement étoffé et évolutif. Le capital social, l'un des concepts fondamentaux d'une société (1), constitue un élément essentiel des capitaux propres (2).

²⁷⁸ A. Tadros, « La déconnexion entre la propriété des droits sociaux et la qualité d'associé », *RDC*, n° 01, p. 142, note sous comm. ; Cons. const., 16 sept. 2016, n° 2016-563 QPC.

²⁷⁹ A. Tadros, *op. cit.*

1) L'utilité du capital social

115. En principe, le capital social puise son utilité de ses fonctions traditionnelles. Ces dernières sont de nature économique, juridique et politique (a). Cependant, la perception du capital social en tant que gage pour les créanciers sociaux est incertaine (b).

a) Fonctions traditionnelles du capital social

116. Dans les sociétés de capitaux, le capital social constitue un élément essentiel et indispensable de l'acte de société. Il représente la somme des valeurs mises en commun par les associés sous forme d'apports en numéraire ou en nature. Son double aspect, juridique et comptable, justifie le caractère ambivalent de la notion²⁸⁰.

En droit comptable, l'apport en capital constitue la première écriture comptable qui matérialise la naissance d'un bilan d'ouverture d'une société. La valeur patrimoniale de l'apport est enregistrée au compte approprié de l'actif, concomitamment au compte « capital social » au haut du passif du bilan.

À défaut de définition légale ou jurisprudentielle précise du capital social²⁸¹, la doctrine a tenté d'en apporter plusieurs définitions.

Ainsi, selon le professeur Lecourt, « *le capital social oscille ainsi constamment entre la notion de capital-chiffre, valeur comptable inscrite au passif du bilan, et la notion de capital-valeur d'actif intégrant les éléments patrimoniaux transmis* »²⁸².

Pour le Professeur Germain, le capital social s'assimile à « *la somme des valeurs d'apports, dont le caractère intangible ou la fixité permet de bloquer à l'actif des valeurs d'un montant correspondant* »²⁸³.

Le Professeur Cornu, quant à lui, précise que le capital social correspond à « *la somme des apports à effectuer par les associés* »²⁸⁴.

De son côté, le Professeur Mortier définit le capital social comme étant « *le poste du passif du bilan qui, exprimé en euros, parfois d'un montant minimal impératif, égale la somme des apports capitalisés (et, le cas échéant, des valeurs lui ayant été incorporées), forme la dette de*

²⁸⁰ . Lecourt, « Capital social », *Rev. soc.*, déc.2023, n° 35.

²⁸¹ A. Couret et J.-L. Medus, *Les augmentations de capital*, Economica, « Droit poche », 1994, p. 5.

²⁸² A. Lecourt, *op. cit.*, n° 35.

²⁸³ M. Germain, « Le capital de la société commerciale », *RJ com.* nov. 1987, n° spéc., p. 31.

²⁸⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2007, capital social.

dernier rang de la société envers ses associés qui tiennent leur créance des titres de capital, et a pour fonctions de financer la société, de protéger ses créanciers, et d'étalonner entre associés les droits et obligations »²⁸⁵. Par cette définition, l'auteur distingue trois fonctions du capital social, une fonction économique, de répartition des droits et obligations entre associés et de protection des créanciers.

Il nous semble que les deux dernières fonctions proposées par l'auteur sont discutables.

117. En effet, d'un point de vue économique, le capital social constitue un moyen de financement, par les associés, de l'outil de production et de l'activité de la société qui présente l'avantage fondamental de sa fixité tout au long de la vie sociale, contrairement à d'autres formes de financement²⁸⁶. Par ailleurs, le capital social constitue une dette de la société vis-à-vis des associés apporteurs. Celle-ci n'est pas exigible en cours de vie sociale, sauf en cas d'amortissement de capital. Il s'agit de la dernière dette du passif à être désintéressée avant la distribution éventuelle du *boni* de liquidation²⁸⁷. Cependant, selon un auteur, le capital social peut également constituer une contrainte susceptible de freiner l'initiative économique²⁸⁸.

118. Dans les sociétés de capitaux, le capital social constitue la clé de répartition des droits et pouvoirs des associés dans la société²⁸⁹. Cependant, le principe de répartition proportionnelle envisagé à l'article 1844-1 du Code civil est supplétif. En effet, les statuts peuvent prévoir une répartition inégalitaire²⁹⁰, en accordant à certains associés une part plus importante de droits aux bénéfices que celle qu'ils devaient recevoir selon la proportionnalité de leur apport, sous réserve de respecter l'interdiction des clauses léonines²⁹¹.

Dans les sociétés de capitaux, le capital social joue également un rôle crucial dans la protection des tiers, et en particulier les créanciers sociaux. Cette protection repose sur le principe de fixité et d'intangibilité du capital social.

²⁸⁵ R. Mortier, *Opérations sur capital social*, Lexis Nexis, « Droit et professionnels », 2023, n° 5, p. 3.

²⁸⁶ A. Lecourt, *op. cit.*, n° 18.

²⁸⁷ A. Bonjean-Moillo, *Essai d'une théorie du partage des sociétés commerciales*, thèse Rennes, 1967, n° 1.

²⁸⁸ T. Massart, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly*, 2009, p. 632.

²⁸⁹ CA Douai, 15 nov. 1999, n° 97/06832.

²⁹⁰ Cass. com., 12 nov. 1962, *Gaz. Pal.*, 1963, I, 165.

²⁹¹ CA Paris, oct. 1993, n° 92-004110 ; K. Panichi, F. Fayot, *Le Bicentenaire du Code civil, une contribution luxembourgeoise*, Portalis, 19 janv. 2004, p. 375 ; M. Ndiaye, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2017, n° 181.

Traditionnellement, le capital social est considéré comme le gage des créanciers sociaux. Pour autant, cette qualification nous paraît critiquable à plusieurs égards.

b) La remise en cause du principe du capital, gage des créanciers

119. D'un point de vue juridique, le capital social est traditionnellement considéré comme un instrument de garantie pour les créanciers et les partenaires sociaux²⁹². Il offre classiquement un droit de gage général²⁹³. Cette qualification retenue par la jurisprudence s'explique par le fait que les créanciers priment sur les associés lors de la liquidation de la société débitrice²⁹⁴. Néanmoins, cette fonction nous semble trompeuse pour deux raisons principales.

D'une part, le capital social, représenté par des parts ou actions, est la propriété exclusive des associés apporteurs. En cas de contentieux avec un créancier social, ce dernier ne peut pas saisir les titres de capital qui ne sont pas inclus dans la masse des biens de la société débitrice²⁹⁵. En revanche, le créancier peut solliciter la saisie de tout élément de l'actif social en garantie du paiement de sa créance.

D'autre part, le principe de fixité et d'intangibilité du capital social n'est pas corroboré par la pratique. En effet, plusieurs opérations sur le capital social peuvent être décidées selon les règles de quorum et de majorité applicables aux modifications statutaires.

120. Au cours de la vie sociale, les associés d'une société de capitaux peuvent réduire le capital social de la société pour absorber des pertes sans que les créanciers puissent s'y opposer²⁹⁶. Cependant, lors d'une réduction de capital social non motivée par des pertes, les droits des créanciers sont protégés²⁹⁷. En effet, la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 leur accorde la faculté de former opposition à toute réduction de capital non motivée par des pertes qui pourrait porter préjudice à leurs intérêts²⁹⁸. Une réduction de capital non motivée par des pertes se traduit généralement par un remboursement partiel des apports des associés²⁹⁹, ou encore par l'annulation de parts ou d'actions que la société a préalablement rachetées.

²⁹² M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 603, p. 247.

²⁹³ F. Goré, « La notion de capital », in mél. R. Rodière, 1982, *Dalloz* 1982, p. 85.

²⁹⁴ CA Paris, 27 sept. 1977, *D.* 1978. IR 250, obs. J. Bousquet.

²⁹⁵ P.-L. Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 9^e éd. LGJD, 2022, p 447-448.

²⁹⁶ Le Lamy droit des sûretés – Expert, 2024, Sort du nantissement en cas de réduction du capital, n° 253-69.

²⁹⁷ D. Poracchia, « LBO, Acquisition avec effet de levier », *Rev. soc.*, 2005, n° 65.

²⁹⁸ C. com. art. L. 225-205, pour les SA et art. L. 223-34, al. 3, pour les SARL ; Décret n° 67-236 du 23 mars 1967 réglemente en son article 180 la procédure d'opposition.

²⁹⁹ D. Poracchia, *op. cit.*

121. Le capital social d'une société n'a qu'une valeur apparente³⁰⁰ lorsque les déficits comptables cumulés au titre d'un ou de plusieurs exercices comptables antérieurs absorbent la totalité du capital social³⁰¹. Dans une telle situation, le capital social perd sa signification en tant que garantie des créanciers³⁰², particulièrement lorsque l'actif social est entièrement entamé³⁰³, entraînant des capitaux propres négatifs.

122. Le capital social peut, ainsi, être entièrement amorti par une décision collective des associés, ce qui implique un remboursement anticipé de la valeur nominale aux associés sans que les créanciers puissent s'y opposer. Suite à cette opération, le capital social n'est qu'apparent, car il est en réalité entièrement remboursé. Dans ce cas, les titres de capital se transforment en actions de jouissance³⁰⁴.

La suppression du capital minimum légal pour les SARL et les SAS³⁰⁵ constitue également une entorse à ce principe, ce qui traduit un abandon de la conception classique du capital social comme gage des créanciers.

À partir de cette analyse, il apparaît que la définition proposée par le Professeur Mortier permet d'appréhender les principales fonctions du capital social³⁰⁶. En effet, elle met en lumière les deux aspects fondamentaux du capital social : l'aspect matériel et l'aspect fonctionnel. L'aspect matériel souligne le caractère comptable de la notion, tandis que l'aspect fonctionnel évoque, d'une part, la protection des créanciers sociaux et des tiers, et d'autre part, la répartition des droits et obligations, politiques et financières, entre les associés apporteurs.

³⁰⁰ Le capital social ne reflète que la valeur nominale des apports.

³⁰¹ Du moins, si les capitaux propres ne sont pas reconstitués et la société a décidé la continuité d'exploitation (C. com. art. L. 223-42 pour les SARL et L. 225-248 pour les SA) : un capital social d'un montant de 2 000 000 € enregistrant un report à nouveau négatif de 5 000 000 €. Les capitaux propres sont de l'ordre de – 3 000 000 €. Le capital social ne peut plus servir de gage de créanciers.

³⁰² Y. Reinhard, « Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004 », in Des lois Initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées, Journées d'études Dalloz 2004, p. 6.

³⁰³ Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. 1, Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, « Droit des affaires et de l'entreprise », 12e éd. 2003, n° 110.

³⁰⁴ C. com. art. L225-198. Ce texte dispose : « l'amortissement du capital est effectué en vertu d'une stipulation statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire et au moyen des sommes distribuables au sens de l'article L. 232-11. Cet amortissement ne peut être réalisé que par voie de remboursement égal sur chaque action d'une même catégorie et n'entraîne pas de réduction du capital. Les actions intégralement amorties sont dites actions de jouissance ».

³⁰⁵ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 et la loi n°2008-776 du 4 Août 2008.

³⁰⁶ Voir n° 120 *supra*.

En somme, le capital social est composé d'apports en société ayant pour objet la réalisation de l'activité.

2) Le capital social élément essentiel des capitaux propres

123. Le capital social constitue la composante fondamentale des capitaux propres. Toutefois, des divergences peuvent surgir lorsqu'une disparité s'observe entre la valorisation effective des apports en nature et le montant du capital social représentant cet apport (a), générant ainsi une disjonction entre le capital social comptable et l'équitable répartition des droits des apporteurs (b).

a) Entorse entre le capital social et la valeur d'apport en nature

124. En tant que somme de la valeur nominale des droits sociaux le composant, le capital social constitue, en principe, la clé usuelle de répartition des droits et prérogatives des associés dans la société³⁰⁷.

Selon le Professeur Lecourt, « *L'ambivalence de la notion de capital social, qui représente dans le même temps la valeur numéraire inscrite dans les statuts et la réunion des apports transmis à la société, traduit clairement sa double approche. Le capital social oscille ainsi constamment entre la notion de capital-chiffre, valeur comptable inscrite au passif du bilan, et la notion de capital-valeur d'actif intégrant les éléments patrimoniaux transmis* »³⁰⁸.

Le capital social se distingue des capitaux propres³⁰⁹, bien qu'il en fasse partie intégrante. En effet, les capitaux propres se composent, notamment, du montant nominal du capital social à un instant donné³¹⁰ et de la totalité des résultats, positifs ou négatifs, cumulés et non distribués depuis la création de la société³¹¹. Ils comprennent également les primes liées au capital, les écarts de réévaluation, les subventions d'investissement et les provisions réglementées.

³⁰⁷ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 101.

³⁰⁸ A. Lecourt, *op. cit.* n° 35.

³⁰⁹ C. com. art. L. 123-13 ; J. Stoufflet, « Les capitaux propres », *Rev. soc.*, 1986, p. 541 ; H. Blaise, « Les fonds propres de l'entreprise », *Mél. J. Derrupé, LGDJ, Joly*, 1991, p. 215 ; Y. Bernheim, « Fonds propres et quasi-fonds propres », *Rev. Banque* 1992, p. 450.

³¹⁰ Le capital social intègre l'apport initial des associés à la constitution de la société et toutes les opérations d'augmentation ou de réduction de capital réalisées au cours de la vie sociale.

³¹¹ Le résultat de chaque exercice social est affecté par une assemblée générale ordinaire des associés. En présence d'un résultat bénéficiaire et après imputation des déficits antérieurs, la constatation des réserves légales ou statutaires s'impose avant toute affectation librement décidée par les associés.

L'assemblée générale ordinaire peut alors décider librement l'affectation du reliquat, soit en réserves libres, report à nouveau ou encore distribution sous forme de dividendes aux associés.

Alors que le capital social renvoie à une mention statutaire fixe³¹², les capitaux propres sont par essence fluctuants et dépendent de la variation des éléments qui les composent. Ils constituent, ainsi, l'indicateur phare de la situation financière de la société par comparaison avec le montant du capital social.

125. Le droit de l'associé apporteur sur sa participation au capital social lui donne un droit indirect, dans la proportion de sa participation, sur les capitaux propres et corrélativement sur l'actif net de la société. Ainsi, selon un auteur, « *l'insuffisance d'apport au regard de la participation accordée dans le capital social – de façon plus claire, la surévaluation d'un apport – occasionne à la personne morale un ensemble de préjudices, parmi lesquels l'infidélité de ses comptes, l'altération de son crédit, et le mieux connu : la perte de valeur des titres représentant son capital* »³¹³.

126. La surévaluation de la valeur du bien apporté entraîne une déconnexion entre la valeur réelle de celui-ci et le montant du capital social dont il est la contrepartie.

C'est dans ce sens que l'auteur considère que « *les associés ou les actionnaires autres que l'apporteur subissent également un préjudice, car la surévaluation d'un nouvel apport crée un déséquilibre qui, affectant certes la valeur de l'ensemble des titres représentatifs du capital, altère d'abord et surtout la valeur des titres que les intéressés détenaient antérieurement à cet apport* »³¹⁴.

Ainsi, en présence d'un apport en nature surévalué, l'équilibre bilanciel comptable n'est qu'apparent.

b) Déconnexion du capital social avec les droits des apporteurs

127. L'apport en nature est rémunéré par des titres de capital dont la valeur nominale globale peut être significativement inférieure à la valeur de l'apport. La différence entre ces deux composantes constitue la prime d'apport, enregistrée dans un compte de capitaux propres. Cette prime vise à égaliser les droits de l'apporteur en nature avec ceux des associés anciens, en particulier lorsqu'il existe des réserves ou des plus-values d'actif apparentes ou latentes³¹⁵. La prime d'apport peut être incorporée au capital social. Toutefois, tous les associés, anciens et

³¹² Le principe de fixité et d'intangibilité est remis en cause, voir n° 121 *supra*.

³¹³ J.-F. Barbiéri, note sous Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-28091, *Bull. Joly soc.* n° 09, 01 sept. 2017, p. 513.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ Documentation pratique Affaires, éd. F. Lefebvre, Série SARL, 19 déc. 2023, n° 22540.

apporteurs, disposent d'un droit proportionnel à leur participation au capital social sur cette prime d'apport.

Un auteur souligne cette déconnexion patente de l'apport en nature du capital social³¹⁶. En effet, sous l'influence de la volonté des parties et, plus généralement, de la liberté contractuelle, la valeur nominale des titres attribués à l'apporteur peut différer de la valeur d'un apport, démontrant ainsi que ces deux notions ne sont pas nécessairement corrélées.

128. En principe, les bénéfices réalisés ou les dividendes éventuels sont distribués à tous les associés proportionnellement à leurs apports en capital. Le même principe s'applique aux contributions aux pertes. Cependant, en vertu d'une disposition statutaire, une répartition inégalitaire³¹⁷ entre les associés de certains prérogatives politiques et droits financiers peut être autorisée, à l'exception des privations réputées clauses léonines³¹⁸.

Dans ce sens, la chambre des requêtes a jugé dans un arrêt particulièrement intéressant, que « *la stipulation par laquelle un des associés est affranchi de toute contribution aux pertes est nulle comme contraire à l'essence de la société* »³¹⁹. Il pourrait s'agir, à titre d'exemple, d'un partage égal des bénéfices et des pertes, nonobstant l'inégalité des apports, ou inversement, d'un partage inégal des bénéfices et des pertes en dépit d'une égalité d'apports.

129. Les droits politiques et financiers de l'apporteur d'un bien pourraient ainsi s'avérer disproportionnés au regard de sa participation au capital. Cette question de proportionnalité entre prérogatives de l'apporteur et apport suppose, au préalable, une détermination de la valeur réelle de l'apport.

³¹⁶ H. Le Nabasque, « La fin de la connexion apports/capital ? » in *Quel avenir pour le capital social*, Dalloz, juin 2004, p. 117 et s.

³¹⁷ La répartition inégalitaire ne peut avoir pour effet de priver un associé d'une part dans les bénéfices ou réduire cette part à une portion insignifiante, ce qui constituerait une clause léonine réputée non écrite.

³¹⁸ C. civ. art. 1844-1 ; Req. 16 janv. 1884, *DP* 1884, 1, p. 122 ; Cass. civ. 11 juill. 1894, *DP* 1894, 1, p. 531 ; J. Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993, chron. p. 59 ; F.-X. Lucas, « Promesse d'achats de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines ; à la recherche de la cohérence perdue », *JCP E* 2000, 168.

³¹⁹ Cass. req., 14 juin 1882, *DP* 1884, 1, p. 222 ; Cass. req., 16 janv. 1884, *DP* 1884, 1, p. 122 ; Cass. civ. 11 juill. 1894, *DP* 1894, 1, p. 531.

II- La valeur d'apport en nature

130. Afin d'appréhender le contour juridique et financier de la valeur de l'apport en nature, il est impératif d'établir une définition précise de la notion de valeur **(1)**, avant de procéder à l'identification et l'analyse des divers facteurs qui influent sur son évaluation **(2)**.

1) La notion de valeur d'apport

131. La notion de valeur dans le domaine économique est omniprésente et revêt une complexité inhérente. De ce fait, la valeur d'un actif est une notion diffuse, influencée par divers facteurs et interprétations **(a)**. De même, l'évaluation de la valeur réelle de l'apport en société est une tâche complexe, qui nécessite de recourir à diverses méthodes d'évaluation **(b)**.

a) La valeur d'une entité économique, une notion disséminée

132. L'évaluation financière vise à déterminer la valeur réelle de la société et de l'actif apporté. La complexité principale du processus réside dans les difficultés à définir le concept de valeur réelle. L'étude sémantique du terme « *valeur* » nous amène à préciser ce concept.

Selon la théorie financière, deux notions de valeur d'entreprise sont couramment distinguées : la valeur intrinsèque et la valeur stratégique³²⁰. La première notion reflète les caractéristiques fondamentales de l'entreprise, tandis que la seconde reflète la valeur d'utilité pour un investisseur spécifique. Cette dernière est dérivée de la valeur fondamentale majorée ou minorée des effets des synergies opérationnelles et financières attendues de l'investissement³²¹.

133. En l'absence de définition légale de la valeur, le Professeur D'Arcimoles considère que *« la valeur résulte par ailleurs d'une estimation constante de l'équilibre rendement/risque des flux financiers attendus. Un investissement ou une décision ne sont pas évalués sur la base de leurs coûts ou de leurs bénéfices prévisionnels, mais en comparant leurs rendements espérés et attendus »*³²².

³²⁰ J.-J. Pluchart & L. Barbara, « Vers une approche constructionniste du processus d'évaluation de l'entreprise », *Recherches en Sciences de Gestion* 2014/1 N° 100, 2014, p 50.

³²¹ A. Damodaran scinde les opérations d'évaluation en trois phases : cadrage de la valeur fondamentale de l'entreprise-cible, estimation de sa valeur stratégique, négociation de sa valeur (ou prix) de transaction ; Cité par J.-J. Pluchart et L. Barbara, *op. cit.*, p. 53.

³²² C.-H. D'Arcimoles, « Fiabilité de la valeur, valeur de la fiabilité », *Revue française de gestion*, vol.35, issue 198-199, 2009 p. 3.

Par ailleurs, Foulquié définit la valeur économique comme « *la propriété de ce qui peut contribuer à la satisfaction des besoins des hommes* ». Il assimile la valeur à « *tout ce qui réaliserait la nature propre de l'agent moral, ou cette réalisation elle-même* »³²³.

De son côté, l'Institut des experts en évaluation (CBV) indique que la valeur théorique d'une entreprise représente sa « *juste valeur marchande* ». Il s'agit pour l'institut de « *la somme la plus élevée à laquelle s'échangerait une entreprise entre un acheteur et un vendeur consentant et apte, sur un marché ouvert et libre, lorsque ni l'un ni l'autre n'est forcé d'acheter ou de vendre et que les deux parties ont une connaissance raisonnable des faits* »³²⁴.

Cette définition se révèle très proche de celle de la juste valeur définie par la norme IFRS 2.

En revanche, l'économie du marché accorde la prééminence à la valeur d'échange qui, contrairement à la valeur d'utilité, a une portée générale. La valeur économique permet d'ancrer le concept dans la dualité « utilité - préférence »³²⁵.

À cet effet, en l'absence d'une définitin légale de la notion de la valeur, il convient d'examiner la distinction de la notion de valeur réelle par rapport à d'autres notions.

134. La juste valeur - La norme comptable IAS 32, reprise par la norme IFRS 2, définit la juste valeur comme étant « *le montant pour lequel un actif pourrait être échangé, un passif éteint, ou un instrument de capitaux propres attribué entre des parties bien informées et consentantes dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de concurrence normale* »³²⁶.

L'IFRS 36 traite de l'évaluation des unités génératrices de trésorerie (UGT), applicable à l'évaluation d'apports partiels d'actif, de fonds de commerce ou de l'entreprise dans sa globalité.

³²³ P. Foulquié, Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, Paris, « Grands Dictionnaires », 1992, p. 749.

³²⁴ Institut des experts en évaluation d'entreprise, <https://cbvinstitute.com/practice-bulletin-no-2-e-2001/>, consulté le 17 janv. 2024.

³²⁵ Y. Pesqueux, « Valeurs et notions associées », 2007, p. 13 ; <https://hal.science/hal-00510882/document>, consulté le 17 juin 2023.

³²⁶ IAS 32.

La notion de juste valeur est omniprésente dans les normes comptables internationales (IFRS)³²⁷. Par ailleurs, l'article L. 225-147-1³²⁸ du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020, fait également référence à la juste valeur à deux reprises.

Ainsi, la juste valeur est une norme d'évaluation d'un actif permettant d'ajuster des valeurs comptables aux valeurs économiques censées être représentées dans les comptes sociaux³²⁹. Elle est définie, selon un auteur, comme « *la promesse d'une information utile aux décisions économiques et une représentation panoptique, dans le sillage de l'hypothèse d'efficience des marchés* »³³⁰.

En principe, la juste valeur renvoie à un marché actif³³¹, ce qui lui permet de correspondre à la valeur réelle. Toutefois, en l'absence d'un marché actif, l'évaluation de la valeur du bien devient subjective, et la juste valeur peut ne pas refléter la valeur réelle.

135. La juste valeur en IFRS - La norme IFRS 13 définit la juste valeur selon trois niveaux.

La juste valeur marchande d'un actif qui correspond au prix le plus élevé, dans l'hypothèse d'efficience³³² d'un marché actif et liquide³³³, constitue le premier niveau, encore appelé « mark-to-market ».

En l'absence de marché actif ou si l'évaluation porte sur un bien non coté, la juste valeur doit être évaluée sur la base d'un modèle qui résulte d'une estimation interne.

³²⁷ Règl. 1126/2008 de la Commission européenne du 3 novembre 2008 reprenant l'ensemble des normes applicables à cette date comprend 1165 occurrences du terme « juste valeur ».

³²⁸ C. com. art. L. 225-147-1- I. Selon ce texte, les articles L. 225-147 et L. 22-10-53 ne sont pas applicable, sur décision du conseil d'administration ou du directoire, lorsque l'apport en nature est constitué : 2° « *D'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire mentionnés au 1° si, dans les six mois précédant la date de la réalisation effective de l'apport, ces éléments ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un commissaire aux apports dans les conditions définies à l'article L. 225-147* ».

II- 2° Dans le cas prévu au 2° du même I, des circonstances nouvelles ont modifié sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date de la réalisation effective de l'apport.

³²⁹ L. Jerman, *La production des évaluations actuarielles de la juste valeur dans les organisations : Une étude des acteurs, outils et contextes de la préparation des comptes*, thèse Paris Dauphine, 2014, n° 15.

³³⁰ L. Jerman, thèse préc., n° 62.

³³¹ Selon la norme IFRS 2, la détermination de la juste valeur d'un actif ou d'un passif impose une estimation de la valeur de cession sur un marché actif, hors frais de cession ou à une estimation de la valeur d'utilité.

³³² Ch. Walter, « Une histoire du concept d'efficience sur les marchés financiers », *Annales, Histoire Sciences Sociales*, v. 51, 1996, n° 4, p. 873-905. Selon l'auteur « *le marché est alors efficient, dans le sens où, en tant que mécanisme d'échange, l'information nécessaire à cet échange est correctement transmise par les prix* »,

³³³ L. Jerman, thèse préc., p 35.

Si le modèle n'utilise que des paramètres observables (*niveau 2*), on parle alors de « mark-to-model ». À cet égard, l'actif est valorisé au « prix de modèle », ce qui peut générer des externalités négatives³³⁴. En revanche, si le modèle utilise des paramètres non observables (*niveau 3*), la valeur de l'actif correspond à une estimation très aléatoire de la juste valeur. Ce niveau est le plus subjectif et certains auteurs le qualifient de « mark-to-myself »³³⁵.

Seules les valeurs issues de marchés actifs et efficients peuvent prétendre aux qualités d'objectivité et de neutralité. Certains auteurs considèrent que « *la juste valeur représente la valeur du marché si celle-ci se détermine à partir d'un marché actif* »³³⁶. Il nous semble que cette valeur peut être influencée par d'autres effets subjectifs.

L'Avis n° 126/18 du CNC belge relatif à la valeur d'acquisition en cas d'apport en nature détermine celle-ci par référence à la « *juste valeur* » des actions émises. Celle-ci renvoie à la valeur des biens apportés comme convenu entre les parties. Pareillement, la réglementation française prévoit que la valeur d'acquisition en cas d'apport correspond aux valeurs mentionnées dans l'acte d'apport³³⁷.

Cependant, en l'absence d'un marché actif³³⁸ et efficient, la juste valeur d'une entreprise ou d'un actif isolé, estimée par analogie d'un modèle observable ou non, devient aléatoire et pourrait ne pas refléter leur valeur réelle. Nonobstant l'impartialité et la sincérité des évaluateurs dans la détermination de la « *juste valeur* », la fiabilité de celle-ci n'est que relative, notamment en termes d'objectivité et de neutralité³³⁹. La juste valeur d'une entreprise ou d'un actif isolé apporté en société trouve ainsi ses limites liées aux marchés.

³³⁴ L. Clerc et D. Marteau « « *Juste valeur* » et « *prix de modèle* », une comparaison internationale, de la structure des portefeuilles de trading et du ratio « rentabilité/risque » », *Revue d'économie financière*, n° 115, mars 2014 p 309.

³³⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/Juste_valeur, consulté le 14 sept. 2023.

³³⁶ M. E. Barth et W. R. Landsman, « Fundamental Issues Related to Using Fair Value Accounting for Financial Reporting », *Accounting Horizons*, déc. 1995.

³³⁷ PCG, art. 321-2.

³³⁸ Y. Bernheim et L. Escaffre, « Évaluation à la juste valeur, Un nouveau modèle comptable ». *Comptabilité Contrôle Audit*, 1999, p. 25-45. , <https://hal.science/hal-00769364/document>, consulté le 16 avr. 2024. Les auteurs reprennent la formulation de l'ancienne norme IAS 32 publiée en 1995 qui disposait que : « *lorsque l'activité de marché est faible, que le marché n'est pas bien établi ou que les volumes de transactions sont faibles par rapport au nombre d'unités d'instruments financiers à valoriser, les cours du marché ne peuvent pas refléter la juste valeur de l'instrument* ». Cette formulation n'a pas été reprise dans la norme IAS 39 relative à l'évaluation des instruments financiers publiée en 1998.

³³⁹ Y. Bernheim et L. Escaffre, *op. cit.*, p. 25-45.

136. La valeur intrinsèque - La valeur intrinsèque d'une entreprise ou d'un actif isolé correspond, selon un auteur, «à ce qu'il serait possible d'en tirer si elle était mise à l'encan»³⁴⁰. Les analystes estiment la valeur intrinsèque en utilisant plusieurs méthodes d'évaluation basées principalement sur la réévaluation des différents éléments constituant l'actif et le passif³⁴¹.

Si cette méthode est adaptée pour les entreprises propriétaires d'un patrimoine corporel important, elle est critiquée pour les entreprises dont l'activité est basée sur des actifs incorporels³⁴², tels que les marques, les brevets, les accords de franchise et les plateformes numériques.

137. Pour les entreprises *Higt Tech* ou gestionnaires de plateformes numériques³⁴³ tels que, *Meta* (anciennement Facebook), *X* (anciennement Twitter), *UBER*, etc., qui n'enregistrent pas des investissements corporels élevés, mais génèrent des profits importants, la valeur intrinsèque n'est pas adaptée puisqu'elle est significativement inférieure à la valeur réelle. Ainsi, un écart important apparaît dans l'évaluation selon la méthode utilisée par l'évaluateur³⁴⁴. Ce constat souligne la subjectivité des différences majeures dans les résultats en fonction de la méthode d'évaluation choisie par l'évaluateur.

À cet effet, pour obtenir une meilleure évaluation des entreprises ayant des activités commerciales « ordinaires », le goodwill doit donc être ajouté à la valeur intrinsèque. Le calcul du goodwill implique une estimation de la valeur actuelle des bénéfices futurs attendus³⁴⁵.

La comparaison entre la valeur intrinsèque et la valeur de marché permet de savoir si un actif, un bien ou une entreprise est surévalué, sous-évalué ou à sa valeur réelle. Si la valeur intrinsèque

³⁴⁰ L. Boluze, « Valeur intrinsèque, définition et caractéristiques », *Revue électronique capital*, 01 avr.2021.

³⁴¹ OEC, Mission d'évaluation, guide pratique, édition 2012, collection pratique professionnelle, guide d'expert, p. 33.

³⁴² P. Bonet, *Mesure de la valeur des actifs immatériels du système d'information, Valeur intrinsèque des données, règles et processus*, Hermès - Lavoisier, « Etudes et logiciels informatiques », 2011, p. 60.

³⁴³ S. Mchawrab, M. M. Albouy, M. Kergoat et S. Dubreuille, « Les dessous de l'évaluation des entreprises *high tech* », *Finance contrôle stratégie*, 18 févr. 2015, n° 3.

³⁴⁴ S. Mchawrab, M. M. Albouy, M. Kergoat et S. Dubreuille, *op. cit.*, n° 3. Les auteurs démontrent que « le modèle qui tend à faire exploser les différences est le modèle de Schwartz et Moon avec des écarts moyens de + 958,46 % sur Amazon, + 427,18 % sur Apple et + 222,84 % pour HP.... Pour huit entreprises (Adobe, Amazon, Cisco, Google, Intel, Microsoft, Oracle et Yahoo), les estimations intrinsèques s'opposent en sous-évaluant et surévaluant le titre sur la même période en fonction du modèle utilisé ».

³⁴⁵ OEC, *op. cit.*, p. 41.

est supérieure à la valeur de marché, il y a sous-évaluation. À l'inverse, si la valeur de marché est supérieure à la valeur intrinsèque, il y a surévaluation.

La valeur intrinsèque représente donc la valeur réelle d'un bien qui s'oppose à la valeur de marché qui peut fluctuer en fonction de la subjectivité des agents économiques³⁴⁶. La recherche de la valeur intrinsèque constitue un élément de l'analyse fondamentale³⁴⁷ à laquelle les investisseurs recourent pour évaluer un apport en nature.

138. La valeur d'utilité - Pour La Professeure Médevielle, « *la valeur d'un bien est dépendante de l'utilité que les hommes peuvent en tirer . L'utilité ou la valeur réelle d'un bien représente la fin pour laquelle celui-ci est sur le marché* »³⁴⁸.

Selon la norme comptable internationale IAS 36, la valeur d'utilité d'un actif ou d'une unité génératrice de trésoreries (UGT) correspond à « *la valeur actuelle des flux futurs générés par l'utilisation de l'actif et donne une estimation de sa valeur de marché* »³⁴⁹. Ainsi, la notion de valeur d'utilité permet d'appréhender une estimation de la valeur de marché d'un actif à la date actuelle, en anticipant les revenus futurs qu'il générera.

La détermination de la valeur d'utilité d'un actif s'appuie sur la méthode d'actualisation des flux de trésorerie disponibles³⁵⁰. À cet effet, il importe d'anticiper les flux prévisionnels potentiellement générés par l'actif apporté et d'appliquer un taux d'actualisation³⁵¹ qui reflète le niveau de risque associé à cet actif pour la société bénéficiaire de l'apport. Ainsi, plus le taux d'actualisation utilisé dans le calcul de la valeur d'utilité est élevé, plus le risque associé au rendement de cet actif s'avère important³⁵².

En outre, plusieurs facteurs impactent le flux de trésorerie prévisionnel selon la structure de la société bénéficiaire de l'apport.

³⁴⁶ L. Boluze, « Valeur intrinsèque, définition et caractéristiques », *Revue électronique capital*, 01 avr. 2021.

³⁴⁷ Ch. Walter et É. Brian, « Critique de la valeur fondamentale », *Springer Paris*, 2008, p. 187.

³⁴⁸ G. Médevielle, « Le credo caché de l'évaluation financière d'un bien, retour sur la notion de juste prix chez saint Thomas d'Aquin », *Institut Catholique de Paris*, Transversalités, oct.-déc. 2012, n° 124, p. 26.

³⁴⁹ R. Obert, *Pratique des normes IFRS, Référentiel et guide d'application*, 7^e éd. Dunod, p 319.

³⁵⁰ IAS 36.

³⁵¹ Selon Ch. Gollier, « Taux d'actualisation et rémunération du capital », *Revue française d'économie* 2015/4, VXX, p. 15. L'auteur considère que « *le Coût moyen pondéré du capital est composé d'une part du coût des fonds propres et d'autre part du coût de la dette. Il est le fruit de la pondération de ces deux éléments en fonction de leur poids relatif dans le financement d'une entreprise ou d'un projet* ».

³⁵² Ch. Gollier, *op. cit.*, p. 5.

La valeur d'utilité peut varier selon les objectifs stratégiques de la société bénéficiaire de cet apport. En effet, les professionnels du chiffre la désignent par différentes appellations, telles que valeur d'usage, valeur d'utilisation ou valeur d'exploitation.

La Professeure Médevielle estime que la valeur d'apport d'un actif ne se limite pas à sa simple valeur intrinsèque ou à sa juste valeur, mais tient également compte des intérêts et des préjudices que l'opération d'apport peut induire chez l'apporteur et la société bénéficiaire de l'apport³⁵³.

Ainsi, selon un auteur, « *celui qui acquiert un objet qui lui est très avantageux peut spontanément payer au vendeur plus que le prix convenu* »³⁵⁴. Cet auteur ajoute que la valeur d'apport prend alors la forme d'une « *compensation qu'il faut accorder et qui doit être proportionnée à l'utilité dont on a tiré profit* »³⁵⁵.

Par conséquent, la valeur d'apport d'un actif ou d'une UGT correspond, à notre sens, à sa valeur d'utilité pour les participants à l'opération. Cette valeur peut différer de la juste valeur ou de sa valeur intrinsèque.

b) La valeur réelle de l'apport en société, une notion mitigée.

139. En l'absence de définition légale de la valeur réelle, la jurisprudence et la doctrine proposent deux conceptions divergentes.

La jurisprudence considère qu'un bien doit être apporté en société à sa valeur réelle, évaluée de manière objective, en tenant compte des conditions du marché et des spécificités du bien. La valeur réelle correspondrait, en principe, au prix de vente que l'apporteur aurait pu obtenir s'il avait cédé le bien plutôt que de l'apporter en société³⁵⁶.

La Cour de cassation a précisé, en ce sens, dans un arrêt du 12 avril 1976, que « *s'il est vrai que l'article L. 241-3 du Code de commerce ne précise pas ce qu'il faut entendre par valeur réelle et si l'apporteur, comme le commissaire aux apports sous sa responsabilité*³⁵⁷, *sont tenus d'apprécier cette valeur vénale ou marchande des biens apportés, et peuvent être*

³⁵³ G. Médevielle, *op. cit.*, n° 124, 26.

³⁵⁴ ST, IIa - IIae, q. 77, a. 1, c.

³⁵⁵ ST, IIa-IIae, q. 77, a. 1, ad. 3

³⁵⁶ J.-M. Robert, « Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature », *D.* 1974, Chron. p. 99.

³⁵⁷ C. com. art. L. 223-9 et L. 225-14 (articles 40 et 86 de la loi du 24 juill. 1966).

*amenés à prendre en considération certains critères objectifs étrangers à la simple valeur vénale ou marchande des biens apportés »*³⁵⁸.

Toutefois, certains ajustements au prix du marché peuvent être nécessaires compte tenu du contexte de l'apport et des critères subjectifs³⁵⁹.

Le Tribunal correctionnel de Paris, dans l'affaire des frères Willot, a admis la conception subjective de la valeur, en retenant que *« si les dirigeants de la société apporteuse et de la société réceptrice ont débattu contradictoirement et librement de la valeur de ces apports et de leur rémunération, on ne saurait leur faire grief de les avoir valorisés en considération de l'intérêt économique né du rapprochement des deux entreprises, surtout s'agissant d'entreprises industrielles »*³⁶⁰.

Par ailleurs, selon la doctrine, *« deux conceptions de la valeur de l'apport en nature s'opposent : la première considère que les apports en nature doivent être estimés à une valeur aussi proche que possible de la valeur vénale ou de marché, la seconde introduit des éléments dits « subjectifs » dans cette évaluation au motif que ces apports sont effectués à l'occasion d'une opération déterminée, spécifique, réalisée dans la perspective le plus souvent d'un rendement ou d'une rentabilité accrus, et, en conséquence, les motivations de l'opération permettent légitimement de valoriser ces apports de façon sensible »*³⁶¹.

140. Déterminer la valeur réelle absolue d'un actif ou d'une entreprise s'avère complexe, voire impossible. En général, cette valeur est établie en combinant plusieurs méthodes de valorisation, afin d'obtenir une fourchette ajustée prenant en compte les spécificités du bien évalué³⁶².

³⁵⁸ Cass. crim., 22 janv. 1990, n° 88-84.955, *Bull. crim.*, n° 35, *BRDA* 1990, n° 7, p. 8 ; *Juris-Data* n° 1990 - 000483 ; *Rev. soc.*, 1990, p. 456, note F. Doucet ; Cass. crim., 12 avr. 1976, n° 75-91.627, *Bull. crim.*, n° 115, *JCP G* 1977, II, 18 523, note Y. Guyon ; *Rev. soc.*, 1977, p. 293, note B. Bouloc ; M. Trochu, M. Jeantin et D. Langé, « Sur l'évaluation des apports en nature dans les groupes de sociétés », *D.* 1975, chr., p. 7 ; J.-M. Robert, *op. cit.*, p. 97.

³⁵⁹ Cass. crim., 12 avr. 1976, *op. cit.*

³⁶⁰ TGI. Paris, 16 mai 1974, *Rev. soc.*, 1975, p. 657, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1976, p. 579, obs. R. Houin ; CA Paris, 3 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, I, p. 8, note A. P. S. ; J. Lacoste, « Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache – Willot », *JCP CI* 1975, II, 11855.

³⁶¹ Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 3434.

³⁶² A. Bouquemon, « Les méthodes d'évaluation des sociétés familiales d'exploitation », *JCP N* n° 51-52, 23 déc. 2022, 1295.

La valeur réelle d'une entreprise ou d'un actif est considérée comme une grandeur économique qui représente sa valeur subjective et qui intègre tous les éléments pertinents, qu'ils soient matériels ou immatériels.

La norme IAS32 détermine la valeur d'apport par référence à la « *juste valeur* » des actions émises, correspondant à la valeur des biens apportés selon l'accord entre les parties. Toutefois, l'évaluation financière de l'actif ou de l'entreprise apporté à une société de capitaux peut souvent différer de la valeur d'apport.

En cas de vente dans un marché efficient, les acheteurs potentiels peuvent se montrer désireux d'acquérir une entreprise à un prix différent de sa valeur vénale. Cet écart résulte de plusieurs facteurs tels que la capacité de négociation des parties, l'objectif stratégique projeté par l'acheteur pour l'exploitation de l'actif acheté, les modalités de paiement, *etc.*

À titre d'exemple, en raison de la synergie découlant de l'acquisition d'un actif ou d'une entreprise, un acheteur peut être prêt à payer un prix supérieur à sa juste valeur marchande. Cependant, cette synergie peut ne pas être recherchée par les autres acheteurs potentiels, ce qui pourrait les dissuader de proposer le même prix³⁶³.

Dans le cadre d'un apport en nature, la valeur d'apport peut également différer de sa valeur vénale. Outre les facteurs influençant cet écart dans le cadre d'une vente, d'autres éléments spécifiques à l'opération d'apport peuvent également jouer un rôle.

En effet, la société bénéficiaire de l'apport n'a pas à déboursier d'argent liquide pour acquérir l'actif apporté, tandis que l'apporteur reçoit en rémunération des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport. Ni sa trésorerie, ni son *ratio* d'endettement ne se trouvent ainsi affectés. Bien plus, son actif immobilisé, ainsi que ses capitaux propres sont consolidés et son outil de production renforcé.

2) Les facteurs d'influence sur la valeur d'apport en nature

141. Le processus d'évaluation n'est ni singulier, ni autonome. En effet, plusieurs paramètres influent sur la valeur fondamentale de l'entreprise³⁶⁴. Certains sont liés à l'apporteur, d'autres

³⁶³ Ex : Un commerçant qui achète un local limitrophe pour élargir son showroom d'exposition peut payer plus qu'un autre acheteur.

³⁶⁴ M. Nussenbaum et C. Karsenti, « Evaluation d'entreprises, comment calculer les primes ou les décotes », *Option finance*, n° 704.

à la société bénéficiaire de l'apport (a). Les paramètres d'influence du marché, des droits détenus sur le bien apporté et de l'appréciation de l'évaluateur importent également (b).

a) Facteurs inhérents aux parties à l'opération d'apport en nature

142. L'apport en nature offre à une société la possibilité d'intégrer des actifs utiles pour la réalisation de son objet social voire pour son développement. En effet, la décision d'une personne d'apporter son bien à une société en contrepartie de droits sociaux soumis aux aléas sociaux, voire même de VMDAC, plutôt que de le vendre purement et simplement et d'encaisser son prix, revêt une importance significative.

143. L'opération d'apport en nature suppose la détermination d'un rapport d'échange entre la valeur de l'apport et celle de la société bénéficiaire de l'apport qui doivent être déterminées par l'évaluateur³⁶⁵. Cette démarche diffère d'une simple cession d'actif, qui ne nécessite que la détermination de sa valeur. Ainsi, chaque partie impliquée dans l'opération d'apport se fixe ses propres objectifs stratégiques qu'elle ambitionne d'atteindre.

À ce titre, afin d'estimer la valeur stratégique de l'apport, la société bénéficiaire doit identifier et analyser l'objectif stratégique attendu par l'apporteur. L'apporteur entreprend également la même démarche afin d'estimer la valeur stratégique de la société bénéficiaire après la réalisation de l'opération d'apport. Selon les objectifs stratégiques identifiés par les parties prenantes, les méthodes d'évaluation et les paramètres applicables peuvent varier³⁶⁶.

144. L'acceptation par l'apporteur du risque inhérent à l'apport en société est justifiée par des objectifs stratégiques multiples et variés, dépendant principalement de la nature du bien à apporter et des intérêts attendus du projet sociétaire.

Une distinction s'opère naturellement entre l'apport d'un actif isolé, d'un fonds de commerce ou d'une entreprise individuelle.

145. Les motivations qui sous-tendent l'apport d'un actif isolé sont multiples. En effet, l'apport en nature peut permettre à l'apporteur de se prémunir contre certains risques liés à la gestion de son patrimoine ou de se prévaloir des avantages inhérents à la nouvelle mouture, sans pour autant céder son bien à une tierce personne. De plus, l'apporteur peut tirer profit de la gestion de l'actif apporté par un dirigeant expérimenté, créer une synergie avec d'autres actifs

³⁶⁵ AMF. 5 juill. 2018, art. 231-18, 2, a.

³⁶⁶ SFEV – Groupe de travail Primes et décotes dans le cadre des évaluations financières, sept. 2008 p. 8.

immobilisés de la société bénéficiaire³⁶⁷, générer des *goodwill*³⁶⁸ et des flux de trésorerie intéressants.

146. L'apport en société d'un fonds de commerce ou d'une entreprise individuelle est souvent motivé par des considérations de réorganisation. En effet, les enjeux liés au fonctionnement de l'entreprise familiale ont un impact considérable sur sa pérennité et son développement³⁶⁹.

La succession constitue notamment un défi majeur pour les entreprises familiales, avec ses deux volets : la transmission patrimoniale et la succession opérationnelle. En effet, le décès du chef d'entreprise entraîne la transmission de l'entreprise en indivision aux héritiers. Or, le régime légal de l'indivision s'accompagne de rigidités et d'aléas³⁷⁰.

Pour assurer la continuité d'exploitation de l'affaire familiale, les indivisaires décident, à la majorité des deux tiers au moins des droits indivis, de désigner un mandataire. Le consentement unanime des indivisaires est requis pour les autres actes³⁷¹. En cas de mésentente grave entre les indivisaires, l'entreprise risque la paralysie totale. Il s'agit d'une cause fréquente de disparition de plus de la moitié des entreprises familiales³⁷². La transmission à la succession d'une entreprise individuelle étalée dans le temps s'avère impossible. L'apport en société semble l'instrument le plus adapté pour assurer une transmission réussie de l'affaire personnelle aux héritiers afin de réduire les risques liés à la transmission de l'entreprise, assurer sa pérennité³⁷³ et tirer des avantages économiques et fiscaux.

Le décès du chef d'entreprise, devenu associé suite à l'apport de son affaire en société, emporte des conséquences uniquement sur les titres de capital de la société bénéficiaire de l'apport,

³⁶⁷ S. Schiller, « L'évaluation de la préférence », *Rev. soc.*, 2006, p. 703, n° 30.

³⁶⁸ Mémento Transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 73560. Selon l'ouvrage : « la notion de survaleur ou goodwill correspond à une valorisation d'opportunité stratégique, contrepartie financière de la notoriété, du savoir-faire et des performances de l'entreprise, et mesure les avantages incorporels dont celle-ci dispose ».

³⁶⁹ M. Radu-Lefebvre, C. Barrédy et A. Fayolle, « Les nouveaux défis de la succession dans les familles entrepreneuriales », *Entreprendre et Innover* 2020/1, n° 44, p. 5 ; Entre 2015 et 2025, la transmission devrait concerner environ 630 000 entreprises, Rapport remis le 7 juill. 2015 au Premier ministre.

³⁷⁰ Mémento Transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 22005.

³⁷¹ C. civ. art. 815-3.

³⁷² Bercy Infos entreprise, Réussir la transmission de votre entreprise en 8 étapes, 30 août 2021, <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/reussir-transmission-entreprise>, consulté le 26 sept. 2024.

³⁷³ Mémento Transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 22010.

lesquels sont partagés entre les héritiers. Un mandataire est naturellement désigné par la majorité des associés héritiers pour diriger la société.

Le chef d'entreprise associé peut également procéder à une transmission progressive en aliénant, à titre onéreux ou gratuit, ses titres de capital à ses successeurs. De plus, il a aussi la possibilité de transférer la nue-propriété des titres de capital qu'il détient dans la société, tout en conservant l'usufruit, ou de maintenir une participation symbolique dans le capital social, voire même de garder le contrôle de la société³⁷⁴.

Il est envisageable que le chef d'entreprise se désengage de son mandat de gestion en transférant la gouvernance de la société, à laquelle il a préalablement apporté son affaire commerciale, à l'un ou plusieurs de ses successeurs.

147. La capacité managériale ou financière de l'entrepreneur peut parfois constituer un frein au développement de son fonds de commerce ou de son entreprise individuelle. La structure sociétaire lui permet de s'associer avec d'autres associés prédisposés à financer le développement de l'activité de l'entreprise (« *business angels* », fonds d'investissement), ou à apporter leurs compétences et leur réseau pour assurer sa croissance³⁷⁵. L'apport du fonds de commerce à une société de capitaux, en s'associant avec d'autres associés dotés de capacités financières et managériales, permet ainsi de favoriser le développement et la croissance de l'affaire commerciale.

148. L'exploitation de l'affaire à titre personnel peut également entraver sa cession à des tiers à un prix convenable et raisonnable. En effet, les investisseurs privilégient souvent l'acquisition du fonds par endettement. Cependant, les établissements bancaires exigent généralement le nantissement du fonds de commerce assorti de la caution solidaire de l'exploitant acquéreur.

L'apport en société permet de pallier ces obstacles. L'acheteur potentiel rachète les titres de la société bénéficiaire de l'apport par l'intermédiaire d'une société holding spécialement créée à cet effet. Ce montage est usuellement connu sous la dénomination d'effet de levier (en anglais, *leverage buy out* ou LBO)³⁷⁶.

La holding finance l'acquisition des titres de la société cible (bénéficiaire de l'apport) grâce à l'endettement avec effet de levier. Celle-ci rembourse les prêts bancaires ainsi que les charges

³⁷⁴ Mémento transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 22015.

³⁷⁵ F. Savignac, « Quel mode de financement pour les jeunes entreprises innovantes, Financement interne, prêt bancaire, ou capital-risque ? », *Revue économique* 2007/4, v. 58, p. 863 à 889.

³⁷⁶ Mémento transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 63010.

financières échues avec les dividendes distribués par la société rachetée (bénéficiaire de l'apport). Ainsi, c'est la holding qui supporte l'endettement nécessaire à l'acquisition des titres de la société cible (bénéficiaire de l'apport), et non les investisseurs³⁷⁷.

Le recours à l'endettement avec effet de levier par la société permet d'augmenter la rentabilité des fonds propres investis et de compenser un éventuel manque de fonds propres des repreneurs³⁷⁸.

149. L'apport d'une affaire commerciale permet également de bénéficier d'une fiscalité plus avantageuse.

En effet, selon la Professeure Salgado « *la cession de fonds de commerce étant une vente, un prix, en principe stipulé en argent, est nécessaire* »³⁷⁹. La plus-value dégagée³⁸⁰ suite à la cession d'un fonds de commerce est généralement soumise à une imposition immédiate, sauf dans le cas où elle peut bénéficier d'un régime d'exonération totale ou partielle³⁸¹.

L'apport en société offre ainsi une neutralisation temporaire de l'imposition des plus-values sur les biens apportés, qu'ils soient amortissables ou non³⁸².

Par ailleurs, l'exploitation d'une entreprise individuelle ou d'un fonds de commerce ne fait pas l'objet d'une autonomie fiscale. Le résultat réalisé relève du revenu catégoriel du bénéfice industriel et commercial. Il s'ajoute aux autres revenus de l'exploitant, soumis à l'impôt sur le revenu global selon le régime progressif.

Cependant, l'exploitation de l'affaire commerciale dans le cadre sociétaire permet de profiter des avantages fiscaux liés à l'IS³⁸³. Le bénéfice est déterminé selon la comptabilité

³⁷⁷ Référentiel des financements des entreprises, les financements intermédiés, fiche 431, Les montages à effet de levier – LBO Banque de France.

³⁷⁸ L. Chammas, D. Marcheteau, C.-M. Hurel, P.-L. Sevegrand et Ch. Moreau, « LBO, Création » *J.-Cl. DBF*, LexisNexis, fasc., 2310, 2019, n° 90.

³⁷⁹ M.-B. Salgado, « Vente du fonds de commerce, » *J.-Cl. Entr. Indiv.*, LexisNexis, Synth. n° 90, 2 juin 2024 § 20.

³⁸⁰ Dans le cas de création d'un fonds de commerce, l'intégralité du prix de cession est une plus-value imposable.

³⁸¹ A. Arnaud-Emer, « Fonds de commerce, Cessions et conventions assimilées, Plus-values professionnelles », *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc.555, 2021.

³⁸² M.-A. Coudert, « Théorie des apports, Apport d'un fonds de commerce en société, Généralités et fiscalité », *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc. 4505, 2023, n° 41.

³⁸³ *Dr. fisc.* 2019, n° 36, act. 370, le régime de l'IS permet de faire une économie d'impôt sur la partie des bénéfices qui restent investis dans la société si le taux moyen d'imposition du foyer fiscal dépasse le taux de l'IS qui est pour les PME de 15 % sur une fraction du bénéfice imposable limitée à 38 120 € et de 28 % au-delà à compter du 1er janv. 2020.

d'engagement, permettant ainsi d'optimiser le résultat net fiscal et l'impôt à payer. De surcroît, et contrairement au report des déficits fiscaux relevant du BIC limités dans le temps³⁸⁴, ceux-ci sont indéfiniment reportables pour les personnes morales³⁸⁵.

150. La fiscalité peut également constituer un obstacle important pour un commerçant qui souhaite vendre son fonds de commerce pour réinvestir le prix de cession dans une autre activité³⁸⁶.

En effet, l'apport-cession constitue un montage juridique qui vise, selon le Professeur Mortier, à « *neutraliser la plus-value des particuliers sur cession de droits sociaux, qui, serait constatée et imposée immédiatement en cas de cession directe à un tiers* »³⁸⁷. Le chef d'entreprise peut ainsi se redéployer, en réinvestissant tout ou partie du produit de cession des droits sociaux dans de nouvelles activités économiques.

L'apport-cession est donc une stratégie d'optimisation fiscale et patrimoniale envisageable par l'apporteur. Cette opération consiste à apporter des titres à une holding contrôlée par l'apporteur, laquelle se charge ensuite de les conserver ou de les vendre pour réinvestir. La plus-value dégagée lors de l'apport bénéficie d'un report d'imposition, préservant ainsi le capital de l'apporteur.

De plus, l'apport en société d'une affaire personnelle offre à l'exploitant apporteur l'opportunité d'améliorer son statut professionnel. À cet effet, il peut notamment se voir confier un mandat social ou salarial au sein de la société bénéficiaire de son apport qui bénéficie de la déductibilité fiscale.

D'autres motivations peuvent également être à l'origine de l'apport en société d'une affaire personnelle. Par exemple, cela peut permettre de contourner les contraintes contractuelles avec le bailleur du local commercial ou les créanciers du fonds. En effet, l'apport en société permet

³⁸⁴ Si les résultats des premiers exercices sont déficitaires, le régime de l'impôt sur le revenu permet d'imputer les déficits sociaux sur le revenu global du foyer fiscal de l'exploitant. Le reliquat non imputé est reportable sur son revenu global des six années suivantes.

³⁸⁵ CGI, art. 209, I. Selon ce texte, si la société relève de l'impôt sur les sociétés, les déficits seront reportables en avant de façon illimitée jusqu'à ce qu'ils puissent être imputés sur le bénéfice social dégagé ultérieurement. Toutefois, le déficit constaté au titre d'un exercice ne peut être déduit du bénéfice de l'exercice suivant que dans la limite d'un million d'euros, majorée de 50 % de la fraction du bénéfice excédant ce seuil.

³⁸⁶ La cession d'un fonds de commerce par une personne physique entraîne l'imposition immédiate des bénéfices non encore imposés, ainsi que de la plus-value de cession.

³⁸⁷ R. Mortier, « L'apport-cession gagne en précision », *Revue fiscale du patrimoine*, n° 1, Janv. 2012, étude 1 ; CGI, art. 150-0 A et s. La plus-value est normalement taxée au taux global de 32,5 % (19 % d'impôt plus 13,5 % de prélèvements sociaux).

de transférer le fonds de commerce à une entité juridique distincte et de céder ultérieurement les droits sociaux sans que le bailleur puisse s'opposer à cette cession en invoquant une clause du contrat de bail. À cet égard, la Cour de cassation a précisé que « *lorsque le fonds est soumis au statut des baux commerciaux, le droit de préférence consenti dans le contrat de bail commercial au locataire en cas de cession des locaux loués ne s'applique pas en cas de cession des parts de la société à laquelle les locaux ont été apportés* »³⁸⁸. De même, une clause de préférence peut être neutralisée dans ce contexte.

151. L'apport des titres de participation à une société holding constitue un apport en nature et peut, sous certaines conditions, être assimilé à une branche complète d'activité au sens du droit fiscal³⁸⁹. L'apport est rémunéré par les titres de capital de la société holding.

La création d'une holding, par l'apport de titres de participations détenus dans des sociétés commerciales, est généralement entreprise dans le but d'« *optimiser la gestion du patrimoine des personnes physiques ou l'organisation des groupes de sociétés* »³⁹⁰. Cette structure facilite, en effet, la transmission des entreprises aux successeurs. Elle permet également de « *regrouper les héritiers ou de favoriser le rachat des titres de ceux qui souhaitent se retirer ou, enfin, d'obtenir les liquidités nécessaires au paiement des droits de mutation* »³⁹¹.

Ce montage peut également être initié par l'apporteur pour valoriser les titres de capital qu'il détient dans une société commerciale à leur valeur réelle, en bénéficiant d'une exonération d'imposition sur la plus-value. L'apport de TP permet aussi d'optimiser fiscalement la cession ultérieure des titres apportés par la société holding.

152. Facteurs inhérents à la société bénéficiaire de l'apport - Les objectifs stratégiques de la société bénéficiaire de l'apport sont aussi importants que ceux de l'apporteur. Le bien apporté contribue naturellement à consolider son actif bilanciel et à renforcer ses capitaux propres³⁹² sans impacter sa trésorerie.

En effet, l'opération d'apport permet à la société bénéficiaire d'éviter le recours à l'endettement ou à une sortie de trésorerie pour financer l'actif apporté. Elle contribue également au

³⁸⁸ Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-22506.

³⁸⁹ M.-A. Coudert, « Apports partiels d'actif », *J.-Cl. fisc. Imp. dir. Traité*, LexisNexis, fasc. 1130-20, 2023 § 30.

³⁹⁰ B. Dondéro, L. Duguet, B. Gouthiere, P. Julien Saint- Amandet G. Viardot, *Les holdings*, F. Lefebvre, « Dossier pratique », 8e éd., 2020, n° 80.

³⁹¹ B. Dondéro, L. Duguet, B. Gouthiere, P. Julien Saint- Amand et G. Viardot, *op. cit.*, n° 315.

³⁹² L'actif est rémunéré par des droits sociaux émis suite à l'augmentation de capital.

renforcement de sa crédibilité, à l'amélioration de son *ratio* d'endettement et à l'allègement des garanties et engagements hors bilan³⁹³.

L'apport en nature d'un actif, utile au cycle de production en amont ou en aval, permet à la société bénéficiaire de profiter de l'économie d'échelle engendrée par cet apport, lui permettant ainsi d'accroître sa part de marché.

Par ailleurs, l'apport en société d'un actif stratégique permet à la société d'augmenter *ipso facto* sa capacité concurrentielle sur le marché et d'élargir ses débouchés, sans concours financier ni impact sur sa trésorerie. La croissance externe porte, en effet, sur des actifs en cours d'exploitation et génère un rendement effectif, ce qui contraste avec les longs délais de maturation des investissements nouveaux³⁹⁴.

b) Facteurs d'influence inhérents à l'évaluateur

153. L'évaluation la plus sincère possible des apports en nature est indispensable. Elle permet de déterminer la juste rémunération et d'assurer l'équité et l'égalité entre les associés. En effet, une surévaluation induit les créanciers et les partenaires sociaux en erreur sur la véracité de l'actif social et accroît indûment les droits et prérogatives de l'apporteur dans la société, au détriment des autres associés³⁹⁵. À l'inverse, une sous-évaluation réduit la part de l'apporteur, accroît celle de ses associés et risque de produire des conséquences fiscales difficilement maîtrisables.

Dans la mesure où il n'existe pas de définition légale de la valeur³⁹⁶, la diversité des intervenants et des méthodes d'évaluation complexifie l'application des règles standardisées pour évaluer un actif ou une entreprise. Ainsi, chaque situation requiert l'application de méthodes et d'hypothèses spécifiques.

154. La force probante de l'évaluation dépend principalement de l'appréciation propre de l'évaluateur, de sa compétence (formation initiale, formation continue, expérience, références, *etc.*) et de la qualité de ses diligences.

³⁹³ M-J Morvan, Code comptable, Comptes individuels, F. Lefebvre, « Code pratique Francis Lefebvre » 2023, art. 835-13 et 835-13-1.

³⁹⁴ A. Jaouen, Alliance stratégique et croissance de la très petite entreprise in *Stratégies de croissance Fusions-acquisitions. Alliances stratégiques. Développement interne*, Dunod, 2009, p. 39.

³⁹⁵ Cass. com, 3 juil 1968, n° 66-14 315.

³⁹⁶ J.-J. Pluchart et L. Barbara, *op. cit.*, p.50. Les auteurs ont défini deux notions de valeur d'entreprise « *la valeur intrinsèque (stand-alone) et la valeur stratégique (investment value)* ».

Pour Rérolle, « Une évaluation suppose de reproduire un processus d'analyse économique et financière très complexe et de mettre en œuvre des techniques qui évoluent dans le temps. Ceci ne s'improvise pas. L'expérience professionnelle acquise par la spécialisation et les compétences financières sont les garants d'une évaluation de société de qualité »³⁹⁷.

Ainsi, la valeur d'apport repose non seulement sur les méthodes d'évaluation choisies par l'évaluateur, mais aussi sur les hypothèses retenues pour estimer certains facteurs déterminants ayant un impact direct sur cette valeur.

La crédibilité des résultats d'évaluation repose donc sur la qualité des méthodes et hypothèses appréciées par l'évaluateur. Celles-ci ne sont figées ni par un cadre légal ni par l'environnement professionnel.

155. La valeur fondamentale est sensible à la variation de plusieurs facteurs, tels que le taux d'évolution des éléments du résultat d'exploitation prévisionnel³⁹⁸, le coût du capital et en particulier le taux de prime de risque³⁹⁹ appliqué pour déterminer le taux d'actualisation des flux de trésorerie futurs. La valeur fondamentale varie considérablement en fonction de la durée prévisionnelle du cycle de capitalisation⁴⁰⁰.

Les diligences de l'évaluateur peuvent également reposer sur l'avis d'autres experts et techniciens, dans une spécialité distincte de la sienne, souvent désignés sous le terme de sapiteurs⁴⁰¹.

156. Méthodes d'évaluation : un choix à la discrétion de l'évaluateur, mais à justifier -
Les méthodes d'évaluation constituent un *corpus* de conventions, généralement admises par les professionnels, et de bonnes pratiques mises en œuvre par les évaluateurs pour évaluer un ou plusieurs actifs⁴⁰². Elles sont structurées autour de principes et de règles susceptibles de faire

³⁹⁷ J.-F. Rérolle, « L'évaluation financière d'une société, une subjectivité à encadrer », 07 janv. 2015, le blog de J.-F. Rérolle Vox-Fi, <https://www.finance-gestion.com/auteur/jean-florent-rerolle>, consulté le 19 juin 2024.

³⁹⁸ Pour apprécier l'évolution du chiffre d'affaires d'une entreprise et étant donné que l'avenir n'est pas sûr, les professionnels adoptent les scénarios (conservateur, réaliste, optimiste).

³⁹⁹ Le coût du capital repose particulièrement sur les risques liés à l'entreprise. En effet, la modification du taux du coût du capital entraîne une réaction de la valeur de rendement de manière très sensible et imPacte directement la valeur de l'actif évaluée.

⁴⁰⁰ G. Legros, *L'évaluation des entreprises, Méthodes et études de cas*, Management Sup, Dunod, 2015, p. 121.

⁴⁰¹ CPP. art. 278 ; Le sapiteur contribue directement à la résolution technique de l'expertise en éclairant l'expert sur un point précis où celui-ci manque de compétences ou en a une compétence insuffisante. La valeur fondamentale déterminée par l'expert est naturellement influencée par l'avis du sapiteur.

⁴⁰² Th. Saint-Bonnet, « Typologie des missions d'évaluation de sociétés et de droits sociaux effectuées par un expert indépendant », *LPA*, p. 6, n° 120.

l'objet d'un consensus défini par divers organismes nationaux et internationaux, tels que la Fédération française des Experts en Évaluation, the Independent Global Standard Setter For Valuation, *etc.*

157. Les méthodes d'évaluation adoptées par l'évaluateur influent sur la valeur fondamentale du bien évalué. En effet, son savoir-faire et son expérience lui permettent de sélectionner les méthodes adaptées au bien à évaluer en fonction du contexte de l'opération d'apport.

À titre d'exemple, dans un contexte contentieux (expropriation, contentieux fiscal, *etc.*), l'utilisation de la méthode comparative peut être privilégiée, éventuellement complétée par la méthode de capitalisation des loyers si le bien est loué. Cela exclut les valeurs de reconversion basées sur des hypothèses de construction ou de loyers futurs.

Pour un bien destiné à être valorisé par un investisseur ou un promoteur dans un contexte amiable, la valeur vénale peut être déterminée en croisant les méthodes du compte à rebours (CAR) ou du Discounted Cash Flows (DCF) avec la méthode comparative.

Dans le cas d'une start-up en phase d'amorçage, où le fondateur cherche à convaincre des investisseurs potentiels d'apporter un ou plusieurs actifs nécessaires pour le développement de son entreprise, l'absence de résultats passés pousse souvent le fondateur à mettre en avant le potentiel de croissance et de rentabilité de son entreprise. Son objectif principal est de préserver sa part de propriété dans la société, afin de ne pas être dilué dans le capital social⁴⁰³.

En tout état de cause, l'évaluateur chargé d'estimer la valeur de l'entreprise doit justifier rigoureusement le choix des méthodes utilisées pour évaluer les actifs de la start-up. Il peut également être amené à expliquer pourquoi certaines méthodes sont jugées inadaptées à la situation spécifique de l'entreprise. Ces justifications ne posent généralement pas de problème pour un professionnel expérimenté.

158. Rapport de force et motivations des parties au processus - Les objectifs stratégiques et le rapport de force qui s'instaurent entre les parties à l'opération de restructuration lors des négociations affectent considérablement le processus d'apport et son évaluation⁴⁰⁴.

L'apporteur d'un actif déterminant pour le développement et la croissance d'une société de capitaux exerce une influence significative sur les négociations, et par conséquent sur la valeur

⁴⁰³ É. Harb, I. Veryzhenko, A. Masset et Ph. Murat, *Finance*, 2014, Dunod, p. 164.

⁴⁰⁴ Ex. Cession, acquisition ou modification du périmètre de contrôle, le développement, l'investissement, le désengagement, la conquête d'un marché voire d'une simple commande opérations boursières, stratégies de croissance, redéploiement industriel, placements d'épargne.

de l'apport. Cette influence s'accroît en l'absence d'autres apporteurs potentiels et en présence d'une ou plusieurs sociétés commerciales montrant un intérêt marqué pour cet actif.

Par ailleurs, l'intérêt stratégique des parties prenantes, ainsi que la présence ou l'absence d'alternatives potentielles tant pour l'apporteur que pour la société bénéficiaire, impactent le déroulement de l'opération d'apport.

CHAPITRE 2 - LE CONTRAT D'APPORT EN NATURE

159. Ce chapitre se penche sur la nature contractuelle du contrat d'apport en nature, en examinant ses implications juridiques et les conditions qui régissent sa formation, son exécution, ainsi que les conséquences de son inexécution. Cette analyse approfondie se divise en deux sections principales.

À travers la première section, il nous importe de consacrer une analyse de l'effet contractuel de la convention d'apport en nature, en mettant en exergue les engagements qui en découlent pour les parties contractantes (**Section 1**), avant d'examiner, dans une seconde section, les modalités de réalisation de l'apport en nature, notamment son exécution, ainsi que les éventuelles répercussions en cas de non-respect des engagements convenus (**Section 2**).

Section 1 - Analyse de l'effet contractuel de la convention d'apport en nature

160. La convention d'apport en nature recèle des implications juridiques et financières de taille sur la réalisation de l'opération d'apport. Nous examinerons alors la qualification juridique du contrat d'apport en nature (**I**), ainsi que l'étendue des engagements des parties contractantes (**II**).

I- La portée juridique du contrat d'apport en nature

161. Afin d'appréhender avec précision la portée juridique du contrat d'apport en nature, il est impératif de cerner sa qualification juridique (**1**), avant d'analyser avec précision ses conditions de validité (**2**).

1) Qualification juridique du contrat d'apport en nature

162. La dichotomie inhérente aux effets juridiques du contrat d'apport en nature suscite des incertitudes quant à sa qualification juridique (**a**). De surcroît, la conception hybride du contrat de société exerce une influence sur cette qualification juridique (**b**).

a) Contrat d'apport, dichotomie de qualification juridique

163. L'expression « apport en société » recouvre deux réalités distinctes. Elle désigne, d'une part, l'opération juridique consistant en la mise en commun de biens ou droits et, d'autre part, leur affectation à la réalisation de l'objet social.

164. Buchberger assimile l'apport à une convention par laquelle « *une personne, l'associé, s'engage envers une autre dans la société, à lui apporter un bien ou son industrie et à contribuer aux pertes en contrepartie d'un ensemble de droits sociaux* »⁴⁰⁵.

Si cette définition s'avère cohérente avec celle consacrée par l'article 1843-3 du Code civil, la qualification juridique du contrat d'apport demeure incertaine. Un éclairage pertinent transite par une redéfinition de ses contours.

À ce titre, de prime abord, il importe de déterminer si le contrat d'apport renvoie à un contrat synallagmatique ou unilatéral.

Selon la doctrine, l'opération d'apport en nature donne naissance à une relation contractuelle entre la société et l'apporteur. Le Professeur Barillon précise en ce sens que « *le contrat d'apport scelle les engagements réciproques de l'apporteur et de la société, que cette dernière soit ou non en formation. L'apporteur s'engage à effectuer un apport et la société s'engage à le rémunérer. L'obligation de remise de parts sociales ou d'actions à l'apporteur aurait donc un fondement contractuel* »⁴⁰⁶. Le contrat d'apport est alors un contrat synallagmatique.

165. Si la thèse de cet auteur se révèle parfaitement justifiée pour la société préexistante, il en va différemment pour la société en formation, celle-ci étant dépourvue de la personnalité juridique et donc de la capacité à s'engager⁴⁰⁷. L'apport à une société en formation est alors un engagement unilatéral de l'apporteur envers la société en formation représentée par les autres fondateurs.

166. Lors d'une opération d'augmentation de capital, le contrat d'apport est conclu entre l'apporteur et le dirigeant de la société bénéficiaire de cet apport. Celle-ci n'est nullement engagée envers l'apporteur puisque le contrat d'apport ne produit ses effets qu'après son approbation par l'assemblée générale extraordinaire⁴⁰⁸.

De cette analyse, on peut conclure que le contrat d'apport est tantôt un contrat synallagmatique, tantôt un contrat unilatéral.

⁴⁰⁵ M. Buchberger, th. préc.

⁴⁰⁶ C. Barrillon, th. préc., p.85, n° 104.

⁴⁰⁷ Cass. com., 7 juin 1994, *Bull. Joly soc.* 1994, p. 1255, note C. Prieto ; D. Legeais, « Société en formation », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 1019, 2023 § 14.

⁴⁰⁸ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 51021.

Afin de mieux qualifier la nature juridique du contrat d'apport en nature à une société de capitaux, il convient d'examiner les modalités de réalisation de ses effets.

167. La qualification juridique du contrat d'apport en nature à une société de capitaux nécessite une distinction entre la production des effets du contrat et de l'exécution de ces effets⁴⁰⁹.

168. À cet égard, il est nécessaire de distinguer deux catégories de contrat en fonction de la production de leurs effets. D'une part, les contrats qui produisent tous leurs effets dès que se termine le processus de leur formation, et, d'autre part, ceux qui produisent leurs effets selon un rythme temporel déterminé par les parties ou par la loi.

169. Par ailleurs, l'exécution des effets d'un contrat peut, en principe, s'opérer soit immédiatement, soit de façon échelonnée dans le temps. Le critère de distinction réside principalement dans la durée de la production de ces effets.

Un contrat est qualifié d'instantané lorsqu'il est susceptible d'être exécuté par une prestation unique et non répétée⁴¹⁰. L'effet est alors produit « *en un seul trait de temps* »⁴¹¹. À l'inverse, dans le cadre d'un contrat successif, les obligations, au moins de l'une des parties au contrat, doivent s'exécuter par des prestations échelonnées dans le temps. Cette exécution échelonnée découle soit de la nature de la prestation, soit de la volonté des parties⁴¹². L'article 1111-1 du Code civil, consacré par l'ordonnance du 10 février 2016, formalise cette distinction selon la durée de leur exécution⁴¹³.

Dans ce sillage, la Professeure Rochfeld relève que « *le critère préalable réside dans l'insertion de la durée dans l'exécution du contrat. Quel que soit le mode d'exécution instantané, successif,*

⁴⁰⁹ M. Mignot, « Vente contrat instantané ou successif », *J.-Cl. Not. Rép.* LexisNexis, fasc.10, 2022 § 24. L'auteur considère qu'« *il faut distinguer deux catégories de contrat en fonction de la production des effets. Certains contrats produisent tous leurs effets dès que se termine le processus de leur formation. Dans ce cas, le contrat en tant que tel n'a pas de durée. Seuls les effets du contrat ont une durée, en ce sens qu'ils peuvent exister un certain temps avant de disparaître. D'autres contrats produisent leurs effets successivement, au fur et à mesure que le temps s'écoule, selon un rythme déterminé par les parties ou par la loi* ».

⁴¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, « Themis », 22e éd., 2000 § 138, p. 271 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, Sirey, « Sirey université », 2024, 18e éd., n° 126.

⁴¹¹ J. Carbonnier, *op. cit.*.

⁴¹² B. Starck, H. Rolandet et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, contrat*, t. II, LexisNexis, 6e éd. 1998, n° 132, p. 45 et s.

⁴¹³ C. civ. art. 1111-1, ce texte dispose que « *le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique...* Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps ».

ou échelonné, le seul fait que l'exécution des obligations principales intègre le temps et ne s'épuise pas immédiatement suffit à influencer sur le sort du contrat. En cela la considération de la durée dans l'exécution apparaît plus pertinente que l'attachement classique au mode d'exécution. Elle pourrait se traduire par l'appellation, importée du droit des procédures collectives et du droit transitoire, de contrat en cours au sens de contrats dont les obligations essentielles sont en cours d'exécution »⁴¹⁴.

L'auteur soutient que la durée d'exécution de l'obligation des parties contractantes est un élément déterminant pour sa qualification. Cette doctrine est étayée par Mignot, qui affirme que *« la distinction relative à la réalisation des effets du contrat est une sous-distinction (...) entre le contrat à effets instantanés et le contrat à effets successifs. Les effets de certains contrats peuvent être réalisés en un seul acte, tandis que ceux d'autres contrats s'étendent dans le temps »*⁴¹⁵. Les contrats à effets successifs entraînent des obligations qui se renouvellent continuellement.

Il convient, eu égard à ces éléments, de déterminer si le contrat d'apport en nature est à effet immédiat ou successif. La doctrine se montre divisée en la matière.

170. Interprétations doctrinales antinomiques - Une controverse doctrinale persiste quant à la qualification juridique du contrat d'apport en nature. En effet, certains auteurs soutiennent que ce contrat ne s'exécute pas en un trait de temps et est nécessairement à effet successif. À ce titre, le Professeur Libchaber adopte une position implicite en affirmant que *« si la réalisation des apports est un élément essentiel du contrat de société, on doute qu'elle s'épuise dans l'instant »*⁴¹⁶, soulignant ainsi que le contrat d'apport engendre des effets successifs. Cette opinion est explicitement affirmée par Buchberger, qui estime que le contrat d'apport, à l'instar de celui de société, est un contrat à exécution successive⁴¹⁷.

Une doctrine minoritaire ne se rallie pas à cette approche et considère que le contrat d'apport produit un effet instantané. Ainsi, le Professeur Aynès considère qu'*« à de rares exceptions*

⁴¹⁴ J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, janv. 2004, p.47.

⁴¹⁵ M. Mignot, « Vente contrat instantané », *J.-Cl. Not. Rép.* LexisNexis, fasc.10, 2022 § 24.

⁴¹⁶ R. Libchaber, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in Mél. Y. Guyon, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 717, spéc. p. 723.

⁴¹⁷ M. Buchberger, th. préc., n° 150, p. 138.

près, la force obligatoire du contrat s'épuise dans l'obligation d'apporter, qui est aussi la condition de la réalisation de l'objet du contrat, l'organisation d'un groupement »⁴¹⁸.

171. Il est communément admis que la libération de l'apport en nature s'effectue par le transfert de propriété ou de droit apporté à la société bénéficiaire de cet apport. Receveur indique en ce sens que « *concernant l'apport en nature, la libération est toujours immédiate. Le fait que le bien transmis à la société fasse l'objet d'un transfert de propriété ou de jouissance fractionnée dans le temps et le fait que l'acquisition de la personnalité morale soit différée n'ont aucune incidence* »⁴¹⁹.

À notre sens, en cas d'apport en société d'un bien en pleine propriété, l'effet du contrat d'apport est nécessairement immédiat. L'apporteur apporte l'actif promis et, consubstantiellement, la société lui attribue des droits sociaux, autodétenus ou nouvellement émis, en rémunération de son apport. Le contrat d'apport produit alors tous ses effets en un trait de temps. Le droit sur le bien apporté est alors exercé par la société, tandis que l'apporteur, devenu associé, exerce ses prérogatives au sein de la société.

En revanche, dans le cas d'un apport en jouissance d'un bien, la libération se matérialise par la mise à disposition du bien promis à la société, qui attribue des droits sociaux en rémunération de cet apport. La Professeure Regnaut-Moutier précise, à ce titre, que « *si le droit de jouissance est un droit de créance, son caractère successif ou continu soit néanmoins très estompé, car limité à l'exécution d'obligations subsidiaires de garantie ou d'entretien, alors que l'obligation principale, qui forme l'essentiel du droit de jouissance transmis, s'exécute en un trait de temps, nous voulons parler de la délivrance ou de la mise à disposition* »⁴²⁰. Le contrat d'apport en jouissance produit alors ses effets en un trait de temps par la mise à disposition du bien, tandis que l'exécution de l'obligation est échelonnée sur toute la durée de jouissance. Cette analyse nous paraît transposable pour l'apport en société d'un bien en usufruit.

De cette analyse, il ressort que le contrat d'apport en nature produit, en principe, un effet immédiat. Cependant, l'apport en jouissance ou en usufruit, bien qu'il produise un effet immédiat par la remise du bien apporté, se caractérise par une exécution à effet successif.

⁴¹⁸ L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie, n° 290, p. 207.

⁴¹⁹ B. Receveur, *La force obligatoire du contrat de société : Contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, thèse Université de Cergy-Pontoise, 2013, p.151, n° 165.

⁴²⁰ C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, préf. J. prier, LGDJ, 1994, p. 47.

172. Dans un autre sillage, le contrat d'apport emporte le transfert du bien promis à la société bénéficiaire, qui à son tour attribue des droits sociaux à l'apporteur en rémunération de cet apport. Le contrat d'apport peut-il dès lors être qualifié de contrat d'échange ?

La qualification du contrat d'apport en nature en un contrat d'échange *stricto sensu* est contestée à plus d'un titre.

Aux termes de l'article 1702 du Code civil, le contrat d'échange implique que « *les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* »⁴²¹. La contrepartie au transfert de propriété d'un bien n'est donc pas un prix, mais une chose. En tant que contrat translatif de propriété, les règles de la vente s'appliquent, à l'exception des règles relatives au prix de vente puisque le contrat n'en comporte pas.

La similitude du contrat d'apport en nature au contrat d'échange est manifeste, ce qui engendre une divergence doctrinale quant à sa qualification précise.

Certains auteurs considèrent que les droits sociaux attribués à l'associé apporteur constituent des droits de créance⁴²² de l'associé à l'encontre de la société et qualifient, par conséquent, le contrat d'apport de contrat d'échange⁴²³. Cette qualification nous paraît toutefois discutable eu égard à la réalité économique et juridique de l'opération d'apport en capital, qui ne constitue ni un prêt ni une vente.

173. Le traitement comptable de l'apport en société par une personne morale sera plus illustratif ! En effet, en contrepartie de l'apport d'un bien enregistré à son actif immobilisé, la société apporteuse reçoit des droits sociaux de la société bénéficiaire. Ces titres sont enregistrés soit au compte de titres de participation⁴²⁴, soit au compte de valeurs mobilières de

⁴²¹ C. civ. art.1702.

⁴²² J.F. Barbieri, « Associés et obligataires d'une société « faillite » », *LPA*, 1992, 26, p158. Cet auteur considère : « *Qu'un associé ait la qualité de créancier, ne paraît pas discutable : les droits sociaux sont des créances qu'il détient sur le patrimoine de la société, comme l'exprime clairement le traitement comptable du capital social au passif du bilan. Mais, il s'agit de créances doublement subordonnées : elles ne deviennent exigibles qu'à la liquidation du patrimoine social ; le remboursement de l'apport suppose l'apurement préalable des dettes sociales* ».

⁴²³ B. Sousi-Roubi, « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978. 257, n° 32 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, p. 635 s., p. 636P. Cet auteur définit les contrats comme ceux qui « *ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A* » ; C. Barrillon, th. préc., n° 742, l'auteur considère que « *ces droits sociaux constituent des droits de créance de l'associé contre la société* »,

⁴²⁴ *Mémento Comptable*, *op. cit.*, n° 35190 ; C. com. art. R 123-184 et PCG art. 221-3, selon ces textes, sont présumés être des titres de participation les titres représentant une fraction du capital supérieure à 10 % en tenant compte des titres détenus directement et indirectement.

placement⁴²⁵. Ces deux comptes abritent les titres financiers dont la société est propriétaire⁴²⁶. Les titres de capital constituent alors un droit de propriété sur une fraction du capital et, indirectement, sur l'actif net de la société émettrice. L'associé ne possède pas la qualité de créancier et ne peut réclamer le remboursement de ses droits sociaux, ni entreprendre des mesures d'exécution forcée contre la société.

Buchberger se rallie à la position des Professeurs Sousi-Roubi et Didier, tout en adoptant une perspective différente. L'auteur considère que le contrat d'apport s'inscrit dans la catégorie des contrats-échange d'intérêt commun. Il soutient que *« les intérêts de l'associé ne sont pas en totale opposition avec ceux de la société. Certes, il souhaite obtenir un avantage de celle-ci, mais est également intéressé par la façon dont la société va utiliser le bien remis [...], car les bénéfices qu'il en retirera en dépendent »*⁴²⁷. L'auteur restreint la qualification juridique du contrat d'apport en contrat d'intérêt commun de l'apporteur et de la société, écartant ainsi la qualification d'échange de biens ou de droits. Il précise, par ailleurs, que *« dire qu'il y a échange de droits sociaux contre un apport serait faire un détour inexact et inutile. En effet, les créances que sont les droits sociaux ne naissent pas d'abord dans le patrimoine de la société pour être ensuite transmises à l'apporteur : elles naissent directement dans le patrimoine de ce dernier »*⁴²⁸. L'opinion de l'auteur est corroborée par le droit de sociétés. En effet, c'est la collectivité des associés, réunie en assemblée générale extraordinaire qui décide à la date d'approbation de l'apport, de l'émission des titres de capital de la société pour rémunérer l'apporteur. Ces droits sociaux naissent directement dans le patrimoine de l'apporteur. La société n'en est jamais propriétaire.

174. Cependant, la situation diffère dans le cas de la rémunération de l'apporteur par des actions autodétenues. L'ambiguïté est réelle. À travers son commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation, la Professeure Coquelet considère que *« l'apport en société n'est pas un échange, bien qu'il lui ressemble. Dans le cas de l'apport en nature, la ressemblance est très forte : l'un fournit un bien, l'autre fournit des parts ou des actions. Mais, dans l'apport, la société*

⁴²⁵ Mémento Comptable, opt. cit., 2024, n° 35325. Selon l'auteur, les VMP sont des titres acquis en vue de réaliser un gain à brève échéance et que l'entreprise n'a donc pas l'intention de conserver durablement. Il s'agit des titres représentant moins de 10 % du capital (PCG, compte 503), sauf preuve contraire (par opposition à la définition des titres de participation) et, a fortiori, les titres non représentatifs d'une quote-part de capital, les obligations par exemple (PCG, compte 506).

⁴²⁶ Le plan comptable a réservé un compte spécifique au prêt.

⁴²⁷ M. Buchberger, th. pré, n° 148-149, p. 137-138.

⁴²⁸ M. Buchberger, th. pré, n° 118.

intervient de façon nécessaire. C'est en sa faveur que s'opère le transfert de propriété du bien apporté. Tel n'est pas le cas dans l'échange »⁴²⁹.

En effet, la société⁴³⁰, étant préalablement propriétaire de ses propres actions, ne procède pas à l'émission de nouveaux titres de capital. Les actions servant à la rémunération de l'apporteur se trouvent inscrites au compte d'actif de la société bénéficiaire de l'apport. Dans ce cas d'espèce, le contrat d'apport est qualifié de contrat d'échange. Selon La Professeure Coquelet, « *le transfert n'opère qu'entre les échangistes. La société pourrait être l'un d'eux, mais seulement dans la mesure où elle peut donner [...] ou recevoir les propres parts ou actions qu'elle a émises. Cela se ferait sans création de nouveaux droits sociaux* »⁴³¹.

Il découle de ces éléments que le contrat d'apport en nature, impliquant une rémunération de l'apporteur par des titres nouvellement émis par la société bénéficiaire de l'apport, ne peut être qualifié de contrat d'échange. *A contrario*, si l'apporteur est rémunéré par des actions autodétenues, l'apport renvoie à un contrat d'échange.

175. Une autre interrogation suscite l'intérêt de la jurisprudence et de la doctrine. Le contrat d'apport en nature s'assimile-t-il à un contrat de vente ?

La soumission de l'apporteur en société d'un bien en propriété aux mêmes obligations qu'un vendeur⁴³² peut induire une analogie entre ces deux contrats. Néanmoins, bien que le transfert de propriété soit un facteur commun, le critère distinctif de l'apport, par rapport à la vente, réside dans la nature de la contrepartie reçue. En effet, la vente est un contrat par lequel l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer⁴³³. Le transfert de propriété de la chose a naturellement pour contrepartie le versement d'un prix. Tout autre mode de rémunération ôte au contrat la qualification de contrat de vente.

À cet égard, Ghestin et Desché définissent la vente comme « *un contrat consensuel, synallagmatique, onéreux, commutatif ou aléatoire et translatif* »⁴³⁴.

⁴²⁹ Cass. Com., 9 nov. 2010, n° 09-70726, *Bull. Joly soc.*, n° 02 - p. 122, note M.-L. Coquelet.

⁴³⁰ Seules les sociétés par actions peuvent détenir leurs propres actions, sous conditions, dans la limite de 10 %.

⁴³¹ M.-L. Coquelet, « Fusion, scission », *Joly soc.*, note sous Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726.

⁴³² C. civ. art. 1843-3.

⁴³³ C. civ. art. 1582, al. 1er, définit la vente comme « *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ».

⁴³⁴ J. Ghestin et B. Desché, « Traité des contrats, La vente », *Rev. International de droit comparé*, n°4,1990, n° 6 s. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1990_num_42_4_2135, consulté le 27 décembre 2023.

Dans le cadre d'une vente, la contrepartie réside dans le versement d'un prix, tandis que dans le cadre d'un apport en nature, elle consiste en l'attribution de droits sociaux⁴³⁵ soumis aux aléas sociaux. Le contrat d'apport en nature ne peut alors être assimilé à un contrat de vente. Les finalités de ces deux contrats sont fondamentalement distinctes.

176. Une difficulté surgit, toutefois, lorsque la valeur du bien apporté diffère de celle des droits sociaux attribués à l'apporteur. Dans de telles circonstances, le différentiel entre ces deux valeurs est compensé par des droits financiers ou politiques attribués par la société bénéficiaire de l'apport. La présence de « *rompus* », par exemple, donne lieu à une soulte en numéraire. Cela peut potentiellement induire une coexistence entre le contrat d'apport et celui de vente. Cependant, si le montant de la soulte est inférieur à 10 % de la valeur nominale des droits sociaux attribués, l'opération, et naturellement le contrat, conserve sa qualification de contrat d'apport. Abstraction faite du régime fiscal auquel est soumise l'opération d'apport, en présence d'une soulte importante, le contrat est qualifié de contrat d'apport mixte⁴³⁶. Cette qualification s'applique également lorsque la société bénéficiaire prend en charge une partie de la dette qui grève l'actif apporté.

Dès lors que la contrepartie du bien ou le droit apporté réside dans l'attribution de droits sociaux à l'apporteur, le contrat d'apport est-il aléatoire ou commutatif ?

L'*affectio societatis* implique une obligation d'accepter les risques inhérents à la société. Considéré comme un contrat institutionnel, le contrat de société ne peut être classé dans la catégorie des contrats aléatoires réservée aux contrats synallagmatiques⁴³⁷. Cependant, la doctrine est partagée quant à la qualification du contrat d'apport en nature.

177. Une controverse doctrinale s'instaure ! - Selon le Professeur Guyon, « *à la différence de la vente qui est un contrat commutatif, l'apport a un caractère aléatoire, car si l'associé connaît la valeur de ce qu'il apporte, il ignore la valeur des droits sociaux qu'il reçoit en contrepartie* »⁴³⁸. D'autres auteurs considèrent, en revanche, que la contrepartie de l'apport est connue des parties dès la conclusion du contrat. En effet, la Professeure Regnaut-Moutier

⁴³⁵ P. Didier, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, « Corpus », 2011, n° 75 ; C. Houpinet H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. 1, 5e éd. 1925, n° 559.

⁴³⁶ Sont appliquées les dispositions du contrat de vente et du contrat d'apport en nature. Cependant, si la soulte dépasse 10 % de la valeur nominale, l'apport est requalifié en contrat de vente.

⁴³⁷ J. Hamel, « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925, p.761, spéc. p. 771.

⁴³⁸ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 100.

considère que « *s'il est indéniable que la valeur financière des parts ou actions qui rémunèrent l'apport n'est pas connue dès la formation du contrat d'apport, en revanche, de nombreuses dispositions démontrent que l'étendue de la participation sociale de l'apporteur est connue des parties dès la conclusion du contrat, ce qui impose la qualification de contrat commutatif* »⁴³⁹.

Buchberger estime, de son côté, que le contrat d'apport n'est ni commutatif ni aléatoire. Il adopte une vision générale et lui attribue la qualification de contrat nommé⁴⁴⁰. Cette qualification apparaît très générale pour le Professeur Barrillon, qui estime que « *l'exigence de preuve concerne, sinon la totalité, tout au moins la majorité des contrats. La qualification de contrat commutatif apparaît donc sans doute plus précise* »⁴⁴¹.

À notre sens, la qualification de contrat d'apport en contrat aléatoire est contestable. En effet, d'une part, le contrat d'apport crée, entre les parties, des obligations réciproques équivalentes. L'apporteur est tenu de transférer, à la société, le bien ou le droit promis et celle-ci est tenue d'émettre des titres de capital pour le rémunérer.

D'autre part, l'apport en nature fait l'objet d'une évaluation et d'une rémunération à sa juste valeur⁴⁴². À la signature du contrat d'apport, les parties disposent de toutes les informations relatives à la valeur du bien ou du droit apporté, ainsi qu'au nombre et à la valeur des droits sociaux remis en contrepartie. Toutes ces informations sont explicitement relatées dans le contrat d'apport et dans le rapport du commissaire aux apports⁴⁴³. Dès lors, la qualification de contrat d'apport comme contrat aléatoire ne semble pas adaptée.

En apparence, il s'avère que le contrat d'apport est un contrat synallagmatique commutatif qui a vocation à créer des obligations réciproques et équivalentes entre la société et l'apporteur.

Cependant, outre les obligations réciproques relatives au transfert du bien apporté et à la rémunération, le contrat d'apport crée des obligations supplémentaires, notamment celles rattachées au contrat de société. L'apporteur est ainsi tenu d'adhérer au pacte social et

⁴³⁹ C. Regnaut-Moutier, *op. cit.*, n° 207.

⁴⁴⁰ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, « Précis Domat », 15e éd, 2024, p. 20, n° 2. Selon l'auteur « *Sont nommés les contrats qui correspondent à un moule connu et font à ce titre l'objet d'un corps de règles propres* ».

⁴⁴¹ C. Barrillon, *th. préc.*, p. 85 n° 103.

⁴⁴² Voir n° 394 *infra*.

⁴⁴³ Lors de la constitution d'une société par actions, (C. com. art. L.225-8 et 14) pour les SA, (C. com. art. L.226-1) pour les SCA, (C. com. art. L.227-1) pour les SAS ; lors de l'augmentation de capital d'une société par actions, (C. com. art. L.225-147) pour les SA, (C. com. art.L.226-1) pour les SCA, (C. com. art. L.227-1) pour les SAS, (C. com. art. L.223-33) pour les SARL.

éventuellement au pacte extrastatutaire s'il existe. Le contrat de société oblige, en effet, l'apporteur à se soumettre, même contre son gré ou en son absence s'il est régulièrement convoqué, aux décisions sociales prises par les assemblées générales⁴⁴⁴.

Par ailleurs, en sa qualité d'associé, l'apporteur conserve indirectement des droits et prérogatives sur le bien qu'il a apporté en société⁴⁴⁵. Il jouit ainsi du droit à l'information et à la reprise de son bien apporté en cas de dissolution et de liquidation de la société⁴⁴⁶. L'apporteur est également tenu de contribuer aux pertes sociales et au passif de la société⁴⁴⁷. En retour, la société est dans l'obligation, si la collectivité des associés le décide, de distribuer des dividendes aux associés, dont l'apporteur fait partie, pouvant éventuellement provenir du fruit du bien apporté.

La mise en évidence de cette analyse permet d'affirmer que les obligations réciproques des parties au contrat d'apport ne sont pas équivalentes. Par conséquent, à notre sens, la qualification du contrat d'apport en nature en tant que contrat commutatif semble aussi inadaptée.

Se pose alors la question de savoir si l'obligation née du contrat d'apport consiste-t-elle en une obligation de donner ou de faire ?

178. L'obligation de donner est définie par l'article 1136 du Code civil comme suit : « *L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier* »⁴⁴⁸.

Pour le contrat d'apport en nature, La Professeure Fabre-Magnan estime qu'incombe à la société une obligation de donner, car elle doit délivrer un bien dont la valeur est quantifiable⁴⁴⁹. Barrillon se rallie à cette opinion et considère que l'apporteur dispose du pouvoir de recourir à

⁴⁴⁴ E. Gaillard, *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Paris, 1933, p. 19. Selon l'auteur « la nécessité de réunir l'unanimité des actionnaires rendait pratiquement impossibles les modifications des statuts ; jamais les décisions d'une grande société ne parvenaient à réunir l'unanimité. Il y avait toujours des opposants, du moins des absents, voire même des titres égarés, et cependant il fallait pouvoir les modifier pour permettre aux sociétés de vivre, de prospérer ou simplement d'échapper à la ruine ».

⁴⁴⁵ Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14.773, D. 2022. 1250, note B. Dondero.

⁴⁴⁶ C. civ. 1844-9.

⁴⁴⁷ M. Buchberger, th. préc., p. 184, n° 212.

⁴⁴⁸ C. civ.art. 1136 ; « Théorie des apports, notion d'apport en société », *J.-Cl. Soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 10-10, 2023, § 77.

⁴⁴⁹ M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005, p. 521.

l'exécution forcée en cas de non-remise des titres équivalents à ses droits⁴⁵⁰. Cette position nous paraît discutable. L'analyse du montage juridique et comptable de l'opération d'apport en nature justifie notre postulat.

En principe, la rémunération de l'apport en société d'un bien se matérialise par la remise, à l'apporteur, des titres de capital de la société qui en est bénéficiaire.

En effet, la rémunération de l'apport d'un bien ou d'un droit est une opération juridique décidée par l'assemblée générale de la société bénéficiaire ayant pour ordre de jour, l'approbation de l'évaluation de l'apport⁴⁵¹ et de constater l'augmentation de capital au profit de l'apporteur par l'émission de nouveaux titres de capital. Cette assemblée décide, par ailleurs, de la modification corrélative des articles statutaires constatant la nouvelle répartition du capital social pour les SARL, ou de l'enregistrement sur le registre des transferts d'actions pour les SA et SAS. Sans cette approbation, l'apport ne peut être réalisé.

Sur le plan comptable, la société doit retracer les décisions prises par la collectivité des associés et particulièrement, l'enregistrement du bien apporté à l'actif du bilan, à la valeur d'apport et en contrepartie, la constatation de l'augmentation de capital avec l'identification du nouvel associé apporteur⁴⁵² au passif du bilan.

L'obligation de la société réside, alors, dans la tenue d'une assemblée générale pour décider de l'augmentation de capital par l'émission des titres de capital au nom de l'apporteur et corrélativement enregistrer dans les comptes sociaux de la société émettrice l'impact de cette opération.

Dans ce contexte, la société bénéficiaire de l'apport possède une obligation de faire. L'apporteur dispose, quant à lui, d'une obligation de donner ou de faire, selon le cas. L'apport d'un bien en jouissance ou en usufruit suppose l'obligation de mise à disposition du bien promis. Cependant, l'apport d'un bien corporel implique l'obligation de transfert et de mise à disposition.

⁴⁵⁰ C. Barrillon, Th. préc. p. 85, n° 104.

⁴⁵¹ En fait, il s'agit de l'approbation du contrat d'apport avec toutes ses composantes.

⁴⁵² Le procès-verbal constate les mentions suivantes : « *Résolution 1- après lecture du rapport du CAP, la collectivité des associés ratifie le contrat d'apport dans toutes ses dispositions et constate l'augmentation de capital au profit de l'apporteur* ». Si l'apport est effectué par un associé, la participation au capital se voit augmenter.

179. L'analyse des différentes qualifications juridiques ci-dessus met en lumière le caractère *sui generis* du contrat d'apport⁴⁵³. Sa caractéristique essentielle réside dans le transfert du bien ou droit apporté à la société bénéficiaire et la rémunération corrélative de l'apporteur par des titres de capital en contrepartie de son apport. Quant à la société, elle s'oblige à assurer à l'apporteur associé les prérogatives résultant de ces droits sociaux, tant politiques que financiers⁴⁵⁴.

Dans cette perspective, se pose la question suivante : le contrat d'apport en société s'analyse-t-il en un contrat *stricto sensu* ?

b) Théorie de la conception hybride du contrat de société

180. Le contrat d'apport constitue le lien contractuel entre la société et l'apporteur. Celui-ci devient alors partie au contrat de la société bénéficiaire de son apport. Receveur estime que « *la personnification de la société génère l'existence d'un contrat « dual » puisque, au contrat de société stricto sensu conclu entre les associés, se superpose un contrat d'apport conclu entre chacun des associés et la société* »⁴⁵⁵. L'auteur en déduit que le contrat de société ne se réduit pas à un contrat *stricto sensu*.

Alors que la société renvoie à une fiction qui englobe un patrimoine et une activité économique, le contrat de société se matérialise par un pacte social qui régit d'une part, sa relation avec chacun des associés et d'autre part, le rapport entre l'ensemble des associés au cours de la vie sociale. Il convient donc de distinguer entre le contrat de société et la société elle-même.

Buchberger relève, à cet égard, que « *si la société est un contrat, il devrait être absurde d'envisager sa relation avec les associés : s'interroge-t-on sur la relation entre le vendeur et la vente, entre le prêteur et le prêt ? La question retrouve cependant sa logique si l'on admet que la société n'est pas seulement un contrat, mais également une personne juridique... En effet, dans tous les cas, la société ne se résume pas à un contrat : elle est également une personne, ce qui rend théoriquement envisageable l'existence de liens avec les associés* »⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Contrairement à la thèse de Ph. Malaurie qui postule que la qualification de contrat *sui generis* n'est pas la plus appropriée, note ss. CA Paris, 11 sept. 1997, n° 95-8657, 1re ch., B., Defrénois 1998, art. 36 718, p. 119, H. Roland et L. Boyer considèrent qu'« *on dit d'un contrat ou d'une situation juridique qu'il est sui generis quand il n'est réductible à aucune catégorie préexistante ; il constitue alors, à lui seul, une espèce nouvelle* », Locutions latines du droit français, Paris, Litec, 4^e éd. 1998, p. 469.

⁴⁵⁴ C. civ. art. 1832-2, al. 2.

⁴⁵⁵ B. Receveur, thèse préc., p. 5, n° 5.

⁴⁵⁶ M. Buchberger, thèse préc., p. 17, n° 1.

Hamelin confirme cette position et précise que « *la notion de contrat correspond à une relation d'altérité où plusieurs personnes distinctes accordent leurs volontés et intérêts respectifs. Elle ne saurait donc renseigner utilement sur la relation d'une personne morale avec ses membres, puisqu'il s'agit d'une relation d'appartenance voire d'identité* »⁴⁵⁷.

La société n'est donc pas réduite à un simple contrat, mais se présenterait davantage comme une institution ayant une personnalité juridique autonome⁴⁵⁸. En revanche, le contrat de société constitue une charte convenue entre les associés fondateurs, matérialisée par les statuts de constitution, voire un pacte extrastatutaire, auquel adhèrent les nouveaux associés.

181. Le contrat de société - conception institutionnelle - La prédominance du caractère institutionnel d'une société de capitaux se manifeste par les attributs qu'acquiert la personne morale depuis son immatriculation au RCS. Selon cette conception, l'intérêt social découlant de l'objet statutaire prime sur les intérêts privés des associés. Ainsi, si par exemple, la modification d'un contrat de droit commun⁴⁵⁹ requiert l'unanimité des co-contractants, la modification du contrat de société de capitaux est adoptée selon les règles de quorum et de majorité propres à la forme sociale. Un auteur affine cette approche et considère que « *la société ne serait pas seulement un contrat par son acte de naissance, et une institution par ses effets, mais aussi une technique juridique au service d'une organisation économique et sociale* »⁴⁶⁰.

La réalisation de l'objet social, qui constitue l'objectif ultime de la raison d'être de la société, justifie que les droits des associés puissent être modifiés par une décision prise, au nom de l'intérêt social, par la majorité des associés. Par le biais du contrat d'apport, l'apporteur adhère à la charte sociale et les décisions prises par la collectivité des associés lui sont opposables même s'il a voté contre la résolution. Ce fondement confirme le caractère institutionnel de la société⁴⁶¹, tel qu'il est constamment affirmé par la jurisprudence⁴⁶².

⁴⁵⁷ J.-F. Hamelin, « Le contrat de société ». *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, mai 2016, n° 147, dossier 3, n° 6.

⁴⁵⁸ C. civ. art.1832, al.1. Ce texte reprend les deux notions et dispose : « la société est instituée par une ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat... ».

⁴⁵⁹ Y compris le Pacte d'actionnaires.

⁴⁶⁰ D. Gibrila, « Société, Dispositions générales, Constitution de la société, contrat de société », *J.-Cl. Civ. Code*, LexisNexis, fasc.10, 2023 § 5.

⁴⁶¹ Cette expression reprend le caractère organisé d'une structure obéissant à l'ordre public légal.

⁴⁶² CA Paris, 24 avr. 1989, *BRDA* 18/1989, p. 20.

En tout état de cause, l'existence du contrat d'apport est subordonnée à l'acquisition de la personne morale⁴⁶³ par la société bénéficiaire. En d'autres termes, la naissance du contrat de société précède celle du contrat d'apport. La superposition du contrat d'apport au contrat de société *stricto sensu* justifie la nature hybride, à la fois contractuelle et institutionnelle⁴⁶⁴, des sociétés de capitaux.

2) Conditions de validité du contrat d'apport en nature

182. La validité du contrat d'apport en nature suppose qu'il soit signé par la personne habilitée à engager la société **(a)**. Cette exigence paraît plus contraignante lorsqu'il s'agit de l'apport en société d'un bien commun **(b)**.

a) Le contrat d'apport – personne habilitée à engager la société apporteuse

183. Eu égard aux vicissitudes entourant la décision d'apporter un bien ou un droit en société, deux possibilités sont envisagées. La jurisprudence et la doctrine distinguent l'apport dont la décision relève des dirigeants de celui dont elle est réservée exclusivement aux associés.

L'apport d'un bien en société emporte le transfert de propriété de celui-ci à une tierce personne. Il importe alors de déterminer l'organe habilité à décider de cette opération pour le compte de la société apporteuse.

À l'heure actuelle, ni la jurisprudence ni la doctrine n'abordent cet aspect avec clarté. Il apparaît donc nécessaire de l'examiner à travers cette étude.

L'apport en nature peut porter sur un actif immobilisé⁴⁶⁵ ou circulant⁴⁶⁶. Pour ce faire, il convient de distinguer ces deux catégories d'actifs. Une distinction complémentaire s'impose entre l'actif immobilisé nécessaire à l'exploitation⁴⁶⁷ de celui non nécessaire à l'exploitation.

⁴⁶³ N. Antaki, « commentaires sur le contrat de société », *Les cahiers de droit*, vol. 29, numéro 4, 1988, p. 1032.

⁴⁶⁴ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 10, p. 3; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 96; Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 26e éd., 2023, n° 33.

⁴⁶⁵ J.-L. Navarro, *Lecture de bilan pour professionnels du droit*, Francis Lefebvre, « Dossiers pratiques Francis Lefebvre », 3e éd., 2022, n° 71, définit les éléments d'actif immobilisé comme suit : « *ce sont des éléments destinés à servir de façon durable à l'activité de l'entreprise. Ils ne se détruisent pas par le premier usage : ils concourent à la production de biens ou de services pendant plusieurs exercices et, à ce titre, figurent à l'actif du bilan. Le bien peut également servir à la gestion interne de l'entité* ».

⁴⁶⁶ J.-L. Navarro, *op. cit.*, n° 76 considère que « *les éléments d'actif qui, en raison de leur destination ou de leur nature, n'ont pas cette vocation constituent l'actif circulant* ».

⁴⁶⁷ L'actif immobilisé productif permet de produire d'autres biens destinés à la vente. Ces immobilisations ne sont pas consommées à la première utilisation. Il s'agit des éléments de l'actif constitutif de l'outil de production de l'entreprise (installation, matériels, outillage, bâtiment, marque, brevet,...).

Cette distinction permet ainsi de déterminer l'organe habilité à décider de l'apport du bien en société.

L'actif circulant regroupe les éléments du patrimoine qui, de par leur destination ou leur nature, n'ont pas vocation à demeurer durablement dans l'entreprise, sauf exception généralement liée à des particularités d'activité. En revanche, l'actif immobilisé non nécessaire à l'exploitation comprend les biens et les valeurs destinés à être cédés à court terme, qu'ils génèrent ou non des revenus.

Sauf dispositions statutaires contraires, l'apport en société d'un actif circulant ou d'un actif immobilisé non nécessaire à l'exploitation constitue un acte de gestion relevant de la compétence du dirigeant de la société apporteuse, sous réserve qu'il ne soit pas qualifié d'acte anormal de gestion⁴⁶⁸.

En effet, si le bien apporté n'a aucun effet sur la réalisation, même partielle, de l'objet social de la société apporteuse, et en l'absence de restrictions statutaires, la décision d'apport incombe aux dirigeants. L'approbation par l'assemblée générale des associés, ou par toute assemblée spéciale, n'est pas requise. La jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître que « *cette compétence de principe des dirigeants est écartée en cas de stipulations statutaires contraires ou lorsque l'opération envisagée aurait pour conséquence une modification de l'objet social ou tout autre élément prévu par les statuts de la société apporteuse* »⁴⁶⁹. L'apport d'un actif substantiel, susceptible d'avoir un effet négatif sur l'exploitation de la société apporteuse, ne peut par conséquent être décidé par les dirigeants.

184. Une attention particulière doit être portée à l'utilité du bien pour la société apporteuse et à l'impact de son apport à une société tierce sur l'intérêt social. En effet, l'apport en société d'un actif qui, par son importance ou sa nature, est nécessaire à l'exploitation entraîne en principe une altération de l'activité de la société apporteuse. Il ne s'agirait donc plus d'un apport ordinaire, et son extraction de l'actif social risque d'entraîner une modification substantielle de l'objet social.

⁴⁶⁸ Ex : Est qualifié d'acte anormal de gestion l'apport de la totalité du stock composant l'actif circulant. Cette opération pourrait asphyxier l'activité de la société apporteuse. Par un arrêt 21 déc. 2018, n° 402006, la chambre plénière du CE, a relevé deux considérants pour qualifier une opération d'acte anormal de gestion. Il s'agit de celui par lequel la société décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt. Interprétation qualifiée par un arrêt de CE, 9e - 10e ch. réunies n° 466247 du 07 avr.2023.

⁴⁶⁹ Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548, *D.* 1993, *jurispr.* p. 139, note Th. Bonneau n° 26 ; E. Loubet et E. Rapone, « fusion de sociétés, Apport partiel d'actif », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 164-10, 2023, § 27.

Les éléments d'actif immobilisé sont, en principe, destinés à servir de façon durable pour l'activité de l'entreprise⁴⁷⁰. Ils constituent, en effet, les outils de production ou de gestion, et permettent la production d'autres biens destinés à la vente (installations, matériels, outillages, bâtiments, marques, brevets, *etc.*). Il en est ainsi en cas d'apport du fonds de commerce de la société ou encore d'un brevet constituant l'essence même de l'activité de production de la société apporteuse.

L'apport de tels éléments d'actifs est susceptible d'entraîner une modification ou une restriction de l'objet social. Cela suppose naturellement une autorisation voire une décision préalable d'un tel changement de structure par une assemblée générale extraordinaire de la société apporteuse.

À notre avis, l'apport en société d'un outil de production pourrait, exceptionnellement, relever des attributions des dirigeants. Il s'agit de l'apport d'un actif qui, bien qu'il soit dépourvu d'un intérêt social direct, pourrait néanmoins engendrer indirectement un effet positif sur l'intérêt social de la société apporteuse.

Cela concerne, à titre d'exemple, la décision d'apporter un actif à une société, en contrepartie de laquelle la société apporteuse obtiendrait le contrôle de la société bénéficiaire. La prise de contrôle de cette société permettrait de réaliser indirectement, voire de développer, l'objet social de la société apporteuse.

185. Le contrat d'apport en société d'un fonds de commerce suscite des controverses quant à la personne habilitée à l'apporter en société. La jurisprudence distingue, en effet, les actes qui relèvent par nature d'une décision de l'assemblée générale, de ceux dont les effets peuvent nécessiter l'intervention de l'assemblée des associés.

En principe, il est admis que l'apport en société d'un fonds de commerce constitue un acte de gestion. La décision d'apport, à l'instar de la vente ou du bail, s'inscrit dans le cadre de l'activité courante d'une société commerciale et relève des attributions de ses dirigeants⁴⁷¹. Cette solution est parfaitement admise lorsque la société exerce concomitamment d'autres activités commerciales, ayant un effet prépondérant par rapport au fonds apporté, qu'elle continue d'exploiter sans porter atteinte à son objet social. Dans ce cas, il y a simplement substitution, dans le patrimoine de l'apporteur, des éléments d'actifs constituant le fonds apporté par les droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport, reçus en contrepartie de l'apport du fonds

⁴⁷⁰ C. com. art. R. 123-181 ; l'article 211-6 du PCG 2023 reprend aussi cette logique.

⁴⁷¹ P. Le Cannu, « Apport d'un fonds de commerce et opération de gestion de l'article 226 de la loi du 24 juill. 1966 », *Joly Soc.Traité*, 1 mars 1993, n° 18.

de commerce.

Cependant, si l'apport du fonds de commerce a pour effet soit de modifier l'objet social, soit seulement de le restreindre par la suppression de la possibilité de réaliser une partie de son objet⁴⁷², il ne s'agit plus d'une décision de gestion. La décision d'apport, dans le premier cas, relève par nature d'une décision préalable de l'assemblée générale extraordinaire pour modifier son objet social, tandis que dans le second cas, elle entraîne l'intervention *a posteriori* d'une assemblée générale extraordinaire pour supprimer l'activité dont le fonds est apporté. Il s'agit d'une position constante de la jurisprudence qui affirme que « *la modification de l'objet peut être le premier acte nécessaire d'un tel changement de structure, car il n'appartient pas au président ni au conseil d'administration de prendre une décision relevant de l'assemblée générale extraordinaire* »⁴⁷³.

b) Validité d'apport en société d'un bien commun

186. L'apport d'un bien commun, notamment lorsqu'il est détenu en indivision ou appartient à des époux mariés sous le régime de la communauté, soulève en effet des particularités juridiques qui méritent une attention particulière.

L'apport en société de biens indivis par tous les indivisaires met fin à l'indivision⁴⁷⁴. Les droits sociaux rémunérant un tel apport peuvent être répartis entre les apporteurs au prorata de leurs droits dans l'indivision, auquel cas chaque indivisaire détient personnellement la qualité d'associé.

Le droit de préemption ouvert aux indivisaires non apporteurs, prévu par l'article 815-14 du Code civil, est sans application en cas d'apport en société, puisque les autres indivisaires ne seront pas en mesure de fournir la même contrepartie.

Par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, il a été jugé que « *le droit de préemption de l'article 815-14 du code civil est nécessairement exclu dans le cas d'un apport en société, faute pour les autres coindivisaires d'être en mesure de pouvoir fournir le même avantage au cédant, à savoir l'attribution de droits sociaux et non le paiement d'un prix* »⁴⁷⁵.

⁴⁷² Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12548, *Bull. Joly soc.*, mars 1993, n° 5.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Cass. 3e civ., 3 oct. 1980, *JCP G* 1980, IV, p. 405.

⁴⁷⁵ CA Paris, 11 sept. 1997, n° 95/08657 et 96/19978; *Defrénois*, 1998, p. 119, note Ph. Malaurie. La Cour reprend notamment le raisonnement de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1971, n° 69-10.540 s'agissant du droit de préemption prévu par l'article L. 412-1 du code rural.

En revanche, l'apport par l'un des indivisaires nécessite l'accord des coindivisaires. À défaut, l'apport est inopposable aux indivisaires non consentants et cette inopposabilité ne vaut que pour la part correspondant aux droits dans l'indivision des indivisaires non consentants, et non pour la totalité du bien apporté⁴⁷⁶.

187. Dans le cadre du régime de la communauté légale, chaque époux peut librement apporter en société ses biens propres⁴⁷⁷. Par l'effet de la subrogation réelle, les droits sociaux attribués à l'époux apporteur, par la société bénéficiaire, en rémunération de son apport, sont eux-mêmes propres⁴⁷⁸.

Toutefois, l'apport des biens communs est encadré par des dispositions législatives particulières⁴⁷⁹. Celles-ci distinguent, en effet, l'apport de bien soumis à la cogestion de celui soumis à la gestion concurrente de la communauté.

188. Apport d'un bien commun à une SARL - Il est légalement établi que les biens communs, source de crédit ou de revenus pour la communauté, sont régis par la règle de cogestion⁴⁸⁰. Ainsi, la validité du contrat d'apport en société de ces biens, par l'un des époux, est subordonnée, à peine de nullité, au consentement explicite du conjoint de l'apporteur⁴⁸¹. Ce principe s'applique également pour l'apport, notamment, de droits garantissant le logement de la famille ou d'un fonds de commerce auquel participe l'autre conjoint dans l'exploitation⁴⁸².

⁴⁷⁶ Cass. 1re civ., 5 avr. 2005 : *BRDA* 6/2006, n° 6 ; F. Dannenberger, *op. cit.* § 61.

⁴⁷⁷ C. civ. art. 1428.

⁴⁷⁸ C. civ. art. 1832-2 ; Cass. 1re civ., 27 mai 2010, n° 09-11.894, *JurisData* n° 2010-007329 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 195, note M.-L. Coquelet ; *BRDA* 2010, n° 13, p. 2.

⁴⁷⁹ A. Colomer, « L'entrée en société d'une personne mariée », *Defrénois*, 1977. 1273 ; M. Tchendjou, « Le conjoint de l'associé », *RTD com.*, 1996, p. 409 ; J. Honorat, « La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », *Rev. soc.*, 1999, p. 577 ; C. Barreau, « Société entre époux », *Rép. Soc.*, Juillet 2024.

⁴⁸⁰ C. civ. art. 1424, 1425 et art. 1503.

⁴⁸¹ C. civ. art. 1424 ; G. Goffaux-Callebaut, « Apport », *Rev. soc.*, nov. 2023, n° 159 et 160.

⁴⁸² C. com. art. L. 121-5.

Quant aux biens soumis à la gestion concurrente, pour réaliser un apport à une SARL⁴⁸³, un époux doit en aviser⁴⁸⁴ son conjoint et doit, en outre, le mentionner expressément dans le contrat de société⁴⁸⁵.

189. L'omission de l'obligation d'information du conjoint⁴⁸⁶ ou de l'obtention de son consentement, alors qu'il était requis⁴⁸⁷, entraîne la nullité du contrat d'apport. La nullité prononcée produit ses effets non seulement vis-à-vis du conjoint apporteur, mais également dans ses rapports avec la société bénéficiaire de l'apport, même de bonne foi⁴⁸⁸.

Se pose alors la question de la conciliation de ces impératifs avec celles de la directive européenne⁴⁸⁹ sur la nullité des contrats de sociétés de capitaux. À notre sens, à l'instar de l'apport fictif, la nullité du contrat d'apport en société prononcée en infraction des dispositions des articles 1424 et 1427 du Code civil ne peut entraîner la nullité d'une société à responsabilité limitée, sauf si tous les apports sont nuls.

190. Revendication de la qualité d'associé par l'époux de l'apporteur - Les parts sociales d'une SARL, attribuées en contrepartie de l'apport de biens communs, sont communes. En principe, la qualité d'associé est reconnue à l'époux apporteur⁴⁹⁰. Cependant, son conjoint, soumis à la gestion concurrente ou à la cogestion, est en droit, soit de revendiquer à la société bénéficiaire de cet apport la qualité d'associé pour la moitié des droits sociaux⁴⁹¹, soit d'en

⁴⁸³ C. civ. art. 1832-2, al. 4. Ce texte étend la restriction aux achats des parts sociales non négociables en employant les biens communs.

⁴⁸⁴ La forme d'avertissement n'est pas prévue par les textes. La preuve pouvant se faire par témoins. En ce sens, CA Versailles, 14 oct. 1999, *Bull. Joly soc.*, févr. 2000, p. 164, n° 30, note B. Saintourens ; E. Naudin, « Capacité et situation conjugale de l'associé », *Bull. Joly soc.*, 16 mai 2018, n° 58.

⁴⁸⁵ L'avertissement ne joue que pour les biens communs autres que ceux visés aux articles 1424 et 1425 du Code civil ; G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 163.

⁴⁸⁶ C. civ. art. 1427 ; Cass. 1re civ., 28 mars 1984, n° 83-10.848, *JurisData* n° 1984-700707 ; *Bull. civ. I*, n° 119, p. 97 ; Cass. 1re civ., 17 juin 1981, n° 80-11.140, *JurisData* n° 1981-702468 ; *JCP* 82, II, 19809, note J. Patarin ; Cass. 1re civ., 27 juin 1978, *JurisData* n° 1978-799241 ; CA Grenoble, 29 avr. 1999, *Dr. famille* 1999, 115, note B. Beignier.

⁴⁸⁷ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 164.

⁴⁸⁸ Cass. 1re civ., 6 févr. 1979, n° 77-15.300, *Bull. civ. I*, n° 43, p. 38.

⁴⁸⁹ Dir. n° 2009/101/CE, du 16 sept. 2009, art. 12.

⁴⁹⁰ Pourvu que les dispositions des articles 1424 et 1427 du Code civil soient scrupuleusement respectées.

⁴⁹¹ C. civ. 1832-2 al 3.

renoncer explicitement. Dans ce cas, la renonciation est définitive et ne peut faire l'objet d'une rétractation ultérieure⁴⁹².

Le législateur n'a pas prévu de forme particulière pour cette notification⁴⁹³. Pour autant, selon le Professeur Revel, « *il sera prudent de faire mention dans l'acte d'achat qu'il y a été procédé, car la sanction encourue – nullité de l'opération – frappe directement non seulement l'époux apporteur, mais aussi les autres associés* »⁴⁹⁴. Le droit du conjoint de l'apporteur peut être exercé jusqu'à la dissolution de la communauté⁴⁹⁵. L'intervention des deux conjoints à l'acte d'apport ne dispense pas de la justification d'un avertissement préalable qui doit être joint à la convention d'apport⁴⁹⁶.

191. Agrément, en qualité d'associé, du conjoint de l'apporteur - En présence d'une clause statutaire d'agrément, la procédure prévue par ladite clause s'applique pour agréer le conjoint de l'apporteur du bien commun en qualité d'associé.

Dès lors, il importe de distinguer entre l'avertissement préalable à la réalisation de l'opération d'apport de celui effectué postérieurement.

Si la revendication de la qualité d'associé, par l'époux de l'apporteur, est notifiée avant la réalisation de l'opération d'apport, l'agrément de celui-ci vaut pour les deux époux⁴⁹⁷. En revanche, si la notification est postérieure, la clause d'agrément statutaire prévue « *à cet effet* » est opposable au conjoint de l'apporteur qui revendique la qualité d'associé⁴⁹⁸.

⁴⁹² Cass.com., 12 janv. 1993, n° 90-21.126, *Bull. civ. IV*, n° 9 ; *Bull. Joly soc.*, 1993. 364, note J. Derruppé ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 45 ; *Bull. civ. IV*, n° 9 ; *Rev. soc.* 1994, p. 55, note J. Honorat ; Defrénois 1993. 508, note P. Le Cannu ; *JCP E* 1993. II. 497, note H. Le Nabasque ; *JCP N* 1993, II, p. 301, note D. Randoux ; J. Monnet, « Théorie des apports, Apport d'un fonds de commerce, Conditions de validité et d'efficacité », *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc.4510, § 31.

⁴⁹³ CA Versailles, 14 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000. 164, note B. Saintourens ; G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 166.

⁴⁹⁴ J. Revel, « Collaboration professionnelle et couples », *Rép. dr. trav.*, sept. 2011, n° 30.

⁴⁹⁵ Cass. com., 18 nov. 1997, n° 95-16.371, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; Cass. com., 18 nov. 1997, *Bull. Joly soc.*, 1998. 221, note J. Derruppé ; *JCP E* 1998. 517, note D. Vidal ; *D.* 1998. Somm. 394, obs. J.-C. Hallouin.

⁴⁹⁶ S. Castagné, « Sociétés à responsabilité limitée, Augmentation de capital », *J.-Cl. Not. Form.* LexisNexis, fasc.I-160, 2022 § 24.

⁴⁹⁷ B. Maubru, « L'agrément du conjoint de l'associé », *Defrénois* 1985, 801.

⁴⁹⁸ C. civ. art. 1832-2 ; J. Revel, *op. cit.*,

Lors de l'assemblée générale qui statue sur l'agrément du conjoint de l'apporteur, ce dernier dispose de la qualité d'associé. Toutefois, il ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité⁴⁹⁹.

À défaut d'agrément de l'époux de l'apporteur revendiquant la qualité d'associé, celle-ci appartient exclusivement au conjoint apporteur pour la totalité des parts sociales attribuées en rémunération de l'apport d'un bien commun qui conservent leur nature de biens communs⁵⁰⁰.

192. L'apport à une société par actions d'un bien commun, soumis à la gestion concurrente, n'entraîne pas l'obligation d'information par le conjoint apporteur et le consentement de l'autre époux n'est pas requis⁵⁰¹. De surcroît, la qualité d'actionnaire bénéficie exclusivement à l'apporteur et le conjoint ne peut réclamer cette qualité pour la moitié des actions⁵⁰². Cependant, les actions sont considérées comme des biens communs et sont comprises dans la masse à partager entre les deux époux en cas de liquidation de la communauté. De même, les dividendes perçus par le conjoint apporteur constituent des biens communs.

L'évolution du droit positif concernant l'apport en nature a consacré la légalité de la rémunération de ce type d'apport par des VMDAC dont le titre primaire n'est pas une action. À notre connaissance, à ce jour, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont abordé l'apport en société d'un bien commun d'une communauté sous cet angle.

193. Rémunération de l'apport d'un bien commun par des BSA - Au sens de l'article L. 228-91 du Code de commerce, le BSA constitue une valeur mobilière donnant accès au capital d'une société par actions dont l'exercice se traduit par la souscription d'une ou plusieurs actions émises à cette occasion. La rémunération de l'apport en nature par des BSA est admise tant par la jurisprudence⁵⁰³ que par la doctrine.

Dans le cadre de la communauté légale, le conjoint apporteur d'un bien commun à une société par actions peut être rémunéré par des BSA qui constituent des biens communs par l'effet de la subrogation réelle.

⁴⁹⁹ E. Naudin, « Capacité et situation conjugale de l'associé », *Bull. Joly soc.*, 16 mai 2018, n° 61.

⁵⁰⁰ S. Castagné, *op. cit.* § 26.

⁵⁰¹ C. civ. art. 1832-2 al 1^{er} ; C. civ. art. 1424 ; G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 162.

⁵⁰² C. civ. art. 1832.2 der. al.

⁵⁰³ CA Paris, Pôle 05 ch. 09, 17 févr. 2022, n° 21/00370.

Les actions souscrites et libérées par des fonds communs, lors de la levée de l'option, ne posent pas de difficultés particulières. Par l'effet de la subrogation réelle, ces droits sociaux sont des biens communs. Les dividendes distribués suivent également le même régime.

La question devient plus complexe lorsque le prix d'acquisition est libéré exclusivement par des fonds propres du conjoint apporteur, alors que les BSA utilisés sont des biens communs.

Il pourrait s'avérer, de prime abord, que les actions souscrites et libérées selon ce montage financier sont des biens propres, et que la contre-valeur de l'apport du bien commun apporté constitue une dette du conjoint apporteur envers la communauté. Nous poussons l'analyse plus loin pour affirmer ou infirmer cette thèse.

194. Juridiquement, les BSA ne confèrent pas à l'apporteur la qualité d'actionnaire. Ce sont des titres qui confèrent au détenteur un droit de souscrire à l'augmentation de capital de la société bénéficiaire à un prix déterminé ou déterminable dans un délai fixé par le prospectus⁵⁰⁴. Dans les comptes de la société bénéficiaire de l'apport, celui-ci est enregistré à l'actif, en contrepartie de la contre-valeur au compte approprié des capitaux propres⁵⁰⁵.

En faisant valoir les BSA pour souscrire à l'augmentation de capital lors de la levée de l'option, le prix de l'exercice convenu tient compte de la valeur du BSA, considérée comme un complément de prix à la valeur réelle de l'action à souscrire. Bonneau estime que le prix de souscription du BSA vient « *en déduction du prix de l'émission [...] résultant de l'exercice des droits de souscription* »⁵⁰⁶. Cette position, discutée par d'autres auteurs, nous paraît la plus proche de la réalité économique de l'opération. À notre sens, les BSA, octroyant le droit de souscrire à l'augmentation de capital, appartiennent à la communauté. Les actions souscrites représentent donc des biens communs. Le conjoint ayant libéré le prix de souscription, par des fonds propres, devient créancier de la communauté à due concurrence. Cependant, la qualité d'actionnaire est acquise uniquement par l'actionnaire apporteur.

II- La portée de l'engagement de l'apporteur en nature

195. L'apport en nature est concrétisé par un contrat en vertu duquel l'apporteur s'engage à apporter en société un bien ou un droit.

⁵⁰⁴ M. Michineau, « Valeurs mobilières donnant accès au capital social », *Bull. Joly soc.*, 02 mai 2022, n° 66.

⁵⁰⁵ PCG, Compte n° 1045.

⁵⁰⁶ Th. Bonneau, « La diversification des valeurs mobilières », *RTD com.* 1988, n° 33, p. 559 ; F. Peltier, « La nature juridique des obligations remboursables en actions », *JCP E* 1992, n° 31 à 37, p. 286.

Afin d'appréhender adéquatement la portée de cet engagement, il est impératif de caractériser rigoureusement sa nature (1), tout en examinant les conditions de sa pérennité (2).

1) Nature juridique de l'engagement de l'apporteur en nature

196. Le lien contractuel entre l'apporteur et la société est concrétisé par un contrat d'apport. Il convient alors de cerner les effets juridiques de ce contrat (a) ainsi que les engagements inhérents (b).

a) Effets juridiques du contrat d'apport en nature

197. Le principe d'*affectio societatis* suppose l'adhésion de l'apporteur au contrat de société. Dans le cadre de l'apport en numéraire, l'apporteur doit souscrire un bulletin de souscription en vertu duquel il manifeste sa volonté de s'associer et de libérer les fonds promis dans le délai imparti. Selon le Professeur Dondero, « *il faut distinguer la phase de souscription des parts ou des actions de la société, par laquelle l'associé ou l'actionnaire prend l'engagement de réaliser un apport, de la phase de libération de ces parts ou actions, lors de laquelle le souscripteur doit mettre effectivement les biens ou l'activité faisant l'objet de l'apport à la disposition de la société* »⁵⁰⁷.

Transposé à l'apport en nature, le contrat d'apport constitue le lien contractuel entre la société et l'apporteur⁵⁰⁸. Ce contrat produit ses effets à compter de son approbation par la collectivité des associés. En présence d'une société unipersonnelle, l'associé unique se trouve engagé contractuellement avec ladite société au même titre que les sociétés pluripersonnelles⁵⁰⁹.

L'opération d'apport en nature ne se dénoue pas en un trait de temps⁵¹⁰. Elle s'exécute nécessairement en deux phases distinctes : la souscription au capital et la libération de l'apport. Le concept de contractualisation entre l'apporteur et la société bénéficiaire de l'apport diffère selon que la société soit dotée de la personnalité morale ou qu'elle soit en cours de formation.

198. La souscription à l'augmentation de capital concrétise l'effet personnel de l'apport. Celui-ci naît dès l'échange des consentements des parties au contrat d'apport et porte sur la création de deux obligations réciproques⁵¹¹. La première incombe à l'apporteur, qui s'oblige à

⁵⁰⁷ B Dondero, *Droit des sociétés*, 8e éd. Dalloz, coll. Hypercours, 2023, p. 49, n° 42.

⁵⁰⁸ T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer éd. Juridiques Belgique, 1996, n° 387.

⁵⁰⁹ M. Buchberger, th. préc., n° 224, p. 192.

⁵¹⁰ E. Schlumberger, « Le statut de la créance de libération d'apport », *Gaz. Pal.* n°23, 25 juin 2019, p. 55.

⁵¹¹ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 140.

transférer la propriété du bien à la société. La seconde relève de la société, qui s'oblige à rémunérer l'apporteur par ses titres de capital⁵¹². La naissance de ces deux obligations coïncide avec la date de l'approbation de l'évaluation de l'apport en nature par l'organe délibérant de la société bénéficiaire dudit apport, et constate l'augmentation du capital social par l'émission de nouveaux titres pour rémunérer l'apporteur⁵¹³.

Par deux arrêts anciens, la jurisprudence considère que le souscripteur peut demander la résolution de son engagement si la société ne lui attribue pas les titres en rémunération de son apport⁵¹⁴. Au regard de l'évolution du droit positif, la portée de ces deux arrêts s'avère discutable, du moins pour les sociétés de capitaux.

L'attribution de parts ou actions est liée à la souscription du capital. Celle-ci s'effectue *ipso facto* par l'assemblée générale qui approuve l'apport en nature. Dès lors, l'apporteur acquiert la qualité d'associé, du fait de son engagement d'apport.

De surcroît, le contrat d'apport peut avoir un effet instantané ou successif. La résolution ne peut être prononcée que pour les contrats à effet instantané, tandis que seule la résiliation peut mettre fin au contrat à effet successif⁵¹⁵.

199. La libération de l'apport concrétise l'effet réel de l'apport. Une distinction doit être faite entre le transfert de propriété et la mise à disposition du bien apporté. L'article 1843-3, alinéa 2, du Code civil dispose que « *les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à la disposition effective des biens* »⁵¹⁶. L'impératif de l'obligation de libération immédiate, qui concrétise l'effet réel de l'apport, est satisfait par une double opération. La première correspond au transfert des droits correspondants à la modalité particulière de l'apport, qu'il soit en propriété, en usufruit ou en jouissance. La seconde a trait à la mise à disposition effective du bien apporté à la société bénéficiaire⁵¹⁷. Le transfert et la mise en possession immédiate du bien par la société valent la libération du capital et libèrent l'apporteur de son engagement.

⁵¹² CA Paris, 17 janv. 1935, *Journ. sociétés* 1937. 236 ; T. com. Seine, 2 mars 1935, *RTD soc.* 1935. 276

⁵¹³ C.com. art. L 225-147.

⁵¹⁴ CA Paris, 17 janv. 1935, *Journ. sociétés* 1937. 236 ; T. com. Seine, 2 mars 1935, *RTD soc.* 1935. 276.

⁵¹⁵ C. civ. art. 1229.

⁵¹⁶ C. civ. art. 1843-3 al. 2.

⁵¹⁷ R. Baillod, *L'apport en industrie, Déclin ou renouveau ?* thèse Toulouse, 1980, n° 46 ; C. civ. art. 1843-3, al. 2 ; A. Lecourt, *op. cit.*, n° 108.

Ainsi, l'apport en jouissance est considéré comme libéré dès lors que l'apporteur a mis la société en mesure de jouir paisiblement du bien apporté, tandis que la libération d'un bien apporté en pleine propriété se concrétise non seulement par la mise à disposition du bien apporté, mais également par la concrétisation dans les comptes sociaux de l'acte de transfert du droit réel⁵¹⁸.

200. Concrétisation de l'apport par le droit comptable - Les dispositions du PCG consacrent le mode d'enregistrement comptable pour constater l'effet juridique de l'apport en nature dans les comptes sociaux des parties au contrat d'apport.

À la date de l'approbation de l'apport, la société bénéficiaire est tenue d'enregistrer, au passif de ses comptes sociaux, le capital social à libérer, et éventuellement la prime d'apport, en contrepartie d'une créance sur l'associé apporteur intitulé « associé – apport à libérer »⁵¹⁹. La libération du capital souscrit par apport en nature entraîne l'enregistrement du bien apporté, à la valeur d'apport, à l'actif des comptes sociaux de la société bénéficiaire, par l'annulation de la créance « associé - apport à libérer ».

De son côté, la société apporteuse enregistre dans ses comptes sociaux la substitution, dans son actif, du bien apporté par les titres de capital reçus en rémunération de l'apport de ce bien.

Pour la société en formation, l'engagement d'apport se matérialise par une promesse d'apport. L'apporteur reste donc débiteur de la société en formation jusqu'à son immatriculation. La libération de l'apport du bien apporté est reportée jusqu'à l'immatriculation de la société.

201. La convention d'apport, un contrat accessoire au contrat de société : Approche contestée - Un auteur considère que l'apport correspond à un contrat accessoire du contrat de société, doté toutefois d'une existence propre⁵²⁰. L'argument invoqué à l'appui de cette théorie consiste dans le fait que l'apport répond à la définition que l'article 1101 du Code civil donne au contrat⁵²¹. Il existe, en effet, un engagement de la part de l'apporteur de donner un bien⁵²².

⁵¹⁸ D. Krajewski, « La disparition du contrat (nullité, caducité, résolution, résiliation) », *Revue générale du droit des assurances*, déc. 2017, n°12, pp. 646-650

⁵¹⁹ Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-18453, *Bull. Joly soc.*, juin 2013, n° 193, p. 414, note E. Mouial-Bassilana ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 127, note J.-P. Legros.

⁵²⁰ J. Rouast, *La notion juridique d'apport en nature*, thèse Paris, 1949, cité par G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 125.

⁵²¹ C. civ. art. 1101. Ce texte dispose que : « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

⁵²² G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 125.

Cette thèse nous paraît discutable. En effet, le contrat d'apport peut entraîner soit un engagement de donner, soit de faire⁵²³. Rouast affirme en ce sens que le contrat d'apport conditionne l'existence du contrat de société et *vice versa*. Il convient de souligner, à cet égard, l'existence d'une coexistence, voire d'une interconnexion juridique, entre ces deux contrats. Le contrat d'apport dispose ainsi d'une existence propre, en lien avec le contrat de société.

La connexité entre le contrat d'apport en nature et le contrat de société n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine. Pour sa part, la jurisprudence n'a pas tranché le sujet et reste très marginale.

202. Coexistence du contrat d'apport et de celui de société - À l'instar de l'apport en numéraire, la concrétisation du contrat d'apport en nature vaut souscription à l'augmentation de capital. L'associé apporteur se trouve engagé contractuellement envers la société, qui à son tour, s'engage à le rémunérer par ses titres de capital.

Buchberger, dans sa définition du contrat d'apport précitée, souligne l'engagement réciproque entre l'apporteur et la société⁵²⁴.

En effet, le contrat d'apport fait naître, entre les signataires, des droits et obligations réciproques⁵²⁵ qui trouvent leur fondement dans sa coexistence avec le contrat de société. Le Doyen Blaise n'admet pas cette approche. Il estime qu'un contrat ne peut pas être l'élément d'un autre. Il en résulte, selon lui, que le contrat d'apport ne peut être que le contrat de société⁵²⁶. Le Professeur Causse partage ce point de vue, en précisant que « *considérer l'obligation de réaliser l'apport comme résultant du contrat de souscription revient à supprimer l'obligation essentielle résultant du contrat de société* »⁵²⁷. À notre sens, cette approche pourrait être justifiée en cas d'apport en numéraire. Toutefois, en cas d'apport en nature, cette doctrine est discutée. La dualité des deux contrats s'impose par l'effet juridique de l'opération d'apport, qui est à la fois un effet personnel et un effet réel, ces derniers étant dissociés⁵²⁸.

⁵²³ Voir n° 180 et s. *supra*

⁵²⁴ M. Buchberger, th. préc., n° 212, p. 184.

⁵²⁵ Cass. req., 22 avr. 1941, 1941 *DA*, p. 243 ; Cass. civ., 23 juill. 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A.C ; *journ. sociétés*. 1936, p. 544, note H. Lecompte.

⁵²⁶ H. Blaise, thèse préc., p. 52.

⁵²⁷ H. Causse, *Les titres négociables*, LexisNexis, « Litec juriclasseur », 1993, p. 83, n° 134.

⁵²⁸ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 270.

Par ailleurs, le transfert différé de propriété du bien apporté n'empêche pas sa libération immédiate. Celle-ci est concrétisée par sa mise à disposition à la société.

b) Convention d'apport, engagement inhérent

203. La naissance d'une société de capitaux ne se produit pas instantanément. En effet, avant toute association, une phase de négociations précontractuelles est nécessaire entre les personnes ayant un intérêt commun, au cours de laquelle la volonté de s'associer demeure indéterminée.

Si la volonté de coopérer au sein d'une entité commune est clairement exprimée par les parties et que les éléments essentiels du futur contrat de société sont définis⁵²⁹, les futurs fondateurs s'engagent à constituer ladite société à travers une promesse d'association. En principe, il s'agit du premier contrat conclu entre les futurs associés, sans pour autant qu'il soit qualifié de contrat de société.

Un auteur précise que selon le droit commun, « *l'objet de la promesse est constitué par l'objet du contrat définitif et par l'objet de l'obligation de ce contrat. La promesse précisera donc l'objet social de la future société et les apports respectifs des futurs associés* »⁵³⁰. En l'absence d'accord sur les apports, la jurisprudence rejette la qualification de la promesse de société⁵³¹.

Peut-on dès lors considérer qu'à partir de la signature de la promesse de société, celle-ci est en formation ?

204. Toute société en formation requiert l'accomplissement de certaines formalités légales ainsi que la conclusion de plusieurs actes juridiques indispensables à sa constitution.

Les actes conclus par les fondateurs durant cette phase préparatoire constituent une source inépuisable de contentieux. Les juges sont intransigeants à l'égard des contrats conclus « *par une société* » non encore immatriculée, et donc dépourvue de capacité de s'engager⁵³².

⁵²⁹ D. Legeais, « Société en formation », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc.1019, 2023 § 4 ; selon l'auteur : « *la promesse doit impérativement contenir les éléments essentiels du contrat de société. La nature et le montant des apports doivent être précisés. L'objet futur de la société doit être défini. Enfin, la volonté de collaborer doit exister. Si une incertitude relative aux apports subsiste, il n'y a pas promesse de société* »

⁵³⁰ R. Besnard Goudet et S. Maouche, « Consentement des parties, Promesse de société », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc 7-30, 2023 § 26.

⁵³¹ T. com. Paris, 7 juin 2013, *JurisData* n° 2013-029245.

⁵³² Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-26.491, *Rev. soc.*, 2017. 631, obs. P. Pisoni ; CA Douai, 6 juill. 2017, n° 16/02902, *Dr. sociétés* 2017, comm. 201, note R. Mortier ; *Bull. Joly soc.*, nov. 2017 670, n° 117a6 ; *BRDA* 2017/18, p. 6, n° 6.

Dans ce contexte, déterminer le point de départ de cette qualification juridique apparaît indispensable afin de protéger les intérêts des futurs associés, ainsi que ceux de la future société vis-à-vis des tiers contractants. La validité du contrat d'apport en nature en dépend. D'ailleurs, le régime des actes conclus pendant la période de formation est explicitement encadré par les articles 1843 du Code civil⁵³³ et L. 210-6 du Code de commerce⁵³⁴.

205. Cependant, si la borne finale est clairement identifiée par les textes, il s'avère difficile d'identifier avec exactitude la borne de départ⁵³⁵. Cette incertitude a suscité, et continue de susciter, une controverse doctrinale et jurisprudentielle.

À cet égard, le Professeur Legeais précise que *« la notion de société en formation n'est pas expressément consacrée par la loi. Il est cependant admis que la société est en formation pendant la période qui précède son immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui donne naissance à la personnalité morale »*⁵³⁶. Bien que cet auteur ait déterminé la date de l'acquisition de la personne morale par la société en formation, il n'identifie toutefois pas clairement la date de début.

206. Le point de départ de la société en formation - Considérer que le point de départ de la société en formation coïncide avec la date signature des statuts de constitution par les fondateurs relève de l'aberration. Cette interprétation n'est pas corroborée par les textes consacrés à la période de formation d'une société⁵³⁷, qui admettent que les actes accomplis pour son compte sont repris dans les statuts. Il en résulte plus précisément que la signature des statuts

⁵³³ C. civ. art. 1843. Ce texte dispose : *« les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci »*

⁵³⁴ C. com. art. L 210-6, ce texte dispose : *« les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.*

Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société ».

⁵³⁵ D. Plantamp, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD com.*, 1994, p. 1.

⁵³⁶ D. Legeais, *op. cit.* § 1.

⁵³⁷ L'une des modalités de reprise des actes accomplis au nom de société en formation, prévue à l'article 6 du décret n° 78-704, du 3 juill. 1978, et aux articles R. 210-5 et R. 210-6 du Code de commerce, consiste en l'établissement d'un état des actes accomplis, lequel est par la suite annexé aux statuts et présenté pour signature aux associés.

ne peut être retenue comme critère déterminant⁵³⁸. En effet, la société est considérée en formation durant la période qui s'étend entre, au minimum, la date de la signature des statuts et la date de son immatriculation. Le point de départ de la société en formation peut néanmoins être antérieur⁵³⁹.

L'administration fiscale retient comme point de départ « *la date de conclusion d'un acte opposable aux tiers et partant, inhérent à la procédure de constitution établie par les dispositions législatives et réglementaires* »⁵⁴⁰. La doctrine majoritaire se rallie à la doctrine fiscale. Elle adopte une approche cohérente avec la réalité économique, étirant ce point de départ à la date du premier acte nécessaire à la société. Ainsi, un auteur considère que le point de départ de la société en formation correspond au « *moment où la volonté des fondateurs de participer à une entreprise commune, manifestée clairement, se concrétise par des actes nécessaires, univoques et exceptionnels* »⁵⁴¹. La jurisprudence adopte une approche plus libérale et considère que la société est en formation à partir du moment où la volonté non équivoque de constituer une société est patente⁵⁴².

207. Identification de la date de la manifestation de volonté non équivoque de constituer une société - Préalablement à la signature des statuts de constitution de la future société, la souscription des actions en numéraire est constatée par un bulletin de souscription⁵⁴³ établi dans les conditions déterminées par l'article R. 22-10-5 du Code de commerce⁵⁴⁴. La libération intervient concomitamment à la signature des statuts. À l'instar du contrat d'apport, la promesse d'apport intervient nécessairement après l'évaluation du bien apporté et l'établissement du rapport du commissaire aux apports.

La fin évidente de la période de formation des sociétés est clairement énoncée par les articles 1842, alinéa 1, du Code civil, et L. 210-6 du Code de commerce, qui précisent que les sociétés de capitaux ne jouissent de la personne morale qu'à compter de l'immatriculation au

⁵³⁸ CA Paris, 26 avr. 1984, *BRDA* 13/84, p. 10.

⁵³⁹ D. Gibrila, *Droit des sociétés*, 7e éd. Ellipses, « 100% Droit », 2024, p. 61, n° 97.

⁵⁴⁰ Instr. 10 juin 1969.

⁵⁴¹ D. Plantamp, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD com.*, 1994, p.1.

⁵⁴² CA Montpellier, 28 janv. 1997, *Juris-Data* n° 1997-034482 ; CA Versailles, 14e ch., 12 avr. 1991, *Bull. Joly soc.*, juill. 1991, n° 253, p. 699, note P. Le Cannu.

⁵⁴³ A notre avis, le bulletin de souscription constitue une promesse d'apport en espèces.

⁵⁴⁴ C. com. art. L225-4.

RCS.

De cette analyse, il ressort que la phase de formation d'une société débute dès l'accomplissement du premier acte nécessaire inhérent à la procédure de constitution établie par les dispositions législatives et réglementaires et s'achève à la date de son immatriculation au RCS. Durant cette période, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations⁵⁴⁵.

208. La concrétisation de l'apport en nature fait à une société en formation - La société en formation n'a pas d'existence légale, étant donné qu'elle n'est pas encore immatriculée au RCS. Dépourvue de capacité juridique, elle n'a ni le droit de s'engager, ni d'avoir un patrimoine. Elle se voit également interdire, à peine de nullité absolue, la conclusion directe de contrats. Dans ce sens, la Haute juridiction a invalidé la souscription des actions de société effectuée pour le compte d'une société en formation, en arguant que « *la société MBM, étant dépourvue de personnalité juridique à la date de la souscription, ne pouvait valablement acquérir les droits et assumer les obligations attachées à cet acte juridique* »⁵⁴⁶. Cependant, la possibilité de reprise est admise pourvu que l'acte conclu ne doive avoir été accompli « *ni par les fondateurs en leur nom personnel, ni par la société, mais bien par les fondateurs déclarant agir au nom de la société en formation* »⁵⁴⁷.

L'acte passé par une société en formation ne peut ni être couvert par un avenant⁵⁴⁸ ni ratifié après immatriculation de la société⁵⁴⁹. Cette absence de rétroactivité dans l'acquisition de la personnalité morale entrave toute possibilité de régularisation. Un courant doctrinal conteste cette position rigoureuse de la jurisprudence, dès lors que les conditions de validité du contrat conclu sont réunies et que la personne morale immatriculée a repris l'acte en cause⁵⁵⁰. Cette

⁵⁴⁵ C. civ. art. 1842, al. 2.

⁵⁴⁶ Cass. com., 1^{er} juill. 2003, n° 01-02.479, *Bull. Joly* 2003.1164, note J.-J. Daigre, *Dr. sociétés* déc. 2003, n° 204, note F.-G. Trébulle.

⁵⁴⁷ F.-G. Trébulle, note sous Cass. com., 1^{er} juill. 2003, n° 01-02.479, *Dr. sociétés* déc. 2003, n° 204.

⁵⁴⁸ Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-13.719, *JurisData* n° 2022-000705 ; *Dr. sociétés* 2022, comm. 39, note R. Mortier.

⁵⁴⁹ Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-15.386.

⁵⁵⁰ G. Wicker et F. Deboissy, « Les actes de procédure réalisés avant l'immatriculation de la société », *Dr. sociétés* 2019, étude 1, spéc. n° 25. Selon les auteurs « *il apparaît en définitive que rien ne devrait s'opposer à la régularisation de l'action intentée contre une société en formation. Seulement, loin d'une approche univoque, cela suppose une triple vérification : que la société ait effectivement acquis la personnalité morale ; qu'elle ait repris l'acte ou le droit qui est la cause de l'action ; que l'assignation soit parvenue à celui qui a le pouvoir de représenter la société personne morale* » *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2020, n° 312. Position partagée par A. Guégan qui énonce que « *l'absence de rétroactivité dans l'attribution de la personnalité morale ne devrait alors pas être un*

position nous semble justifiée dès lors que les actes accomplis par les fondateurs au nom et pour le compte de la société en formation peuvent être repris après immatriculation.

Eu égard au défaut de capacité juridique, la société en formation ne peut conclure un acte d'apport et ne peut être corrélativement propriétaire d'un actif. Cependant, comme l'énonce le Professeur Legeais, « *il est possible de s'engager pour elle. Il suffit pour cela que le fondateur qui conclut un contrat précise clairement à son interlocuteur qu'il agit pour le compte d'une société en formation. Si toutes les conditions sont respectées, l'engagement pourra être repris par la société une fois l'immatriculation réalisée* »⁵⁵¹.

La jurisprudence ne s'est pas ralliée à ce courant doctrinal et entérine sa position quant aux contrats conclus par une société en formation. La société, après son immatriculation, ne peut les reprendre que s'il est mentionné, ou s'il est allégué ultérieurement, que les fondateurs ont agi pour le compte de la société⁵⁵².

209. Le contrat d'apport en nature à une société en formation - L'apport d'un bien en société immatriculée est formalisé par un contrat d'apport. Le caractère synallagmatique de ce type de contrat est manifeste. L'apporteur s'engage, d'une part, à mettre à la disposition de la société un bien, en contrepartie duquel la société, d'autre part, s'engage à lui attribuer des droits sociaux en rémunération de son apport. Toutefois, étant dépourvue de personnalité morale, la société en formation ne peut ni recevoir un actif ni émettre des droits sociaux, et encore moins de s'engager.

Selon un auteur, le contrat d'apport est conclu entre l'apporteur et les fondateurs, agissant en qualité de gérants d'affaires de la société en formation⁵⁵³. La Professeure Goffaux-Callebaut conteste vivement cette opinion au motif que « *la gestion d'affaires emporte représentation et qu'il n'est pas possible de représenter une personne morale avant qu'elle ait été créée* »⁵⁵⁴.

Il en ressort, qu'antérieurement à la signature des statuts de la société, chacun des fondateurs s'engage envers les autres pour effectuer l'apport en société promis. Selon Pétel-Teyssié, lors de cette phase, « *chaque associé est, en effet, engagé non point envers la personne morale, qui*

obstacle à la régularisation de la demande introduite par ou contre une société en formation puisque les invitent à se placer au moment où le juge statue pour apprécier si le vice a disparu ».

⁵⁵¹ D. Legeais, *op. cit.* § 14.

⁵⁵² Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-16.441, *JurisData* n° 2020-008249 ; *BRDA* 2020, n° 14, p. 4.

⁵⁵³ M.-J. Cambassédès, *op. cit.*, 431 ; G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 142.

⁵⁵⁴ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 142.

*n'est pas partie au contrat, mais envers les autres associés »*⁵⁵⁵. L'auteur subordonne ainsi l'existence du contrat d'apport à la naissance du contrat de société et par voie de conséquence, à l'acquisition de la personnalité morale.

210. L'engagement pour le compte de la société en formation - L'apport en nature à une société en formation est concrétisé par la conclusion concomitante de deux contrats interdépendants : le contrat de société, *stricto sensu* unissant les associés fondateurs, et la promesse d'apport, établit par chaque associé envers l'ensemble d'autres fondateurs, agissant au nom et pour le compte de la société en formation. Receveur met en lumière cette corrélation selon laquelle « *le premier englobant et mettant sous sa dépendance le second* »⁵⁵⁶.

En effet, l'engagement d'apport se matérialise par une promesse d'apport. Parallèlement, le projet des statuts, signé par les fondateurs, constitue l'engagement réciproque des associés entre eux. La Professeure Goffaux-Callebaut considère qu'« *il faut réintroduire du contractuel en considérant que chaque apport est une convention particulière conclue entre l'associé apporteur et la société en formation représentée par ses fondateurs* »⁵⁵⁷.

Ainsi, l'apporteur en nature demeure débiteur de la société en formation jusqu'à son immatriculation. La libération de l'apport du bien apporté est reportée jusqu'à l'immatriculation de la société. L'obligation d'apporter en société un actif se trouve ainsi pleinement satisfaite dès la constitution de la société. Le terme suspensif affectant cette obligation ne concerne que l'exécution du transfert, qui s'opère automatiquement lors de l'acquisition de la personne morale⁵⁵⁸. Le Professeur Schlumberger indique que « *la libération de l'apport, autrement dit l'exécution de la prestation de l'apporteur, peut être reportée selon des conditions qui dépendent de la forme sociale considérée* »⁵⁵⁹.

211. Apport à une société en formation : opposabilité aux tiers - L'application conjuguée des articles 1843 et 1843-1 du Code civil illustre l'unicité du mécanisme de reprise avec effet rétroactif des actes conclus par les fondateurs pour le compte de la société en formation.

L'immatriculation de la société entraîne la reprise des actes engagés par les fondateurs pour son compte au cours de la période de formation. S'agissant de la promesse d'apport, l'engagement

⁵⁵⁵ I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, p. 159, n° 152.

⁵⁵⁶ B. Receveur, th. préc. p. 19, n° 16.

⁵⁵⁷ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 139.

⁵⁵⁸ M.-J. Cambassédès, *op. cit.*, p. 449 et s.

⁵⁵⁹ E. Schlumberger, « Le statut de la créance de libération d'apport », *Gaz. Pal.* n°23, 25 juin 2019, p. 55.

des fondateurs consiste, pour la société, à s'approprier le bien ou le droit apporté par l'apporteur dès son immatriculation. Il s'agit d'un engagement actif, ayant pour contrepartie l'émission des parts ou actions en rémunération de l'apporteur. Consacré par les dispositions de l'article 1843 du Code civil, le contrat repris automatiquement est réputé avoir été contracté dès l'origine par la société bénéficiaire de l'apport. Le Professeur Garçon considère que « *La société est réputée propriétaire à une date antérieure à son immatriculation qui marque l'acquisition de la personnalité morale et conditionne l'apparition d'un patrimoine juridique. Mais cela tient au mécanisme de la machine à remonter le temps des articles 1843 du Code civil et 6 du décret no 78-704, du 3 juillet 1978* »⁵⁶⁰.

Par ailleurs, il est crucial de distinguer l'engagement d'apport par un associé, qui se traduit par la souscription, de son exécution, qui l'est, par le transfert du bien ou du droit promis, ce qui correspond à sa libération. Selon le Professeur Godon, « *la libération des apports correspond à la mise à disposition effective de ceux-ci, c'est-à-dire au versement au profit de la société des biens ou des fonds promis. L'opération de libération peut donc raisonnablement s'entendre d'une obligation de délivrance permettant la mise à disposition de la société des valeurs qui lui sont économiquement nécessaires* »⁵⁶¹.

L'article 1843-1 du Code civil dispose, par ailleurs, que « *l'apport d'un bien ou d'un droit soumis à publicité pour son opposabilité aux tiers peut être publié dès avant l'immatriculation et sous la condition que celle-ci intervienne. À compter de celle-ci, les effets de la formalité rétroagissent à la date de son accomplissement* »⁵⁶². Ces dispositions s'appliquent aux apports soumis à publicité à des fins d'opposabilité aux tiers. Il s'agit notamment des biens ou contrats soumis à la publicité foncière, les droits de propriété industrielle, les titres de capital et le fonds de commerce⁵⁶³.

212. L'apport à une société préexistante requiert la mise en œuvre de la procédure propre aux augmentations de capital par apport en nature.

Pour les sociétés anonymes, cette procédure se déroule en deux phases distinctes. Tout d'abord, le représentant légal de la société anonyme doit, préalablement à la signature du contrat

⁵⁶⁰ J.-P. Garçon, « Apport à une société en formation, opposabilité aux tiers », *Bull. Joly soc.*, n° 10, 1er oct. 2001, p. 1030, n° 6.

⁵⁶¹ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, « Droit des affaires et de l'entreprise », 1999, préf. Y. Guyon, n° 30, p. 28.

⁵⁶² C. civ. art. 1843-1.

⁵⁶³ J.-P. Garçon, *op. cit.*, p. 1030, n° 8.

d'apport, obtenir l'autorisation du conseil d'administration. Cette dernière sera ensuite soumise à l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire statuant sur rapport spécial du commissaire aux comptes ou, en son absence, du président du conseil d'administration⁵⁶⁴. Le contrat d'apport ne produit ses effets qu'après cette seconde phase, qui concrétise l'évaluation de l'apport en nature et constate la réalisation de l'augmentation de capital.

En revanche, l'apport d'un bien à une société anonyme en cours de formation requiert le respect de l'ensemble de la procédure de constitution⁵⁶⁵.

2) Pérennité de l'engagement contractuel d'apport en nature

213. La sécurité juridique des opérations d'apport en nature suppose la pérennité de l'engagement des parties à l'opération d'apport. Celle-ci se manifeste par le principe d'irrévocabilité du contrat d'apport en nature (a). Cependant, ce principe est tempéré par des limites dans son application (b).

a) Principe d'irrévocabilité du contrat d'apport en nature

214. La force obligatoire d'un contrat a pour corollaire son intangibilité, une caractéristique essentielle qui s'impose tant aux parties qu'au juge. Le fondement de la force obligatoire du contrat découle de son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle⁵⁶⁶. Elle assure la certitude de son exécution et contribue à la sécurité juridique, assurant ainsi la stabilité des rapports économiques et sociaux en cause⁵⁶⁷. Le Professeur Aynès énonce à cet égard que « *c'est d'autant plus vrai que chacun sait que la satisfaction de son propre intérêt passe nécessairement par la satisfaction de celui de l'autre* »⁵⁶⁸.

En principe, chaque associé est contractuellement engagé envers la société par un contrat d'apport auquel s'applique naturellement le principe d'irrévocabilité qui implique manifestement une garantie minimale de stabilité de la société. En effet, l'adhésion de l'associé au pacte social traduit son engagement, sans réserves envers la société et les associés, à respecter le terme extinctif prévu par le contrat de société⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ C. com. art. L. 225- 40 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 51041.

⁵⁶⁵ C. com. art. L. 225- 12 à L. 225-16.

⁵⁶⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, la formation de contrat*, LGDJ, 3e éd. 1993, n° 187.

⁵⁶⁷ O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1999, n° 7-8.

⁵⁶⁸ L. Aynès, « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, p. 324.

⁵⁶⁹ M. Buchberger, *th. préc.*, p. 139.

Le contrat d'apport en nature est régi à la fois par le droit commun des contrats et le droit spécial de sociétés, qui ne témoigne d'aucune originalité. La durée du contrat d'apport est rattachée à celle du contrat de société dont le terme extinctif est fixé par les statuts. Pour les sociétés de capitaux, cette durée est généralement fixée à 99 ans. La durée du contrat de société est donc nécessairement déterminée.

La jurisprudence considère que la durée de 99 ans n'est pas excessive s'agissant d'actionnaires, personnes morales⁵⁷⁰. Cependant, pour l'associé, personne physique, « *la présomption de longue durée du contrat de société et par suite de celle des engagements dont sont tenus les associés, l'application seulement relative du principe d'irrévocabilité concernant la qualité d'associé est légitime* »⁵⁷¹. Dans ce sens, Receveur estime que « *le contrat de société se présente comme un contrat successif à durée déterminée et a donc force obligatoire jusqu'à l'arrivée de ce terme* »⁵⁷². En effet, tant que le contrat de société dure, l'associé est tenu d'une obligation négative contraignante, celle de ne pas réclamer le remboursement de son apport⁵⁷³.

Au cours de la vie sociale, tous les contrats d'apport ne semblent pas nécessairement revêtir le même intérêt social. En effet, le contrat d'apport à effet immédiat⁵⁷⁴ n'est pas assimilé au contrat à effet successif.

Le contrat d'apport à effet immédiat produit tous ses effets lors de la réalisation de l'apport. La société bénéficiaire devient propriétaire du bien apporté, en contrepartie duquel, l'associé apporteur est rémunéré par ses titres de capital.

En revanche, certains contrats d'apport produisent un effet successif étalé dans le temps et présentent un intérêt déterminant pour l'intérêt social. À titre d'exemple, l'apport en jouissance d'un brevet indispensable à la réalisation de l'objet social en constitue une illustration éloquent. La résiliation unilatérale entraîne nécessairement la reprise, par l'associé, de son bien apporté

⁵⁷⁰ Cass. 1re Civ. 25 janv. 2023, n° 19-25.478, à propos d'un Pacte d'actionnaires, *Dr. sociétés* 2021, comm. 46, obs. R. Mortier.

⁵⁷¹ B. Receveur, thèse préc., n° 24, p. 26.

⁵⁷² B. Receveur, thèse préc., n° 24, p. 26.

⁵⁷³ I. Petel-Teyssié, thèse préc., n° 13, p. 13. À cette obligation, s'ajoute pour certaines sociétés, une obligation aléatoire, l'obligation aux dettes sociales contractée au bénéfice des tiers. C'est pour éviter que le risque ne se réalise et que les associés paient les tiers sur leur patrimoine, qu'ils puissent également souhaiter partir.

⁵⁷⁴ L'apport d'un bien en pleine propriété à une société de capitaux, revêt à la date d'apport, un intérêt sans équivoque. Le contrat d'apport produit tous ses effets, et la société bénéficiaire de l'apport devient propriétaire du bien apporté. En contrepartie, l'associé apporteur est rémunéré par ses titres de capital.

en jouissance, ce qui pourrait nuire à l'intérêt social. Le fondement de la force obligatoire du contrat d'apport se justifie par l'intérêt du contrat de société auquel il se superpose.

En effet, la société se trouve animée d'un intérêt propre qui transcende celui de ses membres, justifiant ainsi que la porte de sortie ne puisse demeurer ouverte⁵⁷⁵. Par son engagement au pacte social, l'associé sacrifie son intérêt individuel au bénéfice de l'intérêt social qui, de par son environnement économique, rassemble une pluralité d'intérêts partiellement opposés⁵⁷⁶.

L'apporteur ne peut, en conséquence, résilier unilatéralement son contrat d'apport et se délier de ses engagements. Ainsi, selon Receveur, *« il s'ensuit que le départ de l'associé peut compromettre l'accomplissement de l'intérêt commun et justifier que ses coassociés puissent vouloir s'y opposer »*⁵⁷⁷.

La résiliation unilatérale du contrat est assimilée à une inexécution de celui-ci. En conséquence, le cocontractant lésé est en droit d'exiger de l'autre partie l'exécution du contrat jusqu'à son terme⁵⁷⁸, de demander sa résolution pour inexécution ou de réclamer des dommages-intérêts, si ces derniers sont expressément prévus par le contrat⁵⁷⁹.

b) Limites à l'application du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat d'apport

215. Si les dispositions de l'alinéa 1193 du Code civil consacrent les principes d'irrévocabilité et d'immutabilité unilatérale du contrat⁵⁸⁰, la volonté commune des contractants demeure toujours opérante. En effet, comme l'énonce Receveur, *« si une partie n'est pas autorisée à mettre fin unilatéralement au contrat avant l'échéance du terme, le législateur a entendu laisser aux parties le droit de mettre un terme à leur relation lorsque celles-ci le*

⁵⁷⁵ C. Lapoyade-Deschamps, La liberté de se retirer d'une société, *D.* 1978, chron., spéc. p. 123. Selon l'auteur : *« malgré tout, il n'est guère possible ni opportun de donner à l'associé une liberté totale d'entrée et de sortie : la société n'est pas un espace juridique que l'on se contente de traverser. Il n'est plus discuté que la société déserte le domaine du contrat et, qu'au-delà des volontés qui l'ont créée, elle vit par sa seule force. La personnalité morale des sociétés transcende les intérêts singuliers de ses membres »*.

⁵⁷⁶ B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 119, p. 86-87.

⁵⁷⁷ B. Receveur, thèse, préc., n° 8, p. 41.

⁵⁷⁸ Cass. 3e civ., 10 janv. 1990, n° 88-18.638, *Bull. civ.* III, n° 7 ; Cass. 3e civ., 3 avr. 2001, n° 99-17.738, *JurisData* n° 2001-009182.

⁵⁷⁹ Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-11.735.

⁵⁸⁰ C. civ. art. 1193. Selon ce texte : *« Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »* ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, Éditions Panthéon-Assas, « Thèses », 2012, n° 201, p. 213 : *« l'acte unilatéral extinctif gêne, bien plus que d'autres actes unilatéraux. Et il en est ainsi parce qu'il semble remettre en cause un des principes fondateurs du droit des contrats : la force obligatoire du contrat qui a son siège à l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil. L'extinction du contrat ne peut se faire que par l'accord de l'autre sous peine de vider le contrat de son sens »*.

souhaitent mutuellement »⁵⁸¹. Ce principe, traditionnellement dénommé « *mutuus dissensus* », témoigne d'un paradoxe : il s'agit de la présence d'un accord sur un désaccord conduisant au terme d'un contrat⁵⁸².

Dans le cadre d'une application au contrat de société, les associés peuvent convenir d'un commun accord de la dissolution anticipée et de la mise en liquidation de la société avant le terme prévu par les statuts⁵⁸³. Cette décision est prise dans les conditions de quorum et de majorité spécifiques à chaque forme juridique. Ainsi, le droit spécial prévaut sur le droit commun.

La résiliation du contrat de société entraîne celle de tous les contrats d'apport. Une problématique émerge sur le sort des contrats d'apport des associés absents ayant voté contre la résiliation du contrat de société. Par dérogation au principe d'irrévocabilité unilatérale, ces contrats se trouvent révoqués unilatéralement par la société dissoute.

L'influence du droit commun sur la révocabilité du contrat d'apport s'avère relative. Si l'apporteur n'a pas le droit au retrait inconditionnel avant la dissolution et la liquidation de la société, il dispose toutefois, par exception au principe d'irrévocabilité, de la faculté de céder ses droits sociaux et, par voie de conséquence, sa qualité d'associé sans le consentement de la société⁵⁸⁴. Un auteur énonce à juste titre que « *dans le droit commun des sociétés, l'associé, une fois le contrat conclu, n'est pas libre de s'en départir. Il peut tout au plus céder plus ou moins librement sa place par la voie d'une cession de parts* »⁵⁸⁵.

216. Au cours de la vie sociale, et dans la mesure où la situation financière de la société devient florissante, la volonté de l'associé de se retirer de manière inconditionnelle de la société n'affecte pas l'intérêt social. Au contraire, dans certaines situations exceptionnelles, cette liberté pourrait être bénéfique pour la société et la collectivité des associés. La préservation de la force obligatoire du contrat d'apport ne nous semble dès lors plus justifiée. Il semblerait

⁵⁸¹ B. Receveur, thèse, préc., n° 25, p.28.

⁵⁸² R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252.

⁵⁸³ C. civ. art. 1844-7al 4 dispose que « *la société prend fin par la dissolution anticipée décidée par les associés* » ; L. Amiel-Cosme, La dissolution, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2009, n° 53 ; selon l'auteur : « *A priori, la formule de l'article 1844-7, 4°, du Code civil, qui vise comme cause de dissolution la dissolution anticipée décidée par les associés, semblent exclure celle résultant de la volonté unilatérale d'un associé* ».

⁵⁸⁴ Sauf en cas d'existence d'une clause d'inaliénabilité.

⁵⁸⁵ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 225 et s.

logique d'assouplir le principe d'irrévocabilité au bénéfice des associés par l'exercice d'un droit de retrait⁵⁸⁶.

À l'instar de certaines formes de sociétés de personnes⁵⁸⁷, une porte de sortie pour un associé dans les sociétés de capitaux pourrait être légalement prévue, conditionnée toutefois par la préservation de l'intérêt social.

Receveur souligne que le retrait d'un associé « *résultant de sa simple manifestation de volonté nécessite soit un rachat par les associés, soit un rachat par la société* »⁵⁸⁸. La cession de droits sociaux à une tierce personne est également envisageable.

217. Le rachat des droits sociaux de l'associé sortant par les associés ou par un tiers n'a pas d'effet sur le contrat d'apport. Receveur estime que « *la liberté de céder son contrat d'apport via la cession de ses parts sociales offre une première échappatoire à l'associé qui a perdu tout affectio societatis et manifeste un désintérêt pour les affaires sociales* »⁵⁸⁹. Le cessionnaire, qu'il s'agisse d'un autre associé ou d'une tierce personne, se substitue au cédant tant dans le contrat d'apport que dans sa qualité d'associé. Il ne s'agit donc pas d'une résiliation unilatérale de son contrat d'apport.

Le cessionnaire se substitue ainsi au cédant dans les droits et obligations de l'associé cédant envers la société. Le contrat d'apport conclu initialement par l'associé cédant continue de produire ses effets avec le cessionnaire. Le même principe s'applique en cas de rachat par la société de ses propres actions⁵⁹⁰.

Cependant, le rachat, par la société, des droits sociaux de l'associé en vue d'une réduction de capital, constitue une résiliation par *mutuus dissensus*⁵⁹¹ du contrat d'apport.

218. L'exclusion d'un associé - La cession forcée des titres d'un associé peut être la conséquence d'une décision de justice ou de la collectivité des associés.

⁵⁸⁶ B. Receveur, thèse préc., n° 8, p. 41.

⁵⁸⁷ O. Douvreur, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », in La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions », *RJC* 1991, n° spéc. p. 122, spéc. p. 124.

⁵⁸⁸ B. Receveur, thèse préc., p. 43, n° 39.

⁵⁸⁹ B. Receveur, thèse préc., p. 70, n° 61.

⁵⁹⁰ Voir n° 106 *supra*.

⁵⁹¹ E. Putman, « La révocation amiable », in La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM, 1997, spéc. p. 126-127, selon cet auteur « le *mutuus dissensus* est tout de même un contrat un peu particulier, car c'est un contrat qui met fin à un contrat ».

En cas d'ouverture d'une procédure collective, le tribunal de commerce peut prononcer la cession forcée des titres de capital d'un associé⁵⁹². Cette possibilité est strictement encadrée par le législateur, qui la soumet à une double condition, à savoir qu'elle réponde à l'intérêt public⁵⁹³ et à l'intérêt social⁵⁹⁴. Selon Derrida, « *Il est certain que dans la perspective d'un plan de continuation par voie de reprise interne, le Tribunal ne saurait, usant des pouvoirs que lui confère l'article 23 de la loi de 1985, imposer à un ancien dirigeant la cession de ses parts sociales ; ce texte, qui aboutit à une véritable expropriation pour cause de nécessité... sociale, ne peut que recevoir une application des plus restrictives* »⁵⁹⁵.

Par ailleurs, dans la SAS⁵⁹⁶, la collectivité des associés peut décider de l'exclusion d'un associé et du remboursement des droits sociaux. Les clauses d'exclusion doivent être prévues par les statuts et reposer sur un motif objectif⁵⁹⁷.

La décision d'exclusion forcée d'un associé peut avoir pour effet la résiliation unilatérale du contrat d'apport. Cela signifie que, sauf dispositions statutaires contraires, l'associé exclu ne peut exiger la restitution de son apport en nature. Celui-ci est devenu la propriété de la société. En revanche, cette exclusion entraîne la restitution du bien apporté en jouissance ou en usufruit.

Section 2 - Réalisation de l'apport en nature

219. La concrétisation d'une opération d'apport est matérialisée par un contrat d'apport soumis, de premier abord, au contrôle d'un commissaire aux apports, avant son approbation par les associés (I). Cette approbation lui confère une force obligatoire à l'égard des parties contractantes et des partenaires sociaux.

⁵⁹² C. com. art. L. 631- 19- 2 prévoit que le tribunal de commerce peut « *ordonner, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société (...)* ».

⁵⁹³ Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486, QPC, *JCP E* 2015, 1562, note A. Céрати-Gauthier.

⁵⁹⁴ A. Céрати-Gauthier, « La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, 1-2 janvier 2004, 4 ; Cass. com., 12 juillet 1994, *LPA* 18 janvier 1995, 13, note F. Derrida ; Rev. Proc. Coll. 1995, 149, obs. B. Soinne.

⁵⁹⁵ F. Derrida, note ss, Cass. com., 12 juillet 1994, *LPA* 18 janv. 1995, p.13.

⁵⁹⁶ C. com. art. L227-16 al. 1 dispose que « *dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions* ».

⁵⁹⁷ Ex. des causes : la violation des statuts, d'une obligation de non-concurrence, le départ de l'associé en tant que dirigeant ou salarié. Mais il peut y avoir d'autres causes.

Toutefois, la défaillance de l'apporteur dans l'exécution de ses obligations peut avoir des répercussions significatives sur la société bénéficiaire de l'apport, qui peut, soit entreprendre les procédures d'exécution forcée à son encontre, soit demander l'anéantissement du contrat d'apport **(II)**.

I- L'exécution du contrat d'apport

220. À l'instar de l'apport en numéraire et en industrie, la réalisation de l'apport en nature engendre des répercussions considérables tant sur l'acquisition de la qualité d'associé par l'apporteur, que sur la composition du capital social de la société bénéficiaire de cet apport. C'est dans cette optique que le législateur a instauré une procédure spéciale de contrôle de l'évaluation de l'apport par un commissaire aux apports, agissant en qualité de tiers impartial **(1)**, préalablement à l'approbation de l'opération par les associés **(2)**.

1) Le contrôle de l'opération d'apport

221. L'évaluation de l'apport en société d'un droit sur un bien relève de la responsabilité de l'apporteur. Cette obligation d'évaluation s'étend également à la société bénéficiaire de l'apport s'agissant des droits sociaux servant de rémunération. L'évaluation des deux biens permet de déterminer la parité d'échange et, corrélativement, le nombre de droits sociaux à attribuer à l'apporteur. Dans ce contexte, une estimation inexacte de cette parité pourrait engendrer des injustices, non seulement pour les parties, mais également pour les tiers.

Ainsi, compte tenu de ces enjeux, l'opération est soumise à un contrôle rigoureux confié à un commissaire aux apports **(a)**. Toutefois, les diligences de ce dernier peuvent parfois se révéler insuffisantes au regard des conditions de réalisation de l'opération **(b)**.

a) L'intervention du commissaire aux apports - un tiers impartial

222. Le législateur a cherché à protéger les associés et les tiers des risques inhérents à l'opération d'apport en nature en imposant, pour certaines sociétés de capitaux, une procédure de vérification de la valeur de l'apport par un commissaire aux apports, professionnel compétent et indépendant⁵⁹⁸.

À la constitution de la société, le commissaire aux apports est désigné à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par une décision de justice⁵⁹⁹. Cette disposition s'applique également

⁵⁹⁸ D. Kling, « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Bull. Joly*, 2009. 1186.

⁵⁹⁹ La désignation du commissaire aux apports est faite par le président du tribunal de commerce, statuant sur requête. Il est choisi parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article L. 822-1 du code de

lors d'une augmentation de capital⁶⁰⁰. Certaines dispenses d'intervention du commissaire aux apports sont prévues par la loi du 22 mars 2012 et par la loi Sapin II⁶⁰¹.

La mission du commissaire aux apports s'inscrit parmi les « *autres interventions* » définies par la loi française et prévues par le cadre conceptuel de la doctrine professionnelle de la CNCC. Les diligences à mettre en œuvre ont fait l'objet d'une recommandation dans une note d'informations très ancienne⁶⁰² et le contenu de son rapport est réglementé⁶⁰³. Celles-ci visent à s'assurer et à éclairer les associés de la société bénéficiaire que l'apport n'a pas fait l'objet d'une surévaluation.

Dans les SA, le rapport du commissaire aux apports décrit chaque apport, indique le mode d'évaluation adopté en précisant la raison de ce choix et affirme que la valeur des apports correspond au moins à la valeur nominale des actions ou des parts à émettre, augmentée éventuellement d'une prime d'émission⁶⁰⁴ lors de la constitution ou de l'augmentation de capital. Il effectue ses diligences en application de la doctrine professionnelle de la CNCC, qu'il doit décrire dans son rapport⁶⁰⁵.

commerce ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux (C. com. art. R. 225-7). Il est soumis aux incompatibilités prévues par les articles L. 822-11 et suivants du code de commerce.

⁶⁰⁰ C. com. art. L. 223-9, L. 225-8 et 225-14, L. 227-1.

⁶⁰¹ C. com. art. L. 223-9, al. 2 et D. 223-6-1 ; art. L. 225-147, art. L. 227-1.

⁶⁰² CNCC, Avis technique sur la mission de commissariat aux apports, janvier 2011.

⁶⁰³ C. com. art. R. 22-10-8.

⁶⁰⁴ C. com. art. R. 225-8 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 51031.

⁶⁰⁵ Le commissaire aux apports doit :

- ✓ Contrôler la propriété et la libre transférabilité du bien apporté ;
- ✓ Analyser la valeur individuelle du bien apporté proposée dans le Traité d'apport ;
- ✓ Vérifier que la valeur réelle de l'Apport pris dans son ensemble est au moins égale à la valeur d'apport proposée dans le Traité d'apport ;
- ✓ S'assurer, jusqu'à la date de son rapport, de l'absence de faits ou d'événements susceptibles de remettre en cause la valeur de l'Apport.
- ✓ S'assurer de la réalité de l'Apport
- ✓ Apprécier de la valeur de l'Apport retenue par les parties
- ✓ Décrire les méthodes d'évaluation retenues par l'évaluateur et pourquoi il a été retenu et celles écartées et pourquoi ont été écartées.
- ✓ Apprécier la méthode de valorisation de l'Apport et de sa conformité à la réglementation comptable
- ✓ Affirmer que la valeur d'apport correspond au moins à la valeur nominale des actions ou des parts à émettre augmentée éventuellement d'une prime d'émission ».

Au regard des textes législatifs et réglementaires, la mission du commissaire aux apports revêt une importance cruciale. En effet, il s'agit d'un tiers impartial⁶⁰⁶ qui a pour rôle de protéger les actionnaires et les tiers lors d'une opération d'apport.

Toutefois, il convient de s'interroger sur le caractère suffisant de cette protection. Compte tenu des limites inhérentes à l'étendue des diligences du commissaire aux apports, il nous semble que la sécurisation de l'opération d'apport demeure relative. À travers cette section, nous tentons de justifier notre postulat.

b) Limites liées aux diligences et conclusions du commissaire aux apports

223. Il convient de préciser que la mission du commissaire aux apports n'est pas d'évaluer la valeur du bien apporté, mais d'apprécier celle qui lui est attribuée par les dirigeants. Le commissaire aux apports le précise clairement en introduction de son rapport. Sa mission consiste ainsi à apprécier la valeur des apports en nature et les avantages particuliers, en vue d'exprimer une conclusion sur l'absence de surévaluation de la valeur de l'apport. En effet, il n'a ni la mission d'auditer ni de contrôler les informations financières à l'origine de cette évaluation.

Si l'apport d'un bien isolé à une société nouvellement créée ne pose pas de difficulté particulière, la mission du commissaire aux apports devient plus complexe en cas d'apport d'un ensemble de biens à une société préexistante.

En effet, pour une société nouvellement constituée, la valeur réelle du titre de capital équivaut à la valeur nominale. Il en va autrement pour les sociétés préexistantes, dont les éléments d'actif peuvent receler des plus ou moins-values latentes. En outre, certains engagements hors bilans figurant en annexe peuvent considérablement impacter la parité d'échange⁶⁰⁷.

224. L'évaluation de la valeur du bien ou de l'ensemble des biens apportés, ainsi que de la société bénéficiaire de l'apport, est essentiellement basée sur les comptes annuels établis et

⁶⁰⁶ Les commissaires aux apports sont responsables des fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leur mission. L'action en responsabilité contre les commissaires aux apports se prescrit par 5 ans (C. civ. art. 2224). Leur responsabilité pénale peut être engagée en cas de majoration frauduleuse de la valeur d'un apport en nature. En outre, l'article L. 242-2 du Code de commerce punit d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 9 000 € le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle.

⁶⁰⁷ PCG. art. 833-18. Ce texte dispose : « les entités mentionnent dans l'annexe une information relative aux engagements et aux opérations hors bilan dès lors qu'ils sont significatifs et que leur connaissance est nécessaire à l'appréciation de la situation financière de l'entité ». Cette information porte sur les engagements financiers donnés et reçus.

arrêtés par les dirigeants. Ceci soulève la question de l'image véhiculée par une information financière non audité et de son influence sur la valeur d'apport.

Les professionnels du chiffre et les organes de contrôle estiment que l'information financière des entreprises est fortement influencée par les estimations réalisées par leurs dirigeants. Cela impacte significativement la juste valeur des éléments de bilan et de compte de résultat. Les soldes intermédiaires de gestion se trouvent, par ailleurs, biaisés⁶⁰⁸.

À ce titre, la parité d'échange peut ne pas refléter la réalité économique des parties à l'opération d'apport. En effet, en l'absence de certification par un professionnel indépendant, le risque d'inexactitudes de ces comptes est très élevé. Cretté et Casta soulèvent l'effet de cette incertitude en précisant que « *bien que l'incertitude et l'imprécision soient inhérentes à l'activité économique et indissociables de toute décision d'investissement, la volatilité croissante de l'environnement des affaires, en accroissant les risques qui pèsent sur les entreprises, pose avec acuité le problème de leur traduction dans les états financiers* »⁶⁰⁹.

Par ailleurs, la valeur du bien apporté ou de la société bénéficiaire est déterminée, selon la méthode de DFC, sur la base d'un compte de résultat prévisionnel estimé par extrapolation linéaire des informations financières des exercices antérieurs⁶¹⁰. La portée de l'appréciation du commissaire aux apports peut être biaisée si les flux prévisionnels ne sont pas fondés sur des informations financières fiables. Cretté et Casta relèvent, en ce sens, un « *recours important au jugement et aux estimations du management dans la détermination des flux prévisionnels de trésorerie (...), ainsi qu'au jugement de l'auditeur nécessitant le cas échéant de faire appel à des spécialistes de la juste valeur* »⁶¹¹.

225. D'autres informations, d'une importance non négligeable, peuvent figurer dans les annexes des comptes annuels et peuvent avoir des effets sur la valeur du bien à évaluer. C'est dans ce cadre que la H3C a émis une norme spécifique pour encadrer les diligences du commissaire aux comptes relatives à la mission de contrôle des informations figurant dans les annexes⁶¹². Cette norme a été homologuée, par le H3C, en août 2021 dans un contexte marqué

⁶⁰⁸ PCG, art. 842-1 précise les agrégats qui doivent figurer sur le tableau des soldes intermédiaires de gestion.

⁶⁰⁹ O. Cretté et J.-F. Casta, « Le commissaire aux comptes et l'appréciation des estimations comptables : Enjeux et conséquences de la NEP 540 révisée face au défi de la juste valeur », *Rev. Audit et société*, 2021., intro, p. 10.

⁶¹⁰ OEC, *op. cit.* p. 70.

⁶¹¹ O. Cretté et J.-F. Casta, *op. cit.*, n° 3-2, p. 19.

⁶¹² NEP 540, Audit des estimations comptables et des informations y afférentes fournies dans l'annexe, homologuée par arrêté du 24 août 2021, JO n° 0202 du 31 août 2021.

par la crise sanitaire. Au cours de cette période, l'environnement économique a significativement affecté l'information financière des acteurs économiques.

Comme son intitulé l'indique, la norme met en exergue les informations à fournir dans l'annexe des états financiers sur les estimations comptables, et « *répond à un besoin de préciser les diligences du commissaire aux comptes au vu de la complexité croissante des conditions et modalités de détermination de la juste valeur sous-tendant la plupart des estimations comptables* »⁶¹³.

Cette norme souligne le risque inhérent à l'évaluation de l'apport ou de la société bénéficiaire, résultant d'une estimation inexacte de la direction⁶¹⁴, ce qui pourrait avoir un impact sur la valeur d'apport⁶¹⁵.

Il en résulte que l'intervention du commissaire aux apports sur des comptes financiers non audités ne peut garantir qu'une fiabilité modérée de ses conclusions sur la valeur d'apport. *A contrario*, dans la mesure où les comptes sociaux sont certifiés par un auditeur légal ou contractuel, l'appréciation de la valeur d'apport par le commissaire aux apports est plus probante.

226. Les diligences du commissaire aux apports limitées à l'apport - L'évaluation de l'apport en nature, bien que nécessaire, demeure insuffisante. En effet, la rémunération de cet apport requiert également l'évaluation de la société bénéficiaire de l'apport et le calcul d'une parité d'échange. Or, aucun texte ne régit l'appréciation de la valeur de la société bénéficiaire de l'apport. La mission du commissaire aux apports est limitée à apprécier la valeur de l'apport, ce qui pourrait biaiser la parité d'échange.

⁶¹³ O. Cretté et J.-F. Casta, *op. cit.*, intro., p. 10.

⁶¹⁴ NEP 540, selon la définition apportée par cette norme, la biais introduit par la direction « *manque de neutralité, volontaire ou non, de la direction dans l'établissement d'une estimation comptable ou des informations y afférentes fournies dans l'annexe* », n° 8.

⁶¹⁵ NEP 540, Cette norme rappelle que : « *pour déterminer une estimation comptable et les informations y afférentes à fournir dans l'annexe, la direction de l'entité met en œuvre un processus qui nécessite le choix d'une méthode et la sélection d'hypothèses et de données. Selon la nature de l'élément devant être estimé, l'évaluation de l'estimation comptable peut comporter un degré variable d'incertitude en raison des limites inhérentes aux connaissances ou aux données disponibles. [...] . La fiabilisation d'une estimation comptable via son dénouement (le cas échéant à titre rétrospectif sur les estimations comptables antérieures i.e. par une revue de leur débouclage depuis l'exercice précédent) et le possible manque de neutralité de la direction, susceptible d'induire un risque de fraude* »⁶¹⁵.

La NEP 540 révisée précise bien le risque de la possibilité de manipulation de l'information financière utilisée pour l'évaluation. « *Les informations financières mensongères résultent souvent d'anomalies délibérées dans les estimations comptables, telles que la sous-estimation ou la surestimation volontaires. [...]* ».

De cette analyse, il ressort que l'appréciation de l'évaluation de l'apport par un commissaire aux apports est insuffisante. Il conviendrait ainsi d'étendre ses diligences à l'appréciation de l'évaluation de la société bénéficiaire de l'apport. En outre, lorsque le montant de l'apport dépasse un certain seuil, et en l'absence d'un CAC, il serait judicieux d'élargir la mission du commissaire aux apports aux diligences d'audit des comptes sociaux et des informations financières utilisées pour déterminer la parité d'échange.

2) L'approbation de l'apport en nature

227. L'approbation de l'opération d'apport en nature confère au contrat d'apport un caractère obligatoire quant à son exécution, et intangible quant à son contenu. Cette approbation relève, en principe, des attributions des associés (a). Il s'agit d'une étape préalable indispensable à la réalisation de l'augmentation de capital et de la libération de l'apport (b).

a) L'intervention relative des associés dans les opérations d'apport en nature

228. L'augmentation du capital social par apport en nature relève en principe de la compétence des associés. Cette décision est prise selon les conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts⁶¹⁶.

Les dispositions législatives et réglementaires applicables à l'approbation de l'apport en nature varient selon la forme juridique de la société. Ainsi, l'approbation de l'apport en nature constitue un pouvoir exclusif des associés, sans possibilité de délégation, notamment pour les SA et les SCA.

L'interprétation des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 225-147 du Code de commerce suscite des doutes quant aux modalités de réalisation de l'augmentation de capital par apport en nature. Ce texte dispose ainsi que « *si l'assemblée approuve l'évaluation des apports et l'octroi d'avantages particuliers, elle constate la réalisation de l'augmentation du capital* »⁶¹⁷.

Se pose alors la question de savoir si l'assemblée pourrait approuver l'évaluation de l'apport sans constater immédiatement l'augmentation de capital.

Il nous semble que ce texte prévoit uniquement l'obligation de constater la réalisation de l'augmentation de capital, sans pour autant en fixer les modalités. Il ne prévoit pas non plus que l'augmentation de capital doit avoir lieu immédiatement. En outre, aucune disposition

⁶¹⁶ C. com. art. L 225-96, al. 1 et L 225-129.

⁶¹⁷ C. com. art. 225-147.

impérative n'oblige l'apporteur à devenir immédiatement actionnaire de la société⁶¹⁸. La rémunération de l'apporteur par des valeurs mobilières donnant accès au capital (ABSA, OCA, BSA, *etc.*) confirme cette thèse⁶¹⁹.

229. L'opération d'apport est encadrée par le contrat d'apport. Celui-ci énonce les obligations réciproques incombant respectivement à l'apporteur et à la société pour la mise en œuvre de l'opération d'apport. Ce contrat fixe les éléments substantiels de l'opération⁶²⁰, stipulant notamment les conditions de transfert du bien apporté à la société, les éventuelles garanties et les conditions suspensives.

L'insertion d'une condition suspensive dans le contrat d'apport ne trouble pas l'ordre public sociétaire, dès lors que les actionnaires approuvent l'évaluation de l'apport et constatent l'augmentation effective du capital social⁶²¹.

En effet, la réalisation de l'augmentation de capital peut être différée, notamment lorsque l'apporteur est rémunéré par des VMDAC ou lorsque l'augmentation est subordonnée à la réalisation d'une condition suspensive.

Le Professeur Guyon soutient cette thèse en précisant que « *dans la mesure où rien dans les règles relatives aux augmentations de capital n'interdit l'usage de la condition suspensive, le droit commun s'applique et le vote de la réalisation de l'augmentation de capital sous condition suspensive est valide. La condition suspend à la fois l'apport, mais également le constat de la réalisation de l'augmentation de capital, qui en est la conséquence technique. En quelque sorte, l'assemblée approuve un apport, mais l'opération n'étant pas stabilisée, conditionne sa réalisation à la survenance d'un événement extérieur* »⁶²².

230. L'approbation de l'évaluation d'apport entraîne *ipso facto* l'approbation du contrat d'apport avec toutes ses dispositions. Selon le Professeur Mortier, « *une fois les apports en nature approuvés par l'assemblée générale extraordinaire, et sauf dol ou fraude, l'évaluation*

⁶¹⁸ Mémento Société Commerciale, *op. cit.*, n° 51020.

⁶¹⁹ V. partie 1, ch.2, sect. 2 *infra*.

⁶²⁰ Le contrat d'apport qui porte, principalement, sur l'énumération des biens à apporter, leur évaluation et le nombre de parts sociales nouvelles à émettre en contrepartie de cet apport, la détermination de la prime d'apport si la valeur intrinsèque des actions est supérieure à la valeur nominale et, éventuellement, les avantages particuliers stipulés.

⁶²¹ G. Giuliani, « De l'augmentation de capital par apport en nature sous condition suspensive dans les sociétés par actions », *JCP E.* n° 31-34, 3 août 2006, 2199, n° 14.

⁶²² G. Giuliani, *op. cit.*, n° 14.

devient définitive à l'égard de toutes les parties : la société ne peut plus modifier le contrat d'apport pour incorporer au capital le supplément éventuellement dégagé de ce chef»⁶²³.

La doctrine majoritaire estime que, juridiquement, la réalisation de l'augmentation de capital est considérée comme ayant eu lieu le jour de l'assemblée. Cette thèse est discutable, puisque la constatation de la réalisation du capital peut être différée.

L'article 1843-3, alinéa 2, du Code civil dispose que « *les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et la mise à disposition effective des biens* ». Il en ressort que la réalisation de l'augmentation de capital social coïncide avec le transfert effectif du bien apporté. Le droit comptable corrobore ce postulat. En effet, la société bénéficiaire constate l'augmentation de capital au passif de bilan, en contrepartie de l'inscription à l'actif de la valeur du bien apporté⁶²⁴. Il en va de même pour les VMDAC, qui sont comptabilisées dans un compte de capitaux propres, en contrepartie de la valeur du bien apporté à l'actif bilanciel.

Pour les SAS, la réalisation de l'apport en nature est régie par les dispositions du droit commun et les statuts de la société. Par ailleurs, les dispositions légales ou réglementaires concernant les modifications du capital des SA sont applicables aux SAS dans la mesure où elles sont compatibles avec les règles particulières les concernant⁶²⁵. En outre, les obligations à la charge du conseil d'administration ou du directoire pour la réalisation de l'opération d'apport en nature incombent au président et, s'il en existe, aux autres dirigeants de la SAS que les statuts désignent à cet effet⁶²⁶.

Il convient également de respecter les dispositions particulières applicables en cas d'approbation d'apports en nature⁶²⁷, notamment en termes de vote et de conventions réglementées.

En effet, l'apporteur en nature, s'il est associé, ne peut participer au vote sur l'évaluation de son apport, ni pour lui-même ni comme mandataire. Ses actions ne sont pas prises en compte pour

⁶²³ R. Mortier, « Augmentation du capital par apport en nature », *J.-Cl. Soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 156-30, 2017, n° 96 ; CA Paris, 5e ch. A, 13 nov. 1990, *Rev. soc.*, 1991, p. 138, obs. Y. Guyon.

⁶²⁴ Principe de la partie double.

⁶²⁵ C. com. art. L. 227- 1, al. 3 ; *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 49 500 s.

⁶²⁶ C. com. art. L. 227- 1, al. 3.

⁶²⁷ C. com art. L 225-10 sur renvoi de l'art. L 225-147, al. 2.

le calcul de la majorité et, par voie de conséquence, pour celui du quorum⁶²⁸. En cas de pluralité d'apports, l'exclusion de l'apporteur est limitée à la délibération relative à son propre apport.

Cette disposition s'applique également aux actions indivises, quel que soit le représentant des indivisaires, dès lors que l'un d'eux est, par ailleurs, l'apporteur en nature concerné par la résolution soumise au vote de l'assemblée⁶²⁹.

231. Approbation de la valeur d'apport - Les associés ne sont pas nécessairement liés par les conclusions du commissaire aux apports⁶³⁰. En effet, ils peuvent adopter l'évaluation fixée dans le contrat d'apport, même contre l'appréciation du commissaire aux apports. Toutefois, les dirigeants doivent justifier le fondement de la valeur adoptée ainsi que les méthodes d'évaluation appliquées, faute de quoi ils pourraient être exposés à des poursuites pour majoration frauduleuse des apports⁶³¹.

b) La réalisation de l'augmentation de capital

232. L'apport en nature peut être assorti d'une ou plusieurs conditions suspensives. De plus, il peut être rémunéré par des droits sociaux ou encore par des VMDAC.

233. La réalisation de l'apport décalée dans le temps par une condition suspensive contractuelle - Les obligations stipulées dans le contrat d'apport sont en principe pures et simples⁶³². Elles se forment dès l'approbation de l'évaluation de l'apport par les associés. L'apporteur s'engage à apporter le bien promis à la société pour devenir associé, tandis que la collectivité des associés approuve l'évaluation de cet apport et constate la réalisation de l'augmentation de capital. Ainsi, le contrat d'apport produit un effet immédiat. Cependant, le droit commun autorise les parties au contrat d'apport à déroger à ce principe en reportant

⁶²⁸ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 38543.

⁶²⁹ Rép. Min. n° 16 196 1er mars 1975 Ass..Nat., à la question de Valbrun, « Le droit de vote attaché à l'action étant indivisible, il appartient aux actionnaires indivis, conformément aux dispositions de l'article 163 (alinéa 2) de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, de se faire représenter par l'un d'eux ou par un mandataire unique. En l'absence de désignation expresse d'un représentant unique, que ce soit du fait de la carence des indivisaires ou de leur désaccord, les actions indivises ne peuvent, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, être prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité à l'assemblée générale. Quel que soit le représentant désigné par les actionnaires indivis, le droit de vote attaché à des actions indivises paraît ne pas pouvoir être exercé si l'un des indivisaires se trouve dans l'un des cas où l'actionnaire est expressément privé de son droit de vote par la loi du 24 juillet 1966 en raison de l'intérêt personnel qu'il a à l'adoption de la résolution (avantages particuliers, convention passée entre la société et un dirigeant, etc.). »

⁶³⁰ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 37911.

⁶³¹ C. com. art. L. 242- 2 ; Cass. crim., 22 janv. 1990, n° 88-84.955, *JurisData* n° 1990-000483.

⁶³² J.-D. Pellier, « Retour su la condition », *RDC*, juill. 2020, n° 1.

conventionnellement le commencement de l'obligation, notamment au moyen d'une condition suspensive. La naissance de l'obligation est donc différée⁶³³, et tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe⁶³⁴.

En effet, la condition suspensive retarde la naissance des obligations réciproques, y compris l'augmentation de capital, jusqu'à la survenance de l'événement prévu par le contrat d'apport. Selon Giuliani, « *la constatation de la réalisation de l'apport n'est qu'une modalité technique, conséquence directe de l'approbation, qui, à notre sens, ne requiert pas de nouvelle assemblée si la réalisation de l'apport est décalée dans le temps par une condition suspensive* »⁶³⁵.

234. Délai de réalisation de la condition suspensive - À défaut de précision sur la durée de réalisation de la condition suspensive, il s'avère parfois difficile de déterminer si celle-ci est toujours pendante ou si elle est considérée comme défailli. Si les parties au contrat d'apport ont fixé un délai butoir pour la réalisation de la condition, et que ce délai arrive à son terme sans que la condition soit réalisée, elle est alors réputée défaillie.

Toutefois, si le contrat d'apport ne prévoit pas de durée pour la réalisation de la condition, celle-ci est censée avoir défailli dès lors qu'il est devenu certain que l'événement prévu ne se produira pas⁶³⁶. La jurisprudence considère que « *la stipulation d'une condition suspensive sans termes fixes ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel* »⁶³⁷. Par ailleurs, la Haute juridiction a jugé qu'en l'absence de délai fixé par les parties, un délai raisonnable doit borner la période d'incertitude.

235. Réalisation de la condition suspensive - La réalisation de la condition suspensive prévue dans le contrat d'apport entraîne la réalisation de l'augmentation de capital. Avant le

⁶³³ C. civ. art. 1304, al. 2. Ce texte dispose que : « *la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* » ; Le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 févr. 2016 affirme qu'« *en présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple* ».

⁶³⁴ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, « Dalloz cours », 16e éd., 2024, n° 390 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, « Sirey université », 19e éd., 2024, n° 259 ; M. Julien, *Régime général des obligations*, 2e éd. LGDJ, 2018, n° 54 et 56, qui évoque un « *germe de droit* ».

⁶³⁵ G. Giuliani, *op. cit.*, n° 7.

⁶³⁶ C. civ. anc. art. 1176.

⁶³⁷ Cass. 3e civ., 20 mai 2015, n° 14-11.851.

10 février 2016, le contrat d'apport produisait un effet rétroactif, prenant effet dès la date de l'assemblée générale ayant approuvé la valeur d'apport⁶³⁸.

L'ordonnance du 10 février 2016 a opté pour le principe inverse. En effet, l'article 1304-6 du Code civil prévoit, dans son alinéa 1^{er}, que « *l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive* »⁶³⁹. L'alinéa suivant du même article précise que « *les parties peuvent convenir d'une rétroaction de la condition au jour du contrat. Le débiteur assume les risques inhérents à la chose, qui a en charge son administration et perçoit tous les fruits jusqu'à la réalisation de la condition* »⁶⁴⁰.

Dans ce contexte, en présence d'une condition suspensive dans le contrat d'apport en nature, les parties doivent préciser la date de prise d'effet et se montrer vigilantes quant aux conséquences de leurs choix. En effet, la rétroactivité du contrat d'apport engendre des répercussions sur les droits et prérogatives politiques et financières qui naissent pendant cette période, notamment le droit de vote, les dividendes distribués et les modifications de capital survenues au cours de cette période.

236. En cas de défaillance de la condition suspensive prévue par le contrat d'apport entre une société préexistante et l'apporteur, l'engagement des parties au contrat est automatiquement remis en cause⁶⁴¹. Le contrat d'apport devient ainsi caduc et non avvenu⁶⁴².

Par ailleurs, comme le précise un auteur, « *lorsqu'il est certain que l'événement ne peut se produire, la défaillance de la condition a pour effet de consolider l'état de choses préexistant. Tout se passe comme si le contrat n'avait pas été conclu. Il est rétroactivement effacé* »⁶⁴³.

Il a notamment été jugé que la validation par un commissaire aux apports de l'évaluation d'apports en nature peut être stipulée comme condition suspensive d'une convention complexe prévoyant une augmentation de capital social. La défaillance de la condition empêche, en effet,

⁶³⁸ Ancien art. 1179 du C. civ dispose : « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier* » (Abrogé par Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1^{er} oct. 2016).

⁶³⁹ C. civ. art. 1304-6. al. 1.

⁶⁴⁰ C. civ. art. 1304-6. al.2.

⁶⁴¹ C. civ. art. 1304-6 der. al.

⁶⁴² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 607 ; M. Julienne, Régime général des obligations, 2e éd. LGDJ, 2018, n° 56 ; J.-D. Pellier, « Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive », *LPA*, 10 avr. 2008, p. 3.

⁶⁴³ Y. Buffelan-Lanore, *op. cit.*, n° 108.

la convention d'apport de prendre naissance⁶⁴⁴. L'approbation de l'apport du bien apporté se trouve rétroactivement anéantie et l'opération d'apport devient caduque.

237. Ainsi, peut-on considérer que le contrat d'apport rémunéré par des VMDAC est conclu sous condition suspensive ?

Les VMDAC sont des titres financiers donnant droit à la participation à une augmentation de capital, dans un délai fixé par le contrat d'apport, à un prix d'exercice déterminé ou déterminable. Les porteurs des VMDAC détiennent des droits particuliers dans la société émettrice, notamment le droit de constituer une masse et de se réunir en assemblée générale extraordinaire⁶⁴⁵.

238. Par ailleurs, les VMDAC sont négociables⁶⁴⁶, permettant à leur détenteur de spéculer et de les vendre à un prix plus élevé si les résultats prévisionnels de la société sont prometteurs. A *contrario*, il peut abandonner l'exercice des VMDAC si la valeur de l'action a fortement chuté ou si les résultats ne sont pas satisfaisants.

Alors que la condition suspensive constitue un événement incertain dont la réalisation entraîne la réalisation du capital et suspend à la fois l'apport et le constat de la réalisation de l'augmentation de capital, le contrat d'apport d'un bien rémunéré par les VMDAC produit tous ses effets dès l'approbation de la valeur de l'apport par la collectivité des associés. L'apporteur transfère la jouissance et éventuellement la propriété du bien apporté à la société qui, à son tour, le rémunère par des VMDAC. Cependant, la réalisation de l'augmentation de capital est différée jusqu'à l'exercice des options liées aux bons de souscription. À ce titre, une seconde assemblée générale des actionnaires s'impose afin de constater l'augmentation de capital social suite à l'exercice des VMDAC.

⁶⁴⁴ Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-11398 *JCP G* 2023, act. 1416, note A.-C. Richter, L'impossible renonciation à la condition défaillie... encore et toujours !, Issu de Petites affiches - n°04 - page 74 . L'auteur énonce que « *la défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité du contrat est une solution constante en jurisprudence et bien reçue en doctrine, quoique non reconnue par le Code civil. Au point que la défaillance de la condition figure comme cause de caducité dans la définition de cette dernière par dans le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu* ».

⁶⁴⁵ ANSA, Comité juridique, avis n° 19-004 du 9 janv.2019; C. com. art. L. 228-103 ; R. Foz, Bon de souscription d'action, *Rev. soc.*, janv. 2017, N° 84.

⁶⁴⁶ C. com art. L 228-91 ; R. Foy, « Bon de souscription d'action », *Rép. soc.*, janv. 2017, n° 4, Selon l'auteur le BSA est un « *titre est éminemment spéculatif, même si les parties ont convenu que le prix d'émission du bon est à libérer intégralement dès l'émission, il constitue une chance de plus-value, en raison de l'augmentation possible de la valeur de l'action, alors que le prix d'exercice du bon, donc le prix de souscription de cette action, est en principe fixe. La valeur du bon tient compte, d'une part, de sa durée d'exercice, plus celle-ci sera longue, plus cette valeur s'appréciera et, d'autre part, des potentialités de hausse de l'action* ».

L'exercice de l'option est une obligation pesante sur l'apporteur de souscrire à l'augmentation ultérieure de capital, une obligation sans l'exécution de laquelle il ne saurait devenir actionnaire⁶⁴⁷.

II- Les enjeux de la force obligatoire du contrat d'apport

239. La force obligatoire du contrat d'apport vise à protéger les cocontractants en leur offrant des moyens procéduraux pour l'exécution forcée de l'obligation (1), ou éventuellement, pour l'anéantissement du contrat d'apport (2)⁶⁴⁸.

1) Exécution de l'acte d'apport en nature

240. L'approbation du contrat d'apport en nature entraîne l'obligation pour l'apporteur de libérer l'apport promis (a). En cas de défaillance de cette obligation, la société bénéficiaire peut entreprendre des mesures d'exécution forcée à son encontre (b).

a) L'obligation de libération du bien apporté, un corollaire de l'exécution du contrat d'apport

241. Le contrat d'apport en nature permet de cerner les obligations réciproques qui pèsent respectivement sur l'apporteur et sur la société qui en est bénéficiaire. En vertu de ce contrat, l'apporteur s'engage à apporter en société le bien promis et reçoit en contrepartie des droits sociaux. La libération de cet apport se matérialise par le transfert des droits qui correspondent à la modalité particulière de l'apport, pouvant être en pleine propriété, un droit démembré, ou en jouissance, ainsi que par la mise à disposition effective des biens ou droits apportés⁶⁴⁹. Comme le souligne un auteur, « *quelle que soit la forme sociale, le principe est unique et transversal : les apports en nature doivent être libérés intégralement* »⁶⁵⁰.

Il convient, toutefois, de distinguer entre l'engagement d'un associé à effectuer un apport, qui correspond à la souscription à l'augmentation du capital par apport en nature, et l'exécution de cet engagement, qui correspond à la libération du bien apporté. Cette libération constitue la dette d'apport. Selon deux auteurs, « *les difficultés de libération de l'apport sont considérées*

⁶⁴⁷ J. Moury, « L'apport rémunéré par l'attribution de titres donnant seulement accès au capital, sur fond de requalification de vente en apport », *Recueil Dalloz*, D. 2023, p. 22, n° 10.

⁶⁴⁸ Le demandeur peut recourir à la résiliation du contrat d'apport successif ou la résolution pour le contrat d'apport instantané. Pour une distinction entre les deux notions, v. J. Ghestin, « Effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in Mél. P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 203 ; R. Wintgen, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006, p. 543 et s.

⁶⁴⁹ C. civ. art. 1843-3, al. 2.

⁶⁵⁰ A. Lecourt, *op. cit.*, n° 108.

*comme relevant de l'exécution de l'engagement. Elles ne s'apparentent donc pas à un vice de formation susceptible d'entraîner la nullité de l'apport, et donc celle de la société »*⁶⁵¹.

242. Le droit comptable corrobore ce postulat. L'engagement d'apport est transcrit, à la valeur d'apport, dans les comptes sociaux de la société bénéficiaire. Ainsi, l'émission des titres de capital, suite à l'augmentation de capital, fait l'objet d'un enregistrement au haut du passif du bilan au compte « *capital social souscrit non libéré* ». Parallèlement, la dette d'apport est inscrite à l'actif du bilan, au compte « *Associé capital à libérer* ». Il en découle que l'apporteur défaillant dans sa dette d'apport demeure néanmoins associé⁶⁵².

Cependant, les parties peuvent convenir dans les statuts de la société que l'acquisition de la qualité d'associé et la jouissance des prérogatives et droits inhérents sont subordonnées au transfert et la mise à disposition de la société de l'apport promis⁶⁵³.

L'apporteur est donc tenu de transférer et de mettre à la disposition de la société le ou les biens qu'il s'est engagé à lui transmettre, comme l'affirme un auteur, « *la libération de l'apport constitue l'unique obligation légale de l'associé envers la société* »⁶⁵⁴.

Ainsi, dans le cas où un associé refuse de fournir à la société le bien convenu dans le cadre du contrat d'apport, quels sont les moyens envisageables pour le contraindre à s'y conformer ?

b) L'exécution forcée de la libération d'apport

243. Si l'exécution du contrat d'apport constitue bien le principe en tant que corollaire direct de la force obligatoire du contrat, son inexécution peut entraîner l'exécution forcée de son obligation d'apport.

C'est dans ce sens que Receveur précise que « *rendre effective la force obligatoire du contrat consiste à conférer aux créanciers des remèdes efficaces pour pallier l'inexécution de leur débiteur. Les sanctions ont ainsi une vertu prophylactique et thérapeutique : protéger et restaurer la force obligatoire du contrat. Deux sanctions sont consacrées par le législateur en droit commun des contrats : l'exécution forcée et la résolution* »⁶⁵⁵. La société dispose donc, en principe, d'une entière liberté dans le choix du recours à engager contre l'apporteur défaillant.

⁶⁵¹ N. Jullian et S. Tisseyre, « Nullités », *Rev. soc.*, oct. 2021, n° 43.

⁶⁵² T. civ. Cholet, 24 mars 1954, *JCP* 1954. II. 8279.

⁶⁵³ Cass. com., 21 juin 1950, *Bull. civ.* II, n° 226.

⁶⁵⁴ A. Mignon-Colombet, L'exécution forcée en droit des sociétés, *Economica*, « Recherches juridiques », préf. Y. Guyon, 2004, n° 20, p. 27.

⁶⁵⁵ B. Receveur, thèse, préc., n° 155, p. 141.

Cependant, si le bien objet de l'apport est déterminant pour la réalisation de l'objet social, l'anéantissement du contrat d'apport n'est pas la solution adéquate. Dans ce cas, l'exécution forcée s'impose. Comme le souligne le Professeur Houin, « *si le bien dont se trouve privée la société est indispensable à la réalisation de son objet, en particulier l'exploitation d'un fonds de commerce, ou s'il est la cause de la société, la résolution du contrat va inévitablement rejaillir sur le contrat de société* »⁶⁵⁶.

La libération immédiate de l'apport en nature suppose le transfert de propriété du bien à la société bénéficiaire à la date de l'approbation du contrat d'apport⁶⁵⁷, qui peut prévoir, par une disposition particulière, que le transfert de la jouissance peut être différé.

Cependant, il arrive parfois que le bien subisse une perte ou une détérioration avant sa mise à disposition de la société. Il convient alors de distinguer selon que la perte du bien survient avant ou après le transfert de propriété à la société.

244. Le transfert de la propriété du bien apporté s'accompagne du transfert des risques, selon la règle « *res perit domino* »⁶⁵⁸. Cette règle ne s'applique que pour les sociétés préexistantes. En effet, si le bien apporté vient à périr ou à être détérioré postérieurement à la date de transfert de propriété, les effets de cette perte ou cette détérioration sont supportés par la société⁶⁵⁹. L'associé apporteur conserve ses droits sociaux qui lui sont attribués en rémunération de son apport. Un auteur postule, par ailleurs, que ces droits ne subissent aucune réduction malgré la perte ou la détérioration survenue au bien mis en société⁶⁶⁰.

En revanche, en cas d'apport d'un bien à une société en cours de formation, dépourvue de personnalité juridique, l'associé apporteur supporte seul le risque de perte du bien apporté, même s'il survient après la signature de l'acte de société ou de la convention d'apport⁶⁶¹. Dans ce cas, l'apporteur n'est pas en mesure d'exécuter son obligation. Dès lors, la société peut mettre

⁶⁵⁶ Cass. com., 28 juin 1976, *Bull. civ.* IV, n° 218 ; *Rev. soc.*, 1977, p. 237, note J. H. ; *RTD com.* 1977, p. 516, obs. R. Houin.

⁶⁵⁷ C. com. art. L. 223-7 ; art. L. 225-3.

⁶⁵⁸ C. civ. art. 1196, al. 3 ; G. Marain, Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016, *AJ Contrat* 2017. 526.

⁶⁵⁹ J. Escarra, E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. I, 1950, n° 111.

⁶⁶⁰ J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 477.

⁶⁶¹ C. civ. art. 1196 ; C. civ. art. 1138 ancien ; C. civ. art. 1624 ; F. Dannenberger, *Apports en nature et en industrie, J.-Cl. Not. Form. LexisNexis*, fasc.C. 30 § 52.

en œuvre la clause résolutoire contractuelle, si le contrat d'apport la prévoit. À défaut, la société et les autres associés pourraient demander en justice la résolution de la convention d'apport⁶⁶².

Si l'apporteur perd le droit sur le bien non apporté, avant son transfert à la société⁶⁶³, l'anéantissement du contrat d'apport s'impose. Cependant, s'il en demeure toujours propriétaire, la société dispose de plusieurs options pour forcer l'apporteur défaillant à exécuter son engagement.

À cet égard, un auteur ajoute que « *la seule obligation formelle à la charge de l'apporteur est celle de libération de l'apport, la société possédant déjà une sanction propre* »⁶⁶⁴.

245. L'exigence de libération de l'apport en nature se manifeste différemment dans les sociétés de capitaux. Celle-ci distingue les options disponibles pour les sociétés par actions de celles prévues pour les SARL.

246. Pour les sociétés par actions, l'apporteur défaillant est privé du droit à l'admission et au vote dans les assemblées générales des actionnaires⁶⁶⁵, du droit aux dividendes, ainsi que du droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital, attachés aux actions qu'il a reçues en rémunération de son apport⁶⁶⁶, jusqu'à la régularisation de sa situation. Cette sanction s'applique aux actions émises lors de la constitution de la société⁶⁶⁷ ou lors d'une augmentation de capital de la société préexistante⁶⁶⁸. Par ailleurs, les votes émis ou les dividendes payés pendant la suspension sont nuls. Selon un auteur, l'apporteur défaillant se trouve privé de deux droits essentiels inhérents à la qualité d'associé : le droit de vote et le droit à la perception des dividendes. L'auteur souligne en sens qu'il s'agit de sanctions véritablement dissuasives⁶⁶⁹.

L'apporteur défaillant, après régularisation de sa situation, peut demander le versement des dividendes non prescrits⁶⁷⁰. Cependant, sa privation des droits de vote entraîne sa

⁶⁶² C. civ. art. 1224 et s.

⁶⁶³ L'apporteur a perdu la propriété sur le bien faisant l'objet d'apport. Ex : Non-paiement de la redevance de marque qui a entraîné la déchéance.

⁶⁶⁴ L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 309.

⁶⁶⁵ C. com. art. L. 228- 29, al. 1^{er}.

⁶⁶⁶ C. com. art. L. 228- 29, al. 2.

⁶⁶⁷ C. com. art. L. 225- 16- 1.

⁶⁶⁸ C. com. art. L. 225-150.

⁶⁶⁹ C. Barrillon, th. préc., p. 142, n° 219.

⁶⁷⁰ C. com. art. L. 225- 16- 1 et L. 225-150. En vertu de ces deux textes, « *les droits de vote et les droits à dividende des actions ou coupures d'actions émises en violation de la présente sous-section sont suspendus jusqu'à régularisation de la situation...* ».

marginalisation dans les décisions sociales. Selon Barillon, « *cette marginalisation est d'autant plus forte que celui-ci est également privé de son droit préférentiel de souscription* »⁶⁷¹. Sa participation peut, en effet, être diluée à la suite d'une augmentation de capital avant la régularisation de sa situation. L'apporteur défaillant ne peut exercer une action en vertu du droit préférentiel de souscription à une augmentation de capital, après expiration du délai fixé pour l'exercice de ce droit⁶⁷².

Par ailleurs, l'apporteur défaillant risque également de se voir destituer de sa qualité d'associé. La société peut vendre les actions non libérées un mois après une mise en demeure demeurée infructueuse⁶⁷³, sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge⁶⁷⁴. À ce titre, Barillon précise que « *le sort rigoureux réservé par le législateur à l'apporteur défaillant conduit à la conclusion suivante : l'apporteur qui s'est engagé à effectuer un apport, et qui a reçu la qualité d'associé en contrepartie, est tenu de libérer son apport. Le contrat d'apport qui unit l'apporteur à la société doit donc être exécuté par le nouvel associé* »⁶⁷⁵. Il nous semble que la possibilité de la vente de ses droits sociaux est, toutefois, écartée si l'acquéreur est dans l'impossibilité d'apporter le bien faisant l'objet de la défaillance. La valeur vénale de sa participation est donc nulle.

247. S'agissant des SARL, le droit des sociétés ne prévoit pas de dispositions spécifiques pour sanctionner l'apporteur défaillant. Le droit commun, et plus précisément l'alinéa 5 de l'article 1843-3 du Code civil, ne prévoit que la sanction de l'apporteur en numéraire.

Il apparaît ainsi que le législateur a adopté un mécanisme de contrainte différent de celui des sociétés par actions. En effet, la sanction ne porte pas directement atteinte aux droits de l'associé. La seule sanction prévue à son encontre renvoie à l'article 1231-1 du Code civil, qui permet de l'assigner en paiement de dommages et intérêts.

La sanction financière imposée à l'associé défaillant n'est donc pas négligeable. Par voie de conséquence, y compris en dehors des sociétés par actions, le législateur n'admet pas qu'un apporteur demeure défaillant dès lors que la qualité d'associé lui a été attribuée.

⁶⁷¹ C. Barrillon, th. préc., p. 142, n° 219.

⁶⁷² C. com. art. L. 228-29- al 2.

⁶⁷³ C. com. art. L. 228-27, al. 2.

⁶⁷⁴ C. com. art. R. 228-24, al. 2. Ce texte prévoit la vente des actions aux enchères publiques par un prestataire de services d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille ou par un notaire dans les conditions prévues à l'article (*Décr. n° 2009-295 du 16 mars 2009, art. 4*) « L. 211-21 » du code monétaire et financier.

⁶⁷⁵ C. Barrillon, th. préc., p. 123, n° 221.

Cependant, peut-on considérer que cette sanction pécuniaire est suffisante ? Une possibilité de l'anéantissement du contrat d'apport peut aussi être envisageable.

2) Extinction du contrat d'apport

248. En cas d'inexécution du contrat d'apport par l'apporteur, la société peut solliciter son anéantissement (**a**). Cette mesure drastique a un impact majeur sur le contrat de société ainsi que sur les relations entre les parties (**b**).

a) Anéantissement du contrat d'apport

249. L'anéantissement du contrat d'apport, qui devrait être relégué au rang des sanctions subsidiaires, permet également de sanctionner l'associé qui n'honore pas son engagement d'apport. La société, plutôt que de recourir à l'exécution forcée, peut solliciter l'anéantissement du contrat pour réparer l'atteinte portée à la force obligatoire⁶⁷⁶.

Le remède d'anéantissement du contrat produit des effets différents selon le type d'exécution. La résiliation, propre aux contrats à exécution successive, s'oppose à la résolution par son effet non rétroactif. Or, le contrat d'apport constitue tantôt un contrat à exécution successive, tantôt un contrat à exécution instantanée⁶⁷⁷. En tout état de cause, les deux formes d'anéantissement entraînent la disparition du contrat et, consubstantiellement, de sa force obligatoire⁶⁷⁸.

Si l'apporteur réalise, au profit de la société, un transfert partiel du bien promis⁶⁷⁹, la résolution du contrat d'apport ne semble pas être la solution la plus adaptée. En effet, elle entraînerait la restitution à l'apporteur de la partie de l'apport libéré, qui pourrait être utile ou déterminante pour la réalisation de l'objet social de la société⁶⁸⁰. Dans cette situation, l'exécution forcée permet de contraindre l'apporteur à libérer totalement son apport. La société peut également recourir à la résolution partielle du contrat d'apport, ce qui lui permettrait de conserver la

⁶⁷⁶ B. Receveur, thèse préc., n° 234, p. 209.

⁶⁷⁷ Voir n° 172 *supra*.

⁶⁷⁸ J. Rochfeld, *op. cit.*, n° 20. L'auteur considère « la disparition du lien contractuel, relativement à l'effet, rétroactif ou non, de la nullité ou de la résolution : la disparition de l'ensemble des obligations du contrat s'impose lorsque l'exécution est conçue comme indivisible ; la résolution partielle, pour l'avenir, que l'on attache habituellement aux contrats à exécution successive en général, se justifie seulement lorsque l'on peut regarder les prestations exécutées jusqu'alors, ou une partie d'entre elles, comme formant une "tranche divisible" d'exécution. On prononcera, par exemple, la résolution totale du contrat conçu comme un tout indivisible ».

⁶⁷⁹ Ex. l'apport d'un fonds de commerce sans apporter une marque de distribution déterminante pour l'exploitation du fonds qui figure dans le contrat d'apport ; Un bien composant une tranche divisible de l'apport.

⁶⁸⁰ Cass. 1re civ., 16 juill. 1998, n° 96-18.404, *Dr. sociétés* 1998, comm. 120 ; *JurisData* n° 1998-003247 ; *D. affaires* 1998, p. 1707.

propriété du bien transféré.

En revanche, la résolution totale entraîne l'anéantissement complet du contrat d'apport avec effet rétroactif, tandis que la résiliation entraîne l'anéantissement du contrat d'apport pour le futur. La résiliation produit des effets similaires à ceux de la résolution partielle.

La résolution partielle du contrat d'apport entraîne naturellement l'annulation des droits de l'associé correspondant à la valeur du bien ou droit non apporté. Une assemblée générale de la société bénéficiaire est nécessaire pour constater la réduction du capital et éventuellement l'annulation de la prime d'apport correspondant aux titres annulés. L'apporteur ne perd pas sa qualité d'associé puisqu'une partie de son apport reste valide.

b) Impact de l'anéantissement du contrat d'apport sur le contrat de société

250. Il est établi que la résolution du contrat d'apport n'entraîne pas la résolution du contrat de société. Celui-ci continue à produire ses effets, tout en tenant compte de l'impact de l'anéantissement rétroactif du contrat d'apport résolu, prenant effet à la date de son approbation.

Se pose alors la question du sort des délibérations des associés approuvant le contrat d'apport en nature et les modifications statutaires corrélatives.

La Haute juridiction juge, de manière constante, qu'il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce que la nullité des délibérations ou actes pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats⁶⁸¹. Cette disposition s'applique également aux SAS, puisque l'article L. 235-1 du Code de commerce ne figure pas parmi les dispositions écartées par le texte régissant les SAS.

C'est dans ce sens qu'un auteur énonce que « *la nullité des actes et délibérations modifiant les statuts n'est encourue que lorsque le texte prévoit expressément que sa violation entraîne la nullité de la décision sociale y contrevenant. La sanction doit donc formellement résulter d'une disposition légale. Celles-ci doivent être envisagées en distinguant les différentes formes sociales* »⁶⁸².

251. Pour les sociétés par actions, la non-libération du capital était expressément prévue parmi les causes de nullité des délibérations par l'article L. 225-131 du Code de commerce.

⁶⁸¹ Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324; Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, *Bull.* 2010, IV, n° 93.

⁶⁸² A. Rabreau, « Nullités des décisions sociales », *Études Joly Sociétés*, 01 févr. 2024, n° 126.

Cependant, l'ordonnance du 24 juin 2004 a supprimé cette sanction civile concernant les augmentations de capital⁶⁸³.

252. Pour les SAS, la nullité pour défaut d'apport n'est pas prévue par le texte spécial les régissant⁶⁸⁴, alors que pour les SARL, la nullité n'est expressément prévue que pour le défaut de libération des apports en numéraire préalablement à la souscription de parts sociales nouvelles⁶⁸⁵.

En l'absence de texte impératif sanctionnant le défaut de libération d'apport par la nullité des délibérations ayant statué sur l'opération d'apport, il convient de se retourner vers les organes de la société pour anéantir l'effet de l'apport non libéré.

En principe, l'approbation du contrat d'apport entraîne le transfert de propriété ou de la jouissance du bien apporté à la société bénéficiaire, ce qui conditionne la réalisation de l'augmentation de capital. Deux alternatives se présentent :

Si l'assemblée ayant statué sur l'évaluation de l'apport n'a pas constaté la réalisation de l'augmentation de capital, la résolution du contrat d'apport entraîne *ipso facto* la nullité de cette délibération.

Cependant, si l'assemblée a constaté la réalisation de l'augmentation de capital, une seconde assemblée générale des associés doit être convoquée, après le prononcé de la résolution ou de la résiliation du contrat d'apport, pour constater la réduction du capital social par annulation des droits sociaux non libérés, à due concurrence de la valeur des biens non apportés.

⁶⁸³ A. Lecourt, *op. cit.*, n° 259.

⁶⁸⁴ C. com. art. L. 227-15, C. com. art. L. 227- 1, C. com. art. L. 227- 9, al. 4. Pour les nullités prévues pour les SAS.

⁶⁸⁵ C. com. art. L. 223- 7, al. 1.

CONCLUSION DU TITRE 1

253. Dans les sociétés de capitaux, l'apport en nature n'est pas sans conséquences sur les droits des associés, des créanciers et des tiers. La double dimension que revêt ce type d'apport, à savoir la mise à disposition de biens ou de droits en vue de la réalisation de l'objet social, ainsi que la rémunération de l'apporteur, démontrent la complexité de ses contours. Cette dualité constitue la base de sa légitimité juridique et permet de le distinguer d'une simple vente, selon une jurisprudence constante en la matière.

Chaque type d'apport présente ses propres spécificités ainsi que des implications juridiques et financières. Toutefois, l'apport en nature comporte des limites, notamment en ce qui concerne la fictivité de cet apport. En effet, un apport est considéré comme fictif lorsqu'il ne procure aucun avantage réel à la société bénéficiaire. Ses conséquences sont importantes, allant de la nullité de la société, dans certains cas, à la qualification de capital fictif.

Par ailleurs, bien que l'exigence d'apport demeure un critère déterminant pour la qualité d'associé, son importance s'est néanmoins amenuisée avec l'évolution du droit positif. En effet, la connexion entre l'apport en nature et la qualité d'associé se heurte constamment à des défis et des ambiguïtés croissants.

254. S'il est incontestablement reconnu que le capital social constitue l'un des instruments de financement de l'activité de la société, nous avons démontré que, paradoxalement, il n'offre nullement de protection aux créanciers sociaux. En effet, le droit au gage s'exerce exclusivement sur le patrimoine social dont le capital social ne constitue qu'une composante de son financement. Le risque social paraît donc comme un critère déterminant pour se prévaloir de la qualité d'associé, sans pour autant évincer l'utilité de l'apport.

Il n'est point de doute que, pour assurer l'équité lors d'une opération d'apport en nature, l'évaluation du bien ou du droit apporté à la valeur réelle s'impose. Celle-ci nécessite la mise en œuvre d'une démarche complexe influencée par de nombreux facteurs, à la fois objectifs et subjectifs, qui peuvent varier en fonction des motivations et des objectifs des parties impliquées dans l'opération.

En outre, l'analyse de l'effet contractuel de la convention d'apport en nature met en lumière deux aspects principaux. D'une part, la portée juridique du contrat d'apport, qui révèle une dichotomie de qualification juridique, et d'autre part, ses conditions de validité, telles que la nécessité d'une personne habilitée à engager la société et la validation de l'apport d'un bien commun appartenant à la communauté légale.

De plus, la portée de l'engagement de l'apporteur en nature est également examinée, tout en soulignant les effets juridiques du contrat d'apport et l'engagement inhérent qui en découle, ainsi que la pérennité de cet engagement contractuel, avec notamment le principe d'irrévocabilité du contrat d'apport en nature et ses limitations.

255. Concernant la réalisation de l'apport en nature, l'exécution du contrat nécessite le contrôle de l'opération par le commissaire aux apports ainsi que l'approbation de l'apport par les associés. En cas d'inexécution de l'acte d'apport en nature, les conséquences peuvent inclure la possibilité d'exécution forcée de la libération d'apport, ou encore l'extinction éventuelle du contrat d'apport et son impact sur le contrat de société.

TITRE II - L'APPORT EN NATURE - OBJET ET RÉMUNÉRATION

256. La diversité des biens susceptibles d'être apportés en société est pratiquement illimitée. L'apport peut concerner des actifs corporels, incorporels ou financiers. Il doit cependant s'agir de biens réalisables.

À l'instar de la cession, l'apport en société de capitaux d'un bien corporel ne suscite pas de difficultés particulières. Les règles de droit commun s'appliquent. Cependant, l'apport en société d'un actif incorporel et particulièrement d'un fonds de commerce requiert à l'évidence l'application d'une réglementation spécifique au bien apporté.

En outre, l'émergence des actifs numériques et particulièrement du fonds de commerce numérique requiert une attention particulière. Cette notion hypothétique semble s'ouvrir sur un paradoxe et notamment en l'absence d'une législation spécifique. Une analyse prospective de la notion s'impose.

Cette diversité d'apport permet aux associés de contribuer à la constitution d'un patrimoine nécessaire pour la réalisation de l'objet social de la société (**Chapitre 1**).

257. L'évaluation financière de l'actif apporté, qu'il soit réalisé *ab initio*, lors de la constitution de la société, ou au cours de la vie sociale, revêt une importance cruciale et suscite des difficultés particulières.

Compte tenu des enjeux qu'elle recèle, une évaluation optimale s'impose à plus d'un titre. Elle permet d'assurer, en effet, une équité de l'opération dans son ensemble, ainsi que la protection des partenaires sociaux et particulièrement les créanciers et les salariés.

258. Cependant, l'évaluation de l'apport ne suffit pas pour rémunérer l'apporteur. Il est alors nécessaire d'évaluer de surcroît la valeur des droits sociaux à lui remettre à titre de rémunération.

Pour ce faire, différentes méthodes d'évaluation peuvent être employées, en fonction de la nature des biens à évaluer. Enfin, afin de garantir une évaluation rigoureuse et objective des biens apportés, l'intervention d'experts indépendants, d'évaluateurs professionnels et du commissaire aux apports s'avère nécessaire (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - L'APPORT EN NATURE – OBJET DE L'APPORT ET DROITS CONFÉRÉS

259. Dans un environnement économique en constante évolution, la diversification des biens susceptibles d'être apportés dans les sociétés de capitaux revêt une importance cruciale. Les biens susceptibles d'être apportés en société sont en foisonnement continu et peuvent concerner toute sorte de biens meubles et immeubles. Plusieurs études doctrinales, soutenues par un apport jurisprudentiel abondant, ont abordé l'apport en société de biens corporels qui ne suscite plus de difficultés particulières.

Cependant, la doctrine reste partagée sur le contexte juridique de l'apport en société de certains biens incorporels et notamment l'apport de contrats spéciaux, dont l'apport suppose l'application du droit commun des contrats et du droit spécial applicable à la catégorie du bien incorporel objet de l'apport.

En outre, l'essor croissant des nouvelles technologies et de leur impact sur le commerce en ligne ne peut être ignoré par le droit positif. L'utilisation du numérique permet dès lors une croissance exponentielle des produits d'exploitation et le développement de nouveaux actifs numériques qui étaient jadis inconnus et qui nécessitent d'explorer sa qualification juridique, sa valeur et son apport en société.

260. Certes, plusieurs études ont abordé le développement du numérique et les mutations qu'il peut entraîner sur le droit des sociétés ou financiers, mais n'abordent le sujet que d'un angle unique qui logiquement laisse subsister des zones d'intersection avec d'autres branches de droit et qui nécessite d'être mieux exploré.

C'est dans ce cadre que notre étude sera cantonnée à examiner l'apport en société d'actifs incorporels et financiers (**Section 1**), avant d'aborder la particularité de l'apport d'actifs numériques (**Section 2**).

Section 1 – Enjeux de l'apport des liens contractuels et droits financiers

261. L'économie sociétaire suppose de tisser plusieurs relations d'affaires nécessaires pour l'exploitation de la société. Ainsi, au regard de l'objet social de chaque société, certains biens incorporels ou financiers s'avèrent nécessaires à son développement, voire à sa survie. La transmission de ces actifs, et notamment par voie d'apport, suppose le respect d'un certain formalisme imposé par le droit commun des contrats et le droit spécial applicable à l'objet de l'apport.

262. À travers cette section, notre étude portera sur l'apport en société de certains contrats spéciaux et contrats financiers (**I**). Nous explorons par ailleurs, l'apport d'un fonds de commerce et particulièrement les droits contractuellement constitués sur le fonds (**II**), qui nécessitent une attention particulière en raison des complexités qu'ils recèlent et des nombreuses implications juridiques et comptables qui en découlent.

I- La transmissibilité contractuelle, une flexibilité conditionnée

263. Contrairement à l'apport en société de biens qualifiés de classiques, l'apport de certains actifs complexes, tels que des actifs incorporels immobilisés (**1**) ou encore de droits financiers (**2**), recèle des difficultés d'interprétation juridique qui continuent de diviser la doctrine. L'analyse qui suit s'articule autour de cette problématique.

1) Apport en société des contrats spéciaux, un encadrement législatif perfectible

264. L'utilité de l'apport en société de certains contrats est indéniable. Ce transfert permet à la société bénéficiaire de tirer profit de leur économie pour le développement de son activité. Le progrès de leur consécration en droit positif accompagne incontestablement ce dispositif⁶⁸⁶. L'apport en société d'un lien contractuel manifeste de multiples enjeux (**a**). Dans certains contrats, le caractère *intuitu personae* du lien contractuel empêche l'automatisme de leur transfert (**b**).

a) Enjeux de l'apport en société d'un lien contractuel

265. La cession de contrats est devenue une pratique courante. Selon un auteur, « *si la vision classique voit dans le contrat un lien d'obligation, les professionnels y voient une valeur économique* »⁶⁸⁷. La jurisprudence et la doctrine ont unanimement validé cette théorie⁶⁸⁸.

266. Assimilé à une cession⁶⁸⁹, l'apport d'un contrat permet au cocontractant de transférer sa qualité de partie à ce contrat à une société, en contrepartie de laquelle il reçoit les droits sociaux

⁶⁸⁶ L. Aynès, « La cession de contrat », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} juill. 2016, n° 260.

⁶⁸⁷ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 497.

⁶⁸⁸ Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878, *Bull. civ.* IV, n° 255 ; *D.* 2006. *AJ* 149, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2006. 591, note X. Vamparys ; *RTD com.* 2006. 429, obs. P. Le Cannu ; *RTD civ.* 2006. 310 ; Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, *Bull. Joly* 2003. 192, note D. Krajewski.

⁶⁸⁹ Cass. com., 8 mars 1949, *D.* 1949 p. 332 ; Cass. 3^e civ., 2 fév. 1977, *Bull. civ.* III n° 58 ; CA Toulouse 11 mars 2020, n° 18/02010, *RJDA* 7/20 n° 370.

émis par celle-ci. L'apport s'étend également à toutes les prérogatives « *attachées à la qualité de partie* »⁶⁹⁰, et particulièrement les droits potestatifs⁶⁹¹.

Le régime général de la cession de contrat, prévu par les articles 1216 et suivants du Code civil, coexiste avec celui de la cession de droits incorporels⁶⁹², prévu par les articles 1689 et 1690 du même code. Ces deux régimes s'appliquent à l'opération d'apport d'un contrat, sous réserve des règles particulières auxquelles sont soumis certains contrats spéciaux⁶⁹³.

Outre la possibilité de transférer un contrat d'un commun accord entre les parties contractantes, la loi prévoit la transmission automatique de certains contrats spéciaux, tout en interdisant ou en autorisant cette transmission dans d'autres cas.

La loi peut interdire la cession d'un contrat, comme le bail rural, mais également parfois la tolérer, l'autoriser, la favoriser, voire même l'imposer⁶⁹⁴. Dans ce dernier cas, la transmission des contrats s'opère de plein droit⁶⁹⁵.

267. La validité de l'apport en société d'un contrat est subordonnée au respect des conditions de fond et de forme. En principe, le contrat objet de l'apport est conditionné par son caractère successif. L'apport d'un contrat instantané non encore exécuté peut également être envisagé⁶⁹⁶, à condition qu'il n'ait pas produit son principal effet⁶⁹⁷. Certaines conditions de forme doivent également être respectées, à peine de nullité. L'apport d'un contrat doit être instrumenté par écrit⁶⁹⁸. Cette exigence est généralement satisfaite par l'identification des contrats apportés dans le contrat d'apport ou dans les statuts⁶⁹⁹.

⁶⁹⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Defrénois, « Droit civil Defrénois », 12^e éd., 2022, n° 527.

⁶⁹¹ Particulièrement le droit de résilier le contrat, droit au renouvellement...

⁶⁹² *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 2113.

⁶⁹³ C. civ. art. 1105.

⁶⁹⁴ R. Boffa « Distribution », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc.102, 2021, n° 50.

⁶⁹⁵ C. com. art. L. 145-16 pour l'apport de droit au bail, de fonds de commerce, des baux ayant date certaine ; C. civ. art. 1743, pour la vente d'un immeuble.

⁶⁹⁶ J. Ghestin, Ch. Jaminet et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les obligations, Effets du contrat*, LGDJ, 2^e éd. 2001, n° 4, n° 1054 ; C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968, n° 4, p. 178.

⁶⁹⁷ J.-M. Marmayou, *op. cit.*, n° 40.

⁶⁹⁸ C. civ. art. 1216.

⁶⁹⁹ C. civ. art. 1835 ; *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 2115.

268. La qualification juridique de la cession d'un contrat continue de susciter une controverse doctrinale. L'exacte qualification permet d'encadrer la possibilité et l'effet de son apport en société.

269. La Professeure Izorche, considère que la cession de contrat consiste en la substitution d'une partie au contrat par un tiers, au cours de son exécution, à condition toutefois que le contrat ne soit pas frappé d'incessibilité, soit en vertu de la loi⁷⁰⁰, soit parce que les parties l'auront déclaré incessible⁷⁰¹. Le Professeur Aynès de son côté estime que la cession de contrat n'est pas l'aliénation d'une chose, même si celle-ci est incorporelle⁷⁰².

Le Professeur Marmayou qualifie le contrat de bien meuble incorporel⁷⁰³. Le droit comptable conforte, à notre sens, cette théorie. En effet, le PCG impose d'enregistrer la valeur d'apport de ce droit en immobilisation incorporelle dans l'actif du bilan de la société bénéficiaire.

270. Sauf disposition contractuelle contraire, la cession d'un contrat suppose le consentement du cocontractant « cédé »⁷⁰⁴. L'acceptation peut être expresse ou tacite. Transposé à l'apport en société, le cocontractant « apporté » doit délivrer son accord à l'apport du contrat⁷⁰⁵. Cependant, cet accord ne constitue pas une condition de validité de l'apport sauf si la loi ou une clause contractuelle en dispose autrement ou si le contrat est conclu *intuitu personae*. En dehors de ces hypothèses, l'apport d'un contrat réalisé sans l'accord du cocontractant « apporté » demeure valable entre l'apporteur et la société, mais il ne lui est opposable qu'après l'accomplissement des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil.

Si le cocontractant « apporté » a consenti par avance à l'apport du contrat, l'acte d'apport devra lui être notifié afin de produire effet à son égard s'il n'en a pas pris acte⁷⁰⁶.

271. Les formalités d'opposabilité prévues par l'article 1690 du Code civil s'imposent également lorsque l'apport n'est pas soumis à l'accord du cocontractant « apporté » en vertu

⁷⁰⁰ M.-L. Izorche, actualisé par R. Boffa, *op. cit.*, n° 50.

⁷⁰¹ Cass. com., 13 déc.2005, n° 03-16.878, Juris-Data n° 2005-031321 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 61, note L. Leveneur.

⁷⁰² L. Aynès, « La cession de contrat », *Dr. et patr.*, 1er juill. 2016, n° 260.

⁷⁰³ J.-M. Marmayou, *op. cit.*, n° 40.

⁷⁰⁴ C. civ. art. 1216, al. 1^{er} ; ce texte dispose que la cession d'un contrat suppose l'accord de son cocontractant, le cédé.

⁷⁰⁵ C. civ. art. 1216, al. 1 ; Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-27.603, *RJDA* 5/12, n° 492.

⁷⁰⁶ C. civ. art. 1216, al. 2.

des dispositions particulières. L'article 1216, alinéa 2, du Code civil ne semble pas être applicable, en ce qu'il suppose l'accord du cocontractant « apporté »⁷⁰⁷.

Par ailleurs, le contrat conclu en considération de la personne de l'« apporteur » ne peut être transmis qu'avec le consentement de « l'apporté ». Dans ce sens, la haute juridiction « *ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti* »⁷⁰⁸. En consentant à l'apport du contrat, le cocontractant « apporté » renonce à toute prise en considération de la personne de son cocontractant originaire.

272. En présence du consentement du cocontractant, « apporté » se pose la question de savoir si le contrat initial est reconduit ou si un nouveau contrat se substitue à l'ancien.

Après une controverse doctrinale, la Haute juridiction a tranché en faveur de la première position et affirme que *c'était bien le contrat initial dont l'exécution avait été "poursuivie" par le cédé, qui avait « manifesté de façon non équivoque sa volonté d'accepter la cession du contrat »*⁷⁰⁹. La substitution d'un nouveau contractant dans la relation contractuelle n'a pas d'impact sur les termes du contrat initial, qui demeurent inchangés. L'élément subjectif du contrat, défini par les parties contractantes, s'efface au profit des éléments objectifs, en l'occurrence la cause et l'objet⁷¹⁰.

273. Sort de la caution donnée par l'apporteur - À l'instar de la cession de contrat, la libération de l'apporteur de la caution donnée requiert l'accord du cocontractant « apporté ». À défaut, l'apport ne sera pas libératoire, mais, comme la cession de dette, ne conduira qu'à adjoindre la caution d'un nouveau cocontractant⁷¹¹. Les exceptions opposables par la société bénéficiaire de l'apport sont celles dites inhérentes à la dette, à l'exclusion des exceptions personnelles de l'apporteur⁷¹². En revanche, le cocontractant « apporté » peut opposer toutes les exceptions à l'apporteur⁷¹³.

⁷⁰⁷ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 2118.

⁷⁰⁸ Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, Juris-Data n° 1992-000782 ; *Bull. civ.* 1992, IV, n° 3 ; *Contrats, conc. consom.* 1992, comm. 110, obs. L. Leveneur ; *JCP G* 1992, I, 3591, obs. C. Jamin ; *D.* 1992, somm. p. 278, obs. L. Aynès.

⁷⁰⁹ Cass. com., 6 juin 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 173 ; *RTD civ.* 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷¹⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 a substitué le concept de contenu du contrat à celui de la cause.

⁷¹¹ Cass. Com., 8 janv. 2020, n° 18-21.925 ; Cass. com., 9 fév. 2016, n° 14-23.219.

⁷¹² C. civ. art. 1216-2.

⁷¹³ F. Dannenberger, *op. cit.* § 146.

Dans une affaire concernant l'apport d'un bail lors d'une opération de restructuration d'entreprise, notamment suite à une fusion, la Haute juridiction a considéré que « *le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société PII avant sa dissolution, et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date* »⁷¹⁴. Ainsi, la caution doit garantir non seulement les loyers échus, mais aussi les loyers à échoir, puisqu'ils trouvent leur source dans le contrat de bail conclu antérieurement à la fusion. Cette jurisprudence nous paraît transposable aux opérations d'apports en nature.

Le sort des sûretés a été clarifié par les dispositions de l'article 1216-3 du Code civil. Ces sûretés subsistent tant que l'apporteur n'est pas libéré. Les codébiteurs solidaires demeurent tenus sans changement, déduction faite de la part de l'apporteur dans la dette.

b) Apport en société des contrats spéciaux, la personnification l'emporte sur la patrimonialisation

274. Certains contrats peuvent avoir une valeur économique tant pour l'apporteur que pour la société bénéficiaire.

Le droit objet de l'apport suppose au préalable que celui-ci soit aliénable, qu'il appartienne à l'apporteur et qu'il soit déterminé ou déterminable.

L'article 1105 du Code civil dispose que « *les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières».

Nous examinerons certains contrats spéciaux qui suscitent des incertitudes quant à leur apport en société.

275. L'apport d'un avant-contrat - Un avant-contrat est un contrat qui peut être unilatéral ou synallagmatique.

En principe, dès qu'une promesse réciproque de vente est conclue, elle équivaut à une vente effective, en dépit de la présence éventuelle de conditions. Cependant, lorsque l'un des éléments constitutifs de la vente fait défaut, celle-ci n'est pas encore conclue. Cela se produit, par

⁷¹⁴ Cass. com., 8 nov. 2005. n° 02-18.449, Juris-Data n° 2005-030654 ; *Bull. civ.* 2005, IV, n° 219 ; *Bull. Joly soc.*, 2006§ 72, p. 345, note P. Le Cannu.

exemple, lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de proposer une offre de prix ou de consentir au prix proposé par le vendeur. Il s'agit alors d'un contrat préparatoire à la vente⁷¹⁵.

La promesse de vente vaut vente trouve son fondement dans le principe du consensualisme⁷¹⁶ prévu par l'article 1589 du Code civil⁷¹⁷, avec transfert immédiat de la propriété⁷¹⁸ et des risques⁷¹⁹ à l'acquéreur.

La possibilité de conclure ainsi qu'une promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente est admise par la doctrine⁷²⁰. Ainsi, les parties à l'avant-contrat peuvent stipuler que la vente soit conditionnée par la réalisation d'un événement extérieur préalablement déterminé⁷²¹, qualifié d'élément essentiel pour la formation de la vente, indépendamment de l'accord sur la chose et sur le prix⁷²². À ce titre, le transfert de la propriété et des risques à l'acquéreur est reporté à la date de la réalisation de la condition.

276. Apport d'un contrat de promesse unilatérale - Considéré comme un avant-contrat, le contrat de promesse unilatérale est défini par l'article 1124 du Code civil comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* »⁷²³.

⁷¹⁵ A. Bac, De l'intérêt des avant-contrats synallagmatiques de vente ne valant pas vente, *JCP E* 1992, n° 13, p. 140.

⁷¹⁶ Cass. 3e civ., 18 févr. 2015, n° 14-14.416, *JurisData* n° 2015-003345 ; *Bull. civ.* III, n° 416 ; *JCPN* 2015, 1186, n° 13, obs. S. Piédelièvre.

⁷¹⁷ C. civ. art. 1589 al. 1. dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et le prix* ».

⁷¹⁸ Cass. civ., 26 mars 1884, *DP* 1884, p. 403.

⁷¹⁹ Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-22.217, *JurisData* n° 1993-002439 ; *Bull. civ.* IV, n° 466.

⁷²⁰ M. Mignot, « Vente, Nature et forme, promesse synallagmatique de vente », *J.-Cl. Civ. Code*, fasc. 10, 2023 §12 ; O. Barret, Promesse de vente, *Rép. prat. Dalloz*, n° 202 s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénéde, *Les obligations*, Précis Dalloz, 13e éd. 2022, n° 260 ; Fr. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, « Précis », 12e éd. 2023, n° 70 ; R.-N. Schutz, « L'exécution des promesses de vente », *Defrénois*, 1999, art. 37021 ; L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.* 1949, spéc. n° 22, p. 19.

⁷²¹ À titre d'exemples, obtention d'une autorisation administrative, signature d'un acte authentique, étude de faisabilité d'une opération immobilière, l'octroi d'un prêt bancaire.

⁷²² J. Lafond et F. Collard, « Avant-contrat., Promesse synallagmatique de vente. Rédaction », *J.-Cl. Not. Form. LexisNexis*, fasc.100, 2021 § 5.

⁷²³ C. civ. art. 1124.

Il convient de distinguer la clause de substitution, analysée par la jurisprudence comme une stipulation pour autrui⁷²⁴, de la cession du contrat de promesse soumise au formalisme contraignant de l'article 1589-2 du Code civil.

La cessibilité d'une promesse de vente est devenue une pratique courante dans le monde des affaires. Par un arrêt très ancien, la Haute juridiction a admis le principe de sa cessibilité en affirmant que « *rien ne s'oppose à ce qu'une promesse de vente devienne l'objet d'une cession* »⁷²⁵. Cette jurisprudence est demeurée constante depuis lors⁷²⁶. Cependant, les parties peuvent conventionnellement écarter cette possibilité.

Transposée à l'apport en société, une cour d'appel a admis la possibilité d'apport en société d'un avant-contrat⁷²⁷. Cet apport peut être réalisé tant par le bénéficiaire de la promesse que par le promettant.

277. L'apport d'une promesse de vente, par le bénéficiaire, à une société, doit être réel et sérieux. Ainsi, à notre sens, l'apport d'une promesse devenue caduque peut être qualifié d'apport fictif. Cette caducité peut résulter soit du défaut d'exercice de la levée d'option par le bénéficiaire dans un délai raisonnable⁷²⁸, soit de l'absence d'accomplissement des formalités prévues par l'article 1589-2 du Code civil⁷²⁹, ou encore en raison de capacités financières insuffisantes de la société pour lever l'option dans le délai prévu par la promesse.

Sauf convention contraire ou promesse conclue *intuitu personae*, un contrat de promesse unilatérale peut être librement apporté par son bénéficiaire à un tiers avant la levée de l'option⁷³⁰.

⁷²⁴ E. Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, » *D.* 1998, chron. p. 356 ; D.-R. Martin, « Du changement de contractant », *D.* 2001, p. 3144.

⁷²⁵ Cass. civ., 31 janv. 1866, *D.* 1866, I, p. 69 en vertu duquel est cassé l'arrêt CA Aix, 21 déc. 1863, *DP* 1865, 2, p. 129.

⁷²⁶ Cass. 3e civ., 25 juin 1965, *Bull. civ.* 1965, III, n° 523, Cas d'une promesse sous condition suspensive.

⁷²⁷ CA Riom, 11 mai 1884, *DP* 1885, 2, p. 66.

⁷²⁸ Cass. com., 27 janv. 2021 n° 18-22.492, F-D, *RTD civ.* 2021, p. 400, obs. H. Barbier ; *D.* 2022, p. 310, note M. Mekki.

⁷²⁹ C. civ. art. 1589-2. Ce texte dispose : « *est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date* ».

⁷³⁰ M. Storck, « Synthèse - Avant-contrats », *J.-Cl. Civil Code*, 1er mars 2023 § 18.

La transmission des droits et obligations du promettant peut aussi intervenir dans les conditions spécialement prévues par le législateur, sous forme d'apport du contrat de promesse, avec l'accord exprès du bénéficiaire.

Se pose également la question de l'applicabilité des dispositions relatives au contrat unilatéral au pacte de préférence.

278. Apport d'un pacte de préférence – Considéré comme un avant-contrat pouvant avoir toute sorte de contrats pour objet⁷³¹. La jurisprudence considère que ce contrat crée un droit de préférence et non un engagement de vendre⁷³².

L'article 1123 du Code civil, dans son 1^{er} alinéa, énonce que « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* »⁷³³.

Si l'apport d'un avant-contrat est légalement admis, la transmissibilité d'un pacte de préférence n'a pas fait l'unanimité de la doctrine. Selon un courant doctrinal, le pacte de préférence est toujours consenti *intuitu personae*. Son apport en société requiert nécessairement le consentement du promettant⁷³⁴. Certains auteurs considèrent que le caractère *intuitu personae* n'est conféré que par le promettant. Kéravec et Walravens ont soutenu que « *si le pacte de préférence est, en principe, cessible et transmissible, il en est différemment lorsque les circonstances révèlent une intention contraire, même tacite des parties, de ne conférer à cette obligation qu'un caractère strictement personnel* »⁷³⁵. Cette position est partagée par la jurisprudence et de nombreux auteurs⁷³⁶.

L'examen de la doctrine nous conduit à envisager que le pacte de préférence peut être librement apporté en société, à condition toutefois que les parties n'aient pas eu l'intention de lui conférer un caractère *intuitu personae*.

Ceci soulève la question de savoir si les droits sociaux peuvent rémunérer l'apport en société de capitaux d'un pacte de préférence. Autrement dit, est-il envisageable d'évaluer

⁷³¹ M. Storck, *op. cit.*, § 37.

⁷³² Arrêt st-laurent/ c.Oullette, 1984, CA, 124. Canada.

⁷³³ C. civ. art. 1123.

⁷³⁴ M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 184 ; H. Lalou, « Les Pactes de préférence », *DH* 1929, chron. 42.

⁷³⁵ Th. Kéravec et A. Walravens, « Pacte de préférence », *J.-Cl. Not. Form.* LexisNexis, fasc.10, 2021, n° 9.

⁷³⁶ Cass. civ., 21 févr. 1951, *Bull. civ.* I, n° 74 ; Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1963, *D.* 1964, p. 119. ; Cass. 3^e civ., 16 mai 1973, *JCP N* 1974, prat. 5752 ; *Bull. civ.* III, n° 356 ; CA Poitiers, 20 janv. 1954, *D.* 1954, p. 158 ; *JCP* 1954, II, 8064 ; J. Carbonnier, « Contrats spéciaux », *RTD civ.* 1954, p. 323.

financièrement un engagement de contracter ?

À notre avis, la réponse est négative. Aucune libération de droits sociaux n'est possible suite à l'apport isolé d'un tel pacte de préférence. Cependant, dans le cadre de l'apport d'un fonds de commerce, la valeur du pacte peut être incluse dans le goodwill, qui reflète la valeur de l'ensemble des biens incorporels.

279. Apport d'un bail commercial - La cession des baux commerciaux isolés est encadrée par les articles L. 145-16 et s. du Code de commerce et l'article 1717 du Code civil. Ce dernier texte pose le principe de la liberté de cession par le preneur si cette faculté ne lui a pas été interdite. C'est l'application, au contrat de bail, du principe général de la liberté des conventions.

280. La jurisprudence et la doctrine assimilent l'apport en société d'un bail commercial isolé à une cession du contrat de bail⁷³⁷. Dès lors, à l'exception de l'apport effectué lors d'une fusion et opérations assimilées⁷³⁸, les formalités et conditions prévues par le contrat de bail commercial, en cas de cession, s'imposent en cas d'apport en société⁷³⁹.

Les parties peuvent convenir de soumettre l'apport à l'agrément du bailleur ou d'imposer le respect d'un formalisme particulier. Une clause prévoyant une indemnité compensatrice au profit du bailleur, notamment en cas de cession ou d'apport en société d'un bail isolé, ou encore une hausse de la valeur locative est licite⁷⁴⁰.

281. Un locataire, personne physique ou morale, peut légitimement apporter en société un droit au bail commercial isolé, sauf si une clause du contrat l'interdit totalement ou partiellement. L'interdiction de l'apport en société d'un contrat de bail doit être explicite. La clause interdisant la cession est inopérante pour restreindre l'apport en société d'un tel contrat.

En présence d'une clause restrictive d'apport d'un bail isolé, le juge n'a aucun pouvoir sur le contrat⁷⁴¹. Cependant, à défaut d'une telle clause, l'apport d'un bail commercial isolé est donc

⁷³⁷ Ch. Quément, « Bail commercial, Cession », *J.-Cl. Not. Rép. LexisNexis*, fasc.1450, 22 avr. 2024 § 5.

⁷³⁸ C. com. art. L. 236-22.

⁷³⁹ CA Paris, 16e ch. B, 5 juin 2008, n° 07/11 644, *JurisData* n° 2008-364248 ; CA Douai, 2e ch. sect. 2, 11 sept. 2007, n° 06/07395, *JurisData* n° 2007-345681.

⁷⁴⁰ Ch. Quément, *op. cit.*, § 41.

⁷⁴¹ *Ibid.*

légalement permis⁷⁴². En revanche, le non-respect des restrictions contenues dans le contrat de bail peut entraîner la résolution ou le refus de renouvellement du bail⁷⁴³.

L'opération d'apport constitue une véritable cession de créances au sens des articles 1689 et 1690 du Code civil. Elle entraîne la transmission de la jouissance sur le local commercial, par l'apporteur à la société bénéficiaire de l'apport. Celle-ci devient débitrice, à l'égard du bailleur, des obligations mises à la charge du locataire initial par le contrat de bail⁷⁴⁴.

282. La clause insérée au contrat de bail commercial qui conditionne, par exemple, l'apport d'un droit au bail commercial à la solidarité de l'apporteur avec la société bénéficiaire de l'apport, pour l'exécution du contrat, est admise par la jurisprudence⁷⁴⁵. Toutefois, cette clause de garantie devient caduque à l'expiration du bail commercial en cours. Ainsi, elle n'est plus applicable au bail renouvelé, puisqu'il s'agira d'un nouveau contrat de bail⁷⁴⁶.

Désormais, depuis le 20 juin 2014⁷⁴⁷, dès lors qu'un contrat de cession d'un bail commercial est assorti d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail⁷⁴⁸. Cette disposition est transposable à l'apport d'un contrat de bail commercial isolé.

L'apport en société d'un bail commercial n'est pas sans effets sur les conditions de renouvellement. En effet, la durée de jouissance du contrat de bail restant à courir revêt une importance cruciale quant à l'efficacité de l'apport en société d'un droit au bail isolé⁷⁴⁹.

Il a ainsi été jugé qu'une société qui avait acquis un droit au bail sans acquérir simultanément le fonds de commerce moins de trois ans auparavant, ne peut se prévaloir du droit au renouvellement du bail⁷⁵⁰. En effet, afin de pouvoir prétendre au droit de renouvellement du

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Cass. 3e civ., 5 oct. 1999, n° 97-14.336, *JurisData* n° 1999-003483 ; Cass. 3e civ., 17 juill. 1996, n° 94-19.822, *JurisData* n° 1996-003308 ; CA Chambéry, ch. civ., 9 nov. 1999, n° 97/02447, *JurisData* n° 1999-109434 ; CA Nîmes, 1re ch. A, 29 juin 1999, n° 98/496, *JurisData* n° 1999-030080.

⁷⁴⁴ Ch. Quément, *op. cit.*, § 3 ; Cass. 3e civ., 18 juill. 1979 : *Bull. civ.* III, n° 155.

⁷⁴⁵ Cass. 3e civ., 15 janv. 1992, *Rev. huissiers* 1992, p. 221 ; Cass. 3e civ., 12 juill. 1988, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *RTD com.* 1989, p. 217, obs. M. Pédamon.

⁷⁴⁶ CA Paris, 16e ch. A, 6 oct. 1999, n° 1998/00208, *JurisData* n° 1999-024507.

⁷⁴⁷ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 dite « loi Pinel » a modifié l'alinéa 2 de l'article L. 145-4 du Code de commerce. Cette loi doit s'appliquer aux baux commerciaux conclus avant le 20 juin 2014.

⁷⁴⁸ C.com. art. L. 145- 16- 2.

⁷⁴⁹ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 2137.

⁷⁵⁰ Cass. 3e civ. 6 oct. 1981, *Bull. civ.* III n° 148, à propos d'une cession, mais transposable à l'apport en société.

bail à l'expiration du terme prévu par le contrat de bail apporté, ou au versement d'une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement, la durée restante audit contrat à la date d'apport ne doit pas être inférieure à trois années⁷⁵¹. L'intervention du bailleur dans le contrat d'apport et son autorisation n'impliquent pas nécessairement l'engagement de consentir à son renouvellement.

283. Contrairement à l'apport en société préexistante, l'apport d'un bail commercial à une société en formation est assujéti à un formalisme strict⁷⁵². De prime abord, la novation ne se présume pas. Pour que l'apport du bail commercial soit repris par la société, l'acte d'apport doit clairement mentionner une stipulation expresse indiquant que le preneur agissait au nom de la société en formation⁷⁵³. En outre, une fois l'apport réalisé, le contrat d'apport doit être repris par l'assemblée générale constitutive de la société bénéficiaire de l'apport⁷⁵⁴.

284. Pour rendre opposable au bailleur l'apport d'un bail commercial isolé, le régime de droit commun prévu par les dispositions de l'article 1216 du Code civil est applicable.

En conséquence, seule la signification de l'apport par acte extrajudiciaire au bailleur, ou l'acceptation de l'apport par celui-ci dans un acte authentique⁷⁵⁵, permet de rendre l'apport du contrat de bail opposable au bailleur⁷⁵⁶. Ces formalités légales doivent être régulièrement accomplies avant la date d'effet du congé délivré par le bailleur au locataire initial. À défaut, l'apport est inopposable au bailleur⁷⁵⁷. Dans ce cas, et sauf renonciation expresse et non équivoque à se prévaloir du défaut d'accomplissement de ces formalités, la société bénéficiaire de l'apport risque d'être qualifiée d'occupant sans droit ni titre et d'être expulsée des locaux⁷⁵⁸.

⁷⁵¹ C. com. art. L 145-8, al. 2.

⁷⁵² V n°281

⁷⁵³ CA Paris, 16e ch. B, 18 mai 2001, n° 2000/03329, *JurisData* n° 2001-144267.

⁷⁵⁴ Cass. 3e civ., 6 avr. 2005, n° 01-12.719, *JurisData* n° 2005-027927 ; Loyers et copr. 2005, comm. 156, note Ph.-H. Brault; *JCP E* 2005, 1733, n° 15, note H. Kenfack.

⁷⁵⁵ C. civ. art. 1690.

⁷⁵⁶ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 2135.

⁷⁵⁷ Cass. 3e civ. 9 nov. 2011 n° 10-20.971, *RJDA* 2/12 n° 162, rendu pour un bail rural, mais transposable au bail commercial.

⁷⁵⁸ CA Paris 27 févr.1992, *RJDA* 6/92 n° 588.

285. Apport d'un contrat de crédit-bail - Le contrat de crédit-bail est un contrat atypique, ayant un caractère *sui generis*. Il s'agit d'opérations triangulaires reposant sur deux contrats interdépendants, mais indivisibles, actant les droits et obligations des parties au contrat⁷⁵⁹.

En matière immobilière, la Haute juridiction a défini le contrat de crédit-bail comme étant « l'opération (...) qui a pour objet l'acquisition d'un immeuble par celui qui s'oblige à faire des versements échelonnés sur la durée du contrat »⁷⁶⁰. Toutefois, l'existence d'un contrat de location et d'une promesse unilatérale de vente ne suffit pas à qualifier un contrat de crédit-bail. En effet, en l'absence d'interconnexion entre ces deux contrats, le juge refuse systématiquement la qualification du contrat de crédit-bail⁷⁶¹. Cette disposition jurisprudentielle s'applique également au crédit-bail mobilier.

Pour se prévaloir de cette qualification, le contrat de crédit-bail doit comprendre deux contrats indivisibles⁷⁶² : un contrat de location assorti d'un second contrat de promesse unilatérale de vente du bien loué, exécutables sur deux phases successives⁷⁶³.

La première phase concerne une période irrévocable au titre de laquelle un contrat de bail est conclu entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Au cours de celle-ci, le crédit-preneur dispose de la jouissance du bien crédit-baillé et verse une redevance locative au crédit-bailleur. Le paiement de la dernière redevance déclenche la deuxième phase marquant le dénouement du contrat de promesse unilatérale de vente. Si le crédit-preneur décide de lever l'option, le crédit bailleur est tenu de lui vendre le bien objet du crédit-bail à la valeur résiduelle convenue initialement par le contrat.

Cependant, en présence de cette promesse, le crédit-bailleur peut-il librement apporter en société le bien objet dudit contrat ? Quid des droits du crédit-preneur ?

⁷⁵⁹ P. Pailler, « Location financière, Crédit-bail, Principes », *J.-Cl. Contr. Dist.*, NexisNexis, fasc. 2610, 2022, Points-clés.

⁷⁶⁰ Cass. 3e civ., 10 juin 1980, n° 79-13.330, *Bull. civ.* III, n° 114 ; *JCP G* 1980, II, 19655, note E.-M. Bey ; *D.* 1980, p. 566, note Y. Guyon.

⁷⁶¹ Cass. com. 18 sept. 2012, n° 11-19.764 ; Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-18.268, *RJDA* 2005, n° 1378 ; Cass. com., 30 mai 1989, n° 88-11.445, *Bull. civ.* IV, n° 167 ; Cass. com., 14 avr. 1972, n° 70-13.333, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; *JCP* 1972. II. 17 269, note E. Alfandari ; *RTD com.* 1973. 326, obs. J. Hémard.

⁷⁶² R.-N. Schütz, *Crédit-bail Rép. civ.*, oct. 2015, n° 34 et 36.

⁷⁶³ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 10 ; Th. DE Ravel D'Esclapon et M. De Ravel D'Esclapon, « Crédit-bail mobilier », *Rép. dr. Com.*, Sept. 2023, n° 144.

286. Apport d'un contrat de crédit-bail par le crédit-bailleur - L'apport d'un contrat de crédit-bail suppose l'application conjointe du régime de droit commun prévue à l'article 1216-1 du Code civil et des dispositions de l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier.

Ainsi, à défaut de dispositions conventionnelles contraires, l'article 1216-1 du Code civil prévoit que l'apporteur qui n'a pas obtenu l'accord du crédit-preneur « apporté » reste tenu de l'exécution du contrat de crédit-bail jusqu'à son terme⁷⁶⁴.

Toutefois, l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier consacre une garantie légale au profit du crédit-preneur. Selon un auteur, ce texte « *ne semble opérer aucune distinction selon que le crédit-preneur a donné ou non son accord à la cession et ne semble pas davantage permettre de déroger au principe posé par une stipulation contractuelle* »⁷⁶⁵. Ainsi, et nonobstant toute disposition contractuelle contraire, l'apporteur n'est pas libéré pendant la durée restante du contrat et demeure garant de la bonne exécution des obligations de la société bénéficiaire de cet apport jusqu'à son dénouement.

Se pose la question alors de savoir si le crédit-preneur peut invoquer la solidarité de l'apporteur et de la société bénéficiaire de l'apport prévue par l'article 1216-1 du Code civil. L'article L. 313-8 du Code monétaire et financier est muet à ce sujet. Cependant, en matière commerciale, la solidarité est présumée⁷⁶⁶. Le crédit-preneur, en cas d'inexécution contractuelle par le nouveau crédit-bailleur, pourrait agir indifféremment contre celui-ci en tant que société bénéficiaire de l'apport ou contre le crédit-bailleur initial⁷⁶⁷.

287. Apport du contrat de crédit-bail par le crédit-preneur - Le crédit-preneur, n'étant pas propriétaire du bien crédit baillé, ne peut l'aliéner. Il peut, en revanche, céder ou apporter en société le contrat de crédit-bail.

L'apport en société d'un contrat de crédit-bail par le crédit-preneur ne fait pas l'objet de dispositions législatives particulières. Il est donc soumis, selon un auteur, « *à toutes les incertitudes qui planent sur le régime de la cession de contrat en général* »⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ C. civ. art. 1216-1. Ce texte dispose : « *si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat* ».

⁷⁶⁵ Th. DE Ravel D'Esclapon et M. DE Ravel D'Esclapon, *op. cit.*, n° 114.

⁷⁶⁶ Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-28133; F. Derrida, « De la solidarité commerciale », *RTD com.* 1953, p. 329 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 9e éd., 1923, n° 725, p. 235.

⁷⁶⁷ Th. DE Ravel D'Esclapon et M. DE Ravel D'Esclapon, *op. cit.*, n° 114.

⁷⁶⁸ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 198.

Le caractère *intuitu personae* du contrat de crédit-bail ne fait pas obstacle à son apport en société, ce qui suppose naturellement l'accord explicite du crédit-bailleur⁷⁶⁹.

288. Clauses prohibitives ou restrictives - Les contrats de crédit-bail incluent généralement des clauses prohibitives ou restrictives concernant la cession ou de l'apport du bail par le locataire, dont la violation peut déclencher la mise en œuvre de la clause résolutoire prévue par le contrat de crédit-bail⁷⁷⁰. Cette clause s'applique non seulement à l'apport isolé, mais également à celui incorporé dans un fonds de commerce ou intervenant dans le cadre d'une opération de restructuration⁷⁷¹. Comme l'a souligné un auteur, « *au-delà d'une clause d'agrément, des stipulations particulières peuvent être envisagées. Par exemple, un niveau de solvabilité du nouveau crédit-preneur peut être exigé, tout comme la souscription de garanties ou encore un degré d'historicité des comptes sociaux* »⁷⁷².

Le consentement du crédit-bailleur à l'apport du contrat du crédit-bail permet de substituer le crédit-preneur initial par un nouveau crédit-preneur. Cette substitution entraîne la naissance d'un nouveau contrat de crédit-bail, comme l'a précisé un auteur, « *Il ne s'agit alors plus, juridiquement, d'une cession de contrat, mais d'un nouveau contrat conclu avec un nouveau locataire* »⁷⁷³. Se pose ainsi la question de savoir si le consentement à l'apport par le crédit-bailleur libère le crédit-preneur apporteur de sa garantie quant à l'exécution du nouveau contrat.

À l'instar de l'apport d'un contrat, la libération de crédit-preneur apporteur requiert l'accord explicite du crédit-bailleur. Ainsi, sauf consentement libératoire explicite du crédit-bailleur, « *les cédants successifs demeurent garants solidaires de leurs acquéreurs successifs. En cas de cession conjointe du contrat de crédit-bail et du fonds de commerce, le crédit-bailleur bénéficie du report sur le cessionnaire des garanties insérées dans le contrat initial de crédit-bail immobilier* »⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ Cass. civ. 1re, 6 juin 2000, n° 97-19.347, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *D.* 2001. 1345, note D. Krajewski ; *Defrénois* 2000. 571, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000. 571, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. com., 6 mai 1997, n° 94-16.335 et 95-10.252, *Bull. civ. IV*, n° 117 et 118 ; *D.* 1997. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin ; *Defrénois* 1997, art. 36633, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997. 936, obs. J. Mestre.

⁷⁷⁰ CA Paris 26 avr. 1990, *RJDA* 8-9/92 n° 652.

⁷⁷¹ Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.079, rendu à propos d'une cession, mais transposable à l'apport en société.

⁷⁷² Th. DE Ravel D'Esclapon et M. DE Ravel D'Esclapon, *op. cit.*, n° 134.

⁷⁷³ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 201.

⁷⁷⁴ Lamy droit immobilier Expert, 2022, n° 4281 ; Les dispositions de l'article 1717 du Code civil permettent au locataire de céder, et donc d'apporter, son bail sans le consentement du bailleur semble aussi inapplicable à l'apport du contrat de crédit-bail.

289. Applicabilité du statut des baux commerciaux à la location prise à crédit-bail - En matière immobilière, le statut des baux commerciaux est inapplicable à la location consentie en vertu d'un contrat de crédit-bail⁷⁷⁵. En effet, le crédit-preneur ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 145-16 du Code de commerce, qui prohibe toute clause interdisant le locataire d'un immeuble commercial de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce. Au terme d'une jurisprudence constante, la Haute juridiction écarte l'application des dispositions relatives à la révision du loyer ainsi que celles relatives à la mise en œuvre de la clause résolutoire⁷⁷⁶. Ainsi, le crédit-bailleur peut paralyser l'apport d'un fonds de commerce dont le contrat de crédit-bail fait partie, et l'apport intervenu sans son accord ne lui est pas opposable⁷⁷⁷. Toutefois, en cas de refus abusif du crédit-bailleur, le crédit-preneur pourrait obtenir une autorisation judiciaire.

290. Apport en société d'un bien donné à crédit-bail - Sort du contrat de crédit-bail - La promesse unilatérale de vente du bien crédit-baillé, conféré par le contrat de crédit-bail, n'octroie aucun droit réel au crédit-preneur. Par conséquent, elle ne constitue pas un obstacle à la cession dudit bien. Le crédit-bailleur, en sa qualité de propriétaire, peut librement céder le bien objet d'un crédit-bail⁷⁷⁸. Ce droit s'applique aussi bien au crédit-bail mobilier qu'au crédit-bail immobilier.

Cependant, afin de protéger les droits du crédit-preneur, les dispositions de l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier⁷⁷⁹ organisent une cession légale du contrat de crédit-bail lorsque le bien objet du contrat est lui-même cédé à un tiers⁷⁸⁰.

Assimilé à une cession, l'apport en société d'un bien par le crédit-bailleur entraîne *de facto* l'apport du contrat de crédit-bail du bien apporté. Il s'agit d'un apport légal consacré par l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier⁷⁸¹. La société bénéficiaire, devenue un

⁷⁷⁵ Lamy droit immobilier Expert, 2022, n° 4281.

⁷⁷⁶ Cass. 3e civ., 7 mai 1997, n° 95-15.504, *Bull. civ. III*, n° 99 ; *AJPI* 1997. 758, obs. Blatter ; Cass. 3e civ., 10 juin 1980, n° 78-11.032, *Bull. civ. III*, n° 113 ; *JCP* 1981. II. 19 655, note Bey ; A notre connaissance, la haute juridiction n'a jamais été saisie de l'application de l'article L 145-16 du code de commerce en cas de crédit-bail.

⁷⁷⁷ CA Pau, 14 janv. 2020, n° 18/01812, *Juris-Data* n° 2020-000687 ; Aix-en-Provence, 5 déc.2003, n° 99/11689, *Juris-Data* n° 2003-232784 ; D. Legeais, « crédit-bail mobilier », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc.371, 2016, n° 49.

⁷⁷⁸ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 193.

⁷⁷⁹ C. com. art. L. 313- 8 prévoit qu'« en cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu aux mêmes obligations que le cédant qui en reste garant ».

⁷⁸⁰ C. civ. art. 1743, prévoit que « la cession légale à l'acquéreur du bail portant sur le bien vendu n'est pas applicable ».

⁷⁸¹ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 193.

nouveau crédit-bailleur, se substitue au crédit bailleur initial, « l'apporteur », dans le contrat de crédit-bail.

291. L'apport en société, d'un bien donné à crédit-bail, suscite des incertitudes quant à son opposabilité au crédit-preneur « apporté ». En effet, ce type d'apport s'assimile à la cession de contrat régie par les dispositions de l'article 1216, alinéa 1^{er}, du Code civil. L'opposabilité de l'apport du contrat de crédit-bail est subordonnée, en principe, à l'accord du crédit-preneur « apporté ». Bien que l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier ne se prononce pas sur ce point, un auteur estime qu'*« il y a lieu de penser que l'accord du crédit-preneur pourrait désormais être nécessaire, sauf à estimer qu'un dispositif spécial déroge à la solution de droit commun. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 1216 du Code civil réserve la possibilité que cet accord soit donné par avance »*⁷⁸², notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé »⁷⁸³. Dans ce cas, l'apport du contrat de crédit-bail produira son effet à l'égard du crédit-preneur « apporté » lorsque le contrat d'apport lui sera notifié ou qu'il en aura pris acte.

En outre, en application du même article, la rédaction d'un écrit constitue une condition de validité de la cession. Cette condition est remplie pour les biens meubles par la rédaction du contrat d'apport en société.

292. Apport de choses futures - L'apport d'une chose future au projet sociétaire est parfaitement admissible⁷⁸⁴. Ce principe est consacré par l'article 1163 du Code civil qui dispose que *« l'obligation a pour objet une prestation présente ou future »*⁷⁸⁵.

L'apport d'une chose future s'analyse, en effet, comme étant un contrat portant sur l'apport d'une simple espérance⁷⁸⁶, différente d'une promesse d'apport.

Se pose, cependant, la question de la licéité de la libération et de la rémunération de cet apport en société de capitaux. Une doctrine majoritaire s'accorde sur l'exclusion de ce mode d'apport dans ce type de société, arguant cette opinion par l'impossibilité de libérer intégralement la chose apportée à la date d'apport.

⁷⁸² CA Montpellier, 22 nov. 2005, n° 04/02938, Juris-Data n° 2005-310593.

⁷⁸³ Th. DE Ravel D'Esclapon et M. DE Ravel D'Esclapon, *op. cit.*, n° 113.

⁷⁸⁴ J.-M. Marmayou, *op. cit.*, n° 130.

⁷⁸⁵ C. civ. art. 722, interdit la renonciation à une succession non ouverte, ni aucune stipulation sur celle-ci, même avec le consentement du de cujus.

⁷⁸⁶ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 491.

En phase de constitution ou en cours de vie sociale d'une société de capitaux, le législateur a prévu les modalités de libération des titres de capital émis en rémunération de l'apport en nature, sans pour autant imposer des modalités particulières pour la réalisation de cet apport. Seule l'obligation, pour toutes les sociétés de capitaux⁷⁸⁷, de la libération intégrale des titres de capital émis en rémunération d'un apport en nature dès leur émission est exigée.

Naturellement, les titres donnant accès immédiat au capital ne peuvent être émis que pour la rémunération d'un apport en nature régulièrement évalué et transféré à la société bénéficiaire à la date d'apport. Or, la date de la réalisation de l'apport est différée. En outre, l'exigence de libération intégrale des titres donnant accès immédiat au capital social exclut la possibilité de ce mode de rémunération pour l'apport d'une chose future.

L'article L. 212-1-A du Code monétaire et financier apporte, néanmoins, une précision à propos des titres de capital. Ce texte énonce qu'ils comprennent les titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Il en ressort que l'apport en nature peut être rémunéré soit par des titres donnant accès au capital, tel que des actions ordinaires ou de préférence, soit par des valeurs mobilières pouvant donner accès au capital (VMDAC).

Nous estimons alors que l'apport d'une chose future puisse être rémunéré par des VMDAC, et plus précisément par des bons de souscription d'actions (BSA)⁷⁸⁸. Si un actif futur apparaît essentiel pour la réalisation de l'objet social⁷⁸⁹, son apport à une société par actions est donc possible à condition que la rémunération soit exclusivement effectuée par des VMDAC.

293. La sécurité juridique et financière de l'opération suppose que l'exercice de l'option soit conditionné par l'appropriation de la chose future par l'apporteur⁷⁹⁰, et par son transfert à la société. L'opération d'apport devrait nécessairement être instrumentée par un contrat d'apport, assorti d'une condition résolutoire. Par ailleurs, ce contrat devrait prévoir que l'exercice des BSA serait conditionné par l'appropriation, par l'apporteur, de la chose future dans un délai fixé préalablement. Si l'associé ne parvient pas à se procurer la chose qu'il avait promis d'apporter, les BSA attribuées en contrepartie de son apport deviennent désuètes.

⁷⁸⁷ C. com. art. L 225-3 pour les SA ; art. L226-1 pour les SCA ; art. L227-1 pour les SAS et art. L223- 7 pour les SARL.

⁷⁸⁸ Les BSA peuvent être émis gratuitement.

⁷⁸⁹ Ex : un savoir-faire en cours de brevetabilité ou des travaux de développement d'un logiciel dont les résultats conclus non encore aboutis.

⁷⁹⁰ Ex : obtention de l'enregistrement du brevet par exemple.

À la date d'apport effectif de l'actif, celui-ci pourrait être évalué et rémunéré⁷⁹¹ par des actions donnant accès au capital, émises suite à l'exercice de l'option des BSA. Le prix de l'exercice du BSA, auquel est ajouté le prix du BSA, constitue la valeur de l'action émise en contrepartie de l'apport.

Force est de constater que ce type d'apport présente quelques difficultés pratiques, notamment si tous les apports sont des choses futures. Dans ce cas, selon un auteur, « *le pacte social est soumis à une condition résolutoire. Si tous les associés ne peuvent se procurer la chose qu'ils avaient l'espérance d'apporter, la société se trouve rétroactivement anéantie* »⁷⁹².

D'un point de vue comptable, si les BSA sont émis à titre gratuit, l'opération est neutre. À la date d'apport de la chose future, aucune écriture comptable n'est à constater sur les états de synthèse de la société bénéficiaire dont le patrimoine n'a pas changé.

En revanche, si les BSA sont émis à titre onéreux, le prix d'émission est enregistré, en haut du bilan actif au compte prime d'émission en contrepartie d'un droit incorporel à l'actif du bilan.

Dans les deux cas, un engagement hors bilan, relatif à l'option d'augmentation du capital social, est constaté par la société bénéficiaire de l'apport de la chose future.

294. Apport d'un portefeuille de contrats d'assurance - La gestion et les modalités de transfert des portefeuilles de contrats d'assurance entre entreprises d'assurances sont régies par les dispositions du Code des assurances. Selon un auteur, « *les transferts de portefeuille de contrats d'assurance constituent une forme atypique de cession de contrats* »⁷⁹³. Consacré par l'article L. 324-1 dudit code, le transfert d'un portefeuille d'assurances entre entreprises d'assurances est tout à fait possible et peut porter sur tout ou partie du portefeuille. Ce transfert devrait également porter sur les droits et obligations afférents au portefeuille transféré et nécessaires à l'exécution des contrats⁷⁹⁴. La validité de la convention de transfert est subordonnée à l'approbation du régulateur.

Si ce texte fait allusion aux termes « cédant et cessionnaire », le Code des assurances ne rend

⁷⁹¹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83811. Le brevet sera rémunéré par des actions d'une valeur équivalente.

⁷⁹² R. Besnard Goudet, « Théorie des apports, notion d'apport en société », *J.-Cl. Soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 10-10, 2023, § 25.

⁷⁹³ J. Monnet, « Transfert de portefeuille de contrats d'assurance et changement d'assureur, entre certitudes et incertitudes », *Revue générale du droit des assurances*, 01 janv. 2017, p. 6 n° 01.

⁷⁹⁴ J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Entreprises et organismes d'assurance*, t. 1, LGDJ, « Traités », 2011, n° 231 et s., p. 115.

impérative aucune modalité juridique de transfert d'un portefeuille de contrats d'assurance. La doctrine considère que ce type d'apport n'est pas proscrit⁷⁹⁵.

295. Le transfert de portefeuille de contrats d'assurance, entre compagnies d'assurances, doit être distingué de celui entre intermédiaires. Si la terminologie s'avère identique, le régime juridique applicable est différent.

En effet, un courtier, agent ou intermédiaire, peut apporter à une société de capitaux l'ensemble des droits qu'il détient à l'encontre d'une société d'assurance. Dans ce cas, il y a changement d'intermédiaire ou de courtier, mais les contrats d'assurance et la compagnie d'assurance sont inchangés⁷⁹⁶. Dans ces hypothèses, il n'est pas fait application des dispositions juridiques du Code des assurances, mais du droit commun de la cession de créances qui oblige le courtier, l'intermédiaire ou l'agent général, à signifier la cession à l'ensemble des sociétés d'assurance auprès desquelles il a mené des souscriptions de contrats⁷⁹⁷.

L'apport de portefeuille de contrats d'assurance constitue un apport en nature au sens de l'article 1843-3 du Code civil. Cet apport est régi par certaines dispositions législatives spécifiques, notamment pour les assurances vie et de capitalisation, qui sont réglementées par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution. Cette réglementation exige que le transfert soit impérativement assorti des actifs représentatifs des engagements relatifs aux contrats apportés, utiles à l'exploitation du portefeuille apporté⁷⁹⁸.

L'approbation de l'opération d'apport, par l'autorité de régulation, rend le transfert du portefeuille d'assurances opposable aux assurés à compter de la date de publication de l'approbation au Journal Officiel. Les primes échues avant la prise d'effet seront alors dues à la société apporteuse et les sinistres survenus jusqu'à cette date resteront à sa charge. Toutefois, si les parties peuvent prévoir un effet rétroactif du transfert de portefeuille, « un compte entre les parties » doit être tenu pour les contrats d'assurance conclus avec la société apporteuse, entre la date de rétroactivité et la conclusion du traité d'apport⁷⁹⁹.

⁷⁹⁵ X. Vamparys, « L'apport de portefeuille de contrats d'assurance », *Revue générale du droit des assurances*, Juill. 2017, n° 07, p. 404.

⁷⁹⁶ J. Monnet, *op. cit.*.

⁷⁹⁷ Cass. 1re civ., 5 févr. 2009, n° 08-10230, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *RGDA* 2010, p. 214, note D. Langé ; *D.* 2009, p. 842, note L. Aynès ; *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 160, obs. H. Groutel.

⁷⁹⁸ M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, t. II, LGDJ, « GF », 2^e éd., 1965, n° 670.

⁷⁹⁹ J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Entreprises et organismes d'assurance*, t. 1, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 235.

296. Apport d'un droit de propriété intellectuelle - Un droit de propriété intellectuelle ou industrielle valablement déposé et enregistré à l'INPI peut être apporté en société, isolément ou inclus à un fonds de commerce s'il en constitue l'un des éléments essentiels⁸⁰⁰. L'apport dudit droit est qualifié d'apport en nature d'un bien meuble incorporel.

L'apport de droit d'auteur englobe le droit de dessin et modèle, de brevet, de certificat d'utilité, ou encore de marque⁸⁰¹.

De même, un procédé de fabrication, assorti d'éléments concrets (plans, instructions) permettant son utilisation effective par la société bénéficiaire de l'apport est également possible⁸⁰². Cependant, il est jugé que l'apport en nature des procédés de fabrication était dépourvu de valeur si la société n'a pas pu en assurer l'exploitation exclusive⁸⁰³. À notre sens, cela constitue un apport fictif.

Les contrats de concessions des droits de propriété industrielle peuvent également être apportés en société⁸⁰⁴. Il s'agit de l'apport d'un droit de jouissance d'un bien incorporel. En effet, le contrat de concession des droits de propriété industrielle donne naissance à un démembrement particulier d'un bien intellectuel, pour une utilisation et une durée définie⁸⁰⁵. La convention instituant ce droit personnel est transférée à la société bénéficiaire de l'apport. À la dissolution de la société, dans certaines conditions, le concédant, qui demeure propriétaire du droit de propriété industrielle, peut récupérer son bien, qui est soustrait à l'action des créanciers sociaux, car il ne fait pas partie du patrimoine social⁸⁰⁶.

La validité de l'apport en société de certains droits de propriété suppose l'accomplissement des formalités légales impératives, notamment la rédaction d'un écrit et de la publicité.

Les dispositions envisagées pour la transmission des droits de propriété intellectuelle et industrielle sont incontestablement applicables à l'apport en société. En effet, les actes

⁸⁰⁰ Cass. com., 24 mars 1980, n° 78-12.877, *Bull. civ.* IV, n° 142.

⁸⁰¹ Y. Reinhard, « L'apport en société de droits de propriété industrielle », in Mél. A. Chavanne, Litec, 1990, p. 297.

⁸⁰² G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 479.

⁸⁰³ Cass. com., 9 nov. 1955, *Bull. civ.* III, n° 313 ; G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 479.

⁸⁰⁴ Ex : Licence de brevet, licence de marque, etc.

⁸⁰⁵ N. Binctin, *op. cit.*, p.517, n° 19.

⁸⁰⁶ R. Mortier, *op. cit.*, n° 71 à 73.

comportant la transmission des droits attachés à un brevet⁸⁰⁷ ou à une marque⁸⁰⁸ supposent qu'un écrit soit passé entre l'apporteur et la société bénéficiaire, à peine de nullité de l'opération d'apport⁸⁰⁹. Cette exigence est accomplie en vertu de l'acte d'apport de ces droits. En outre, l'article 1835 du Code civil exige la rédaction d'un écrit pour les statuts, qui doivent déterminer les apports de chaque associé⁸¹⁰.

Ce formalisme n'est pas requis pour les droits d'auteur et les dessins et modèles⁸¹¹, même si le concept de droit retenu⁸¹² implique en pratique d'instrumenter par écrit tout acte de transfert⁸¹³ de droit de propriété intellectuelle. Toutefois, si ces droits sont compris dans un apport de fonds de commerce, une publicité doit être faite à l'Institut national de la propriété industrielle⁸¹⁴.

L'apport en société est une forme de cession qui n'est opposable aux tiers qu'après mention au registre, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle, dédié à chaque droit de propriété⁸¹⁵, ainsi qu'au registre du commerce et des sociétés. En outre, lorsque le droit est apporté avec un fonds de commerce, les règles ci-dessus se cumulent avec les règles publicitaires relatives à l'apport d'un fonds de commerce⁸¹⁶.

Cependant, l'apport d'un savoir-faire ne peut faire l'objet d'un apport en nature, car il englobe des connaissances techniques, commerciales ou industrielles, ce qui le qualifie d'apport en industrie⁸¹⁷.

⁸⁰⁷ C. propr. intell., art. L. 613-8, al. 5.

⁸⁰⁸ C. propr. intell., art. L. 714- 1.

⁸⁰⁹ C. propr. intell., art. L. 714- 1, al. 4 ; Cass. com., 7 mars 1984, *Bull. civ.* IV, n° 96.

⁸¹⁰ Y. Reinhard, *op. cit.*, p. 297.

⁸¹¹ Cass. com., 27 févr. 1957, n° 2.863, *Bull. civ.* III, n° 77 ; *RTD com.* 1957. 648, n° 4, obs. P. Roubier et A. Chavanne.

⁸¹² P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 2015, PUF, « Droit fondamental », n° 241.

⁸¹³ Cass. 1re civ., 30 janv. 2007, n° 05-19352, *Gaz. Pal.* 13 déc. 2007, p. 26 ; *RJDA* 5/07, n° 573.

⁸¹⁴ C. com. art. L. 143-17, G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 482.

⁸¹⁵ C. propr. intell., art. L. 714-7, pour les marques par l'inscription au registre national des marques ; C. propr. intell., art. L. 613-9 pour les brevets au registre national des brevets ; C. propr. intell., art. L. 512- 4 pour les dessins et modèles au registre national des dessins et modèles.

⁸¹⁶ C. com. art. L. 141- 6 à L. 141-17.

⁸¹⁷ R. Fabre et L. Sersiron, « Contrat de licence de savoir-faire », *J.-Cl. Brev.*, LexisNexis, fasc. 4710, 2024, n° 5.

2) Apport en société des droits financiers

297. L'apport de titres de capital (a) et l'apport en jouissance de numéraires (b) sont deux moyens par lesquels des droits financiers sont transférés à une société, l'un impliquant des titres de capital et l'autre impliquant des fonds en numéraire.

a) Apport de titres de capital

298. Apport de droits sociaux - L'apport en société de droits sociaux d'autres personnes morales est parfaitement envisageable⁸¹⁸. Les dispositions légales ou statutaires, qui imposent un agrément de l'associé en cas de cession de parts ou d'actions, doivent être respectées en cas d'apport en société de ces parts ou de ces actions⁸¹⁹.

Par ailleurs, la convention en vertu de laquelle les associés se consentent un droit de préemption mutuel, « en cas de cession » de leurs parts ou actions, ne s'applique pas à un apport de titres en société⁸²⁰. En revanche, l'apport de droits sociaux peut, dans certains cas, donner lieu à l'exercice d'un droit légal de préemption en application de réglementations particulières, par exemple en vertu du droit de l'urbanisme⁸²¹.

Assimilé à l'apport de créances, le transfert des titres apportés obéit à l'application conjuguée des règles générales du droit commun des contrats et des règles spécifiques de droit des sociétés propres aux cessions de parts sociales ou d'actions.

299. Apports de parts sociales des SARL - L'apport en société des parts sociales des SARL s'assimile à une cession à titre onéreux. En ce sens, se réfèrent à un arrêt de la cour d'appel de Versailles, un auteur considère que les cessions entre vifs visées par l'article L. 223-14 du Code de commerce sont celles actées à titre onéreux, qu'elles soient consenties de gré à gré, par voie d'adjudication publique volontaire, d'échange, d'apport en société⁸²².

300. L'apport en société de parts sociales d'une SARL ne pourra intervenir que si les règles législatives ou statutaires relatives à l'agrément des associés ont été respectées⁸²³. La mise en

⁸¹⁸ CA Paris, 25e ch. A, 21 févr. 2003, n° 2002/01009 ; Juris-Data n° 2003-206474 ; *JCP E* 2003, 834.

⁸¹⁹ Cass. com., 21 janv. 1970, *JCP* 1970. II. 16 541, note B. Oppetit.

⁸²⁰ Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.037, *RJDA* 4/10, n° 377 ; *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 69 167 s.

⁸²¹ *Mémento Urbanisme – Construction*, éd. F. Lefebvre, 2023, n° 31900.

⁸²² CA Versailles, 28 mars 1996 ; *BRDA* 9/1996, p. 3 ; *RJDA* 6/1996, n° 796 ; D. Gibrila, « Parts sociales, Cession. Transmission, SARL. », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc.1238, 2022, n° 32.

⁸²³ S. Castagné, *op. cit.*, § 73.

œuvre des formalités prescrites par l'article L. 223-14 Code de commerce, relatives à la cession sont d'ordre public et doivent être scrupuleusement respectées, à peine de nullité de l'opération d'apport.

L'apporteur doit notifier un projet de contrat d'apport à la société et à chacun des associés, conformément aux formalités prescrites par les articles 1690 du Code civil et L. 223-14 du Code de commerce. À défaut, l'opération d'apport doit être annulée⁸²⁴, sans possibilités de ratification par des actes postérieurs des associés. Il s'agit d'une position constante de la Cour de cassation⁸²⁵.

301. Le défaut d'agrément de l'opération d'apport des parts sociales suscite des incertitudes quant à ses effets juridiques. L'apport en société se distingue de la vente. L'intention de l'apporteur n'est pas de percevoir le prix de vente, mais plutôt de devenir associé dans la société bénéficiaire de l'apport. La rémunération de l'apport ne peut être effectuée que par l'émission de nouvelles parts sociales de la société bénéficiaire. Le rachat des parts sociales apportées, prévu par l'article L. 223-14 du Code de commerce, ne répond pas aux objectifs stratégiques et économiques ni de l'apporteur ni de la société bénéficiaire de l'apport. En effet, la valeur des parts sociales apportées est déterminée en fonction de ces objectifs.

Pareillement qu'en matière de cession, si l'agrément est refusé, l'apporteur peut exercer son droit de repentir et renoncer à l'opération d'apport⁸²⁶. À défaut, en application des dispositions de l'article L. 223-14 du Code de commerce, la société peut racheter ou faire acheter les parts sociales, objet de l'apport. Le prix de cession est alors déterminé à par un expert, en application de l'article 1843-3 du Code civil.

302. Apports d'actions des sociétés par actions - L'apport des actions de sociétés de capitaux suit le régime de cession. S'agissant des titres nominatifs, leur transfert s'effectue par virement du compte de l'apporteur vers celui de la société bénéficiaire, et fait l'objet d'un enregistrement sur le registre du transfert des actions tenues par la société émettrice. Concernant les actions cotées dématérialisées, le virement s'opère à partir d'un ordre de virement, donné à l'intermédiaire financier qui tient le compte de la personne qui effectue l'apport. De plus, selon

⁸²⁴ Cass. com., 21 janv. 2014 n° 12-29.221 F-PB, *RJDA* 6/14 n° 533.

⁸²⁵ Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.221 ; Cass. com., 6 mai 2003 n° 01-12.567 FS-P, *RJDA* 8-9/03 n° 837 ; Cass. com., 21 mars 1995 n° 93-14.564, *RJDA* 7/95 n° 854.

⁸²⁶ Cass. com., 27 oct. 1992, n° 90-20.963, *RJDA* 1/1993, n° 37 ; *Dr. sociétés* 1992, com. 257, obs. H. Le Nabasque ; Ph. Merle, « Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL », *RJDA* 1/1993, p. 3 ; R. Baillod, « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227.

Lefebvre « *si les statuts de la société émettrice ne s'y opposent pas, l'apport d'actions non admises aux opérations d'un dépositaire central peut être réalisé par inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé, telle une blockchain* »⁸²⁷.

Ce même régime et formalisme s'applique aux apports des VMDAC dont le titre primaire est une action (ABSA, ABSO...), et pour les BSA.

b) Apport en jouissance de numéraire

303. L'apport en numéraire est le principal mode de constitution et d'accroissement du patrimoine d'une société de capitaux. En classant l'apport d'une somme d'argent dans la catégorie des apports en numéraire, certains auteurs en déduisent que l'apport en nature concerne tous les biens sauf l'argent⁸²⁸.

Naturellement, l'apport en société de numéraire est généralement effectué en propriété. Cependant, une somme d'argent peut également être apportée uniquement en jouissance. Dans ce cas, cet apport ne constitue pas un apport en numéraire, mais relève de la catégorie d'apport en nature et sera soumis au régime de cette catégorie⁸²⁹.

Ce type d'apport a suscité dans le passé des incertitudes tant au sein de la doctrine que des praticiens, en raison de la nuance qu'il crée, considérant qu'un tel apport pourrait dispenser l'apporteur de toute contribution aux pertes sociales⁸³⁰.

Selon Paulus de Châtelet, « *ce type d'apport, qui peut paraître pratique grâce à la garantie de remboursement qu'il procure, est cependant difficile à justifier juridiquement. La stipulation dans les statuts de la société qu'à sa dissolution un apport devra être remboursé, risque d'être interprétée comme une clause léonine puisque l'associé ou l'actionnaire participe dans le capital de la société, mais sans subir les éventuels risques de l'activité sociale* »⁸³¹. Cette analyse nous semble dévier de la portée de la définition de l'apport en jouissance.

En effet, la participation dans le capital social est limitée à la valeur du droit de jouissance et non à la totalité du numéraire apporté. Une jurisprudence ancienne a apporté plus de précisions

⁸²⁷ C. com. art. L. 228- 1 al.6, C. mon. fin. art. L 211-3, al. 3, L 211-7, al. 2 et L 211-15 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 2175.

⁸²⁸ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 164, p. 61.

⁸²⁹ C. Regnaut-Moutier, *op. cit.*, n° 149.

⁸³⁰ CA Amiens, 26 mai 1906, *DP* 1907, 2, p. 25, note E. Thaller ; *Journ. spéc. sociétés* 1908, p. 228, note C. Houpin.

⁸³¹ P. Paulus de Châtelet, fiches pratiques, http://www.droitbelge.be/fiches_detail.asp?idcat=32&id=264; consulté le 24 mars 2023.

sur l'apport en jouissance de numéraire et a tranché en faveur de sa validité, dans la mesure où il confère à l'apporteur une véritable créance en restitution de son apport. La Cour de cassation estime que « *l'apporteur n'en participe pas moins aux pertes, car il s'expose à perdre la jouissance du capital mis en société, sans en retirer aucun avantage* »⁸³². Il apparaît donc logique que si la société ne réalise pas de bénéfices, l'apporteur en jouissance de numéraire ne perçoive pas de revenu. Les droits sociaux remis à l'apporteur en contrepartie de son apport sont alors soumis aux aléas sociaux.

304. L'apport en jouissance d'une chose de genre ou fongible ne peut être utile à la société bénéficiaire que si elle en devient effectivement propriétaire pendant la durée de la jouissance. Le droit de disposition est indispensable à leur usage⁸³³. Pour satisfaire à cette exigence, l'article 1843-3 du Code civil précise que le contrat d'apport « *transfère à la société la propriété des biens, à charge pour elle d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur* ». Ce n'est que par le caractère temporaire du transfert de propriété, assorti d'une obligation de restitution à la société d'une valeur équivalente, que l'apport en jouissance conserve sa caractéristique essentielle.

305. Distorsion en droit comptable - À la différence de l'apport en numéraire, l'apport en jouissance de numéraire est un apport en nature et doit être intégralement libéré à la souscription.

Dans la mesure où la société bénéficiaire n'a que la jouissance du numéraire apporté, celui-ci ne doit pas figurer à sa valeur nominale dans le capital social. L'évaluation de la valeur du droit de jouissance apporté s'impose. Dès lors, dans les sociétés de capitaux, l'apport en jouissance d'une somme d'argent devra suivre le régime des apports en nature et sera soumis aux procédures de cette catégorie d'apport⁸³⁴.

Le droit comptable impose à toute personne morale d'enregistrer, dans ses comptes sociaux, les droits ou obligations à sa charge et tout flux de trésorerie transitant par son compte bancaire. Bien que la propriété du numéraire apporté en jouissance soit temporaire, la société bénéficiaire de cet apport est tenue de l'enregistrer à sa valeur nominale, au compte de trésorerie actif « 511 banque ».

⁸³² Cass. req., 1er févr. 1921, S. 1922. 1. 166.

⁸³³ R. Besnard Goudet, *op. cit.* §71.

⁸³⁴ R. Hautcœur, *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés, apports en jouissance, apport en travail*, thèse Lille, 1928, p. 60 s.

Cependant, la valeur des droits sociaux attribués à l'apporteur de la jouissance du numéraire, enregistrée au compte capital social, est naturellement d'une moindre valeur par rapport au montant apporté en jouissance.

Une question épineuse intrigue tant les juristes que les financiers dans leurs domaines respectifs. Pour les juristes, se pose la question de la qualification juridique de l'écart entre le montant du numéraire apporté et la valeur des droits sociaux attribués à l'apporteur par la société bénéficiaire de l'apport. Quant aux financiers, la question qui demeure sans réponse concerne l'enregistrement comptable de toutes les composantes de cette opération complexe.

À l'heure actuelle, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont apporté une réponse claire à ces interrogations. À notre sens, la qualification comptable découle de la qualification juridique.

L'opération d'apport en jouissance de numéraire passe nécessairement par deux phases qui succèdent.

La première consiste à enregistrer l'apport et sa rémunération dans les comptes sociaux. En principe, la valeur d'un bien apporté trouve sa contrepartie dans les capitaux propres de la société bénéficiaire. Tel n'est pas le cas pour l'apport en jouissance d'une chose fongible ou du genre. La valeur du droit de jouissance de numéraire constitue, nécessairement, un droit incorporel à enregistrer à l'actif de la société bénéficiaire. Pour rémunérer l'apporteur, cette dernière émet des droits sociaux d'une valeur équivalente à enregistrer au capital social, éventuellement accompagnés d'une prime d'apport.

Afin de garantir une image fidèle aux comptes annuels de la société bénéficiaire de la jouissance du numéraire, le droit incorporel apporté doit être amorti sur la durée de cette jouissance⁸³⁵.

Partant de la définition de l'article 1843-3 du Code civil qui précise que le contrat d'apport « *transfère à la société la propriété des biens, à charge pour elle d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur* »⁸³⁶. Les droits et obligations juridiques issues de cette définition doivent être enregistrés, dans une deuxième étape, dans les comptes sociaux de la société bénéficiaire.

Le numéraire apporté en jouissance est naturellement enregistré à l'actif du bilan au compte banque (511). L'obligation de sa restitution au terme prévu par le contrat d'apport ou à défaut

⁸³⁵ IAS 38.

⁸³⁶ C. civ. art. 1843-3.

à la dissolution de la société est considérée comme une dette à long terme sur la société. Celle-ci doit être enregistrée au passif du bilan (compte n° 168).

II- Apport en société d'un fonds de commerce, un apport à titre universel

306. En raison de sa nature complexe, l'apport du fonds de commerce est soumis à une réglementation spéciale (1), d'autant plus que ce mode de transmission présente des enjeux de taille quant à sa composition et sa transmission (2).

1) Assujettissement du fonds de commerce à une réglementation spéciale

307. De par sa qualification par le droit comptable en tant qu'actif incorporel, alors qu'il est composé d'éléments corporels et incorporels, l'apport en société d'un fonds de commerce suppose l'application des règles spécifiques, tantôt malléables, tantôt rigides pour cerner son contour juridique. C'est dans ce sens que seront examinées la notion d'apport en société d'un fonds de commerce (a), puis l'étendue de sa consistance (b).

a) Notion d'apport en société d'un fonds de commerce

308. Nonobstant l'ancienneté de la notion du fonds de commerce traditionnel, et son omniprésence dans la vie économique, il ne reçoit aucune définition légale⁸³⁷. Après de longues divergences doctrinales, tant sur sa qualification juridique que sur ses éléments constitutifs, une jurisprudence ancienne, affirmée depuis lors, opine pour la qualification d'universalité de fait⁸³⁸. Cette définition a le mérite de s'attacher sur l'unicité du fonds et des éléments qui le composent⁸³⁹.

D'autres définitions sont dégagées par la doctrine. Un auteur considère que « *le fonds de commerce est l'ensemble des moyens utilisés pour attirer et fidéliser la clientèle* »⁸⁴⁰. Un autre auteur le définit comme un ensemble de biens affectés à l'exploitation d'une entreprise

⁸³⁷ Th. Verbiest et M. Le Borne, « le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? » Extrait du Journal des tribunaux n° 6044 du 23 févr. 2002 et reproduit avec l'aimable autorisation des éd. Larcier.

⁸³⁸ Cass. com., 12 nov. 1992 et 26 oct. 1993, *RTD com.* 1993, 285 obs. J. Derruppé. Cass. civ., 17 juin 1918, *D.* 1922, 1, 128, *S.* 1922, 1, 313, note P. Rousseau ; Cass. civ., 31 oct. 1906, *D.* 1906, 1, 528 ; *S.* 1907, 1, 24 ; Cass., Req., 13 mars 1888, *D.* 1888, 1, 351.

⁸³⁹ M.-B. Salgado, « Biens de l'exploitation – Éléments corporels », *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc. 1050, 2024 §1 et s.

⁸⁴⁰ F. Dekeuwer-Defossez, *Droit commercial*, LGDJ, « Précis Domat », 3e éd., 1993, p. 268. Selon l'auteur, la clientèle devient ainsi « une possibilité de contrats futurs et renouvelés ».

commerciale⁸⁴¹, permettant d'attirer la clientèle⁸⁴². Il ressort de ces trois définitions que le fonds de commerce est un ensemble de faits dont l'élément déterminant est la clientèle.

La nature singulière de ce bien meuble incorporel soulève d'importantes difficultés pour déterminer le régime juridique de certaines opérations dont il pourrait faire l'objet.

Le fonds de commerce est régi par un ensemble épars de textes, ce qui n'est pas sans influence sur son apport en société. En effet, le fonds obéit aux dispositions législatives combinées du droit des sociétés pour les apports en nature et aux règles spéciales édictées par les articles L. 141-1 à L. 143-23 du Code de commerce.

309. L'apport en société peut porter sur l'universalité du fonds de commerce ou sur l'une de ses composantes seulement. Néanmoins, sauf en cas de fraude, les mesures de protection légales dont bénéficient les créanciers du fonds de commerce ne peuvent être mises en œuvre si l'apport ne porte que sur un ou plusieurs de ses éléments⁸⁴³. Selon un auteur, l'apport en société d'éléments isolés d'un fonds de commerce, qualifiés d'importants ou prépondérants, tout en conservant certains éléments du fonds dépourvus de valeur, pourrait être entaché de fraude. Par conséquent, l'opération sera susceptible d'être requalifiée en tant qu'apport de fonds de commerce dans son intégralité⁸⁴⁴. Dans ce cas, la solidarité de l'apporteur et de la société bénéficiaire de l'apport, prévue à l'article L. 141-22 du Code de commerce, s'applique.

L'apport en société d'un fonds de commerce peut, comme tout apport en nature, être réalisé en propriété, en usufruit ou en jouissance. L'apporteur est donc exclusivement rémunéré par des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport du fonds. La distinction entre apport en propriété et apport en jouissance présente un intérêt particulier pour la protection des créanciers de l'apporteur⁸⁴⁵.

310. Le droit fiscal apporte des distinctions très spécifiques à l'apport en société d'un fonds de commerce⁸⁴⁶. Celles-ci trouvent leur fondement sur le mode de rémunération attribuée à l'apporteur du fonds.

⁸⁴¹ J.-B. Blaise, R. Desgorges, *Droit des affaires*, LGDJ, « Manuels », 12^e éd., 2023, n° 458.

⁸⁴² D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 31^e éd. Dalloz, coll. « Université », 2025, n° 218. P. 99.

⁸⁴³ CA Rouen, 2^e ch., 13 janv. 1983, *JurisData* n° 1983-041186.

⁸⁴⁴ J. Monnet, *op. cit.*, § 406 ; CA, Amiens, 13 mai 1976, *D.* 1976. Somm. 68.

⁸⁴⁵ Lamy droit commercial, 2023, n° 735.

⁸⁴⁶ CAA, Lyon, 2^e ch., 1^{er} oct. 2019, n° 18LY03001.

En effet, la législation fiscale qualifie d'apport pur et simple l'apport d'un fonds de commerce exclusivement rémunéré par des droits sociaux soumis aux aléas sociaux⁸⁴⁷. En revanche, l'apport rémunéré en numéraire ou par la prise en charge par la société du passif grevant le fonds, sans tenir compte des aléas de l'entreprise, est qualifié fiscalement d'apport à titre onéreux. Dans ce cas, la convention qui intervient entre l'apporteur et la société ne peut être qualifiée de contrat d'apport en nature. Les rapports juridiques entre l'apporteur et la société bénéficiaire de l'apport seront alors ceux régissant la vente⁸⁴⁸.

L'apport d'un fonds de commerce peut également être rémunéré en partie par des droits sociaux de la société qui en est bénéficiaire et en partie en numéraire. Cet apport s'analyse fiscalement comme un apport mixte⁸⁴⁹. Il s'agit d'une opération composite qui présente les caractéristiques des deux apports précédents. Ainsi, l'opération pourra être assimilée à une vente, puisque la société s'engage à verser à l'apporteur une rémunération fixe⁸⁵⁰. Toutefois, elle constituera également un véritable contrat d'apport dans la mesure où l'apporteur reçoit des droits sociaux pour la partie apportée en nature⁸⁵¹.

En cas d'apport à une société immatriculée, l'effet translatif de propriété du fonds de commerce prend effet dès l'échange des consentements entre la société et l'apporteur⁸⁵². En revanche, pour une société en cours de formation, le transfert de propriété du fonds apporté ne peut avoir lieu qu'après son immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Cela soulève la question du sort de l'exploitation du fonds pendant la période intercalaire s'étalant entre l'échange de consentement des parties et l'immatriculation de la société bénéficiaire de l'apport.

À notre sens, au cours de cette période, l'apporteur, devenu associé de la société bénéficiaire de l'apport, doit continuer à exploiter le fonds sous sa responsabilité pour le compte de la société. Celle-ci doit reprendre les engagements de l'apporteur du fonds de commerce conclus au cours de la période intercalaire, après avoir été régulièrement immatriculée⁸⁵³. Elle reprend

⁸⁴⁷ BOI-ENR-AVS-10-20, 6 avr. 2016.

⁸⁴⁸ CA Papeete, ch. civ., 14 avr. 2011, n° 244, 47/CIV/10, *JurisData* n° 2011-017919.

⁸⁴⁹ Cass. 3e civ., 10 sept. 2013, n° 12-13.592, F-D, *JurisData*, n° 2013-019108.

⁸⁵⁰ La partie fixe pourrait être du numéraire, des obligations, ou encore un engagement à payer le passif grevant le fonds apporté.

⁸⁵¹ CA Paris, 24 oct. 1934, *DP* 1936, II, p. 59.

⁸⁵² C. civ. art. 1138.

⁸⁵³ C. Com art. L. 210-6.

également, dans ses comptes annuels, toutes les opérations d'exploitation et d'investissement. Le résultat réalisé au cours de la période intercalaire, qu'il soit positif ou négatif, est transféré concomitamment avec le fonds de commerce à l'actif de la société bénéficiaire de l'apport.

Pour mieux cerner les contours de l'apport en société d'un fonds de commerce, il convient de cerner sa consistance.

b) Apport du fonds de commerce, une consistance bien encadrée.

311. L'apport en société d'un fonds de commerce doit être distingué d'autres notions voisines et notamment l'apport de droits sociaux d'une personne morale conférant le contrôle à la société bénéficiaire, l'apport partiel d'actif et l'apport d'une succursale.

312. Selon Lefevre, la société est une personne morale qui n'est « *qu'un moyen d'organisation patrimoniale alors que le fonds de commerce est un bien organisé* »⁸⁵⁴. Depuis une période considérable, une confusion s'est instaurée quant à l'assimilation de la cession de la totalité des parts sociales d'une société de capitaux à la cession d'un fonds de commerce.

313. Admettre que la cession, par un ou plusieurs associés, de la majorité ou de la totalité des titres de capital d'une société commerciale est assimilée à la cession du fonds de commerce qu'elle exploite, reviendrait à confondre les droits sociaux du ou des cédants avec l'actif social de la société. En effet, la société n'est qu'un contenant, tandis que le fonds de commerce est un contenu⁸⁵⁵. La jurisprudence constante affirme, en effet, que la cession de la totalité ou de la majorité du capital social d'une société ne peut être assimilée à la cession du fonds de commerce constituant l'actif de la société⁸⁵⁶. La cession de parts sociales ou d'actions, et par assimilation l'apport en société, ne relève donc pas du régime d'une cession de fonds de commerce⁸⁵⁷.

314. À la différence du fonds de commerce, l'apport partiel d'actif doit nécessairement porter sur une universalité des biens composant une activité exercée par la société apporteuse. Cela inclut tous les éléments de l'actif, meuble et immeuble, ainsi que les contrats nécessaires pour son exploitation⁸⁵⁸, en plus du passif rattaché à la branche d'activité. En revanche, l'apport d'un

⁸⁵⁴ F. Lefebvre, « Fonds de commerce, ventes et location-gérance », *dossier pratique*, 6^{ème} éd., 2020, n° 25.

⁸⁵⁵ D. Legeais, « Fonds de commerce, Généralités », *J.-Cl. com.*, fasc. 201, 2021, § 4.

⁸⁵⁶ Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17.861; Cass. com., 12 déc. 2006, n° 04-19.083, *JurisData* n° 2006-036560; Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-15.784, *JurisData* n° 1990-701724; *Bull. civ.* IV, n° 161; Cass. com., 22 janv. 1991, n° 89-12.398, *JurisData* n° 1991-000218; *Bull. civ.* IV, n° 33; *RJDA* 5/91, n° 408.

⁸⁵⁷ CE, 23 juill. 2010, n° 317025, *JCP E* 2010, 1956, note O. Debat.

⁸⁵⁸ Dir. Eur. art. 2, j, n° 2009/133/CE, du 19 oct. 2009, art.2, j, ce texte définit la branche d'activité comme « *l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de*

fonds de commerce, en tant qu'universalité de fait, se limite à la clientèle, à certains éléments d'actifs, et au contrat de bail commercial.

Il existe néanmoins quelques similitudes entre les deux notions. Le Professeur Reygrobellel estime que *«dans les deux cas en effet, il est requis que l'universalité de fait que constitue l'agrégat de biens transmis soit en mesure de concourir à la réalisation d'une activité déterminée, en sorte que l'approche est plus économique que véritablement juridique»*⁸⁵⁹.

L'apport en propriété d'un fonds de commerce est considéré comme une aliénation à titre onéreux et doit donc être regardé comme un acte de disposition⁸⁶⁰. Par conséquent, à l'instar de la cession, l'apporteur doit avoir la capacité de s'obliger et d'aliéner⁸⁶¹.

315. L'apport d'une succursale peut être assimilé à l'apport d'un fonds de commerce si la succursale détient une clientèle propre. À ce titre, et en application de l'article L. 141-18 du Code de commerce sur renvoi de l'article L. 141-21, alinéa 1^{er}, cet apport doit être soumis aux règles légales applicables pour l'apport en société d'un fonds de commerce.

316. Lors d'une opération d'apport en société, les éléments du fonds apporté sont régis par des principes analogues à ceux de la vente⁸⁶². En effet, le fonds de commerce est un ensemble de biens mobiliers corporels et incorporels affecté par un commerçant, personne physique ou morale, à l'exercice d'une activité commerciale⁸⁶³.

Parmi les immobilisations incorporelles constitutives du fonds, figurent notamment l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, les droits de propriété industrielle, les licences⁸⁶⁴ et autorisations administratives. Ces biens peuvent être acquis ou créés par le propriétaire du fonds.

l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens».

⁸⁵⁹ A. Reygrobellel, *Fonds de commerce*, Dalloz Action, Dalloz, 2012-2013, n° 06.101.

⁸⁶⁰ Déc. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, annexe I, JO 31 déc. 2008.

⁸⁶¹ M.-B. Salgado, « Vente du fonds de commerce », *J.-Cl. Entr. Ind.*, Synth. n° 90, 2 juin 2024, § 33 et s.

⁸⁶² M.-A. Coudert, *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc. 4505, 2023, n° 567.

⁸⁶³ Le Lamy droit commercial – Expert, 2024, n°2.

⁸⁶⁴ M.-B. Salgado, « Synthèse - Fonds de commerce », *J.-Cl. Entr. Ind.*, 10 Nov. 2022, II. - Composition du fonds de commerce

Quant aux éléments corporels, à l'exclusion des immeubles, ils comprennent le matériel, le mobilier, l'outillage et les marchandises⁸⁶⁵.

La transmission de certains éléments du fonds est nécessaire pour la validité de l'apport. En revanche, d'autres sont optionnels et peuvent faire l'objet d'une convention écrite entre les parties.

317. Éléments du fonds dont l'apport est obligatoire - En principe, la qualification juridique de l'apport en société d'un fonds de commerce en tant que tel est subordonnée à l'apport de la clientèle ainsi que tout élément qui la conditionne⁸⁶⁶, notamment le droit au bail si la situation du local est déterminante pour conserver cette clientèle. Le droit commercial et la jurisprudence tissent, en effet, un lien étroit entre le fonds de commerce et la clientèle qui devrait être considérée comme « réelle et certaine »⁸⁶⁷.

La jurisprudence dominante statue en faveur de l'absence d'apport de fonds de commerce, lorsque les supports déterminants pour le rattachement de la clientèle sont exclus de l'apport⁸⁶⁸. À titre d'exemple, il a déjà été jugé qu'il n'y avait pas apport en société lorsque les marques de l'entreprise, constituant le support nécessaire de rattachement de la clientèle, n'étaient pas incluses dans l'apport, ou lorsque le cessionnaire n'avait acquis ni le matériel, ni les marchandises, ni le nom commercial, et s'adressait à une clientèle différente⁸⁶⁹.

Cependant, la jurisprudence admet la validité de l'apport de fonds de commerce même si la clientèle n'est pas explicitement incluse dans l'acte d'apport, lorsque les conditions de réalisation effective de l'opération permettent d'induire le transfert de cette clientèle à la société⁸⁷⁰.

Pour éviter toute incertitude, l'acte d'apport doit indiquer précisément les éléments composant le fonds qui sont apportés à la société.

318. Certaines dispositions légales entraînent la transmission de plein droit à la société bénéficiaire de l'apport, même s'ils sont omis par l'acte d'apport, des contrats conclus par

⁸⁶⁵ M.-B. Salgado, « Fonds de commerce – Composition-Éléments corporels », *J.-Cl. Not. Form. LexisNexis*, fasc.32, 3 juill. 2024 § 1 et s.

⁸⁶⁶ Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 341.

⁸⁶⁷ Cass. 3e civ., 18 mai 1978, n° 76-13.943, *Bull. civ. III*, n° 205.

⁸⁶⁸ J. Derruppé et Th. de Ravel D'esclapon, « Fonds de commerce », *Rép. com.*, oct. 2016 n° 313.

⁸⁶⁹ CA Paris, 9 juin 1987, *D.* 1987. IR 163, *RTD com.* 1987. 495, obs. J. Derruppé.

⁸⁷⁰ Cass. com., 3 nov. 1970, n° 68-14.091, *Bull. Joly soc.*, 1971, p. 646.

l'apporteur du fonds et qui sont déterminants pour son exploitation. Il s'agit du contrat de bail commercial, des contrats de travail⁸⁷¹, des contrats d'assurance relatifs au fonds⁸⁷² et des contrats d'édition⁸⁷³. De surcroît, la jurisprudence admet la transmission de plein droit, à la société bénéficiaire de l'apport, de la clause de non-concurrence lorsque celle-ci bénéficiait auparavant à l'apporteur⁸⁷⁴.

319. Contrat de bail commercial, un élément essentiel du fonds de commerce- En vue d'assurer la pérennité de l'entreprise commerciale et la continuité de son exploitation, le législateur prévoit une dérogation aux interdictions stipulées dans le contrat de bail lorsque le droit au bail est incorporé à un fonds de commerce apporté. Dans ce cas, aucune clause du contrat de bail ne peut valablement interdire la cession⁸⁷⁵ et, par assimilation, l'apport en société.

Cependant, certaines clauses restrictives d'apport en société d'un bail commercial peuvent être stipulées dans le contrat de bail commercial. La stricte interprétation de l'article L. 145-16 du Code de commerce conduit la jurisprudence à admettre celles ayant pour objet de subordonner la cession du bail commercial incorporé au fonds de commerce à des conditions particulières⁸⁷⁶. Ces clauses ne peuvent, toutefois, empêcher la cession ou l'apport en société.

Est jugée licite la clause qui impose l'autorisation du bailleur, même dans le cas d'une cession concomitante du bail commercial et du fonds de commerce⁸⁷⁷. La Haute juridiction estime que les clauses qui visent à permettre au bailleur de vérifier certains critères subjectifs du nouveau locataire, et particulièrement son honorabilité, sa solvabilité ou ses compétences, sont autorisées⁸⁷⁸.

⁸⁷¹ C. trav., art. L. 1224- 1.

⁸⁷² C. assur., art. L. 121- 10.

⁸⁷³ C. propr. intell., art. L. 132- 16.

⁸⁷⁴ Cass. com., 30 mai 1962, *Bull. civ.* III, n° 290, arrêt concernant la cession, mais transposable à l'apport en nature.

⁸⁷⁵ C. Com art. L 145-16, al. 1, transposable, à notre avis, à l'opération d'apport en nature.

⁸⁷⁶ Ch. Quément, *op. cit.*, n° 41 ; Cass. 3e civ., 2 oct. 2002, n° 01-02.035, *JurisData* n° 2002-015672 ; *Gaz. Pal.* 2003, 1, *jurispr.* p. 450, note Ph.-H. Brault ; *AJDI* 2003, p. 30, note M.-P. Dumont ; *RJDA* 2002, p. 1056 ; CA Paris, 16e ch. A, 3 mars 2004, n° 2002/02686, *JurisData* n° 2004-241181 ; CA Riom, ch. com., 29 sept. 2004, n° 03/00977, *JurisData* n° 2004-252743.

⁸⁷⁷ Cass. com., 16 févr. 1959, *JCP G* 1959, IV, 29 ; *Bull. civ.* III, n° 81 ; Cass. com., 28 févr. 1956, *Rev. loyers* 1956, 241 ; Cass. com., 14 janv. 1958, *JCP* 1958, II, 10 466.

⁸⁷⁸ Cass. 3e civ., 14 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. p. 291 ; *JCP G* 1982, IV, 217.

Est également admise, par une jurisprudence constante, la clause subordonnant la cession au consentement exprès et écrit du bailleur pour un cessionnaire qui exerce la même activité commerciale⁸⁷⁹, ou celle imposant au locataire d'obtenir, avant la cession de son fonds de commerce, l'accord préalable et écrit du bailleur.

En outre, lorsque les dispositions contractuelles du bail commercial subordonnent la cession à la rédaction d'un acte authentique auquel le bailleur doit participer, le concours de ce dernier à l'acte d'apport constitue une condition de validité de l'apport. La jurisprudence n'admet pas la possibilité de ratification de l'apport par un acte distinct ou par un avenant ultérieur⁸⁸⁰.

La clause qui prévoit un droit de préemption lors de la cession d'un bail incorporé au fonds de commerce est également licite. Ainsi, il a été jugé que la clause d'un contrat de bail commercial prévoyant un tel droit au profit du bailleur, en cas de vente ou d'apport en société d'un fonds de commerce, est parfaitement licite⁸⁸¹.

Cependant, en présence d'une clause d'agrément dans le contrat de bail, le bailleur ne peut pas le refuser de manière discrétionnaire, ce qui pourrait avoir les effets d'une clause illicite⁸⁸². Le locataire peut alors obtenir une autorisation de cession ou d'apport par décision de justice⁸⁸³.

Cependant, la jurisprudence rejette les clauses dites sélectives qui instaurent l'interdiction absolue de cession ou d'apport⁸⁸⁴. Ces clauses sont réputées non écrites⁸⁸⁵. Il s'agit, à titre d'exemple, des clauses interdisant la cession ou l'apport du bail commercial à une personne morale⁸⁸⁶ ou encore imposant au locataire une exploitation personnelle durant les trois dernières années du bail⁸⁸⁷.

⁸⁷⁹ CA Montpellier, 1^{re} ch. D, 13 mai 2009, n° 08/07579, *JurisData* n° 2009-008595.

⁸⁸⁰ Cass. 3^e civ. 1 avr. 1998, *RJDA* 6/98 n° 690 ; Cass. com., 18 mars 1963, *Bull. civ.* III n° 156 ; CA Poitiers, ch. civ. 2, 17 juin 2008, *JurisData* n° 2008-373866.

⁸⁸¹ CA Paris, pôle 5, ch. 3, 13 févr. 2019, n° 17/08042, *JurisData* n° 2019-002009.

⁸⁸² Ch. Quément, « Bail commercial – Cession », *J.-Cl. Bail à Loyer*, LexisNexis, fasc. 1450, 2021, § 42.

⁸⁸³ Cass. civ. 19 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1974 I som. p. 132 ; CA Versailles 20 févr. 1992, *RJDA* 6/92 n° 563.

⁸⁸⁴ Pourvu que la clause restrictive stipule explicitement le cas d'apport en société. A défaut, la restriction est inopérante.

⁸⁸⁵ C.com art. L145-16 al. 1^{er}.

⁸⁸⁶ Cass. 3^e civ., 23 juill. 1986, *Bull. civ.* III, n° 31 ; RD imm. 1987, p. 291, obs. J. Derruppé ; Cass. 3^e civ., 10 avr. 1973, *Rev. loyers* 1974, p. 406 ; Cass. 3^e civ., 29 févr. 1972, *Gaz. Pal.* 1972 I p. 460 ; *Bull. civ.* III, n° 135 ; *JCP* 1972, II, 17192 ; *Rev. loyers* 1972, p. 279 ; *RTD com.* 1972, p. 594, obs. M. Pédamon.

⁸⁸⁷ Ch. Quément, *op. cit.*, § 39.

En effet, les dispositions de l'article L. 145-16, alinéa 1, du Code de commerce proscrivent au bailleur d'interdire le locataire d'apporter le bail avec son fonds de commerce. Ces dispositions excluent l'application de l'article 1216 du Code civil qui impose l'accord du cocontractant « apporté ».

Si le contrat de bail est apporté concomitamment au fonds de commerce à la société bénéficiaire, cette dernière pourra, lorsqu'elle demandera le renouvellement du bail, combiner sa propre durée d'exploitation avec celle de l'apporteur⁸⁸⁸. Cela lui permettra de justifier que le fonds de commerce a été effectivement exploité pendant les trois années précédant l'expiration du bail⁸⁸⁹. Ainsi, la durée du bail restant à courir à la date d'apport est sans importance particulière.

320. Certains contrats et éléments de l'actif ou du passif circulant, notamment les créances et dettes, sont exclus des éléments constitutifs du fonds de commerce. Cependant, l'apport conjoint de ces éléments avec le fonds de commerce n'est pas proscrié. Une mention expresse les concernant est donc indispensable pour qu'ils soient apportés avec le fonds⁸⁹⁰.

En principe, l'apport en société d'un fonds de commerce n'emporte pas le transfert des contrats d'exploitation préalablement conclus entre l'apporteur et ses fournisseurs⁸⁹¹. En raison du principe de l'effet relatif des contrats, la transmission de leurs pleins effets dépend de l'acceptation tant par la société bénéficiaire de l'apport, que par le tiers cocontractant⁸⁹². Dans ce cas, les règles générales applicables à la cession de contrat⁸⁹³ doivent être mises en œuvre, sous réserve de l'application des règles particulières applicables à certains contrats⁸⁹⁴.

Par ailleurs, les actions en justice de l'apporteur relatives à la clientèle transmise ne sont pas transférées de plein droit. Une mention expresse doit ainsi figurer dans l'acte d'apport⁸⁹⁵.

⁸⁸⁸ Ch. Quément, *op. cit.* § 120.

⁸⁸⁹ Cass. 3e civ. 14 juin 2006, n° 05-12.708.

⁸⁹⁰ Cass. com., 4 mars 2008 n° 07-11.642, *RJDA* 6/2008 n° 632.

⁸⁹¹ CA Paris, 14 juin 1993, *Juris-Data* n° 1993-022531.

⁸⁹² C. civ. art. 1216 à 1216-3 ; Cass. com., 3 juin 1998, *RJDA* 11/1998 n° 1178 ; R. Mortier, *op. cit.* § 36 ; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, *Juris-Data* n° 1995-001799 ; *BRDA* 1995, n° 17, p. 3 ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 205, obs. Th. Bonneau ; *RJDA* 1995, n° 1367, p. 1050.

⁸⁹³ C. civ. art. 1216 et s. issus de l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

⁸⁹⁴ Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 347.

⁸⁹⁵ Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-21.862, *JurisData* n° 2008-044250 ; *RJDA* 12/2008, n° 1250.

2) Les enjeux de l'apport en société d'un fonds de commerce

321. L'apport d'un fonds de commerce fait l'objet d'un encadrement strict, ce qui implique d'examiner la légitimité de l'apport d'un droit sur un fonds de commerce (a), ainsi que l'implication de cet apport sur les droits des créanciers (b).

a) Fonds de commerce grevé d'un droit, de la légitimation de l'apport

322. L'apport en société d'un fonds de commerce peut être réalisé sous différentes formes, chacune ayant des conséquences et des particularités qu'il convient d'examiner. En dehors de l'apport en pleine propriété, qui est relativement simple dans sa mise en œuvre, sauf lorsqu'il est donnée en location gérance, l'apport en usufruit, en nue-propriété, ou en jouissance soulèvent des questions complexes qui touchent à la gestion des droits de l'apporteur et de la société bénéficiaire.

323. La location-gérance est un contrat qui permet au propriétaire d'un fonds de commerce de le mettre en location, totalement ou partiellement, au profit d'un locataire-gérant qui l'exploite à ses risques et périls⁸⁹⁶. Il s'agit d'une location d'un bien meuble incorporel. Ce mode d'exploitation du fonds de commerce est régi par les dispositions des articles L. 144-1 à L. 144-13 du Code de commerce⁸⁹⁷.

Depuis le 21 juillet 2019, les délais légaux d'activité commerciale et d'exploitation du fonds de commerce pour sa mise en location-gérance ont été abrogés⁸⁹⁸. Ainsi, l'apport en société d'un fonds de commerce déjà mis en location-gérance s'en trouve facilitée.

324. La relation contractuelle entre le propriétaire du fonds et le locataire-gérant n'est régie par aucune disposition spéciale. Celle-ci est encadrée, en principe, par les termes du contrat de gérance libre qui détermine les droits et obligations de chacune des parties. À défaut de telles stipulations, il convient de se référer, par analogie, au droit commun du bail⁸⁹⁹, à l'exclusion des articles 1722, 1731, 1732 et 1733 du Code civil non applicable au bail d'un bien meuble incorporel.

⁸⁹⁶ F. Lefebvre, *Fonds de commerce, ventes et location-gérance*, dossier thématique, 2020, n° 4500.

⁸⁹⁷ Mémento transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 20005.

⁸⁹⁸ La condition d'exploitation du fonds pendant 2 années a été supprimée par la loi n° 2019-744 du 19 juil.2019 (art. 2 portant abrogation C. com. art. L. 144-3 et L. 144-4).

⁸⁹⁹ C. civ. art. 1719 à 1735 ; F. Lefebvre, *Fonds de commerce, ventes et location-gérance* dossier pratique, 2020, n° 4750.

En l'absence de stipulations contractuelles restrictives, le propriétaire du fonds de commerce peut librement transmettre son fonds à un tiers, à titre gratuit ou onéreux, sans accord du locataire-gérant. En cas d'apport, la société bénéficiaire de l'apport se limite à reprendre les engagements contractés par l'apporteur à l'égard du locataire-gérant.

325. La transmission du fonds par le propriétaire peut être limitée en vertu du contrat de location-gérance en prévoyant, par exemple, une clause accordant au locataire-gérant soit un droit de préférence, soit la possibilité d'intervention à l'acte de vente ou d'apport, soit enfin l'interdiction de cession pendant la durée du contrat⁹⁰⁰.

Cependant, la jurisprudence considère que la préférence prévue par le pacte pour le cas de vente est inapplicable à un apport en société, sauf si l'opération est entachée de fraude⁹⁰¹. La liberté d'apporter le fonds de commerce en société l'emporte sur l'exercice d'un droit de préemption ou d'un pacte de préférence devant s'exercer en cas de cession⁹⁰².

326. En cas d'apport d'un fonds de commerce grevé d'une location-gérance, le propriétaire du fonds apporteur ne peut se décharger, à l'égard du locataire-gérant, des conséquences dommageables de l'inexécution de ses obligations par une clause insérée dans l'acte d'apport subrogeant la société bénéficiaire de l'apport dans les droits et obligations de l'apporteur-bailleur. En effet, le principe de transfert du contrat de location-gérance n'implique pas que toutes les obligations de l'apporteur du fonds de commerce soient transférées à la société bénéficiaire. Le locataire-gérant pourrait ainsi rechercher la responsabilité de son bailleur initial, mais également des bailleurs successifs qui peuvent être condamnés *in solidum*⁹⁰³.

La société bénéficiaire de l'apport d'un fonds de commerce donné en location-gérance est tenue, après la réalisation de l'apport, d'exécuter envers le locataire-gérant les obligations de l'ancien propriétaire du fonds, quand bien même antérieurement à l'apport, ce dernier avait été condamné à les exécuter⁹⁰⁴. En effet, le locataire-gérant peut passer outre la volonté des parties à l'acte d'apport à raison de l'effet relatif des contrats⁹⁰⁵. Ainsi, l'acte d'apport n'est pas opposable au locataire-gérant.

⁹⁰⁰ F. Lefebvre, *op. cit.*, n° 4775.

⁹⁰¹ CA Poitiers, 7 déc. 1965, *RTD com.* 1966. 908, n° 6, obs. A. Jauffret.

⁹⁰² J. Monnet, *op. cit.*, n° 15.

⁹⁰³ Cass. 3e civ., 14 nov. 2007, n° 06-18.430 ; CA, Montpellier, 24 Nov. 2020, n° 18/00085.

⁹⁰⁴ Cass. 3e civ., 21 févr. 2019, n° 18-11.553 à propos de cession d'immeuble, mais transposable à la location-gérance.

⁹⁰⁵ C. civ. art. 1743.

327. Apport de l'usufruit d'un fonds de commerce - L'usufruit peut être constitué sur tous biens meubles ou immeubles, y compris les biens incorporels⁹⁰⁶. Un fonds de commerce peut donc parfaitement être grevé d'un usufruit⁹⁰⁷.

L'usufruitier ne dispose que d'un pouvoir d'administration sur le fonds de commerce démembré. Il a non seulement le droit d'exploiter le fonds, mais il en a également l'obligation⁹⁰⁸. L'usufruitier ne peut, en effet, ni vendre la pleine propriété du fonds de commerce, ni le donner en nantissement, ni l'apporter à une société. Cependant, il peut, sans le concours du nu-propiétaire, le donner en location-gérance⁹⁰⁹, nantir ou vendre son droit d'usufruit. En outre, il peut parfaitement apporter en société le droit réel qu'il détient sur le fonds de commerce d'autrui sans le concours du nu-propiétaire.⁹¹⁰ Dans ce cas, ses droits et obligations sont transférés à la société bénéficiaire de l'apport.

L'apport du droit d'usufruit sur un fonds de commerce doit être constaté par écrit et notifié au nu-propiétaire.

328. Apport de la nue-propiété d'un fonds de commerce - Le nu-propiétaire peut apporter en société le droit réel qu'il détient sur le fonds de commerce. Cet apport n'a aucun effet sur le droit de l'usufruitier qui continue de jouir de son droit, sauf s'il y renonce formellement⁹¹¹. Le nu-propiétaire doit alors respecter les formalités de publicité prévues en cas de vente de fonds de commerce⁹¹². Cependant, la société bénéficiaire de l'apport de la nue-propiété d'un fonds de commerce ne peut se prévaloir de ses avantages économiques qui sont la propriété exclusive de l'usufruitier.

À notre sens, si le terme de l'usufruit est très éloigné de la date d'apport de la nue-propiété, cet apport pourrait être qualifié de fictif.

⁹⁰⁶ J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. II., Garney / Laporte, 2e éd., 1807, p. 58; C. civ. art. 581.

⁹⁰⁷ A. L. Delalande, *L'usufruit des fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922 ; J.-P. Chazal, *op. cit.*, p. 167.

⁹⁰⁸ C. civ. art. 578.

⁹⁰⁹ C. civ. art. 595 ; Cass. Civ. 1re, 25 nov. 1986, n° 85-10.548, *Bull. civ. I*, n° 282 ; *RTD com.* 1987. 194, n° 5, obs. J. Derruppé.

⁹¹⁰ C. civ. art. 595, al. 1^{er} ; A. Reygrobelle et Ch. Denizot, « Sort du fonds de commerce dans le partage successoral », *Dalloz action Fonds de commerce*, 2012, 47,61 § 2.

⁹¹¹ C. civ. art. 621, al. 2.

⁹¹² C. com. art. L. 141-12 et art. 141-13.

329. Apport en jouissance d'un fonds de commerce - À la différence de l'apport en propriété, l'apport en jouissance d'un fonds de commerce consiste en sa mise à disposition au profit de la société bénéficiaire pendant un temps fixé par le contrat d'apport sans en transférer la propriété. À l'arrivée du terme de la jouissance, l'apporteur récupère la jouissance de son fonds de commerce. En cas de dissolution anticipée de la société, le fonds de commerce apporté en jouissance, n'étant pas compris dans le partage, échappe à l'action éventuelle des créanciers sociaux.

En outre, lorsque l'apport en jouissance est prévu pour la durée de la société, la décision de prorogation de celle-ci augmente les engagements des associés et ne peut être prise qu'à l'unanimité des associés, même si les statuts prévoient une décision à la majorité⁹¹³.

330. Les règles juridiques applicables à l'apport en jouissance d'un fonds de commerce n'ont pas fait l'unanimité de la doctrine. En effet, certains auteurs l'assimilent à une location-gérance, tandis que d'autres rejettent cette assimilation.

La jurisprudence, sans pour autant se prononcer clairement sur l'aspect juridique de la jouissance du fonds de commerce, a rejeté cette assimilation et a apporté une précision quant aux obligations réciproques des parties. Ainsi, par un arrêt de la chambre commerciale, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui, qualifiant l'apport en jouissance en une location de fonds de commerce, en avait déduit l'obligation de l'exploiter à la charge de la société bénéficiaire⁹¹⁴. Pour la Haute juridiction, l'apport en jouissance est un apport en société qui est exceptionnellement soumis au régime des baux.

À la différence du locataire-gérant, la société bénéficiaire de la jouissance du fonds n'a pas l'obligation de l'exploiter, et la restitution du fonds n'est due, à défaut d'un terme fixé par la convention d'apport, qu'à la dissolution de la société.

Par ailleurs, il est incontestable que l'apport en jouissance ne donne pas lieu à la perception de redevances, à l'instar de la location-gérance, mais à l'attribution, à l'apporteur, de droits sociaux soumis aux aléas sociaux. Celui-ci acquiert ainsi la qualité d'associé au sein de la société

⁹¹³ Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-19.283, *Rev. soc.*, 2018, p. 487, n° 9, note M. Zolomian ; *Bull. Joly* 2018, n° 3, p. 140, note Th. de Ravel d'Escaplon, décision rendue à propos d'une société en participation, mais transposable, à notre avis, aux sociétés de capitaux.

⁹¹⁴ Cass. com., 3 déc. 1991, n° 88-16.695, *Bull. civ. IV*, n° 373 ; *Rev. soc.*, 1992. 52, obs. Y. Guyon ; *RTD com.* 1992. 382, obs. C. Champaud et D. Danet ; *RTD com.* 1992. 584, obs. J. Derruppé ; *Dr. sociétés* 1992, n° 22, note Th. Bonneau ; *JCP* 1992. I. 3589, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *JCP* 1992. IV. 489 ; *JCP E* 1992. Pan. 198.

exploitant le fonds de commerce. En outre, l'apport en jouissance prend fin lors de la dissolution de la société, tandis que la location-gérance se poursuit jusqu'au terme prévu au contrat⁹¹⁵.

Cependant, l'article L. 144-10 du Code de commerce soumet expressément la jouissance du fonds aux règles prévues pour les contrats de location-gérance⁹¹⁶. Par conséquent, nous en déduisons que l'apport en jouissance d'un fonds de commerce entraîne une situation extrêmement proche de celle d'une location-gérance. Les dispositions des articles L. 144-1 à L. 144-13 du Code de commerce doivent donc être respectées⁹¹⁷.

b) Apport du fonds de commerce : Protection des créanciers de l'apporteur

331. Dans la mesure où l'apporteur d'un fonds de commerce ne reçoit pas un prix en contrepartie de son apport, mais uniquement des droits sociaux, les créanciers de l'apporteur ne peuvent s'opposer au paiement du prix puisqu'il n'existe pas. Lors d'une telle opération, le législateur a prévu, pour la protection des créanciers, des mesures d'une particulière originalité comparée à celles régissant la vente de fonds de commerce⁹¹⁸.

L'acte d'apport en société du fonds de commerce est soumis aux formalités de publicité⁹¹⁹ identiques à celles de la vente⁹²⁰. Celles-ci n'ont pas uniquement une vertu informative⁹²¹. Elles permettent également aux créanciers chirographaires de déclarer leurs créances au greffe du tribunal de commerce. Quant aux créanciers inscrits, ils bénéficient d'un droit de suite et conservent, en outre, leur droit sans avoir à procéder à la déclaration prévue à l'article L. 141-22 du Code de commerce⁹²². Certains auteurs préconisent, toutefois, de procéder à la déclaration de créance pour bénéficier de l'obligation solidaire de la société au paiement du passif⁹²³.

⁹¹⁵ A. Reygrobelle, *op. cit.*, n° 51-71 s.

⁹¹⁶ H. Blaise, « Apport », *Rép. soc.*, 1990, n° 250 et n° 325.

⁹¹⁷ Cass. com., 6 nov. 1962, *Bull. civ.* III n° 440; *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 2026.

⁹¹⁸ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce; la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce.

⁹¹⁹ C. com. art. L. 141-21.

⁹²⁰ Cass. req., 15 févr. 1937, *Rev. soc.*, 1938, p. 162, note G. Lagarde à propos de l'apport d'une clientèle considéré comme constitutif de l'apport d'un fonds ; Ch. Reynaud et P. Puyraveau, « Les problèmes posés par les apports en nature et spécialement l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise commerciale et les clauses de rétroactivité », in *Mélange en l'honneur de Daniel Bastian*, T1, Droit des sociétés, Librairie Technique, 1974, p. 241 s.

⁹²¹ A. Reygrobelle, *op. cit.*, 2012, n° 67-51.

⁹²² Cass. civ. 21 déc. 1937, 1938 *DH.* 1. 65.

⁹²³ A. Cohen, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey 1948, n° 807.

332. De la déclaration de créance, dans le délai légal⁹²⁴, résultent deux conséquences⁹²⁵. La première permet aux associés, à l'exclusion de l'apporteur⁹²⁶, d'agir en nullité de l'apport du fonds de commerce voire de la société elle-même⁹²⁷. À défaut de prononcer la nullité, la société bénéficiaire de l'apport est tenue solidairement avec l'apporteur au paiement de tout le passif déclaré⁹²⁸. Il nous semble que la société peut également réduire la valeur d'apport du fonds de commerce et prendre en charge le désintéressement du créancier déclarant, après avoir constaté la régularité de sa créance.

Cependant, à défaut de déclaration dans le délai, le créancier de l'apporteur est déchu de ses droits⁹²⁹. Le seul recours du créancier négligent est d'agir contre son débiteur, qui reste le débiteur principal, éventuellement par le biais de l'action paulienne⁹³⁰.

333. Lorsque l'apport du fonds de commerce est rémunéré en partie par des droits sociaux et en partie en numéraire, à notre sens, les formalités conjointes relatives à la vente et à l'apport doivent être appliquées. En effet, les créanciers de l'apporteur peuvent s'opposer au paiement de la partie du prix payé en numéraire et déclarer leurs créances, à l'instar de l'apport pur et simple, afin de bénéficier de la solidarité de la société bénéficiaire de l'apport⁹³¹.

Nous estimons qu'une hiérarchie du paiement du créancier s'impose. Ainsi, sa créance pourrait s'imputer en priorité sur la partie payée en numéraire, avant de reporter le reliquat de la créance sur l'apport en nature.

334. Les mesures prévues par les articles L. 141-21 et suivant du Code de commerce visent l'apport en propriété du fonds de commerce. Toutefois, ces mêmes mesures s'appliquent également pour l'apport d'un droit démembré du fonds de commerce. Si l'apport en nue-propriété est assez rare en raison de son manque d'utilité pour la société bénéficiaire, l'apport d'usufruit est devenu une pratique courante chez les commerçants, personnes physiques.

⁹²⁴ C. com. art. L. 141-22, al. 1^{er}. Ce texte dispose : « les créanciers doivent déclarer leur créance dans un délai de dix jours suivant la publication au BODACC de l'avis d'apport ».

⁹²⁵ C. com. art. L. 141-22, al. 2.

⁹²⁶ T. com. Seine, 19 avr. 1937, *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 53.

⁹²⁷ La possibilité de nullité de la société n'est admise que lors de sa constitution.

⁹²⁸ Cass. req., 8 déc. 1936, *Journ. sociétés* 1938, p. 265.

⁹²⁹ R. Mortier, *op. cit.*, n° 41.

⁹³⁰ C. civ. art. 1341-2, ex. art. 1167.

⁹³¹ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 2091.

En effet, l'apport d'un droit d'usufruit n'est, en réalité, qu'une modalité de l'apport en propriété. Qu'il s'agisse d'un usufruit constitué par démembrement au profit de la société bénéficiaire au moment de l'apport ou d'un usufruit préexistant apporté à la société par son titulaire⁹³², l'apport a pour objectif de transmettre à la société bénéficiaire un droit d'usufruit du fonds de commerce pour une durée fixée par l'acte de constitution.

L'usufruit constitué sur un fond de commerce n'opère pas la transmission de la propriété du fonds. Il n'y a donc pas lieu de procéder la publication légale prévue en cas d'apport du fonds⁹³³. Selon un auteur *« bien qu'aucun texte ne prescrive de mesures de publicité, il est prudent d'effectuer une publication « officieuse », analogue à celle requise en cas de location-gérance du fonds afin de prévenir les tiers, c'est-à-dire de procéder à une insertion dans un journal d'annonces légales »*⁹³⁴.

Cependant l'apport de la nue-propriété entraîne un changement de propriétaire du fonds. Le nu-propriétaire doit alors respecter les formalités de publicité prévues en cas de vente de fonds de commerce⁹³⁵.

335. Dès lors que l'apport ne porte que la jouissance du fonds, la doctrine dominante s'accorde à dire que ce type d'apport échappe aux obligations spéciales de publicité prévues par l'article L. 141-21 du Code de commerce⁹³⁶. Cette approche se justifie par l'effet juridique de ce mode d'apport. En effet, l'apporteur en jouissance demeure propriétaire du fonds apporté, et ses créanciers continuent à pouvoir saisir le fonds entre les mains de leur débiteur.

336. Le fonds de commerce apporté peut éventuellement comprendre des succursales ou établissements stables situés sur le territoire français. Outre la publication effectuée dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité, l'article L. 141-18 du Code de commerce prévoit que cette publication doit également être faite dans un journal d'annonces légales du lieu de chacun des succursales ou établissements. La publication doit comporter l'indication du greffe du tribunal de commerce du lieu de la succursale où les créanciers de l'apporteur pour la succursale concernée devront faire la déclaration de leurs créances⁹³⁷.

⁹³² R. Mortier, *op. cit.*, n° 41.

⁹³³ C. com. art. L. 141-12 et art. L. 141-13.

⁹³⁴ A. Reygrobelle et Ch. Denizot, « Sort du fonds de commerce dans le partage successoral », *Dalloz Action*, 2012, n° 47.52.

⁹³⁵ A. Reygrobelle et Ch. Denizot, *op. cit.*, n° 47.73.

⁹³⁶ H. Blaise, *op. cit.*, n° 324 ; G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, n° 381.

⁹³⁷ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 2078.

Section 2 - L'apport en nature à l'ère du numérique

337. La technologie numérique est en perpétuel développement. Elle a donné naissance à une diversité d'actifs numériques révolutionnaires permettant un accroissement exponentiel de la productivité du commerce électronique. Cette nouvelle technologie suscite des interrogations sur la faisabilité et la légalité de l'apport en société d'une part, de droits numériques (I) et d'autre part, d'un fonds de commerce numérique (II).

I- Apport en société de droits numériques

338. L'apport de droits numériques, qu'il s'agisse d'actifs numériques *stricto sensu* (1) ou de cryptomonnaie (2), témoigne de la diversification des formes d'apport dans le contexte actuel.

1) Apport en société d'actif numérique

339. L'apport en société d'actif numérique, notamment sous forme de cryptoactifs (a) ou de jetons numériques (b), soulève des questions complexes sur le plan juridique. Les juristes demeurent dans une incertitude plus que grandissante quant à la légalité et aux modalités de l'apport. La juste qualification juridique de ces actifs numériques nécessite un examen du droit positif applicable en la matière.

a) Actifs numériques, du virtuel aux contours incertains

340. Une définition légale incertaine - Si la question de la qualification juridique des cryptomonnaies a été tranchée par la jurisprudence, elle ne l'est pas encore pour les opérations d'apport en société des actifs numériques.

341. Les actifs numériques, ainsi que la technologie de la blockchain sur laquelle ils sont basés, constituent une nouvelle catégorie de biens incorporels créée par la loi Pacte⁹³⁸. Fidèle à sa coutume, le législateur ne les a pas définis, mais il présente les deux types de biens qui les composent : les jetons et les cryptomonnaies. Régis par l'article L. 54-10-1 du Code monétaire et financier⁹³⁹, la cryptomonnaie et les jetons présentent plusieurs similitudes. En effet, ces deux actifs numériques offrent la possibilité de numériser une grande variété de biens, qui deviennent

⁹³⁸ C. mon. fin. art. L. 552- 2.

⁹³⁹ C. mon. fin. art. L. 54-10-1, Les actifs numériques comprennent : « les jetons mentionnés à l'article L. 552-2, à l'exclusion de ceux remplissant les caractéristiques des instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse mentionnés à l'article L. 223-1 » et « Toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement ».

ainsi des actifs incorporels ayant un caractère numérique commun lié à leur enregistrement sur un dispositif d'enregistrement électronique partagé.

342. Le dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP) – C'est une technologie qui permet la conservation et le transfert de toute valeur numérique de manière sécurisée dès lors qu'elle a été hachée⁹⁴⁰. Ce dispositif permet de pseudonymiser⁹⁴¹ des transactions et permet la transmission par un réseau pair-à-pair en faisant usage de la technologie de la cryptographie asymétrique. Le propriétaire des jetons numériques peut, en effet, être identifié grâce aux clés privées de son portefeuille numérique (wallet).

Pour cerner le fonctionnement du DEEP, trois exigences sont prévues par les dispositions de l'article R. 211-9-7 du Code monétaire et financier : l'enregistrement et l'intégrité des inscriptions, l'identification des titulaires de titres et l'accessibilité aux relevés des informations contenues.

343. Le jeton numérique constitue l'une des applications phares des DEEP, dont la blockchain est la plus usitée. Il est modélisé par une suite de caractères inscrits sur un portefeuille (ou wallet en anglais) enregistré sur le DEEP⁹⁴². Le titulaire d'un wallet possède alors des jetons transférables, suite à une aliénation, d'un wallet à l'autre.

Un auteur considère que « *contrairement aux cryptomonnaies fongibles dont la valeur dépend uniquement du jeu de l'offre et de la demande, la valeur des jetons non fongibles dépendra également de ses caractéristiques et de ses utilités* »⁹⁴³. Ces jetons acquièrent ainsi leur valeur par leur inscription sur une blockchain. Cet enregistrement est unique grâce à deux caractéristiques essentielles de la blockchain, à savoir le caractère intangible des inscriptions et l'impossibilité de la double dépense.

⁹⁴⁰ Le hachage transforme un input de données aléatoire (clés) en une chaîne d'octets de longueur et de structure fixes (valeur de hachage).

⁹⁴¹ Il ne s'agit pas de les anonymiser ; N. Barbaroux, R. Baron et A. Favreau, « Blockchain et finance – approche pluridisciplinaire », *Répertoire IP/IT et Communication*, juin 2020, n° 48.

⁹⁴² C. com. art. R 228-8, reconnaît le DEEP comme registre. Une distinction est opérée selon que le DEEP est géré par l'émetteur ou par un tiers.

⁹⁴³ P. Bordais, Finance décentralisée et NFT (non fungible token) : Deux nouvelles innovations de la blockchain. *Droit bancaire et financier*, 2022, 2. <http://www.lexiskiosque.fr/catalog/droit-bancaire-et-financier/droit-bancaire-et-financier/n2-2022>, consulté le 23 sept. 2024.

b) Apport des jetons numériques

344. La tokenisation pour la dématérialisation des actifs - La tokenisation vise à rendre plus liquides certains actifs en vue de faciliter leur commercialisation⁹⁴⁴. Elle consiste à numériser un actif et les droits inhérents sur des jetons numériques, qui sont ensuite enregistrés sur un DEEP.

Ainsi, selon des auteurs « *puisque la tokenisation est la transformation d'un actif en token, il est logique qu'elle s'imisce progressivement dans la sphère du droit. Cela s'inscrit dans un processus pour lequel on peut se demander si la tokenisation n'est pas l'étape suivante de la dématérialisation* »⁹⁴⁵.

Le jeton numérique peut, en effet, être créé suite à l'émission d'un droit nouvellement constitué ou lors de l'inscription sur le DEEP d'un droit préexistant.

Les jetons numériques peuvent représenter tout droit réel ou personnel⁹⁴⁶. En fonction de la nature des droits qui leur sont adossés, trois catégories principales se distinguent, en l'occurrence, les jetons adossés à des actifs, les « *utility tokens* » et les « *security tokens* ». Ces catégories d'actif numériques constituent des biens meubles incorporels qui peuvent faire l'objet d'apport en nature à des sociétés de capitaux. Il convient, à cet égard, de préciser leurs contours et les droits qu'ils confèrent.

345. Les jetons adossés à des actifs – Ceux-ci confèrent à leur détenteur le droit à un actif sous-jacent. Ces jetons peuvent correspondre, à titre d'exemple, aux Property Coin pour les actifs immobiliers, Oil Coin pour les matières premières, D1 Coin pour les diamants, Digix coin pour l'or, Tend pour les produits de luxe et Tether pour les monnaies nationales. La valeur du jeton résulte de l'actif sous-jacent⁹⁴⁷.

346. Les jetons utilitaires - Ceux-ci confèrent à leur détenteur des droits d'accès à des biens ou services futurs proposés par l'émetteur, et sont émis par la voie d'Initial Coin Offerings (ICO). Assimilés à des droits sociaux des sociétés de capitaux ou à des produits dérivés, ces jetons permettent de bénéficier de certains droits politiques ou financiers, tels le droit aux

⁹⁴⁴ La tokenisation est le procédé permettant de remplacer une donnée critique par un élément équivalent qui n'aura aucune valeur intrinsèque ou signification exploitable une fois sortie du système.

⁹⁴⁵ N. Barbaroux, R. Baron et A. Favreau, *op. cit.*, n° 57.

⁹⁴⁶ D. Legeais, « Actifs numériques et prestataires sur actifs numériques », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 535, 2019, n° 59.

⁹⁴⁷ H. de Vauplane, « Crypto-Assets, token, blockchain, ICOs, un nouveau monde ? » *Rev. Banque* 2017, n° 812, p. 16, spéc. p. 1.

dividendes ou le droit d'exercer certaines prérogatives, à l'instar du droit à l'information ou de vote⁹⁴⁸. Cependant, ces jetons ne confèrent à leurs détenteurs aucun droit de propriété sur les actifs de l'entreprise. La valeur du jeton provient de la demande pour le service ou produit de l'émetteur.

347. Les jetons sécuritaires⁹⁴⁹ - Cette catégorie d'actifs numériques confère, à son détenteur, le droit de recevoir des liquidités rattachées à des actifs sous-jacents. Il peut s'agir aussi d'un droit de vote dans le cadre de décisions d'entreprise ou encore d'un intérêt résiduel dans l'entité⁹⁵⁰.

348. Apport et gestion des actifs numériques - Pour faciliter la transmission des actifs numériques, il convient de créer des portefeuilles numériques (wallets)⁹⁵¹ et de réserver un wallet pour chaque catégorie d'actif numérique.

Les wallets sont des interfaces qui permettent d'interagir avec un réseau blockchain et ne contiennent que des clés privées pour contrôler l'accès au compte de portefeuille⁹⁵².

349. Le processus d'apport en nature d'un actif numérique suppose nécessairement la création d'un wallet, sur une blockchain, au nom de la société bénéficiaire de l'apport. Celle-ci peut opter pour un wallet hébergé auprès d'un prestataire des services d'actifs numériques⁹⁵³, ou garder un contrôle total sur l'actif numérique avec un portefeuille non-dépositaire, ou en utilisant un portefeuille physique. La société peut aussi détenir plusieurs types de portefeuilles « multi-wallet », un wallet pour chaque crypto. Pour une meilleure gestion des actifs numériques, la création d'un wallet pour les cryptomonnaies et un autre pour les jetons est fortement préconisée par les professionnels.

⁹⁴⁸ AMF, Document de consultation sur les ICOs, ouverte du 26 octobre au 22 décembre 2017 p. 7 ; Th. Bonneau, « Tokens, titres financiers ou biens divers ? » *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janv. 2018, repère 1.

⁹⁴⁹ En anglais Security token.

⁹⁵⁰ N. Barbaroux, R. Baron et A. Favreau, *op. cit.*, n° 37.

⁹⁵¹ C. mon. fin., art. L. 211-4, al. 1er.

⁹⁵² D. Legeais, « Actifs numériques et prestataires sur actifs numériques », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 535, 2019, n° 59.

⁹⁵³ C. com art. L. 54-10-2, 1°. Ce texte dispose, « le service de conservation pour le compte de tiers d'actifs numériques ou d'accès à des actifs numériques, le cas échéant sous la forme de clés cryptographiques privées, en vue de détenir, stocker et transférer des actifs numériques ».

À l'instar de la cession, l'apport en société d'un actif numérique, nécessite impérativement de conclure une convention d'apport⁹⁵⁴ dont le contenu varie selon que la nature de la blockchain soit publique ou privée, et selon la forme du dépositaire du wallet de l'apporteur. La convention d'apport doit par ailleurs contenir les mentions imposées par le droit des sociétés.

La convention d'apport des cryptoactifs est matérialisée par un smart contrat enregistré sur un DEEP et doit inclure des informations essentielles telles que l'origine et la preuve de propriété de l'actif numérique, les modalités de mise à disposition effective, et les garanties fournies par l'apporteur.

350. Dès lors que l'actif numérique apporté est hébergé dans une blockchain privée, le wallet est détenu par un prestataire de service d'actif numérique (PSAN)⁹⁵⁵ dans une blockchain privée. Les informations concernant l'origine de la propriété et les droits attachés figurant sur le smart contrat se révèlent d'une fiabilité extrême⁹⁵⁶. Le PSAN délivre une attestation contenant toutes les informations nécessaires à l'opération d'apport. Cette attestation, qui fait partie intégrante de la convention d'apport, inclut les modalités de mise à disposition effective ainsi que les garanties fournies par l'apporteur de l'actif numérique⁹⁵⁷.

351. Cependant, en présence d'une blockchain publique et en l'absence de détention du wallet par un dépositaire, l'opération d'apport comporte des risques considérables. La société bénéficiaire de l'apport doit, au préalable, s'assurer de l'origine de la propriété et des droits attachés aux actifs numériques apportés. En outre, l'intervention d'un prestataire de service d'actifs numérique est nécessaire pour vérifier et certifier le protocole informatique lié à ces actifs numériques⁹⁵⁸.

La réalisation de l'apport s'opère en transférant les actifs numériques du « walet » de l'apporteur à celui de la société bénéficiaire qui est instantanément crédité des jetons numériques apportés dont elle jouit à partir de cette date.

⁹⁵⁴ R. Fornasari, « Le contrat de transfert d'un bien moyennant cryptomonnaie, choix et enjeux de la qualification », <https://hal.science/hal-04431588v1>, consulté le 27 mai 2024.

⁹⁵⁵ C. mon. fin. art. 54-10-. Ce texte définit les services sur actifs numériques.

⁹⁵⁶ A. Lecourt, « Droit des sociétés et numérique », *Rép. IP/IT et Communication*, 2019, n° 29.

⁹⁵⁷ C. com. art. L. 54-10-2, 1° ; C. com. art. D54-10-1.

⁹⁵⁸ L. Bataille et L. Badiane, « Un actif numérique aux contours juridiques incertains », *JCP E* n° 40, 6 Oct. 2022, 1324, n° 2.

352. La technologie de la blockchain constitue un support utile de smart contrats au service des sociétés de capitaux⁹⁵⁹. Cette technologie permet « *aux membres d'un réseau de valider par consensus des échanges et des transactions [...] sans faire intervenir d'organes centraux* »⁹⁶⁰. Elle est également une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, en temps réel, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle⁹⁶¹.

L'impossibilité de modification ou de suppression des transactions inscrites dans la blockchain assure sa fiabilité absolue. Cette caractéristique explique le succès de la blockchain, principalement utilisée pour effectuer des transactions sécurisées. Par son caractère infalsifiable, la blockchain repose sur deux technologies : la cryptographie asymétrique et un système de validation des transactions par blocs⁹⁶².

353. Cependant, la fiabilité de l'identification ne peut être assurée par la blockchain seule. En effet, pour recevoir les clés de signature nécessaires pour effectuer des transactions, l'inscription sur la blockchain s'effectue de manière anonyme⁹⁶³. Toutefois, afin de s'assurer de la sécurité des transactions exécutées à travers la blockchain, il est possible de recourir à un tiers authentificateur ou d'opter pour une blockchain privée nécessitant un procédé d'identification fiable lors de l'inscription⁹⁶⁴. Une solution contractuelle pourrait également être envisagée par la stipulation d'une convention de preuve⁹⁶⁵.

Ainsi, la blockchain pourrait constituer un support utile pour enregistrer les opérations d'apport en nature classique, mais elle est obligatoire pour l'apport d'un actif numérique. Selon un auteur, « *le droit impose que chaque transaction, chaque transfert d'unités puissent être opposés aux parties, mais également aux tiers. La mise en œuvre des chaînes de blocs offre à cet égard une garantie sans égal* »⁹⁶⁶.

⁹⁵⁹ Chaîne de blocs en Français.

⁹⁶⁰ M. Mekki, « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017. p. 2160.

⁹⁶¹ Blockchain France ; Direction générale du Trésor, Consultation sur le projet de réformes législative et réglementaire relatif à la blockchain, 24 mars 2017.

⁹⁶² D. Legeais, « Blockchain », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc 2160, 2020, n° 8.

⁹⁶³ T. Douville, « Blockchains et preuve », *D.* 2018. 2193.

⁹⁶⁴ S. Coutor, Ch. Hennebert et M. Faher, « Blockchain et identification numérique », Restitution des ateliers du groupe de travail « blockchain et identité » (BCID), oct. 2020, p.14, <https://www.vie-publique.fr/rapport/280103-blockchain-et-identification-numerique>, consulté le 27 févr. 2023.

⁹⁶⁵ M. Mekki, *op. cit.*, p. 2160.

⁹⁶⁶ V. Catillon, *La nature monétaire des cryptomonnaies*, préf. L. Thibierge, PUAM, Institut de droit des affaires, 2023, n° 327.

Il convient de préciser qu'il est désormais possible de lever les fonds des sociétés de capitaux grâce à des actifs numériques⁹⁶⁷.

2) Apport en société de la cryptomonnaie

354. L'apport en société de la cryptomonnaie semble juridiquement concevable. En effet, selon plusieurs auteurs, cet apport peut être qualifié d'apport en nature ou d'apport en numéraire, selon le contexte (a). Cependant, une difficulté demeure quant à la possibilité, pour une société de capitaux, de constituer ou d'augmenter son capital par des cryptomonnaies (b).

a) Cryptomonnaie, qualification juridique nuancée.

355. La cryptomonnaie sert d'unité de compte et de moyen d'échange numérique. À l'instar d'une partie de la doctrine⁹⁶⁸, la Banque de France préconise d'adopter, pour les désigner, le terme de « cryptoactif »⁹⁶⁹. Cette désignation nous semble corroborée par la qualification jurisprudentielle récente.

L'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 prise sur le fondement de la loi Pacte, définit la cryptomonnaie comme des « *représentations numériques d'une valeur, transférées, stockées ou échangées que par voie électronique* ».

Cette « monnaie » virtuelle, dont la légalité semble admise, n'est émise ni par une banque centrale ni par une autorité publique⁹⁷⁰. Elle repose sur un consensus et l'acceptation de sa valeur par ceux qui y recourent⁹⁷¹. Nonobstant sa désignation, qui paraît trompeuse par abus de langage, la cryptomonnaie ne renvoie pas à une monnaie à cours légal ou à une monnaie électronique. Elle n'est pas non plus un moyen de paiement reconnu par la loi. Selon le Professeur Legeais, la cryptomonnaie est un « *bien sui generis doté d'un régime propre* »⁹⁷².

Aux termes de l'article 128, 1^{er} alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l'UE, il est précisé que « *les billets de banque émis par la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales sont les seuls à avoir cours légal dans l'Union* ». Cette disposition est reprise par

⁹⁶⁷ C. mon. fin. art. L. 552- 2, issu de L. n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 85.

⁹⁶⁸ G. Marain, « Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie », *AJ Contrat* 2017, p.522 ; M. Mekki, « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017, p. 2160.

⁹⁶⁹ N. Barbaroux, R. Baron et A. Favreau, *op. cit.*, n° 37.

⁹⁷⁰ Loi Pacte, n° 2019-486, 22 mai 2019, JO, 23 mai 2019, art. 85 à 88 ; A.M.F., Vers un nouveau régime pour les cryptoactifs en France, actu. et pub. 15 avr. 2019.

⁹⁷¹ Contrairement à la monnaie légale qui repose sur un tiers de confiance à l'instar des banques centrales.

⁹⁷² D. Legeais, « Loi Pacte, les dispositions relatives aux actifs numériques et aux prestataires de services numériques », *JCP E* 2019, n° 26, p. 1322.

l'article L. 111-1 du Code monétaire et financier, selon lequel seul l'euro jouit de ce statut en France.

De son côté, la Cour de Justice de l'Union européenne assimile la cryptomonnaie à une devise virtuelle en considérant qu'elle « *n'a pas d'autres finalités que celle de moyen de paiement* »⁹⁷³. Il en ressort que la Cour ne qualifie pas la cryptomonnaie de monnaie, *stricto sensu*. La cryptomonnaie est donc considérée par la doctrine et la jurisprudence comme un moyen de paiement contractuel ou une monnaie conventionnelle⁹⁷⁴.

356. Considérée comme étant des « *unités de compte virtuelles stockées sur un support électronique* »⁹⁷⁵, la cryptomonnaie n'a pas, jusqu'à ce jour, ni un cours légal ni une valeur indépendante à l'instar de la monnaie traditionnelle. Cependant, elle est connectée à une monnaie de référence, évaluable et convertible en celle-ci. La valeur de la cryptomonnaie se détermine uniquement en fonction de l'offre et de la demande. Elle se distingue, à cet égard, de la monnaie électronique qui correspond à une valeur monétaire.

À la lumière de cet examen, il est intéressant de se demander pourquoi le législateur n'a pas étendu la qualification de bien incorporel des jetons à la cryptomonnaie.

Après une longue incertitude⁹⁷⁶ quant à la qualification juridique de la cryptomonnaie, la jurisprudence a tranché cette question⁹⁷⁷. Par une décision de la 3^e et la 8^e chambres réunies, le Conseil d'État⁹⁷⁸ a estimé que le bitcoin devait être considéré comme un bien meuble incorporel⁹⁷⁹.

357. La juridiction commerciale confirme la position de la Haute juridiction administrative et va plus loin dans sa qualification juridique de la cryptomonnaie. En effet, le tribunal de

⁹⁷³ CJUE, 22 oct. 2015, affaire C-264/14, point 24.

⁹⁷⁴ G. Marain, « Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie », *AJ Contrat* 2017, p. 522.

⁹⁷⁵ Bulletin officiel des Finances Publiques, 7 juil. 2014.

⁹⁷⁶ M. Roussille, « Le bitcoin, objet juridique non identifié », *Banque et Dr.* 2015, n° 159 ; G. Bourdeaux, « Propos sur les cryptomonnaies », *RDBF* 2016, dossier 39.

⁹⁷⁷ T. com., Nanterre, 26 févr. 2020, n° 2018F00466, *Actualités du droit.fr*, 5 mars 2020, obs. G. Marraud des Grottes.

⁹⁷⁸ C.E., 8e - 3^e ch. réunie, 26 avril 2018, n° 417809, *lexbase*, *Rev. Jur.*, 2 mai 2018, note M.-C. Sgarra

⁹⁷⁹ L'article 516 du Code civil dispose que « *tous les biens sont meubles ou immeubles* » ; Les unités de « bitcoin » ne relevant pas de la catégorie des biens immeubles, au sens de cet article, et ayant ainsi la nature de biens meubles incorporels.

commerce de Nanterre juge que le bitcoin renvoie à un « *actif incorporel fongible et consommable* »⁹⁸⁰.

Cette qualification juridique est-elle cohérente avec les exigences du droit comptable ?

358. Cryptomonnaie et droit comptable - La cryptomonnaie renvoie à un actif numérique identifiable⁹⁸¹ du patrimoine de la société détentrice. La norme internationale IAS 38 définit les immobilisations incorporelles comme des actifs non monétaires, identifiables, sans substance physique, appartenant à l'entreprise et utilisés de façon durable pour l'exercice de l'activité.

Si d'un point de vue opérationnel, la cryptomonnaie est souvent assimilée à des instruments financiers spéculatifs, elle satisfait néanmoins à tous les critères de la définition de bien meuble incorporel, à l'exception, dans certains cas, du critère de durabilité qui demeure incertain. En effet, un actif n'est immobilisé que s'il correspond à l'outil de travail de l'entreprise et qu'il est destiné à être exploité durablement⁹⁸². Son utilisation doit donc dépasser une année. Cependant, la cryptomonnaie est, en principe, utilisée par les sociétés de capitaux comme moyen d'échange ou dans un objectif purement spéculatif⁹⁸³. Ainsi, les critères d'immobilisation en tant qu'actif incorporel apparaissent donc discutables.

En effet, déterminer le traitement comptable adéquat de la cryptomonnaie requiert l'examen des objectifs de la société détentrice de cet actif.

Partant de l'analyse de la qualification jurisprudentielle de la cryptomonnaie en tant que bien meuble incorporel fongible, celle-ci devrait être, comptablement, enregistrée soit en actif circulant, soit en immobilisation incorporelle.

359. Dans le cadre de son activité commerciale normale, la société peut détenir de la cryptomonnaie dans un objectif purement spéculatif. Cette opération concerne principalement les plateformes de trading de cryptomonnaies. Dans ce cas, le critère de durabilité n'est pas rempli et la qualification appropriée, en l'espèce, est celle de stocks d'un bien meuble

⁹⁸⁰ T. com., Nanterre, 26 févr. 2020, n° 2018F00466. Le tribunal considère que le BTC est, d'une part, un bien consommable, de par son usage, car « il est « consommé » lors de son utilisation, précisant « tout comme la monnaie légale, quand bien même il n'en est pas une » et, d'autre part, un bien fongible, estimant que « les BTC sont fongibles, car de « même espèce et de même qualité » puisqu'ils sont tous issus du même protocole informatique et qu'ils font l'objet d'un rapport d'équivalence avec les autres BTC permettant d'effectuer un paiement ».

⁹⁸¹ A. Barbet-Massin, F. Fleuret et A. Lourimi, *Droit des cryptoactifs et de la blockchain*, LexisNexis, « Droit et professionnels », 2020, n° 680.

⁹⁸² CE, 9e et 10e ch., 22 nov. 2022, n° 456405, note O. Fouquet.

⁹⁸³ V. O.Cheilan, « De grands groupes français commencent à placer de la trésorerie en bitcoin ! » *argent.boursier.com*, 18 mars 2021, consulté le 15 juill. 2023.

incorporel⁹⁸⁴. Cette qualification s'étend également aux sociétés de capitaux dont l'activité principale est le minage⁹⁸⁵ ou qui agissent comme des courtiers ou des négociants de cryptomonnaies⁹⁸⁶.

360. Si une cryptomonnaie ne correspond pas à la définition des stocks, elle est alors considérée comme une immobilisation incorporelle⁹⁸⁷.

b) Apport en société de la cryptomonnaie

361. Eu égard aux éléments précités se pose la question cruciale de savoir si une société de capitaux peut être constituée ou augmenter son capital par des cryptomonnaies. La jurisprudence n'aborde que timidement cette interrogation. À travers cette étude, nous tentons d'examiner les contours de ce type d'apport.

Il convient, à cet égard, d'évoquer qu'une première société commerciale, IndéNodes SARL, s'est constituée en Suisse le 7 décembre 2017 avec un capital social entièrement libéré en bitcoins. Selon la législation suisse, il est légalement possible de constituer une société avec un capital à libérer en une monnaie cryptographique comme le bitcoin.

En 2023, la société NYM TECHNOLOGIES SA, une autre société de droit suisse, a constitué une filiale de droit français, la SASU NYM R&D, sans compte bancaire ni dépôt à la Caisse des dépôts et consignations, mais uniquement par un wallet bitcoin. Cette affaire a fait polémique et, selon le Professeur Lecourt, « *soulève plusieurs questions, qui ne trouvent actuellement aucune réponse dans le droit positif* »⁹⁸⁸.

Selon le Professeur Legeais, « *un apport en cryptos semble concevable. Selon les analyses, il est permis d'y voir un apport en nature ou un apport en numéraire. La qualification d'apport en nature est privilégiée, ce qui impose l'évaluation par un commissaire aux apports délicat et inopportun dans la mesure où la valeur est cotée* »⁹⁸⁹.

Il nous semble qu'une distinction doit être faite entre les deux types d'apports. Si l'apport en cryptomonnaie est considéré comme un apport en numéraire lors de la constitution de

⁹⁸⁴ Au sens de l'IAS 2.

⁹⁸⁵ Le minage de cryptomonnaie remplit deux fonctions principales : générer de nouvelles pièces de cryptomonnaie et vérifier les transactions sur la blockchain.

⁹⁸⁶ Opération trading sur les plateformes de négociation.

⁹⁸⁷ IAS 38.

⁹⁸⁸ A. Lecourt, « Apport », *Rev. soc.*, Dalloz, 2024, n° 533.

⁹⁸⁹ D. Legeais, *op. cit.*, n° 59.

IndéNodes SARL, celui apporté lors de la constitution de la SASU NYM R&D correspond à un apport en nature.

362. Libérer le capital social en cryptomonnaie en tant qu'apport en numéraire est remis en question par le droit positif français. Si cette qualification semblait évidente, elle est écartée, car ce type d'apport concerne exclusivement les monnaies ayant cours légal, ce qui n'est pas le cas pour la cryptomonnaie⁹⁹⁰. Par ailleurs, le séquestre des fonds sur un compte bancaire ou auprès de la Caisse des dépôts et consignations lors de la constitution de la société pose une véritable contrainte. La question a été définitivement tranchée par un arrêt de la Haute juridiction, qui a qualifié la cryptomonnaie de bien meuble incorporel⁹⁹¹.

En effet, le capital social de la SAS NYM R&D a été libéré par l'apporteur NYM TECHNOLOGIES SA, à la constitution, exclusivement par un apport en nature de huit bitcoins⁹⁹². Cet apport est tout à fait admis par la jurisprudence française.

363. L'apport en société des cryptomonnaies peut être réalisé en propriété ou en jouissance. Lorsqu'il est réalisé en pleine propriété⁹⁹³, la société devient propriétaire de la totalité des droits et accessoires que possédait l'apporteur sur la cryptomonnaie apportée. En vertu du contrat d'apport, l'apporteur doit s'engager à transférer la propriété de la cryptomonnaie à la société. Ainsi, les formalités de l'apport en nature s'appliquent.

Cependant, le transfert de propriété à une société en formation ne peut avoir lieu qu'à compter de la date de son immatriculation. Avant cette date, les cryptomonnaies apportées demeurent dans le patrimoine de l'apporteur, lequel doit en assurer la conservation et en supporter les risques jusqu'à la date de transfert⁹⁹⁴.

364. Lors de l'apport en jouissance, il convient traditionnellement de distinguer selon que le bien apporté est fongible et consommable ou non⁹⁹⁵.

Dans sa décision, le tribunal de commerce de Nanterre reconnaît le bitcoin comme un bien meuble incorporel entrant dans la catégorie des choses de genre, consommables et

⁹⁹⁰ T. com. Nanterre, 26 févr. 2020, n° 2018F00466, *AJ Contrat* 2020. 296, obs. Moreau et Th. Bonneau.

⁹⁹¹ *Ibid.*.

⁹⁹² À la date d'apport, 9 déc. 2022, la valeur de huit *bitcoins* apportés a été estimée à 100 000 €. Un *bitcoin* valait, à cette date, sur le marché des cryptos, environ 17 000 €. La valeur de marché était donc de 136 000 €. Mais une décote de 26 % a été appliquée.

⁹⁹³ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 1975.

⁹⁹⁴ A. Lecourt, *op. cit.*, n° 547.

⁹⁹⁵ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 2010 s.

fongibles. Cette solution est fondée sur le fait que chaque bitcoin est issu du même protocole informatique et qu'il fait l'objet d'un rapport d'équivalence avec les autres bitcoins permettant d'effectuer un paiement⁹⁹⁶. En effet, la société bénéficiaire de l'apport en devient propriétaire, à charge pour elle d'en restituer l'équivalent à la fin du contrat, comme pour un prêt de consommation⁹⁹⁷.

Le transfert de la jouissance emporte le transfert des risques inhérents à la cryptomonnaie à la société bénéficiaire. Cette obligation tient si les cryptoactifs ont été perdus pendant la jouissance, soit par la dépréciation du cours de négociation, soit en raison de la perte des clés ou de la « seed phrase ». La société doit, en tout état de cause, restituer le même nombre de cryptomonnaies⁹⁹⁸. En revanche, si le cours des cryptomonnaies apportées a chuté, seul l'apporteur en supportera les conséquences.

Se pose alors la question de savoir quelle valeur doit être restituée, dans le cas où la restitution devait être effectuée en espèces. Quel cours doit-être privilégié : celui à la date de restitution ou celui à la date d'apport ?

Il nous semble que la restitution en espèces doit se baser sur le cours de la cryptomonnaie à la date de la restitution.

A contrario, si le cours a augmenté, la société ne pourra pas bénéficier de cette plus-value latente. Dans ce cas de figure, les garanties sont identiques à celles appliquées en cas d'apport en pleine propriété, exposées précédemment.

365. Lors du transfert de la propriété des cryptomonnaies, l'apporteur confie à la société bénéficiaire les clés publiques et privées ainsi que de la « seed phrase » de son wallet. Ce transfert est particulièrement risqué, car l'apporteur, tout comme le bénéficiaire de l'apport, peut effectuer des opérations sur le wallet. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un transfert de propriété de la cryptomonnaie, mais plutôt d'un transfert de wallet. D'ailleurs, le wallet peut contenir d'autres cryptoactifs qui ne sont pas apportés en société.

Par ailleurs, les prestataires de services sur actifs numériques sont tenus par des obligations d'identification du titulaire de compte. Étant donné que l'apporteur et la société bénéficiaire

⁹⁹⁶ T. com. Nanterre, 26 févr. 2020, *op. cit.*.

⁹⁹⁷ C. civ. art. 1892.

⁹⁹⁸ T. Allain, « L'apport en nature de cryptoactifs », *Rev. soc.*, 2023 p. 647, n° 61 ; pour une application à propos du prêt de bitcoins, qualifié de prêt de consommation, T. com. Nanterre, 26 févr. 2020, n° 2018F00466.

de l'apport ne renvoient pas aux mêmes personnes, le « transfert » du compte de l'un au profit de l'autre semble impossible⁹⁹⁹.

Il apparaît donc plus judicieux de réaliser l'apport par transfert direct de la cryptomonnaie apportée sur la blockchain, du wallet de l'apporteur au wallet de la société bénéficiaire de l'apport. La société bénéficiaire dispose alors de ses clés privées et publiques ainsi que de la « seed phrase » en toute sécurité.

Au 26 avril 2023, 23 642 cryptomonnaies sont en circulation¹⁰⁰⁰, toutes potentiellement sujettes à une forte spéculation. L'apport de ces actifs numériques soulève certaines difficultés en ce qui concerne leur évaluation.

La valeur d'apport de la cryptomonnaie est évaluée, en principe, par l'apporteur et appréciée par un commissaire aux apports. Les diligences du commissaire aux apports sont les mêmes que pour un apport classique.

Il nous semble pertinent que le commissaire aux apports retienne une moyenne des cours de négociation de la cryptomonnaie apportée sur une période qu'il fixe selon son appréciation. Les cours anormaux doivent être retraités pour ne pas biaiser l'appréciation.

II- Apport en société de fonds de commerce numérique

366. La notion de fonds de commerce classique est difficilement transposable à l'univers numérique. Les difficultés pratiques pour appréhender sa composition et sa qualification juridique nous conduisent à examiner ces deux aspects clés, à savoir la nature juridique d'un fonds de commerce numérique (1), ainsi que les contours de son apport en société, dont la clientèle virtuelle constitue l'élément déterminant (2).

1) La nature juridique du fonds de commerce numérique

367. La réflexion juridique relative à la notion de fonds de commerce numérique revêt une importance singulière, particulièrement pour cerner la composition et les modalités d'apport en société.

Cette réflexion conduit à s'interroger sur la qualification juridique du fonds de commerce numérique (a) et sur ses éléments constitutifs (b).

⁹⁹⁹ T. Allain, L'apport en nature de crypto-actif, *Rev. soc.*, 2023 p. 647, n° 51.

¹⁰⁰⁰ CoinMarketCap, « Source wikipédia du 25 sept.2024 ». Les plus connus sont le bitcoin, le ripple, l'ether, le litecoin, le nem et le dash.

a) Les prémices de la reconnaissance d'un fonds de commerce numérique

368. À l'ère de l'univers du numérique, le commerce électronique a connu une réelle expansion depuis le début des années 2000¹⁰⁰¹. Propulsé particulièrement par l'effet de la crise sanitaire de la COVID-19, le e-commerce est devenu un véritable enjeu économique, notamment en ce qui concerne la composition et la qualification juridique du fonds de commerce numérique.

La reconnaissance légale d'un fonds de commerce numérique n'est pas sans conséquences juridiques. En effet, le commerçant pourra le nantir, le donner en location-gérance, le céder ou l'apporter en société selon les formalités du Code de commerce.

La loi relative à la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 définit la notion de commerce électronique comme « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* »¹⁰⁰². Ce texte propose une définition large sans évoquer ni la notion de fonds de commerce électronique ni sa composition¹⁰⁰³.

369. Une nuance terminologique du fonds suscite une réflexion sémantique. En effet, cantonner la qualification du fonds de commerce à celle d'électronique ne reflète pas, à notre avis, l'entière réalité économique. Celui-ci ne se réduit pas aux transactions commerciales *stricto sensu* ou à un site internet vitrine, mais englobe un ensemble d'opérations et de contrats liés qui hébergés en filigrane et non apparents pour le cyberclient.

Il semble que, pour certains sites, la quasi-totalité, voire la totalité, des supports sont numériques¹⁰⁰⁴. L'ensemble des transactions sur le net sont enregistrées sur des DEEP. Les sites ne se cantonnent plus à la numérisation, mais s'inscrivent pleinement dans le numérique. Assurément, il nous semble qu'une proximité sémantique avec le fonds de commerce numérique s'impose.

¹⁰⁰¹ Selon la fédération du e-commerce et de la vente à distance, le chiffre d'affaires des sites e-commerce a dépassé la barre des 103 milliards d'euros en 2020. Près de 80 %, des internautes et 40 millions de Français consomment sur internautes.

¹⁰⁰² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14.

¹⁰⁰³ M. Vivant, Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy, droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, p. 1 ; P. Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Comm. com. électr. 2004, étude 30 ; X. -L. De Bellefonds, « La LCEN et le consensualisme », *RDC* 2005, n° 2, p. 592.

¹⁰⁰⁴ Ces supports sont enregistrés sur des blockchains. Ces sites proposent de surcroît le paiement par la cryptomonnaie.

Se pose, en effet, la question de savoir si le commerçant exerçant son activité sur internet peut constituer une clientèle propre et, corrélativement, un fonds de commerce numérique.

Selon Verbiest et Le Borne, « *tout site de commerce électronique ouvert au public est bien un fonds de commerce en ce sens qu'il est destiné à créer et développer une clientèle, et ce indépendamment d'autres éléments matériels [...] ou incorporels* »¹⁰⁰⁵.

Après une longue réticence jurisprudentielle à admettre l'existence d'un fonds de commerce électronique, en arguant l'absence de droit au bail et d'une clientèle propre¹⁰⁰⁶, la Cour d'appel de Paris a finalement reconnu son existence¹⁰⁰⁷ sans définir ses contours juridiques. De son côté, la Cour d'appel de Poitiers, par un arrêt du 2 juillet 2010, a reconnu également du moins implicitement l'existence d'une clientèle attachée à un fonds de commerce électronique¹⁰⁰⁸. Dès lors une doctrine abondante s'attelle à apporter les précisions nécessaires¹⁰⁰⁹.

Le fonds de commerce numérique a une portée plus large que le site internet. Il est composé exclusivement d'éléments incorporels formant un ensemble indissociable, nécessaires pour sa reconnaissance en tant que telle.

370. La composition du fonds de commerce numérique présente des spécificités par rapport au fonds de commerce traditionnel. Certains éléments font défaut, notamment le bail commercial, du moins si l'activité est exercée exclusivement en ligne¹⁰¹⁰, ce qui exclut l'application du régime des baux commerciaux.

En effet, une activité commerciale en ligne peut faire apparaître un fonds de commerce dès lors que le commerçant dispose d'une clientèle réelle et personnelle¹⁰¹¹, et ce malgré l'absence

¹⁰⁰⁵ Th. Verbiest et M. Le Borne, *op. cit.*

¹⁰⁰⁶ Il s'agit d'une clientèle commerciale, stable, personnelle, certaine et licite.

¹⁰⁰⁷ CA Paris, 4e ch. B, 28 janv. 2005, n°02/14489, *RTD com.* 2005, p. 250, obs. B. Saintourens.

¹⁰⁰⁸ CA Poitiers, 1re ch. civ., 2 juill. 2010, n° 09/00032, *JurisData* n° 2010-023447 ; *JCP G* 2011, 137.

¹⁰⁰⁹ Th. Verbiest et M. Le Borne, *op. cit.* ; A. Mendoza-Caminade, « La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'internet, faut-il admettre le fonds de commerce électronique ? » in Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 763 s., spéc. p. 768 ; T. Verbiest, « Le fonds de commerce électronique, vers une reconnaissance juridique ? » *CEE.* 2008, étude 10 ; G. Decocq et Ph. Stoffel-Munck, « L'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Pal.* 4 juin 2009, n°155 - page 52 ; O. Seidowsky, *Le fonds de commerce numérique*, thèse Paris, 2006 ; B. Dubos, *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, thèse, Toulouse 1, 2008.

¹⁰¹⁰ T. Douville, « Le fonds de commerce électronique, de sa reconnaissance à sa marginalisation », *Dalloz IP/IT* 2019. 670 ; dans ce sens, la jurisprudence a affirmé que le bail commercial n'est pas un élément nécessaire du fonds de commerce ; Cass. com., 27 avr. 1993, n° 91-10.819, *Bull. civ.* IV, n° 157.

¹⁰¹¹ Th. Verbiest, *op. cit.*.

d'implantation géographique¹⁰¹². L'existence d'une telle clientèle propre constitue donc l'un des éléments essentiels d'un fonds de commerce numérique¹⁰¹³.

b) La clientèle virtuelle propre, un élément essentiel d'un fonds de commerce numérique

371. La clientèle est définie par un auteur comme « *la valeur représentée par le maintien escompté des relations d'affaires entretenues avec l'ensemble des clients du commerçant* »¹⁰¹⁴.

Un autre auteur ajoute que la clientèle virtuelle, « *qu'elle soit attirée ou occasionnelle, sa réalité ne soulève pas de difficulté en raison de l'accessibilité du site internet de commerce électronique* »¹⁰¹⁵.

Classiquement, la notion de clientèle est démontrée par l'existence du critère de stabilité dans son existence. Celle-ci est établie par le caractère certain, personnel et licite de la clientèle¹⁰¹⁶. Se pose alors la question de savoir si la cyberclientèle répond à ces critères.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur la nécessité d'une clientèle virtuelle propre pour prétendre à un fonds de commerce numérique. Comment peut-on alors identifier la clientèle propre d'un cybercommerçant ?

Pour apporter une réponse à cette question, il convient de prime abord de distinguer l'e-commerce d'une entreprise dite « click and mortar » de celle dite « pure player »¹⁰¹⁷.

372. Le « click and mortar »¹⁰¹⁸ est communément utilisé pour désigner les entreprises de distribution ayant développé une activité de e-commerce parallèlement à leurs activités physiques. Ces entreprises ne peuvent pas prétendre à la propriété d'un fonds de commerce

¹⁰¹² A. Mendoza-Caminade, *op. cit.*.

¹⁰¹³ Th. Verbiest, *op. cit.* ; G. Decocq et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, I- B.; A. Ronzano, « Clientèle et fonds de commerce sur l'internet », in *La clientèle appropriée, Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Etude du Centre de recherche sur le droit des affaires, coll. *Le Droit des affaires*, LexisNexis-Litec, 2004, n° 327 et s., p. 187 ; O. Savary et E. Dubuisson, « Un site internet est-il un fonds de commerce ? » *Rev. Lamy dr. aff. avr.* 2009, p. 21, n° 2234 ; G. Ripert et R. Roblot, *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, par L. Vogel, LGDJ, « Traités », 21e éd. 2020, n° 448, spéc. p. 426.

¹⁰¹⁴ D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, « Sirey université », 5e éd. 2022, n° 464.

¹⁰¹⁵ T. Douville, *op. cit.*.

¹⁰¹⁶ P. Collomb, « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.* 1979, p. 1.

¹⁰¹⁷ G. Desgens-Pasanau, « Notion de fonds de commerce et internet », *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc. 1080, 2024 § 10.

¹⁰¹⁸ Traduit littéralement en français par click et mortier.

numérique. Il pourrait s'agir, à notre avis, d'un fonds de commerce électronique incorporé dans le fonds de commerce traditionnel.

Le modèle « click and mortar » s'oppose à celui du « pure player ». Celui-ci désigne les sociétés spécialisées uniquement dans la vente en ligne, à l'image d'Amazon, Ali express, Shein, *etc.*

Un auteur précise à juste titre que le cybercommerçant utilisant le modèle « pure player » dispose d'une clientèle propre¹⁰¹⁹. Cet auteur ajoute que « *l'essence même d'une activité de commerce électronique vise à se constituer un fichier de prospects, puis de clients, sur la base duquel des opérations de marketing ciblé pourront être réalisées afin d'améliorer les ventes* »¹⁰²⁰. Dans ce cas, les liens tissés entre cybercommerçant et le cyberclient sont très étroits et constituent une clientèle propre, élément essentiel du fonds de commerce numérique.

Compte tenu du caractère international et de la dématérialisation de son lieu d'exploitation, une distinction entre la clientèle et l'achalandage s'impose. À cet égard, les Professeurs Decocq et Stoffel-Munck établissent une distinction entre la clientèle fidèle et la clientèle occasionnelle. Selon les auteurs, la première « *revient souvent sur un site dont elle est satisfaite, et pourra même placer l'adresse électronique de son cybercommerçant dans ses favoris. De son côté à lui, elle disposera d'un compte, avec code d'accès, où ses coordonnées sont inscrites* »¹⁰²¹. En revanche, la seconde est celle « *qui surfe sur Internet à la recherche d'un produit déterminé ou par simple esprit de promenade se trouve amené devant les pages d'accueil de tel ou tel site qui constituent comme la vitrine de la boutique* »¹⁰²².

Selon les auteurs, deux facteurs déterminants permettent d'identifier la clientèle fidèle, à savoir l'ouverture de compte sur le site du commerçant et la récurrence de ses achats. Ces deux critères permettent de constituer une clientèle réelle en raison des rapports tissés entre le cybercommerçant et ses cyberclients¹⁰²³. Dans le cas contraire, les acheteurs ponctuels ou occasionnels constituent l'achalandage¹⁰²⁴. Les personnes qui se contentent de consulter sur le site n'en font pas partie, à notre sens.

¹⁰¹⁹ G. Desgens-Pasanau, *op. cit.* § 10.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ G. Decocq et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* I.A. 1.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ G. Decocq et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, I, B, 3.

¹⁰²⁴ S. Parent, « entrevue au Canal Argent en mars 2016, D'où vient l'achalandage sur les sites de commerce électronique ? » *Titan Interactif Inc.* Consulté le 26 octobre 2023.

373. Depuis plus d'une décennie, les plateformes¹⁰²⁵ se sont imposées comme un moyen incontournable du développement du commerce en ligne. Dans ce contexte, la clientèle propre est-elle remise en cause dès lors qu'il existe un lien de dépendance vis-à-vis d'une plateforme numérique ?

Les plateformes numériques ont pour but de mettre en relation les cybercommerçants proposant des biens ou des services et les cyberclients. Selon un auteur, les plateformes « *jouent le rôle d'intermédiaire entre les commerçants et leurs clients et constituent un marché biface où chaque face dépend de l'autre, le renforcement de l'une allant de pair avec celle de l'autre* »¹⁰²⁶. Le cybercommerçant commercialise, en effet, ses produits et services dans les conditions commerciales et techniques prédéterminées par la plateforme numérique. Son activité commerciale s'exerce sous la dépendance de celle-ci¹⁰²⁷. L'autonomie de gestion des clients, critère essentiel fixé par la Cour de cassation¹⁰²⁸ pour disposer d'une clientèle propre, fait donc défaut. Le commerçant ne peut donc naturellement se prétendre constituer un fonds de commerce numérique, celui-ci appartenant à la plateforme numérique.

374. Le fichier client constitue l'élément consubstantiel du fonds de commerce numérique, regroupant, selon un auteur, toutes les données à caractère personnel des cyberclients en un même endroit virtuel¹⁰²⁹. Le contenu de ce fichier est beaucoup plus étendu que celui du fichier client classique.

Se pose la question des spécificités inhérentes à l'univers numérique, s'agissant notamment des autres éléments incorporels qui composent le fonds de commerce numérique. La réflexion porte

¹⁰²⁵ Règl. (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, art. 2, 2. Énonce que « *les plateformes d'intermédiation ont pu être définies comme des services de la société de l'information, permettant aux entreprises utilisatrices de proposer des biens ou des services aux consommateurs en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre eux, les services étant fournis aux entreprises utilisatrices sur la base de relations contractuelles entre elles et le fournisseur de ces services* ».

¹⁰²⁶ T. Douville, *op. cit.*; C. Zolynski et J. Rochfeld, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? » *Dalloz IP/IT*, 2016. 520; J. Sénéchal, « La diversité des services fournis par les plateformes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJCA, concurrence, distribution*, 2016, n°02, p. 79.

¹⁰²⁷ M. Pedamon et H. Kenfack, S. Ringler, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 5^e éd. Dalloz, coll. « Précis », 2023, n° 271, p. 235.

¹⁰²⁸ Cass. 3^e civ., 17 janv. 2005, n° 03-15.283, *Bull. civ. III*, n° 10, à notre sens, l'arrêt « hippodrome » s'applique ; Cass. 3^e civ., 5 févr. 2003, n° 01-16.672, *Bull. civ. III*, n° 25 ; *RTD com.* 2003. 275, obs. J. Monégier ; *D.* 2003. 2749, obs. H. Kenfack ; Cass., Assemblée plénière, 24 avr. 1970, n°68-10.914.

¹⁰²⁹ S. Castagné, « Fonds de commerce, Fonds de commerce électronique, Cession », *J.-Cl. Ent. Ind.*, LexisNexis, fasc.1932, 2023§ 36.

en particulier sur le statut juridique du nom de domaine, du contrat d'hébergement et du contrat de référencement, qui n'existent pas dans le commerce traditionnel.

2) Apport en société du fonds d'un commerce numérique, la prééminence du virtuel

375. L'apport en société d'un fonds de commerce numérique suppose de cerner préalablement sa composition **(a)** avant de s'atteler à l'analyse des conditions de validité de l'apport **(b)**.

a) Éléments constitutifs du fonds de commerce numérique

376. La composition du fonds de commerce numérique présente une différence de taille par rapport au fonds traditionnel, notamment en l'absence de bail commercial, du moins si le cybercommerçant dispose de locaux pris à bail commercial pour domicilier son siège social, auquel le client n'a pas accès. De surcroît, il ne dispose pas d'actifs corporels, à l'exception de quelques ordinateurs dont la valeur globale n'est pas significative. En effet, le commerce en ligne peut se limiter à deux éléments incontournables. Un espace virtuel sur le disque dur de l'hébergeur et un nom de domaine.

Le fonds de commerce numérique est principalement composé d'un fichier client, d'un nom de domaine, d'un contrat d'hébergement et d'autres contrats nécessaires au cybercommerçant pour l'exploitation de son activité commerciale. Il nous semble que certains éléments sont indissociables du fonds de commerce, tandis que d'autres n'en font pas partie et doivent nécessairement figurer dans le contrat d'apport pour s'en prévaloir, sauf disposition légale contraire.

377. Avec la prolifération du commerce électronique propulsée par le développement du numérique, le nom de domaine s'est rapidement imposé comme un nouveau signe distinctif¹⁰³⁰ du fonds de commerce numérique et en constitue l'un des éléments essentiels.

La doctrine définit le nom de domaine comme « *l'enseigne sous laquelle une entreprise exploite, sur le réseau de l'internet, un établissement virtuel auquel une clientèle peut s'adresser pour obtenir des biens ou des services [...] ou s'informer de l'activité commerciale qu'elle exerce* »¹⁰³¹. Il résulte de cette définition que le nom de domaine remplit une fonction

¹⁰³⁰ G. Loiseau, « Le nom de domaine et internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999, chron., p. 247.

¹⁰³¹ G. Loiseau, « Renouveau du droit de propriété ? L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine », *Dr. & patr.* mars 2001, p. 59 ; C. Manara, *Le droit des noms de domaine*, préf. V.-L. Benabou, IRPI, LexisNexis, 2012, p. 382.

proche de celle de l'enseigne et du nom commercial¹⁰³². Il sert, en effet, de point d'accès au site internet, permettant d'identifier le fonds de commerce et d'attirer et de retenir la clientèle¹⁰³³ du cybercommerçant qui en est titulaire. Un auteur énonce clairement cette spécificité en précisant que « *le nom de domaine fait fonction de désignation de l'entreprise et de localisation du commerçant dans le cyberspace. Il constitue une des caractéristiques du fonds de commerce électronique* »¹⁰³⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme a qualifié le nom de domaine de « bien » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH¹⁰³⁵. De son côté, la jurisprudence l'a qualifié d'objet de propriété incorporelle¹⁰³⁶.

Le nom de domaine doit être analysé comme des *res nullius* qui, une fois attribué, fait l'objet d'un droit d'usage au profit de son titulaire¹⁰³⁷. Il est appropriable et fait l'objet d'un droit de propriété sans pour autant se prévaloir de la protection du droit de propriété industrielle, du moins si la condition d'originalité n'est pas remplie. Le nom de domaine est incontestablement un signe de ralliement de la clientèle¹⁰³⁸. Son détenteur est donc propriétaire d'un droit incorporel cessible et transmissible, notamment par voie d'apport en société.

378. Le site du cybercommerçant et les données des pages web sont « héberger » virtuellement sur un disque dur de stockage qui permet de les rendre accessibles sur la toile¹⁰³⁹.

Le propriétaire du site internet peut héberger son site et stocker les informations liées sur son propre serveur. Cependant, il l'est souvent auprès d'un prestataire dénommé hébergeur¹⁰⁴⁰

¹⁰³² G. Desgens-Pasanau, *op. cit.* § 26.

¹⁰³³ M.-B. Salgado, « Fonds de commerce, biens de l'exploitation, éléments incorporels, clientèle, nom commercial et enseigne, propriétés incorporelles », *J.-Cl. Not. Form.* LexisNexis, fasc.1060, 2023 §74.

¹⁰³⁴ S. Castagné, *op. cit.* §17.

¹⁰³⁵ CEDH, 18 sept. 2007, n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, Paeffgen GmbH c/Allemagne, Comm. com. électr. 2008, comm. 88, note Ch. Caron ; *JCP G* 2008, I, 158, n° 1, obs. Ch. Caron ; *RTD civ.* 2008, p. 503, obs. Th. Revet.

¹⁰³⁶ CA Paris, 14e ch., 18 oct. 2000, n° 2000/09406, *JurisData* n° 2000-130874 ; en matière fiscale, CE, sect., 7 déc. 2016, n° 369814, *Dalloz IP/IT* 2017 462, obs. J.-Ch. Benois.

¹⁰³⁷ A. Rabagny-Lagoa, « Propos sur la nature juridique du nom de domaine », *CCE* 2015. Étude 8, n° 16 s ; G. Loiseau, *op. cit.*

¹⁰³⁸ C. Manara, « Nom de domaine », *Rép. com.* Dalloz, juin 2019, n° 14.

¹⁰³⁹ En anglais : World Wide Web.

¹⁰⁴⁰ Extrait du Journal des tribunaux n° 6044 du 23 févr. 2002 et reproduit avec l'aimable autorisation des éd. Larcier.

chargé de stocker les informations dans ses centres de stockage et de traitement de données¹⁰⁴¹, surnommés parfois usines numériques¹⁰⁴².

Un contrat d'hébergement et de stockage d'informations est conclu entre le cybercommerçant et l'hébergeur, comprenant la location d'un espace dans le disque dur de l'hébergeur et la mise à disposition des capacités de traitement en « *temps machine* »¹⁰⁴³, afin que le site soit accessible sur le réseau.

S'appuyant sur l'argument jurisprudentiel selon lequel l'espace de stockage sur lequel est hébergé le site internet est interchangeable, abondant¹⁰⁴⁴ et ne constitue pas un local au sens de la Cour de cassation¹⁰⁴⁵, l'unanimité de la doctrine refuse d'assimiler le contrat d'hébergement au bail commercial¹⁰⁴⁶ et s'accorde à le qualifier de contrat de location¹⁰⁴⁷, de louage de chose¹⁰⁴⁸, de prêt s'il est à titre gratuit ou de contrat mixte si l'hébergeur propose d'autres prestations connexes¹⁰⁴⁹.

Le choix d'un hébergeur n'a aucune conséquence sur la réputation du site. Le fonds de commerce demeure en cas de changement d'hébergeur¹⁰⁵⁰.

Le contrat d'hébergement des données est indissociablement lié au site internet sans pour autant qu'il soit déterminant pour le fonds de commerce numérique.

D'autres contrats sont également nécessaires pour l'exploitation du fonds, tels que la charte graphique du site internet, les programmes informatiques et les adresses des réseaux sociaux. Ces contrats constituent des biens incorporels rattachés au fonds de commerce numérique, sans pour autant être indispensables et peuvent être apporté en société isolément¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴¹ En anglais : Data center.

¹⁰⁴² Ph. le Tourneau, *Contrats du numérique, informatiques et électroniques*, Dalloz référence, 12e éd., 2022/23 n° 422.05.

¹⁰⁴³ O. Iteanu, « Le contrat, l'outil majeur du commerce électronique », *Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, juill. 1999, n° 116, p. 2.

¹⁰⁴⁴ G. Desgens-Pasanau, *op. cit.* § 24.

¹⁰⁴⁵ Cass. 3e civ., 24 févr. 1976, *Bull. civ.* 1976, III, n° 80 (s'agissant de l'espace clos et couvert).

¹⁰⁴⁶ A. Mendoza-Caminade, *op. cit.*

¹⁰⁴⁷ C. civ. art. 1709 ; O. Iteanu, *op. cit.*.

¹⁰⁴⁸ C. civ. art. 1713.

¹⁰⁴⁹ S. Castagné, *op. cit.* §10.

¹⁰⁵⁰ Th. Verbiest, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ S. Castagné, *op. cit.* §12.

379. Le référencement payant vise à accroître la visibilité d'un site de commerce électronique sur la toile qui est propulsée par son référencement. Se pose alors la question de savoir si ce contrat pourrait être assimilé au bail commercial incorporé au fonds de commerce traditionnel. La doctrine majoritaire refuse cette assimilation du fait de la précarité de ce type de contrat¹⁰⁵². En effet, le propriétaire du site ne possède pas de droits au renouvellement du contrat de référencement. Par ailleurs, il ne bénéficie pas de la pérennité de l'emplacement sur la toile ou encore de la stabilité de la redevance locative¹⁰⁵³.

380. De surcroît, le site internet comporte de nombreuses œuvres d'esprit visualisées, telles que sa conception par des photographies et des graphismes, sa mise en forme ou encore son contenu. Ces œuvres sont protégées par des droits de propriété intellectuelle¹⁰⁵⁴.

b) Apport en société du fonds de commerce numérique

381. Admettre l'existence du fonds de commerce numérique permet de le céder « *à travers la cession des éléments attractifs de la clientèle* »¹⁰⁵⁵ ou de l'apporter en société.

L'apport en société d'un fonds de commerce numérique porte exclusivement sur les éléments d'actifs, nécessairement incorporels, à l'exception du passif qui demeure à la charge de l'apporteur, sauf en cas de présence d'une clause de reprise.

En l'absence des dispositions législatives spécifiques régissant l'apport en société d'un fonds de commerce numérique se pose la question de savoir si les textes régissant le fonds de commerce traditionnel sont applicables.

¹⁰⁵² La doctrine majoritaire n'admet pas cette assimilation et s'accorde que ce contrat doit s'analyser en un contrat de louage de choses au sens de l'article 1709 du Code civil ; Extrait du Journal des tribunaux n° 6044 du 23 févr. 2002 : « *la plupart des visites de sites internet proviennent d'un bon référencement dans les moteurs de recherche ou dans les autres sites. Un site bien référencé peut être comparé à un commerce bien situé. Cependant, bien plus que dans le monde "présentiel", le consommateur est enclin à se déplacer d'un site à l'autre, à la recherche du meilleur prix et/ou du meilleur service. Le réseau offre en effet au consommateur un terrain facile* » ; T. Douville, *op. cit.*, Selon l'auteur « *si le référencement payant accroît la visibilité d'un site de commerce électronique, le référencement naturel demeure sur les moteurs de recherche, le site étant par ailleurs directement accessible. De plus, la transposition du régime du bail commercial, qu'il s'agisse de la reconnaissance d'un droit au renouvellement ou d'un régime de révision des loyers, aurait peu de sens* ».

¹⁰⁵³ G. Desgens-Pasanau, *op. cit.* § 23.

¹⁰⁵⁴ C. propr. intell., art. L122-5.

¹⁰⁵⁵ Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, 2005, n° 2795.

Par assimilation à la cession, pour l'apport en société d'un fonds de commerce numérique, la doctrine s'accorde à respecter les dispositions particulières régissant le contrat de vente¹⁰⁵⁶, la cession du fonds de commerce traditionnel¹⁰⁵⁷ et les droits d'auteur¹⁰⁵⁸.

382. L'apport d'un fonds de commerce numérique porte nécessairement sur le fichier client et le nom de domaine. D'autres contrats peuvent être apportés, mais doivent être explicitement mentionnés sur le contrat d'apport.

383. Le fichier client d'un cybercommerçant regroupe toutes les données à caractère personnel des cyberclients stockées chez un hébergeur. Il peut être apporté en société *stricto sensu* ou incorporé parmi les éléments incorporels du fonds de commerce numérique.

À l'instar de la vente d'un fonds de commerce, l'apport du fichier client entraîne le transfert de celui-ci à la société bénéficiaire de l'apport.

Cependant, pour que le fichier client puisse être transmissible, le cybercommerçant devrait préalablement respecter certaines formalités prescrites par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, dite loi « Informatique et libertés », tant au cours de sa constitution que de son exploitation. Il s'agit notamment de l'obligation d'assurer la sécurité et la confidentialité des données, l'obligation de proportionnalité, ainsi que les procédures déclaratives auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)¹⁰⁵⁹.

L'absence de déclaration entraîne l'interdiction de la commercialité du fichier client. Celui-ci ne peut faire l'objet ni d'une cession ni d'un apport en société¹⁰⁶⁰. Selon Castagné, « *le fichier a un caractère illicite et la validité de toute opération juridique (cession du fonds électronique) impliquant la vente de fichiers de données personnelles peut être remise en cause* »¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ C. civ. art. 1582 et s.

¹⁰⁵⁷ C. com. art. L. 141- 1 et s.

¹⁰⁵⁸ C. propr. intell., art. L. 121- 1 et suivants.

¹⁰⁵⁹ S. Castagné *op. cit.* § 35.

¹⁰⁶⁰ Loi n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 22 ; Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037, *JurisData* n° 2013-013225 ; *JCP G* 2013, n° 37, 930, note A. Debet. Au visa de l'article 1128 du Code civil et de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978, la haute juridiction a admis que la vente d'un fichier non déclaré à la CNIL devait être sanctionnée par la nullité en raison de l'illicéité de son objet.

¹⁰⁶¹ S. Castagné, *op. cit.* § 36.

En principe, l'apport en société du fichier client entraîne le transfert de leurs données à caractère personnel¹⁰⁶² à la société bénéficiaire de cet apport. Ainsi, l'apport en société d'informations de données à caractère personnel doit faire l'objet d'une analyse particulière¹⁰⁶³.

À ce titre, le contrat d'apport doit faire l'objet d'un encadrement juridique spécifique par l'insertion des clauses contractuelles types prévues par la CNIL en cas d'apport transfrontalier hors (UE)¹⁰⁶⁴. En outre, les parties au contrat d'apport doivent respecter les données à caractère personnel des clients¹⁰⁶⁵.

La doctrine s'interroge si l'apport en société d'un fichier client électronique pouvait entraîner l'apport d'un fonds de commerce numérique, à l'instar de l'apport d'un site internet d'une entreprise « pure players ». Une réponse négative s'impose, dans la mesure où d'autres éléments incorporels sont nécessaires pour son exploitation, notamment le nom de domaine, les droits de propriété intellectuelle et les autorisations administratives¹⁰⁶⁶.

384. Le régime juridique du nom de domaine est assimilé à celui de l'enseigne¹⁰⁶⁷. Le fonds de commerce peut être apporté avec ou sans le nom du domaine.

En cas d'apport en société, et sauf clause contraire, le nom de domaine est transmis de plein droit avec le site internet qui fait partie intégrante du fonds de commerce numérique¹⁰⁶⁸. La société bénéficiaire de l'apport doit procéder aux démarches administratives auprès de l'AFNIC et se soumettre aux règles d'identification et de vérification d'éligibilité¹⁰⁶⁹. L'apporteur transmet à la société bénéficiaire le droit d'utiliser et d'exploiter le nom de domaine pour sa période de validité.

¹⁰⁶² Le transfert des données à caractère personnel hors du territoire de l'Union européenne est interdit à moins que le pays ou le destinataire n'assure un niveau de protection suffisant (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 68, 69 ; D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005).

¹⁰⁶³ G. Decocq et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* I, B, 3.

¹⁰⁶⁴ Décision d'exécution (UE) 2021/914 de la Commission du 4 juin 2021 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil.

¹⁰⁶⁵ RGPD, art. 5, 12, 14 et 21.

¹⁰⁶⁶ S. Castagné, *op. cit.* § 26.

¹⁰⁶⁷ Voir n° 379 *supra*.

¹⁰⁶⁸ Le nom de domaine est transmis au profit de la société bénéficiaire de l'apport au même titre que l'enseigne et le nom commercial.

¹⁰⁶⁹ Charte de nommage AFNIC, 7 avr. 2020, art. 6-4 ; Le Lamy droit du numérique (Guide) - Expert, 2024, n° 3468.

L'apport en société de ces droits n'emporte pas nécessairement d'apport du droit d'auteur. Ainsi, les parties à l'opération d'apport doivent vérifier que l'apporteur dispose de la titularité des droits sur les créations apportées et que leur apport en société est possible¹⁰⁷⁰.

Par ailleurs, les logiciels et les bases de données du site peuvent également être protégés par des brevets, qui doivent être apportés concomitamment avec les droits apportés.

385. Le contrat d'hébergement peut comporter des clauses restrictives de transmission. Ces clauses doivent être examinées pour identifier les restrictions potentielles de son apport en société. La présence de ces clauses entraîne nécessairement l'intervention de l'hébergeur dans le contrat d'apport en société. Cependant, et à l'instar du bail commercial, la stipulation de la restriction de la cession du contrat d'hébergement n'entraîne pas, à notre avis, celle de l'apport en société.

Sur ce fondement, et à la différence du bail commercial, l'apport du fonds de commerce électronique n'entraîne pas automatiquement l'apport à la société bénéficiaire des contrats d'hébergement du site internet ou du nom de domaine. Ces contrats doivent figurer explicitement sur le contrat d'apport parmi les éléments apportés.

386. D'autres contrats peuvent être apportés avec le fonds de commerce numérique. Une stipulation claire doit figurer sur le contrat d'apport. Il s'agit principalement des contrats de création du site, de référencement, d'accès au réseau et de maintenance informatique¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ S. Castagné, *op. cit.* § 24.

¹⁰⁷¹ S. Castagné, *op. cit.* § 27.

CHAPITRE 2 - L'APPORT EN NATURE - ÉVALUATION ET DROITS CONFÉRÉS

387. Tout apport en société doit être équitablement rémunéré. Une juste rémunération est subordonnée à une évaluation plus sincère de l'apport et de la société qui en est bénéficiaire.

L'évaluation concerne aussi les avantages particuliers qui peuvent influencer sur la parité d'échange et par voie de conséquence sur le nombre de titres de capital à émettre pour une telle rémunération.

388. La panoplie des méthodes d'évaluation susceptibles d'être mises en œuvre et la flexibilité accordée aux évaluateurs peuvent influencer sur l'équité de l'opération d'apport. Le choix des méthodes à adopter relève de l'appréciation de l'évaluateur et du contexte global de l'opération. Certaines méthodes présentent plus de risques que d'autres. Bien que la méthode d'actualisation des flux de trésoreries prévisionnels apparaisse comme une technique d'évaluation adaptée à un grand nombre de spécificités contextuelles¹⁰⁷², elle engendre des risques¹⁰⁷³ quant à la fiabilité de la valeur des biens évalués et corrélativement de la rémunération de l'apport.

389. Outre les droits sociaux classiques, d'autres formes de titres de capital peuvent servir à rémunérer l'apport en nature, et notamment les VMDAC. Plusieurs auteurs sont dubitatifs quant à ce mode de rémunération, particulièrement lorsque la composante hôte est une obligation conférant un accès possible au capital social. La rémunération de l'apport par des actifs numériques constitue une nouveauté qu'il convient d'explorer à travers ce chapitre.

Ainsi, nous analysons, dans une première section, les enjeux de l'évaluation de l'apport en nature (**Section 1**).

Dans une seconde section, nous examinerons les différentes options de rémunération envisagées pour l'apporteur. Cela peut inclure diverses formes de rétribution, dont le choix dépendra principalement des besoins et des objectifs de toutes les parties impliquées dans la convention d'apport en nature (**Section 2**).

¹⁰⁷² L. Jerman, th. préc., p. 70.

¹⁰⁷³ Dès lors que l'appréciation des prévisions est très optimiste.

Section 1 - Les enjeux de l'évaluation de l'apport en nature

390. L'évaluation de l'apport en nature est un préalable pour déterminer le rapport d'échange qui sert comme fondement pour la rétribution de l'apport en nature (I). Diverses approches et méthodes peuvent être mises en œuvre afin de procéder à une évaluation impartiale (II) et déterminer un rapport d'échange équitable.

I- L'importance et la nécessité de l'évaluation

391. Tout apport mérite une rémunération. Celle-ci doit être juste et équitable. La détermination de la juste valeur d'un apport est subordonnée à la prise en compte du contexte général de cette évaluation (1). Par ailleurs, cette dernière est souvent précédée d'une due diligence, qui permet de vérifier les informations fournies par les parties à l'opération d'apport et de figer une cartographie des risques potentiels (2).

1) Contexte général de l'évaluation

392. L'évaluation financière n'est pas une science exacte. La juste valeur d'un apport en nature est subordonnée à une évaluation impartiale, dont le processus est fondé sur des critères subjectifs et objectifs. Ce processus cantonne de nombreux enjeux qu'il convient d'examiner (a). De surcroît, le cadre juridique et pratique de l'évaluation financière ne permet de figer ni les méthodes ni les facteurs d'influence sur le processus (b).

a) Processus de l'évaluation de l'apport en société, enjeux et objectifs

393. L'évaluation est définie comme « *l'action d'estimer la valeur, le prix d'une chose* »¹⁰⁷⁴. Selon un auteur, le terme évaluation désigne à la fois la démarche intellectuelle et le résultat de cette opération¹⁰⁷⁵. L'évaluation prédomine dans la vie juridique de l'entreprise, tantôt pour quantifier un préjudice tantôt pour chiffrer un droit.

Tout apport en société doit être équitablement rétribué¹⁰⁷⁶. En contrepartie de son apport en nature, l'apporteur est rémunéré par des droits sociaux de la société bénéficiaire, soumis aux aléas sociaux¹⁰⁷⁷ qui déterminent ses prérogatives sociales, politiques et financiers, auxquels il

¹⁰⁷⁴ Littré-Dictionnaire de la langue française – Mot évaluation ; www.littre.org/definition/evaluer; consulté le 24 juill. 2024.

¹⁰⁷⁵ G. Decocq, *Essai sur l'évaluation*, thèse Paris II, 1996, p 32.

¹⁰⁷⁶ Cass. com., 12 nov. 1986, n° 85-10.617, *RJF* 1987, p. 373.

¹⁰⁷⁷ *Ibid* ; R. Besnard Goudet, *op. cit.* § 75 ; A. Tardos, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2013, p.16 ; D. Gibirila, « Société, dispositions générales, constitution de la société, apports », *J.-Cl. Civ. Code*, LexisNexis, fasc.11, 2023 § 17 ; Cass. com., 12 nov. 1986, n° 85-10.617, *RJF* 1987,

peut prétendre en raison de sa qualité d'associé. De surcroît, les avantages particuliers destinés à compenser la valeur des droits sociaux attribués par rapport à la valeur de l'actif apporté doivent également être évalués¹⁰⁷⁸.

394. La théorie financière impose que tout investissement ou rapprochement d'entreprises soit évalué au regard de son risque inhérent et de son rendement prévisionnel. L'intérêt de l'évaluation consiste alors à quantifier avec la plus grande prudence ces deux aspects étroitement liés afin de résoudre une équation à plusieurs inconnus, tendant à aboutir à la valeur de l'entreprise évaluée. Un auteur considère que *« l'évaluation des entreprises est un inépuisable sujet de réflexion et constitue un problème fondamental de l'analyse financière. Ce problème n'est pas le même que celui de l'évaluation comptable des postes du bilan : il ne se pose pas dans les mêmes circonstances et il ne se résout pas par les mêmes procédés »*¹⁰⁷⁹.

L'évaluation financière ne porte pas toujours sur une entreprise dans son ensemble. Elle peut ne concerner que certains de ses éléments d'actifs, acquis ou créés par l'entreprise elle-même au cours de la vie sociale, enregistrés ou non dans ses comptes sociaux. Elle peut également concerner un bien appartenant à une personne morale ou à une personne physique, à titre professionnel ou particulier. L'évaluation de ces actifs s'avère parfois complexe et peut donner lieu à des injustices¹⁰⁸⁰.

395. La diversité des méthodes d'évaluation susceptibles d'être appliquées, ainsi que des hypothèses estimées et retenues par l'évaluateur, corrélées à l'effet de l'intervention des sapiteurs, influence considérablement la valeur d'apport. L'appréciation de l'évaluateur reste très large et l'impact sur la valeur financière de l'actif ou de l'entreprise évaluée demeure considérable.

396. À la constitution de la société, l'apport détermine la portée des droits et prérogatives politiques et financières de chacun des associés. Les titres émis en rémunération de l'apport de chacun des associés influencent notamment leurs pouvoirs et prérogatives.

Lors d'une augmentation de capital, de nouveaux titres de capital sont émis et attribués

p. 373 ; Cass. com., 7 juill. 2004, n° 03-12106, n° 1143 F-D, *Bull. Joly soc.*, n° 1, p. 42, 01 janv. 2005, note Y. Reinhard et F. Passot.

¹⁰⁷⁸ C. com. art. L. 225- 147.

¹⁰⁷⁹ G. Hirigoyen, « Problématique de l'évaluation des entreprises », *Identités de la gestion*, méf. P. Lassègue, Vuibert, 1991, p. 83.

¹⁰⁸⁰ S. Saint Genis, *La préférence en droit des sociétés, contribution à l'étude de la liberté statutaire*, thèse Lyon, 2018, p. 366.

aux associés apporteurs en contrepartie de leurs apports en nature. Les anciens associés, n'ayant pas participé à cette augmentation ou ayant effectué un apport en numéraire, subissent inéluctablement une dilution de leurs droits politiques et financiers et peuvent perdre le contrôle ainsi que l'influence sur les décisions stratégiques postérieurement à l'augmentation de capital¹⁰⁸¹.

397. Le mode de rémunération de l'apport en nature complexifie le processus d'évaluation pour deux raisons.

Il ne s'agit pas, de prime abord, de calculer le prix de vente de l'actif apporté. En effet, et dans la mesure où la valeur d'apport est incorporée dans les capitaux propres de la société bénéficiaire de l'apport, une évaluation préalable, tant du bien apporté que de la société bénéficiaire de l'apport, doit être menée avec justesse et précision.

En outre, et indépendamment des droits sociaux attribués à l'apporteur, des avantages particuliers¹⁰⁸² peuvent lui être accordés en supplément de sa rémunération. Ceux-ci peuvent être positifs ou négatifs et sont également soumis à la procédure d'évaluation et d'appréciation par un commissaire aux apports¹⁰⁸³.

Dans les sociétés de capitaux, l'évaluation des apports en nature est soumise à une procédure spéciale, ayant pour objectif de protéger les droits des associés, des créanciers et des tiers.

398. Les méthodes d'évaluation des apports en nature sont multiples et variées. Elles sont regroupées, selon la doctrine, en trois catégories¹⁰⁸⁴. Celles-ci peuvent être influencées par plusieurs facteurs, notamment par la diversité des actifs qui peuvent faire l'objet de l'apport. La diversité des formes d'apports¹⁰⁸⁵ peut aussi compliquer la démarche d'évaluation.

Le contexte de l'évaluation et l'environnement économique de l'entreprise à évaluer, appréciés à la date de l'évaluation, constituent deux facteurs importants à prendre en compte par l'évaluateur. Celui-ci doit être particulièrement vigilant pour les évaluations menées dans des situations exceptionnelles ou ponctuelles, afin de ne pas biaiser les données passées ou les hypothèses prévisionnelles pour l'évaluation. Il s'agit particulièrement des évaluations menées

¹⁰⁸¹ Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-22.076, P+B, Juris Data n° 2020-015324.

¹⁰⁸² R. Tunc, *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions*, thèse Université de Paris, 1936, p. 18 n° 13 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 855, p. 341.

¹⁰⁸³ Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 4493.

¹⁰⁸⁴ V. n° 442 *infra*.

¹⁰⁸⁵ Apport d'usufruit, apport en usufruit, apport en nu-propriété ou apport en jouissance.

pendant des périodes de crise ou de « bulle »¹⁰⁸⁶. L'évaluateur ne doit alors garder que les données structurelles et anéantir les données fluctuantes susceptibles de biaiser les informations financières recueillies. Ainsi, il conserve uniquement les données ayant un caractère récurrent.

À titre d'illustration, et en raison des difficultés techniques qu'elle soulève, l'évaluation de l'apport en jouissance suscite souvent la méfiance des praticiens¹⁰⁸⁷. Celle-ci prend en considération les conditions de la jouissance et notamment sa durée, les clauses restrictives et les modalités convenues pour récupérer son bien. La démarche se complique pour l'apport en jouissance du numéraire ou des actifs numériques.

Le même constat est transposable à l'apport d'un bien démembré. Pour estimer les flux futurs d'un apport en usufruit non limité conventionnellement dans le temps, l'évaluateur doit estimer la durée de longévité de l'usufruitier en fonction de son âge et de son état de santé.

399. L'évaluation de la société bénéficiaire de l'apport conduit l'évaluateur à identifier tous les actifs comptabilisés, en principe au coût historique¹⁰⁸⁸, et les actifs non comptabilisés, notamment les actifs incorporels créés par l'entreprise, tels que les marques, brevets, fonds de commerce, *etc.* L'évaluation ne se limite pas uniquement à l'actif de la société, mais s'étend également à son passif et à l'impact financier des engagements hors bilan. Le Professeur Decocq énonce que *« les apports comme les biens de la société réceptrice présentent généralement comme des ensembles complexes associant des actifs physiques d'âges et d'origines variés avec des éléments incorporels difficilement chiffrables et généralement absents du bien »*¹⁰⁸⁹.

400. La valeur de l'entreprise est donc déterminée en fonction de nombreux paramètres, tant objectifs que subjectifs, tels que, par exemple, ses performances, le rapport de force entre les parties, leurs motivations, la quotité de capital échangé, *etc.*

L'évaluateur détermine les méthodes d'évaluation en fonction des objectifs stratégiques¹⁰⁹⁰ des acteurs économiques participant à l'opération d'apport. Par conséquent, ce sont les circonstances ou le contexte de l'évaluation ainsi que la nature du bien apporté qui imposent

1086 Ex : La crise des subprimes (2007-2008).

1087 C. Regnaut-Moutier, *op. cit.*, p. 215, n° 207.

1088 Mémento comptable, *op. cit.*, n° 3550.

1089 G. Decocq, *thèse préc.* p. 130.

1090 Ex. Cession, acquisition ou modification du périmètre de contrôle, le développement, l'investissement, le désengagement, la conquête d'un marché voire d'une simple commande opérations boursières, stratégies de croissance, redéploiement industriel, placements d'épargne.

les méthodes d'évaluation à retenir par l'évaluateur. En principe, l'évaluation financière n'a pas pour résultat d'aboutir à une seule valeur intangible, mais vise à déterminer une fourchette de valeurs acceptables et raisonnables¹⁰⁹¹.

b) Processus de l'évaluation financière : un encadrement imparfait

401. Invoquant l'absence de formalisme et d'encadrement du processus d'évaluation, le Professeur Decocq précise que « *la réglementation de l'évaluation que doit opérer l'autorité de contrôle est liée au cadre procédural dans lequel s'inscrit son intervention. Si les règles de procédure reposent sur les parties ou si l'expert fournit aux parties un avis, la réglementation de l'évaluation est peu formalisée. En revanche, lorsque la procédure est inquisitoire, ou lorsque le tiers intervient pour fixer un seuil à l'offre, la réglementation de l'évaluation est plus développée* »¹⁰⁹². En effet, l'évaluation de l'apport en nature relève de cette dernière hypothèse. Il est clair, selon cet auteur, que l'évaluation vise à fixer un seuil de l'offre et non un prix.

Depuis fort longtemps, et à l'instar de sa coutume, le législateur français s'est abstenu de figer des règles et méthodes précises d'évaluation des apports en nature. Un auteur postule que « *le législateur français, quelque peu impérialiste, ne s'est toutefois jamais aventuré dans le domaine de l'évaluation, il a toujours laissé le soin aux professionnels de fixer les méthodes d'évaluation sous le contrôle éventuel des tribunaux qui ont formé progressivement la jurisprudence judiciaire et administrative en matière d'évaluation* »¹⁰⁹³.

De son côté, lors d'un débat parlementaire, le ministre de la Justice a implicitement confirmé cette position en estimant que « *ces opérations sont complexes et 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 protection recherché* »¹⁰⁹⁴. Cette position est ancienne, mais demeure toujours d'actualité. D'ailleurs, la plupart des législations étrangères consacrent, sur cet aspect, des solutions voisines.

¹⁰⁹¹ Cass. com., 9 mai 1985, *Bull. Joly soc.*, 1985, p. 788 ; CA Paris, 6 avr. 2004, n° 2003/19984, note J.-M. Moulin, *Bull. Joly soc.*, n° 10, p 1262.

¹⁰⁹² G. Decocq, th. préc. p. 107 et s.

¹⁰⁹³ Th. Saint-Bonnet, *op. cit.*,.

¹⁰⁹⁴ Rép. Min. de la Justice du 18 mai 1974, à une question d'un parlementaire qui relevait que la loi stipulait qu'il fallait « apprécier » la « valeur réelle » des apports en nature, mais sans dire comment.

402. L'évaluation d'un apport en nature n'est pas toujours aisée et peut potentiellement engendrer des injustices en cas d'inexactitude¹⁰⁹⁵.

La surévaluation de l'apport d'un bien en société accroît indûment la participation de l'apporteur au capital social, au détriment des associés non apporteurs qui se voient leurs droits dilués. Elle génère, par conséquent, un déséquilibre entre les associés eux-mêmes. Cette technique dite de « mouillage des apports »¹⁰⁹⁶ peut avoir de lourdes conséquences sur les autres associés et les partenaires sociaux. En effet, le capital social, composé de biens surévalués, est artificiellement élevé et induit les créanciers sociaux ainsi que les tiers en erreur sur la véracité des capitaux propres¹⁰⁹⁷.

À l'inverse, la sous-évaluation léserait d'évidence l'apporteur. Cette pratique est courante pour dissimuler une libéralité de l'apporteur à la société bénéficiaire de l'apport. C'est pourquoi une procédure d'évaluation très réglementée a été instituée par le législateur dans les sociétés de capitaux¹⁰⁹⁸.

403. L'évaluation de l'apport en nature suppose la réalisation de préparatifs très complexes. En effet, apporter un actif d'une valeur importante à une société de capitaux, considérée pour l'apporteur comme une boîte étanche, est conçu comme une décision stratégique qui doit être bien réfléchie. Ainsi, pour éviter des déconvenues après la concrétisation de l'opération d'apport, lesquelles pourraient diminuer la valeur de la société bénéficiaire de cet apport et entraîner la dépréciation des droits sociaux attribués à l'apporteur, celui-ci pourrait initier une due diligence de la société cible, d'un commun accord avec ses dirigeants, en vue d'évaluer précisément la portée du partenariat projeté¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵ S. Saint gesnis, th. préc., p 366.

¹⁰⁹⁶ Les apports en société, Dossier de synthèse documentissime ressources juridiques et pratiques §2 <https://www.documentissime.fr/dossiers-droit-pratique/dossier-257-les-apports-en-societe/l-evaluation-de-l-apport-en-nature.html>, consulté le 13 févr. 2024.

¹⁰⁹⁷ CE, plén. fisc., 9 mai 2018, n° 387071, *Dr. sociétés* 2018, comm. 158, note J.-L. Pierre. Selon le Conseil d'État, l'administration fiscale est fondée à redresser la valeur estimée des actifs apportés pour y substituer la valeur vénale, augmentant ainsi l'actif de l'entreprise ; CE, sect., 28 févr. 2001, n° 199295, *Dr. sociétés* 2001, comm. 120, note J.-L. Pierre, selon cet arrêt, l'administration fiscale peut, en outre, retenir la qualification de distribution occulte en cas d'apport, à une société assujettie à l'impôt sur les sociétés, d'un élément d'actif à un prix majoré par rapport à sa valeur vénale sans contrepartie à cet écart ;

¹⁰⁹⁸ C. com. art. L225-14 (pour les SA), art. L227-1 (pour les SAS), art. L223-9 (pour les SARL).

¹⁰⁹⁹ P. Grenier, « La compliance dans les opérations d'acquisition, de due diligence à l'intégration de la cible post-acquisition », *JCP E.* n° 27, 8 Juill. 2021, 492.

2) La due diligence un préalable d'une évaluation optimale

404. La due diligence est un concept d'origine américaine souvent initié par un acheteur pour évaluer les risques correspondant à un achat, ce qui peut influencer sur le prix de la transaction.

Dans le cadre d'une opération d'apport en nature, la situation est plus complexe puisqu'il n'y pas de prix à payer, mais une valeur à déterminer selon un processus très complexe qui doit tenir compte de plusieurs facteurs.

Dès lors, une évaluation financière menée uniquement sur la base d'un fonds documentaire peut aboutir à une valeur biaisée. Une prise de connaissance des aspects opérationnels et financiers des parties à l'opération à travers une mission de due diligence s'impose **(a)**. La mise en œuvre de celle-ci nécessite de cerner le contour des zones des risques potentiels qui peuvent influencer sur l'objectivité ou la subjectivité de l'évaluation **(b)**.

a) La due diligence, une nécessité impérieuse

405. L'apporteur et la société bénéficiaire de l'apport doivent évaluer la justesse de leurs choix stratégiques en fonction des avantages et des risques éventuels inhérents à l'opération d'apport. Pour cette raison, avant de concrétiser l'opération d'apport, une due diligence¹¹⁰⁰ s'impose afin de mieux cerner les faiblesses et les forces de la société bénéficiaire de l'apport et l'impact de ceux-ci sur l'opération d'apport.

L'objectif de la due diligence s'appuie sur le principe de Caveat emptor¹¹⁰¹.

406. La due diligence permet de réduire le risque d'échec du deal et de protéger la société bénéficiaire de l'apport contre la divulgation d'un trop grand nombre d'informations sensibles¹¹⁰². Ainsi, l'apporteur peut éviter des surprises lors des négociations grâce à la mise en lumière de risques ignorés affectant potentiellement la valeur de la société.

Si la due diligence représente une étape clé lors d'une opération d'apport en nature, son importance est accrue dans un contexte de crise économique, dont l'effet pourrait biaiser les informations opérationnelles, stratégiques et financières.

¹¹⁰⁰ <https://trustpair.fr/blog/due-diligence-focus-sur-les-enjeux-et-les-outils/>, consulté le 16 déc.2023.

¹¹⁰¹ Caveat emptor est une expression latine signifiant littéralement « *que l'acheteur soit vigilant* », https://fr.wikipedia.org/wiki/Caveat_emptor, consulté le 29 janv. 2024.

¹¹⁰² Mémento Cessions de parts et actions, op. cit., n° 10650.

407. Intervenant en aval de la lettre d'intention, la due diligence, devenue quasi obligatoire, constitue un audit spécifique initié par l'apporteur¹¹⁰³.

Selon un auteur, « *la due diligence conduite préalablement à l'acquisition des titres d'une société s'entend de l'ensemble des démarches entreprises par un acquéreur potentiel en vue d'obtenir une meilleure connaissance de cette société, dévaluer ses risques et la valeur de ses actifs* »¹¹⁰⁴.

Certaines décisions judiciaires ont même considéré que l'absence de ces diligences constitue une erreur inexcusable. Il a ainsi été jugé par la Cour d'appel de Paris qu'« *en présence d'un déficit double de celui prévu, la victime commet une erreur inexcusable en prenant le contrôle d'une cible si elle ne réalise pas un audit ou à défaut, si elle réalise l'opération sans évaluation sérieuse, sur la base de documents comptables non définitifs et ne portant pas sur plusieurs exercices sociaux* »¹¹⁰⁵.

408. L'intérêt de cet audit réside dans sa réalisation en amont dans le calendrier et en étroite collaboration entre l'apporteur et la société bénéficiaire de cet apport. Elle permet d'apprécier objectivement les indicateurs et ratios clés¹¹⁰⁶ nécessaires pour une évaluation appropriée de la réalité des risques et pour une juste valorisation des actifs. Le professionnel chargé de l'exécution de la mission est mandaté par l'apporteur après accord des dirigeants de la société bénéficiaire.

409. L'apporteur ne devrait pas être le seul à devoir s'intéresser à la solidité financière de la société bénéficiaire de l'apport. Les dirigeants de cette dernière pourraient également initier une diligence raisonnable avant l'acquisition, par voie d'apport, d'un actif complexe ou risqué. La société bénéficiaire mandate alors à son tour un professionnel chargé de l'exécution de cette mission en tout autonomie et indépendance du professionnel désigné par l'apporteur.

410. Cependant, dans le cadre d'une opération d'apport en nature, l'intervention de deux professionnels indépendants pour la mise en œuvre de ces deux missions s'avère inadéquate.

¹¹⁰³ F. Mousseron, l'audit contractuel, *JCP E* 1987, n° II, 14 710, p. 289 ; P. Peyramaure, « Description de la technique d'acquisition de société », *RJ com.* nov. 1988, p. 76 ; J.-J. Caussain et M. Germain, « Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées », *JCP E* 1987, n° 14915, p. 205.

¹¹⁰⁴ L. Saucier, « Data room dans le cadre des due diligences préalables à l'acquisition des titres d'une société », *LPA*, n° 108, p. 12..

¹¹⁰⁵ CA Paris, 9 avr. 1986, *Bull. Joly*, mars 1986, n° 3, p. 185 ; *JCP N* 1987, p. 17, chron. E. Le Dolley et J. Richard.

¹¹⁰⁶ Notamment, le seuil de rentabilité, le niveau de l'endettement...

Une due diligence commune pourrait être initiée par l'apporteur et la société bénéficiaire de cet apport. Le mandatement d'un seul professionnel pour l'exécution de la mission permet d'harmoniser les travaux de due diligence et de disposer d'un rapport unique de fin de mission. Les parties coopèrent avec le professionnel en créant une « data room »¹¹⁰⁷ qui inclut toutes les informations essentielles nécessaires pour la mise en œuvre de la due diligence commune.

Il peut alors collecter des informations sur la viabilité de la société bénéficiaire de l'apport et de s'assurer de la fiabilité de ses comptes sociaux présentés¹¹⁰⁸.

Le rapport du professionnel mandaté répond à la majorité des questions et préoccupations de l'apporteur¹¹⁰⁹ et de la société bénéficiaire, tout en rassurant celle-ci que ses informations confidentielles demeurent protégées.

b) Mise en œuvre de la due diligence

411. L'exécution de la mission de due diligence consiste à récolter et analyser toutes les informations sur la société bénéficiaire de l'apport et son environnement en vue d'examiner l'exactitude des informations fournies par ses dirigeants et d'identifier ses forces et faiblesses, avant et après la réalisation de l'apport.

La due diligence recouvre généralement les aspects comptables, financiers, sociaux, juridiques et fiscaux de la société bénéficiaire de l'apport. Elle peut également être complétée, selon son activité, par des audits techniques. Elle permet de mieux prendre en compte certains facteurs sous-estimés par les parties, malgré leur impact fondamental sur les conditions de l'opération d'apport.

412. En effet, pour sécuriser l'investissement de l'apporteur, la solidité de la structure financière de la société cible revêt une importance cruciale. La due diligence vise à rassurer l'apporteur sur la fiabilité des informations fournies par les dirigeants de la société bénéficiaire de l'apport, en vue de répondre aux principales interrogations qui les préoccupent à savoir, sa solvabilité et la rentabilité prévisionnelle de l'investissement.

¹¹⁰⁷ L. Saucier, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁰⁸ J-B. Tournier et J-C. Tournier, *évaluation d'entreprise que vaut une entreprise ?*, Editions d'Organisation, « Livres outils » 4^e éd. 2007, p. 33.

¹¹⁰⁹ CNCC, avis n° 2 du 14 nov. 2002, Diligences de cession.

La due diligence permet de mettre en lumière les zones de risques financiers et opérationnels¹¹¹⁰ en vue d'identifier les facteurs clés susceptibles d'influencer ses hypothèses servant de base pour son évaluation.

413. Les risques financiers portent sur deux aspects principaux : la fiabilité des postes bilanciels et les engagements hors bilan.

414. Pour déterminer la valeur réelle de la société bénéficiaire de l'apport, l'information bilancielle paraît souvent très insuffisante. La quasi-totalité des actifs et des passifs sont comptabilisés au coût historique¹¹¹¹, tandis que les variations monétaires, ainsi que l'inflation, peuvent décrocher la valeur comptable de la valeur réelle¹¹¹². Par voie de conséquence, la valeur des capitaux propres de la société cible peut ne pas refléter une image fidèle du patrimoine de l'entreprise.

La constatation d'une provision pour dépréciation d'un actif circulant ou immobilisé, ou encore pour risques et charges, impacte alors considérablement les capitaux propres et, par voie de conséquence, la valeur des titres de capital.

La due diligence permet, par ailleurs, au professionnel mandaté de s'assurer que le business plan¹¹¹³, présenté par la société bénéficiaire pour servir d'hypothèse de l'évaluation, est réaliste et réalisable. Elle permet d'identifier l'impact de l'apport sur le processus d'exploitation¹¹¹⁴ et d'évaluer les synergies possibles pour optimiser le rendement de l'actif apporté.

415. Les informations financières doivent nécessairement circonstancier la compliance. Un auteur définit cette notion comme « *un corps de règles ou de bonnes pratiques qu'il convient de suivre pour éviter de commettre une illégalité grave, le plus souvent de nature pénale ou susceptible de générer un risque très significatif* »¹¹¹⁵.

¹¹¹⁰ F. Basdevant et J.-M. Bolzer, « Audit juridique et convention de garantie dans les acquisitions d'entreprise », *DPCI*, 1992, n° 1, p. 6.

¹¹¹¹ C. com. art. L.123-18, al. 1^{er}, selon ce texte « *À leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale, les biens produits par l'entreprise à leur coût de production* ».

¹¹¹² J.-B. Tournier et J.-C. Tournier, *op. cit.*, p 57.

¹¹¹³ L'évaluation de la société fondée sur un business plan prévisionnel sur une période plus au moins courte.

¹¹¹⁴ Mémento Transmission d'entreprise, *op. cit.*, n° 86010.

¹¹¹⁵ A. Hamelle, « Un exemple de bonnes pratiques en matière de compliance », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 125, 1er avr. 2017, n° 6189.

Dans ce sillage, la Cour de cassation sanctionne une Cour d'appel au motif que celle-ci « *prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-25 du Code de commerce la cour d'appel écartant toute faute de gestion d'un gérant de SARL sans rechercher s'il ne s'était pas abstenu de mettre en place un système de contrôle permettant de vérifier la régularité des factures qui lui étaient présentées correspondant aux opérations les plus importantes. Vigilance, détection et réactivité auraient dû, en effet, animer ce gérant dans la perspective d'une véritable compliance financière [...]* »¹¹¹⁶.

Ainsi, la survenance d'une violation des dispositions législatives pourrait entraîner des sanctions financières d'une sévérité significative, qui pourrait considérablement impacter la parité d'échange. La due diligence permet, en effet, de s'assurer que la société à évaluer dispose d'un système de contrôle adéquat permettant d'éviter de commettre des irrégularités graves qui pourraient avoir un impact négatif sur le patrimoine de la société.

416. Les engagements hors bilan constituent une source de droits et obligations de la société bénéficiaire ne figurent pas sur ses comptes sociaux. S'ils se réalisent, ils influent sur sa situation patrimoniale¹¹¹⁷ et corrélativement sur la valeur des droits sociaux qui seront attribués à l'apporteur.

L'AMF rappelle que « *l'information sur certains engagements hors bilan jugés significatifs et/ou s'ils se traduisent par des risques majeurs sur la situation financière de la société doivent d'être mentionnée en annexe des comptes annuels* »¹¹¹⁸. Elle présente, en outre, les principes d'identification et de présentation des engagements hors bilan devant faire l'objet d'une information¹¹¹⁹. L'AMF énumère, sans que cela soit exhaustif, une liste des engagements hors bilan qui doivent faire l'objet d'une information en annexe des états de synthèse.

Cela peut s'agir des cautions données par la société, des engagements de garantie ou de financement donnés ou encore des engagements pris en matière de pensions et obligations similaires.

La due diligence permet d'identifier et d'analyser ces engagements susceptibles d'impacter la valeur de la société. À titre d'exemple, une caution donnée à une banque pour garantir la dette

¹¹¹⁶ Cass. com., 9 févr. 2022, n° 20-14.476, *JCP G* 2022, n° 1170 ; note Th. de Ravel d'Esclapon, *Rev. soc.*, sept. 2022, p. 487 ; note B. Dondéro « *la compliance imposée à toutes les sociétés par la Cour de cassation ?* ».

¹¹¹⁷ <https://infonet.fr/lexique/définitions/engagements-hors-bilan>, consulté le 13 nov. 2023.

¹¹¹⁸ Recomm., AMF, N° 2010-14, 06 déc. 2010, p2.

¹¹¹⁹ Recomm., AMF, op. cit., p1.

importante d'une société sœur, dont la situation se révèle irrémédiablement compromise, conduit indubitablement à une sortie de trésorerie sans contrepartie¹¹²⁰.

Le résultat de la due diligence servira d'outil précieux pour l'évaluateur afin d'avoir une connaissance générale sur les garanties et cautionnements donnés ou engagements hors bilan¹¹²¹.

417. Le risque opérationnel n'est pas sans conséquence sur le processus d'évaluation. Ainsi, si le but d'une due diligence juridique, fiscale ou comptable est de vérifier que les données fournies par la société bénéficiaire de l'apport sont exactes et ne masquent aucun risque réel ou potentiel¹¹²², la due diligence opérationnelle permet de confirmer la portée stratégique du deal et notamment l'impact de l'apport sur l'activité et la part de marché de la société après l'opération d'apport. Elle permet en outre d'évaluer les risques inhérents à cet actif en analysant les forces et les faiblesses de son intégration à l'actif de la société bénéficiaire.

La due diligence opérationnelle permet, à cet effet, de récolter et d'analyser toutes les informations opérationnelles de la société bénéficiaire de l'apport en vue d'identifier les forces et faiblesses de son processus de production et d'exploitation, actuelles et futures¹¹²³. Cette forme de diligence permet aussi d'évaluer les risques associés à des prévisions trop optimistes des comptes d'exploitation et du coût de capital¹¹²⁴.

La survenance de certains événements opérationnels, dont le fait générateur trouve son origine avant la date d'apport en société et révélé après la réalisation de l'apport, pourrait impacter négativement la valeur de la société bénéficiaire de l'apport et, corrélativement, les droits sociaux attribués à l'apporteur en rémunération de son apport.

Il peut s'agir, à titre d'exemple, d'un concurrent potentiel en cours d'installation, d'une infraction aux droits de propriété industrielle ou au droit de l'environnement, de contrats non respectés, d'une pénurie d'intrants ou d'une restriction des extrants, de l'apparition de nouvelles

¹¹²⁰ Mémento Cessions de parts et actions, op. cit., n° 10750.

¹¹²¹ Ex. des créances abandonnées au profit de la société avec clause de retour à meilleure fortune, des sommes dues aux dirigeants en cas de départ.

¹¹²² CA Amiens, 1re Ch. Civ., 6 nov. 2018, n° 16/05833.

¹¹²³ Mémento Fusions et acquisitions, F. Lefebvre, Mémento pratique, 2024, n° 3300.

¹¹²⁴ Mémento Transmission d'entreprise, op. cit., n° 73470. Selon l'ouvrage, le coût de capital est déterminé en additionnant deux taux distincts : un taux de base, communément appelé par les financiers par le taux d'opportunité défini comme étant « *le taux de rendement attendu par l'investisseur dans le cadre d'un arbitrage opéré par rapport à d'autres placements* ». À ce taux s'ajoute, un taux différentiel estimé selon l'activité de la société évaluée qui traduira le niveau de rendement supplémentaire exigé par rapport au rendement minimal attendu.

technologies qui peut concurrencer la société et réduire considérablement sa part de marché, de départ d'un homme clé, *etc.*

418. La due diligence permet par ailleurs de rendre compte de l'impact de l'apport d'actif sur l'environnement juridique, économique et social de la société bénéficiaire de l'apport ainsi que des risques associés, de façon transparente et éclairée.

419. Le résultat de la due diligence influe, presque toujours, sur la transaction. Il permet d'ajuster la valeur de l'apport ainsi que celle de la société bénéficiaire, voire même de modifier les termes de la garantie d'actif et de passif, en fonction des risques identifiés et de leur appréciation.

Pour sécuriser le processus de l'opération d'apport et garantir le résultat escompté par les parties, il convient, à notre sens, de prévoir une garantie de l'actif apporté, assortie d'une caution solidaire de l'apporteur au bénéfice de la société bénéficiaire de l'apport¹¹²⁵.

Il est également judicieux de prévoir une garantie de l'actif et du passif de la société bénéficiaire, avec une caution solidaire d'un ou plusieurs dirigeants et du ou des associés majoritaires. Cet engagement peut être limité dans le temps.

II- Approches et méthodes d'évaluation

420. Pour déterminer la valeur stratégique de l'actif apporté et de la société qui en est bénéficiaire, et dégager un rapport d'échange juste et équitable, des retraitements préalables à l'évaluation ainsi que la mise en œuvre de plusieurs ajustements sont susceptibles d'être appliqués à la valeur fondamentale (1). Le choix des méthodes appropriées pour déterminer cette valeur s'effectue en fonction de la nature spécifique de l'actif apporté (2).

1) Les préalables au processus d'évaluation financière

421. Généralement, au cours de la vie sociale, les comptes bilanciels d'une société de capitaux ne reflètent pas la valeur économique des éléments qui les composent.

Ainsi, une évaluation précise de la société bénéficiaire suppose la mise en œuvre des retraitements des éléments bilanciels pour les ajuster à la valeur économique (a). La valeur fondamentale à laquelle est aboutie l'évaluation financière s'avère souvent différente de la

¹¹²⁵ Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-11.877, *RJDA* 2001, n° 169 ; Cass. com., 3 avr. 1979, n° 77-12.261, *Rev. soc.*, 1980, p. 723, note E. du Pontavice ; TGI Grasse, 9 janv. 1990, *Dr. sociétés* 1990, n° 417 ; *Dr. sociétés* 1999, *Actes pratiques*, n° 44, p. 22 ; Inforeg, *Cahiers droits entrepr.* janv.-févr. 2010, p. 49.

valeur réelle. Certains ajustements tenant compte de certains facteurs s'imposent alors pour égaliser les deux valeurs (b).

a) Intérêt du retraitement des éléments bilanciels

422. Afin d'assurer l'équité de la rémunération d'un apport en nature, une évaluation préalable du bien apporté et de la société bénéficiaire de l'apport s'impose.

Celle-ci a pour objectif de déterminer, à un moment donné, sa valeur financière en tenant compte des données comptables passées et surtout de son potentiel de développement, tout en prenant en considération les valeurs comparables des concurrents du secteur.

Cependant, l'information bilancielle, qui constitue le fondement comptable du patrimoine à évaluer, paraît souvent très insuffisante. La quasi-totalité des actifs et passifs est comptabilisée au coût historique¹¹²⁶. En effet, l'effet des dépréciations et amortissements, les variations monétaires et l'inflation ont détaché la valeur comptable de la valeur réelle¹¹²⁷. Par conséquent, le montant des capitaux propres de la société bénéficiaire de l'apport ne reflète pas l'image fidèle de sa valeur réelle.

423. La pertinence des indicateurs issus des états financiers publiés en application des normes comptables est remise en cause par plusieurs auteurs et praticiens¹¹²⁸.

La doctrine reconnaît que « *les états financiers établis en application de ces normes (US GAAP et IFRS) ne seraient pas en mesure de faciliter les travaux d'évaluation* »¹¹²⁹. Cette position est affirmée par les professionnels du chiffre.

Dans tous les cas, les données disponibles, quelle que soit la méthode envisagée, sont rarement utilisables en l'état et nécessitent toujours des retraitements et des correctifs¹¹³⁰.

¹¹²⁶ C. com. art. L.123–18, al. 1^{er}, « à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale, les biens produits [par l'entreprise] à leur coût de production ».

¹¹²⁷ J.-B. Tournier et J.-C. Tournier, *op. cit.*

¹¹²⁸ P. Astolfi, E. Chastenet, A. Marion et A. Thauvron, « Méthode des multiples Contributions à l'évaluation des entreprises », *RFG*, 2014, p. 5.

¹¹²⁹ S.P. Kothari, K. Ramanna et D.J. Skinner, « Implications for GAAP from an analysis of positive research in accounting, *Journal of Accounting and Economics* », 2010, vol. 50, n° 2, p. 246-286, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0165410110000352> consulté le 27 mars 2024.

¹¹³⁰ Mémento Fusions et acquisitions, *op. cit.*, n° 10105.

424. Les retraitements des postes bilanciels permettent d'extraire de la comptabilité la réalité économique, souvent occultée par des traitements parfois dus à l'utilisation de normes comptables hétérogènes ¹¹³¹.

Pour parvenir à la réalité économique de la société bénéficiaire de l'apport, la quasi-totalité des postes bilanciels est susceptible de retraitement. À titre d'exemple, une dette fournisseur enregistrée au passif du bilan depuis plus de dix ans est, en principe, prescrite. Considérée comme une créance abandonnée, elle doit être retraitée du passif du bilan, et sa valeur nette d'impôt vient augmenter les capitaux propres.

Les correctifs concernent également l'aspect fiscal pour constater l'incidence des retraitements comptables. En outre, les engagements hors bilan (engagements apparents et effectifs), reçus et donnés, doivent être retraités ¹¹³².

b) Facteurs d'ajustement des comptes sociaux

425. La valeur d'une entreprise dépend de nombreux paramètres, tant objectifs que subjectifs. Il s'agit, par exemple, de ses performances, du rapport de force entre les parties, leurs motivations, la quotité de capital échangé, *etc.*

Cependant, des écarts entre la valeur fondamentale de la société évaluée, tel qu'elle se dégage de l'application des méthodes d'évaluation traditionnelles, et sa valeur stratégique sont souvent constatés. Ces écarts sont comblés par l'application des paramètres d'ajustement communément appelés primes et décotes ¹¹³³.

L'ajustement de la valeur fondamentale, par application de primes et décotes, constitue incontestablement un aveu implicite de l'imperfection des méthodes d'évaluation standards ¹¹³⁴. Dans ce contexte, la pertinence des méthodes d'évaluation retenue n'est-elle pas remise en cause ?

426. En principe, l'application des paramètres d'ajustement ne s'applique qu'en l'absence d'alternative ¹¹³⁵, afin d'appréhender les caractéristiques du bien ou de l'entreprise évaluée, ou

¹¹³¹ J.-B. Tournier et J.-C. Tournier, *op. cit.*, p. 53.

¹¹³² Dans les comptes sociaux français, les opérations de crédit-bail sont, en principe, enregistrées hors bilan.

¹¹³³ J.-J. Pluchart et L. Barbara, *op. cit.*, n° 100, p. 49.

¹¹³⁴ SFEV, Groupe de travail Primes et décotes dans le cadre des évaluations financières, sept 2008 p.6.

¹¹³⁵ Ex. en cas d'absence de source ou de référentiels pertinents (comparables boursiers, prime de risque,...).

lorsque le contexte global de l'évaluation ne permet pas d'utiliser uniquement la ou les méthodes que l'évaluateur jugerait pertinentes.

Conceptuellement, les primes et décotes peuvent être définies¹¹³⁶, d'une part, comme des variables d'ajustement de la valeur fondamentale du bien ou de l'entreprise évaluée, déterminée par l'application des méthodes standards (décotes de taille, d'illiquidité...), et d'une autre part, comme une contribution à la justification de l'écart entre la valeur fondamentale et la valeur stratégique (primes de contrôle, *etc.*).

Si l'application cumulée de plusieurs décotes peut se justifier dans des contextes particuliers (réglementaire, fiscal ou parfois comptable), certaines mesures et retraitements, corrélés par une analyse détaillée de la société à évaluer et de la transaction envisagée, devraient permettre d'éviter l'application des décotes de minorité, de taille et de liquidité, qui cumulativement peuvent parfois conduire à réduire de plus de moitié la valeur fondamentale¹¹³⁷.

Les primes et décotes sont couramment utilisées dans le cadre des évaluations financières. Elles permettent notamment d'égaler la valeur de l'action ordinaire et de l'action de préférence.

427. Prime ou décote d'avantages particuliers - Dans les sociétés par actions, les actions de préférence peuvent donner droit à des avantages particuliers par rapport aux actions ordinaires. Ces avantages peuvent revêtir un aspect financier positif, comme des dividendes majorés, ou négatifs, tels que la suppression du droit préférentiel de souscription ou un droit aux dividendes réduit. Ces avantages peuvent également être non financiers, revêtant un aspect positif (droit de vote double) ou négatif (privation de droit de vote).

La valeur réelle des actions de préférence procurant des avantages particuliers négatifs est nécessairement supérieure à la valeur fondamentale. L'écart est, tantôt compensé par une prime pour les avantages particuliers positifs, tantôt par une décote pour les avantages particuliers négatifs.

428. Prime de contrôle et décote de minorité - Le contrôle d'une entreprise confère à la personne qui le détient des avantages, ce qui explique l'application d'une prime de contrôle.

¹¹³⁶ SFEV, Groupe de travail Primes et décotes dans le cadre des évaluations financières, sept 2008 p.6 ; selon une étude empirique réalisée en 2006, par, la CNCC, étude, SFEV, sur un échantillon de 150 opérations d'offres publiques fait état de primes sur le cours de bourse proches de 27 %.

¹¹³⁷ Modèle appelé « *chartiste et fondamentaliste* » développé par J. Frankel et K. Froot (1986, 1990) et étendu par la suite par P. De Grauwe et H. Dewachter (1992, 1993), P. De Grauwe (1994), cités par M. Bessec, F.-M. Robineau, « Comportements chartistes et fondamentalistes, Coexistence ou domination alternative sur le marché des changes ? » *Revue économique* 2003/6, vol. 54, p. 1213 à 1238.

Parallèlement, il génère, pour les associés minoritaires, des inconvénients qui se traduisent par des décotes de minorité¹¹³⁸.

La prime de contrôle représente, en effet, l'écart entre la valeur fondamentale, dite de référence, d'une société cible et le prix qu'un investisseur pourrait déboursier pour s'approprier son contrôle¹¹³⁹. Il s'agit donc du prix du contrôle ou encore du pouvoir.

L'application d'une prime de contrôle peut aussi être justifiée par l'effet des synergies¹¹⁴⁰ attendues de l'opération d'apport. Ces synergies sont diverses et variées. Il s'agit, par exemple, de l'économie sur les frais de gestion, de réseaux commerciaux, de frais de recherche et développement, d'économies sur les achats liés à l'effet de masse critique, complémentarité géographique, *etc.*

À l'inverse, l'existence d'un bloc de contrôle peut être préjudiciable pour les associés minoritaires, dans la mesure où cette situation crée des asymétries d'information qui s'ajoutent à l'absence de pouvoir décisionnel. À ce titre, des décotes de minorité et d'illiquidité s'appliquent de façon cumulative.

Toutefois, un minoritaire dans une société où deux blocs d'associés égalitaires sont départagés peut se voir un pouvoir décisionnel important¹¹⁴¹, ce qui justifie une prime de minorité.

¹¹³⁸ P. Mousseron, « Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux », *RJDA* 3/06, études et doctrine, p. 199 et s., spéc. p. 200 ; Ex « Un associé détenant, par exemple, 49,01 % du capital social d'une société qui souhaite avoir son contrôle est prédisposé à payer 1 % du capital social plus cher que sa valeur fondamentale dans l'intention de tirer profit des avantages inhérents. Les bénéfices "privés" attachés au contrôle se distinguent des bénéfices "publics" qui sont des dividendes dont bénéficie tous les actionnaires ».

¹¹³⁹ M. Nussenbaum et C. Karsenti, « Contribution à la réflexion sur un thème d'évaluation majeur », Groupe de travail Primes et décotes dans le cadre des évaluations financières, 2008, *SFEV*, p. 12. Selon les auteurs, le contrôle peut revêtir différentes formes. La plus usuelle est celle de l'organe de gouvernement de l'entreprise ou délibératoire, lui permettant de déterminer la politique de l'entreprise cible, notamment la désignation des dirigeants, la politique de distribution, *etc.* ; Selon la *SFEV*, le contrôle peut aussi être opérationnelle comme la capacité à contrôler ses ressources ou encore d'une source d'approvisionnement ou de distribution.

¹¹⁴⁰ D. Beaumont, O. Grivillers et O. Peronnet, « Primes et décotes : normes et pratiques », *CNCC*. Le commissaire aux apports n'a plus à apprécier la valeur d'un apport strictement en « *stand alone* ». La notion de prime de contrôle est admise, mais elle suppose une justification par les synergies attendues du rapprochement, en particulier lorsqu'elle atteint un niveau supérieur aux niveaux usuellement constatés.

¹¹⁴¹ Deux actionnaires détiennent chacun 45 % du capital. Le minoritaire qui détient 10 % dispose d'un pouvoir prépondérant.

429. Prime et décote de taille - L'effet de taille rémunère l'écart, ajusté de la prime de risque, qui peut être observé entre la rentabilité des petites et des grandes capitalisations¹¹⁴².

Ainsi, le propriétaire d'un bien cherchera à l'apporter à une société de grande taille, qui a plus de chance d'obtenir une rentabilité plus élevée. À l'inverse, apporter un actif à une société de taille inférieure à la moyenne pondérée du marché présente un risque accru pour les investisseurs, ce qui est récompensé par une prime de taille qui s'ajoute, en principe, à la prime de risque.

La décote de taille exprime une variable d'ajustement à la baisse de la valeur d'une société de petite taille. Les principales raisons résident dans la concentration du management, l'accès limité au financement, ainsi qu'une structure de coûts moins favorable et une plus grande sensibilité à la conjoncture¹¹⁴³.

430. Décote d'illiquidité - Le propriétaire d'un actif qui ne trouve pas de preneur et ne disposant pas de larges possibilités pour le céder, en raison de l'absence d'un marché liquide, accepte de l'apporter à une société à une valeur très inférieure à la valeur fondamentale. L'écart entre ces deux valeurs constitue une décote d'illiquidité¹¹⁴⁴, qui reflète les inconvénients subis du fait de la détention d'un actif illiquide.

En outre, la clause d'agrément ou le droit de préemption qui rend l'aliénabilité ou l'apport des droits sociaux difficiles ou coûteux justifie également une décote d'illiquidité¹¹⁴⁵. Cependant, l'application de la décote d'illiquidité se heurte à une difficulté d'évaluation. Excepté le cas où il n'existe aucune possibilité de vendre, l'illiquidité ou la moindre liquidité se traduit par un coût ayant nécessairement un effet négatif sur la valeur d'apport.

Les financiers évaluent la décote due à l'absence de liquidité des titres non cotés à environ 25 à 33 % par rapport aux titres cotés.¹¹⁴⁶ La Cour de cassation admet l'application de décotes dues à l'absence de liquidité du titre, en considérant « *qu'une clause d'agrément peut entraîner une*

¹¹⁴² En pratique, plus de 80 % des sociétés européennes ont des capitalisations inférieures à la moyenne du marché et sont potentiellement concernées par l'ajout d'une prime de taille, selon la Revue académique, Fairness Finance, fiche n° 4, la prime de taille.

¹¹⁴³ SFEV, Groupe de travail Primes et décotes dans le cadre des évaluations financières, 2008.

¹¹⁴⁴ M. Nussenbaum, « Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité », in La prise de contrôle, *RJ com.* 1998, n° spéc. nov., p. 15 et s., spéc. § 17, p. 24.

¹¹⁴⁵ S. Schiller, *op. cit.*, n° 14.

¹¹⁴⁶ F. Lefevbre, « Évaluation, Terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droits d'auteur et droits voisins », *dossier pratique*, 6^e éd., 2018, p. 205.

décote de 10 %, en estimant que cette stipulation restreint la cessibilité des titres, ce qui entraîne une dépréciation de leur valeur »¹¹⁴⁷.

2) Évaluation de l'apport en nature : Un préalable pour la rémunération de l'apport

431. Lors d'une opération d'apport, la particularité de la mission d'évaluation réside, pour une même opération, dans l'évaluation des actifs appartenant à deux acteurs économiques ayant un projet de partenariat commun, chacun d'eux tentant de maximiser la valeur de son bien et, par conséquent, sa participation dans la société.

Il existe différentes approches d'évaluation (**a**), dont le choix dépend souvent de la nature de l'actif ou de l'entreprise à évaluer, ainsi que du contexte spécifique de l'opération (**b**).

a) L'évaluation de l'apport, entre objectivité et subjectivité

432. Des résultats ne reflétant pas la valeur probante du bien évalué pourraient avoir des retentissements néfastes sur l'apporteur, la société bénéficiaire de l'apport, des créanciers sociaux des salariés et en général sur tout son environnement¹¹⁴⁸.

Par erreur de langage, la majorité des professionnels estime que l'évaluation ne concerne que le bien apporté en société et que cette mission est confiée au commissaire aux apports. Or, l'évaluation doit porter, en outre, sur la société bénéficiaire de l'apport pour déterminer un rapport d'échange servant de base pour la rémunération de l'apporteur.

En outre, l'évaluation de l'apport en nature relève des attributions des associés pour la société bénéficiaire de l'apport et de l'apporteur pour le bien apporté.

433. S'il est clair que la notion de prix est liée à la potentialité ou à la réalité d'une transaction, la notion de valeur, quant à elle, est soumise à un ou plusieurs paramètres aussi bien objectifs que subjectifs. Bien que le prix et la valeur soient distincts et déterminés par des facteurs différents, ils demeurent deux concepts reliés. Tel n'est pas le cas lors d'une opération d'apport.

L'imprécision de plusieurs facteurs rend complexe une exacte évaluation. Pour un même actif ou une même entreprise, il existe autant de valeurs possibles que de situations. Comme l'a précisé le Professeur Decocq, « on pourra dire de l'évaluation qu'elle est subjective, si le droit exige que l'évaluation de la créance se fasse en fonction de facteurs individuels, liés au

¹¹⁴⁷ Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 95-12.723, *RJF* 7/1997, n° 752 ; *Bull. Joly* 1997§ 231, p. 731.

¹¹⁴⁸ Cass. crim., 12 avr. 1976, n° 75-91.627, *JCP* 1977, II, 18 523, note Y. Guyon ; *Rev. soc.*, 1977, p. 293, note B. Boulloc.

*créancier ou au débiteur [...], et à l'opposé, objective, si le droit exige que cette même liquidation se fasse à partir d'éléments sociaux indépendants du créancier ou du débiteur »*¹¹⁴⁹.

434. En principe, le contexte et l'objectif de l'évaluation, le mode de rémunération et les avantages attachés à la rétribution orientent le processus de l'évaluation. Par exemple, pour l'évaluation de biens ayant un lien de connexité, apportés par plusieurs apporteurs, l'évaluateur pourrait appliquer la méthode patrimoniale. La valeur globale des actifs apportés, évalués séparément, pourrait s'avérer largement inférieure à la valeur fondamentale. Cette différence est justifiée par l'approche subjective adoptée par l'évaluateur. La subjectivité est donc non seulement inévitable dans tout processus d'évaluation, mais elle est également indispensable¹¹⁵⁰.

435. La principale cause de l'opposition entre objectivisme et subjectivisme se fonde sur l'opposition radicale entre le sujet et l'objet¹¹⁵¹. La valeur est, soit un objet de connaissance (théorie objective), soit une catégorie de connaissance (théorie subjective).¹¹⁵²

436. L'objectivité est une approche déterminante des résultats de l'évaluation financière. L'évaluation suivant l'approche objective se réduit au calcul de la valeur fondamentale, par application d'une ou plusieurs méthodes d'évaluation, aboutissant ainsi à une valeur théorique. En principe, la valeur fondamentale d'un actif ou d'une entreprise est égale à sa valeur de marché réputée « efficiente »¹¹⁵³. L'écart entre ces deux valeurs résulte de certains facteurs d'influence, certains sont identifiables et subjectivement évaluables, tandis que d'autres restent abstraits et incompréhensibles.

L'évaluation financière n'est pas en une science exacte. Elle est nécessairement subjective¹¹⁵⁴. Les méthodes d'évaluation usuellement mises en œuvre ne permettent pas toujours de prendre

¹¹⁴⁹ G. Decocq, thèse préc. p.14.

¹¹⁵⁰ F.-M. Gerard, « L'indispensable subjectivité de l'évaluation » *Antipodes*, n° 156, avr. 2002, 26-34.

¹¹⁵¹ B. LAHIRE, « Formes sociales et structures objectives : une façon de dépasser l'opposition objectivisme/subjectivisme », in *L'Homme et la société*, p. 103-117, 1992.

¹¹⁵² F.-M. Gerard, *op. cit.*, 26-34.

¹¹⁵³ Efficient Capital Markets, A Review of Theory and Empirical Work. A Review of Theory and Empirical Work, 25 J. Fin. 383, 1970. Selon E. Fama le marché efficient est celui « reflétant complètement toute l'information disponible à chaque instant sur l'actif ».

¹¹⁵⁴ J.- F. Rérolle, « L'évaluation financière d'une société, une subjectivité à encadrer, valeur et gouvernance », *Finance et Gestion*, 07 janv. 2015.

en compte toutes les spécificités d'un actif ou d'une entreprise, et notamment le contexte particulier dans lequel l'activité évaluée ou la transaction envisagée se situe¹¹⁵⁵.

Décliner le contexte global de l'opération d'apport pourrait biaiser la valorisation du bien apporté. En effet, l'évaluateur doit prendre en considération tous les facteurs d'influence pouvant vicier son appréciation. Il doit, à ce titre, mener une prise de connaissance de l'environnement du marché et du contexte global de l'opération d'apport¹¹⁵⁶.

À titre d'exemple, l'évaluation commanditée par une personne pour valoriser son patrimoine, en vue d'une transmission successorale, n'est pas conduite selon les mêmes critères qu'une évaluation ayant pour objectif la croissance externe ou la filialisation.

Il en est de même pour la détermination de la valeur fondamentale globale de plusieurs actifs isolés. L'évaluateur évalue chacun de ces actifs pris isolément¹¹⁵⁷, dont la somme des valeurs constitue la valeur théorique d'apport. Cette approche ignore l'effet de synergie entre les différentes composantes de l'opération.

La synergie et les objectifs stratégiques des parties à l'opération de restructuration poussent l'évaluateur à apporter des ajustements à la valeur fondamentale¹¹⁵⁸, d'où l'intérêt de l'approche stratégique.

437. Les résultats de l'évaluation sont aussi influencés par l'appréciation de l'évaluateur. Selon un auteur, les méthodes d'évaluation les plus utilisées par les investisseurs et par les analystes financiers au cours des années 1990 sont le *ratio* de capitalisation boursière sur fonds propres et le DCF¹¹⁵⁹. Le même auteur constate par ailleurs que les experts sont divisés sur l'application de cette dernière méthode. Selon les évaluateurs d'une même entreprise, les écarts

¹¹⁵⁵ SFEV, Groupe de travail Primes et décotes dans le cadre des évaluations financières, 2008, p. 5.

¹¹⁵⁶ E. Dubocage, « L'évaluation de la « *start-up* » par le capital-risqueur entre objectivité, jugement et mimétisme », *Vie & sciences de l'entreprise* 2006/4 éd. ANDESE (N° 173), p. 9 à 18. L'auteur estime que pour évaluer une start-up en phase d'amorçage, l'absence de résultats passés va pousser l'apporteur à démontrer le potentiel de développement et de croissance de son entreprise dans le futur.

¹¹⁵⁷ D'ailleurs le rapport du commissaire aux apports doit préciser la valeur des biens apportés C. com. art. L 147-225.

¹¹⁵⁸ D. Beaumont, O. Grivillers et O. Peronnet, « Normes Et Pratiques », CNCC.

<http://telechargement.cncc.fr/fichiers/11-68-atelier-12-primess-et-decotes-normes-et-pratiques-vdef.pdf>, consulté le 17 août 2023.

¹¹⁵⁹ La méthode d'actualisation des flux de trésorerie disponibles dite « *Discounted Cash Flows Method* » repose sur le principe selon lequel la valeur d'un actif est égale à la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs qu'il génère. Mazars, définition glossaire.

entre les valeurs peuvent atteindre plus de 30 %¹¹⁶⁰. Cet écart résulte d'un ensemble de facteurs subjectifs prévisionnels ayant une influence déterminante sur les hypothèses de calcul et pouvant potentiellement engendrer des phénomènes de sur ou de sous-évaluation¹¹⁶¹. Il s'agit, par exemple, de ceux liés au taux d'actualisation¹¹⁶² ou au flux de trésorerie prévisionnel.

Ainsi, pour pallier cette distorsion et de mener la mission d'évaluation avec impartialité et dans l'objectif d'une cohérence méthodologique, il est recommandé qu'un seul évaluateur indépendant soit désigné d'un commun accord par l'apporteur et le dirigeant de la société bénéficiaire de l'apport. Celui-ci s'efforce de rapprocher les hypothèses des parties à la réalité de l'environnement économique et au contexte d'apport pour aboutir à une juste évaluation.

La mission de l'évaluateur a pour objectif de donner une fourchette de valeur à la société et au bien évalués. L'apporteur et la société bénéficiaire, d'un commun accord, fixent la valeur d'apport qui sera soumise à l'appréciation du commissaire aux apports.

Par ailleurs, l'évaluation fait intervenir plusieurs professionnels dont la mission est étroitement liée. Cela commence par l'auditeur d'acquisition-cession, l'expert en évaluation, les sapiteurs jusqu'au commissaire aux apports. L'objectif de tous ces intervenants est de déterminer une rémunération équitable de l'apport de l'actif apporté.

438. Si le législateur impose la désignation d'un commissaire aux apports pour apprécier la valeur de l'apport¹¹⁶³, aucun texte législatif ne précise la personne chargée de l'évaluation de cet apport ni de la société bénéficiaire de l'apport. En principe, c'est le propriétaire du bien qui en est responsable. Par conséquent, il peut désigner un évaluateur financier indépendant pour l'exécution de cette mission.

Une distinction doit être faite entre les experts chargés de la due diligence de ceux désignés pour l'évaluation. En effet, l'expert chargé de la due diligence a pour mission de vérifier la pertinence des informations pluridisciplinaires de l'actif apporté et de la société bénéficiaire de

¹¹⁶⁰ R. Barker, *L'évaluation des entreprises, Modèles et mesures de la valeur*, Les Echos, « Finance », 2002, p. 195-218.

¹¹⁶¹ IAASB, 2020 a, p. 1-2. Enonce : « Vu l'incertitude causée par la pandémie, il sera vraisemblablement plus difficile pour la direction d'établir les hypothèses et d'obtenir les données sur lesquelles fonder les estimations comptables, en particulier en ce qui concerne les flux de trésorerie futurs ».

¹¹⁶² Ex : coût moyen pondéré du capital calculé à partir de la formule $CMPC = k(cp) * [CP/(CP+D)] + [D/(CP+D)] * [k(d) * (1 - \text{taux d'imposition})]$ avec $K(cp)$ = taux de rendement exigé par les actionnaires, CP = capitaux propres, D = dette totale, $K(d)$ = taux intérêt moyen des dettes contractées)

¹¹⁶³ C. com. art. L.223-9, C. com. art. L.225-8, C. com. art. L.225-147.

l'apport, tandis que la mission de l'expert en évaluation consiste à déterminer leurs valeurs.

Le recours à un expert en évaluation, en application des dispositions des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, est possible. À côté de ces tiers estimateurs, il existe également une place pour l'expertise *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile.

Il a ainsi été jugé par la Haute juridiction que le recours à l'expertise *in futurum* est envisageable, afin de fournir aux parties les éléments d'une négociation susceptible d'aboutir à un accord sur le prix de cession de droits sociaux, lorsque les circonstances rendent ce prix actuellement indéterminable¹¹⁶⁴.

b) Choix des méthodes d'évaluation : un exercice très complexe

439. Les méthodes d'évaluation financières ne s'adaptent pas à tous les contextes ni à toutes les entreprises faisant l'objet d'évaluation. En effet, il appartient à l'évaluateur de faire le meilleur choix et de le justifier, en fonction des données disponibles, pour mener à bien une telle évaluation.

La problématique de l'évaluation réside principalement dans les difficultés de choix de la ou des méthodes adaptées au contexte de l'opération par l'évaluateur. Celui-ci n'est pas libre. En effet, le choix dépend des objectifs stratégiques des parties à l'opération d'apport. De plus, l'évaluateur doit justifier le choix des méthodes retenues et de celles écartées¹¹⁶⁵. D'autant plus que son rapport se trouve *in fine* sous la loupe du commissaire aux apports¹¹⁶⁶.

440. Les pratiques d'évaluation des apports en société sont hétérogènes¹¹⁶⁷. Pour l'évaluation d'une société de capitaux, les praticiens ont développé deux méthodes d'évaluation : l'approche patrimoniale et l'approche basée sur la rentabilité¹¹⁶⁸. Entre ces deux approches, les professionnels ont développé une méthode plus dynamique appelée la méthode des Discounted Cash-Flow (DCF)¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁴ Cass. com., 10 mars 1998, n° 95-21329, *Rev. soc.* 1998, 541, note B. Saintourens.

¹¹⁶⁵ OEC, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁶⁶ C. com. art. L.223-9, C. com. art. L.225-8, C. com. art. L.225-147.

¹¹⁶⁷ www.finantisvalue.com/risques-valeurs-apport-minorées, consulté le 17 juin 2023.

¹¹⁶⁸ Mémento Transmission d'entreprise, *op. cit.*, 2022-2023, n° 73080, selon l'ouvrage, l'évaluation est basée « d'une part, la vision patrimoniale, qui se réfère à la mise en commun de biens ou d'industrie, et qui aura tendance à privilégier le vendeur et d'autre part, la vision fondée sur la rentabilité, qui se réfère à la finalité de la société de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie pouvant en résulter ; dans cette optique, plus proche des préoccupations de l'acquéreur, la valeur de l'entreprise sera essentiellement fonction de sa capacité à générer des profits dans l'avenir ».

¹¹⁶⁹ E. Kornprobst, « Cession de droits sociaux, Régime fiscal - Mutations à titre onéreux », *Rép. soc.*, nov. 2016,

441. L'approche patrimoniale - Cette approche considère que le bien apporté et la société bénéficiaire de cet apport doivent être estimés à une valeur aussi proche que possible de la valeur vénale ou de marché¹¹⁷⁰. Il est donc nécessaire de se référer aux valeurs marchandes de l'actif apporté, d'une part, et du patrimoine de la société bénéficiaire de cet apport, d'autre part. Cette méthode consiste ainsi à déterminer, à partir du bilan préalablement retraité¹¹⁷¹, la valeur d'une société en additionnant la valeur réelle de tous les biens qui la composent et en retranchant toutes les dettes, afin de déterminer la valeur d'actif net corrigé. Le bien apporté fait également l'objet d'une réévaluation.

Il s'agit d'une conception statique, tournée vers le passé de la société. Cependant, cette méthode ignore des éléments créateurs de la valeur très importants, notamment la notoriété de la société évaluée, sa rentabilité future et les engagements hors bilans donnés ou reçus. Cette méthode est privilégiée pour les sociétés à prépondérance immobilière dont la rentabilité n'est pas significative¹¹⁷².

442. L'approche fondée sur la rentabilité - Contrairement à l'approche patrimoniale, si la société bénéficiaire de l'apport a réalisé des résultats intéressants dans le passé, l'optique de rentabilité, plus dynamique et tournée vers le futur, est à privilégier. Cette approche introduit la perspective d'une rentabilité prévisionnelle résultant, par exemple, de l'intérêt économique né après la réalisation de l'opération d'apport.

Les méthodes d'évaluation fondées sur les flux économiques permettent d'évaluer une société en utilisant deux agrégats : le flux des résultats ou le flux des dividendes¹¹⁷³.

D'une part, la méthode fondée sur les flux de résultats permet de déterminer la valeur de rentabilité. En effet, cette méthode s'appuie sur l'actualisation des flux de résultats futurs. L'objectif étant de déterminer la valeur de la société, fondée sur le résultat récurrent que l'entreprise est capable de générer dans des conditions normales d'exploitation à partir de ses moyens actuels¹¹⁷⁴.

n° 78.

¹¹⁷⁰ OEC, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁷¹ Mémento comptable, éd. F. Lefebvre, 2024, n° 35705.

¹¹⁷² J.-B. Tournier et J.-C. Tournier, *op. cit.*, p. 175.

¹¹⁷³ CAA Nantes, 1re ch., 26 nov. 2020, n° 19NT03876.

¹¹⁷⁴ S. Mchawrab, M.M.Albouy, M. Kergoat et S. Dubreuille, « Les dessous de l'évaluation des entreprises *high tech* », *Finance Contrôle Stratégie*, 18-2, 2015 § 70 ; Les professionnels du chiffre recommandent de prendre comme base la moyenne des résultats courants des trois dernières années qu'il faudrait extrapoler pour déterminer

D'autre part, la méthode basée sur les flux de dividendes permet de déterminer la valeur de rendement. Cette méthode consiste à capitaliser les flux de dividendes, distribués au cours des exercices antérieurs, sur une certaine période. Cette méthode ne peut être envisagée que pour les entreprises matures ayant déjà distribué des dividendes au cours des trois dernières années. Elle suppose non seulement la réalisation des résultats, mais également la récurrence de la distribution de dividendes à l'infini¹¹⁷⁵.

La problématique de la valeur d'une société ayant un fort potentiel de développement et de générer de la valeur se résout à partir de l'actualisation des flux de trésorerie prévisionnels futurs que la société sera susceptible de générer¹¹⁷⁶. Pour ce faire, l'évaluateur se réfère à la nature et à la récurrence des flux financiers passés.

443. L'approche par les flux financiers (DCF) conduit à déterminer la valeur de la société à partir de ses propres caractéristiques, et notamment à partir de l'actualisation des flux de trésorerie prévisionnels¹¹⁷⁷. Elle est à privilégier dans la mesure où il est possible d'extrapoler des données passées pour déterminer les flux futurs servant de base d'évaluation.

La valeur de la société qui va recevoir l'actif apporté, lors d'une opération d'apport, dépend des flux financiers futurs qu'elle pourrait réaliser et engranger dans l'avenir.

En principe, pour les parties à l'opération d'apport, la valeur du bien apporté correspond, en théorie financière, à la valeur actuelle des revenus futurs qu'il génère. La société, recevant ce bien et le rémunérant par ses propres titres, n'échappera pas à ce postulat de base dans le cadre de ces approches.

444. Sans être réellement une démarche conceptuelle à proprement parler, l'approche comparative constitue en elle-même un troisième type de méthode d'évaluation. Cette méthode conduit à évaluer une entreprise par référence à des entreprises comparables, dont la valeur de marché est connue¹¹⁷⁸, soit parce qu'elles ont émis des instruments admis à la négociation sur

les résultats prévisionnels moyens, entre 5 à 10 ans. La valeur issue de cette approche est communément appelée valeur de rentabilité.

¹¹⁷⁵ Approche développée par Gordon et Shapiro. Ce modèle repose sur le price earning ratio.

¹¹⁷⁶ M. Levasseur, « Évaluation et coût du capital d'une start-up », *Revue du Financier*, n° 155, sept.-oct. 2005, p. 13-26.

¹¹⁷⁷ Commentaire « la méthode Discounted cash flows », éd. *Ellipses*, fiche n° 1, p. 10 ; Mémento transmission d'entreprises, *op. cit.*, n° 17550.

¹¹⁷⁸ Ex : pour les sociétés cotées.

un marché réglementé, soit parce qu'elles ont fait l'objet de transactions récentes dont les caractéristiques ont été publiquement révélées.

Pour la mettre en œuvre, l'évaluateur recherche, sur les marchés boursiers locaux et étrangers, un échantillon de sociétés comparables à celle qu'il se propose d'évaluer.

445. Les professionnels du chiffre recommandent de ne pas s'en tenir à une seule méthode, même si, dans la plupart des cas, une méthode joue un rôle prépondérant et déterminant dans la valeur finale. L'approche multicritère¹¹⁷⁹ permet, en effet, de déterminer un résultat par méthode, auquel il est recommandé d'appliquer un coefficient de pondération pour aboutir à la valeur d'apport.

Cependant, de nombreux risques d'incohérence peuvent se révéler lorsqu'on utilise plusieurs approches dont les fondements et la nature sont différents. Cela est notamment le cas lorsque l'évaluateur utilise une méthode tournée vers le passé et l'autre vers le futur.

La comparaison des résultats déterminés par l'approche multicritère peut parfois révéler d'importants écarts dans les valeurs calculées, amenant ainsi l'évaluateur à questionner sur la pertinence des paramètres sélectionnés ou la cohérence des hypothèses formulées dans chacune des méthodes.

Section 2 - Assortiment des outils de rémunération

446. Tout apport en société doit être rémunéré par l'attribution de parts ou actions équivalentes à sa valeur réelle. L'article 1843-2 du Code civil le rappelle : « *Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci* ».

La rémunération de l'apport en nature peut se faire, en principe, par des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport (I) et exceptionnellement par des valeurs mobilières donnant accès au capital ou des jetons numériques (II).

I- Rémunération de l'apport en nature par des droits sociaux

447. Tout apport mérite une rémunération juste et équitable. Traditionnellement, un apport en nature est rémunéré par des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport qui peuvent

¹¹⁷⁹ H. De Vauplane, Portée et nature juridique du visa de la COB et de la décision de recevabilité du CBV. Application de la méthode multicritère aux opérations portant sur des actifs essentiels, Bulletin Joly Bourse n° 06, p. 517 ; Mémento Comptable, *op. cit.*, n° 35735.

revêtir la forme de titres ordinaires (1) ou d'actions de préférence dès lors que la société émettrice est une société par actions (2).

1) Rémunération de l'apporteur en nature par des titres ordinaires

448. L'apport en nature est l'opération par laquelle l'apporteur transfère la propriété ou la jouissance d'un bien¹¹⁸⁰ à une société, en contrepartie de laquelle il reçoit des droits sociaux nouvellement émis par celle-ci (a) ou encore préalablement rachetés et autodétenus (b).

a) Rémunération de l'apport en nature par émission de titres de capital

449. Traditionnellement, l'acquisition des titres sociaux représentant une fraction du capital de la société bénéficiaire de l'apport est souvent présentée comme étant la contrepartie de l'apport¹¹⁸¹. Dans la mesure où l'apport en nature implique un transfert de propriété, il se trouve donc soumis aux règles spécifiques qui lui sont propres, ainsi qu'à certaines dispositions du droit commun de la vente. Une tolérance est généralement admise pour un complément de rémunération sous forme d'une soulte¹¹⁸² ou par la remise d'obligations, dont la valeur ou le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des droits sociaux attribués, sans pour autant que cette contrepartie constitue un prix de vente¹¹⁸³. Cette faculté relève de la liberté des parties à l'opération d'apport, qui fixent librement les modalités de rémunération¹¹⁸⁴.

450. En cas d'augmentation de capital par apport en nature, aucun texte ne prévoit de droit préférentiel de souscription au profit des anciens associés de la société émettrice. La nécessité et l'utilité du bien apporté pour la société justifient cette suppression. D'ailleurs, selon la Cour de justice de l'Union européenne, seul « *l'apporteur du bien est en effet considéré comme juridiquement apte à effectuer la souscription, et une prime d'apport plus élevée corrige le préjudice virtuel subi par les actionnaires du fait de l'exclusion du droit préférentiel de souscription* »¹¹⁸⁵. Lors d'une augmentation de capital par apport en nature, le droit des anciens associés est protégé, notamment par la prime d'apport.

¹¹⁸⁰ Un bien peut être, une somme d'argent, valeurs mobilières, immeuble, fonds de commerce, etc.

¹¹⁸¹ Cass. com., 7 juill. 2004, n° 03-12106 n° 1143 F-D ; F. Martin Laprade, « Apport et contrepartie », *Bull. Joly*, 2009, p. 1170 ; M. Rakotovahiny, « La contrepartie des apports », *Journ. sociétés*, n° 111, 2013, p. 58.

¹¹⁸² BOI-BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20150702, 2 juill. 2015.

¹¹⁸³ Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14773, F-D, *Bull. Joly soc.*, juill. 2022, note G. Le Noach.

¹¹⁸⁴ H. Hovasse, « L'apport de droits sociaux avec soulte », *Bull. Joly soc.*, 2015, p. 572.

¹¹⁸⁵ CJCE, 19 nov. 1996, n° C-42/95, *Bull. Joly soc.*, févr. 1997, note M. Luby. ; G. Naffah, *La prime d'émission*, *Economica*, « Droit des affaires et de l'entreprise », 1999, n° 262.

En effet, les droits sociaux nouvellement émis en rémunération de l'apport en nature ne peuvent être émis qu'à la valeur nominale fixée par les statuts. L'écart entre la valeur globale des celle-ci et la valeur d'apport est enregistré dans un compte des capitaux propres, appelé « prime d'apport »¹¹⁸⁶. Celle-ci s'analyse comme une contrepartie financière des droits que les associés nouveaux acquièrent sur les réserves ou plus-values latentes¹¹⁸⁷.

Dès son enregistrement dans un compte de capitaux propres, la prime d'apport a pour objectif d'égaliser les droits des anciens et nouveaux associés. Elle n'est pas la propriété exclusive de l'apporteur. En effet, chacun des associés, anciens et apporteurs, a un droit proportionnel à sa participation au capital sur cette prime. Cette approche, bien que pouvant paraître aberrante de prime abord, est justifiée par le fait que l'apporteur devient également propriétaire, à côté des autres associés, des autres postes des capitaux propres et des plus-values latentes sur des actifs dont la société est propriétaire¹¹⁸⁸.

b) Rémunération de l'apport en nature par des actions autodétenues

451. À l'exception de la réduction de capital non motivée par des pertes, le rachat, par une SARL¹¹⁸⁹ de ses propres parts sociales fait l'objet d'une interdiction de principe¹¹⁹⁰. Pour les sociétés par actions, ce régime est fortement encadré.

La question s'est donc posée de savoir si la remise d'actions autodétenues en rémunération d'un apport en nature est admise. Pour l'apporteur, l'opération est neutre, puisqu'il reçoit des titres de la société bénéficiaire sans que celle-ci réalise une nouvelle augmentation de capital.

452. Les dispositions de l'article L. 225-209-2¹¹⁹¹ du Code de commerce permettent aux SA, dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, de racheter leurs propres titres dans le cadre d'un programme de rachat sous certaines limites et pour certaines finalités définies par ces textes. Cette faculté est notamment permise pour les attribuer, selon ce texte, dans les deux ans de leur rachat, en paiement ou en échange d'actifs acquis par la société dans le cadre d'une opération de croissance externe, de fusion, de scission ou

¹¹⁸⁶ Ex. Valeur d'apport 10 000 € émission de 300 Actions d'une valeur nominale de 10 € chacune, soit 3 000e. le différentiel constitue la prime d'apport pour un montant de 7 000 €.

¹¹⁸⁷ R. Mortier, *op. cit.*, n° 11.

¹¹⁸⁸ *Ibid*,

¹¹⁸⁹ C. com. art. L. 223-34, al. 4.

¹¹⁹⁰ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 80.

¹¹⁹¹ Applicable également aux SAS.

d'apport¹¹⁹². Cette possibilité est également admise pour les SA cotées en vertu des dispositions de l'article L. 22-10-62 du même code. Néanmoins, les avis de la doctrine sont partagés sur la portée à donner à la référence expresse aux apports en nature¹¹⁹³.

En effet, la lecture conjuguée des articles 1843-2, 1843-3 al. 2 du Code civil et de l'article L 225-147 du Code de commerce, permet de déduire que le capital social peut être augmenté en cours de vie sociale par de nouveaux apports en nature, sans pour autant restreindre la rémunération dudit apport par des actions autodétenues. La doctrine et la jurisprudence admettent cette possibilité¹¹⁹⁴. Deux auteurs¹¹⁹⁵, en faisant référence notamment à un arrêt de la Cour de cassation ayant tacitement admis cette possibilité, affirment qu'« *un apport en nature pourrait être rémunéré, non seulement par un certain nombre d'actions faisant partie du capital primitif, mais aussi, et en outre, par une fraction déterminée des actions qui seraient créées au cours de la société à titre d'augmentation du capital social* »¹¹⁹⁶.

L'esprit du législateur est donc de rémunérer l'apporteur par des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport, afin que l'apport du bien soit qualifié d'apport en nature¹¹⁹⁷.

Se pose alors la question de la possibilité de constater une prime d'apport lors de la rémunération de l'apporteur par des actions autodétenues, à l'instar de l'émission de nouveaux titres de capital.

La réponse nous paraît négative. Aucune prime d'apport ne peut être constatée lorsque l'apport est rémunéré par des actions autodétenues. En effet, sa raison d'être n'est pas justifiée puisque la valeur vénale des actions attribuées à l'apporteur en rémunération de son apport est équivalente à la valeur de son apport. L'apporteur reçoit ainsi le nombre d'actions dont la valeur

¹¹⁹² E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 81.

¹¹⁹³ S. Torck, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *Bull. Joly soc.*, 2012, p. 510 ; R. Mortier, « Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées », *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, 2015, n° 141, dossier 3, avis non partagé.

¹¹⁹⁴ ANSA, Comité juridique, avis n° 3249 du 2 juill. 2003 et n° 3248 du 5 févr. 2003, à propos de la rémunération des apports partiels d'actifs ou des fusions et la doctrine citée dans l'avis du même comité n° 04-047 du 5 mai 2004, Rémunération d'un transfert de bien au moyen de valeurs mobilières composées, qualification et procédure à suivre, note 3.

¹¹⁹⁵ C. Houpin et H. Bosvieux, *op. cit.*, n° 690.

¹¹⁹⁶ Cass. req., 1^{er} mars 1882, S. 1884. 1. 231.

¹¹⁹⁷ La doctrine fiscale admet ce mode de rémunération dans le cadre des opérations de restructuration d'entreprise, en précisant que « *Les droits sociaux destinés à la rémunération de l'apport en nature peuvent provenir soit d'une augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport, soit de la distribution d'actions autodétenues par la société bénéficiaire de l'apport* », BOI-IS-FUS-20-10, 3 juin 2020§ 80 et 90.

est équivalente à la valeur vénale de son apport. En revanche, l'apporteur peut recevoir une soulte pour égaliser les deux valeurs¹¹⁹⁸.

2) Rémunération de l'apport en nature par des actions de préférence

453. Créées par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004¹¹⁹⁹, les actions de préférence regroupent une catégorie d'actions dont les droits attachés sont distincts de ceux des actions ordinaires. Elles peuvent être émises, tant à la constitution qu'au cours de la vie sociale de la société pour rémunérer un apport en nature. Certaines préférences sont de nature financière (**a**), tandis que d'autres concernent les prérogatives politiques du détenteur (**b**). Elles peuvent impliquer un renforcement ou une amputation de droits, mais également inclure des obligations mises à leur charge¹²⁰⁰.

a) Droits particuliers de nature financière

454. La formulation de l'article L. 228-11 du Code de commerce est très générale et permet d'implémenter toute sorte de préférences. Un auteur postule que *« s'il n'est pas pertinent de tenter de présenter de manière exhaustive ces droits, susceptibles d'apparaître au gré de l'imagination des acteurs économiques, il est toutefois possible de les regrouper »*¹²⁰¹.

Les droits particuliers de nature financière attachés aux actions de préférence ne peuvent être recensés de manière exhaustive, car ils peuvent se multiplier au gré de l'imagination des spécialistes de l'ingénierie financière¹²⁰². Les droits particuliers peuvent porter sur les dividendes ou tout autre droit à caractère financier. Concernant l'aménagement du droit aux dividendes, on peut citer à titre d'exemple les droits aux dividendes prioritaires, majorés, minorés, préciputaires ou cumulatifs, progressifs ou dégressifs, conditionnels, à éclipses, limités dans le temps, *etc.*¹²⁰³

Les autres droits à caractère financier peuvent concerner, notamment, le droit prioritaire à

¹¹⁹⁸ Ex. : Valeur d'apport = 2 000 €, rémunération 100 actions de 10 € de valeur nominale chacune, mais évaluées à 20 € chacune. Si la valeur vénale est de 19 € chacune, une soulte de 100 € (100 actions x 1 €) est allouée en plus à l'apporteur.

¹¹⁹⁹ Avant la loi Pacte, les droits particuliers étaient définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce qui restreint certains droits de vote. La loi Pacte n° 2019-486, du 22 mai 2019, a élargi les droits particuliers attachés aux actions de préférence.

¹²⁰⁰ B. Mercadal, Que faire des actions de préférence, *RJDA*, 2006, p. 671, n° 27.

¹²⁰¹ M. Michineau, « Actions », *Études Joly soc.*, 22 janv. 2021, n° 102.

¹²⁰² A. Thobie, « Actions de préférence », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc 1803, 2023, § 21 et s.

¹²⁰³ A. Guengant, D. Davodet, Ph. Engel et S. de Vendeuil, « Actions de préférence, questions de praticiens », *JCP E* 2005, 1045, n° 7.

l'amortissement, conditionné ou non, sur les distributions de réserves, au *boni* de liquidation¹²⁰⁴, le droit anti-dilution ou encore le droit de conserver une quote-part dans le capital.¹²⁰⁵

b) Droits particuliers de nature politique

455. Par une notion générique, l'article L. 228-11 du Code de commerce élargit les contours des actions de préférence, lesquelles doivent en tout état de cause respecter les règles d'ordre public¹²⁰⁶. Ces actions peuvent être assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent.

Les droits attachés aux actions de préférence peuvent être d'ordre politique, et peuvent consister en un renforcement ou une réduction d'un droit politique. Cela renvoie, à titre d'exemple, à un droit à une information renforcée ou encore à un droit de représentation renforcé dans les organes de gestion.

Les actions de préférences peuvent aussi être émises avec ou sans droit de vote¹²⁰⁷. Cependant, la suppression du droit de vote ne peut pas excéder plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social¹²⁰⁸. Peut être aussi attachés à ces actions de préférence un droit de vote double ou multiple, voire à un droit de veto sur certaines décisions. L'inaliénabilité d'actions pour une durée déterminée est également envisageable¹²⁰⁹.

Pour protéger ses droits sur le bien apporté, fondu en principe dans l'actif social, l'apporteur peut avoir intérêt à recevoir une rémunération par des actions de préférence ayant, par exemple, comme droit particulier, de percevoir le produit de la vente de l'actif social qu'il a apporté, ou de priorité pour le remboursement de capital en cas de liquidation.

¹²⁰⁴ A. Guengant, D. Davodet, Ph. Engel et S. de Vendeuil, *op. cit.*, n° 17 ; A. Couret et H. Le Nabasque, *Valeurs mobilières et augmentation du capital*, Dossier pratique, F. Lefebvre, 2004, p. 225.

¹²⁰⁵ B. Brignon, « Actions de préférence », *J.-Cl. B. Créd. Bour.*, LexisNexis, fasc.1803, 2020, n° 19 ; A. Guengant, D. Davodet, Ph. Engel et S. de Vendeuil, *op. cit.*, n° 17.

¹²⁰⁶ Ex : La prohibition des clauses léonines prévues par l'art. 1844-1 du C. civ, le droit au DPS lors d'augmentation de capital C. com. art. L. 225-132 à l'exception de celles auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sauf clauses contraires des statuts 228-11.

¹²⁰⁷ Avant la loi Pacte, les droits particuliers étaient définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce qui restreint certains droits de vote.

¹²⁰⁸ C. com. art. L. 228-11.

¹²⁰⁹ Cl. Ferry, Chr. Gerschel, S. Rizo-Sanchez et K. Khau Castelle, « Validité, portée, efficacité des clauses d'inaliénabilité statutaires et extra-statutaires portant sur des actions », *Actes prat. ing. sociétaire*, LexisNexis, 2011, dossier 1.

II- Rémunération de l'apport en nature par des VMDAC ou des jetons numériques

456. La rémunération de l'apport en nature n'est pas cantonnée aux droits sociaux formant le capital société de la société émettrice. Elle peut s'étendre à une rémunération singulière qui n'a pas encore connu beaucoup de succès nonobstant les avantages qu'elles procurent.

La consécration de la validité de la rémunération par des VMDAC renforce la légitimité de ce mode de rétribution (1). Cependant, la rémunération d'un apport en nature par des jetons numériques soulève de nombreuses interrogations, que nous tenterons d'éclairer (2).

1) Consécration de la validité de rémunération par des VMDAC

457. Aux termes de l'article L. 228-91 du Code de commerce, les VMDAC peuvent être émises par toutes les sociétés par actions. L'émission de ces valeurs par les SARL est proscrite¹²¹⁰. L'article L. 225-147 du Code de commerce, relatif à l'augmentation de capital en nature, ne précise pas explicitement la nature des titres à émettre en rémunération de l'apport. La qualification juridique de ces VMDAC (a) permet d'apprécier la possibilité de rémunérer un apport en nature par ces valeurs (b).

a) Qualification et régime juridique des VMDAC

458. La qualification et le régime juridique des VMDAC sont étroitement liés. Il convient, de prime abord, de qualifier juridiquement les VMDAC pour déterminer les règles applicables à ce mode de rémunération d'apport en nature.

459. Qualification juridique fondée sur la distinction titre autonome/titre composé - Le titre financier donnant accès au capital social d'une société de capitaux auquel n'est pas attaché un titre accessoire est qualifié de VMDAC autonome. Bien que cette qualification ne soit pas consacrée par des textes, elle est souvent adoptée par la doctrine. Il s'agit d'un titre qui « *donne accès par lui-même, mais à terme, au capital social ; il est en quelque sorte orphelin puisque non attaché à une action ou une obligation* »¹²¹¹. Le Professeur Le Nabasque précise, à propos des obligations autonomes, que « *contrairement aux bons secs, les obligations, en effet, ont une existence "autonome" : quoique convertibles en actions, remboursables en actions, ou assorties de BSA, elles sont d'abord et avant tout, dans leur première vie, des obligations, donc*

¹²¹⁰ C. com. art. L. 241- 2, ce texte retient de lourdes sanctions pénales.

¹²¹¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1624, p. 599.

des titres de créance et non des titres de capital »¹²¹². Il peut notamment s'agir de valeurs mobilières intercalaires à base obligataire (OCA, ORA, OEA)¹²¹³.

Cependant, les valeurs mobilières composées sont des titres hybrides. Elles sont composées d'un titre primaire (ou titre hôte) et d'un titre secondaire (ou titre accessoire) et donnent, selon leur composition, accès au capital de la société émettrice ou à l'attribution des titres de créance¹²¹⁴. Les multiples combinaisons des VMDAC sont gouvernées par le principe de liberté de création. En effet, Michineau soutient que « *les émetteurs ont adapté à leur situation les paramètres des émissions, en jouant tour à tour sur le taux d'intérêt, le prix ou la parité d'exercice des titres primaires, les périodes d'exercice ou encore l'exigibilité de l'option qu'ils soumettent parfois à une condition suspensive* »¹²¹⁵. Une maniabilité est alors offerte pour les émetteurs des VMDAC.

460. Qualification des VMDAC de titres de capital contestée- A notre sens, la qualification juridique des VMDAC en tant que de titres de capital est trompeuse. Notre postulat est justifié par le fait que certaines d'entre elles ne sont pas représentatives du capital social. Les OCA, OEA ou OBSA, par exemple, sont des titres de créance donnant droit à un accès potentiel au capital social de la société émettrice.

La classification des valeurs mobilières composées parmi les titres de capital n'est qu'une formule adoptée par le législateur par défaut. Un auteur considère que « *sans directement qualifier les valeurs mobilières complexes de titres de capital, l'article L. 212-1-A du CMF énonce que, les titres de capital « comprennent » les titres donnant ou pouvant donner accès au capital* »¹²¹⁶.

Les articles L. 225-129 et L. 228-91 du Code de commerce distinguent les valeurs mobilières donnant accès au capital des titres de capital qui se composent exclusivement des actions ordinaires et des actions de préférence¹²¹⁷.

¹²¹² H. Le Nabasque, *op. cit.*, p.113.

¹²¹³ M. Michineau, *La protection des droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital*, thèse Paris 1 Panthéon, Sorbonne, 2013, n° 28 p. 74.

¹²¹⁴ M. Michineau, *op. cit.*, p. 52, n° 15.

¹²¹⁵ M. Michineau, *op. cit.*, n° 04.

¹²¹⁶ M. Michineau, *op. cit.*, n° 81.

¹²¹⁷ Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004 ; C. com. art. L. 225-127 dispose que « *le capital social est augmenté soit par émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, soit par majoration du montant nominal des titres de capital existants* ».

461. Qualification juridique des VMDAC : distinction entre titres de capital/titres de créance - Le rattachement, prévu par l'article L. 212-A du CMF, des titres donnant ou pouvant donner accès au capital à la catégorie des titres de capital est, parfois, source d'incohérences. Il porte même atteinte aux fondements des valeurs mobilières, manifestées par la dichotomie titres de capital/titres de créance¹²¹⁸, qui garde tout son intérêt en droit des sociétés.

Traditionnellement, les instruments de financement des sociétés de capitaux sont classés selon une *summa divisio* qui oppose les titres de capital aux titres de créance¹²¹⁹. Si la classification des titres financiers complexes, dont le titre hôte est une action, parmi les titres de capital, est admise à l'unanimité par la jurisprudence et la doctrine, ceux revêtant le caractère obligataire autonome donnant accès au capital (OCA, OEA et ORA) ou dont le titre primaire est une obligation (OBSO, OBSA, *etc.*) suscitent plus de controverses.

En effet, le détenteur d'une VMDAC dont le titre primaire est de nature obligataire, exception faite pour les ORA, dont la voie vers le capital était tracée, qui abandonne son option d'accès au capital jouira d'un remboursement en numéraire, dans des conditions similaires à celles offertes aux obligataires ordinaires. Le capital social ne peut alors se substituer à l'emprunt obligataire.

Dans un contentieux fiscal relatif à des OCA, le Conseil d'État a entériné, dans une décision du 16 octobre 2016, la nature fondamentale des obligations donnant accès au capital en précisant qu'« *alors même qu'elles étaient convertibles en actions [elles] conservait, tant qu'elles n'étaient pas converties, leur caractère de titres de créance* »¹²²⁰. Les Professeurs Couret et Le Nabasque partagent cette position et précisent, par ailleurs, que « *chaque fois que la composante primaire est une obligation, le régime de base des obligations trouve à s'appliquer pour autant qu'il n'y est pas dérogé par un régime spécifique* »¹²²¹.

Le droit comptable corrobore la position de l'administration fiscale. En effet, à l'égard de l'émetteur, et à l'exception des obligations remboursables en actions (ORA) qui sont comptabilisées en autres fonds propres¹²²², les obligations donnant accès au capital et titres

¹²¹⁸ A. Reygrobellet, « la réforme des valeurs mobilières complexes par l'ordonnance du 31 juill. 2014 relative au droit des sociétés », *Bull. Joly Bourse*, 2014, pp.564-571.

¹²¹⁹ M. Michineau, *op. cit.*, n° 8.

¹²²⁰ CE, 8e et 3e ch., 13 oct. 2016, n° 388574, *Dr. fisc.* 2016, n° 48, comm. 609, concl. B. Bohnert.

¹²²¹ A. Couret et H. Le Nabasque, *Valeurs mobilières-Augmentation de capital*, F. Lefebvre, 2004, n° 625, p. 254.

¹²²² OEC, avis n° 28, juill. 1994, sur la distinction entre les capitaux propres, les autres fonds propres et les dettes, un instrument financier ne répondant pas à la définition des capitaux propres est classé dans une rubrique

hybrides dont le titre primaire est une obligation sont des emprunts obligataires¹²²³ comptabilisés au compte des dettes du passif du bilan. Le traitement comptable est le même que pour un autre emprunt obligataire, avec un compte spécial 161 « Emprunts obligataires convertibles » leur étant réservé¹²²⁴.

b) Rémunération de l'apport en nature par des VMDAC

462. À l'exception des obligations remboursables en actions, les VMDAC confèrent à leur détenteur la faculté d'accéder au capital social de la société émettrice selon les conditions prescrites dans le contrat d'émission. Il s'agit d'une promesse unilatérale¹²²⁵ de l'émetteur des VMDAC. Par l'effet de la promesse, celui-ci s'engage irrévocablement à respecter les conditions et modalités prévues par le contrat d'émission.

Ainsi, le contrat d'option donne naissance au profit du bénéficiaire de la VMDAC, d'un droit, et non d'une obligation, de lever son option pour accéder au capital de la société émettrice. Le consentement de celle-ci n'est pas requis, rendant ainsi l'augmentation de capital corrélative à l'exercice des promesses dites « *automatique* »¹²²⁶, à condition, toutefois, de satisfaire les conditions requises par le contrat d'émission.

463. D'un point de vue économique, le bon de souscription d'actions constitue une option négociable permettant de souscrire à un nouveau titre de capital pour un prix déterminé et durant une période donnée¹²²⁷. Cependant, il n'est pas proscrit de prévoir d'émettre des BSA à prix déterminable, indexé, et pour une durée indéterminée.

Il y a lieu alors de distinguer le prix d'émission du BSA du prix d'exercice d'option. En effet, le premier prix concerne la valeur du bon lui-même, tandis que le second correspond au prix d'émission de l'action à émettre qui ne peut être, en tout état de cause, inférieur à la valeur nominale statutaire¹²²⁸.

intermédiaire entre les capitaux propres et les dettes.

¹²²³ CA Versailles, 17 nov. 1994, *JCP E* 1995, n° 7, p. 447, obs. A. Viandier ; *Bull. Joly bourse* 1995, n° 6, p. 37, obs. Th. Bonneau et Cass. com., 13 juin 1995, *Rev. soc.*, 1995, p. 736, obs. P. Didier ; *Bull. Joly bourse* juil.-août 1995, n° 21, p. 259, obs. P. Le cannu ; *Quotidien juridique* sept. 1995, n° 76, p. 8, obs. Ph. Merle.

¹²²⁴ *Mémento comptable, op. cit.*, n° 41260.

¹²²⁵ C. civ. art. 1124, al. 1, définit la promesse unilatérale comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

¹²²⁶ C. com. art. R. 228-93.

¹²²⁷ R. Foy, *op. cit.*, n° 4.

¹²²⁸ C. com. art. L. 225-128.

De la lecture conjuguée des articles L. 211-1-II du CMF et des articles L. 228-1, alinéa 1^{er}, et L. 228-91, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, il découle que les BSA sont des titres financiers appartenant à la catégorie des VMDAC. Ils sont, par conséquent, soumis aux règles du Code de commerce définissant le régime de leur émission et les droits de leurs détenteurs. Souvent qualifiés par les praticiens de « bons autonomes de souscription » ou de « bons secs »¹²²⁹, les BSA sont des options que le titulaire n'est pas obligé d'exercer en souscrivant le titre auquel ils donnent droit.

Dans leur ouvrage de droit de sociétés, M. Cozian, M. Viandier et Mme Deboissy ont classé les BSA au paragraphe consacré aux « titres de capital », tandis que les autres obligations intercalaires le sont dans le paragraphe dédié aux « titres de créance »¹²³⁰. Cependant, le classement des BSA parmi les titres de capital ne leur confère pas cette qualification intrinsèque.

Paradoxalement, le droit comptable classe les BSA parmi les primes d'émission. Selon un auteur, le BSA « correspond à une fraction de la prime d'émission attachée aux actions issues des bons »¹²³¹. Ainsi, la valeur des BSA est incorporée aux capitaux propres, sans pour autant être incluse au capital social.

464. La précision apportée par l'article L. 225-127 du Code de commerce ne laisse plus de doute quant à la qualification juridique du BSA : il ne s'agit pas d'un titre de capital.

Toutefois, les BSA peuvent-ils être émis par une société en formation pour rémunérer un apport en nature ? La réponse est apportée par un auteur qui précise que « le fait que les textes exigent la réunion de l'AGE ne signifie pas que les fondateurs d'une société par actions ne puissent pas dès la constitution décider ou autoriser l'émission de BSA. Aucune disposition n'interdit une telle faculté. Évidemment, cette décision ne peut prendre effet qu'à la suite de l'immatriculation »¹²³². Néanmoins, les BSA ne peuvent pratiquement pas être émis avant l'immatriculation de la société pour rémunérer un bien apporté à celle-ci lors de sa constitution.

465. Nature juridique des VMDAC - Singularité de l'obligation remboursable en actions (ORA) - Bien que la qualification de la promesse unilatérale d'accès au capital s'adapte

¹²²⁹ R. Foy, *op. cit.*, n° 4.

¹²³⁰ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1659 s., p. 615.

¹²³¹ R. Foy, *op. cit.*, n° 24.

¹²³² R. Foy, *op. cit.*, n° 34 ; ANSA, Comité juridique, avis n° 11-049 du 6 juill. 2011.

aux spécificités des valeurs mobilières donnant accès au capital, l'ORA présente une singularité juridique particulière.

En effet, la configuration spécifique de l'ORA impose à l'émetteur et au détenteur de s'obliger réciproquement¹²³³. Le détenteur de l'ORA s'oblige à accéder au capital à terme dans les conditions prévues au contrat d'émission. L'émetteur, quant à lui, prend l'engagement d'émettre des actions au profit du détenteur de l'option. Par opposition aux autres valeurs mobilières composées, le concept d'option¹²³⁴ n'est pas applicable aux ORA, dont l'accès au capital s'impose aux parties au contrat *ab initio*.¹²³⁵

En définitive, à l'exception de l'ORA qui répond à la qualification de promesse synallagmatique, les autres valeurs VMDAC relèvent de la catégorie des promesses unilatérales¹²³⁶.

Le transfert des droits, qu'ils soient constitutifs ou translatifs, de propriété ou de jouissance à titre onéreux, peut être rémunéré par des VMDAC. Néanmoins se pose la question de savoir dans quelle mesure, l'apport en nature peut être rémunéré par des VMDAC ?

466. L'article L225-147 du Code de commerce définit la conception selon laquelle des actions, de la société bénéficiaire de l'apport, sont nouvellement et immédiatement émises en rémunération d'un apport. Cet article établit la procédure à suivre en cas d'augmentation de capital résultant d'apports en nature, sans toutefois définir cette notion. Aucune disposition impérative n'exige que l'émission des titres de capital soit immédiatement libérée. En effet, l'alinéa 5 de cet article ne prévoit que la libération intégrale des titres de capital¹²³⁷ émis en rémunération de l'apport en nature.

¹²³³ M. Michineau, *op. cit.*, n° 30.

¹²³⁴ A. Grenot-Devedjian, *Les valeurs mobilières composées*, thèse Paris I Panthéon Sorbonne, 2009, p. 234, n° 235 ; Cass. com., 13 juin 1995, *Rev. soc.*, 1995, note P. Didier, p. 736.

¹²³⁵ M. Michineau, *op. cit.*, n° 30 ; F. Peltier, « La nature juridique des obligations remboursables en actions », *JCP E*, 1992. I. 155, l'auteur postule que « l'ORA constitue pour son émetteur un moyen de se procurer des fonds [...] non pas au titre d'un emprunt comme la dénomination du titre conduirait à le penser, mais au titre d'une souscription à une augmentation de capital ultérieure dont le prix de souscription est d'ores et déjà libéré par le souscripteur, alors même que les actions seront émises et donc livrées ultérieurement. L'ORA est en conséquence un titre de transition qui matérialise cette libération anticipée d'actions à émettre, une sorte de quittance d'un paiement anticipé »

¹²³⁶ D. Ohl, « Valeurs mobilières donnant accès au capital ou le droit à un titre de créance », *Rép. soc.*, mars 2023, n° 174.

¹²³⁷ La libération intégrale concerne les actions ordinaires ou de préférence.

Dès lors, une augmentation de capital immédiate n'est pas une condition nécessaire pour qualifier un apport en nature, qui peut valablement être rémunéré par des valeurs mobilières donnant un accès différé et optionnel au capital. Ce mode de rémunération est admis par la jurisprudence¹²³⁸ et la doctrine majoritaire¹²³⁹.

Selon le Professeur Le Nasbaque, ce titre « *ne fait pas de l'apporteur un associé immédiat ni même un associé à terme s'il décide finalement de ne pas entrer au capital* »¹²⁴⁰.

467. La rémunération de l'apport en nature par les VMDAC dont le titre primaire est une action (ABSA, ABSO, *etc.*) ne semble pas poser de difficulté particulière au regard de la conception classique de l'apport en nature. En effet, ces VMP sont des titres de capital.

Cependant, lorsque le titre primaire correspond à un titre de créance (OBSA, OBSO, *etc.*), la complexité est exacerbée. Dans ce cas, l'apport s'effectue sans augmentation corrélative de capital, et l'émission des titres au profit de l'apporteur n'est que potentielle.

Pour bénéficier des avantages fiscaux prévus par les articles 210-A et 210-B du Code général des impôts concernant les opérations de restructuration d'entreprise, l'administration fiscale a explicitement exclu la rémunération par des VMDAC dont le titre primaire est une obligation, et notamment « *les titres représentatifs d'une créance, d'obligations convertibles, d'obligations remboursables en actions, de bons de souscription d'actions, etc.* »¹²⁴¹. Cette exclusion nous paraît également transposable aux apports en nature, étant donné que l'opération se rapproche davantage d'une vente¹²⁴² dont le paiement est différé selon les termes du contrat d'émission.

468. L'instance ordinaire des commissaires aux comptes distingue les titres de créance donnant un accès potentiel au capital social de la société bénéficiaire de l'apport, de ceux dont l'accès est différé, mais certain.

¹²³⁸ CA Paris 17 févr. 2022 n° 21/00370, *BRDA* 15-16/22 inf. 1 à propos de BSA ; Cass. com., 9 mars 2022 n° 20-14.773 F-D, *RJDA* 6/22 n° 342.

¹²³⁹ H. Le Nasbaque, « Apports d'actifs ou acquisitions rémunérés par des titres de créances complexes ORA, OC ou des bons de souscription d'actions », *RDBF* 2/2004 p. 119 ; M. Germain et V. Magnier, « Propos introductifs - Les apports, entre passé et avenir », *Bull. Joly* 2009, supplément thématique p. 1150.

¹²⁴⁰ H. Le Nasbaque, *La fin de la connexion apports/capital ? Quel avenir pour le capital*, Collections thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 106.

¹²⁴¹ BOI-IS-FUS-20-10, 3 juin 2020§ 80 et 90.

¹²⁴² A. Couret, G. Olivier et B. Peillon, « Augmentations de capital par apports en nature, sur quelques interrogations récurrentes », *Bull. Joly soc.*, juill. 2009, n° 82 ; ANSA, comité juridique, avis n° 04-047 du 5 mai 2004, Rémunération d'un transfert de bien au moyen de valeurs mobilières composées, qualification et procédure à suivre.

La Commission des études juridiques de la CNCC a pris position en mars 2007, à propos de la rémunération des apports par des VMDAC¹²⁴³. Elle considère que, d'un point de vue juridique, il n'y a pas apport en nature lorsque la rémunération de l'apport d'un bien est effectuée par des valeurs mobilières composées ou de titres de créances complexes donnant un accès potentiel au capital. Elle estime que les titres primaires remis en contrepartie de l'apport sont davantage des titres de créances que des titres de capital. Sont notamment susceptibles d'être concernées, selon la compagnie, les OCA, OBSA et BSA. Par cet avis, la CNCC refuse implicitement de donner la qualification de titre de capital au BSA.

En revanche, lorsque l'apport est rémunéré sous forme de valeurs mobilières composées ou de titres de créances complexes octroyant un accès différé, mais certain au capital, dans une limite de temps définie, la CNCC considère qu'il s'agit d'un apport en nature. Cela concerne notamment les ORA, dont la structure impose un accès au capital à terme. Cependant, la COB puis l'AMF ont adopté une analyse différente.

469. En 2003 la COB¹²⁴⁴ a pris une position singulière dans le cadre d'une « *acquisition d'actifs pour une valeur symbolique, avec un complément de prix important sous la forme de BSA exerçables en fonction de la réalisation d'objectifs de chiffres d'affaires pour l'année qui suivait l'acquisition* »¹²⁴⁵. La COB a requalifié cette vente en apport en nature. Cette position a été réitérée dans une communication de l'AMF en 2004¹²⁴⁶ concernant les apports d'actifs rémunérés par des titres de créance complexes (ORA, OC ou BSA). Sans pour autant qualifier explicitement l'apport rémunéré par des VMDAC d'apport en nature, le régulateur de marché a imposé l'application de la procédure applicable aux apports en nature dès lors qu'un actif est remis en contrepartie des VMDAC¹²⁴⁷.

Les réponses de la COB et de l'AMF n'étaient cependant pas entièrement convaincantes pour les juristes. Selon le Professeur Le Nabasque « *la COB, comme l'AMF, si elles ont bien qualifié ces opérations « d'apports », ne l'ont fait que par souci de les soumettre à une procédure d'évaluation indépendante, imprudemment confiée à un « commissaire aux apports » en 2003, puis à un « expert indépendant » en 2004* »¹²⁴⁸.

¹²⁴³ CNCC, Bull. n° 145, mars 2007, EJ 2006-183,.

¹²⁴⁴ COB, fusionnée en 2003 avec le Conseil des marchés financiers pour former l'Autorité des marchés financiers.

¹²⁴⁵ COB, Bull. janv. 2003, p. 74.

¹²⁴⁶ AMF, Rev. janv. 2004, p 156.

¹²⁴⁷ CNCC, Bull. n° 145, mars 2007, p. 143-147.

¹²⁴⁸ H. Le Nabasque, « Des apports rémunérés par des valeurs mobilières donnant accès au capital ? » *Bull. Joly*

470. Deux décisions jurisprudentielles récentes ont corroboré la position de l'AMF. La première décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation a qualifié d'apport en nature l'opération par laquelle des actions, transférées à une société en pleine propriété, et rémunérées par des actions à bons de souscription d'actions (ABSA) et d'obligations convertibles en actions (OCA)¹²⁴⁹.

En se référant aux articles 1582, alinéa 1^{er} et 1832, alinéa 1^{er}, du Code civil, cet arrêt n'énonce qu'incidemment, que la rémunération des titres de capital apportés en pleine propriété par des ABSA et des OCA de la société bénéficiaire de l'apport n'était pas une vente, mais bien un apport.

La deuxième décision de la Cour d'appel de Paris statue, pareillement, qu'une opération similaire, rémunérée par des BSA autonomes, serait un apport et non pas un échange¹²⁵⁰.

L'examen de la portée de ces deux décisions nous laisse penser que la question n'est pas encore tranchée. Selon le Professeur Le Nabasque « *un apport ne devrait pas pouvoir être rémunéré par des valeurs mobilières donnant accès au capital. Ce n'est pas que l'opération serait nulle, mais elle serait mal qualifiée* »¹²⁵¹. Cette position nous paraît particulièrement convaincante lorsque le titre primaire est une obligation. En revanche, pour la Cour de cassation, l'apport rémunéré par des ABSA et des OCA correspond bien à un apport en nature. Dans certaines situations particulières, cette position s'avère inadaptée, notamment si l'option de conversion en action n'est pas exercée.

L'apport en nature rémunéré en partie par des actions et en partie par le versement d'une somme d'argent à l'apporteur, l'attribution d'une créance ou encore la prise en charge de dettes revêt un caractère mixte¹²⁵². Dans ce cas, « *l'opération participe à la fois de l'apport et de la vente, ce qui implique l'application cumulative des règles relatives à la vente et à l'apport pur et simple. On la qualifie en pratique d'apport mixte* »¹²⁵³.

471. À notre sens, la qualification de l'opération est conditionnée par le sort du dénouement des options. Il en résulte les conséquences suivantes : Si l'apporteur opte pour la conversion

soc., 01 nov. 2022, p. 37, n° 11.

¹²⁴⁹ Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14773, F-D, *Bull. Joly soc.*, juill. 2022, n° *Bull. Joly soc.*, 201g1, note G. Le Noach.

¹²⁵⁰ CA Paris, 5-9, 17 févr. 2022, n° 21/00370.

¹²⁵¹ H. Le Nabasque, *op. cit.*, p. 37, n° 11.

¹²⁵² *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 51020.

¹²⁵³ *Ibid.*

des OCA, l'apport, rémunéré par les ABSA et les OCA, est bel et bien un apport en nature. En revanche, si l'apporteur opte pour le remboursement des OCA, l'apport est rémunéré par des ABSA et par des titres de créance (OCA). L'apport renvoie alors à un apport mixte. Quelle que soit la qualification, la procédure de vérification et d'approbation de l'apport en nature s'impose.

L'analyse des enregistrements comptables de cette opération permet d'en déduire sa qualification juridique exacte.

472. L'ABSA est le 1^{er} élément de rémunération de l'apport en nature - Qualifiée de titre hybride, l'ABSA représente une valeur mobilière composée d'une part, d'un titre primaire (l'action) émis lors d'une première augmentation de capital et d'autre part, d'un titre secondaire (BSA) qui donne droit à la souscription, à terme, à une augmentation de capital, à un prix déterminé ou déterminable et à une date fixée par le contrat d'émission¹²⁵⁴. Cependant, le prix de l'exercice est indépendant de la première opération et n'a aucun lien de connexité avec l'apport en nature¹²⁵⁵.

Le PCG considère que les BSA ont une valeur nulle, en raison de l'absence, du point de vue juridique, de dette de la société émettrice¹²⁵⁶.

L'augmentation de capital suite à l'exercice des BSA est enregistrée au passif du bilan au compte « Capital » à hauteur de valeur nominale des actions émises. Le surplus est inscrit au compte « Primes liées au capital social ». Le prix d'exercice doit faire l'objet d'une libération, en numéraire ou en nature, par le détenteur des BSA afin de constater la seconde augmentation de capital.

473. OCA : le 2^e élément de rémunération de l'apport en nature - Les OCA sont des emprunts relevant de la catégorie des valeurs mobilières donnant accès au capital¹²⁵⁷. Elles assurent à l'investisseur une rémunération minimale annuelle sous forme de coupons¹²⁵⁸ et une garantie de remboursement en l'absence de l'option pour leur conversion en actions.

¹²⁵⁴ Mémento Comptable, *op. cit.*, n° 55330 et n° 55415.

¹²⁵⁵ CNC, avis n° 35 du 1988. Le CNC dispose que lors de l'émission des ABSA, le prix d'émission est porté en capital social, indépendamment des BSA, en multipliant le nombre d'actions émises par le nominal de l'action. La différence étant portée au compte 104 « Prime d'émission ».

¹²⁵⁶ Mémento Comptable, *op. cit.*, n° 41300.

¹²⁵⁷ C. mon. fin. art. L 212-7 renvoyant aux articles L 228-91 à 228-106 du C. com.

¹²⁵⁸ CA Versailles, 3e ch., 25 janv. 2022, n° 19VE03125.

L'OCA est un titre de créance susceptible d'être remboursé ou converti en actions de la société émettrice, au choix de son détenteur. À ce titre, il nous semble que la qualification de l'apport dépend de l'option de l'apporteur, sauf engagement conventionnel.

Par ailleurs, lors de leur émission, le traitement comptable des OCA est identique à celui des emprunts obligataires. Le PCG réserve à cet emprunt un compte spécial, le compte 161 « Emprunts obligataires convertibles ».

Le dénouement de l'option par la conversion de l'OCA entraîne une augmentation de capital, réalisée par compensation avec la créance détenue contre l'émetteur, fondée sur l'emprunt obligataire. Des capitaux propres se substituent ainsi à l'emprunt¹²⁵⁹. L'augmentation de capital est définitivement réalisée, sans formalités¹²⁶⁰ supplémentaires, par la simple demande de conversion accompagnée du bulletin de souscription¹²⁶¹.

L'actif apporté est donc rémunéré non pas par des obligations, mais par des actions attribuées lors de la conversion des OCA.

474. La rémunération de l'apport en nature par des ABSA et des OCA, dont les options sont levées conformément aux conditions du contrat d'émission, entraîne trois augmentations de capital social pour la société bénéficiaire de l'apport. La première, lors de la réalisation de l'apport par l'émission des titres primaires des ABSA. Puis deux autres augmentations, l'une par l'émission d'actions lors de l'exercice de l'option des BSA, et l'autre par la conversion des OCA.

Une question relative à la rémunération effective de l'apport continue d'intriguer les professionnels. Il s'agit de déterminer si elle se limite aux ABSA et OCA émises initialement ou si elle s'étend à la totalité des actions ayant servi pour les trois opérations¹²⁶² d'augmentation de capital.

En principe, la valeur de l'apport doit être équivalente à la somme des valeurs des titres attribués en rémunération. Dans ce cas d'espèce, il s'agit de titres hybrides (ABSA) et titres autonomes (OCA) qui sont évalués séparément.

¹²⁵⁹ M. Michineau, *op. cit.*, n° 4.

¹²⁶⁰ C. com. art. L225-149 al. 1.

¹²⁶¹ C. com. art. L 225-149 al. 2.

¹²⁶² ABSA et OCA et Actions émises suite à l'exercice du BSA.

À notre avis, les actions émises suite à l'exercice des BSA ne doivent pas être incluses dans le panier servant pour la rémunération d'apport. En effet, il s'agit d'une augmentation de capital isolée. Le prix d'exercice des actions émises doit ainsi être libéré en numéraire ou en nature par l'actionnaire.

2) Rémunération par des jetons numériques

475. La question de la rémunération de l'apport en nature par des jetons numériques n'a pas fait l'objet d'études approfondies par la doctrine et suscite une réticence des professionnels du droit et du numérique. À travers cette section, nous tentons d'éclaircir l'éventuelle légalité de la rémunération d'un apport en nature par des jetons numériques. Le détenteur de ces jetons numériques dont l'actif sous-jacent peut-il prétendre à la qualité d'associé ?

Pour mieux cerner cette approche, nous étudierons le processus de tokenisation des titres financiers **(a)** avant d'examiner la possibilité de rémunération de l'apport en nature par des jetons numériques **(b)**.

a) Tokenisation des titres financiers

476. Les actions émises par les sociétés par actions sont dématérialisées. Pour les sociétés non cotées, elles sont enregistrées sur le registre de transfert d'actions tenu par l'émetteur. La circulation de ces titres est assurée par des bulletins de transferts d'actions, signés par l'actionnaire cédant et le cessionnaire, puis transmis au conseil d'administration pour son enregistrement sur le registre des transferts d'actions.

Pour les actions cotées, celles-ci sont tenues par un intermédiaire financier habilité. Les titres sont échangés entre actionnaires par transfert de compte à compte.

477. La circulation des titres de capital à l'ère du numérique - La technologie du numérique a impacté le droit des sociétés. La législation française a anticipé la digitalisation des titres de sociétés, permettant ainsi de lever les frictions administratives et opérationnelles inhérentes à leur circulation¹²⁶³. Certains titres financiers peuvent être enregistrés sur un DEEP. La possibilité d'utiliser la blockchain pour la représentation et la transmission des titres financiers a été consacrée par le décret d'application du 24 décembre 2018 de l'ordonnance « blockchain » du 8 décembre 2017.

¹²⁶³ C. Dubucq et M. Campestrin, « Actifs numériques et fiducie à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives* n° 6, nov.- déc. 2023, dossier 57, n° 1.

L'article L 211-7 du Code monétaire et financier dispose, en effet, que « *les titres financiers qui ne sont pas admis aux opérations d'un dépositaire central doivent être inscrits, au nom du propriétaire des titres, dans un compte-titres tenu par l'émetteur ou sur décision de l'émetteur, dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3* »¹²⁶⁴.

Le deuxième alinéa de l'article L. 211-3 du CMF précise qu'une telle inscription tient lieu d'inscription en compte. Seuls les titres non admis aux opérations d'un dépositaire central peuvent faire l'objet d'une inscription sur le DEEP.

Ainsi, le législateur accorde au DEEP la même force probante que celle attachée au registre des transferts d'actions tenu par l'émetteur et de ceux tenus par les intermédiaires mentionnés aux 2° à 7° de l'article L. 542-1 du Code monétaire et financier.

Se pose alors la question sur les modalités d'enregistrement des titres financiers non cotées sur un DEEP. Le mécanisme suppose la numérisation préalable de ces titres. Il s'agit de la tokenisation dont le mécanisme est proche de celui de la dématérialisation des titres classiques.

478. Processus de tokenisation. La numérisation des titres financiers des sociétés par actions non cotées s'analyse comme une nouvelle manière de désigner l'incorporel ou l'immatériel¹²⁶⁵, dont le DEEP constitue le support incontournable pour sa gestion.

L'introduction de la définition du jeton numérique¹²⁶⁶ par la loi Pacte constitue une révolution jurico-financière. L'article L. 552-2 du Code monétaire et financier¹²⁶⁷ définit le jeton comme « *tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien* ». Sont exclus, les instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 et des bons de caisse évoqués à l'article L. 223-1.

L'action des sociétés non cotées répond parfaitement à cette exigence et peut faire l'objet de la tokenisation. Cette dernière vise à rendre certains actifs plus liquides en vue de faciliter leur

¹²⁶⁴ C. mon. fin. art. L. 211-7.

¹²⁶⁵ F. Terre et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, « Précis », 10e éd. 2018, n° 43, p. 54.

¹²⁶⁶ Token en anglais

¹²⁶⁷ Définition introduite par la Loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019.

commercialisation¹²⁶⁸. Elle consiste alors à numériser un actif et les droits qui y sont associés sur des jetons numériques, qui sont ensuite enregistrés sur un DEEP.

Des auteurs considèrent que « *puisque la tokenisation est la transformation d'un actif en token, il est logique qu'elle s'immisce progressivement dans la sphère du droit. Cela s'inscrit dans un processus pour lequel on peut se demander si la tokenisation n'est pas l'étape suivante de la dématérialisation* »¹²⁶⁹.

Le jeton numérique occupe désormais une place significative dans le domaine du droit des sociétés. Sa création résulte de l'émission d'un droit nouvellement constitué ou de l'inscription sur le DEEP (Distributed Ledger) d'un droit préexistant¹²⁷⁰. Il existe deux grandes catégories de jetons sécuritaires en fonction du mode de tokenisation.

La première concerne l'émission, lors d'un (STO), des titres de capital sous forme de jeton. Il s'agit des jetons sécuritaires « natifs ». Ces jetons permettent à leur émetteur de lever des fonds auprès du public¹²⁷¹. La deuxième concerne des titres de capital existants et qui sont tokenisés sous forme de jetons.

Ainsi, la numération d'une action ordinaire consiste à transformer le titre de capital en un jeton numérique le représentant¹²⁷². Le jeton n'est qu'une représentation sur la blockchain d'un titre déjà en circulation et lui permet de bénéficier des avantages qu'elle offre¹²⁷³.

479. Un STO est une offre publique de valeurs mobilières numériques, effectuée grâce à des smart contracts utilisés sur une blockchain. Ces actifs numériques présentent les caractéristiques de titres financiers classiques. Ils peuvent, par exemple, donner des droits de propriété, de vote, ou des dividendes à ses détenteurs¹²⁷⁴.

Les sociétés anonymes et les SAS peuvent, dès lors, émettre des titres financiers sous forme de jeton et les enregistrer sur une blockchain, tout en respectant la législation Prospectus. Selon

¹²⁶⁸ La tokenisation est le procédé permettant de remplacer une donnée critique par un élément équivalent qui n'aura aucune valeur intrinsèque ou signification exploitable une fois sortie du système.

¹²⁶⁹ N. Barbaroux, R. Baron et A. Favreau, *op. cit.*, n° 57.

¹²⁷⁰ Le jeton est enregistré sur un DEEP privé ou public.

¹²⁷¹ Th. Verbiest et D. Richebourg, « Blockchains et financement de l'immobilier, La « tokenisation » des actifs immobiliers », *AJDI* 2019 p.423.

¹²⁷² Il s'agit des tokenized securities.

¹²⁷³ Th. Verbiest et D. Richebourg, *op. cit.* p.423.

¹²⁷⁴ <https://journalducoin.com/encyclopedia/sto-security-token-offerings-actifs-financiers-blockchain>. Consulté le 27 mars 2024

deux auteurs, « *l'ensemble des titres financiers peuvent être objets d'une telle opération, à savoir les titres de capital, les titres de créances et les titres des organismes de placement collectif* »¹²⁷⁵.

Se pose ainsi la question de savoir si l'apport en nature peut être rémunéré par des jetons représentant des actions ordinaires.

b) Rémunération par des jetons numériques dont l'actif sous-jacent est une action

480. La possibilité de rémunérer un apport en nature par des jetons numériques a été écartée par un auteur, arguant que « *les tokens ne sont pas des titres de capital et leur émission ne saurait constituer, pour l'heure, une augmentation de capital. Ce sont de simples instruments d'échanges, qui donnent accès à de la cryptomonnaie ou à des biens et des services proposés par la plateforme émettrice* ». ¹²⁷⁶ Nous tentons d'examiner la portée de cette doctrine au vu de l'évolution du droit positif.

La tokenisation renvoie désormais à un processus bien établi. Il consiste à convertir une action ordinaire en jeton numérique, qui représente cette action sur le DEEP. La valeur du jeton se trouve directement liée à celle de l'action ordinaire qu'il représente¹²⁷⁷. En outre, tous les droits associés au jeton numérique sont exercés par son détenteur grâce à un smart contract.

Selon les termes de l'article L. 552-2 du CMF, le jeton constitue un bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits. Cette définition est très large. Par ailleurs, les droits attachés aux actions peuvent être financiers ou politiques.

De cette analyse, il ressort qu'un apport en nature à une société de capitaux non cotée peut être rémunéré par des jetons numériques, représentant des actions ordinaires enregistrées sur un DEEP. Tous les droits associés aux actions ordinaires sont alors associés aux jetons qui les représentent.

Cependant, est-il possible de rémunérer un apporteur en nature par des jetons numériques ne représentant pas des actions ordinaires ? Ceci conduit à examiner les droits attachés aux actions susceptibles d'être tokénisés.

¹²⁷⁵ Th. Verbiest et D. Richebourg, *op. cit.* p.423.

¹²⁷⁶ A. Lecourt, « Capital social », *Rev. soc.*, déc.2023, n° 16.

¹²⁷⁷ V. n° 346 et s. *supra*.

481. Actif sous-jacent est une action de préférence - Le droit américain a admis, depuis longtemps, ce mécanisme par le biais des actions dites « reflets », encore appelées « tracking stocks »¹²⁷⁸. Il s'agit de l'actionnariat sectoriel.

De manière similaire aux « trackers », les jetons numériques adossés à des actifs peuvent refléter les performances d'une ou de plusieurs catégories d'actifs d'une société. La norme IAS 36 qualifie cette branche d'activité comme une unité génératrice de trésorerie¹²⁷⁹. Ce mécanisme permet à la société de séparer juridiquement ses différentes branches d'activité sans les constituer en filiales. Cette segmentation des activités est désormais possible grâce à la reconnaissance des actions de préférence dans le droit des sociétés¹²⁸⁰.

482. Le droit français offre une approche intéressante permettant d'obtenir des résultats similaires à ceux des trackers américains.

483. Avant l'ère du numérique, ces opérations étaient considérées comme très complexes, car elles nécessitaient, pour refléter le périmètre de l'activité reflétée, un suivi très rigoureux de deux ou plusieurs activités autonomes intégrées dans une seule société. Ce suivi incluait la gestion des actifs et passifs, des produits et charges liées, ainsi que l'affectation à l'activité de la quote-part des charges communes.

484. À l'ère du numérique, le suivi de la balkanisation de la société sans la filialiser est devenu une pratique maîtrisable. Les droits et prérogatives des titulaires de ces droits sont matérialisés par des smart contracts programmés dans le DEEP, ce qui permet le suivi en temps réel de chacune des activités. Ainsi, la valeur du jeton évolue continuellement.

Le cadre des actions de préférence peut parfaitement accueillir le mécanisme des actions reflets ou traçantes¹²⁸¹. Un auteur considère que « *ces titres ont la particularité de refléter les résultats*

¹²⁷⁸ Y. Guyon, « Les tracking stocks », in Mél. *AEDBF*, Banque Ed., 2001, t. III, p. 183 ; Rapport COB, « L'introduction en France d'actions traçantes », juill. 2000 ; M. Begley, Réhabiliter les actions traçantes aujourd'hui, *Rev. Banque*, 9 juin 2017, n° 359 ; Th. Bonneau, De quelques stipulations affectant le dividende des actions sectorielles, *RD bancaire et fin.* 2000, p. 151 ; A. Couret, « Les actions traçantes », *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, 2000, n° 53, p. 3 ; A. Viandier, « Les actions reflets » *RJDA* 2001, p. 3.

¹²⁷⁹ Selon la norme IAS 36, une unité génératrice de trésorerie (UGT) renvoie au plus petit groupe d'actifs identifiables générant des rentrées de trésorerie indépendantes de celles qui découlent d'autres actifs ou groupe d'actifs.

¹²⁸⁰ C. com. art. L. 228-11.

¹²⁸¹ M. Begley, « Réhabiliter les actions traçantes aujourd'hui », *Rev. Banque*, 9 juin 2017, n° 359.

d'une activité déterminée d'une entreprise que cette activité soit conduite par une structure juridique indépendante, comme une filiale, ou non »¹²⁸².

L'émission d'une catégorie d'action de préférence peut être numérisée et enregistrée sur le DEEP. Tous les droits attachés aux actions de préférences peuvent être tokenisés et enregistrés dans la blockchain. Ces droits doivent être détaillés dans la documentation juridique de l'émetteur ou de la STO¹²⁸³.

Cela soulève la question de savoir si le titulaire des jetons numériques dont l'actif sous-jacent est une action possède la qualité d'associé.

485. Partant du principe que l'apport en nature à une société de capitaux peut être rétribué par des titres de capital, l'apporteur acquiert le statut d'associé ainsi que les droits et prérogatives inhérents à cette qualité.

Par ailleurs, les jetons sont considérés comme des VMP. Ils représentent un actif sous-jacent, tel qu'une action. Ils octroient à leur détenteur des droits tels que les dividendes, le droit de vote lors des assemblées générales et l'accès à l'information¹²⁸⁴.

Par exemple, l'apporteur en société d'un brevet d'invention, particulièrement utile pour la production, peut être rémunéré sous forme d'actions de préférence. Les droits associés à ces actions, notamment les dividendes, peuvent être liés au nombre d'articles fabriqués et vendus grâce à ce brevet, ou encore à un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé.

Tous les droits associés aux actions de préférence sont transférés aux jetons numériques et doivent être spécifiés dans la documentation légale de l'émetteur.

Selon deux auteurs, *« certains de ces droits peuvent être enregistrés directement sur la blockchain si l'émetteur met en place un système d'identification approprié pour les investisseurs ; le processus de vote, par exemple, pourrait être intégré à la blockchain »¹²⁸⁵.*

¹²⁸² Th. Bonneau, « De quelques stipulations affectant le dividende des actions sectorielles », *RDBF*. 2000, p. 151 ; A. Couret, *op. cit.*, n° 53, p. 3 ; A. Viandier, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁸³ L'opération de levée de fonds est qualifiée de STO lorsque les tokens peuvent être qualifiés d'actifs financiers et que l'offre de jeton est une offre au public de jetons de titres financiers au sens de l'article L.411-2-11° du Code monétaire et financier. Les STO sont soumises à la législation « prospectus » des IPO ainsi qu'à la Directive européenne du 15 mai 2014 dite « MIF2 ». L'émetteur devra, en principe, procéder à la rédaction d'un « prospectus ».

¹²⁸⁴ D. Legeais, « Actifs numériques et prestataires sur actifs numériques », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 535, 2019, n° 6.

¹²⁸⁵ Th. Verbiest et D. Richebourg, *op. cit.* p.423.

Grâce à l'utilisation des smart contracts, ces droits sont gérés et appliqués de manière automatisée.

486. L'apport en société d'un actif rémunéré par des actions de préférences numérisées nous paraît tout à fait possible. Le titulaire du jeton représentant un droit sur l'action de préférence possède la qualité d'associé et exerce tous les droits et prérogatives associés aux actions de préférences sous-jacentes.

Les droits conférés par les jetons sont exercés grâce à une autre application du DEEP, à savoir les smart contracts¹²⁸⁶.

Après une longue réticence sur la portée de la légalité et de l'opposabilité des smart contracts aux sociétés de capitaux et aux associés, le règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014, dit « eIDAS », a levé cette zone d'ombre en définissant, en son article 3§ 35, le document électronique comme « *tout contenu conservé sous forme électronique [...]* ». Ces documents ont la même valeur qu'un document papier, conférant toute leur force aux actes inscrits sur la blockchain¹²⁸⁷.

Grâce à des protocoles informatiques, il est possible de coder, sur ces contrats intelligents, des instructions automatisées qui permettent de déclencher des opérations si les conditions programmées sur la blockchain sont réunies¹²⁸⁸.

Par ailleurs, le smart contract permet la circulation des jetons entre différents portefeuilles numériques et d'enregistrer de manière fiable et permanente la balance des différentes adresses des jetons¹²⁸⁹. Il peut également prévoir des protocoles informatiques, par la voie d'une blockchain privée, destinée à déclencher automatiquement certaines dispositions des statuts ou d'un pacte d'actionnaires, ou encore de bloquer toute violation procédurale d'une opération d'apport en nature¹²⁹⁰.

¹²⁸⁶ D. Legeais, *op. cit.*, n° 7.

¹²⁸⁷ A. Lecourt, « Droit des sociétés et numérique », *Rép. IP/IT et Communication*, 2019, n° 42.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ N. Barbaroux, R. Baron et A. Favreau, *op. cit.*, N° 36.

¹²⁹⁰ D. Legeais, *op. cit.*, n° 4 ; A. Lecourt, *op. cit.*, n° 39. Selon l'auteur « *Si les statuts contiennent une clause d'agrément, le smart contract permettrait d'assurer son respect en informant automatiquement, via la chaîne de blocs, les parties à la cession de titres de l'existence de cette clause et de son nécessaire respect. De même, en cas d'inaliénabilité inscrite dans les statuts d'une société, le smart contract permettrait de bloquer la cession des titres si la durée de détention n'est pas atteinte ; le programme informatique rendrait impossible tout mouvement des titres dans la blockchain. Enfin, rien n'interdirait de concevoir ce protocole informatique pour le paiement des dividendes dès lors que l'événement déclencheur de leur versement serait constaté dans la blockchain* ».

CONCLUSION DU TITRE 2

487. L'apport en société constitue l'un des éléments essentiels du contrat de société. En plus de l'apport en numéraire, il est possible d'apporter en société tout bien, qu'il soit incorporel, corporel ou financier, dès lors qu'il peut faire l'objet d'une obligation. Cela permet d'apporter en société une diversité de valeurs économiques, tout en respectant les principes généraux du droit des obligations, tels qu'énoncés aux articles 1126 à 1130 du Code civil, ainsi que le droit spécial appliqué à la spécificité du bien objet de l'apport.

Bien que le contrat soit aujourd'hui perçu comme une valeur patrimoniale potentiellement utile pour le développement de la société, son caractère *intuitu personae* prédomine fréquemment sur la dimension patrimoniale, entravant ainsi sa libre transmissibilité. Par conséquent, la liberté d'apport est restreinte et la jurisprudence peine à en anéantir les effets.

488. Certaines clauses contractuelles peuvent également limiter la transmission d'un contrat. Cependant, pour certains contrats spéciaux, la jurisprudence tente d'assouplir ces restrictions.

Dans ce contexte, l'étude se limite à deux aspects fondamentaux qui suscitent le plus de paradoxes au sein des sociétés de capitaux. L'apport d'actifs incorporels classiques et l'apport d'actifs numériques.

Tout d'abord, l'apport de titres financiers est soumis à des règles strictes et à des défis d'interprétation juridique. L'apport de baux commerciaux, par exemple, doit respecter les clauses contractuelles spécifiques et les formalités d'opposabilité pour assurer la continuité de l'exploitation commerciale. De même, l'apport en jouissance de numéraire est une pratique moins courante, mais néanmoins importante, soulevant des questions complexes sur la participation aux pertes sociales et la qualification comptable.

En outre, l'apport d'un fonds de commerce est également un processus juridique complexe avec différentes modalités, telles que l'apport en pleine propriété, en usufruit, en nue-propriété ou en jouissance, et des implications spécifiques. Les effets de cet apport sur les créanciers sont également importants, avec des formalités spécifiques pour protéger leurs intérêts.

Par ailleurs, l'essor du commerce numérique a introduit une variété d'actifs numériques qui s'imposent aujourd'hui comme des biens meubles incorporels, nécessitant une adaptation du cadre juridique traditionnel pour tenir compte de leurs spécificités. Une telle reconnaissance juridique n'est pas sans conséquences pratiques. En effet, le propriétaire de ces actifs numériques peut effectuer tous les actes de disposition, notamment l'apport en société selon les

formalités du droit commun des contrats, du Code de commerce, du Code monétaire et financier, voire du droit applicable au bien numérisé.

489. Dans cette perspective, un e-commerçant qui exploite un ensemble d'actifs numériques peut constituer un fonds de commerce numérique dès lors qu'il dispose d'une clientèle propre. Toutefois, la nature juridique de ces fonds, dépourvus d'éléments tangibles, suscite des interrogations quant à leur apport, rendant leur reconnaissance juridique essentielle.

À cet égard, une juste évaluation est cruciale afin de rémunérer équitablement les apporteurs et de protéger les droits des associés, des créanciers et des tiers. Bien que la législation française ne prévoie pas de règles précises en la matière, cette flexibilité permet aux experts d'appliquer les méthodes les plus appropriées, sous la supervision d'un commissaire aux apports. En effet, une évaluation inexacte d'un apport peut entraîner de lourdes injustices et est souvent due à l'ignorance d'un certain nombre de facteurs ayant un effet prépondérant sur la valeur.

Ainsi, la diligence commune des parties à l'opération d'apport est essentielle pour vérifier la fiabilité des informations fournies par la société bénéficiaire de l'apport et pour analyser les aspects comptables, financiers, sociaux, juridiques et fiscaux, voire opérationnels. Celle-ci permet, en effet, d'établir une cartographie des risques inhérents à l'opération d'apport et d'orienter le choix des méthodes à mettre en oeuvre pour l'évaluation financière.

De surcroît, il existe une panoplie de moyens de rémunération de l'apport en nature. Outre la rémunération traditionnelle par des droits sociaux, nous avons démontré la possibilité voire la légalité de la rémunération par des VMDAC malgré la résistance d'une doctrine majoritaire.

490. Les jetons numériques, en particulier, représentent une importante évolution dans le cadre de la rémunération des apports en nature. Néanmoins, cela soulève des questions complexes s'agissant de la nature juridique des jetons et la sécurisation des droits inhérents. À cet égard, les smart contracts facilitent la gestion automatisée et sécurisée de ces droits, tandis que le règlement (UE) n° 910/2014 apporte une légitimité juridique aux documents électroniques enregistrés sur une blockchain.

CONCLUSION PARTIE 1

491. L'apport en société constitue indéniablement l'un des éléments essentiels à la validité du contrat de société. Que ce soit *ab initio* ou en cours de vie sociale, la libération de l'apport peut être effectuée soit en numéraire, soit en nature. Par ailleurs, l'apport en nature peut être réalisé tant par une personne morale que par une personne physique, laquelle peut apporter un bien qu'elle détient à titre particulier ou professionnel.

Si l'affectation des fonds apportés en argent frais n'est pas définie *a priori*, la validité de l'apport en nature suppose que celui-ci présente une utilité avérée pour la réalisation, au moins partielle, de l'objet social de la société bénéficiaire. À ce titre, la jurisprudence considère qu'un apport, même ayant une valeur économique, mais ne présentant aucune utilité pour la société, constitue un apport fictif.

Ainsi, la fictivité d'un apport entraîne sa nullité, sans pour autant entraîner celle de la société, sauf si tous les apports sont fictifs. À cet égard, nous avons exploré plusieurs types d'apports qualifiés par la jurisprudence de fictifs.

492. L'apport peut porter sur la pleine propriété, sur la jouissance ou uniquement sur un droit démembrement. Il peut également concerner un ou plusieurs biens isolés, qu'ils soient incorporels, corporels ou financiers. Toutefois, les biens en non-valeur, même inscrits à l'actif d'une société, ne peuvent faire l'objet d'un apport en nature.

En ce qui concerne certains types d'apports, des confusions peuvent surgir quant à leur qualification. Il s'agit particulièrement de l'apport en jouissance de numéraire, l'apport d'un compte courant d'associé non liquide ou encore l'apport de cryptomonnaies. Nous avons ainsi démontré que ces biens constituent bel et bien des apports en nature.

De surcroît, dans le contexte actuel, les actifs numériques et le fonds de commerce numérique s'imposent comme des droits ayant une véritable valeur économique et peuvent, par conséquent, faire l'objet d'un apport en nature. Néanmoins, force est de constater que le droit des sociétés reste silencieux sur ce sujet, ce qui suggère la nécessité d'une adaptation du droit positif afin de mieux accompagner le développement économique de ces actifs virtuels.

493. Une juste rémunération de l'apport en nature suppose une juste évaluation. Les valeurs qui en résultent sont appréciées par un commissaire aux apports. À cet égard, nous avons démontré que l'apport peut être rémunéré non seulement par des droits sociaux, mais également par des VMDAC. La Cour de cassation a d'ailleurs très clairement validé ce mode de rémunération.

En parallèle, nous avons mis en lumière la déconnexion entre les notions « apport/associé » et « apport/capital », ainsi que l'émergence de l'assujettissement au risque social comme nouvel élément déterminant pour se prévaloir de la qualité d'associé.

494. En cas d'apport en nature, il convient de formaliser cet acte par la conclusion d'une convention d'apport, également appelée contrat d'apport ou traité d'apport, entre l'apporteur et la société bénéficiaire de cet apport. Sont consignées dans ce contrat, les modalités et les conditions d'apport. Une fois signé et approuvé, l'apport en nature acquiert un caractère de force obligatoire.

Au regard de ce qui précède, l'apport en nature est une opération à titre particulier et va de pair avec l'apport à titre universel, qui fera l'objet d'une analyse approfondie à travers la seconde partie de la présente étude.

Partie II – L'APPORT EN NATURE RÉALISÉ DANS LE CADRE D'UNE FUSION ET OPÉRATIONS ASSIMILÉES

495. Au cours de la vie sociale, les sociétés de capitaux, quel que soit leur secteur d'activité, sont souvent confrontées à des situations de croissance, de développement stratégique, voire de crise. Ces événements incitent leurs dirigeants à procéder à des opérations de restructuration visant à rationaliser leur organisation pour mieux répondre à leur politique générale¹²⁹¹.

496. La restructuration peut revêtir un aspect interne ou externe, national ou transfrontalier. Elle permet aux sociétés de capitaux concernées de développer ou de diversifier leurs activités et leurs marchés, d'augmenter leur rentabilité et de consolider leur surface financière, de renforcer leur capacité concurrentielle, voire d'exclure des concurrents ou de créer des barrières à l'entrée d'un marché.

497. La restructuration est une opération complexe, portant toujours sur tout ou partie du patrimoine des sociétés participantes à l'opération, et ayant un impact sur leur structure capitalistique. Elle implique un nombre important d'intervenants, tant dans l'ordre interne (associés, mandataires sociaux, représentant du personnel...) que dans l'ordre externe (créanciers, cocontractants, commissaires à la fusion et aux apports, *etc.*).

Le rapprochement entre des sociétés de capitaux, ayant un lien capitalistique ou non, peut se réaliser de différentes manières. Il peut notamment se faire par voie de fusion d'une ou plusieurs sociétés qui disparaissent sans liquidation.

Une société peut également organiser sa dissolution en se scindant en deux ou plusieurs sociétés, préexistantes et/ou créées à cet effet¹²⁹², chacune d'elles étant bénéficiaire de l'apport d'une ou plusieurs branches d'activités de la société scindée. Il s'agit d'une opération de filialisation spécialisée. Les associés de la société absorbée ou scindée se voient attribuer, en échange de leurs droits dans la société absorbée ou scindée, des parts ou actions de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission¹²⁹³ (**Titre 1**).

498. L'apport partiel d'actifs constitue également une approche de restructuration d'entreprise très prisée par les sociétés de capitaux, compte tenu des avantages juridiques et fiscaux qu'elle recèle. Ce mode d'apport permet notamment de filialiser une ou plusieurs

¹²⁹¹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 7.

¹²⁹² Pour les sociétés bénéficiaires du patrimoine de la société scindée, l'une peut être préexistante et l'autre peut être créée à l'occasion. Les sociétés bénéficiaires peuvent être plus que deux.

¹²⁹³ C.com art. L. 236- 1 al. 3.

branches d'activité d'une société en les transférant à une entité juridiquement autonome. Il peut également favoriser la réunion, au sein d'une même société, de branches d'activités identiques exercées, avant l'opération d'apport, par des sociétés distinctes¹²⁹⁴ appartenant à un même groupe de sociétés ou n'ayant aucun lien capitalistique.

499. Dans certains cas particuliers, la société n'entend pas être dissoute. Elle peut procéder à une scission partielle, conservant en son sein au moins une branche d'activité et apportant une ou plusieurs autres à une ou plusieurs sociétés distinctes¹²⁹⁵. Cette nouveauté, introduite par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 et le décret n° 2023-430 du 2 juin 2023¹²⁹⁶, a été bien accueillie par les professionnels et les dirigeants. Il s'agit d'une nouvelle figure d'apport partiel d'actifs classique, mais elle s'en distingue par deux effets majeurs. Les droits sociaux rémunérant l'apport sont attribués aux associés de la société apporteuse. Contrairement à l'opération de fusion ou de scission, l'apport partiel d'actifs n'entraîne pas la dissolution de la société après l'opération d'apport (**Titre 2**).

¹²⁹⁴ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, « Précis Domat », 15e éd., 2024, 2015, p. 439.

¹²⁹⁵ H. Le Nabasque, « le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle », *Rev. soc.*, 2005, p. 779.

¹²⁹⁶ L'ordonnance a intégré ce mode de restructuration dans la section 3 du Chapitre VI relative aux opérations d'apport partiel d'actifs. L'appellation de scission partielle trouve son origine dans la Directive (UE) 2019/2121 du 27 novembre 2019 concernant les transformations, fusions et scissions transfrontalières.

TITRE 1 – LES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION ENTRE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

500. La fusion, tout comme la scission, peut concerner toutes les sociétés de capitaux et répondre à diverses finalités. Elles revêtent une importance capitale tant sur le plan stratégique, économique qu'organisationnel pour les sociétés participantes, entraînant nécessairement un bouleversement de leurs cadres juridique et patrimonial¹²⁹⁷.

Ces opérations ont deux traits caractéristiques communs. La transmission, de plein droit, de la masse active et passive composant le patrimoine social de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou à l'une des sociétés issues de la scission constitue le premier trait caractéristique commun. Ce principe d'automaticité de la transmission universelle est donc vigoureux, même s'il connaît des exceptions qui limitent considérablement ses effets. La disparition de la société absorbée ou scindée constitue le second trait caractéristique commun qui impacte les droits des détenteurs de ses titres de capital et de ses partenaires sociaux, qui se trouvent encadrés par le traité de fusion ou de scission qui, de surcroît, constitue le document juridique régulateur de la portée de l'opération et des droits et obligations des sociétés participantes.

Les associés de la société dissoute deviennent *ipso facto* associés de la société absorbante ou de l'une des sociétés issues de la scission, même si dans certaines opérations internationales, ceux-ci se voient remettre des droits sociaux de la société mère de l'absorbante, option non reconnue par le droit français malgré les avantages qu'elle procure.

Les opérations de fusion et de scission restent relativement lourdes et complexes et requièrent un formalisme strictement encadré par le législateur, dont l'omission peut entraîner la nullité de l'opération.

501. Le cadre conceptuel auquel sont soumises les opérations de fusion ou de scission est très encadré par le législateur. Cette rigidité est justifiée, notamment, par l'effet légal et déterminant qu'implique la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission (**Chapitre 1**).

¹²⁹⁷ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 7.

La réalisation des opérations de fusion ou de scission fait appel à des techniques et formalismes variés, dont la combinaison s'avère parfois complexe. Elles s'opèrent en plusieurs phases orchestrées sur plusieurs mois (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - LE CADRE CONCEPTUEL DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION ENTRE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

502. La transmission universelle du patrimoine, qui constitue l'effet légal des opérations de fusion et de scission entre les sociétés de capitaux, affecte considérablement les droits et obligations non seulement des sociétés participantes, mais aussi des partenaires sociaux. La continuité relativement parfaite entre la société absorbée ou scindée et la société absorbante ou des de sociétés issues de la scission, en tant qu'ayant cause universelle, du moins du point de vue processuel et procédural, suppose un encadrement législatif et réglementaire (**Section 1**). De surcroît, le principe de transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît s'avère affaibli par plusieurs limites et contraintes (**Section 2**).

Section 1 - La rigidité apparente du régime de fusion et de scission

503. Le souci de la sécurité juridique des opérations de restructuration des sociétés de capitaux a conduit le législateur à imposer un corpus de règles de nature impérative encadrant scrupuleusement le régime juridique des opérations de fusion et de scission.

Cette rigidité est justifiée par l'intérêt qu'accorde le législateur aux opérations de restructuration des sociétés de capitaux, et notamment la transmission universelle de patrimoine de la société absorbée ou scindée vers la société absorbante ou les sociétés issues de la scission (**I**). Cependant, malgré l'intérêt et la finalité de cet effet légal pour le succès d'une telle opération, cette transmissibilité de plein droit n'est pas absolue puisqu'elle se trouve confrontée à des contraintes et limites, souvent difficiles à appréhender (**II**).

I- La fusion et scission emportent transmission universelle de patrimoine

504. La fusion, comme la scission, est régie par une panoplie des textes législatifs et réglementaires très éparse. Le droit des fusions ne suffit pas pour assurer la sécurité juridique d'une telle opération. La composition du patrimoine transmis impose la mise en œuvre, en outre, du droit commun et du droit applicable à chacun des biens apportés.

505. Les opérations de fusion et de scission sont encadrées par des concepts généraux, visant à restructurer les sociétés de capitaux tout en protégeant les parties participantes et les partenaires sociaux (**1**). La fusion triangulaire, un régime méconnu en droit français, suscite une

réelle complexité pour sa réalisation, dont le choix s'impose, parfois, au regard des objectifs stratégiques des sociétés participantes (2).

1) Concepts généraux relatifs aux opérations de fusion et de scission

506. La fusion, comme la scission, sont deux modes de restructuration des sociétés de capitaux qui offrent plusieurs avantages, mais comportent également de nombreux risques qu'il convient d'appréhender (a). Le régime des fusions et des scissions, notamment pour les opérations transfrontalières, est caractérisé par un cadre juridique très fragmenté, nécessitant une compréhension approfondie (b).

a) La fusion et la scission, deux modes de restructuration des sociétés de capitaux, quels intérêts pour quels risques ?

507. Dans sa thèse doctorale, le Professeur Saintourens évoque que la restructuration regroupe les diverses opérations juridiques qui vont affecter les contours, les caractéristiques, le capital et la direction d'une entreprise¹²⁹⁸. Elle se distingue de la réorganisation qui n'est qu'un simple changement ou transformation de la structure ou de l'activité.

Les opérations de fusion et de scission sont deux opérations de restructuration d'entreprises¹²⁹⁹ soumises au même régime juridique, mais ayant des finalités différentes.

Dans cette perspective, les opérations de fusion et de scission se trouvent au cœur des décisions stratégiques les plus importantes que doivent prendre les dirigeants d'une société de capitaux. Elles génèrent souvent des mutations d'envergure tant sur le niveau patrimonial qu'opérationnel des unités de production, auparavant autonomes, qui viennent de s'unifier ou qui renforcent leur autonomie en cas de scission. Ces opérations entraînent des conséquences structurelles et organisationnelles pour la société absorbante ou bénéficiaire des apports issus de la scission.

508. La fusion est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en plus former qu'une seule. La ou les sociétés absorbées transmettent l'universalité de leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent à cet effet¹³⁰⁰.

¹²⁹⁸ B. Saintourens, *Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises*, thèse Bordeaux I, 1982, p.9.

¹²⁹⁹ D. Ahoua, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse Bordeaux, 2015, 18, n°32. L'auteur considère que « lorsqu'il s'agit de décrire l'opération de restructuration, les auteurs pour la plupart ne traitent que de fusion et opérations assimilées, cession d'actions, offre publique d'acquisition, prise de participations, augmentation ou réduction de capital, transformation de la forme sociale ».

¹³⁰⁰ C. civ. art. 1844-4 al 1^{er}; C. com. art. L236-1 al 1^{er}, modifié par Ord. n° 2023-393 du 24 mai 2023, art. 3.

La fusion s'avère parfois un moyen de réorganisation interne de la structure d'un groupe de sociétés. La société mère absorbe une ou plusieurs filiales, une filiale en absorbe d'autres, ou encore certaines filiales fusionnent entre elles pour donner naissance à une nouvelle filiale. Il en est de même en cas de fusion entre sociétés sœurs détenues à 100 % par une même société mère. Elle peut être considérée comme une opération de restructuration interne si la société initiatrice détient le nombre de droits lui conférant la majorité requise pour la modification statutaire. Elle peut concerner, également, l'absorption d'une société dans laquelle la société absorbante détient une participation, sans en avoir préalablement le contrôle. Elle peut aussi survenir après la prise de contrôle forcée d'une société cible ou suite à l'acquisition consensuelle des titres de son capital social.

509. Les motivations conduisant aux opérations de fusions sont extrêmement variées. Elles diffèrent selon l'approche stratégique choisie par les dirigeants des sociétés participantes. Elles peuvent se traduire par une perspective de développement, voire même de survie.

510. La restructuration interne peut également viser à séparer des activités sans lien opérationnel à travers une opération de scission. Le Professeur Moulin définit la scission comme une opération « *par laquelle une société appelée à disparaître va transmettre l'intégralité de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés préexistantes et/ou créées pour les besoins de l'opération (opération de filialisation)* »¹³⁰¹.

Désignée communément sous le terme de « spin-off », la scission est privilégiée par les sociétés de capitaux ayant développé deux ou plusieurs branches d'activités et souhaitant les isoler dans des structures juridiques distinctes¹³⁰². La séparation des branches d'activité dans des structures autonomes permet d'aboutir à une optimisation des structures, puisque généralement, au moins deux sociétés succèdent à une seule. La scission est également utilisée pour opérer des montages d'optimisation patrimoniale pour des chefs d'entreprises ou des sociétés familiales qui préparent leur succession.

511. La fusion comme la scission entre sociétés de capitaux permet de transférer le patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou celles issues de la scission. Ce

¹³⁰¹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 5.

¹³⁰² Ex., scission du groupe Accor entre deux sociétés, l'une dénommée Accor Hôtellerie à laquelle sont apportés les actifs hôteliers et une seconde société dénommée Edenred à laquelle ont été apportés les services prépayés ; En 2001, Scission de la société française Eridania Beghin Say en quatre sociétés distinctes, Beghin-Say, Cerestar, Cereol et Provimi, exerçant respectivement les activités de sucre, l'amidon, l'huile et l'alimentation animale ; Scission de Pepsi-Cola en 1990 qui séparait ses activités de restauration rapide de ses activités de vente de boissons sans alcool.

mécanisme peut être particulièrement utile pour la société en liquidation. Bien que certaines particularités juridiques s'appliquent à ces sociétés, elles peuvent participer à une opération de fusion ou de scission, sous certaines conditions.

512. Le patrimoine étant indissociablement lié à la personne¹³⁰³, une société dissoute peut valablement participer à une opération de fusion en tant qu'absorbée ou de scission en tant que scindée¹³⁰⁴, dès lors qu'elle dispose d'un patrimoine propre.

Ainsi, une société de capitaux en liquidation, qui continue de jouir de sa personnalité morale pour les opérations de liquidation¹³⁰⁵, peut, tant que la répartition de ses actifs entre les associés n'a pas fait l'objet d'un début d'exécution, participer à une opération de fusion ou de scission et transmettre son patrimoine à une société existante ou créée à cet effet¹³⁰⁶. La fusion ou scission reste également possible même après le règlement du passif et la reprise des apports par les associés de la société absorbée ou scindée. Cependant, après le partage du boni de liquidation¹³⁰⁷, la fusion ne peut plus avoir lieu¹³⁰⁸.

513. Une société bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire peut participer à une opération de fusion ou de scission, mais uniquement en tant qu'absorbée ou scindée.

En principe, le jugement d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société de capitaux entraîne la saisie collective, par l'organe de la procédure, de tous ses actifs au profit des créanciers¹³⁰⁹. Son patrimoine ne pourrait donc être transmis à titre universel dans le cadre d'une fusion et opérations assimilées. Cette solution s'explique par le caractère d'ordre public des dispositions du livre VI du Code de commerce.

¹³⁰³ Cass. com., 12 juil. 2004, n° 03-12.672, *Dr. sociétés* 2004, n° 205, obs. F.G. Trebulle.

¹³⁰⁴ C. com. art. L. 236-1, al. 3.

¹³⁰⁵ C. civ. art. 1844-8 al 3 dispose que « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. » ; C. com. art. L 237-2 al 2, dispose que « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci ».

¹³⁰⁶ C. civ. art. 1844-4 al 1^{er} ; C. com. art. L236-1 al 1^{er}, modifié par Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, art. 3 ; Paris, 10 avr. 1986, *Rev. soc.*, 1986. 428, note J. J Daigre.

¹³⁰⁷ C. civ. art. 1844-1, al. 1^{er} ; C. com. art. L. 237-29 ; après paiement des dettes et remboursement des apports, le solde éventuellement restant constitue un boni de liquidation. Sauf clause contraire des statuts, il est réparti entre les associés en proportion de leur participation dans le capital social.

¹³⁰⁸ M-L Coquelet et C. Barrillon, « Fusion, scission », *Bull. Joly soc.*, 10 avr. 2022, n° 202.

¹³⁰⁹ Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, *D.*, 2010, AJ, p. 825, note A. Lienhard ; *Act. proc. coll.*, 2010/8, n° 122, note J. Vallansan.

Cependant, une société de capitaux bénéficiant d'un plan de continuation ou de sauvegarde peut être absorbée par une autre société, à condition que les règles d'ordre public applicables aux procédures collectives continuent de gouverner la fusion¹³¹⁰.

Selon un avis du Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés (CCRCS), la fusion-absorption doit figurer dans les prévisions du plan initialement adopté par le tribunal de commerce ou, en cours d'exécution, être autorisée par une modification substantielle dudit plan par décision judiciaire¹³¹¹. Les obligations résultant du plan de continuation ou de sauvegarde sont transférées à la société absorbante. Cependant, ce transfert n'entraîne pas l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de cette dernière¹³¹².

Une question épineuse se pose ainsi quant à l'action du commissaire à l'exécution du plan en cas de non-respect de celui-ci par la société absorbante. À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore clairement prononcée à ce sujet.

Une réponse ministérielle clarifie ce propos en précisant que « *le défaut dans le respect des obligations qui subsistent ne peut donner lieu à une résolution du plan dans les conditions du droit commun des procédures collectives, le débiteur ayant disparu. Sauf à caractériser la cessation des paiements de la société absorbante, seuls des dommages et intérêts pourraient lui être demandés par le commissaire à l'exécution du plan* »¹³¹³.

Un auteur ajoute que « *les engagements pris par la société absorbée doivent être exécutés par l'absorbante. Le changement de personne engagée à exécuter le plan ne doit pas faire obstacle à l'exécution du plan ni à sa surveillance par le commissaire* »¹³¹⁴.

¹³¹⁰ Cass. com., 12 juill. 2005, n° 02-19.860, *Dr. sociétés* 2005, n° 180, obs. J. Monnet ; *JCP E* 2005. 1586, note J. P. Legros.

¹³¹¹ CCRCS , avis n° 2015-03 du 5 févr. 2015.

¹³¹² Mémento Sociétés Commerciales *op. cit.*, n° 82663 ; CCRCS, avis n° 2015-03 du 3 févr. 2015, Droit des sociétés n° 8-9, août 2015, alerte 38 précise que « *les mentions afférentes à la procédure collective concernant la société absorbée ne peuvent être reportées au dossier de la société absorbante* ».

¹³¹³ Rép. Min. de la Justice Montebourg, n° 52523, JOAN Q, 17 mai 2005, p. 5151 ; *D.* 2005, p. 1410.

¹³¹⁴ A. Cerati-Gauthier, « La fusion, outil de redressement d'une entreprise en difficulté ? » *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, n° 02, p. 140, 01 mars 2016. CCRCS avis n° 2015-03 du 5 févr. 2015 qui précise qu'en aucun cas, les mentions relatives à la procédure collective concernant la société absorbée ne peuvent être reportées au dossier de l'absorbante.

Il en résulte que le commissaire à l'exécution du plan ne pourrait pas demander la résolution du plan ni l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société absorbante qui n'a pas exécuté le plan de continuation¹³¹⁵.

Cette approche nous paraît superflue ! La procédure ouverte à l'encontre de l'absorbée, ayant perdu sa personnalité morale, devrait nécessairement être clôturée, entraînant la fin des mandats des organes de la procédure collective¹³¹⁶. L'administrateur judiciaire n'a plus à présenter les rapports périodiques sur l'exécution du plan et le mandat du commissaire à l'exécution du plan devrait prendre fin simultanément au jugement de clôture de la procédure.

514. La fusion ou la scission emporte la transmission universelle des dettes à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission. À notre avis, il devrait être impératif que le projet de fusion soit approuvé par les détenteurs des VMDAC¹³¹⁷ et les classes des parties affectées¹³¹⁸, dont les droits sont transférés à la société absorbante, et autorisé par le tribunal statuant en chambre de conseil. La substitution de l'absorbante aux obligations de l'absorbée pour l'apurement du passif conformément au plan de continuation, entraîne la clôture de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'absorbée. Les dettes de la société absorbée ou scindée sont alors prises en charge par la société absorbante ou les sociétés issues de la scission et désintéressées hors plan de continuation.

b) Régime des fusions et scissions, un cadre conceptuel très épars

515. Reconnue par la chambre civile depuis l'arrêt du 28 janvier 1946¹³¹⁹, la transmission universelle de patrimoine par l'effet de la fusion ou la scission a été consacrée, pour les SARL et les SA, dans le Code de commerce en vertu de la loi du 24 juillet 1966. Ces dispositions législatives ont été étendues, pour toutes les sociétés commerciales, par les dispositions de

¹³¹⁵ Cass. com., 28 sept. 2004, n° 00-17.225, *Act. proc. coll.* 2004, n° 227, obs. S. Rétif; CA Caen, 22 nov. 2012, n° 11/04085.

¹³¹⁶ C. com. art. R. 621-25 ; Les fonctions du juge-commissaire et des contrôleurs prennent fin au jour où le compte rendu de fin de mission de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire et, le cas échéant, du commissaire à l'exécution du plan, a été approuvé.

¹³¹⁷ C. com. art. L. 228-103.

¹³¹⁸ En application de l'ordonnance 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI du code de commerce et du décret 2021-1218 du 23 septembre 2021, pour les procédures ouvertes à compter du 1er octobre 2021, les classes de parties affectées remplacent les comités de créanciers.

¹³¹⁹ Cass. civ., 28 janv. 1946, *D.* 1946, p. 168. Il a été jugé par cet arrêt : « *Attendu, en effet, 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 ; que l'opération [...] consistant dans la reprise d'une partie de l'actif d'une société ancienne unique par une société nouvelle formée en vue de cette reprise, n'a pas réalisé une fusion véritable* ».

l'article 1844 du Code civil en application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978¹³²⁰, puis de la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988.

516. L'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, ratifiée par l'article 4 de la loi n° 2024-364 du 22 avril 2024, et le décret n° 2023-430 du 2 juin 2023, bien accueillis par les professionnels, ont réformé le régime des fusions et opérations assimilées des sociétés commerciales.

Dès lors, le cadre légal des fusions et scissions peut se décliner de l'application conjointe du droit commun applicable à toute société, comme prévu à l'article 1844-4 du Code civil, et du droit spécial des fusions, prévu aux articles L. 236-1 à L. 236-53 du Code de commerce, applicable aux sociétés de capitaux.

Ces textes énoncent que l'opération de fusion peut revêtir deux formes. La première est l'absorption d'une ou plusieurs sociétés par une société préexistante qui subsistera seule après la réalisation de l'opération, communément appelée fusion-absorption¹³²¹. La seconde forme est la fusion de deux ou plusieurs sociétés préexistantes qui disparaissent en transmettant l'intégralité de leur patrimoine à une société nouvellement créée à cet effet. La fusion par création d'une nouvelle société est également qualifiée par certains auteurs de fusion-réunion ou de fusion-combinaison¹³²².

517. De surcroît, la réalisation d'une opération de fusion ou de scission touche directement à la théorie de la personnalité juridique et du patrimoine¹³²³, impliquant ainsi plusieurs branches de droit, notamment le droit des contrats, le droit de la propriété, droit de propriété intellectuelle, le droit des valeurs mobilières, le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit du travail, le droit de la concurrence, *etc.*

518. La définition de la fusion¹³²⁴ et de la scission¹³²⁵ permet de les distinguer d'autres opérations de restructuration des sociétés de capitaux. Ainsi, la fusion se distingue de la cession

¹³²⁰ Texte législatif modifiant le titre IX du livre II du Code civil.

¹³²¹ R. Besnard Goudet, « Fusions-aspects juridiques commentaire », *J.-Cl. Not. Form.* LexisNexis, fasc. E98, 2024, § 5.

¹³²² J. Copper-Royer, De la fusion des sociétés, Dalloz, « Essai juridique », 1933 ; G.-J. Martin, *op. cit.*, n° 37 et 38.

¹³²³ G. Goubeaux, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in Aspects actuels du droit commercial français, Mél. Roblot, *LGDJ*, 1984, p. 199.

¹³²⁴ C. civ. art. 1844-4, al. 1^{er} ; C. com. art. L. 236-1, al. 1^{er}.

¹³²⁵ C. civ. art. 1844-4, al. 2. ; C. com. art. L. 236-1, al. 2.

de contrôle qui ne concerne que les titres de capital et n'a aucun effet ni sur le patrimoine ni sur la personnalité morale de la société cédée, qui continue d'exister.

Elle se distingue également de l'apport partiel d'actifs, assimilé à une vente rémunérée par l'attribution des droits sociaux de la société bénéficiaire de cet apport, et qui n'a pas pour conséquence la dissolution de la société apporteuse.

En outre, l'apport d'un élément d'actif isolé, même accompagné du désintéressement des créanciers dont la dette est liée à l'actif apporté, est sans incidence sur la personnalité morale de la société apporteuse et ne peut être assimilée à des opérations de fusion ou de scission.

Se pose alors la question de savoir si la fusion peut être assimilée à un apport en nature.

Pour apporter une réponse claire à cette question, il convient d'examiner les définitions et les finalités de ces deux notions.

519. En cas d'apport en nature, un ou plusieurs biens isolés sont transmis à une autre société, préexistante ou créée à cet effet. En contrepartie de son apport, l'apporteur reçoit des droits sociaux de la société bénéficiaire de cet apport.

Un auteur distingue de manière synthétique les deux notions en précisant que « *dans la fusion, il faut que des êtres moraux se fondent, et qu'une des personnalités disparaisse. Sans cela il n'y aurait qu'un apport* »¹³²⁶. Dans la même veine, le même auteur fait la distinction entre la fusion et l'apport en soulignant que « *l'apport est une opération à titre particulier, la fusion est réalisée à titre universel* »¹³²⁷.

De son côté, la chambre commerciale de la Haute Juridiction, après avoir rappelé les effets légaux de la fusion, a fait une distinction entre les deux notions. La Cour considère que « *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* »¹³²⁸.

¹³²⁶ J. Copper-Royer, *op. cit.*, p. 6.

¹³²⁷ J. Copper-Royer, *op. cit.*, p. 7.

¹³²⁸ Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, *JurisData* n° 2010-020700 ; *Rev. soc.*, 2011, p. 219, note Th. Massart ; *JCP E* 2011, n° 1073 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 1, note M.-L. Coquelet.

Par cet arrêt, la Cour de cassation énonce succinctement trois différences considérables qui distinguent les deux notions avant d'énoncer que l'opération de fusion ne saurait être assimilée à un apport effectué par l'absorbée à l'absorbante¹³²⁹.

Cependant, cette décision doit être interprétée avec prudence, car la Cour de cassation statuait, en l'espèce, sur l'applicabilité d'un pacte de préférence qui restreignait la transmission en cas d'apport, sans étendre de manière équivoque cette restriction aux opérations de fusion.

Cette décision concerne, à notre avis, une distinction de qualification juridique entre deux notions différentes, dans un contexte particulier lié à l'applicabilité d'un pacte de préférence.

520. L'analyse des termes de l'article L. 236-3-I du Code de commerce révèle que la fusion entraîne principalement la dissolution sans liquidation de la société absorbée, la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, et l'acquisition par les associés de l'absorbée de la qualité d'associés dans l'absorbante.

En effet, la décision prise par les associés pour la dissolution de la société absorbée marque la fin de l'exploitation de l'entreprise en tant qu'entité économique au sein de l'ancienne personne morale. Celle-ci transmet cette entreprise à la société absorbante en tant qu'ayant cause universelle¹³³⁰. Il n'y a pas lieu à la liquidation du patrimoine, car la société dissoute n'a ni d'actif à liquider ni de passif à désintéresser.

L'absence de liquidation de la société absorbée ou scindée est la conséquence logique de la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante ou aux sociétés issues de la fusion ou de la scission. La dissolution sans liquidation a également pour conséquence de rémunérer les associés de la société dissoute par des droits sociaux de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission. Cette rémunération n'est pas attribuée directement par la société absorbante ou les sociétés issues de la scission, mais transite nécessairement par les comptes sociaux de la société absorbée ou scindée, qui les attribue à ses associés avant de constater la clôture de la dissolution. On parle alors d'échange de titres¹³³¹.

Il n'en demeure pas moins de préciser que la condition de la dissolution sans liquidation n'est pas une condition déterminante pour la qualification juridique d'une opération de fusion ou de scission, mais plutôt une conséquence de la transmission universelle du patrimoine.

¹³²⁹ Il s'agit des effets légaux d'une opération de fusion ou de scission issus de la lecture conjuguée des articles L. 236- 3-I du Code de commerce et 1844-4 du Code civil.

¹³³⁰ Cass. com., 13 févr. 1963, n° 61-11.768, *Bull. civ.* III, n° 104.

¹³³¹ C. com. art. C. com. art. L. 236- 10- 1°.

521. Par ailleurs, l'exigence de rémunération de la société apporteuse ne semble pas être déterminante pour la distinction de qualification. D'ailleurs, en cas de fusion entre sociétés sœurs ou lorsque l'absorbante détient l'intégralité du capital de l'absorbée, il n'y a pas de rémunération ni d'augmentation du capital social ou d'échange de titres¹³³².

522. Le principe est identique en matière de scission. En effet, l'universalité du patrimoine de la société scindée est dévolue à deux ou plusieurs sociétés existantes ou créées à cet effet. Les associés de la société scindée sont rémunérés par des droits sociaux des sociétés bénéficiaires des apports. Ils reçoivent soit des titres au prorata de leur participation dans la société scindée, soit uniquement des titres de l'une ou l'autre de ces deux sociétés¹³³³. Ce mode de rémunération constitue une particularité de l'opération de scission. L'associé de la société scindée peut perdre son droit indirect sur un patrimoine, mais est compensé par un surplus dans le patrimoine d'une autre société.

523. Le projet de scission doit contenir les indications mentionnées à l'article R. 236-36 issu du décret 2023-430 du 2 juin 2023, notamment la description précise des éléments d'actif et de passif de la société scindée ainsi que la description de la répartition de ces éléments entre les sociétés bénéficiaires, sans pour autant imposer un mode particulier de rémunération ou de répartition du passif.

La société scindée peut, par exemple, apporter l'universalité de son patrimoine à l'une des sociétés bénéficiaires, à l'exception d'un seul actif isolé qu'elle apporte à une deuxième société. L'apport effectué à cette dernière société répond à l'esprit de la définition d'apport en nature. Cette situation illustre une ressemblance significative et une ambiguïté notable.

524. La transmission de l'universalité des biens composant l'actif de l'absorbé ne constitue-t-elle pas une opération d'apport en nature ? Certaines dispositions législatives apportent une réponse mitigée à cette question qui nécessite d'être minutieusement examinée.

¹³³² En cas de fusion réalisée sans échange de titres, l'article 746-2 du plan comptable général modifié par le règlement n° 2019-06 du 8 nov. 2019 relatif aux fusions et scissions sans échanges de titres prévoit que la valeur brute des titres de la société qui disparaît est ajoutée à la valeur brute des titres de la société absorbante dans les comptes de la société qui les détient.

¹³³³ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 269. Ex : Hypothèse de deux groupes d'associés qui ne souhaitent plus collaborer ensemble. Dans cette hypothèse, le rapport d'égalité relatif qui existait entre les associés au sein de la société scindée peut se trouver modifié et nécessiter, en conséquence, une décision unanime des associés. Il importe ici de rappeler que ce cas de figure nécessite de surcroît un agrément ministériel pour pouvoir bénéficier du régime fiscal de faveur.

En effet, la rédaction de l'article L. 236-10-III relève explicitement que l'opération de fusion peut comporter une ou plusieurs opérations d'apports en nature, justifiant ainsi l'évaluation et le contrôle par un commissaire à la fusion ou un commissaire aux apports selon le cas¹³³⁴.

525. De son côté, le Comité de coordination du registre de commerce et des sociétés assimile, les opérations de fusion aux augmentations de capital par apport en nature, ce qui justifie le dépôt du rapport du commissaire aux apports ou à la fusion¹³³⁵. Cette position est corroborée, du moins indirectement, par un arrêt de la Haute juridiction, qui a admis que la surévaluation d'un apport en nature, dans le cadre d'une opération de restructuration, causait un préjudice direct à la société bénéficiaire de cet apport au terme de la fusion. De même, cette surévaluation affecte à titre personnel les actionnaires minoritaires de la société absorbante, en raison de la dilution accrue de leur participation au capital et de la réduction de leurs droits, ce qui justifie la mise en cause de la responsabilité du commissaire à la fusion¹³³⁶. À ces divers égards, la similitude entre la fusion et l'apport en nature est manifeste¹³³⁷.

526. À notre sens, il découle de cette analyse que la transmission de l'universalité de patrimoine de la société demeure l'effet prépondérant d'une opération de fusion ou de scission, ce qui la distingue de l'opération d'apport en nature à titre particulier.

En raison de leur caractère sui generis, et sans pour autant avoir la qualification juridique d'apports en nature, les opérations de fusion et de scission comportent nécessairement des apports en nature.

2) La fusion triangulaire, un régime méconnu en droit français

La fusion triangulaire est une technique de restructuration transfrontalière écartée par les règles de nature impérative encadrant les opérations de fusion (a). Ainsi, à travers cette étude, nous

¹³³⁴ L'article L236-10- III du code de commerce dispose « *qu'en cas de fusion comportant des apports en nature ou des avantages particuliers, l'évaluation de ces apports ou avantages est faite par un commissaire aux apports spécialement désigné dans les conditions de l'article L. 225-8 du Code de commerce, si un commissaire à la fusion n'a pas été désigné* », et l'article L. 225-147 sur renvoi de l'article L. 236-10, III énonce que si « *un commissaire à la fusion est désigné, il doit élaborer, sous sa responsabilité, un rapport portant sur trois aspects différents. Il doit tout d'abord vérifier qu'aucun apport en nature de l'absorbée à l'absorbante n'a fait l'objet d'une surévaluation. Il doit aussi apprécier les éventuels avantages particuliers qui seraient transférés de l'absorbée à l'absorbante et 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 dernière* ».

¹³³⁵ Avis du Comité de coordination du RCS n° 98-02 bis, Bull. RCS 1999, n° 6, p. 7 ; Cette assimilation nous paraît justifiée, puisque la fusion comporte nécessairement des apports en nature qui entraînent une augmentation de capital de la société absorbante, bénéficiaire de l'apport.

¹³³⁶ Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13.112, D. 2005. AJ 1941, obs. A. Lienhard.

¹³³⁷ Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726, Bull. Joly soc., févr. 2011, p. 122, note P. Le Cannu.

tentons de rechercher la faisabilité juridique de la fusion triangulaire à l'égard du droit français (b).

a) Fusion triangulaire une technique de restructuration transfrontalière écartée par le législateur

527. Le schéma classique des fusions est celui selon lequel une société absorbe une autre qui disparaît et lui transfère l'intégralité de son patrimoine, ou encore deux sociétés fusionnent et donnent naissance à une société nouvelle qui reçoit le patrimoine des deux sociétés fusionnées, entraînant leur disparition.

Plus rarement, une fusion implique trois sociétés, où l'une est créée pour l'occasion et disparaît à l'issue de la fusion, dite tripartite ou triangulaire, méconnue par le droit français.

La fusion triangulaire peut être une fusion simple (forward triangular merger) ou à l'envers (reverse triangular merger).

Dans une fusion triangulaire simple, la société absorbante est une filiale de la société mère, tandis que dans une fusion triangulaire à l'envers, elle est externe au groupe. Les associés de la société absorbée deviennent ainsi associés d'une société, autre que la société absorbante.

La principale entrave à la réalisation de ce type de fusion impliquant des sociétés françaises découle des incertitudes entourant sa qualification juridique. On distingue la fusion triangulaire simple de la fusion triangulaire à l'envers.

528. La fusion triangulaire simple est l'opération par laquelle une filiale (SF), une simple coquille juridique créée à cet effet, absorbe une société cible externe au groupe (SE) dans le but de recevoir l'ensemble de son actif et de son passif. Contrairement au schéma classique d'une fusion bilatérale, les associés de la société cible ne reçoivent pas en contrepartie des droits sociaux de la société absorbante, mais ceux de la société mère¹³³⁸. Ce montage juridique de fusion, accepté par le droit américain¹³³⁹, n'est pas reconnu par le droit français et ne peut être

¹³³⁸ Th. Tilquin, J.-A. Delcorde et K. Alferts, LIME, « La fusion triangulaire », 7 juin 2019. <https://www.lime.law/fr/latest-thinking/la-fusion-triangulaire-triangular-merger>, consulté le 31 déc. 2023. Selon les auteurs « *en droit des États américains, cette opération repose sur la règle générale selon laquelle les associés d'une société absorbée peuvent se voir remettre, par l'effet de la fusion, une contrepartie autre que des actions ou parts de la société absorbante* »,

¹³³⁹ F. Barrière, « Un apport sans apport, la fusion triangulaire à l'envers », *Bull. Joly soc.*, n° spéc., 01 déc. 2009, p. 1177, selon l'auteur la fusion triangulaire « *n'est au demeurant pas propre au droit américain. D'autres droits étrangers connaissent aussi cet instrument, le droit anglais par exemple (où le rapprochement Pernod Ricard-Allied Domecq avait pris cette forme en 2005, tout comme celui entre Alcatel-Genesys ou Publicis-Saatchi &*

qualifié en tant que tel. Le régime de fusion bilatéral français n'admet la rémunération des associés de l'absorbée que par les titres de la société absorbante.

529. De par son intérêt indéniable, plusieurs entreprises américaines et françaises ont eu recours à ce montage juridique¹³⁴⁰. La doctrine a abordé ce régime de manière assez succincte, laissant ainsi subsister des nuances et des interprétations discutables. En effet, dès lors qu'une société française tête de groupe souhaite absorber ou contrôler une société extérieure au groupe, cette dernière peut détenir des titres ou des autorisations administratives intransmissibles, voire des avantages fiscaux ou d'autres attributs qui seraient perdus en cas de transmission universelle de patrimoine soumise au régime de fusion classique.

530. Le régime des fusions triangulaires à l'envers permet la réalisation de cette opération tout en préservant tous les attributs dont bénéficiait la société cible. Ce montage juridique suppose l'inversion du sens de la fusion et la réalisation concomitante de deux opérations distinctes : une opération de fusion et une opération d'apport en nature.

531. La société cible, extérieur au groupe, devient absorbante (SE). La société mère (SM) crée une filiale (SF) qui sera absorbée par la société cible (SE).

Ce faisant, dans une première phase, la société (SF) apporte l'universalité de son patrimoine à la société cible (l'absorbante [SE]). En rémunération de cet apport, la société mère (SM) reçoit des droits sociaux de la société absorbante (SE).

À l'issue de cette première phase, le capital social de la société absorbante (SE) sera détenu en partie par les anciens associés et en partie par la société mère. Il s'agit d'une opération de fusion classique soumise au régime juridique des fusions.

Afin de détenir la totalité du capital social de la société absorbante (SE), l'opération sera complétée, lors d'une deuxième phase, par un « coup d'accordéon » en vue de réduire son capital social à zéro par l'annulation de toutes les parts ou actions des anciens associés, suivie d'une augmentation de capital réservée uniquement à la société mère française (SM). Celle-ci devient désormais associée unique de la société l'absorbante (SE). En contrepartie de

Saatchi PLC en 2000), le droit canadien (Vivendi Universal s'était ainsi rapproché de Seagram en 2000), le droit néerlandais (la "fusion" des bourses "américaines et pan-européennes" NYSE-Euronext en 2007 ».

¹³⁴⁰ Les opérations Havas Advertising – Snyder (visa COB n° 00-1547, 25 sept. 2000), Business Objects – Crystal Decisions Inc. (visa COB n° E 03-945, 31 oct. 2003), Alcatel – Lucent Technologies Inc. (visa AMF n° 06-287, 7 août 2006) et Compagnie Générale de Géophysique – Veritas DGC Inc. (visa AMF n° 06-471, 7 déc. 2006), Publicis – Omnicom (2013, opération avortée), Air Liquide – Airgas, Inc. (2015) et Danone – WhiteWave Foods Company (2016).

l'annulation de leurs droits sociaux, les anciens associés de la société absorbante (SE) reçoivent de nouvelles parts ou actions dans la société mère (SM).

Dans ce cas, le rapport d'échange à apprécier ne concerne pas la société absorbante et la société absorbée, mais plutôt les titres de la société absorbante et ceux de la société du groupe qui sont remis en rémunération de l'opération¹³⁴¹.

532. Analyse critique de la doctrine - La rémunération de l'annulation des droits sociaux des anciens associés de la société absorbante (SE) par des droits sociaux de la société mère nous paraît superflue et pratiquement irréalisable, tant au niveau du droit des sociétés que du droit comptable.

En outre, une divergence d'interprétation doctrinale persiste. En effet, une partie de la doctrine considère que l'annulation des parts ou actions des anciens associés de la société absorbante par l'émission de nouvelles parts ou actions de la société mère constitue une opération d'apport en nature, tandis que d'autres l'interprètent comme un apport de créance, alors qu'un autre courant doctrinal considère que c'est un apport sans apport. L'examen de la doctrine actuelle en la matière conforte notre thèse.

533. La réalisation de la fusion triangulaire à l'envers suppose la réalisation de deux augmentations de capital. La première est effectuée au niveau de la société absorbante au profit exclusif de la société mère (SM) pour rémunérer l'universalité du patrimoine de la société absorbée (la société [SF]).

Une deuxième augmentation de capital est réalisée au niveau de la société mère (SM) au profit des anciens associés de l'absorbante, bien qu'ils n'aient apporté aucun actif à la société mère.

En principe, en l'absence d'apport, la société mère (SM) ne peut émettre de nouvelles parts ou actions sous peine d'être qualifiée juridiquement de capital fictif.

Selon Kalaani, « *l'augmentation du capital et l'émission des parts sociales par la société mère française au profit des associés de la société cible s'expliquent par le fait que la fusion triangulaire inversée s'analyse comme un apport de titres par ces associés au bénéfice de la société mère* »¹³⁴².

¹³⁴¹ Ph. Derouin, « Les fusions triangulaires de sociétés, Doctrine », *Bull. Joly soc.*, déc. 2008, p. 1032, n° 9.

¹³⁴² A. Kalaani, « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? » *JCP E.* n° 43-44, 27 Oct. 2016, 1573, n° 25.

Il nous semble que cette approche n'est pas fondée. En effet, les titres des anciens associés dans la société absorbante sont annulés par l'effet du « coup d'accordéon » réalisé par celle-ci juste après la fusion-absorption de la filiale.

De son côté, le Professeur Barrière considère que suite à la renonciation à la participation à l'augmentation de capital de l'absorbante après remise à zéro, la société mère devient associée unique de l'absorbante, ce qui entraîne une augmentation corrélative de la valeur des titres qu'elle détient. Dans cette hypothèse, cet auteur estime qu'il n'y a pas un transfert de bien au bénéfice de la société mère, mais un transfert de valeur¹³⁴³. L'opération est ainsi analysée comme un apport au bénéfice de celle-ci, justifiant, par ricochet, l'augmentation de son capital.

Selon cet auteur, « *ce n'est non pas un acte translatif de propriété qui constitue l'apport, mais un acte abdicatif, lequel permet à l'acquéreur d'obtenir le contrôle exclusif de la société cible. Quant à la libération des actions émises par la société française qui, il est vrai, ne reçoit pas d'actif tangible des bénéficiaires de ces nouvelles actions* »¹³⁴⁴. L'auteur considère que c'est la renonciation à la participation à l'augmentation de capital de l'absorbante qui est rémunérée. Aucun actif n'est alors transféré à la société mère.

534. S'il est incontestablement vrai que l'augmentation de la valeur réelle de la société absorbante, devenue filiale à 100 %, entraîne un enrichissement indirect de la société mère, l'augmentation de son capital social n'est pas juridiquement justifiée en l'absence d'apport. En effet, l'augmentation de la valeur réelle de la société mère n'est pas considérée comme un apport en nature au sens juridique du terme.

535. Nonobstant l'annulation des titres, l'ANSA s'est attachée à justifier l'augmentation du capital de la société mère par le transfert de créances des anciens associés de la société absorbante à la société mère française¹³⁴⁵. Elle estime que la libération des actions émises par la société mère, qui n'a reçu aucun actif des anciens associés en échange de ses titres de capital, n'exclut pas le transfert indirect d'une valeur à la société émettrice, permettant ainsi la libération des actions nouvellement émises¹³⁴⁶. L'ANSA procède, *a priori*, à une analyse globale de

¹³⁴³ F. Barrière, « La fusion-filialisation », *Rev. soc.*, 2013, p. 667, l'auteur considère que « *le plus souvent, l'apport se matérialise par la transmission d'un nouveau bien, mais rien ne devrait interdire qu'il résulte de l'accroissement indirect de la valeur d'un bien* ».

¹³⁴⁴ F. Barrière, « Un apport sans apport, la fusion triangulaire à l'envers », *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 1173.

¹³⁴⁵ ANSA, Comité juridique, avis n° 08-008, du 6 févr. 2008.

¹³⁴⁶ ANSA, Comité juridique, avis n° 08-008, du 6 févr. 2008, qui suggère comme justification juridique de la libération des actions émises lors d'une fusion triangulaire à l'envers « *le transfert de créance des actionnaires de la société qui disparaît* ».

l'opération et considère que la catégorie de l'apport en nature apparaît appropriée pour intégrer la fusion triangulaire à l'envers.

Néanmoins, cette approche n'est pas prévue par les textes législatifs français régissant l'apport en nature. En effet, le transfert indirect d'une valeur ne justifie pas l'augmentation de capital de la société mère et rend le régime de l'apport en nature inapplicable.

D'autres auteurs considèrent, par ailleurs, que ce sont des « *justifications économiques et d'opportunité* » qui ont conduit la pratique à soumettre la fusion triangulaire au régime des apports¹³⁴⁷.

536. Un auteur considère que lors d'une fusion triangulaire à l'envers, la société absorbante extérieure au groupe réduit son capital à zéro préalablement à la fusion avec la société absorbée membre du groupe, créant un transfert de valeur identique, mais inversée. selon cet auteur, « *les actions de la société absorbante remises à la société du groupe qui étaient actionnaires de l'absorbée représentent la valeur des patrimoines confondus de l'absorbante (dont l'ancien capital a été réduit à zéro) et de l'absorbée. Les actions nouvelles émises par la société tête de groupe en rémunération de la fusion sont libérées par la valeur ainsi transférée. Dans toutes les reverse triangular mergers auxquelles ont participé des sociétés françaises en qualité d'émettrice l'augmentation de capital a ainsi rémunéré un apport en nature au sens de l'article L. 225-147 du Code de commerce ou l'échange des titres apportés à une offre publique au sens de l'article L. 225-148 du Code de commerce* »¹³⁴⁸.

L'approche de cet auteur n'est pas corroborée par les textes législatifs français régissant l'apport en nature. En effet, seuls les associés de la société absorbée peuvent prétendre être rémunérés pour l'apport de l'universalité de son patrimoine à l'absorbante.

537. Si d'un point de vue économique, l'analyse de la doctrine semble logique, ce type de fusion ne peut toutefois répondre, ni à la notion classique d'apport en nature définie par l'article 1843-3 du Code civil ni à celle de la fusion prévue par l'article L. 236-3 du Code de commerce.

¹³⁴⁷ D. Martin, B. Kanovitch et S. Simsi, « pour une modernisation du droit des fusions », *RTD fin.* 2010, p. 18.

¹³⁴⁸ Ph. Derouin, *op. cit.*, p. 1035, n° 17; Ex. : Opérations Alcatel-Lucent, CGG-Veritas, Havas Advertising-Snyder, Alcatel-DSC.

Le rapprochement des cas de figure de la fusion triangulaire à l'envers et de l'apport en nature n'est pas satisfaisant au regard de la conception traditionnelle des apports en nature retenue par le droit français.

538. Examen critique du régime conceptuel et processuel - Le montage juridique d'une fusion triangulaire à l'envers est subordonné à la mise en œuvre d'une opération de « coup d'accordéon » destinée à annuler les droits sociaux des anciens associés de la société absorbante. Or, le « coup d'accordéon » avec réduction de capital à zéro n'est pratiquement et juridiquement possible que si les capitaux propres de la société absorbante sont négatifs.

En effet, l'annulation totale des titres composant le capital social entraîne l'annulation du montant de celui-ci afin d'absorber les pertes antérieurement cumulées et enregistrées au haut de bilan passif. Dans ce cas, la réduction du capital social à zéro par l'annulation de la totalité des actions ou parts est possible¹³⁴⁹. En revanche, si les capitaux propres sont positifs, la réduction du capital social à zéro est impossible¹³⁵⁰. La fusion triangulaire à l'envers est alors irréalisable.

539. En tout état de cause, les droits sociaux sont émis, en principe, pour rémunérer des apports en numéraire ou en nature. Quelle que soit la qualification apportée par la doctrine - transfert de valeur, transfert de créance, rémunération de la perte de valeur - la contrepartie de ces titres dans l'actif du bilan de la société émettrice est nulle. Ne pourrait-on pas considérer qu'il s'agit d'un apport fictif ? La réponse semble négative.

Sans pour autant qualifier l'opération d'apport en nature, le contexte économique global de l'opération entraîne un enrichissement de la société mère tête du groupe.

Pour ce faire, nous exposerons les solutions envisageables permettant à la société mère d'atteindre son objectif ultime de contrôler la société extérieure au groupe tout en préservant les autorisations administratives, avantages, *etc.*

¹³⁴⁹ Capital social = 10 000 €, total capitaux propres = - 30 000 €, la réduction du capital à zéro est possible par absorption des déficits antérieures à due concurrence. Après réduction du capital social, les capitaux propres = - 20 000 €.

¹³⁵⁰ Capital social = 10 000 €, total capitaux propres = 40 000 €. En l'absence des déficits antérieures cumulées, la réduction du capital à zéro est impossible.

b) Recherche de la faisabilité juridique de la fusion triangulaire au regard du droit français

540. La rémunération des associés de la société fusionnée par une société autre que l'absorbante n'est pas admise par le législateur français. Pour pallier cette entrave juridique de la fusion triangulaire simple, nous proposons une alternative intéressante en adéquation avec le régime des fusions français.

Préalablement à l'opération de fusion, les associés de la société cible (SE), externe au groupe, apportent les titres qu'ils détiennent dans cette société à la société mère tête du groupe (SM). Les anciens associés de la société cible (SE) reçoivent en contrepartie de cet apport les titres de capital de la société mère. Il s'agit d'une opération d'apport en nature admise par le droit des sociétés français. Dès lors, la totalité du capital de la société cible (SE) devient détenue par la société mère tête du groupe (SM). Les deux sociétés (SE) et (SF) deviennent alors deux sociétés sœurs qui fusionnent entre elles. Il s'agit d'une fusion simplifiée admise par le régime des fusions français¹³⁵¹.

541. Pour la fusion triangulaire à l'envers, il convient d'abord de distinguer la fusion triangulaire en présence de capitaux propres négatifs au niveau de la société absorbante de la situation inverse. Dans la première situation, la réduction de son capital social à zéro, par l'effet du « coup d'accordéon », permet l'absorption des déficits antérieurement enregistrés et l'annulation de tous les droits sociaux composant son capital social. Les anciens associés de l'absorbante ne détiendront alors que des droits préférentiels de souscription (DPS)¹³⁵² à l'augmentation de capital social.

Nous proposons ensuite, dans une deuxième phase, que les anciens associés apportent les DPS qu'ils détiennent dans la société cible à la société mère (SM) et reçoivent en contrepartie des titres de capital¹³⁵³ de celle-ci. Il s'agit d'un apport en nature. Les anciens associés de la société absorbante deviennent alors associés de la société mère tête de groupe.

Les DPS détenus par la société mère lui serviront à souscrire à l'augmentation de capital de la société cible (SE).

¹³⁵¹ C. com. art. L. 236- 11.

¹³⁵² En principe, pour les sociétés par actions, un DPS a une valeur économique négociable. Pour les SARL, bien que la loi ne prévoit pas que les associés disposent d'un DPS, les statuts peuvent en décider autrement. Les associés qui le souhaitent pourront céder leurs DPS.

¹³⁵³ Peuvent être attribuées des actions ou parts sociales ou encore des VMDAC.

Dans une dernière étape, la société cible absorbe la filiale nouvellement créée. Par conséquent, le régime de fusion bilatérale classique s'applique.

À l'issue de ce montage juridique proposé, le capital de la société cible est entièrement détenu par la société mère tête de groupe, dans le respect total de la législation française.

542. Cependant, en présence de capitaux propres positifs au niveau de la société absorbante, le « coup d'accordéon » s'avère impossible.

Nous proposons donc que la société absorbante (SE) procède, dans un premier temps, à l'absorption de la société (SF) nouvellement créée par la société mère tête de groupe (SM). Ensuite, la société absorbante procède au rachat de ses propres titres détenus par les anciens associés, qui disposeront dès lors d'une créance sur l'absorbante (SE). Par conséquent, ils apportent cette créance à la société mère du groupe (SM) et reçoivent en échange des droits sociaux. Il s'agit alors d'un apport en nature.

L'augmentation de capital de la société absorbante sera ainsi réservée à la société mère (SM) suite à l'absorption de la société (SF).

Le montage juridique ainsi proposé est tout à fait admis par le droit positif français. La prise de contrôle d'une société extérieure au groupe est dès lors juridiquement valide.

II- Portée de l'effet légal de la transmissibilité de l'universalité de patrimoine lors de l'opération de fusion et de scission

543. La transmission universelle du patrimoine de la société dissoute constitue la caractéristique déterminante d'une opération de fusion ou de scission. Nous nous efforcerons d'examiner attentivement la portée de cet effet légal (1), qui a pour corollaire la continuité de l'entreprise exploitée préalablement par la société absorbée ou scindée (2).

1) Les caractéristiques intrinsèques aux opérations de fusion et de scission

544. Les opérations de fusion et de scission se caractérisent, en principe, par la transmission impérative de l'universalité du patrimoine, qui entraîne le transfert automatique de tous les actifs et passifs de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou issue de la scission (a). Cette transmission s'accompagne d'une substitution universelle aux droits et obligations, permettant ainsi à celles-ci de reprendre l'ensemble des engagements de la société absorbée ou scindée (b).

a) Le caractère impératif de la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute

545. En droit successoral, la transmission universelle du patrimoine du *de cujus* repose sur la règle de la continuation de la personne du défunt par les héritiers, qui reçoivent l'intégralité de son patrimoine sans qu'il soit nécessaire de procéder à un règlement préalable du passif¹³⁵⁴.

Empruntée par le droit des sociétés, et en vertu de l'effet légal de la transmission universelle de patrimoine, la société absorbée transmet à la société absorbante l'entreprise qu'elle abrite. Celle-ci est composée de tous les biens, droits et obligations qui garnissent son patrimoine, à la fois dans ses éléments d'actif et ses éléments de passif. L'objectif du législateur est d'éviter le formalisme applicable à l'apport d'actifs isolés en droit commun.

546. La société absorbante se substitue alors de plein droit et globalement à la société absorbée, tant activement que passivement, dans tous les droits et obligations contractuels et délictuels de la société fusionnée, dans l'état où elle se trouve au jour de la réalisation de la fusion¹³⁵⁵. Le même régime s'applique également pour la scission, par renvoi de l'article L. 236-19 du Code de commerce.

547. La fusion, à l'instar de la scission, se distingue de l'apport par son objet. Il ne s'agit pas d'un « simple apport en nature », car elle ne porte pas sur un bien isolé, mais plutôt sur l'universalité du patrimoine de la société absorbée, transmis à la société absorbante. L'apport d'actifs isolés, même s'il englobe la totalité de l'actif d'une société, ne correspond pas à la définition de la fusion. En revanche, toute opération de fusion ou de scission inclut nécessairement des opérations d'apport en nature.

Cette transmission de patrimoine trouve son fondement légal dans le droit commun¹³⁵⁶ et dans le droit des fusions et des scissions¹³⁵⁷.

¹³⁵⁴ M. Jeantin, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in Les activités et les biens de l'entreprise, Mél., J. Derruppé, *GLN-Joly, Litec*, 1991, p. 287.

¹³⁵⁵ Cass. Com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672, n° 03-12672, *Bull. Joly soc.*, déc. 2004, n° 305, p. 1554, note C.-M. Bénard ; *Dr. sociétés* 2004, n° 205, obs. F.G. Trébulle.

¹³⁵⁶ C. civ. art. 1844-4, al. 1.

¹³⁵⁷ C. com. art. L. 236-1, al. 1er. Ce texte dispose « *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent* » ; Aux termes de l'article L.236-3- I du Code de commerce « *la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion* ». Ce texte est applicable, par renvoi de l'article L 236-19 du même Code, aux opérations de

En effet, il résulte des dispositions de l'article L. 236-3-I, applicable par renvoi de l'article L. 236-19 du Code de commerce aux opérations de scission, que la fusion se caractérise par trois effets légaux, dont le principal est la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Cet effet légal est considéré par un auteur comme « *la pièce maîtresse du régime juridique des fusions et des scissions de sociétés* »¹³⁵⁸.

548. L'examen du régime juridique et de la jurisprudence cités dans la présente étude relative aux opérations de fusion, est transposable aux opérations de scission. Les effets applicables à la société absorbante sont transposables aux sociétés bénéficiaires des apports de la société scindée. Il en est de même pour les effets inhérents à la société absorbée qui sont transposables à la société scindée. Les exceptions et particularités des opérations de scission seront détaillées au cas par cas.

549. La dissolution sans liquidation et l'acquisition des associés de la société absorbée de la qualité d'associés sont les conséquences de l'effet principal d'une opération de fusion, sans pour autant considérer l'existence d'une hiérarchie entre ces deux effets. Dans ce sens, la Haute juridiction considère que la transmission de l'actif à l'absorbante ne peut intervenir, chronologiquement, qu'après la dissolution de la société absorbée¹³⁵⁹.

550. De l'examen du processus pratique de réalisation d'une opération de fusion, on relève que l'effet déclencheur de cette opération est la dissolution de la société absorbée, tandis que l'effet déterminant réside dans la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Cette transmission entraîne le troisième effet légal, à savoir l'acquisition des associés de la société fusionnée de la qualité d'associés dans la société absorbante.

551. En principe, par l'effet de la fusion ou de la scission, tout le patrimoine, actif et passif de la société absorbée ou scindée est transmis automatiquement, du seul fait de la loi, à la société absorbante¹³⁶⁰ ou aux sociétés issues de la scission, sans qu'aucune formalité ne soit requise, et

scission.

¹³⁵⁸ C. com. art. L. 236-3 ; et L. 236-18 ; Cass. 2e civ., 11 févr. 2010, n° 07-17.551, *BRDA* 2010, n° 5, p. 4 ; Cass. com., 13 févr. 1963, n° 61-11.768, *Bull. civ.* III, n° 104 ; M. Jeantin, *op. cit.*

¹³⁵⁹ Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672, n° 30, *Dr. sociétés* 2004, n° 205, obs. F.G. Trébulle.

¹³⁶⁰ Cass. 2e civ., 12 juill. 2001, n° 98-10.444, *JurisData* n° 2001-010673 ; *JCP E* 2003, n° 281, note J.-J. Daigre ; Cass. com., 1er juin 1993, n° 91-14.740, *JurisData* n° 1993-001101 ; *JCP G* 1993, IV, 1915 ; *RJDA* 1993, n° 622 ; Cass. 2e civ., 11 mai 1977, n° 75-12.548, *JurisData* n° 1977-099124 ; *Bull. civ.* II, n° 124 ; CA Paris, 13e ch. corr., sect. A, 20 févr. 2007, *JurisData* n° 2007-329011 ; Cass. com., 19 avr. 1972, n° 69-14.054, *JurisData* n° 1972-097115.

sans que cela n'entraîne une novation ou une déchéance du terme¹³⁶¹. La transmission universelle de patrimoine est donc totale et absolue. Elle implique que les éléments d'actif ou de passif qui ne figurent pas dans le traité de fusion ou de scission, soit par omission des parties, soit parce qu'ils n'existaient pas à la date de signature de ce traité, soient considérés de plein droit comme transférés à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission¹³⁶².

552. Par l'effet de l'automatisme prévu par les dispositions de l'article L. 236-15 du Code de commerce, la société absorbante se substitue à la société absorbée tant activement que passivement. Les créanciers de la société absorbée¹³⁶³ ont ainsi un nouveau débiteur, tandis que les débiteurs de la société absorbée ont dorénavant un nouveau créancier en la personne de la société absorbante¹³⁶⁴.

553. La société absorbante est tenue non seulement du passif déjà existant ou expressément mentionné dans le traité de fusion, mais également des dettes qui n'étaient que virtuelles ou éventuelles¹³⁶⁵, voire qualifiées de « *sans existence perceptible* »¹³⁶⁶.

Par ailleurs, en droit comptable, toute société commerciale est tenue de provisionner le risque éventuel découlant de litiges actuels ou futurs susceptibles d'impacter l'image fidèle de ses comptes annuels. Le défaut de mentionner cette provision pour risque et charge entraîne son omission du projet de fusion.

Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt relatif à un prêt qui n'avait pas été mentionné dans le traité d'apport, que la transmission universelle du patrimoine apporté rendait inutile la preuve du transfert individuel de chaque créance, même en cas d'omission de ces droits et obligations dans le traité d'apport due à une erreur ou un oubli¹³⁶⁷.

¹³⁶¹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 202.

¹³⁶² Cass. com., 10 juill. 2007, n° 05-14.358, *JurisData* n° 2007-040141 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 181 ; *Bull. Joly* 2007, p. 1225§ 321 ; Cass. com., 7 déc. 1966, *D.* 1968, *jurispr.* p. 113, note J. Dalsace ; Cass. com., 13 févr. 1963, n° 61-11.768, *Bull. civ.* III, n° 104 ; *D.* 1963, *jurispr.* p. 95.

¹³⁶³ Clients, fournisseurs, sous-traitants, Trésor public, caisses de Sécurité sociale, organismes de retraite, etc.

¹³⁶⁴ Ex., une créance indemnitaire résultant d'un préjudice causé à une société avant qu'elle ne soit dissoute par son associé unique est transférée à celui-ci, dans la mesure où l'acte de dissolution prévoyait que l'opération emportait transmission « de tous les droits et obligations de la société » ; Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-17.901, *BRDA* 2018, n° 10, inf. 2.

¹³⁶⁵ W. Ella Andoume, *le cautionnement donné à une société*, thèse, Nancy 2, 2010, n° 500.

¹³⁶⁶ Cass. com., 7 déc. 1966, *D.* 1968. 113, note J. Dalsace ; *Riom*, 5 mai 1980, *Rev. soc.*, 1981, p. 596, note J. Guyénot, n° 10.

¹³⁶⁷ Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *JurisData* n° 2004-022358 ; *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 649, note P. Le Canu.

Cependant, le Conseil d'État ne partage pas la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les dettes qui devraient être prises en charge par la société absorbante. En effet, il a jugé que la transmission intégrale du passif de la société absorbée se limite aux dettes et charges qui pouvaient être connues ou prévues au moment de la fusion, compte tenu des diligences normales incombant à la société issue de la fusion¹³⁶⁸. Cette solution, appliquée dans le cadre d'un apport partiel d'actif, est transposable, selon notre opinion, aux opérations de fusion et de scission. Ainsi, les créanciers perdent toute action en paiement contre la société apporteuse¹³⁶⁹ ou issue de la scission. En outre ceux dont la créance a été omise du projet de fusion doivent alors justifier qu'il était possible d'en avoir connaissance ou de la prévoir à la date de la réalisation de la fusion.

554. Cette solution est transposée aux opérations de scission, avec quelques particularités que nous examinons dans la suite la présente étude.

La transmission universelle du patrimoine social de la société absorbée ou scindée connaît cependant plusieurs limites. Celles-ci seront examinées en profondeur par la section 2 du présent chapitre.

b) Substitution universelle aux droits et obligations : effet sous-jacent de la transmission universelle

555. La dissolution sans liquidation de la société absorbée ou scindée a pour corollaire la perte de la personnalité morale. Dès lors qu'elle engendre d'importantes conséquences sur les droits et obligations des sociétés impliquées dans l'opération de restructuration ainsi que sur ceux des associés et des tiers, il convient de déterminer avec précision cette date.

L'insertion dans le traité de fusion ou de scission d'une clause de rétroactivité ou d'effet différé de la fusion ou de la scission ne fait que compliquer la détermination de la date de la perte de la personnalité morale de la société absorbée ou scindée.

Par ailleurs, il est établi de manière constante par la jurisprudence que les tiers ne peuvent pas se prévaloir de l'effet rétroactif, et *a fortiori* différé, de la fusion ou de la scission en raison de son effet relatif¹³⁷⁰.

¹³⁶⁸ CE, 8e et 3e ss-sect., 6 juin 2008, n° 285629, *JurisData* n° 2008-081343 ; *Dr. fisc.* 2008, act. 185 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 187, Pour des détournements dus à des falsifications frauduleuses des comptes non détectés par le commissaire à la fusion.

¹³⁶⁹ Cass. com., 10 déc. 2003, n° 02-11.818, Bull. Joly 2004. 518, note M-L Coquelet.

¹³⁷⁰ S. Corinne Ung, *Essai sur la transmission de l'action en justice*, thèse Paris-Saclay, 2023, p. 61.

556. Après une longue divergence doctrinale et plusieurs nuances jurisprudentielles concernant la date de la perte de la personnalité morale de la société absorbée ou scindée, la Haute juridiction a récemment tranché sans équivoque que celle-ci coïncide avec la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé la fusion ou la scission¹³⁷¹.

557. Dans ce sens, la Haute juridiction a censuré, au visa des articles L. 236-4 et L. 237-2 du Code de commerce, un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers qui a considéré que la perte de la personnalité morale de la société absorbée coïncidait avec la date à laquelle était intervenue sa radiation au registre du commerce et des sociétés. Pour lever toute ambiguïté, la Cour de cassation énonce « *qu'en statuant ainsi alors que, par l'effet de la fusion-absorption sans création d'une société nouvelle, la société absorbée, avait transmis l'universalité de son patrimoine à la société absorbante et perdu sa personnalité morale dès la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé la fusion-absorption soit, le 1er septembre 2015, peu important la date à laquelle était intervenue sa radiation du registre du commerce et des sociétés et qu'elle ne pouvait plus, dès cette date, effectuer aucun acte juridique, ce à peine de nullité non susceptible de régularisation de celui-ci [...]* »¹³⁷².

Dès lors, la perte de la personnalité morale de la société absorbée coïncide avec la date de sa dissolution¹³⁷³, qui correspond nécessairement à la date à la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération de fusion ou de scission¹³⁷⁴. La publication des procès-verbaux approuvant la fusion ou la scission au registre de commerce et des sociétés rend la perte de la personnalité morale de la société absorbée ou scindée opposable aux tiers.

558. Incapacité d'agir - La perte de la personnalité morale de la société absorbée ou scindée entraîne la perte de sa capacité à intenter ou défendre une action en justice. Celle-ci est alors transmise de plein droit, tant en défense qu'en demande, à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission, pour tous les droits et obligations qui incombaient à la société absorbée ou scindée avant leur dissolution.

Cette position a été affirmée par un arrêt de la Haute juridiction qui a statué que « *le défaut de capacité d'agir d'une personne morale, qui n'a plus d'existence par suite d'une absorption*

¹³⁷¹ Cass. 2e civ., 27 juin 2019, n° 18-18.449, *Rev. soc.*, 2019. 736, note A. Reygrobelle ; Cass. civ., 3e, 17 mai 2006, n° 05-10.936, *D.* 2006. AJ 1687, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2006. 1450, note X. Vamparys ; *LPA* 29 sept. 2006, p. 10, note D. Gibirila ; Montpellier 26 janv. 2023, n° 20/01507, *BRDA* 11/23, inf. 2.

¹³⁷² Cass. 2e civ., 27 juin 2019, n° 18-18.449, *Rev. soc.*, 2019. 736, note A. Reygrobelle

¹³⁷³ Cass. com., 7 juill. 2021, n° 19-11.906, *Rev. soc.*, 2022 ; J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 166.

¹³⁷⁴ Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 02-20.213, *Bull. civ.* n° 399.

suivie de sa radiation du registre du commerce et des sociétés, constitue une irrégularité de fond qui ne peut être couverte par l'intervention en cours d'instance de la société qui l'a absorbée»¹³⁷⁵. Par cet arrêt, la Cour de cassation a infligé une double sanction à l'encontre d'une action intentée par une société absorbée ayant perdu sa personnalité morale. En effet, le défaut de droit d'agir est sanctionné par l'irrecevabilité de la demande¹³⁷⁶, et le défaut de capacité d'ester en justice par la nullité¹³⁷⁷.

Il s'agit d'une position constante de la jurisprudence, qui affirme que la société absorbée avait cessé d'exister au jour la délivrance de l'assignation en son nom, ce qui constituait une irrégularité de fond non susceptible d'être couverte par l'intervention volontaire de l'absorbante à l'instance¹³⁷⁸.

559. De même, la Cour de cassation a validé la décision des juges du fond selon laquelle aucune procédure collective ne peut être ouverte à l'encontre d'une société absorbée ayant perdu sa personnalité morale à la suite de son absorption¹³⁷⁹.

560. Dans un autre sillage, en cas d'absorption d'une société créancière dont le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, toute déclaration de créance faite par la société absorbée en son nom, postérieurement à la date d'effet de la fusion, est irrégulière¹³⁸⁰. Par conséquent, la créance est transmise à la société absorbante, qui doit effectuer sa propre déclaration dans le délai prévu à peine de forclusion.

Par deux arrêts récents, la Haute juridiction a considéré que la société absorbante a la qualité d'agir indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité légales, notamment

¹³⁷⁵ Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-21594, *Bull. Joly soc.*, sept. 2007, n° 272, p. 965, note J.-F Barbiéri.

¹³⁷⁶ CPC, art. 32 ; CPC, art. 126 ; contrairement à la nullité qui, aux termes de l'article 2241, alinéa 2, du Code civil, conserve à la demande son effet interruptif, l'irrecevabilité fait perdre à la demande en justice son effet interruptif de prescription et de forclusion.

¹³⁷⁷ CPC, art. 117.

¹³⁷⁸ Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-17.344 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 203, note G. Trébulle ; Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-22.278 ; *Rev. soc.*, 2013, 30, obs. S. Prevost, *Bull. Joly soc.*, févr. 2013, n° 57, p. 120, obs. O. Staes ; CA Montpellier, 4e ch. civ., 26 janv. 2023, n° 20/01507.

¹³⁷⁹ Cass. com., 28 sept. 2004, n° 00-17.255.

¹³⁸⁰ CA Toulouse, 2e ch., 22 avr. 2009, *JurisData* n° 2009-377665 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 177, note M.-L. Coquelet.

pour le paiement d'une créance de la société absorbée¹³⁸¹ ou encore pour l'exécution forcée contre un débiteur de la société absorbée¹³⁸².

Se pose alors la question de savoir si cet acte juridique est interruptif de prescription. La Cour de cassation répond par la négative¹³⁸³. En effet, les dispositions de l'article 2241 du Code civil sont inopérantes en l'espèce. Néanmoins, la société absorbante peut engager une action similaire, sous réserve qu'elle ne soit pas prescrite.

En revanche, la signification de l'assignation à la société absorbée ou scindée, effectuée antérieurement à la publication au registre de commerce et des sociétés des procès-verbaux approuvant la fusion ou la scission, est valable¹³⁸⁴.

561. Instances en cours - La question du sort des instances en cours intentées par ou contre la société absorbée est toujours délicate, et notamment, celle relative à la date à partir de laquelle la société absorbante acquiert partie à ces instances.

562. Un arrêt renvoie à la date d'effet de l'opération de fusion. Celle-ci coïncide avec la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération de fusion ou de scission. Par cet arrêt il a été jugé : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en sa qualité d'ayant cause universel de la société absorbée, la société absorbante acquiert de plein droit, à la date d'effet de la fusion, la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹³⁸⁵.

563. Contrairement à cette décision, un autre arrêt de la Cour de Cassation considère que cette date coïncide avec celle de la publication de la dissolution au registre du commerce et des sociétés. Il a ainsi été jugé par cet arrêt « *Alors que la Cour d'appel a constaté que l'instance avait été engagée par la Société AZUR VIE le 26 novembre 2007, soit antérieurement au 7 décembre 2007, date de publication de la fusion-absorption au registre du commerce et des*

¹³⁸¹ Cass. com., 7 juill. 2021, n° 19-11.906, *JurisData* n° 2021-011017 ; *BRDA* 2021, n° 18, p. 2.

¹³⁸² Cass. com., 30 nov. 2022, n° 20-19.184, *JurisData* n° 2022-020789 ; *JCP E* 2022, act. 1042 ; *Dr. sociétés* 2023, comm. 33, obs. J.-F. Hamelin ; *BRDA* 2023, n° 2, p. 5.

¹³⁸³ Cass. 2e civ., 4 juin 2009, n° 08-13.668 ; Cass. Com., 4 janv. 2000, n° 97-13.251.

¹³⁸⁴ Cass. Com., 26 avr. 2017, n° 14-12.040 ; *Rev. soc.* 2017. 412, obs. P. Pisoni ; Cass. Com., 24 mai 2011, n° 10-19.222, *Bull. civ.* n° 81 ; *Dr. sociétés* 2011, n° 189, obs. R. Mortier ; *Bull. Joly soc.*, 2011. 758, note R. Raffray ; Cass. Com., 15 déc. 2009, n° 09-10.687 ; *Bull. Joly soc.*, 2010. 361, note X. Vamparys.

¹³⁸⁵ Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-19.102, *JurisData* n° 2008-045484 ; *JCP E* 2008, 2545, chron. F. Deboissy et G. Wicker ; M.-L. Coquelet, « Le sort des actions en justice en cas de transmission universelle de patrimoine », *Bull. Joly* 2008 § 228, p. 783.

*sociétés ; qu'en s'abstenant de tirer les conséquences légales de ses propres constatations d'où il résultait que l'instance avait été valablement engagée par la Société AZUR VIE et que la Société MMA VIE, à compter de cette dernière date, avait, en tant qu'ayant cause universel de la Société absorbée, acquis de plein droit la qualité de partie à l'instance, la Cour d'appel a violé les articles L 236-3 et L 237-2 du Code de commerce ».*¹³⁸⁶

Juridiquement et pratiquement, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée, qui disparaît, et concomitamment, la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération de fusion¹³⁸⁷. Il en résulte que la société absorbante acquiert de plein droit à la date d'effet juridique de la fusion la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée. Ce qu'affirmait, peu important, la date à laquelle est publié au RCS le procès-verbal de l'assemblée générale ayant décidé l'opération de fusion¹³⁸⁸ qui n'a pour objectif que de rendre l'opération de fusion opposable aux tiers¹³⁸⁹. Autrement dit, la date de la radiation au RCS de la société absorbée est sans incidence sur les instances en cours.

564. D'ailleurs, l'article 32 du Code de procédure civile sanctionne par l'irrecevabilité tout acte accompli par la société absorbée ou scindée dissoute. De son côté, la jurisprudence refuse à la société absorbante ou à l'une des sociétés issues de la scission toute possibilité de régularisation par voie d'intervention volontaire, alors même que la société absorbante avait qualité et intérêt à agir, d'un acte accompli par la société absorbée ou scindée postérieurement à la transmission¹³⁹⁰. Cette approche est constamment retenue par la Cour de cassation¹³⁹¹.

565. Cependant, la dissolution n'interrompt pas ces actions, qui sont transmises à la société absorbante en sa qualité d'ayant cause universel, sans aucune formalité particulière¹³⁹². En effet, une substitution par voie de conclusions suffit¹³⁹³.

¹³⁸⁶ Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19.222, *JurisData* n° 2011-009610 ; *Bull. civ.* IV, n° 81 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 189, note R. Mortier.

¹³⁸⁷ C. com. art. L 236-3, I.

¹³⁸⁸ Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-26.622 F-D, *RJDA* 5/15 n° 345.

¹³⁸⁹ Cass. com., 7 juill. 2021, n° 19-11.906 F-D.

¹³⁹⁰ Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-12.946.

¹³⁹¹ Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-14.031, *JurisData* n° 2010-016560 ; *BRDA* 2010, n° 19, p. 3 ; Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-22.278, *JurisData* n° 2012-021792 ; *BRDA* 2012, n° 20, p. 3.

¹³⁹² Cass. Soc., 22 sept. 2015, n° 13-25.429, *Bull. civ.* n° 175.

¹³⁹³ S. Corinne Ung, th. préc., p. 59.

Par un autre arrêt, la Haute juridiction a censuré, au visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce, une décision de la Cour d'appel de Versailles qui avait considéré que le jugement condamnant une société dépourvue de capacité d'agir n'était pas susceptible d'exécution¹³⁹⁴.

566. La transmission des instances en cours engagées par la société scindée pose d'autres interrogations encore plus complexes. En effet, la société scindée peut donner naissance à deux ou plusieurs sociétés qui recueillent l'universalité de son patrimoine. Se pose alors la question de savoir à laquelle des sociétés issues de la scission pourrait être transmise la poursuite des actions en cours¹³⁹⁵.

En principe, le projet de scission devrait prévoir cette répartition et ses effets financiers sont généralement pris en compte dans l'évaluation des sociétés participantes à l'opération de scission. La jurisprudence et la doctrine s'accordent à affecter l'action en cours à la société bénéficiaire de la branche d'activité en cause.

Dans ce sens, un auteur soutient que « *conformément au principe de la transmission universelle, les sociétés bénéficiaires, au terme d'une scission, recueillent tous les droits, biens et obligations relatives à la branche d'activité en cause de la société apporteuse. L'application de ce principe, on en convient, suppose que chaque société bénéficiaire est tenue des obligations relatives à la quote-part des biens et droits recueillis. Autrement dit, chaque société qui résulte ou profite de l'apport de la société scindée ne sera débitrice que des obligations qui seraient le pendant des droits reçus* »¹³⁹⁶.

Cette approche a été validée par la Cour de cassation qui a jugé que « *la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit dès lors que le bien, droit et obligation se rattache à la branche d'activité apportée même sur les biens, droits et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figureraient pas dans le traité d'apport* »¹³⁹⁷. Décision rendue à propos d'une fusion, mais qui nous semble transposable aux opérations de scission.

¹³⁹⁴ Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-19.102, *JurisData* n° 2008-045484 ; *JCP E* 2008, 2545, chron. F. Deboissy et G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 253, note H. Hovasse.

¹³⁹⁵ L'effet des actions en justice en cours pourrait être à flux de trésorerie positif, Ex. bénéfice du dédommagement d'un préjudice subi par la société scindée, ou négatif, Ex. Paiement du dédommagement ou amendes pénale ou fiscale.

¹³⁹⁶ A. Albortchire, *Le sort des contrats dans les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales*, thèse Université d'Auvergne, 2005, n° 41.

¹³⁹⁷ Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501 ; *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 649§ 126, note P. Le Cannu ; *D.* 2004, somm. p. 2929, obs. J.-C. Hallouin.

567. La position de la doctrine et de la jurisprudence nous paraît logique, particulièrement lorsque le flux de trésorerie qui pourrait résulter de l'action en cours est positif, ou lorsque la branche d'activité à l'origine du préjudice est clairement identifiée. Cependant, certaines actions en justice ne sont pas exclusivement liées à une seule branche d'activité et ne peuvent être affectées à l'une d'entre elles¹³⁹⁸. Dans de tels cas, à notre sens, toutes les sociétés issues de la scission pourraient être mises en cause par la partie demanderesse, devenant ainsi partie à l'action en cours.

568. En sa qualité d'ayant cause universel, la société absorbante peut se voir opposer l'autorité de la chose jugée d'un jugement rendu à l'égard de la société absorbée¹³⁹⁹. Par l'effet de la substitution aux droits et obligations de la société absorbée, un jugement défavorable définitif rendu contre cette dernière est opposable à la société absorbante¹⁴⁰⁰.

Pareillement, la société absorbante bénéficie des jugements rendus en faveur de la société absorbée, condamnant, par exemple, un débiteur de celle-ci au paiement¹⁴⁰¹. Ces solutions sont transposables aux opérations de scission, avec toutefois certaines particularités inhérentes à ce régime.

569. En effet, la substitution d'au moins deux sociétés aux droits et obligations de la société scindée sème le doute quant à la société qui se verra opposer l'autorité de la chose jugée, ou qui en bénéficiera si le jugement est rendu en faveur de la société scindée. Par ailleurs, la solidarité

¹³⁹⁸ Ex : Une faute qui incombe au siège social ou ayant un lien commun avec toutes les branches d'activité.

¹³⁹⁹ Cass. com., 18 févr. 2004 n° 356, *RJDA* 7/04 n° 823, *JurisData* n° 2004-022393 ; *JCP G* 2004, 1763 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 84, note H. Hovasse.

¹⁴⁰⁰ Cass. com., 18 févr. 2004, n° 02-11.453, *JurisData* n° 2004-022393 ; *JCP G* 2004, 1763 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 84, note H. Hovasse ; *BRDA* 2004, n° 5, p. 2, n° 2, par cet arrêt il a été jugé que « la société Diva, qui avait recueilli par l'effet de la fusion l'intégralité du patrimoine de la société Dimi, pouvait en qualité d'ayant cause universel se voir opposer la chose jugée à l'égard de cette société, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; Dans le même sens, par un autre arrêt, Cass. soc. 13 mai 2014 n° 12-29.012, *RJS* 7/14 n° 586, la chambre sociale a retenu que « la créance du salarié ayant été fixée dans le cadre de la vérification du passif de la société Ares France, laquelle n'était pas dissoute et liquidée au jour de l'ouverture des débats devant la juridiction prud'homale le 4 avril 2008, l'admission de cette créance était opposable à la société Lancry en raison de la fusion-absorption qui l'avait rendue ayant cause à titre universel de la société absorbée »,

¹⁴⁰¹ Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-19.102, *D.* 2008. Actu. 2792, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2008, n° 235, note H. Hovasse ; *Banque et Droit*, janv.-févr. 2009. 51, La Cour considère « En sa qualité d'ayant cause universel de la société absorbée, la société absorbante acquiert de plein droit, à la date d'effet de la fusion, la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci ».

n'est prévue que pour les dettes, et le droit d'opposition n'est recevable que pour les créances liquides et exigibles¹⁴⁰².

À notre connaissance, la jurisprudence et la doctrine ont peu abordé cette situation particulière.

En principe, le projet de scission devrait trancher l'affectation des dettes aux sociétés issues de la scission, et ses effets financiers doivent être pris en compte pour la détermination du rapport d'échange, en particulier si la solidarité entre les sociétés bénéficiaires est écartée.

Pour l'exécution du jugement condamnant la société scindée, deux situations particulières peuvent alors se présenter.

570. Lorsque le projet de scission omet d'affecter un passif à une société issue de la scission, le principe de la transmission universelle de patrimoine totale et absolue s'applique. Ce principe implique que le passif qui ne figure pas dans le traité de fusion, soit par omission des parties, soit parce qu'il n'existait pas à la date de signature de ce traité, est transféré de plein droit à la société absorbante¹⁴⁰³. Cette solution est, à notre avis, transposable aux opérations de scission. À défaut d'affectation de la dette par le traité de scission à l'une des sociétés issues de la scission, la solidarité entre elles s'impose. Le jugement est alors exécutoire à l'encontre de toutes les sociétés issues de la scission, avec solidarité entre elles.

Cependant, si la dette objet du jugement est affectée à l'une des sociétés issues de la scission dont l'actif net n'est pas suffisant pour l'exécution du jugement, la situation devient plus complexe.

571. En principe, chaque société issue de la scission prend en charge le passif qui lui est affecté par le traité de scission. Pour que cette affectation soit efficace, le passif doit être transféré à la société bénéficiaire qui a recueilli la portion du patrimoine à laquelle est rattachée cette dette. À notre sens, si cette condition n'est pas remplie et s'il s'avère que la finalité ultime de l'opération de scission était dictée par la volonté de frauder les droits du bénéficiaire du jugement prononcé à l'encontre de la société scindée, le créancier pourrait faire déclarer la

¹⁴⁰² Cass. com., 16 juill. 1985, *Bull. civ.* IV n° 218 ; Cass. com., 15 juill. 1992 n° 1357, *RJDA* 10/92 n° 920 ; Cass. com., 21 janv. 2004 n° 145, *RJDA* 6/04 n° 712.

¹⁴⁰³ Cass. com., 10 juill. 2007, n° 05-14.358, FS-P+B, *JurisData* n° 2007-040141 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 181 ; *Bull. Joly* 2007, p. 1225 § 321 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *RJDA*, 6/04, n° 713. Par cet arrêt, la Haute juridiction énonce : « Mais attendu qu'ayant retenu que, même en l'absence de mention de la clause de garantie de passif dans le traité de fusion, la société OGF a été de plein droit substitué dans l'ensemble des droits et obligations de la société Pompes funèbres du Sud-Est par l'effet de la fusion-absorption, la cour d'appel a justement décidé, en l'absence de stipulation contractuelle contraire, que la société absorbante pouvait se prévaloir de la clause de garantie stipulée en faveur de la société absorbée ».

scission inopposable en intentant une action paulienne¹⁴⁰⁴. Il a ainsi été jugé qu'une opération de fusion réalisée frauduleusement par la caution en vue de s'exonérer de son obligation était inopposable au créancier¹⁴⁰⁵.

572. Dans le même sillage, par l'effet de la fusion ou de la scission, les formalités qui incombaient à la société absorbée ou scindée sont transférées de plein droit à la société absorbante ou à au moins une des sociétés issues de la scission.

Il a ainsi été jugé que la société absorbante, qui reçoit par l'effet de la fusion des actions de sociétés cotées pour lesquelles la société absorbée avait déclaré un franchissement du seuil prévu à l'article L. 233-7 du Code de commerce, n'avait pas à renouveler cette déclaration dès lors qu'elle avait été régulièrement effectuée préalablement par la société absorbée et qu'aucun nouveau seuil n'avait été franchi¹⁴⁰⁶.

La Haute juridiction a également adopté cette solution en matière de crédit-bail. En effet, une société crédit-bailleresse absorbante a le droit de se prévaloir des formalités de publicité effectuées par la société absorbée afin de demander la restitution d'une machine auprès du crédit-preneur placé en redressement judiciaire¹⁴⁰⁷.

De même, la déclaration de créance effectuée par la société absorbée avant la date d'effet de la fusion produit ses effets légaux à l'égard de la procédure collective, notamment en ce qui concerne son admissibilité par les organes de la procédure¹⁴⁰⁸.

2) Principe de continuité de l'entreprise absorbée ou scindée : un effet sous-jacent de la fusion ou scission

573. Lors d'une opération de fusion ou de scission, la dissolution sans liquidation de la société absorbée ou scindée a pour corollaire la continuité d'exploitation de l'entité économique avec toutes ses composantes par la société absorbante ou scindée **(a)**. Cependant, le principe de transmissibilité universelle trouve ses limites en présence de certaines sanctions pénales et administratives prononcées à l'encontre de la société absorbée ou scindée **(b)**.

¹⁴⁰⁴ C. civ. art. 1341-2.

¹⁴⁰⁵ Cass. com., 10 oct. 1995, n° 93-15.619, *JurisData* n° 1995-002552 ; *LPA* 13 déc. 1995, n° 149, p. 15, note A. Couret et P. Le Cannu ; *Bull. civ.* IV, n° 224 ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 233, note Th. Bonneau ; *D. affaires* 1995, n° 7, p. 154 ; *Bull. Joly soc.*, 1995, p. 1058, note M.-L. Coquelet.

¹⁴⁰⁶ Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-20.156, *Bull. Joly* 2008. 489, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2008, n° 188, note Bonneau ; *Rev. sociétés* 2008, p. 834, note H. Le Nabasque.

¹⁴⁰⁷ Cass. com., 5 juill. 2005, n° 1042, *RJDA* 12/05 n° 1370.

¹⁴⁰⁸ C. com. L. 622-24.

a) La dissolution sans liquidation de l'absorbée a pour corollaire la continuité de l'activité transmise par l'absorbante

574. La dissolution anticipée d'une société de capitaux peut être décidée par une décision des associés, selon les conditions du quorum et de majorité requise pour les modifications statutaires. Elle peut également résulter d'une décision de justice statuant au fond¹⁴⁰⁹ ou être motivée par les dispositions du livre VI du Code de commerce.

Cette dissolution anticipée entraîne l'ouverture de la liquidation et la nomination d'un liquidateur, seule habilité à représenter la société et à accomplir les formalités de la liquidation¹⁴¹⁰. À cet égard, la personnalité morale de la société survit uniquement pour les besoins de la liquidation¹⁴¹¹.

En effet, le liquidateur procède à la dislocation des éléments constitutifs du patrimoine de l'entreprise, vidant celle-ci de toute sa substance, et à la réalisation des éléments de l'actif ainsi qu'au paiement du passif, en vue de procéder au partage entre les associés de l'actif net subsistant¹⁴¹².

575. La fusion ou la scission emporte la dissolution immédiate de la société absorbée ou scindée, sans survie possible de la personnalité morale¹⁴¹³. Cette interprétation jurisprudentielle est consacrée par les termes de l'article 1844-8 du Code civil et de l'article L. 236-3- I du Code de commerce. Ainsi, la disparition de la personnalité morale de l'absorbée ou scindée est totale et immédiate¹⁴¹⁴. En effet, les mandats des dirigeants prennent fin à la date de la décision de la dissolution, qui coïncide avec la date de la dernière assemblée ayant approuvé la fusion ou la scission. Contrairement aux dissolutions traditionnelles, la nomination d'un liquidateur n'est pas nécessaire¹⁴¹⁵, puisqu'il n'y a ni biens à liquider ni passif à payer. La trésorerie en caisse et les comptes bancaires sont également transmis de plein droit à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission, conformément à la proportion fixée par le traité de scission.

¹⁴⁰⁹ C. com. art. L 237-2, al. 1.

¹⁴¹⁰ CA Paris 16 sept. 2003, n° 03-5897, *RJDA* 2/04 n° 171.

¹⁴¹¹ C. com. L. 237- 2 ; Cass. com., 20 sept. 2023, n° 21-14.252, F-B.

¹⁴¹² *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 86500.

¹⁴¹³ Cass. com., 22 févr. 2005, *RJDA* 2005, n° 698 ; Cass. com., 6 mai 2003, *RJDA* 2003, n° 833 ; Cass. 1re civ., 12 févr. 2004, *RJDA* 2004, n° 707.

¹⁴¹⁴ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 28.

¹⁴¹⁵ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 82591.

L'absence de liquidation et le transfert de l'universalité du patrimoine à la nouvelle entité nous laissent envisager la subsistance de l'entreprise en tant qu'entité économique. Celle-ci continue de fonctionner normalement, abstraction faite de sa coquille juridique.

576. La notion d'entreprise recèle la principale clef de voûte des conséquences patrimoniales d'une opération de fusion ou de scission. Il convient alors de définir cette notion.

À défaut de définition légale de l'entreprise, l'Institut de la statistique et des études économiques la décrit comme « *une unité économique, juridiquement autonome, dont la fonction principale est de produire des biens ou des services pour le marché* »¹⁴¹⁶.

Une entreprise existe à partir du moment où plusieurs personnes mobilisent leurs énergies, leurs talents, et réunissent leurs moyens matériels et financiers pour fournir un produit ou un service à leurs clients. Paillusseau considère, à juste titre, que l'entreprise n'est pas une notion juridique, mais une notion économique et sociale¹⁴¹⁷.

577. Dans le contexte du droit de la concurrence, le juge européen énonce que « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »¹⁴¹⁸.

Selon la Cour européenne, en cas de disparition de la structure d'accueil originaire, les autorités peuvent suivre l'entreprise dans sa nouvelle coquille juridique¹⁴¹⁹. Ainsi, la personne morale n'est qu'une coquille qui abrite l'entreprise en tant qu'entité économique, conservant pleinement son identité.

Cette notion, relevant du droit substantiel, a conduit l'autorité de la concurrence à s'aligner sur la définition européenne¹⁴²⁰.

Pour identifier exactement la notion d'entreprise, un auteur a justement énoncé dans sa thèse : « *sans doute, c'est par le biais du sujet de droit qui l'exploite que l'on arrive à la concevoir. Ainsi, qu'à chaque fois que l'on attribue des droits et obligations à une entreprise faite de personnalité juridique de cette dernière, c'est la personne physique ou morale qui l'exploite*

¹⁴¹⁶<https://www.economie.gouv.fr/facileco/dossier-lentreprise-cest-quoi#:~:text=D'apr%C3%A8s%20l'INSEE%2C,des%20services%20pour%20le%20march%C3%A9%20%C2%BB>. Consulté le 17 fév. 2024.

¹⁴¹⁷ J. Paillusseau, « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP G*, 1984, I, n° 3148.

¹⁴¹⁸ CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, pt 21.

¹⁴¹⁹ Aut. conc., déc. n° 11-D-02 du 26 janv. 2011 ; Aut. conc., déc. n° 15-D-03 du 11 mars 2015 ; Aut. conc., déc. n° 18-D-15 du 26 juill. 2018 ; CA Paris, 19 juill. 2018, n° 16/01270.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

qui est visée »¹⁴²¹.

Il convient alors de déduire de ces conclusions la portée de l'effet légal résultant de la transmission universelle de patrimoine sur les droits et obligations de la société absorbante. En effet, la société absorbée n'est qu'une coquille qui abritait l'entreprise transmise, à la société absorbante en tant que nouvelle coquille en tant qu'ayant cause à titre universel¹⁴²², dans l'état où celle-ci se trouve au jour de la réalisation de la fusion¹⁴²³. Le fonctionnement de l'entreprise transmise continue son activité normalement dans la nouvelle structure juridique.

b) Limites au principe de continuité de l'entreprise absorbée ou scindée

578. Par l'effet de substitution universelle, tant activement que passivement, lors d'une opération de fusion, la société absorbante devient responsable des dettes civiles et commerciales de la société absorbée. Ainsi, celle-ci devient débitrice des créanciers de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans qu'il y ait novation¹⁴²⁴.

579. Au regard du principe de la personnalité des poursuites et des peines¹⁴²⁵, le principe de transmission universelle de patrimoine par voie de fusion s'applique-t-il aux amendes et peines infligées à la société absorbée ou scindée ? Une jurisprudence constante affirmait ce principe avant un revirement en matière pénale, fiscale et des pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, sur le fondement de l'article 121-1 du Code pénal, les sanctions pénales ne sont pas, en principe, intégrées au patrimoine transmissible par voie de fusion ou de scission¹⁴²⁶. À cet égard, il a été jugé que la disparition de la société scindée entraîne l'extinction des sanctions pénales prononcées à son encontre¹⁴²⁷.

¹⁴²¹ D. Ahoua, th. préc., n° 7.

¹⁴²² Cass. com., 13 févr. 1963, n° 61-11.768, *Bull. civ.* III, n° 104, *D.* 1963, somm., p. 95.

¹⁴²³ Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672, *Dr. sociétés* 2004, n° 205, obs. F.G. Trébulle.

¹⁴²⁴ C. com. art. L236-15, modifié par Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, art. 3.

¹⁴²⁵ Déclaration des droits de l'homme de 1789, art. 8 et 9 dispose : « *Nul n'est punissable que de son propre fait* », comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, qui affirme que « *ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition* ».

¹⁴²⁶ Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742, *JurisData* n° 2000-002990 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376, *JurisData* n° 2003-020659 ; Cass. crim., 9 sept. 2009, n° 08-87.312, *JurisData* n° 2009-049715 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 213, note R. Salomon.

¹⁴²⁷ Cass. com., 28 janv. 2003, n° 01-00.528, *JurisData* n° 2003-017500 ; *RJDA* 2003, n° 6, n° 652 ; Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-16.776, n° 99-18.253, *JurisData* n° 2001-011780 ; *JCP E* 2002, 1044, note L. Arcelin ; Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439, *JurisData* n° 1999-002489 ; *D. affaires* 1999, n° 177, p. 1437 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376, *JurisData* n° 2003-020659 ; *BRDA* 2004, n° 1, p. 4, n° 6.

580. Jusqu'à l'arrêt du 25 novembre 2020, le principe jurisprudentiel était l'extinction de la responsabilité pénale en raison de la dissolution de la société absorbée, sur le fondement de l'article 121-1 du Code pénal. La jurisprudence assimilait ainsi la dissolution d'une société à la situation de décès d'une personne physique¹⁴²⁸. La chambre criminelle s'est alignée sur la jurisprudence de la CJUE et de la CEDH pour justifier le revirement de sa position, qui était constante depuis plusieurs années. L'arrêt de la chambre criminelle en formation plénière¹⁴²⁹ n'a pas pour objet de constater un transfert de responsabilité pénale en cas de fusion, mais plutôt un transfert des conséquences financières de cette responsabilité pénale¹⁴³⁰. Pour parvenir à cette conclusion, la Haute juridiction a repris la plupart des arguments développés par l'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015 n° C-343/13 et par l'arrêt de la CEDH du 24 octobre 2019, n° 37858/14¹⁴³¹. Après avoir donné une interprétation adéquate de la notion de fusion, l'arrêt affirme que la dissolution d'une personne morale ne peut être assimilée au décès d'une personne physique, une approche que la Cour qualifie d'« *anthropomorphique* »¹⁴³². La chambre criminelle a estimé qu'il existe une continuité économique et fonctionnelle de la personne morale, ce qui conduit à ne pas considérer la société absorbante comme distincte de la société absorbée, formant ainsi une seule entité économique. Par conséquent, la notion d'entreprise, en tant qu'entité économique, s'impose dans tous ses aspects.

Il convient de préciser que la portée de cet arrêt ne s'applique qu'aux fusions entre sociétés par actions¹⁴³³ conclues postérieurement à son prononcé, c'est-à-dire à compter de la date du

¹⁴²⁸ Cass. crim., 23 avr. 2013, n° 12-83.244, *JurisData* n° 2013-008126 ; *AJ pénal* 2013, p. 474, obs. J. Lasserre-Capdeville ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 147, note R. Salomon ; Cass. crim., 9 sept. 2009, n° 08-87.312, *JurisData* n° 2009-049715 ; *Bull. Joly soc.*, févr. 2010, n° 40, p. 179, note X. Vampary ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376, *JurisData* n° 2003-020659 ; *Bull. Joly* 2004 § 46, p. 265, note J.-F. Barbiéri ; *JCP E* 2004, n° 31, 1151 note Y. Muller ; Cass. crim., 20 juin 2000, *RTD com.* 2001, p. 459, note D. Danet et C. Champaud ; *Rev. soc.*, 2001, p. 851, note I. Urbain-Parléani.

¹⁴²⁹ Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, *JurisData* n° 2020-019279 ; *JCP E* 2020, act. 812 ; *AJ pénal* 2020, p. 576, note D. Apelbaum et A. Battaglia ; *Dr. fisc.* 2020, n° 49, act. 442 ; *Dalloz actualité*, 10 déc. 2020, obs. J. Gallois ; *Gaz. Pal.* 15 déc. 2020, n° 392j4, p. 39, note C. Berlaud.

¹⁴³⁰ A. Bonnasse et N. Jüllich, fusions-scissions, « Effets. Actions en contestation », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc 162-20, 2021, § 231.

¹⁴³¹ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.*, § 226.

¹⁴³² A. Prujiner, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *les cahiers de droit*, vol.31, n° 4, 1990, p. 979-1280.

¹⁴³³ Dir. (UE), n° 2017/1132 du 14 juin 2017.

25 novembre 2020, et uniquement aux peines d'amende ou de confiscation. Cette limitation aux sociétés par actions est regrettable. Il serait judicieux d'étendre l'application aux SARL.

Le même arrêt ajoute qu'une société absorbante, qu'elle entre ou non dans le champ de cette directive, peut être condamnée à tout type de peine pour des faits délictueux si deux conditions sont réunies : les actes ont été commis par l'absorbée en fraude à la loi, et la fusion avait pour objectif de faire échapper cette dernière à sa responsabilité pénale.

581. Cependant, l'action civile liée à l'action publique ne peut plus être exercée lorsque cette dernière est éteinte du fait de la disparition de la personnalité morale de l'absorbée suite à l'opération de fusion. Il en résulte que la partie civile doit tenter une nouvelle action civile devant la juridiction civile compétente¹⁴³⁴.

De surcroît, il est pertinent de s'interroger sur la question de savoir si les amendes infligées par l'autorité de la concurrence et les sanctions fiscales sont également concernées par le transfert des conséquences financières à la société absorbante.

582. Les sanctions pécuniaires prévues par l'article L. 442-6 du Code de commerce pour les pratiques commerciales abusives font exception au principe de la personnalité des peines. De même, ce principe ne s'applique pas aux amendes infligées à la société absorbée pour des pratiques restrictives de concurrence. Par ailleurs, le caractère personnel d'une astreinte ne s'oppose pas à ce que sa liquidation puisse être poursuivie à l'encontre d'une société absorbante pour des faits commis par l'absorbée avant la fusion¹⁴³⁵.

En effet, la Haute juridiction a jugé que « *le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise* »¹⁴³⁶. Ainsi, la société absorbante peut être condamnée à une amende civile en raison des pratiques commerciales abusives imputables à la société absorbée.

¹⁴³⁴ Cass. crim., 23 avr. 2013, n° 12-83.244, *JurisData* n° 2013-008126 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 147 ; *BRDA* 2013, n° 10.

¹⁴³⁵ Cass. 2e civ., 1er sept. 2016 n° 15-19.524 F-PB, *RJDA* 1/17 n° 19 ; Cass. com., 21. Janv. 2014, n° 12-29.166, *RJDA* 4/14 n° 385 ; Cons. const. 18 mai 2016 n° 2016-542 QPC, *RJDA* 8-9/16 n° 649 ; CEDH 1er oct. 2019 n° 37858/14, *RJDA* 3/20 n° 148.

¹⁴³⁶ Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166, *JurisData* n° 2014-000577 *Bull.* IV, n° 6 ; *JCP E* 1124, note L. Arcelin Lécuyer.

Le Conseil constitutionnel a réaffirmé ce principe par sa décision QPC du 18 mai 2016¹⁴³⁷, après avoir été saisi par la Cour de cassation pour statuer sur la conformité à la Constitution de l'article L. 442-6 du Code de commerce. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴³⁸ affirme qu'il existe une « *continuité économique* » entre l'absorbée et l'absorbante, ce qui permet à la société absorbante d'engager sa responsabilité pénale pour des faits commis par l'absorbée avant la fusion sans méconnaître le principe de la personnalité des peines.

Dans le même sens, les pénalités fiscales encourues par la société absorbée ou scindée en raison de manquements antérieurs à la fusion ou à la scission sont transmises parmi le passif de la société absorbante.

Le Conseil d'État a émis un avis précisant que le principe de personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, lors d'une fusion ou d'une scission, les pénalités et amendes fiscales soient mises à la charge de la société absorbante ou de la nouvelle bénéficiaire des apports¹⁴³⁹.

583. La question se pose également pour les opérations de scission. À laquelle des sociétés bénéficiaires du patrimoine de la société scindée pourraient être attribués les effets financiers des amendes et sanctions mentionnées ci-dessus ?

En effet, comme en matière des dettes ordinaires, le traité de scission doit prévoir la répartition des éléments d'actif et de passif actuels, futurs et éventuels, ainsi que les droits et obligations entre les sociétés bénéficiaires des apports d'une société scindée. Ainsi, chacune de ces sociétés se voit attribuer la qualité d'agir dans les instances pendantes, qu'elles soient juridictionnelles ou administratives, à la date de la scission. Par conséquent, elles supportent les effets des sanctions financières, civiles et pénales qui pourraient être infligées à la société scindée par les administrations demanderesses.

Pour que l'application de ce principe soit efficace, le passif doit être affecté à la société ayant reçu la ou les branches d'activité à l'origine de l'infraction¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁷ Cons. const. 18 mai 2016 n° 2016-542 QPC, *RJDA* 8-9/16 n° 649 ; CEDH 1-10-2019 n° 37858/14, *RJDA* 3/20 n° 148.

¹⁴³⁸ CEDH, 5e sect., 1er oct. 2019, n° 37858/14, *JurisData* n° 2019-018932 ; *D.* 2020, p. 475, note J. Gallois ; RSC 2019, p. 836, obs. M.-C. Sordin° ; *RTD civ.* 2020, p. 107, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020, p. 109, obs. A. Lecourt.

¹⁴³⁹ CE, Avis 4 déc. 2009, n° 329173, *JurisData* n° 2009-081570 ; *BRDA* 2010, n° 2, p. 3.

¹⁴⁴⁰ Ex : suite à un contrôle fiscal d'une conserverie de sardine, thon et tomate concentrée. Une scission par séparation de la conserverie alimentaire de l'activité des poissons est décidée. Il s'avère que, suite à un contrôle fiscal, le chiffre d'affaires généré par l'activité de la chaîne sardine est minoré. Le redressement, l'amende et les pénalités fiscales sont affectés à la société ayant recueilli la branche de conserverie des poissons.

584. Si la dette est affectée à une branche d'activité qui n'est pas à l'origine de l'infraction, et si l'actif net de cette branche d'activité s'avère insuffisant pour désintéresser cette dette, le créancier pourrait engager une action paulienne. En cas de fraude, il pourrait également faire déclarer la scission inopposable et se prévaloir de la solidarité de toutes les sociétés issues de la scission.

Section 2 - Limites et contraintes au principe de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ou scindée

585. Les opérations de fusion et de scission, bien que caractérisées par le principe de transmission universelle du patrimoine, sont confrontées à certaines limites et contraintes d'ordre contractuel ou légal (I). De surcroît, l'opération de fusion ou scission s'avère juridiquement et pratiquement irréalisable dès lors que les capitaux de l'une des sociétés participantes sont négatifs (II).

I- Remise en cause de l'effet translatif intégral de l'opération de fusion et scission

586. Bien que l'effet légal de la transmission universelle des opérations de fusion et de scission vise à assurer la continuité de l'entité économique par la ou les sociétés bénéficiaires, la délimitation des droits et obligations qui y sont attachés et susceptibles d'être transférés s'avère souvent imparfaite, laissant place à des incertitudes relatives à la responsabilité de la société absorbante ou scindée (1). De plus, des limites au principe de la transmission et la protection des droits du sociétariat peuvent apparaître, notamment en présence de droits spécifiques, ce qui complique la mise en œuvre des fusions et scissions (2).

1) Délimitation mitigée de la transmissibilité de certains droits et obligations

587. La délimitation mitigée de la transmissibilité automatique de certains droits et obligations dans le cadre des opérations de fusion et de scission soulève des questions complexes. En effet, l'intransmissibilité critiquable de certains liens contractuels peut impacter le principe de continuité (a), tandis que des contraintes spécifiques s'appliquent également à la transmissibilité des droits sociaux (b).

a) Intransmissibilité critiquable de certains liens contractuels

588. Lors d'une opération de fusion, la transmission de l'universalité du patrimoine de la société absorbée entraîne *ipso facto* et sans formalités le transfert à la société absorbante de tous les contrats conclus antérieurement à la réalisation de la fusion. L'article L. 236-3-I du Code de commerce établit avec une clarté absolue l'automatisme de ce transfert qui déroge au droit

commun¹⁴⁴¹. Un auteur a défendu ce postulat, en énonçant qu'« *il convient de faire remarquer que la formulation même de l'article L. 236-3 du Code de commerce confirme la continuation automatique de l'ensemble des contrats de la société dissoute sans liquidation* »¹⁴⁴². Ce principe s'applique également aux opérations de scission.

589. La société absorbante poursuit alors l'exécution de tous les contrats en cours conclus antérieurement par la société absorbée, sans de formalités particulières. C'est dans ce sens qu'un auteur soutient que « *c'est la combinaison des règles du transfert universel de patrimoine, qui dispensent de l'accomplissement des formalités d'opposabilité propres à chaque catégorie de biens et de celles de la publicité légale de la fusion et de la scission par mention au Registre du commerce et des sociétés* »¹⁴⁴³.

590. Cependant, ce principe comporte des exceptions, notamment lorsque les contrats sont conclus *intuitu personae*¹⁴⁴⁴ ou des textes particuliers excluent explicitement le transfert automatique¹⁴⁴⁵. Dans ce sens, par un arrêt de principe, la Haute Juridiction a considéré que la fusion ne constituait pas une exception au principe posé par certains textes législatifs interdisant la transmission. Il s'agit, par exemple, du bail rural¹⁴⁴⁶ ou du mandat de syndic¹⁴⁴⁷, dont la transmission est impossible en dépit de l'effet de substitution de plein droit de l'absorbante dans les droits et obligations de l'absorbée.

591. Le transfert automatique de certains contrats conclus *intuitu personae*, en cas de fusion ou de scission, peut être, par ailleurs, exclu soit par la nature du contrat soit par la volonté des parties.

592. La considération de la personne contractante constitue, en principe, l'élément déterminant de la rencontre des consentements. Celle-ci doit non seulement exister au moment

¹⁴⁴¹ Par application de la maxime « *specialia generalibus derogant* » qui signifie que ce qui est spécial déroge à ce qui est général, H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, LexisNexis, 4e éd., 1999, p. 843.

¹⁴⁴² A. Albortchire, th. préc., n° 299.

¹⁴⁴³ M. Jeantin, *Droit des sociétés*, LGDJ, « Domat droit privé » 3e éd., 1998, p. 388, n° 765.

¹⁴⁴⁴ M. Petot-Fontaine, *op. cit.* § 66.

¹⁴⁴⁵ A. Chapert, « Essai de synthèse en matière de fusions, scissions et apports partiels d'actif », *Defrénois* 1989.65 ; Y. Cheminade, « La nature juridique de la fusion », *RTD com.*, 1970, p. 15 ; J. Martin, *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁴⁶ Cass. 3e civ., 23 avr. 1976, *JCP G* 1976, IV, p. 192 ; *Bull. Joly* 1977 § 53, p. 132 ; *Rev. soc.*, 1977, p. 69, note Y. Guyon.

¹⁴⁴⁷ Cass. 3e civ. 29 févr. 2012 n° 10-27.259, *RJDA* 5/12 n° 502.

de la conclusion du contrat, mais également perdurer pendant son exécution. Ce principe a pour corollaire l'intransmissibilité du lien contractuel *intuitu personae*.

La Cour de cassation a apporté une solution constante à la question de l'incidence de la considération de la personne lors de la transmission de ce type de contrat suite aux opérations de fusion ou de scission¹⁴⁴⁸. Selon la Cour, le contrat conclu en considération de la personne ne peut être transmis qu'avec l'accord du cessionnaire et du cédé¹⁴⁴⁹. Cependant, cela ne signifie pas que ces contrats ne peuvent pas être transmis à l'occasion d'une fusion et opérations assimilées, mais plutôt que cette transmission doit être réalisée, comme indiqué par un auteur, avec l'art et la manière¹⁴⁵⁰.

Dans le silence des textes et lorsque le contrat transmis par la société absorbée ou scindée, qui disparaît, n'a pas prévu cette hypothèse¹⁴⁵¹, l'application de ce principe est délicate.

593. Dans la pratique, la restriction de la transmission d'un contrat, même à caractère *intuitu personae*, est difficilement conciliable avec le régime de fusion, en particulier si ce contrat constitue un élément de l'actif indispensable à l'exploitation économique de l'entreprise à transférer et déterminant pour la réalisation de l'opération de fusion.

594. Deux catégories de contrats en cours sont alors susceptibles d'être transmises dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission. La première concerne les contrats ayant une valeur pécuniaire évaluable¹⁴⁵² et sur lesquels la société fusionnée exerce son contrôle¹⁴⁵³. Ces contrats constituent des immobilisations incorporables qui doivent figurer sur le traité de fusion ou de scission parmi les éléments apportés à la société absorbante.

Certains contrats de fournitures de matières, de travaux ou de prestation de service sur lesquels la société fusionnée ne détient aucun droit de propriété ni de contrôle ne sont pas évaluable.

¹⁴⁴⁸ Cass. 3e civ., 10 nov. 1998, n° 97-12.369, *JCP E*, 1999, p. 328, note A. Djigo ; CA Aix-en-Provence, 12 juin 1997, *RJDA*, 1998/4, p. 316, n° 436 ; CA Pau, 24 janv. 1996, *JAMP*, 1996/2, p. 89. ; Cass. com., 22 janv. 1985, *JCP G*, 1986, II, n° 20591, note Ph. Simler ; CA Versailles, 17 sept. 1998, n° 98/00000872, *Bull. Joly soc.*, 1998, p. 1259 § 378, note P. Scholer ; CA Paris, 19 mars 1996, *RJDA*, 1996/6, p. 562, n° 790.

¹⁴⁴⁹ Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, *Bull. Joly* 2003 § 43, p. 192, note D. Krajewski.

¹⁴⁵⁰ D. Krajewski, « Incidence de la considération de la personne sur l'apport partiel d'actif », *Bull. Joly soc.*, févr. 2003, p. 192.

¹⁴⁵¹ Pour un contrat d'agence commerciale, Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, *JurisData* n° 2002-016255 ; *RJDA* 2003, n° 263 ; Pour une ouverture de crédit, Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11.650, *JurisData* n° 2011-003915.

¹⁴⁵² Ex : Contrat de concession de brevet, contrat d'exploitation d'une minerie, contrat d'un nom de domaine.

¹⁴⁵³ Le contrôle sur un contrat est conféré soit par ce que l'apporteuse détient un droit de propriété soit un droit de jouissance librement aliénable.

Cette deuxième catégorie de contrats ne figure pas sur le traité de fusion ou de scission. La jurisprudence et la doctrine majoritaire s'accordent à considérer que ces contrats sont par nature *intuitu personae*¹⁴⁵⁴.

Un auteur considère que le caractère *intuitu personae* se limite aux contrats portant sur des prestations intellectuelles¹⁴⁵⁵. Cette position nous paraît discutable. En effet, l'*intuitu personae* n'est pas exclusivement lié à ce genre de prestation, mais également à la personne qui la fournit¹⁴⁵⁶. D'ailleurs, la chambre commerciale s'est déjà prononcée à ce propos, en considérant que les contrats de prestation de services ne pouvaient être subordonnés à l'accord des deux contractants que s'il était établi que la personne du cocontractant était une condition déterminante de l'engagement des parties, ou que la personne du prestataire était une condition de l'engagement du bénéficiaire¹⁴⁵⁷. Cette solution a été bien accueillie par les professionnels, puisqu'elle s'avère conciliable avec le régime spécial du droit de la fusion et opérations assimilées. Ainsi, l'analyse du contrat et du caractère *intuitu personae* doit être faite *in concreto*.

595. Les contrats administratifs. Ce type de contrats ayant pour objet la fourniture de travaux ou de prestations de services sont qualifiés par nature d'*intuitu personae*. La particularité de ces contrats réside dans le fait que la partie contractante ne peut être qu'une personne publique ou un maître d'ouvrage délégué, agissant dans un but d'intérêt général¹⁴⁵⁸. Il est important de préciser que tous les contrats conclus par l'administration publique ne sont pas systématiquement des contrats administratifs. En effet, certains sont régis par des textes législatifs, tandis que d'autres sont identifiés selon les critères dégagés par la jurisprudence¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁴ CA Paris, 3 nov. 1994, *RJDA* 4/1995, n° 406 ; X. Jaspar et N. Métais, « Les limites à la transmission universelle de patrimoine, les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly soc.*, 1998, p. 447§ 156 ; C. Prieto, *La société contractante*, préf. J. Mestre, PUAM, « Institut de droit des affaires », 1994, n° 700 ; A. Viandier, « les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in Mél. Ch. Mouly, *Litec* 1998, p. 193 et s.

¹⁴⁵⁵ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.*, § 93.

¹⁴⁵⁶ Ex. : Un contrat de sculpture sur bois. Ce contrat est conclu en considération de la personne de l'artisan.

¹⁴⁵⁷ Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-17.296, *JurisData* n° 2017-022431 ; *BRDA* 2017, n° 23, p. 3.

¹⁴⁵⁸ V. A. De Laubadere, J.C. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, « Traités », 1986, 9e éd. p. 266.

¹⁴⁵⁹ A. Albortchireth. Préc., n° 603.

Le Conseil d'État a émis un avis en vertu duquel il considère que le transfert, par voie de fusion ou de scission, d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu qu'avec le consentement préalable de la collectivité cocontractante¹⁴⁶⁰.

La règle de principe, selon laquelle les contrats administratifs sont incessibles sans l'accord préalable de l'autorité administrative compétente, impose de solliciter cet accord en cas de fusion. À défaut, la transmission du contrat serait inopposable à l'administration, qui pourrait même le résilier. À cet égard, la notion de contrat administratif incessible est interprétée de manière large¹⁴⁶¹.

L'administration ne peut pas, toutefois, refuser d'accorder son consentement de matière discrétionnaire. En effet, contrairement à la jurisprudence judiciaire, le juge administratif censure les refus d'autorisation dès lors que la société absorbante présente des qualités similaires à celles de la société absorbée pour les besoins de l'exécution du contrat¹⁴⁶².

596. Le contrat de franchise. Ce contrat est par nature un contrat ayant un caractère *intuitu personæ*, conclu en considération de la personne du franchisé et éventuellement du franchiseur. Ce type de contrat ne peut être transmis par fusion-absorption qu'avec l'accord de la partie cédée.

L'exclusion de la transmission automatique du contrat de franchise s'applique aussi bien lorsque la fusion ou la scission affecte la personne du franchisé que celle du franchiseur.

La Haute juridiction a établi, par un premier arrêt, que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, sans l'accord du franchisé¹⁴⁶³. Cette position a été confirmée par un second arrêt lors d'une fusion-absorption¹⁴⁶⁴.

L'affirmation par la Cour de cassation du caractère *intuitu personæ* inhérent au contrat de franchise impose au franchiseur, dans le cadre de sa participation en tant qu'absorbée à une opération de fusion ou de scission, d'obtenir l'accord de chacun des franchisés du réseau

¹⁴⁶⁰ Avis du Conseil d'État n° 364803 du 8 juin 2000.

¹⁴⁶¹ CJUE 13 avr. 2010 aff. 91/08, *Dr. adm.* 2010 n° 109 ; avis CE 8 juill. 2000 n° 364803 ; Rép. Nègre, Sén. 1 juill. 2010 n° 12375.

¹⁴⁶² A. Bonnasse et N. Jülich, *op. cit.* § 101.

¹⁴⁶³ Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761 et 06-18.007, *JurisData* n° 2008-044215 et *JurisData* 2008-044216 ; *JCP E* 2008, 2210, obs. H. Hovasse.

¹⁴⁶⁴ Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-16.081, *Rev. soc.*, 2013, p. 619, note L. Amiel-Cosme.

préalablement à cette participation. Cette acception large de la notion d'*intuitu personae* conduit à prévoir contractuellement la transmission automatique du contrat en cas de restructuration par voie de fusion ou de scission du franchiseur¹⁴⁶⁵.

597. Le contrat de location-gérance d'un fonds de commerce - Le contrat de location-gérance d'un fonds de commerce est également marqué par un fort *intuitu personae* par nature et ne peut donc être transmis par voie de fusion ou de scission sans l'accord du locataire-gérant¹⁴⁶⁶. De même, l'accord du propriétaire du fonds est exigé en cas de participation à une opération de fusion par le locataire gérant.

598. Le contrat d'agence commerciale - Le contrat d'agence commerciale, conclu en considération des parties contractantes, présente un caractère *intuitu personae* qui est essentiellement bilatéral. En effet, la transmission de ce type de contrat nécessite l'accord de la société bénéficiaire du transfert. La Cour de cassation s'est notamment prononcée à propos de l'apport d'un contrat d'agence commerciale dans le cadre d'un apport partiel d'actif, en affirmant que le contrat d'agence commerciale, « *conclu en considération de la personne du cocontractant, ne peut être transmis, même par cession partielle d'actif, qu'avec l'accord du cessionnaire et de l'agent commercial* »¹⁴⁶⁷. Cette position nous semble transposable aux opérations de fusion et de scission.

599. Le pacte de préférence - Outre les clauses restrictives de transmission d'un contrat, le pacte de préférence constitue un garde-fou efficace du cadre contractuel. Etant par nature *intuitu personae*, le pacte de préférence est intransmissible sauf avec le consentement des parties¹⁴⁶⁸.

Cependant, le pacte de préférence peut être librement transmis dans l'universalité du patrimoine suite à une fusion ou opérations assimilées, à condition que les parties n'aient pas eu l'intention de lui conférer un caractère *intuitu personae*.

600. La liberté contractuelle est un principe fondamental reconnu aux parties contractantes. Dans ce sens, l'article 1134 du Code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». En effet, lors de la conclusion d'un contrat, les parties peuvent convenir, par une stipulation explicite, de restreindre la transmission

¹⁴⁶⁵ Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761, *Rev. soc.*, 2009. 339, note L. Amiel-Cosme ; *Bull. Joly* 2008. 905, note B. Saintourens ; *JCP E* 2008. 2210, note H. Hovasse.

¹⁴⁶⁶ M. Petot-Fontaine, *op. cit.* § 84.

¹⁴⁶⁷ Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, *Bull. Joly* 2003§ 43, p. 192, note D. Krajieski.

¹⁴⁶⁸ Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.296, *JurisData* n° 2007-037367 ; *Bull. civ.* 2007, IV, n° 38.

automatique du contrat lors d'une fusion ou d'une scission. Cependant, cette liberté contractuelle n'est pas absolue. Pour certains contrats, le législateur intervient pour anéantir les clauses contractuelles restrictives de transmission par voie de fusion ou de scission incluses dans certains contrats spécifiques. Il s'agit notamment du contrat de bail commercial.

601. Le contrat de bail commercial - Les principes régissant le transfert d'un fonds de commerce s'appliquent également en cas de transmission à la société absorbante d'un bail commercial isolé, mais compris dans l'universalité du patrimoine de la société absorbée, comme expressément prévu par le II de l'article L. 145-16 du Code de commerce¹⁴⁶⁹.

Ainsi, les clauses conventionnelles visant à interdire ou restreindre la transmission du bail commercial sont neutralisées¹⁴⁷⁰, de même que celles ayant pour objet de faire intervenir le bailleur à l'acte de transmission ou de le prévenir de la transmission projetée¹⁴⁷¹.

Cette position a été confirmée par un arrêt de principe¹⁴⁷², en vertu duquel la Haute juridiction a jugé que les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil, en matière de transport de créances ou de droits, ne sont pas requises en cas de fusion entre deux sociétés. Par conséquent, l'exigence de signification au débiteur prévue par l'article 1324 du Code civil n'est pas applicable en l'espèce.

602. En cas de scission, chaque branche d'activité de la société scindée dispose de sa clientèle propre, et chacune des sociétés issues de la scission peut se voir attribuer un fonds de commerce qui lui est rattaché. Le bail commercial doit également suivre l'affectation de la branche d'activité à laquelle il est lié. Toutefois, les baux concernant le siège social ou les espaces communs font l'objet d'une répartition déterminée par le contrat de scission.

¹⁴⁶⁹ Tel que modifié par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, dite loi « Pinel » aux termes duquel « *En cas de fusion ou de scission de sociétés, en cas de transmission universelle de patrimoine d'une société réalisée dans les conditions prévues à l'article 1844-5 du code civil ou en cas d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L. 236-27 du présent code, la société issue de la fusion, la société désignée par le contrat de scission ou, à défaut, les sociétés issues de la scission, la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine ou la société bénéficiaire de l'apport sont, nonobstant toute stipulation contraire, substituées à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail* ».

¹⁴⁷⁰ CA Paris, 16 juin 2000, *Bull. Joly soc.*, janv. 2001, n° 14, p. 42, note J.-J. Daigre.

¹⁴⁷¹ TGI Paris, 24 avr. 1973, *Bull. Joly soc.*, janv. 1974, n° 14, p. 31 ; *Gaz. Pal. Rec.* 1973, 2, p. 755, note P.-H. Brault ; CA Paris, 17 avr. 1976, *Bull. Joly soc.*, juill. 1977, p. 435 ; *Rev. sociétés* 1977, p. 69, note Y. Guyon.

¹⁴⁷² Cass. com., 1er juin 1993, n° 91-14740, *Bull. Joly soc.*, sept. 1993, n° 258, p. 892, note J.-J. Daigre ; Cass. 3e civ., 19 févr. 1997, n° 95-14826, *RDI* 1997, p. 499, obs. J. Derruppé.

603. Dans certaines situations, que ce soit par inadvertance ou intentionnellement, la société absorbée ou scindée pourrait apporter, sans autorisation préalable, à la société absorbante ou à l'une des sociétés issues de la scission des contrats comportant une clause restrictive ou à caractère *intuitu personae*. La question se pose alors de savoir comment pourrait être sanctionnée *in fine* cette violation.

En cas de refus du consentement du contractant, le contrat *intuitu personae* ou soumis à autorisation devient caduc, comme établi par la Cour de cassation¹⁴⁷³ dans une affaire concernant un contrat de concession de marque. En effet, la Cour a jugé que l'impossibilité de transférer le contrat entraînerait sa caducité du fait de l'absorption de la société concessionnaire à ce contrat par une autre société¹⁴⁷⁴. Toutefois, cet arrêt doit être interprété avec prudence, car la Cour de cassation statuait en l'espèce sur un contrat qui prévoyait explicitement la non-transmissibilité.

604. Le crédit bancaire et le contrat de prêt - Les crédits bancaires et les contrats de prêt sont intrinsèquement marqués par un fort caractère *intuitu personae*. En effet, l'octroi d'un crédit bancaire est généralement fondé sur la confiance accordée par la banque à son client¹⁴⁷⁵. Cette solution a été confirmée par la jurisprudence, notamment concernant un apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions¹⁴⁷⁶, transposable, à notre avis, aux opérations de fusion. Cependant, dans le cas d'une fusion ou d'une scission impliquant l'établissement financier prêteur, il n'est pas nécessaire, à notre avis, d'obtenir l'autorisation des emprunteurs.

605. Le contrat de crédit-bail - Une approche similaire s'applique au contrat de crédit-bail, également caractérisé par un fort *intuitu personae*¹⁴⁷⁷. En effet, lors d'une opération de fusion ou de scission, le transfert du contrat de crédit-bail serait subordonné à l'accord du crédit-bailleur en cas d'absorption du crédit-preneur.

En revanche, l'absorption du crédit bailleur ne devrait pas avoir d'impact sur la relation contractuelle, qui pourrait se poursuivre avec la société absorbante.

¹⁴⁷³ Arrêt rendu dans l'hypothèse d'une opération de fusion entre sociétés anonymes, transposable aux fusions entre les autres sociétés de capitaux.

¹⁴⁷⁴ Cass. com., 18 févr. 1997, n° 95-10.015, *JurisData* n° 1997-000842 ; *Rev. soc.*, 1998, p. 324, note Ph. Fortuit.

¹⁴⁷⁵ ANSA, Comité juridique, avis n° 213 du 9 sept. 1992.

¹⁴⁷⁶ Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11.650, *JurisData* n° 2011-003915 ; *Rev. soc.*, 2011, p. 287, obs. A. Lienhard ; *RDBF* 2011, comm. 129, F. Crédot et Th. Samin, p. 34.

¹⁴⁷⁷ X. Jaspard et N. Metais, « Les limites à la transmission universelle du patrimoine, les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly* 1998, 447.

606. Contrat de cautionnement - Un passif social, notamment bancaire, est souvent garanti par un cautionnement, accordé à titre accessoire par une autre personne physique ou morale. L'engagement de la caution repose, en principe, sur la confiance envers la personne du débiteur de l'obligation. Par son engagement, la caution choisit d'assumer personnellement la charge du paiement pesant sur le débiteur principal. Ainsi, le contrat de cautionnement est structuré comme un ensemble où le caractère *l'intuitu personae* est bilatéral¹⁴⁷⁸.

607. Dans le cadre d'une opération de fusion ou de scission, et en vertu du principe de transfert universel du patrimoine de la société fusionnée ou scindée, les droits et obligations de la société dissoute sont transmis de plein droit avec l'ensemble des sûretés et garanties qui leur sont attachées¹⁴⁷⁹. Cependant, les textes spécifiques au cautionnement ainsi que les dispositions des articles 1281 et 2292 du Code civil peuvent constituer des facteurs déstabilisants de ce principe¹⁴⁸⁰.

608. Pour pallier ces incertitudes, la jurisprudence tente d'ériger un régime juridique tenant compte à la fois du caractère *intuitu personae* du cautionnement, et du principe de la transmissibilité automatique des droits et obligation lors de la réalisation des opérations de fusion et de scission. Toutefois, l'effet relatif des contrats tend à anéantir l'effet de transmissibilité automatique des contrats de cautionnement. Un auteur considère, à juste titre, que la disparition de la personnalité juridique de la société créancière contractante suite à son absorption entraîne l'apparition simultanée, dans le rapport contractuel, d'un être moral nouveau¹⁴⁸¹.

609. En cas de dissolution, par l'effet de fusion ou de scission, d'une société créancière bénéficiaire d'un cautionnement en garantie du paiement de sa créance, toutes les obligations de la caution sont transmises à la société absorbante. Cependant, cette transmission ne concerne que les créances nées avant la date de réalisation de la fusion. Pour les créances postérieures, le consentement de la caution est requis¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁸ W. Ella Andoume, th. préc., n° 5.

¹⁴⁷⁹ N. Morelli, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly soc.*, juill. 2004, § 186, p. 932 ; G. Damy, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Dr. et patr.* sept. 2004, p. 46.

¹⁴⁸⁰ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 224.

¹⁴⁸¹ N. Morelli, *op. cit.* § 186, p. 940.

¹⁴⁸² Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10.719, *JurisData* n° 2009-049183 ; *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 1049, note D. Houtcieff ; Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-21.370, *JurisData* n° 2011-022726 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 214, note D. Gallois-Cochet.

Le même principe s'applique en cas d'absorption de la société débitrice. En effet, la dissolution par l'effet de la fusion entraîne la transmission de la dette contractée à la société absorbante. Cependant, l'engagement de la caution cesse à compter de la date de réalisation de la fusion ou de la scission, mais uniquement en ce qui concerne son obligation de couverture, sauf convention contraire ou fraude. La caution demeure toutefois tenue de l'obligation de règlement des dettes nées antérieurement à la date de réalisation de la fusion ou de la scission. Cette position est fermement rappelée par la jurisprudence¹⁴⁸³ et consacrée, depuis le 1^{er} janvier 2022, par le nouvel article 2318 du Code civil¹⁴⁸⁴. Cette exclusion pourrait être justifiée par l'extinction du contrat initial suite à la disparition de la société débitrice.

Ce faisant, la caution est-elle libérée de l'obligation de couverture de toutes les dettes nées postérieurement à la date de réalisation de l'opération de fusion ?

En vertu des dispositions de l'article 2318 du Code civil, l'obligation de la caution est limitée au paiement des dettes existantes au jour de la fusion de la société créancière initiale. Les dettes nées postérieurement à cette date ne sont pas couvertes par la caution, sauf si celle-ci y a consenti à l'occasion de la fusion ou de la scission¹⁴⁸⁵.

Néanmoins, une incertitude s'instaure quant à la date à retenir pour identifier les créances antérieures qui bénéficient de la transmission de plein droit de la caution à la société absorbante ou issue de la scission, et celles qui échappent au principe de la transmissibilité.

610. Le concept de naissance de la créance n'est défini ni par le droit commun ni par le droit des sociétés. En droit fiscal, la date de naissance de la créance correspond au fait générateur, selon la terminologie du Code général des impôts¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸³ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18.449, *JurisData* n° 2005-030654 ; *JCP E* 2006, 1000, note D. Legeais ; *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 345, note P. Le Cannu ; *Rev. soc.*, 2006, p. 57, note M.-L. Coquelet ; W. Ella Andoume, th. préc., n° 514.

¹⁴⁸⁴ C. civ. art. 2318 dispose qu'« en cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5, la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ».

¹⁴⁸⁵ C. civ. art. 2318, al. 1.

¹⁴⁸⁶ L'article 62 de la Directive 2006/112/CE définit le fait générateur comme « le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires pour l'exigibilité de la taxe », tandis que celle-ci se définit, par l'alinéa 2 du même article comme « le droit que le Trésor peut faire valoir aux termes de la loi, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour le paiement de la taxe, même si le paiement peut en être reporté ».

La date de naissance de la créance peut être concomitante ou antérieure à sa date d'exigibilité¹⁴⁸⁷. Selon la jurisprudence, c'est la date de naissance de la créance qui importe, et non sa date d'exigibilité. En effet, l'exigibilité d'une créance postérieurement à la date de réalisation d'une fusion ne remet pas en cause l'obligation de règlement qui incombe à la caution, dès lors que le fait générateur de cette créance trouve son origine avant cette date. À cet égard, la Haute juridiction considère qu'une obligation à terme, telle que le remboursement d'un prêt, constitue une dette présente même si elle ne devient exigible qu'après la réalisation de l'opération de fusion¹⁴⁸⁸. Dans le même sillage, la chambre commerciale a jugé que la caution est tenue pour la couverture des loyers exigibles après la date de réalisation de la fusion, dès lors cette dette était née antérieurement à celle-ci¹⁴⁸⁹.

Il a également été jugé que l'obligation de la caution, qui s'était engagée à garantir les créances de la société absorbée, n'est maintenue au profit de la société absorbante pour les créances nées postérieurement à la fusion, que dans le cas où la caution a manifesté expressément sa volonté de s'engager à les garantir¹⁴⁹⁰.

611. Dans un cas similaire, la chambre commerciale a jugé, dans un second arrêt, que la caution avait expressément manifesté sa volonté de s'engager envers l'établissement issu de la fusion. Cette conclusion s'est basée sur le constat que la caution n'avait pas contesté le maintien de son engagement à l'égard de la société issue de la fusion entre l'établissement de crédit créancier et un autre établissement, et avait volontairement effectué des paiements entre les mains de cette société¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁷ CGI, art. 269, En matière de la TVA, la date du fait générateur et celle de l'exigibilité de la TVA, pour les livraisons des biens sont les mêmes. Il s'agit de la date de la remise matérielle du bien. Pour les prestations de services, la date du fait générateur et celle de l'exigibilité de la TVA ne coïncident pas. Le fait générateur de la TVA se produit lorsque la prestation est effectuée alors que l'exigibilité coïncide avec la date de l'encaissement des acomptes.

¹⁴⁸⁸ Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14305, *Dr. sociétés* 2008, comm. 155, obs. H. Havasse ; Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-15382, *Bull. Joly soc.*, déc. 2001, n° 269, p. 1249, note P. Scholer ; *Rev. soc.*, 2002, p. 45, note M.-L. Coquelet ; M.-L. Coquelet et C. Barrillon, « Fusion, scission » *Bull. Joly soc.*, 11 fév. 2020, n° 242.

¹⁴⁸⁹ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18449, *Bull. Joly soc.*, mars 2006, n° 71, p. 344, note P. Le Cannu ; *Rev. soc.*, 2006, p. 57, note M.-L. Coquelet.

¹⁴⁹⁰ Cass. com., 2 juin 2021, n° 19-11.313, *Rev. soc.*, 2022. 148, note J.-M. Moulin ; Cass. com., 30 juin 2009 n° 08-10.719, *RJDA* 11/09 n° 967 ; Cass. com., 16 sept. 2014 n° 13-17.779, *RJDA* 1/15 n° 19.

¹⁴⁹¹ Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18- 13 686, *Rev. soc.*, 2020. 224, note N. Mathey.

Dès lors que la société caution est fusionnée, la société absorbante à laquelle l'engagement de caution a été transféré est tenue pour toutes les obligations découlant du cautionnement¹⁴⁹².

En outre, en cas de scission de la société caution, l'engagement de caution est transmis à toutes les sociétés issues de la scission, à moins que le contrat de scission ne l'affecte spécifiquement à l'une d'entre elles¹⁴⁹³.

612. Sûretés réelles - Le principe de transmission des garanties de la société absorbée à la société absorbante s'applique uniquement pour une garantie accessoire d'une dette principale de l'absorbée¹⁴⁹⁴. Cependant, le caractère autonome d'une garantie à première demande empêche, sauf convention contraire des parties ou acceptation expresse, sa transmission en cas de fusion ou de scission¹⁴⁹⁵.

b) Contraintes liées à la transmission de plein droit des droits sociaux

613. En application du principe de transmission universelle de patrimoine lors d'une opération de fusion, les parts sociales ou actions, détenues par la société absorbée dans le capital social d'une société tierce¹⁴⁹⁶, sont transmises de plein droit à la société absorbante.

Toutefois, les associés de la société émettrice peuvent prévoir, par une clause statutaire ou extrastatutaire, l'obligation d'agrément du nouvel associé à la suite de la cession ou transmission des actions ou parts sociales à un tiers. Cette pratique, devenue courante dans les sociétés de capitaux¹⁴⁹⁷, vise à instaurer un *intuitu personae* dans la composition de leur tour de table. Aucune disposition législative ne proscriit l'insertion d'une telle clause dans les statuts, pourvu qu'elle soit dépourvue de toute ambiguïté. Ce postulat a été confirmé par un arrêt de la

¹⁴⁹² C. civ. art. 2318 dernier al. ; Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204, *JurisData* n° 2014-000012 ; *JCP E* 2014, 1033, note D. Legeais ; *JCP N* 2014, 1268, n° 8, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Bull. Joly soc.*, 2014, p. 98, note A. Couret et B. Dondero.

¹⁴⁹³ C. com. art. L. 236-21, al. 1er, (pour les opérations entre sociétés par actions seules) ; C. com. art. L. 236-23, al. 1er, (pour les opérations entre SARL seules) ; art. 236-2, al. 4, (pour les opérations entre SARL et sociétés par actions).

¹⁴⁹⁴ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 224.

¹⁴⁹⁵ Cass. com., 31 janv. 2017 n° 15-19.158 FS-PBRI, *RJDA* 4/17, n° 250 ; *JCP E* 2017, n° 29, p. 1424, note J.-M. Moulin ; *Bull. Joly* 2017. 234, note B. Dondero ; *Dr. sociétés* 2017. Comm. 63, note C. Coupet.

¹⁴⁹⁶ La transmission de droits sociaux est permise uniquement pour les sociétés de capitaux. Pour les sociétés de personnes, cette solution est écartée.

¹⁴⁹⁷ M. Jeantin, « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. Sociétés*, mai 1988, p. 2.

chambre commerciale qui considère que « *l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite* »¹⁴⁹⁸.

La chambre commerciale affine sa position en précisant dans un arrêt que « *rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts et que la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité* »¹⁴⁹⁹. Depuis lors, la jurisprudence constante valide la licéité de la clause statutaire d'agrément dans le cadre des opérations de fusion et opérations assimilées¹⁵⁰⁰.

614. En raison de sa complexité et des inconvénients qu'elle présente, la durée nécessaire pour la mise en œuvre de la procédure d'agrément¹⁵⁰¹ est de nature à allonger le calendrier de réalisation des opérations de fusion¹⁵⁰², voire même, dans certains cas, faire obstacle à leur réalisation.

Un auteur relève à juste titre que « *la procédure d'agrément se concilie difficilement avec la nature de la fusion dans la mesure où la société absorbée est dans l'impossibilité de notifier à la société tierce "le prix offert"* »¹⁵⁰³.

615. En présence d'une telle clause, et dès lors que sa rédaction est entachée d'ambiguïté ou d'imprécision relative, le juge intervient pour donner une interprétation stricte et littérale de sa portée juridique selon l'intention des parties¹⁵⁰⁴.

Selon deux auteurs, « *il ne semble pas, en règle générale, que les juges du fond exigent qu'une clause vise expressément le cas de la fusion* »¹⁵⁰⁵. Selon ces auteurs, l'utilisation des termes

¹⁴⁹⁸ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03172, *Bull. Joly soc.*, juill. 2003, p. 812, n° 172 et p. 1062, n° 160, note en chron. A. Constantin ; *JCP E* 2003, 1485, note D. Cohen ; *JCP G* 2003, II, 10181, note B. Thullier.

¹⁴⁹⁹ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *JCP E* 2007, 1909 ; *JurisData* n° 2007-039105.

¹⁵⁰⁰ I. Urbain-Parléani, « 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 Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061 ; A. Constantin, « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly*, 2003, p. 742.

¹⁵⁰¹ Le délai d'agrément prévu par l'art. L. 2228-24 du Code de commerce est de 3 mois, prorogeable, par décision judiciaire, de la même durée en plus du délai nécessaire pour l'évaluation des titres à racheter par l'expert.

¹⁵⁰² La durée de réalisation d'une opération de fusion, depuis la rédaction du projet de fusion jusqu'à la date de la publicité de la fusion dure plus de cinq mois. C. com. art. L. 236-6, R. 236-1 et R. 236-2-1, R 123-66 et R 123-69 et CGI, art. 221-2 et 201-3.

¹⁵⁰³ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.*, § 165.

¹⁵⁰⁴ Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20.966, *Dr. sociétés* 2008, n° 74, obs. R. Mortier ; *Bull. Joly* 2009, 28, note Le Cannu ; C. De Watrigant, « L'agrément en cas de cession d'actions par voie de fusion », *Actes pratiques mars-avr. 2004*, p. 39.

¹⁵⁰⁵ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.* § 178.

« transmission », « mutation » ou « transfert »¹⁵⁰⁶ pourrait être interprétée comme indiquant que les associés ont entendu couvrir les cas de fusion, de scission et opérations assimilées¹⁵⁰⁷. Cependant, la jurisprudence ne partage pas ce postulat¹⁵⁰⁸. Ainsi, il nous semble que l'intention des parties devrait être souverainement interprétée par le juge *in concreto*.

616. Pareillement, une clause statutaire prévoyant une procédure d'agrément pour la cession, à titre gratuit ou onéreux, de parts sociales ou d'actions¹⁵⁰⁹, est inapplicable pour leur transmission dans le cadre d'une fusion ou d'une scission. Une telle transmission ne peut être assimilée à une cession isolée faite à un tiers. En effet, selon deux auteurs, la conclusion dégagée par la Haute juridiction « *doit être approuvée en opportunité dans la mesure où elle facilite la réalisation des opérations de restructuration. Elle doit l'être également d'un point de vue juridique dès l'instant où il est incontestable que le transfert de titres dans le cadre d'une fusion, qui emporte substitution de la société absorbante dans l'ensemble des biens, droits et obligations de la société absorbée, ne saurait être qualifié de cession au sens du droit civil* »¹⁵¹⁰.

Par ailleurs, selon la Cour de cassation, la stipulation d'une mention au terme de laquelle est précisé que la « *cession à quelque titre et sous quelque forme que ce soit* » ne semble pas étendre l'applicabilité de la restriction à la fusion et opérations assimilées¹⁵¹¹. La même analyse et interprétation jurisprudentielle s'étend à l'adjonction de la formulation « *soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, alors même que la cession aurait lieu par voie d'apport ou par voie d'adjudication publique volontaire ou forcée* »¹⁵¹².

617. En l'absence d'une clause restrictive claire et précise¹⁵¹³, la société absorbante ou issue de la scission est dispensée de se faire agréer en qualité d'associée ou d'actionnaire par la

¹⁵⁰⁶ A. Bonnasse et N. Jülich, *op. cit.* § 180.

¹⁵⁰⁷ Cass. com., 22 nov. 2005, n° 05-86.631, *JurisData* n° 2005-031121 ; *JCP E* 2006, 1669, p. 782, note H. Hovasse. Le commentateur, considère qu'en matière de contrats *intuitu personae*, la Cour de cassation semble avoir retenu la mention, « *quelles qu'en soient les modalités* » pour considérer que les actionnaires ont entendu couvrir le cas de la fusion.

¹⁵⁰⁸ Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-16.878 ; Cass. com., 28 avr. 2004, n° 00-15.003, *Lexbase* n° A0430DCW ; *RJDA*, 8-9/04, n° 983.

¹⁵⁰⁹ C. com. L. 223-14 (à propos des parts sociales) et C. com L. 228-23 (à propos des actions).

¹⁵¹⁰ A. Bonnasse et N. Jülich *op. cit.* § 159.

¹⁵¹¹ Cass. com., 6 mai 2003, 01-12.567, *LPA* 8 janv. 2004, n° 6, 15, note B. Espesson-Vergeat.

¹⁵¹² CA Chambéry, 26 nov. 2002, n° 00/01443, *D.* 2003, p. 1216, note B. Espesson-Vergeat.

¹⁵¹³ La clause restrictive doit stipuler exactement l'opération soumise à l'agrément. Le fait de restreindre la transmission suite à une opération de fusion est inopérant si les titres sont transmis suite par voie de scission ou d'apport partiel d'actif.

société émettrice des droits sociaux qui lui sont transmis par l'absorbée. Cette solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation lors d'une opération de scission, transposable à la fusion¹⁵¹⁴.

Les mêmes solutions et interprétations jurisprudentielles s'appliquent en présence de clauses statutaires de préemption¹⁵¹⁵.

618. Clause de préemption - Une interprétation restrictive des termes de la clause statutaire de préemption ne peut être appliquée que si elle vise expressément la fusion comme l'une des conditions de son application. À défaut d'une telle précision, elle sera déclarée inopposable aux parties à l'opération de fusion¹⁵¹⁶.

Par ailleurs, le juge adopte une stricte interprétation de la clause et des termes employés¹⁵¹⁷. Tel est notamment le cas d'un arrêt de la Haute juridiction relatif à un apport de titres réalisé par le signataire d'une convention prévoyant un droit de préemption « en cas de cession ». Par des termes ciselés, cet arrêt a mis en lumière la différence de nature entre la cession de droits sociaux et l'apport de ces droits, concluant ainsi à l'inapplicabilité du droit de préemption aux titres faisant l'objet de l'opération d'apport¹⁵¹⁸. Par conséquent, l'arrêt en déduit que la cession ne peut être assimilée à un apport.

619. La sécurité juridique des opérations de fusion et de scission emmène la société absorbante ou scindée à diligenter, préalablement à leur réalisation, la mise en œuvre d'une analyse pointue des clauses restrictives¹⁵¹⁹. Si l'agrément ou la préemption sont expressément prévus, mais non explicitement accordés, les parties à l'opération de fusion ou de scission doivent soit abandonner l'opération si sa réalisation est subordonnée à l'obtention de cet agrément, notamment dans l'hypothèse d'une participation stratégique, soit demander le rachat des droits sociaux par la société absorbante préalablement à la réalisation de l'opération de fusion ou de scission¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁴ Cass. com., 19 avr. 1972, n° 69-14054, *Bull. Joly soc.*, oct. 1972, n° 299, p. 617 ; *D.* 1972, p. 528, note D. Schmidt. Arrêt rendu à propos de la transmission des parts sociales d'une SARL qui s'applique également à la transmission des actions.

¹⁵¹⁵ CA Chambéry, 26 nov. 2002, *D.* 2003. 1216, note B. Espesson-Vergeat.

¹⁵¹⁶ CA Paris, 18 févr. 2000, n° 1999/16771, *Bull. Joly* 2000. 727, note P. Le Cannu.

¹⁵¹⁷ C. com. 28 avr. 2004, *RJDA* 8-9/04, n° 983.

¹⁵¹⁸ Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.037, *RJDA* 4/10.

¹⁵¹⁹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 217.

¹⁵²⁰ *Ibid.*

620. Dans certaines situations, par inadvertance, la société absorbée ou scindée pourrait transférer les droits sociaux qu'elle détenait dans une société tierce à la société absorbante ou à l'une des sociétés issues de la scission, en dépit d'une clause restrictive. La question se pose alors de savoir quelle sanction pourrait être appliquée *in fine* à cette violation.

Dans l'état actuel du droit positif, la sanction de la violation d'une clause d'agrément ou de préemption statutaire, lors d'une fusion ou scission, demeure incertaine. Cette incertitude découle du fait que la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée, consécutive à l'opération de fusion, emporte sa dissolution¹⁵²¹. En présence d'une telle situation, un auteur estime que « *les règles en matière de fusion et celles relatives à l'agrément paraissent inconciliables. En effet, la nullité prévue par exemple à l'article L. 228-23 du Code de commerce pour les actions ne peut être appliquée, le retour à l'état antérieur étant impossible par suite de la dissolution de la société absorbée* »¹⁵²².

621. À défaut d'agrément, et dans la mesure où la nullité ne peut être prononcée, la Haute juridiction a tranché en faveur du rachat des titres irrégulièrement transmis, sur le fondement de l'article L. 228-24 du Code de commerce¹⁵²³. Cette sanction nous paraît applicable en cas de cession des droits sociaux en violation d'une clause d'agrément statutaire. *A contrario*, si la clause restrictive violée est prévue par un pacte extrastatutaire, il nous semble que la sanction appropriée serait l'allocation de dommages-intérêts.

Il convient de préciser que les principes applicables à la procédure d'agrément sont transposables à la clause de droit de préemption. Par ailleurs, la présente analyse s'applique également à l'opération de scission.

2) Limites au principe de continuité de certains droits attachés aux titres de capital

622. Le principe de continuité des droits des associés de la société dissoute peut être confronté à certaines restrictions, telles que l'existence d'actions de préférence qui peuvent restreindre la transmission automatique des droits et obligations attachés (a). Par ailleurs, ces restrictions peuvent aussi compromettre la protection des détenteurs de VMDAC, réduisant ainsi leurs droits lors de fusions ou de scissions (b).

¹⁵²¹ M-L Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 232.

¹⁵²² A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.* § 168.

¹⁵²³ Cass. com., 6 mai 2003, *LPA* 8 janv. 2004, n° 6, 15, note B. Espesson-Vergeat ; Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *Bull. Joly* 2007. 1075, note M. Menjucq et A. Taste.

a) Contraintes inhérentes à la présence des actions de préférence

623. Les actions émises par une société absorbée ou scindée peuvent être assorties de droits particuliers conférant à leurs détenteurs une préférence par rapport aux actions ordinaires.

Aux termes de l'article L. 228-11 du Code de commerce, les droits particuliers attachés aux actions de préférence sont définis par les statuts. La remise de droits équivalents suppose, de prime abord, que les statuts de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission prévoient la possibilité d'émettre des actions de préférence. Ces actions doivent être dotées de droits de même nature ou comparables à ceux des actions composant le capital de la société absorbée ou scindée.

En présence de ces actions, l'opération de fusion ou de scission peut avoir des répercussions notables sur la situation de leurs détenteurs. L'article L. 228-17 du Code de commerce traite succinctement cette question¹⁵²⁴. Malgré les modifications récentes apportées par la loi Pacte ou par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 et le décret n° 2023-430 du 2 juin 2023, cet article n'a pas été modifié.

Ainsi, selon un auteur, il est nécessaire de « *faire un lien entre la notion d'équivalence de droits, qui relève de la parité, et la nécessité ou non de consulter les titulaires de titres ayant des droits particuliers. Ces deux enjeux doivent être analysés séparément* »¹⁵²⁵.

624. En présence de droits particuliers financiers, deux options sont alors envisageables.

La première consiste à échanger les actions de préférence émises par la société scindée ou fusionnée contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents.

Cependant, les contours de la notion de droits particuliers équivalents ne sont pas clairement définis par le droit positif, ce qui complique la mise en œuvre de cette hypothèse. La réponse ministérielle sur ce sujet n'a pas apporté de clarification sur cette zone d'incertitude¹⁵²⁶. En

¹⁵²⁴ C. com. art., L. 228-17 dispose qu'« *en cas de fusion ou de scission, les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés. 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* ».

¹⁵²⁵ A. Bonnasse, « Fusions-Scissions, Réalisation des fusions et scission », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc. 162-10, 2020 § 19.

¹⁵²⁶ Rép. min. n° 13316, JO Sénat Q, 30 sept. 2004, p. 2236 ; H. Le Nabasque, RDBF 2005, p. 30.

effet, des nuances persistent notamment en ce qui concerne les prérogatives non financières et les droits particuliers négatifs¹⁵²⁷.

L'attribution de droits particuliers de même nature, notamment les droits financiers, ne pose généralement pas de difficultés particulières. Toutefois, elle suppose une évaluation de la préférence attachée aux actions des sociétés concernées, afin de déterminer la parité d'échange.

Dans l'hypothèse où les droits particuliers attachés aux actions de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission, remises en échange, sont évalués à une valeur inférieure, cette disparité peut être compensée par une surcote des anciennes actions de préférence ou une décote des actions échangées, établissant ainsi une « parité d'échange spécifique ». Il convient, dans ce cas, de s'assurer que les droits attachés à ces actions n'ont pas été modifiés. Le comité juridique de l'ANSA recommande la prudence lorsque des doutes subsistent quant à la comparaison entre les anciens droits et ceux issus de l'opération de fusion, en suggérant la convocation d'une assemblée spéciale des actionnaires pour examiner ces questions¹⁵²⁸.

Si les droits particuliers attachés à ces actions de préférence sont abandonnés, celles-ci sont alors converties en actions ordinaires. Il est donc nécessaire de mettre en œuvre les formalités requises pour la conversion d'actions de préférence en actions ordinaires¹⁵²⁹.

La deuxième option est envisageable, en présence de droits particuliers non financiers attachés aux actions de préférence. Dans ce cas, l'échange de ces actions devient complexe puisque les différentes méthodes d'évaluation sont d'ordre financier et ne concernent nullement ce type de préférence¹⁵³⁰. Les droits et prérogatives politiques¹⁵³¹ ne sont pas évaluables.

Dans ce sillage, la réponse du ministre de la Justice ne semble pas dissiper les incertitudes entourant les actions de préférence, notamment d'ordre politique. En effet, selon lui, l'objectif de l'article L. 225-99, alinéa 1^{er}, du Code de commerce est « *de permettre l'échange d'actions de préférence donnant droit, par exemple, à une attribution de dividende préférentielle ou à la désignation d'un membre du conseil de surveillance contre d'autres actions de préférence* ».

¹⁵²⁷ Ex. : droit de désigner un membre d'un organe de la société ou un droit de veto ; V. en ce sens, n° 457 *supra*.

¹⁵²⁸ ANSA, Comité juridique, avis n° 08-040 du 3 sept. 2008, « fusions - actions de préférence émises par la société absorbée : conséquences ».

¹⁵²⁹ C. com. art. L. 228-12 (si les modalités de conversion ne sont pas prévues par les statuts) ; C. com. art., L. 228-14 (si les modalités de conversion sont prévues par les statuts).

¹⁵³⁰ S. Schiller, *op. cit.*, p. 703 ; P. Mousseron, « Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux », *RJDA*, 2006, n° 3, p. 199.

¹⁵³¹ Ex : Droits à l'information renforcée, droits au vote double.

donnant droit à l'attribution préférentielle d'un dividende ou la désignation d'un membre du conseil de surveillance, en tenant compte éventuellement d'une parité d'échange en fonction de la réduction du droit consentie. En revanche, s'il n'existe pas dans la nouvelle société d'actions de préférence disposant de droits particuliers équivalents, la parité d'échange devra tenir compte de l'abandon de ce droit»¹⁵³². Il en résulte que les actions de préférences échangées doivent conférer des prérogatives identiques, voire comparables.

625. Il convient de rappeler, à titre d'exemple, que les attributions et prérogatives des membres du conseil d'administration ne sont nullement assimilées à celles des membres du conseil de surveillance. En effet, les droits qui y sont attachés ne sont ni de même nature ni équivalents. Dans ce contexte, il semble *a priori* impossible de déterminer une parité d'échange équitable entre des droits particuliers différents ou non évaluables, sans apporter de modification. Dans ce cas, l'article L. 228-17, alinéa 2, du Code de commerce requiert une approbation par l'assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférence¹⁵³³.

En tout état de cause, en l'absence d'une préférence équivalente et de même nature, il est recommandé d'adopter une approche prudente, en convoquant une assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférence¹⁵³⁴.

b) Limite à la protection des détenteurs des VMDAC

626. Dans certains cas, il est possible que la société fusionnée ou issue de la scission ait émis préalablement à l'opération de fusion ou de scission des VMDAC. Qu'en adviendrait-il alors des droits des détenteurs de ces valeurs mobilières ?

Les droits des détenteurs des VMDAC ne sont pas régis par le droit spécial des fusions et opérations assimilées¹⁵³⁵. Il est donc nécessaire de se référer au régime spécial de protection des titulaires de ces droits et particulièrement l'article L. 228-101, alinéa 4, du Code de commerce¹⁵³⁶.

¹⁵³² Rép. min. n° 13316, préc.

¹⁵³³ ANSA, Comité juridique, avis n° 08-040 du 3 sept. 2008.

¹⁵³⁴ A-S. Mestre-Chami, « Les modalités de création des actions de préférence », in Dossier, Les actions de préférence, en attendant la réforme, Journ. soc., 2013, n° 109, p. 20 ; A. Viandier, « Les actions de préférence », *JCP E*, 2004, n° 40, p. 1440§ 75 ; A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, Th. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet et D. Robine, « Droit financier », Dalloz, « Précis », 3e éd. 2019, n° 504.

¹⁵³⁵ C. com. art. L236-1 à L236-17.

¹⁵³⁶ C. com. art. L. 228-101 al. 4 dispose : « la ou les sociétés bénéficiaires des apports ou la ou les nouvelles sociétés sont substituées de plein droit à la société émettrice dans ses obligations envers les titulaires desdites valeurs mobilières »

Ainsi, l'engagement initialement pris par la société absorbée ou scindée envers les titulaires des VMDAC est transmis, par l'effet de la substitution automatique, à la société absorbante ou à la société issue de la scission, qui se voit attribuer ces VMDAC¹⁵³⁷. Leur droit d'accès au capital est alors exercé au sein de la société absorbante ou dans la société issue de la scission où ces droits sont transférés.

Par ailleurs, l'approbation du projet de fusion ou de scission par les associés de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission entraîne leur renonciation au droit préférentiel de souscription au profit des titulaires de valeurs mobilières donnant accès de manière différée au capital¹⁵³⁸.

627. Une nuance subsiste lorsque le contrat de scission ne prévoit pas l'affectation des VMDAC à une ou plusieurs sociétés issues de la scission. À notre connaissance, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont clarifié cette problématique. Toutefois, l'examen des termes de l'article L. 228-101 du Code de commerce pourrait apporter une réponse à cette question épineuse. En effet, l'alinéa 1^{er} de cet article dispose que « *les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital exercent leurs droits dans la ou les sociétés bénéficiaires des apports* ». En outre, le dernier alinéa du même article dispose que « *la ou les sociétés bénéficiaires des apports ou la ou les nouvelles sociétés sont substituées de plein droit à la société émettrice dans ses obligations envers les titulaires des dites valeurs mobilières* ».

628. En cas d'omission d'affectation des VMDAC, émises par la société scindée, par le projet de scission, les détenteurs de ces valeurs peuvent exercer leurs droits dans toutes les sociétés issues de la scission. Il nous semble que le principe de solidarité entre ces sociétés pour l'exécution des engagements de la société scindée trouve pleinement à s'appliquer.

En revanche, les porteurs de VMDAC de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission ne font l'objet d'aucune mesure de protection légale. Il est à préciser que lors d'une fusion, ils encourent un risque considérable de dilution de leur participation à terme, en l'absence de dispositions spécifiques dans le contrat d'émission¹⁵³⁹.

¹⁵³⁷ Depuis l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, les porteurs de ces valeurs mobilières n'ont pas à être réunis en assemblée générale afin de délibérer sur cette opération à moins que le contrat d'émission n'en dispose autrement.

¹⁵³⁸ C. com. art. L. 228-101, al. 3.

¹⁵³⁹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 237.

II- Les capitaux propres négatifs, un frein à la réalisation d'une opération de fusion ou de scission

629. La réalisation d'une opération de fusion requiert que la société absorbée possède un actif net positif. En effet, l'apport de l'universalité du patrimoine de l'absorbée doit être rémunéré par des actions ou parts de la société absorbante. Ainsi, l'une des conditions déterminantes de la validité de la fusion est la présence d'un actif net réel positif pour toutes les sociétés participantes à l'opération. Cette condition demeure valable même si les capitaux propres comptables sont négatifs, pourvu qu'un ou plusieurs éléments de l'actif social apporté recèlent des plus-values latentes pouvant combler le déficit comptable. À défaut, il ne serait pas possible d'effectuer une augmentation de capital au sein de la société absorbante ni de distribuer des titres aux associés de la société absorbée¹⁵⁴⁰, puisque la valeur de leurs droits à échanger serait nulle, voire négative.

Nous examinerons successivement la problématique de l'actif net négatif de la société absorbée ou scindée (1), suivie de celle de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission (2).

1) La problématique de l'actif net négatif de la société absorbée ou scindée

630. La problématique de l'actif net négatif de la société absorbée ou scindée pose des défis importants, rendant l'absorption ou la scission de celle-ci souvent impossible (a). Dans ce contexte, nous tenterons d'explorer plusieurs alternatives envisageables afin de surmonter cette contrainte (b).

a) L'impossibilité d'absorption ou de scission d'une société dont l'actif net est négatif

631. En principe, une opération de fusion suppose une augmentation du capital social de la société absorbante par l'émission de nouvelles parts ou actions afin de rémunérer, par voie d'échange, l'actif net apporté par l'absorbée¹⁵⁴¹. Celui-ci doit nécessairement avoir une valeur positive et au moins égale à l'augmentation de capital.

L'absorption par voie de fusion d'une société ayant un patrimoine négatif¹⁵⁴² signifie que le passif pris en charge excède la valeur de l'actif apporté par l'absorbée. Cela entraîne inéluctablement une réduction de la valeur réelle de la société absorbante, diluée par l'effet de l'actif net négatif qui lui est transmis. En outre, en l'absence d'un apport positif, il serait

¹⁵⁴⁰ CA Versailles, 12e ch., 24 juin 1993, n° 347, *JurisData* n° 1993-042987 ; D. 1993, IR p. 216 ; *Bull. Joly soc.*, 1993, p. 1013, note P. Le Cannu.

¹⁵⁴¹ C. com. art. L 236-1, al. 3, L 236-18, al. 3 et L 236-27.

¹⁵⁴² Dès lors que la valeur du passif est supérieure à celle de l'actif, les capitaux propres sont négatifs.

incohérent d'émettre des droits sociaux de la société absorbante pour rémunérer les associés de la société absorbée¹⁵⁴³.

Cette exigence découle du principe de réalité des apports, visant à protéger les tiers¹⁵⁴⁴. À cet égard, l'article R. 236-7 du Code de commerce semble conforter cette thèse en imposant aux commissaires aux apports de vérifier que le montant de l'actif net apporté par la société absorbée est au moins égal au montant de l'augmentation de capital de la société absorbante.

La participation d'une société, dont l'actif net réel est négatif, à une opération de fusion peut donc constituer un obstacle juridique à la réalisation de cette opération de restructuration, sauf dans le cas d'une fusion simplifiée où aucune émission de titres n'a lieu pour rémunérer l'apport.

En effet, lors d'une opération de fusion, l'apport de l'universalité de patrimoine de l'absorbée, dont le passif dépasse la valeur réelle de l'actif, constitue un véritable problème. À l'heure actuelle, la jurisprudence ne semble pas avoir clarifié ce point et la question n'a fait l'objet que de peu d'études doctrinales qui se sont limitées à invoquer cet obstacle.

Il nous semble que des alternatives pour contrecarrer la contrainte de capitaux propres négatifs en tenant compte des pratiques et principes juridiques appropriés sont possibles.

b) La recherche d'alternatives envisageables

632. La réalisation d'une opération de fusion ou de scission impliquant des capitaux propres négatifs doit d'abord inciter à envisager des alternatives pour surmonter cette contrainte. Le « coup d'accordéon », la remise de dette assortie d'une clause de retour à meilleure fortune et l'inversion du sens de la fusion peuvent constituer des solutions efficaces pour légaliser ce genre d'opération.

633. Le coup d'accordéon – Il s'agit d'un montage juridico-financier souvent mis en place par les sociétés de capitaux pour apurer les pertes cumulées au cours des exercices antérieurs

¹⁵⁴³ CA Versailles, 24 juin 1993, Bull. Joly 1993. 1013, note P. Le Cannu.

¹⁵⁴⁴ Voir 1^{ère} partie ; J-J. Daigre, « Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ? » *JCP E.* n° 31, 30 juill. 1992, 165, n° 1 ; T. Massart, « Panorama de l'environnement juridique de la restructuration », *Revue Lamy Droit des Affaires* – 201054, III A.

dans les comptes sociaux, avant l'entrée au capital d'un nouvel investisseur ou pour répondre à une obligation légale¹⁵⁴⁵. Cette pratique a été validée par la jurisprudence¹⁵⁴⁶.

Par un arrêt récent, la Cour de cassation a rappelé que le « coup d'accordéon », impliquant une réduction de capital à zéro, constitue une opération unique et indivisible. En conséquence, la réduction de capital à zéro est indissociable de l'augmentation de capital¹⁵⁴⁷.

Saisie d'une QPC sur une opération de « coup d'accordéon » par un minoritaire se plaignant d'avoir été évincé de la société, la Cour de cassation a déclaré la question irrecevable, au motif qu'« *il n'existe pas de jurisprudence constante selon laquelle l'article 1382, devenu 1240, du Code civil serait interprété comme impliquant qu'un actionnaire majoritaire puisse valablement décider, au cours d'une même assemblée générale extraordinaire, une réduction du capital à zéro et une émission de nouveaux titres de capitaux dont la souscription lui serait réservée, sous la seule condition qu'une telle opération serait nécessaire à la survie de la société* »¹⁵⁴⁸. Depuis l'arrêt Usinor¹⁵⁴⁹, la jurisprudence valide ce type d'opération à condition qu'elle soit conforme à l'intérêt social, exempte de fraude et ne constitue pas un abus de majorité.

634. En présence de capitaux propres négatifs, la société absorbée peut, préalablement à la réalisation de la fusion, opter pour une opération de « coup d'accordéon » afin de restructurer ses capitaux propres. Dans cette perspective, il convient, à notre avis, d'évaluer la société absorbée pour identifier tout passif latent susceptible d'impacter la valeur réelle du patrimoine à apporter, et qui pourrait rendre l'opération de « coup d'accordéon » inefficace si ce passif n'est pas pris en compte lors de l'augmentation de capital social.

En effet, dans un premier temps, les pertes comptables sont imputées sur le capital social pour le remettre à zéro, par l'annulation des droits sociaux existants. Dans un second temps, le capital social est augmenté par l'émission d'actions ou de parts nouvelles en numéraire. Les pertes

¹⁵⁴⁵ Pour la reconstitution des capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, C. com. art. L. 223-42 pour les SARL ; C. com. art. L. 225-248 pour les Sociétés par actions telles que modifiées par la loi DDADUE 3 du 9 mars 2023.

¹⁵⁴⁶ Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-21364, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 183 ; *Bull. Joly soc.*, juill. 1994, p. 816, n° 219, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 142, obs. H. Le Nasbasque ; *Rev. soc.*, 1994, p. 485, note S. Dana-Demaret.

¹⁵⁴⁷ Cass. com., 4 janv. 2023, n° 21-10609 et 21-12515, cassation partielle de l'arrêt de la CA Paris, 29 déc. 2020, M. Vigneau, *Bull. Joly soc.*, avr. 2023, note F.-X. Lucas.

¹⁵⁴⁸ Cass. com., QPC, 9 juin 2021, n° 20-22246 ; *Bull. Joly soc.*, 2021, p. 21, note M. Storck.

¹⁵⁴⁹ Cass. com., 14 mai 1994, n° 91-21364 ; *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 816, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 142, note H. Le Nasbasque ; *Defrénois* 1994, art. 35 881, note H. Hovasse.

comptables disparaissent du bilan, la société se retrouve recapitalisée. Ainsi, l'actif net de la société devient positif, la valeur réelle des actions ou parts sociales de la société absorbante rejoint leur valeur nominale, et l'opération de fusion devient réalisable.

L'augmentation de capital après remise à zéro peut être réservée aux seuls associés de l'absorbée, exclusivement à l'absorbante ou encore réservée pour les deux.

635. Dès lors que l'augmentation de capital social après remise à zéro est réservée aux seuls associés de la société absorbée, un nouvel apport en numéraire ou en nature est nécessaire pour reconstituer les capitaux propres. La décision est prise aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification statutaire, selon la forme des sociétés participantes.

636. La mise en œuvre d'un « coup d'accordéon » réservé intégralement à la société absorbante nécessite la suppression du droit préférentiel de souscription¹⁵⁵⁰. Cependant, cela suppose l'éviction des anciens associés dont les droits sociaux sont annulés suite à la remise à zéro¹⁵⁵¹. Une résistance de leur part pour voter cette restructuration est imminente malgré l'intérêt social qu'elle présente.

À ce titre, pour préserver leur droit, il convient, à notre avis, de procéder à l'émission préalable de VMDAC au profit des associés, qui seront transférés, suite à l'opération de fusion, à la société absorbante.

La détention de l'intégralité du capital par l'absorbante rend la fusion possible, malgré l'existence d'un patrimoine négatif, puisqu'il n'y a pas d'augmentation de capital social. La restructuration des capitaux propres pour absorber la totalité des pertes, réelles ou latentes, n'est donc pas obligatoire¹⁵⁵².

Cette possibilité n'est pas permise dans le cadre d'une fusion quasi-simplifiée.

637. Transposant les termes de la directive de l'UE¹⁵⁵³, la nouvelle rédaction de l'article L. 236-12 du Code de commerce prévoit que la détention de 90 % ou plus des actions ou parts

¹⁵⁵⁰ Cette possibilité est inopérante lorsque la société absorbée est une société nouvellement créée.

¹⁵⁵¹ Cass. com., 18 Juin 2002, *Bull. civ.* IV, n° 108 ; *D.* 2002, p. 2190, note A. Lienhard ; *RJDA*, 2002, n° 1038 ; *RTD com.* 2002, p. 496, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *JCP E*, 2002, 1556, note A. Viandier ; *Bull. Joly*, 2002, p. 1222, note S. Sylvestre ; *Rev. soc.*, 1999, p. 362, note B. Lebars.

¹⁵⁵² J.-J. Daigre, « Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ? » *JCP E* 1992, I, 165.

¹⁵⁵³ Dir. (UE) n° 2019/2121 relative à la mobilité des sociétés.

sociales et autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales des sociétés absorbées est nécessaire pour que le régime de fusion simplifié soit applicable¹⁵⁵⁴.

À notre sens, réserver l'augmentation de capital de la société absorbée à hauteur de plus de 90 % à l'absorbante, après réduction de son capital à zéro, permet l'application du régime de fusion simplifié, ce qui dispense l'absorbante d'émettre des droits sociaux, à hauteur de cette proportion, lors de l'opération de fusion¹⁵⁵⁵.

Cette option est parfaitement envisageable pourvu que les anciens associés, devenus minoritaires, participent à l'augmentation de capital après sa remise à zéro, afin de ne pas se trouver évincés de la société. À défaut, l'attribution des VMDAC aux anciens associés est la seule solution possible pour préserver leurs droits dans la société et leur donner suffisamment de temps pour souscrire à une augmentation de capital ultérieure.

Cependant, en raison de l'échange de titres des associés minoritaires de la société absorbée par ceux de l'absorbante, l'actif net réel doit obligatoirement être positif après restructuration. Cette exigence s'impose pour répondre à l'impératif de la réalité de l'apport.

638. Remise de dettes avec clause de retour à meilleure fortune - La remise de dettes est une pratique courante entre les sociétés de capitaux.

L'abandon de créance, qualifié de commercial, est souvent consenti par des partenaires commerciaux à un client débiteur en difficulté, afin de préserver une relation commerciale établie et de maintenir des débouchés. La remise de dette peut être totale ou partielle.

L'abandon d'une créance peut également avoir un caractère exclusivement financier. Il résulte généralement d'une relation capitalistique entre les parties. Ainsi, une société mère peut accorder un abandon de créances à sa filiale pour préserver ses intérêts patrimoniaux.

L'abandon de créance peut aussi concerner les associés, personnes physiques ou morales, ayant consenti à la société en difficulté des avances en compte courant d'associés, ce qui a pour effet l'extinction définitive de la créance.

¹⁵⁵⁴ PE et Cons. UE, dir. (UE) 2017/1132, 14 juin 2017, art. 113 ; C. com. art. L. 236-12 ; Dir. n° 2023-430, 2 juin 2023, portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales, JO 3 juin 2023, texte n° 17. L'ancien article prévoyait les titres ayant le droit de vote. La nouvelle rédaction permet de neutraliser dans le calcul les droits de vote multiples. Aussi, les titulaires des droits de vote suspendu ne seront plus écartés du calcul.

¹⁵⁵⁵ C.com art. L 236-3- II.

Toutefois, il convient de distinguer la remise de dettes de la renonciation. En effet, cette dernière est définitive et constitue un acte unilatéral¹⁵⁵⁶.

En revanche, la remise de dettes assortie d'une clause de retour à meilleure fortune prévoit qu'un débiteur en difficulté financière s'engage, moyennant l'abandon de sa créance, à honorer celle-ci s'il parvient ultérieurement à une situation financière qui le permet. Il s'agit d'un contrat synallagmatique dont le nouvel article 1350 du Code civil confirme expressément le caractère contractuel. Celui-ci résulte de négociations entre le débiteur et le créancier, dont les intérêts sont distincts. Ce contrat suppose donc la manifestation de volonté abdicative du créancier et la volonté concordante du débiteur¹⁵⁵⁷.

639. Issue de la pratique, la remise de dettes assortie d'une clause de retour à meilleure fortune est courante dans les relations d'affaires, en particulier dans les relations intragroupes et dans le cadre des procédures collectives ouvertes à l'encontre des débiteurs¹⁵⁵⁸.

Elle trouve son fondement dans l'article 1901 du Code civil. Cependant, la qualification juridique de cette clause divise la doctrine¹⁵⁵⁹.

Pour une partie de la doctrine, la clause de retour à meilleure fortune est une novation, répondant parfaitement aux conditions posées par les articles 1271 à 1273 du Code civil. L'obligation initiale étant éteinte, une nouvelle obligation est créée assortie d'une condition suspensive¹⁵⁶⁰. Cette position est également partagée par l'administration fiscale¹⁵⁶¹.

Pour d'autres, il s'agit d'une condition résolutoire, conformément au nouvel article 1304, alinéa 3, du Code civil¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁶ Cass. 2e civ., 2 févr. 2017, n° 16-13.521, *D.* 2017. 350 ; *Dalloz actualité*, 22 févr. 2017, obs. de R. d'Esclapon.

¹⁵⁵⁷ F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volontés abdicatives*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1985, préf. P. Tercier, n° 178 et s., p. 155.

¹⁵⁵⁸ R. Kauffmann, « De l'utilité et des effets d'une clause potestative, la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires », *D.* 1982. Chron. 129.

¹⁵⁵⁹ N. Picod, *La remise de dette en droit privé*, thèse Toulouse 1, 2011, n° 502.

¹⁵⁶⁰ D. Gutmann, « Nature civile et effets fiscaux de la clause de retour à meilleure fortune », note sous C.E. 11 oct. 2004 R.D.C. 07/2005 p. 852.

¹⁵⁶¹ BOI-BIC-BASE-50-20-10 n° 280, la doctrine administrative énonce qu'« *un abandon de créance assorti d'une clause de retour à meilleure fortune s'analyse donc en une convention caractérisée, d'une part, par l'extinction de l'obligation de l'entreprise débitrice qui entraîne pour elle la constatation d'un profit d'égal montant et, d'autre part, par la naissance d'une obligation nouvelle assortie d'une condition suspensive (le retour à meilleure fortune)* ».

¹⁵⁶² N. Picod, « Remise de dettes », *Rép. dr. civil*, juill. 2022, n° 76.

Une autre opinion doctrinale considère que la clause est une remise de dettes sous condition résolutoire du retour à meilleure fortune du débiteur, correspondant à un droit au paiement du créancier sous condition suspensive. Selon deux auteurs, « *il faut considérer que la stipulation d'une clause de retour à meilleure fortune est constitutive à la fois d'une condition résolutoire dont la survenance entraîne la caducité rétroactive de la remise de dette consentie par le créancier et d'une condition suspensive puisque l'engagement du débiteur de restituer ce qui lui a été abandonné est subordonné à son retour à meilleure fortune* »¹⁵⁶³.

L'analyse de l'effet juridique de la clause nous conduit à la qualifier de condition résolutoire, dont la réalisation fait renaître rétroactivement l'obligation nouvelle qu'elle prévoit.

La question se pose alors de savoir si la clause de retour à meilleure fortune peut être considérée comme condition potestative, prohibée par l'article 1174 du Code civil. L'objectivation de la condition prévue par cette clause montre qu'elle n'entre pas dans cette catégorie. Par un arrêt de la chambre civile, la Haute juridiction écarte cette qualification¹⁵⁶⁴. D'ailleurs, l'article 1901 du Code civil envisage le cas, non illicite, dans lequel les parties conviennent que l'emprunteur paiera quand il le pourra ou quand il en aura les moyens.

640. La remise de dette peut être envisagée comme une alternative pour la reconstruction des capitaux propres de la société à absorber, dont les capitaux propres sont négatifs. Un créancier, notamment un fournisseur détenteur d'une créance, peut consentir une remise de dette à la société absorbée qui s'engage irrévocablement, en vertu de cette clause, à lui reverser totalement ou partiellement le montant de la dette abandonnée, à fixer par l'accord, en cas de réalisation de la condition prévue par la clause¹⁵⁶⁵.

La stipulation d'une telle clause confère au créancier le droit d'en bénéficier et en cas de réalisation de la condition, de faire renaître sa créance¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ T. Jacomet et A. Bejinariu, *Mémento Groupe de sociétés*, éd. F. Lefebvre, 2015-2016, n° 3663.

¹⁵⁶⁴ Cass. 1re civ., 20 nov. 1990, 89-13.899, *Bull. civ.* I, n° 255 ; *RTD civ.* 1991. 333, obs. J. Mestre.

¹⁵⁶⁵ Ex. de clause, Le retour à meilleure fortune s'entend de la réalisation, par la société A, d'un chiffre d'affaires minimal annuel hors taxes de [...] €, au plus tard le 31 déc. 2024, ci-après appelé « élément constitutif de retour à meilleure fortune ».

¹⁵⁶⁶ *Mémento Groupe de sociétés*, 2015-2016, F. Lefebvre, n° 3663.

Quant au débiteur, auquel la remise de dette a été consentie, il s'engage à rembourser tout ou partie de celle-ci, sous réserve que les conditions généralement liées à une amélioration de sa situation financière soient réalisées¹⁵⁶⁷.

Se pose alors la question de savoir si la clause peut être stipulée pour une durée indéterminée ou si elle doit fixer un délai de réalisation précis.

La jurisprudence et la doctrine s'accordent sur la prohibition des engagements perpétuels¹⁵⁶⁸, consacrée par l'article 1211 du Code civil.

Par conséquent, l'engagement de l'absorbante de rembourser la dette doit prévoir un délai déterminé de réalisation, au-delà duquel l'abandon est définitivement acquis à la société absorbante.

641. La remise de dette a pour effet son extinction. Celle-ci entraîne un enrichissement pour la société absorbée, impactant ainsi le résultat de l'exercice et, par voie de conséquence, la reconstitution de ses capitaux propres. L'actif net devient ainsi positif rendant ainsi l'opération de fusion réalisable.

La nécessité d'avoir une situation nette au moins égale au capital social en cas de fusion ou de scission justifie économiquement le bien-fondé de l'abandon de créance assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. Les économies attendues de la restructuration des sociétés fusionnées justifient alors la renaissance de la créance et le désintéressement du créancier¹⁵⁶⁹.

642. Effet de la renaissance de la créance - N'ayant pas de contenu obligationnel¹⁵⁷⁰, la résolution de la remise de dette peut être consécutive à la réalisation d'une condition résolutoire¹⁵⁷¹.

L'obligation de remboursement, en exécution de la clause de retour à meilleure fortune, est ainsi transmise à la société absorbante. La Haute juridiction administrative¹⁵⁷² a jugé que, par l'effet de l'opération de TUP, la société absorbante doit être considérée comme venant aux

¹⁵⁶⁷ A. Couret et G.-A. de Sentenac, « Les clauses de retour à meilleure fortune », *Dr. et pat.*, étude pratique, oct. 1993 ; note sous CAA Paris, 4e Ch., 6 juill. 1993, *Bull. Joly soc.*, 1993, p. 1172§ 351.

¹⁵⁶⁸ R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels », *Rev. soc.*, 1995, p. 437 s. ; M. Latina, « Les mesures du temps », in *Le temps et le droit*, *Dalloz*, 2014, spéc. n° 28 s.

¹⁵⁶⁹ C. Hélaïne, *l'extinction partielle des dettes*, thèse Aix-Marseille, 2019, n° 93.

¹⁵⁷⁰ N. Picod, *op. cit.* n° 89.

¹⁵⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2002, n° 99-20.762, *JCP* 2003. IV. 1281 ; *RTD civ.* 2003. 291, obs. B. Fages.

¹⁵⁷² CE., 18 nov. 2022, n° 461355.

droits et obligations de la société absorbée, se substituant donc à celle-ci en tant que débitrice de la clause de retour à meilleure fortune accompagnant l'abandon de créance qui lui avait été préalablement accordé. Selon le même arrêt, la société absorbante, en se substituant à l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée par l'effet de la fusion, y compris ses engagements hors bilan, devient ainsi débitrice de la clause de retour à meilleure fortune attachée à l'abandon de créance consenti par une société tierce à la société absorbée¹⁵⁷³. Par conséquent, la condition déterminante pour l'activation de la clause de retour à meilleure fortune est remplie au niveau de l'absorbante.

643. Inversion du sens de la fusion - Le choix du sens d'une fusion relève de l'appréciation souveraine des parties participantes à l'opération et peut être dicté par diverses contraintes spécifiques¹⁵⁷⁴. Ce choix peut également être motivé par les objectifs stratégiques de la fusion.

L'impossibilité d'absorber une société ayant une valeur réelle négative peut justifier économiquement et juridiquement l'inversion du sens de la fusion. À cet égard, le Professeur Moulin estime qu'« *il se peut aussi, mais cela est beaucoup plus rare, que la valeur nominale des titres de la société absorbante à émettre soit supérieure à leur valeur réelle ce qui signifie que la société absorbante n'est pas en bonne santé. Dans une telle circonstance, il pourrait être judicieux d'inverser le sens de la fusion* »¹⁵⁷⁵.

Cette opération, souvent désignée comme une « fusion à l'envers », implique que l'absorbé devient absorbante et vice-versa. Dans cette hypothèse, la société absorbante en difficulté conserve sa personnalité morale, ne constatant qu'une augmentation de capital et n'étant donc pas impactée structurellement par l'opération de fusion.

La jurisprudence considère que le sens de la fusion ne peut être contesté tant que l'opération n'a pas de caractère fictif et répond à un intérêt économique¹⁵⁷⁶. Cependant, en raison des

¹⁵⁷³ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 8147.

¹⁵⁷⁴ Au moment du choix du sens de la fusion, une contrainte peut tenir à l'existence d'immeubles dans le patrimoine de la société absorbée. L'intervention d'un notaire est alors obligatoire pour les besoins de la formalité de la publicité foncière à l'effet d'inscrire les immeubles au nom de l'absorbante. Cette contrainte ne doit pas être omise puisqu'elle entraîne un coût supplémentaire (acquittement de la contribution de sécurité foncière de 0,10 % et émoluments du notaire).- Lorsque l'absorbante revêt la forme d'une société par actions simplifiée et en raison des particularités liées à cette forme sociale, la fusion doit être décidée au sein de l'absorbée par tous les associés/actionnaires statuant à l'unanimité (Cass. com., 19-12-2006, n° 1497).

¹⁵⁷⁵ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 73.

¹⁵⁷⁶ CE., 21 mars 1986 n° 53002 ; CAA, Paris 18 juin 2007 n° 06-1941.

risques considérables associés à cette opération, la sécurité juridique exige qu'une cartographie du risque fiscal soit établie avant de prendre la décision d'inverser le sens de la fusion.

2) La problématique de l'actif net négatif de la société bénéficiaire

644. La société absorbante ou les sociétés issues de la scission dont l'actif net est négatif se trouvent dans une situation complexe qui peut entraver la réalisation d'une opération de fusion (a). À ce titre, en vue de contourner les contraintes liées à leur valeur réelle négative et de favoriser la réalisation de l'opération de fusion, nous tenterons d'analyser plusieurs alternatives envisageables (b).

a) Contraintes liées la valeur réelle négative de la société absorbante ou sociétés bénéficiaires

645. La réalisation de l'opération de fusion suppose que l'actif net de l'absorbante soit au moins égal à son capital social¹⁵⁷⁷. En cas d'actif net négatif, les droits sociaux acquièrent naturellement une valeur réelle négative, rendant ainsi l'émission de nouveaux droits sociaux à leur valeur nominale surévaluée¹⁵⁷⁸.

Pour qu'une opération de fusion puisse avoir lieu, il est impératif que la valeur réelle de la société absorbante soit positive. Contrairement à la société absorbée, une valeur réelle inférieure au capital social n'empêche pas la réalisation de l'opération de fusion. Dans ce cas, les associés de la société absorbée reçoivent des titres dont la valeur réelle est inférieure à leur valeur nominale, mais cette perte de valeur est compensée par la parité d'échange. En d'autres termes, le nombre de titres qu'ils reçoivent compense la dépréciation de leur valeur.

Cependant, la valeur réelle négative d'une société absorbante¹⁵⁷⁹ rend impossible la réalisation de l'opération de fusion. L'émission de titres de capital pour rémunérer l'apport semble alors improbable.

À cet égard, plusieurs alternatives peuvent, selon nous, contourner cette contrainte et favoriser la réalisation de l'opération de fusion. Outre les options envisagées pour la société absorbée, la conversion des actions ordinaires en actions de préférence ou la création des actions de préférence peuvent également constituer des solutions envisageables.

¹⁵⁷⁷ S. Sylvestre, « une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? » *Bull. Joly soc.*, 2002, p. 1003.

¹⁵⁷⁸ La valeur réelle d'un titre est égale à la valeur réelle globale de la société rapportée au nombre de titres le composant.

¹⁵⁷⁹ Le capital social est entièrement absorbé par les pertes antérieures.

b) La recherche d'alternatives envisageables

646. Les actions de préférence, une alternative intéressante - La préférence, selon l'article L. 228-11 du Code de commerce, consiste à conférer à certaines actions des droits particuliers, quelle qu'en soit la nature, « *à titre temporaire ou permanent* ».

Les avantages particuliers et l'émission d'actions de préférence sont deux instruments au service de la préférence, mais dont les contours varient fortement¹⁵⁸⁰.

647. Distinction entre actions de préférence et avantages particuliers - Les avantages particuliers sont octroyés en fonction de la personne de leur bénéficiaire et ne sont pas destinés à être transmis. En revanche, les droits particuliers associés aux actions de préférence sont attachés au titre même¹⁵⁸¹. Ils sont, en principe, transmissibles. Cependant, leur exercice par un cessionnaire dépend des conditions de qualité, propres à l'*intuitu personae*, prévues par les statuts de la société¹⁵⁸², qui avaient un caractère déterminant dans la mise en place de la préférence et qui doivent se maintenir au cours de la vie sociale. C'est notamment cette caractéristique qui distingue l'action de préférence du mécanisme d'aménagement et d'attribution des prérogatives par le biais des avantages particuliers¹⁵⁸³. Ainsi, si le droit particulier s'éteint avec la transmission du titre, il ne peut être considéré comme une action de préférence, mais bien comme un avantage particulier¹⁵⁸⁴.

648. Intérêt de l'émission des actions de préférence - Les actions de préférence permettent l'aménagement de toutes les prérogatives dont un titre peut être assorti, qu'elles soient positives ou négatives. Ces droits peuvent être équivalents à ceux accordés aux actions ordinaires, suspendus, voire supprimés. Cette restriction est toutefois limitée aux SA et aux SARL, tandis que pour les SAS, le droit de vote est librement modulable¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁰ S. Saint Genis, th. préc., n° 172.

¹⁵⁸¹ S. Saint Genis, th. préc., n° 169.

¹⁵⁸² R. Mortier, « Caractéristiques des actions de préférence », *Actes prat. ing. sociétaire*, LexisNexis, nov-déc. 2012, p. 7 § 17.

¹⁵⁸³ S. Saint Genis, th. préc., n° 167.

¹⁵⁸⁴ Ph. Engel et P. Troussière, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP E*, 1996, I, n° 585, p. 185, § 42.

¹⁵⁸⁵ Dans le cadre de la SAS, les limites apportées par le législateur avec les renvois aux articles L. 225-122 et s. ne sont pas applicables. Il est donc a priori possible d'attribuer un droit de vote renforcé par le biais des actions de préférence dans ces sociétés.

Selon le Professeur Viandier, « *les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents : c'est l'altérité et non le privilège qui définit l'action de préférence* »¹⁵⁸⁶.

Par ailleurs, les actions de préférence peuvent être réduites dans leurs prérogatives, comparativement aux actions ordinaires¹⁵⁸⁷. Elles peuvent également se voir conférer des prérogatives majorées.

Ainsi, le capital social de la société devient composé de deux catégories d'actions : les actions ordinaires et les actions de préférence. L'émission d'actions de préférence assorties d'un avantage particulier, négatif ou positif, constitue une option permettant l'ajustement des valeurs.

649. Aménagement du droit de vote - En vertu de l'article L. 228-11 du Code de commerce, il est possible de créer des actions de préférence avec un droit de vote double ou même sans droit de vote.

Concernant les parts sociales d'une SARL, aucun aménagement de ce droit n'est possible, que ce soit à la hausse ou à la baisse. Cette forme sociale est la seule où aucune dérogation à l'égalité proportionnelle au nombre de parts détenues n'est tolérée par le législateur¹⁵⁸⁸. En énonçant la mention « *toute clause contraire serait réputée non écrite* », cette disposition de l'article L. 223-28 du Code de commerce est d'ordre public.

En revanche, l'article L. 228-11 du Code de commerce offre davantage de souplesse pour les sociétés par actions. Ainsi, les actions de préférence permettent à ces sociétés d'émettre des catégories de titres pour lesquelles le droit de vote est totalement et définitivement supprimé, pour tout ou partie des décisions sociales ou assemblées¹⁵⁸⁹. La seule limite à la suppression est prévue par les alinéas 3 et 4 de ce texte, disposant que « *les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social. Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée* »¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁶ A. Viandier, Les actions de préférence, *JCP E*, 2004, n° 40, 1140§ 7.

¹⁵⁸⁷ S. Saint Genis, th. préc., n° 164.

¹⁵⁸⁸ S. Saint Genis, th. préc., n° 395.

¹⁵⁸⁹ S. Saint Genis, th. préc., n° 401.

¹⁵⁹⁰ C. com. art. L.228-11 al. 3 et 4.

Ainsi, lors d'une opération de fusion ou de scission, afin de compenser la dilution des droits des associés des sociétés prospères, il est possible d'aménager le droit de vote soit en supprimant les droits des titres des sociétés en péril, soit en augmentant les droits des sociétés prospères.

L'aménagement du droit de vote est une alternative envisageable qui encourage les associés de la société prospère à voter en faveur de la fusion avec une société en difficulté ou ayant un actif net réel proche de zéro, voire négatif. Cela permet également de protéger les droits attachés à ces actions et d'assurer leur pérennité¹⁵⁹¹.

650. Droit aux dividendes minoré ou majoré - L'attribution d'actions de préférence peut également être justifiée par la satisfaction de l'intérêt social dans le cadre d'une opération de fusion-absorption, notamment lorsque l'une des sociétés participantes est prospère et l'autre en difficulté financière¹⁵⁹². Dans de telles situations, la survie de la société en difficulté dépend de l'opération de fusion projetée. Cependant, les associés de la société prospère peuvent exprimer une réticence à voter en faveur de cette opération, à moins de recevoir une contrepartie compensatrice pour la dilution de leurs droits. Cette contrepartie peut se matérialiser par une garantie de maintien d'un dividende équivalent à celui perçu avant l'opération¹⁵⁹³, ou indirectement par l'attribution aux actionnaires de la société non prospère d'actions assorties de droits aux dividendes minorés, voire supprimés pour une période déterminée par les statuts.

651. Suppression du droit préférentiel de souscription - Dans une perspective similaire, et en vue de remédier aux difficultés d'une société dont l'actif net est négatif, il est envisageable d'accorder une préférence à la société absorbante par le biais de la suppression du droit préférentiel de souscription dont bénéficient normalement les actionnaires de la société absorbée. En effet, dans l'hypothèse où une augmentation de capital motivée par l'existence de pertes est envisagée, le maintien d'un tel droit pourrait constituer un obstacle au succès de l'opération de fusion.

¹⁵⁹¹ C. com. art L. 228-16, ce texte n'oblige pas l'assemblée à préserver les droits des porteurs d'actions de préférence qui pourraient subir des modifications via un vote en AGE.

¹⁵⁹² M. Ndiaye, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, thèse Paris1 Panthéon Sorbonne, 2017, n° 217.L

¹⁵⁹³ Cl. Ferry, R. Canard et M. Cretté, « Les actions de priorité », *Droit des sociétés Actes pratiques*, 1993, n° 11, p. 2 ; C-M. Rufin, *L'égalité dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1981, p. 125.

Ainsi, la suppression du droit préférentiel de souscription dans le cadre d'une augmentation de capital réservée à la société absorbante constitue un aménagement réalisé aux dépens des anciens associés.

L'impact négatif de ces droits particuliers peut également être compensé par une surcote de la valeur financière réelle de la société absorbante, afin d'aboutir à la valeur réelle globale positive servant à déterminer la parité d'échange. La valeur réelle des actions de la société absorbante rejoint alors leur valeur nominale¹⁵⁹⁴.

652. Variété des droits positifs attachés aux actions de préférence - Les actions de préférence peuvent également être assorties de droits positifs. La diversité de ces droits est très vaste et permet de rassurer les associés des sociétés prospères participantes¹⁵⁹⁵.

Il convient de noter que l'attribution de droits particuliers positifs peut entraîner une décote de la valeur financière réelle de la société absorbée. Celle-ci permet de compenser la perte de valeur résultant de l'échange de droits sociaux d'une valeur inférieure à celles des titres précédemment détenus chez l'absorbée¹⁵⁹⁶. Ainsi, l'écart entre la valeur réelle et la valeur nominale des droits sociaux échangés se trouve anéanti, ce qui incite les associés de la société absorbée à approuver la réalisation de la fusion en assemblée générale.

¹⁵⁹⁴ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 044.

¹⁵⁹⁵ Ex : Il arrive parfois que le patrimoine transmis par la société absorbée comporte des biens immobiliers ou mobiliers très valorisés. La liquidation de la société absorbante issue de la fusion donnerait droit, en principe, à tous les actionnaires sur le produit de cession ou de liquidation. Les associés de la société apporteuse se trouvent ainsi lésés d'autant plus si la cession suit rapidement l'opération de fusion.

Ainsi, à notre avis, la création d'actions préférentielles bénéficiant de l'exclusivité ou de la priorité de répartition du produit de cession de l'actif apporté aux titulaires de ces actions est une possibilité envisageable. Cet avantage peut aussi être conditionné.

¹⁵⁹⁶ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 54.

CHAPITRE 2 - LA CONCRÉTISATION DE L'OPÉRATION DE FUSION ET DE SCISSION

653. La réalisation d'une opération de fusion ou de scission repose sur plusieurs facteurs clés, nécessaires pour parvenir à la pérennité de ces opérations. Celles-ci nécessitent une préparation minutieuse, impliquant la rédaction d'un protocole d'accord qui établit les termes fondamentaux de l'opération. Ce document liminaire pave la voie à l'élaboration d'un projet de fusion ou de scission, qui sera ensuite formalisé par un traité de fusion formalisant les modalités de réalisation de l'opération. (**Section 1**).

654. Ainsi, la pérennité de ces opérations de restructuration d'entreprises est conditionnée par une évaluation rigoureuse des actifs et passifs des sociétés participantes, ainsi que par une rémunération équitable des associés. Les enjeux inhérents à cette évaluation sont cruciaux, car une estimation inappropriée peut avoir de multiples conséquences compromettantes pour les parties et les tiers (**Section 2**).

Section 1 - La recherche de la pérennité de l'opération de fusion ou de scission

655. La fusion et la scission sont deux opérations de restructuration d'entreprise, dont la réalisation est particulièrement complexe et coûteuse. Ces opérations résultent d'un long processus de négociations entre les dirigeants des sociétés participantes, visant à aboutir à un projet de fusion ou scission. Pour produire ses effets légaux, ce projet doit être approuvé par les associés de toutes les sociétés parties à l'opération.

À travers cette section, nous analyserons la portée juridique des conventions préparatoires de la fusion ou de la scission (**I**), avant d'examiner la force obligatoire du traité de fusion ou de scission (**II**).

I- Force obligatoire des conventions préparatoires de la fusion ou scission

656. Une opération de fusion ou de scission ne se réalise pas en un trait de temps. Elle nécessite la conclusion de plusieurs actes préparatoires destinés à figer les intentions des parties. Il convient alors d'examiner la force obligatoire de ces conventions précontractuelles (**1**), avant d'analyser la portée juridique du projet de fusion ou de scission (**2**).

1) Nature juridique des actes préparatoires des opérations de fusion et de scission

657. Le rapprochement entre des sociétés de capitaux ayant un contrôle distinct débute souvent par une phase de négociation confidentielle entre leurs dirigeants. Celle-ci débouche sur des accords de principe et des engagements préliminaires des dirigeants qui sont actés dans un protocole d'accord qui marque le début formel du rapprochement des sociétés participantes (a). Par conséquent, il est crucial d'analyser l'intérêt et la portée juridique de ces actes précontractuels (b).

a) Phase de négociation corrélée par un protocole d'accord

658. La conclusion d'un projet de fusion ou scission ne se réalise pas en un trait de temps. Ce contrat spécial n'est pas cantonné par la seule rencontre d'une offre et d'une acceptation. En effet, l'accord sur les dispositions de son contenu est nécessairement précédé d'une phase préparatoire, qui constitue la période la plus complexe et déterminante pour la réussite de l'opération de rapprochement, notamment lorsque les sociétés parties à l'opération sont indépendantes ou ne sont pas placées sous un contrôle commun.

Cette phase de rapprochement nécessite des arbitrages et des concessions réciproques, pouvant aboutir à la naissance d'un projet de fusion ou scission au terme duquel sont arrêtées les conditions essentielles de l'opération.

Plusieurs études montrent que les principales causes d'échec des opérations de fusion sont dues à une défaillance de planification ou au non-respect des procédures d'exécution¹⁵⁹⁷.

659. En principe, les négociations précontractuelles sont officieuses et confidentielles¹⁵⁹⁸. La divulgation de l'information pourrait susciter des inquiétudes parmi le personnel des sociétés participantes, ainsi que parmi les clients, fournisseurs et banquiers, ce qui pourrait compromettre la réussite de l'opération.

Usuellement, les dirigeants des sociétés participant à une fusion ou une scission désignent des comités pour négocier les formalités et les conditions de l'opération. En revanche, lorsque la fusion ou la scission ne concerne que des sociétés appartenant à un même groupe, la phase

¹⁵⁹⁷ F. L'Héréec, les échos, quotidien du 13 sept. 2018, selon l'auteur : « 70 à 90 % des fusion-acquisition sont un échec, le constat est sans appel. Dans la plupart des cas, il est lié à l'absence d'une stratégie humaine ou à un échec dans son exécution » ; A. Rouziès, le Monde, Quotidien du 25 oct. 2022. Selon l'auteur : « Près de 70 % des fusions et des acquisitions d'entreprises n'atteignent pas les objectifs stratégiques attendus, d'après les études menées sur le sujet ».

¹⁵⁹⁸ H. Dubout, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *Bull. Joly soc.*, 1992, p. 722.

préparatoire ne fait pas l'objet d'un encadrement contractuel et se déroule de façon informelle¹⁵⁹⁹.

660. Généralement, cette phase préparatoire est matérialisée par une déclaration d'intention des dirigeants des sociétés participantes à l'opération¹⁶⁰⁰ ou par un protocole, extrêmement confidentiel, qui débouche sur un projet de traité de fusion. Contrairement au protocole, qui est un document facultatif, le projet de traité de fusion a force obligatoire.

Un auteur estime, à juste titre, que le protocole est « *un accord qui n'engage ni les associés, ni les sociétés, mais seulement les dirigeants de ces sociétés es-qualité* »¹⁶⁰¹.

Il convient alors de préciser que le protocole se situe au-delà des pourparlers, lesquels sont achevés à la signature de celui-ci. Toutefois, celui-ci est dépourvu de force obligatoire¹⁶⁰². Un retour en arrière reste alors possible, sous réserve du respect d'un délai de préavis¹⁶⁰³. Cependant, le protocole peut prévoir une obligation d'indemnisation de l'autre société en cas de défaut d'approbation de la fusion par l'assemblée d'une des sociétés parties à l'opération.

Au cours de cette phase, il est nécessaire d'apprécier les modalités de désignation des intervenants, l'inventaire du patrimoine des sociétés participantes servant de base pour déterminer la parité d'échange, les modalités de transfert de patrimoine, la définition des responsabilités, le choix des nouveaux dirigeants, l'organisation post-fusion ou post-scission, ainsi que la problématique de la période intercalaire¹⁶⁰⁴.

661. Figer tous les aspects d'une opération de restructuration n'est pas chose aisée. L'intervention des professionnels à ce stade est d'une importance cruciale. La due diligence permet d'identifier les risques liés au transfert de certains biens, droits et contrats lorsque l'accord d'un tiers ou du cocontractant doit être requis préalablement ou lorsque le contrat a été conclu *intuitu personae*. Elle permet également d'identifier les risques financiers, fiscaux, juridiques et sociaux, ainsi que la nécessité de solliciter des autorisations spécifiques, telles que celle de l'Autorité de la concurrence.

¹⁵⁹⁹ A. Bonnasse, *op. cit.*, §3.

¹⁶⁰⁰ T. com. Nantes, 31 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 433.

¹⁶⁰¹ G.J. Martin, « La notion de fusion », *RTD com*, 1978. p.278.

¹⁶⁰² Cass. com., 7 juin 1963, *D.* 1964, *jurispr.* p. 308, obs. J. Dalsace.

¹⁶⁰³ A. Bonnasse, *Op. cit.* § 5.

¹⁶⁰⁴ R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, « Thèses » 1994, n° 788 s.

En tout état de cause, les professionnels doivent établir, au cours de cette phase, une cartographie des risques¹⁶⁰⁵ et une matrice des droits et obligations des parties, qui devrait s'interférer avec les avantages que dégagerait l'opération. Cette étude permet également aux parties de mener des négociations relatives aux facteurs d'influence sur la parité d'échange.

662. La phase préparatoire, la plus importante et cruciale, d'ailleurs, n'est pas réglementée par le droit des fusions. C'est alors dans le droit commun que l'on trouve l'encadrement légal du déroulement des négociations menées au cours de cette phase. Ainsi, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, les négociations précontractuelles sont désormais régies par les articles 1112 et suivants du Code civil. Elles doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. À cet égard, un auteur considère que cette phase préparatoire « *commence lors des premiers contacts entre les sociétés appelées à se rapprocher, donne lieu le cas échéant à consignation dans un protocole ou une déclaration d'intention des accords entre les dirigeants sur les bases essentielles de l'opération et s'achève, sauf en cas d'échec des négociations, par la convocation des conseils d'administration des sociétés absorbées et absorbantes appelés à arrêter le projet de fusion* »¹⁶⁰⁶.

Il importe de préciser que le protocole ne porte que sur les modalités de négociation et de confidentialité, ainsi que la désignation des négociateurs. Celui-ci débouche, si les négociations sont concluantes, sur des conventions et accords successifs nécessaires pour l'aboutissement du projet de fusion ou de scission.

b) Intérêt et portée juridique des actes précontractuels

663. Les accords intermédiaires ou actes préparatoires portent principalement sur plusieurs aspects qui conditionnent l'engagement des parties à la fusion ou à la scission.

En vertu de ces actes, les parties conviennent d'un commun accord du mandatement d'un ou plusieurs experts chargés de la mission de due diligence¹⁶⁰⁷ et des évaluateurs des sociétés parties à l'opération de fusion ou de scission. Ces accords établissent également le coût financier de l'opération et la clé de répartition en cas d'échec entre les sociétés participantes, le

¹⁶⁰⁵ Selon B. Causse, « *Le risque peut être défini comme tout évènement dont la survenance porte atteinte à la capacité d'une structure à atteindre ses objectifs* », https://www.economie.gouv.fr/files/matrice_et_cartographie_des_risques.pdf, consulté le 17 mars 2024. Il s'agit des risques juridiques, financiers, fiscales, sociales, opérationnels, stratégiques....

¹⁶⁰⁶ R. Besnard Goudet, « Sociétés anonymes, fusions par absorption », *J.-Cl. soc. Form.*, LexisNexis, fasc., K-425, 2023, § 6.

¹⁶⁰⁷ V. n° 407 *supra*.

mode de rémunération des associés de la société absorbée ou scindée, ainsi que le sort des mandataires sociaux. D'autres conventions peuvent aussi être conclues à ce stade. Il s'agit, par exemple, de l'accord sur les méthodes d'évaluation et de rémunération. Pour une opération de scission, l'affectation des contrats, droits et obligations entre les sociétés issues de la scission sont fixés en vertu de ces accords.

664. En principe, les documents élaborés au cours des négociations, notamment les conventions et accords successifs, sont dépourvus de valeur juridique. Cependant, en fonction de leur rédaction, le juge peut leur reconnaître une portée juridique, notamment pour apprécier l'existence d'un vice de consentement ou d'une faute dans la négociation.

En effet, le protocole conclu au début de la phase préparatoire peut contenir des clauses fixant le sort des documents précontractuels¹⁶⁰⁸. De même, les accords conclus entre les dirigeants des sociétés participantes peuvent contenir des clauses dites d'intégralité¹⁶⁰⁹, ayant pour objectif d'enfermer les droits et obligations des parties dans le contenu exprès du contrat écrit. Les parties entendent ainsi cloisonner le contrat et s'assurer que leurs droits et obligations se limitent à ce qu'elles ont expressément stipulé¹⁶¹⁰.

665. Dès lors, si les négociations menées au cours de la phase préparatoire sont concluantes, les dirigeants élaborent un projet de traité de fusion ou de scission, qui ne doit pas être confondu avec le traité de fusion ou de scission final, dont il demeure le prélude. Il s'agit de la deuxième phase de l'opération de fusion ou de scission.

2) Projet de fusion ou de scission

666. La fin des négociations entre les candidats à l'opération de fusion ou de scission donne naissance à un acte juridique qualifié de projet de fusion ou de scission qui englobe la formalisation détaillée des modalités de l'opération envisagée. Ainsi, il convient d'examiner la nature juridique de ce projet **(a)**, avant d'analyser les aménagements individualisés de ses termes **(b)**.

¹⁶⁰⁸ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, préf. J. Ghestin, t. 241, LGDJ, « Thèses », 1994, n° 302, p. 191.

¹⁶⁰⁹ F. Labarthe, *op. cit.*, n° 266, p. 168 ; E. Rawach, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2001, p. 223.

¹⁶¹⁰ J. Mestre, F. Buy, J.-C. Roda et M. Lamoureux, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, « Les intégrales », 2018, n° 965.

a) Nature juridique du projet de fusion ou de scission

667. Le projet de fusion ou de scission est un contrat *stricto sensu* dont la loi exige, pour sa validité, la rédaction d'un écrit¹⁶¹¹. Cet acte fixe l'ensemble des conditions, convenues lors des négociations, pour la réalisation de l'opération.

Son contenu, sa communication, son contrôle et la publicité à laquelle il donne lieu revêtent une grande importance quant à la protection des associés et à l'information des tiers¹⁶¹². Ces formalités obéissent alors à des règles précises encadrées par le législateur.

668. Depuis fort longtemps, une controverse doctrinale s'est instaurée quant à la qualification juridique du projet de fusion ou de scission.

D'un côté, une partie de la doctrine considère que le projet de fusion ou de scission est un contrat conclu sous des conditions suspensives entre les dirigeants des sociétés participantes¹⁶¹³.

Un auteur partisan de ce courant considère qu'« à l'issue des formalités préalables requises, les représentants légaux de chacune des sociétés participantes [...], apposent leur signature au pied de l'acte qui prend donc un caractère définitif sous les diverses conditions suspensives dont il est assorti dont notamment celle de son approbation par l'assemblée générale des associés de chacune des sociétés participantes »¹⁶¹⁴.

Il nous semble que cette thèse est discutable. En principe, la réalisation de la condition suspensive oblige les signataires du projet de traité de fusion ou de scission. Cependant, la force obligatoire de ce contrat ne s'impose ni aux sociétés participantes ni aux dirigeants signataires. Ce projet est un accord conclu par des personnes ne disposant pas des pouvoirs suffisants pour engager les parties.

Une instruction fiscale apporte une précision à ce propos. Elle considère que « l'approbation du projet de fusion par les assemblées générales des sociétés ne peut se définir comme la réalisation d'une condition suspensive qui transformerait une obligation conditionnelle en

¹⁶¹¹ C. com. art. L. 236-6, al. 1er et R. 236-1, al. 1^{er}.

¹⁶¹² G. Berlioz, *L'information en droit privé*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé » 1978, p. 261.

¹⁶¹³ Ex : Le projet de fusion du 02 août 2022, conclu entre Vigie S.A. et Veolia environnement S.A., art.5 ; le projet de fusion du 3 nov. 2015, conclu entre la société Groupe Qualiconsult et la société Qualiconsult Partners, art. 12 ; Le projet de fusion du 02 nov. 2015, art. 3, entre Etablissements MAUREL et PROM SA et MPI SA ; le projet de fusion transfrontalière du 20 et 21 juill. 2011, conclu entre la société RCI Banque SA et la société RCI Bank Polska SA, p. 24.

¹⁶¹⁴ F. Dannenberger, « Fusion et scissions sociétés à responsabilité limitée », *J.-Cl. Not. Form.*, LexisNexis, fasc. n° I-180, 2023, § 51.

*obligation pure et simple rétroactivement à la date de l'acte et rendrait parfait le projet de fusion dès la date de sa conclusion »*¹⁶¹⁵.

669. Le projet de fusion ou de scission porte sur des engagements des sociétés participantes dont la réalisation est subordonnée à l'approbation des associés à l'exclusion, toutefois, des fusions dites simplifiées. Ni les signataires, ni les parties contractantes, ne sont liés par la force obligatoire du projet de fusion ou de scission. C'est la raison pour laquelle ce contrat est qualifié de « contrat imparfait »¹⁶¹⁶.

670. Une particularité réside dans le cas de fusion ou scission par la création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, non encore immatriculées. Le projet est signé par tous les fondateurs¹⁶¹⁷ sans pour autant lui conférer la force obligatoire. En effet, la société en formation est dépourvue de la personnalité morale et ne peut s'engager envers les tiers.

671. Il convient de rappeler que la fusion ou la scission implique que les associés de la société absorbée ou scindée deviennent, au terme de l'opération, associés de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission. Cela suppose donc un échange des titres de la société absorbée ou scindée contre ceux de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission, selon une parité prévue par le traité de fusion ou de scission.

L'augmentation de capital de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission et la dissolution de la société absorbée ou scindée relèvent légalement des attributions exclusives des associés des sociétés participantes, statuant dans les conditions, du quorum et de la majorité, requises pour la modification statutaire. Cette approbation confère au projet de fusion ou de scission une pleine efficacité, notamment à leur égard¹⁶¹⁸.

Cependant, pour les fusions ou scissions soumises au régime simplifié, le projet de traité de fusion produit ses effets dès sa signature par les dirigeants des sociétés participantes, ce qui lui confère le caractère de contrat parfait.

¹⁶¹⁵ Instr. du 3 nov. 2003 BOI 10 D-1-03 Droit de la publicité foncière. Régime applicable aux projets de fusion de sociétés établis par actes notariés. Exclusion de la formalité fusionnée. (NOR : BUDL0300146J)

¹⁶¹⁶ S. Drapier, *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001, p. 15, selon l'auteur, le contrat imparfait est « l'acte juridique n'ayant pas produit, dès l'échange des volontés, les effets essentiels qu'il portait en lui » ; de son côté, l'administration fiscale considère qu'« un acte imparfait est celui qui n'est pas encore formé, à défaut du consentement de toutes les parties, ou auquel manquent quelques-unes des formalités exigées par la loi pour sa perfection » : BOFiP-ENR-AVS-20-60-40-§ 30- 02 sept.2015.

¹⁶¹⁷ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83094.

¹⁶¹⁸ R. Routier, *op. cit.*, p. 231.

672. Le régime de la fusion simplifiée constitue une exception aux règles gouvernant l'augmentation de capital¹⁶¹⁹. Il s'agit de l'absorption par une société de capitaux d'une filiale détenue à 100 % ou à 90 %, ou d'une société sœur¹⁶²⁰. La fusion simplifiée se caractérise alors par l'absence d'approbation de la fusion par l'assemblée des sociétés participant à l'opération. Dans ce sens, un auteur considère que « *la mise à l'écart de l'AG a une autre conséquence. La fusion simplifiée n'est plus une opération de la compétence des associés. Elle constitue donc une opération de gestion susceptible de faire l'objet d'une expertise de gestion et d'engager la responsabilité du dirigeant* »¹⁶²¹.

673. Le projet de fusion est arrêté et signé par les dirigeants des sociétés participant à l'opération¹⁶²², à savoir le conseil d'administration, le directoire ou les gérants¹⁶²³, ou encore le président ou dirigeants désignés dans les statuts s'il s'agit d'une SAS¹⁶²⁴.

En pratique, dans les SA, c'est le conseil d'administration ou le directoire de chaque société, réuni spécialement à cet effet, qui arrête les termes du projet et délègue à l'un de ses membres le pouvoir de le signer¹⁶²⁵.

Dès sa signature par les dirigeants des sociétés participantes, ce contrat se transforme immédiatement en un traité de fusion qui produit une pleine efficacité à l'égard de toutes les parties à l'opération. Il s'agit alors d'un contrat parfait.

b) Aménagement des termes du projet de fusion ou de scission

674. Le contenu du projet de fusion ou de scission est adapté aux particularités des sociétés participantes à l'opération de restructuration. Toutefois, il doit comporter des mentions imposées par le droit des fusions ainsi que par le droit fiscal. D'autres mentions peuvent également être exigées selon les circonstances¹⁶²⁶.

¹⁶¹⁹ C. com. art. L. 236-11, L. 236-12.

¹⁶²⁰ Il s'agit de deux ou plusieurs sociétés contrôlées par une société mère.

¹⁶²¹ R. Dalmau, « Réforme du droit des fusions », *Bull. Joly soc.*, 01 sept. 2023, n° 09, p. 39, n° 12.

¹⁶²² *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 83080 énonce que « *le projet de fusion ou de scission est arrêté par le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission et par président ou des dirigeants désignés dans les statuts dans les sociétés par actions simplifiées* ».

¹⁶²³ C. com. art. L 236-6, al. 1, L 236-19 et L 236-27, al. 1.

¹⁶²⁴ C. com. art. L 227-1, al. 3.

¹⁶²⁵ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 83080.

¹⁶²⁶ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 83093. Selon l'ouvrage, « *les traités de fusion contiennent de nombreuses autres clauses concernant la situation de la société absorbée, les charges et conditions de la*

675. En vertu des dispositions de l'article R. 236-1 du Code de commerce, le projet de fusion doit contenir huit mentions impératives¹⁶²⁷. Il nous semble que les deux premières ont un caractère informatif, tandis que les autres mentions revêtent un caractère conventionnel. Le législateur a précisé les intitulés de ces mentions sans pour autant détailler leur contenu.

En pratique, les sociétés accordent souvent peu d'importance à la rédaction de ces mentions impératives, pourtant dotées d'une portée juridique de taille.

À travers cette section, nous examinerons succinctement l'intérêt et la portée juridique des trois premières mentions, qui sont souvent, à notre sens, sources de controverses doctrinales et de contentieux.

676. La mention relative à « *la forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés participantes* », qui doit figurer au tout début du corps du texte du projet de fusion, encadre l'identification des parties impliquées dans l'opération de restructuration. Cette mention doit être exacte. À ce titre, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'une erreur concernant l'adresse du siège social constitue une irrégularité dans le contenu du projet de fusion. En effet, cette erreur est de nature à empêcher de faire courir le délai de forclusion de trente jours, durant lequel les créanciers peuvent former opposition, dès lors que ceux-ci ne peuvent y procéder effectivement¹⁶²⁸.

677. La mention concernant « *les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission* » est très vague et semble être traitée comme une simple information. Généralement, les sociétés participantes se contentent de fournir des informations assez sommaires qui ne répondent pas à l'esprit du législateur¹⁶²⁹. La doctrine est partagée, notamment quant au contenu de la sous la

transmission de son patrimoine, les obligations de confidentialité à la charge de chacune des parties, la couverture des risques de non-conformité, les modalités de reprise de ses engagements à l'égard des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital ainsi que, le cas échéant, à l'égard des bénéficiaires d'options de souscription ou d'achat d'actions ou de droits à l'attribution gratuite d'actions, les conditions suspensives auxquelles l'opération pourrait être subordonnée (agrément fiscal, autorisation administrative, réalisation préalable d'une opération financière), etc ».

¹⁶²⁷ C. com. art. R. 236-1.

¹⁶²⁸ Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15.987, Bull. Joly 1996. 923, note P. Le Cannu, *Rev. soc.*, 1997. 110, note Y. Chartier.

¹⁶²⁹ Ex : projet de fusion entre Cardety et Carmila, art. 2.1.2 Motifs et buts de l'opération « *le projet de Fusion entre Cardety et Carmila a pour objectif de créer une société foncière majeure dédiée à la gestion et à la valorisation de centres commerciaux et de retail parks attenants à des magasins du Groupe Carrefour, un leader de la distribution dans le monde. Le portefeuille unifié du nouvel ensemble permettra par ailleurs d'élargir l'offre de Cardety aux enseignes présentes dans le portefeuille de Carmila, et réciproquement. Ce projet de Fusion permettra également, en adossant Carmila à une société foncière cotée, d'avoir accès à de nouvelles sources de*

rubrique « *conditions de la fusion* ». À cet égard, un auteur considère qu'il peut s'agir des conditions suspensives de l'opération, ainsi que ses principales modalités¹⁶³⁰. Cet avis n'est pourtant pas partagé par l'ensemble de la doctrine. En effet, les Professeurs Coquelet et Barrillon estiment que « *dans cette rubrique, devront apparaître [...] les conditions de réalisation de la fusion ou de la scission autres que les conditions financières (montant de l'augmentation de capital, date de jouissance des actions rémunérant les apports, affectation de la prime de fusion, clauses relatives aux charges et conditions générales des apports)* »¹⁶³¹.

678. L'examen sémantique des termes de cette mention suggère l'existence d'une relation de cause à effet entre ses trois composantes.

La première concerne les motifs ayant conduit l'organe de gestion à prendre la décision de restructuration. Ceux-ci doivent être minutieusement détaillés sur le projet de fusion. Il s'agit des motivations associées à l'opération de fusion ou de scission. Ces motivations sont multiples et variées. Elles peuvent être offensives (comme la saturation du marché actuel et la pénétration d'un nouveau marché, la maîtrise d'une source d'approvisionnement, la recherche des économies d'échelle, *etc.*) ou défensives (comme la préservation d'une part de marché, *etc.*).

679. La deuxième composante relative aux « *buts recherchés* » permet de présenter les objectifs stratégiques attendus de l'opération de restructuration tout en cernant les risques inhérents. Une préparation stratégique insuffisante ou démesurée peut avoir des conséquences néfastes sur la réalisation de l'opération. À titre d'exemple, un risque de surévaluation des synergies escomptées pourrait constituer un échec à l'opération de fusion ou de scission. La due diligence permet ainsi d'appréhender les effets de l'opération de restructuration, qui doivent figurer en principe sur le projet de fusion ou de scission.

Il importe de souligner que l'opération qui n'est pas justifiée par des motifs économiques valables entraîne la déchéance rétroactive du régime fiscal de faveur¹⁶³².

Par un arrêt de la Haute juridiction administrative, le Conseil d'État a décidé qu'une opération de fusion à l'envers entre deux sociétés « coquilles », qui n'avaient pu être justifiées par aucun autre motif que de permettre l'imputation des reports déficitaires de l'une des sociétés sur le

financement pour poursuivre le développement de l'activité et de la stratégie commune du Groupe Nouvelle Carmila ».

¹⁶³⁰ A. Bonnasse, *op. cit.* § 73.

¹⁶³¹ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 66.

¹⁶³² M.-A. Coudert, « Fusions de sociétés » *J.-Cl. fisc. Imp. dir. Traité*, LexisNexis, fasc., 1130-20, 2023, § 9.

bénéfice imposable de l'autre, était qualifiée d'abus de droit¹⁶³³. La portée de cette décision n'est pas sans conséquence sur la pérennité de l'opération de fusion. En effet, elle entraîne la déchéance du bénéfice du régime fiscal de faveur, ce qui peut compromettre le succès de l'opération de fusion. Cependant, sur le plan juridique, l'opération ne peut être contestée si les conditions de validité sont respectées. Telle est la décision de la Cour d'appel de Paris qui a jugé par un arrêt « *que le procédé utilisé, consistant à faire absorber la société mère par sa filiale, n'est en lui-même ni illicite ni artificiel* »¹⁶³⁴.

680. La troisième composante de la mention relative « *aux conditions de la fusion ou de la scission* » est la plus obscure et délicate à cerner, bien qu'elle revête un caractère crucial pour le succès de l'opération.

En pratique, les projets de fusion et de scission se contentent souvent de mentions très restreintes, ce qui ne répond pas à l'esprit du législateur.

Il nous semble que cette composante concerne les conditions de réalisation de l'opération, notamment celles déterminantes pour la réussite de l'opération de fusion ou de scission. Il s'agit, par exemple, des conditions structurelles, telles que les conditions d'intégration, les conditions d'interdépendances stratégiques convoitant la création de valeur, ainsi que les conditions organisationnelles, *etc.*

681. À travers la mention de « *la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue* », les associés des sociétés participantes sont informés de la valeur d'apport du patrimoine à transférer. Selon un auteur, une information portant sur les mêmes rubriques que celles d'un bilan annuel est suffisante¹⁶³⁵, mais elle doit, à notre sens, porter sur les valeurs réévaluées.

682. La date de « *jouissance* » des actions attribuées aux actionnaires de la société qui transmet son patrimoine est une mention importante du projet de fusion. Celle-ci détermine le droit aux dividendes à distribuer au cours de l'exercice. En effet, la jouissance peut être immédiate, donnant droit à tout dividende distribué post-fusion, ou différée, ne donnant droit qu'au dividende se rapportant au bénéfice de l'exercice en cours¹⁶³⁶.

¹⁶³³ CE, 9e et 10e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 352999, *JurisData* n° 2014-020289 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 138 ; *JCP E* 2014, 1375.

¹⁶³⁴ CA Paris, 1re ch., 28 déc. 1992, *JurisData* n° 1992-024250 ; Bull. Joly, 1993, p. 437§ 124, note P. Le Cannu.

¹⁶³⁵ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions de sociétés commerciales*, LexisNexis, 1991, n° 878 s.

¹⁶³⁶ A. Bonnasse, *op. cit.* § 73.

683. Le projet de fusion, comme celui de scission, comporte également des mentions ayant un caractère d'engagement à l'égard de l'administration fiscale. En effet, le bénéfice du régime fiscal de faveur pour une opération de fusion ou de scission impose de mentionner sur le projet de fusion ou de scission certains engagements requis par l'article 210 A du Code général des impôts.

Il s'agit particulièrement de l'engagement de l'absorbante ou des sociétés issues de la scission à reprendre les provisions¹⁶³⁷ dont l'imposition est différée et à réintégrer dans ses bénéfices imposables les plus-values dégagées lors de l'apport des biens amortissables¹⁶³⁸.

De surcroît, la société absorbante doit s'engager expressément à se substituer à la société absorbée pour toutes les obligations de nature fiscale de cette dernière, qu'elle devra continuer à respecter. Les mêmes obligations s'imposent dans le cadre d'une opération de scission.

684. Se pose alors la question de savoir si cet engagement s'impose même en l'absence de provisions dont l'imposition est différée, ou lorsque la société absorbée ou scindée n'a pas apporté de biens amortissables à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission. À première vue, il semble que la société n'ait pas à s'engager pour des obligations sans objet. Cependant, un arrêt récent du Conseil d'État a tranché cette question. En effet, il a été jugé, par un arrêt du Conseil d'État, que cette formalité est substantielle et doit être respectée même si ces engagements étaient sans objet en raison de l'absence de ces éléments au bilan de la société absorbée¹⁶³⁹. L'absence, même partielle, de cet engagement entraîne la déchéance du régime fiscal de faveur dans son ensemble. En d'autres termes, l'omission de cet engagement dans le traité de fusion entraîne la perte du droit au régime fiscal de faveur.

Cette conséquence pourrait avoir des effets financiers néfastes sur l'opération dans sa globalité, particulièrement en présence de plus-values latentes, qui sont alors imposées entre les mains de l'absorbante. La mention de cet engagement est alors considérée comme déterminante pour la pérennité de l'opération de fusion.

¹⁶³⁷ Il s'agit des provisions pour dépréciation des éléments non amortissables, les provisions pour risques et charges et les provisions spéciales réglementées.

¹⁶³⁸ CE, 9e et 10e ss-sect., 20 janv. 2016, n° 376980, *JurisData* n° 2016-001189 ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 94, note J.-L. Pierre ; *RJF* 2016, n° 321 ; CE, 8e et 9e ss-sect., 6 mars 1981, n° 15085, *Dr. fisc.* 1981, n° 45, comm. 1998, concl. Rivière ; *RJF* 1981, n° 412.

¹⁶³⁹ CE, 3e et 8e ch., 24 juin 2022, n° 450183, *Dr. fisc.* 2022, n° 40, comm. 356, concl. L. Cytermann ; *RJF* 2022, n° 826.

685. Il est fréquent de mentionner dans le projet de fusion toute une série d'engagements relatifs à la reprise du passif, aux engagements hors bilan, au transfert des salariés, *etc.* Ces engagements sont dépourvus de portée juridique dès lors que le transfert du patrimoine résulte de l'effet légal de la fusion ou de la scission et non d'une stipulation contractuelle.

Dès lors que le patrimoine apporté comporte un fichier client numérique, le projet de fusion doit mentionner les clauses contractuelles types prévues par la CNIL¹⁶⁴⁰.

Cependant, pour une opération de scission, ces mentions doivent figurer dans le traité de scission. Elles permettent de figer l'affectation du patrimoine, des droits et des obligations de la société scindée entre les sociétés bénéficiaires.

Le traité de fusion ou de scission peut également inclure des clauses suspensives qui conditionnent la réalisation définitive de l'opération¹⁶⁴¹. Ces conditions ne prennent effet qu'après approbation de l'opération de restructuration par les associés des sociétés participantes.

En outre, d'autres mentions, bien que non obligatoires, doivent figurer dans le projet de fusion ou de scission afin de fournir une information complète aux associés et aux créanciers des sociétés participantes¹⁶⁴².

686. Il est d'usage d'inclure dans le projet de fusion entre sociétés indépendantes une clause dite « *material adverse change* »¹⁶⁴³, permettant à la société absorbante de renoncer à l'achèvement de la fusion convenue ou de renégocier les conditions en cas de survenance d'événements qui bouleversent l'économie générale de l'opération de restructuration¹⁶⁴⁴. Cette clause préventive est particulièrement intéressante en période de crise financière. Cependant, il nous semble que cette clause ait perdu sa raison d'être depuis l'ordonnance n° 2016-131 du

¹⁶⁴⁰ Voir n° 385 *supra*.

¹⁶⁴¹ Ex. : Un agrément administratif ou la non-survenance d'événements économiques majeurs, accord des cocontractants dont le contrat exige le consentement.

¹⁶⁴² A. Bonnasse, Op. cit. § 75.

¹⁶⁴³ La clause « *Material adverse change* » est une pratique juridique souvent utilisée dans les opérations d'acquisitions des droits sociaux et qui permet à l'acquéreur de se réserver la possibilité de refuser le closing de la fusion ou de l'acquisition convenue, ou de renégocier les conditions financières de l'opération si, entre la date de signature et celle de réalisation définitive de l'opération, surviennent des événements exceptionnels entraînant un bouleversement profond de l'économie de l'opération.

¹⁶⁴⁴ B. Mercadal, « A propos de la clause *Material adverse change* en matière de fusions de sociétés », *RJDA* 2/03, p. 83.

10 février 2016, notamment à travers l'article 1195 du Code civil qui tend vers ce même objectif.

687. La question se pose donc de savoir si les dispositions de ce texte sont applicables au traité de fusion ou de scission. À notre connaissance, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont encore abordé cet aspect, qui mérite d'être examiné à travers la présente étude.

Il convient alors d'établir une distinction entre l'applicabilité de ce texte au projet de traité de fusion ou de scission, et son applicabilité au traité lui-même, dont il constitue le prélude. La qualification juridique de ces deux actes entraîne nécessairement des effets différents. En effet, le projet de fusion revêt un caractère contractuel, tandis que le traité de fusion revêt également un caractère institutionnel.

688. Juridiquement, l'article 1195 du Code civil est parfaitement applicable au projet de fusion. En tant qu'acte de nature contractuelle, ce projet n'a pas encore produit ses effets à l'égard des tiers¹⁶⁴⁵. Ce texte permet d'imposer la renégociation du projet de fusion ou de scission sous certaines conditions, notamment en cas de survenance de circonstances imprévisibles lors de sa signature, rendant la réalisation excessivement onéreuse pour l'une des sociétés participantes qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. La société lésée peut demander à l'autre de renégocier les modalités de l'opération de fusion ou de scission¹⁶⁴⁶. Cependant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pendant la période de renégociation¹⁶⁴⁷. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les sociétés participantes peuvent abandonner leur projet ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une des parties, réviser le projet ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe¹⁶⁴⁸.

Toutefois, la situation diffère pour le traité de fusion ou de scission approuvé par les associés des sociétés participantes. Dans ce cas, il convient de rappeler que la société absorbée ou scindée, partie intégrante du traité de fusion ou de scission, est dissoute. À cet égard, aucune modification ne nous semble alors possible. Le traité devient ainsi un acte intangible et immuable.

¹⁶⁴⁵ A. Osman, *La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien, étude comparative*, thèse Rennes 1, 2015, n° 220.

¹⁶⁴⁶ C. civ art. 1195 al 1.

¹⁶⁴⁷ C. civ art. 1195 al 1.

¹⁶⁴⁸ C. civ art. 1195 al 2.

689. L'opération de fusion ou de scission devient alors définitive à compter de la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé le projet de traité de fusion ou de scission par les associés des sociétés participantes, sous réserve de la réalisation de toutes les conditions suspensives. À partir de cet instant, le traité de fusion acquiert une force obligatoire qui rend ses effets indéfectibles.

II- Force obligatoire du traité de fusion ou de scission

690. Le début de la mise en œuvre d'une opération de fusion ou de scission est conditionné par l'approbation du projet de fusion ou de scission par l'organe habilité, ce qui lui confère nécessairement une force obligatoire. Il est alors nécessaire d'examiner les conditions essentielles requises pour la validité juridique du traité de fusion ou de scission **(1)** ainsi que les modalités pratiques liées à l'exécution de l'opération **(2)**.

1) Validité juridique du traité de fusion ou de scission

691. La qualification juridique du traité de fusion ou de scission emporte des conséquences juridiques quant à sa validité ou encore à la possibilité de subir des modifications **(a)**. Par ailleurs, la pérennité et l'intangibilité du traité de fusion ou de scission sont conditionnées par le respect rigoureux des règles processuelles établies par le législateur et par la jurisprudence **(b)**.

a) Nature juridique du traité de fusion ou de scission

692. Le traité de fusion ou de scission est un acte qui cristallise la rencontre des volontés des sociétés participantes à l'opération de restructuration. Force est de constater que l'approbation du projet de traité de fusion ou de scission par les sociétés manifeste leur acceptation de l'intégralité de ses dispositions, lui conférant ainsi force obligatoires.

Le traité de fusion ou de scission conserve sa nature contractuelle. Il produit alors sa force obligatoire à l'égard des parties contractantes, laquelle doit prévaloir sur l'effet légal relatif à la transmission universelle du patrimoine. En effet, dès lors que les cocontractants ont expressément déterminé le sort du contrat en cas de fusion, il convient de donner plein effet à leur volonté¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁹ Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-16.878, *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 591, note X. Vamparys ; *Lettre juridique Lexbase*, n° 201, 09 févr. 2006, Sociétés, la fusion face aux contrats *intuitu personae*.

Néanmoins, ce traité doit satisfaire aux conditions essentielles pour la validité des contrats¹⁶⁵⁰ et respecter le régime spécial des fusions prévu par le législateur.

693. La force obligatoire du traité de fusion s'impose alors par l'effet de la loi. Il produit ses effets non seulement à l'égard des sociétés signataires, mais aussi à l'égard des associés et des tiers, ce qui confère au traité de fusion ou de scission un caractère contractuel et institutionnel¹⁶⁵¹.

Ainsi, à la date de réalisation définitive de l'opération, se produisent simultanément trois effets légaux¹⁶⁵² issus des dispositions de l'article L. 236-3 du Code de commerce. En effet, la fusion entraîne « *la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent* », « *la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires* » et « *elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associé des sociétés bénéficiaires* ». Les mêmes effets se produisent pour l'opération de scission par renvoi de l'article L. 236-21 du Code de commerce.

En conséquence, le traité de fusion conserve une nature juridique hybride, à la fois contractuelle, dominée par la théorie de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, et institutionnelle, articulée autour de la poursuite d'un intérêt commun¹⁶⁵³. Ainsi, la fusion comme la scission constitue un contrat particulier, *sui generis*¹⁶⁵⁴.

Se pose alors la question de savoir si le traité de fusion peut faire l'objet de nullité en cas de manquement aux obligations, à l'instar d'un contrat ?

b) Pérennité et intangibilité du traité de fusion ou de scission

694. Une opération de fusion ou scission produit des effets irréversibles sur les droits et obligations des parties à l'opération et des tiers.

¹⁶⁵⁰ Le nouvel article 1128 du Code civil dispose que ces conditions portent sur le consentement, la capacité et l'objet ; A. Kalaani, *La fusion de sociétés en droit interne et international : contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse Paris II, 2015, p. 112 et s.

¹⁶⁵¹ J.-J. Neuer, *Le contrat-institution, Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé*, LPA, 19 juin 1995, n° 73, p. 4.

¹⁶⁵² M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 2.

¹⁶⁵³ S. Vaisse, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967, p. 8.

¹⁶⁵⁴ M. P. Wagou Leumega, *La protection des associés et des créanciers dans les opérations de fusion et d'apport partiel d'actif des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA*, thèse Loraine, 2017, n° 31.

Dans le but d'assurer la pérennité des opérations de restructuration, le législateur a limité les irrégularités susceptibles d'entraîner leur nullité. Ainsi, une irrégularité qui n'est pas expressément sanctionnée par la nullité ne peut donc remettre en cause l'opération.

Il ressort, en effet, de la combinaison des articles 1844-10 du Code civil et de l'article L. 235-1 du Code de commerce que la nullité d'une opération de fusion ou de scission ne peut résulter que de la violation d'une disposition qui compose le régime général du contrat ou de la violation d'une disposition expresse du Livre II du Code de commerce. À ces deux dispositions, il convient d'ajouter l'abus de majorité et la fraude, qui constituent également des causes de nullité rarement retenues par le juge¹⁶⁵⁵, celui-ci se montrant très sévère à cet égard.

695. La pérennité de l'opération de restructuration suppose le respect scrupuleux des dispositions impératives relatives à la validité des délibérations ayant approuvé l'opération de fusion ou de scission. Cela inclut le respect des formalités prévues aux articles L. 236-6 et R. 236-4 du Code de commerce.

Il est donc crucial de respecter les modalités de forme et de délai des convocations prévues par les statuts afin d'éviter les vices processuels qui pourraient entraîner la nullité de l'une des assemblées des sociétés participantes à l'opération de restructuration.

Les délibérations approuvant le traité de fusion ou de scission doivent respecter les conditions de quorum et de majorité exigées pour toute modification statutaire. Toutefois, si l'opération entraîne une augmentation des engagements des associés de la société absorbée ou de l'une des sociétés scindées, le consentement unanime de ces derniers est requis¹⁶⁵⁶ à peine de nullité.

696. Il convient de rappeler que les statuts d'une SAS sont régis par la liberté contractuelle. En adhérant aux statuts de cette forme juridique, les associés de la société fusionnée ou scindée acceptent ses dispositions. Ainsi, si la société absorbante est une SAS, la délibération des associés de la société absorbée devra être adoptée à l'unanimité, indépendamment de la forme juridique de cette dernière¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁵ Cass. com., 11 oct. 1967, *Bull. Joly* 1967 § 175, p. 300 ; *RTD com.* 1968, p. 94, obs. R. Houin ; *D.* 1968, *jurispr.* p. 136, L'abus de majorité n'a été sanctionné que dans ce cas d'espèce.

¹⁶⁵⁶ C. civ. art. 1836, al. 2.

¹⁶⁵⁷ CA Versailles, 27 janv. 2005, n° 03/04697, *JurisData* n° 2005-266312 ; *Bull. Joly* 2005 § 137, p. 612 ; *RTD com.* 2005, p. 365, note P. Le Cannu. Cet arrêt est cassé dans toutes ses dispositions par l'arrêt Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17.802, *JurisData* n° 2006-036664 ; *JCP E* 2007, 1192, note A. Viandier ; H. Guyader, « La décision de fusion-absorption d'une SA par une SAS doit être prise à l'unanimité des associés », *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2007, n° 788.

En cas de scission, la délibération d'approbation doit être adoptée à l'unanimité des associés de la ou des sociétés issues de la scission qui prennent la forme de SAS.

Cependant, si la société absorbée ou scindée est une SAS, la délibération approuvant le traité de fusion ou de scission doit être adoptée selon les conditions de majorité arrêtées par les statuts.

697. Les sociétés parties à l'opération sont également tenues de respecter les conditions d'informations préalables lors de la tenue des assemblées approuvant l'opération de restructuration. Cela inclut la communication de l'avis du comité d'entreprise lorsque celui-ci a été consulté en application de l'article L. 2312-8 du Code du travail¹⁶⁵⁸, ainsi que le droit de communication des associés¹⁶⁵⁹. La violation de ces dispositions peut entraîner la nullité de la fusion ou de la scission¹⁶⁶⁰.

698. Se pose alors la question de savoir si la modification, par la collectivité des associés, de certaines mentions du traité de fusion est assimilée à une modification de l'ordre du jour en violation du droit à l'information des actionnaires, susceptible de nullité.

Il convient de rappeler que, préalablement à son approbation par l'assemblée générale, le projet de fusion fait l'objet de publicités légales et est soumis à l'appréciation du commissaire à la fusion. Compte tenu de son caractère institutionnel, il nous apparaît impossible de modifier les clauses ayant un effet sur les droits des tiers et des associés. Cependant, il nous semble non seulement possible, mais aussi obligatoire, d'apporter des modifications pour se conformer aux réserves stipulées dans le rapport du commissaire à la fusion.

Dans ce sens, la Haute juridiction considère que la modification des conditions de la fusion décidée par les assemblées ne saurait être considérée comme une atteinte à l'ordre du jour. Dans cette affaire, l'assemblée a modifié la valeur de l'actif net apporté à l'absorbante afin d'intégrer les observations du commissaire à la fusion avant de l'approuver. Ainsi, la Cour a estimé que *« l'ordre du jour de l'assemblée du 29 juin 2011 étant relatif, notamment, à "l'approbation du projet de fusion prévoyant la transmission universelle du patrimoine de la société X au profit de la société Y", l'assemblée n'était pas sortie des limites de l'ordre du jour en décidant d'approuver cette opération, fût-ce après avoir modifié la valeur de l'actif net apporté à la*

¹⁶⁵⁸ C. com. art. L. 225-105 ; La forme de la communication est libre. Il peut être repris dans le rapport du conseil d'administration si l'avis est communiqué avant que celui-ci ne soit arrêté. À défaut, il peut être simplement mentionné oralement à l'assemblée.

¹⁶⁵⁹ C. com. art. L. 225-115 et L. 225-116.

¹⁶⁶⁰ C. com. art. L. 225-121, al. 2.

société absorbante ; dès lors, les règles relatives à l'information des actionnaires n'avaient pas été violées »¹⁶⁶¹. Cette décision a été rendue dans la cadre d'une affaire concernant une société de HLM, mais elle semble transposable aux principes de compétence des assemblées des sociétés de capitaux.

699. La violation des dispositions régissant la validité des contrats peut conduire à la nullité de l'opération de fusion ou de scission. Usuellement, le dol constitue le fondement le plus invoqué. En effet, il a été jugé que le silence du président du conseil d'administration d'une société anonyme concernant un contrat classé « secret défense » ne pouvait pas justifier une action en nullité sur le fondement du vice de consentement¹⁶⁶², dès lors que ce contrat avait été porté à la connaissance des évaluateurs et pris en compte dans l'évaluation¹⁶⁶³.

Cet arrêt pourrait laisser penser que l'omission d'informations cruciales aux évaluateurs pourrait potentiellement entraîner la nullité de la fusion. Par conséquent, peut-on en déduire que la dissimulation d'informations aux associés constitue également un vice de consentement ?

700. À notre sens, le droit des associés à l'information ne doit pas compromettre l'opération de fusion ou de scission. La divulgation d'informations concernant certains contrats d'entreprise pourrait mettre en péril la pérennité de la société contractante. Par conséquent, il est plus approprié que ces contrats soient communiqués uniquement aux experts évaluateurs ainsi qu'au commissaire à la fusion et, le cas échéant, au commissaire aux apports. Ce dernier pourrait alors indiquer dans son rapport l'existence et la prise en compte des contrats classés secrets et confidentiels, ainsi que la prise en compte de leurs effets dans l'évaluation de la société contractante et dans la détermination de la parité d'échange.

Tel est d'ailleurs l'un des objectifs de la loi du 30 juillet 2018 qui visait, selon deux auteurs, à « *définir de manière uniforme le secret des affaires. L'article L. 151-1 du Code de commerce protège ainsi, au titre du secret des affaires, l'information non généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de*

¹⁶⁶¹ Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, *JurisData* n° 2015-022074 ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 212, note D. Gallois Cochet.

¹⁶⁶² CA Paris, 29 juin 2004, n° 03-19704, *RJDA* 1/05 n° 36.

¹⁶⁶³ Cass. com., 3 juin 1998, n° 96-13.891, *JurisData* n° 1998-002446 ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 142 ; *Bull. Joly* 1998, p. 921§ 290, note A. Couret.

*leur secteur d'activité, qui revêt une valeur commerciale effective ou potentielle, et qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables pour en conserver le caractère secret »*¹⁶⁶⁴.

Dans un autre sens, il est pertinent de rappeler que la fraude et l'abus de droit sont des principes généraux du droit, dont la violation peut constituer un motif de nullité d'une opération de fusion ou de scission¹⁶⁶⁵.

701. L'abus de majorité est un fondement jurisprudentiel de nullité d'une opération de fusion ou de scission. La jurisprudence constante considère que les décisions prises contre l'intérêt social, notamment celles favorisant une catégorie d'associés, peuvent être annulées sur le fondement de l'abus de majorité¹⁶⁶⁶.

Une distinction doit alors être établie entre l'intérêt individuel des associés et l'intérêt social. Les décisions prises par la collectivité des associés dans l'intérêt social peuvent avoir un impact négatif sur l'intérêt individuel des minoritaires. Tel est notamment le cas lorsque les associés minoritaires sont évincés de la société, à défaut de posséder suffisamment de parts ou actions pour les échanger contre celles de la société absorbante.

Ainsi, il a été jugé qu'un traité de fusion, qui prévoyait une parité d'échange empêchant les actionnaires de la société absorbée, détenant une seule action, de devenir actionnaires de l'absorbante sans acquérir des rompus pour atteindre un nombre entier d'actions et recevant éventuellement une soulte, ne saurait être annulé¹⁶⁶⁷. Dans cette affaire, selon la Cour, l'abus de majorité n'a pas été démontré. La dissolution de la société absorbée ne suffit donc pas à démontrer que l'opération est contraire à son intérêt social puisque celle-ci découle directement de la fusion, une conséquence prévue et réglementée par la loi.

¹⁶⁶⁴ B. Javaux et E. Arcelin-Boyer, « Secret des affaires, La loi du 30 juill. 2018 sur le secret des affaires, quels enseignements tirer de la jurisprudence 4 ans après ? », *JCP G* n° 37, 19 sept. 2022, 1038, n° 2.

¹⁶⁶⁵ CA Paris, 26 mars 2009, n° 07-4287, *RJDA* 2009, n° 968 ; CA Rouen, 6 juill. 2004, n° 02-3307, *RJDA* 2005, n° 146, l'abus de majorité n'a pas été retenu dans ces deux espèces.

¹⁶⁶⁶ Cass. com., 7 juill. 1980, n° 79-10543, *Rev. soc.*, 1981, p. 315, note J.H. par cet arrêt, selon le commentateur la haute juridiction a rejeté le pourvoi contre l'arrêt ayant débouté un actionnaire minoritaire de sa demande en annulation d'une fusion, dès lors que les juges du fond ont, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, relevé que cet actionnaire n'apportait pas la preuve que la résolution critiquée avait été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.

¹⁶⁶⁷ CA Rouen, 6 juill. 2004, n° 02-3307, *RJDA* 2/2005, 146 ;

702. S'agissant de la fraude, la question de son impact sur la décision sociale peut être cruciale. La jurisprudence estime que la fraude constitue également une cause de nullité, conformément à l'adage *fraus omnia corrumpit*.

L'action en nullité pour fraude ne peut être intentée que par les associés minoritaires. Les créanciers et titulaires de droits, quant à eux, peuvent intenter une action paulienne pour déclarer que la fusion ou la scission leur est inopposable¹⁶⁶⁸.

Par un arrêt récent, la Cour de cassation semble ériger la fraude en source autonome de nullité d'une délibération sociale¹⁶⁶⁹. Dans le cas d'une surévaluation frauduleuse des apports, une sanction similaire pourrait également être envisagée. La valorisation excessive du patrimoine de l'absorbée ou de la société scindée peut résulter d'une fraude ayant pour effet de fausser la parité d'échange et, par conséquent, le nombre de titres attribués aux associés de la société apporteuse.

Cette surévaluation peut notamment résulter de la dissimulation par les dirigeants de l'une des sociétés parties à l'opération ou d'informations susceptibles d'impacter négativement l'information financière dont les risques et charges financières sont conséquents et n'ont pas été provisionnés dans les comptes sociaux. Ces faits sont susceptibles de recevoir une qualification pénale, à travers le délit de majoration frauduleuse des apports¹⁶⁷⁰.

703. Les associés lésés peuvent également demander, sur le fondement d'une action individuelle, le dédommagement du préjudice éventuellement subi par l'opération de fusion¹⁶⁷¹. Par un arrêt, la Cour de cassation a notamment affirmé que « *la surévaluation des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social,*

¹⁶⁶⁸ B. Lecourt, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », in Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, D. 2003, p. 615.

¹⁶⁶⁹ Cass. com., 13 janv. 2021, n° 18-21.860, *JurisData* n° 2021-000235 ; *Rev. soc.*, 2021, p. 358, note J. Heinich ; *JCP E* 2021, 1257, note S. Tisseyre ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 36, note J.-F. Hamelin ; *Bull. Joly soc.*, 2021, p. 13, note E. Schlumberger. Dans cette affaire, la nullité n'avait pas été revendiquée, et n'entrait donc pas dans les débats.

¹⁶⁷⁰ C. com. art. L. 241- 3 pour les SARL, C. com. art. L. 242- 2 pour les SA et SAS en cas de majoration frauduleuse lors de la constitution ; C. com. art. L. 242-21, pour les majorations en cours de vie sociale.

¹⁶⁷¹ Cass. Com., 4 nov. 2021, n° 19-12.342. La Cour de cassation affirme au visa des articles 1382, devenu 1240, du Code civil et 31 du Code de procédure civile que « *la recevabilité de l'action en responsabilité engagée par un associé contre un tiers est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel et distinct de celui qui pourrait être subi par la société elle-même, c'est-à-dire d'un préjudice qui ne puisse être effacé par la réparation du préjudice social. Le seul fait que cet associé agisse sur le fondement de la responsabilité contractuelle ne suffit pas à établir le caractère personnel du préjudice allégué* ».

cause de ce fait aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation »¹⁶⁷².

704. Un arrêt rendu par le tribunal de commerce de Bayonne¹⁶⁷³ constitue l'une des rares décisions identifiées relatives au contentieux de l'annulation d'une fusion. La décision mérite d'être examinée en ce qu'elle a retenu la nullité d'une SAS sur le fondement d'un motif non expressément prévu par les textes.

Dans cette affaire, le juge a motivé sa décision par l'absence d'approbation de l'opération par le conseil de surveillance de la société absorbante, en violation des statuts de celle-ci. Pour la doctrine, cette motivation semble contestable¹⁶⁷⁴. À notre sens, cette décision est bien fondée. L'analyse ci-après corrobore notre postulat.

705. Il est primordial de rappeler que l'action intentée vise à obtenir la nullité du procès-verbal de la délibération, ou du moins la résolution¹⁶⁷⁵, ayant approuvé le traité de fusion ou de scission. Par dérogation, aux dispositions applicables à la fusion classique, l'approbation de l'opération de fusion par les associés des sociétés participantes est exclue lorsqu'une société est détenue à plus de 90 % par l'absorbante¹⁶⁷⁶. N'ayant pas tenu les assemblées générales pour approuver l'opération de fusion ou de scission, aucun procès-verbal n'est alors établi. Dans ce cas, l'action en nullité porte sur le traité de fusion arrêté et signé par le président des deux sociétés dans le cadre de ses prérogatives statutaires.

S'il est vrai que le président d'une SAS dispose des pouvoirs les plus étendus pour engager la société envers les tiers, tel n'est pas le cas en l'espèce. Par un arrêt de la chambre commerciale, et contrairement à sa position antérieure, il a été jugé que la décision prise unilatéralement par le président, alors que les statuts lui imposent de consulter les associés, peut être annulée.

En effet, la Cour considère *« désormais que l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce, institué afin de compléter, pour les sociétés par actions simplifiées, le régime de droit commun des nullités des actes ou délibérations des sociétés, tel qu'il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce, doit être lu comme visant les décisions prises en*

¹⁶⁷² Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13.112 Juris Data n° 2005-029182 ; LPA 11 oct. 2005, n° 202, note J-F Barbieri, *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 80, note S. Massai-Bahri ; LPA 9 juin 2006, p. 9, note I. Krimmer.

¹⁶⁷³ T. com. Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774, *Bull. Joly* 2013, n° 03, p. 223, note Ph. Merle.

¹⁶⁷⁴ A. Bonnasse et N. Jülich, *op. cit.* § 302.

¹⁶⁷⁵ Cass. com., 29 mai 2024, n° 22-13710, FS-B, *Bull. Joly soc.*, sept. 2024, n° *Bull. Joly soc.*, 203e9, note A. Reygrobellet.

¹⁶⁷⁶ C. com. art. L. 236-12.

violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa et permettant, lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d'en poursuivre l'annulation »¹⁶⁷⁷.

706. La fusion simplifiée n'est pas une opération relevant de la compétence des associés. Elle constitue une opération de gestion¹⁶⁷⁸. Une fusion simplifiée entre deux SAS, dont le traité de fusion est signé par le président commun au nom et pour le compte des deux sociétés participantes, constitue une décision de gestion susceptible de nullité si elle est prise en violation des dispositions statutaires. Le délai de prescription abrégé est maintenu.

707. Lorsque la cause est caractérisée et l'action en nullité est accueillie par le juge, la nullité de l'acte ou de la délibération entraîne sa disparition rétroactive. En application des dispositions du droit commun du contrat, et particulièrement de l'article 1178 du Code civil, la nullité annihile l'acte et ses effets, ce qui engendre des annulations en cascade, non souhaitables pour la sécurité juridique¹⁶⁷⁹.

708. La nullité des délibérations ayant approuvé la fusion ou la scission présente, néanmoins, une particularité en termes de délai de prescription. L'article L. 235-9, alinéa 2, du Code de commerce dispose que « *l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission de sociétés se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération* ». Il s'agirait d'un délai de prescription abrégé susceptible d'interruption ou de suspension conformément aux articles 2233 et suivants et 2242 et suivants du Code civil.

En revanche, il a été jugé que ce délai de prescription abrégé n'est pas applicable en cas de fraude¹⁶⁸⁰.

709. Cependant, lorsque la cause de nullité est l'absence de dépôt de la déclaration de régularité, la prescription de droit commun s'applique puisque cette absence de dépôt rend

¹⁶⁷⁷ C. com. n° 21-18.324 15 mars 2023.

¹⁶⁷⁸ V. n° 673 *supra*.

¹⁶⁷⁹ N. Jullian et S. Tisseyre, *op. cit.*, n° 243.

¹⁶⁸⁰ Cass. com., 5 avr. 2018 n° 16-18.772, *Bull. Joly soc.*, n° 07-08, juill. 2018, p. 405 note C. Coupet ; CA Paris, 19 mars 2013, n° 12/00020, *RTD com.* 2013. 767, obs. B. Dondero ; *RJDA* 2013, n° 33.

impossible la modification de l'inscription au registre du commerce et des sociétés¹⁶⁸¹. Cette irrégularité ne devrait jamais aboutir à la nullité, mais à sa régularisation¹⁶⁸².

Il est à préciser que la nullité d'une opération de fusion ou de scission est sans effet sur les obligations nées à la charge ou au profit des sociétés auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prend effet la fusion ou la scission et celle de la publication de la décision prononçant la nullité¹⁶⁸³.

2) La réalisation de l'opération de fusion ou de scission

710. L'opération de fusion ou de scission se caractérise par trois effets légaux (a). De surcroît, la détermination de la date d'effet de l'opération de fusion ou de scission revêt une importance cruciale, en particulier afin de clarifier le statut des actes et engagements pris par la société après l'approbation du traité de fusion ou de scission par les organes habilités (b).

a) Les effets légaux de l'opération de fusion ou de scission

711. La fusion, tout autant que la scission, se traduit par la dissolution instantanée, mais sans liquidation de la société absorbée ou scindée, et par la transmission de l'universalité de son patrimoine au profit de la société absorbante ou à l'une des sociétés issues de la scission. Cette dernière se substitue alors dans tous les biens, droits et obligations de la société dissoute.

Il convient de préciser que la société dissoute perd sa personnalité morale dès la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé la fusion ou la scission¹⁶⁸⁴. Cependant, la disparition de sa personnalité juridique n'est opposable aux tiers qu'à la date à laquelle cette dissolution est publiée au registre du commerce et des sociétés¹⁶⁸⁵, peu important qu'ils en aient eu personnellement connaissance avant l'accomplissement de cette formalité¹⁶⁸⁶.

712. Les effets légaux de la fusion ou de la scission impliquent que tous les éléments d'actif de la société absorbée ou scindée sont transmis de plein droit à la société bénéficiaire.

¹⁶⁸¹ A. Bonnasse et N. Jülich, *op. cit.* § 311.

¹⁶⁸² C. com. art. L. 235-8, al.2.

¹⁶⁸³ C. com. art. L. 235-11.

¹⁶⁸⁴ Cass. 2e civ., 27 juin 2019, n° 18-18.449 ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 203, note J.-F. Hamelin.

¹⁶⁸⁵ C. com. art. L. 237- 2, al. 3.

¹⁶⁸⁶ Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-15.475, *JurisData* n° 2019-018659 ; *Dr. sociétés* 2020, comm. 6, note J.-F. Hamelin § 50.

À ce titre, les créances et les éléments d'actif corporel, incorporel ou financier appartenant à l'absorbée à la date de réalisation de la fusion, même s'ils ne figuraient pas sur son bilan ou sur le traité de fusion, sont transférés de plein droit à la société absorbante.

Le même principe s'applique pour la scission. Cependant, les créances ou actifs non spécifiquement affectés par le traité de scission posent un problème d'affectation. À notre sens, ces créances et actifs devraient être rattachés à la société issue de scission qui a accueilli l'activité à l'origine de la créance, ou qui a un lien de connexité avec l'actif omis.

713. En sa qualité d'ayant cause universel, la société absorbante ou nouvelle se substitue de plein droit aux engagements souscrits par la société fusionnée ou scindée. Dès lors que la scission a pour objectif de scinder le patrimoine de la société dissoute et de l'affecter à au moins deux sociétés préexistantes ou nouvelles, chaque société bénéficiaire se trouve dans la situation d'une société absorbante pour la fraction du patrimoine qui lui échoit. En d'autres termes, il s'opère, à l'égard de chacune des sociétés bénéficiaires, la transmission universelle du patrimoine de la société scindée.

714. Afin de préserver l'intérêt des créanciers, la loi dispose que les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des créanciers de la société scindée en lieu et place de celle-ci¹⁶⁸⁷. Cependant, le projet de scission peut écarter cette solidarité¹⁶⁸⁸. Dans une telle hypothèse, les créanciers peuvent former opposition à la scission.

L'obligation au passif de la société absorbante s'opère donc de plein droit et concerne tant les obligations contractuelles que les engagements délictuels¹⁶⁸⁹ de la société dissoute. Les Professeurs Coquelet et Barrillon considèrent que « *si une dette n'est pas mentionnée sur le traité de fusion ou de scission, la société ne peut exciper de cette omission pour se soustraire à son obligation d'exécution* »¹⁶⁹⁰.

715. La continuation des engagements de la société fusionnée ou scindée concerne non seulement le passif déjà existant ou expressément visé dans le traité de fusion, mais également

¹⁶⁸⁷ C. com. art. L. 236-20.

¹⁶⁸⁸ C. com. art. L. 236-21.

¹⁶⁸⁹ Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-25749, *Rev. soc.*, 2015, p. 579, note Moulin J.-M.

¹⁶⁹⁰ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 238.

les dettes qui n'étaient que simplement virtuelles ou éventuelles au jour de la réalisation définitive de la fusion ou de la scission¹⁶⁹¹, voire « sans existence perceptible »¹⁶⁹².

Certains passifs dont le fait générateur est antérieur à la date de réalisation de la fusion ou de la scission, mais qui ne se révèlent que plus tard, sont également pris en charge de plein droit par la société absorbante. Il s'agit, par exemple, des conséquences des effets financiers, d'un contrôle sur pièce de l'administration fiscale ou encore de la révélation de vices cachés après la date de la réalisation de la fusion¹⁶⁹³. Dans ce sens, un auteur estime que « *sans exister à l'époque de la fusion, elle était en puissance du contrat, dont l'objet ouvre le cas échéant à l'acheteur à l'encontre du vendeur une action pour vice caché de la chose vendue* »¹⁶⁹⁴. Le même auteur ajoute que « *recueillir le patrimoine d'une société qui entre dans une autre par fusion, c'est assumer le tout pour la société absorbante, le visible autant que l'insoupçonné dans le passif transmis* »¹⁶⁹⁵.

Un autre auteur considère que « *s'agissant du passif virtuel, il renvoie aux dettes en germes, potentielles, pas encore nées au moment de la réalisation de l'opération. Dans un souci de protection des créanciers, la société bénéficiaire en est également comptable* »¹⁶⁹⁶.

En principe, le droit comptable impose aux sociétés commerciales de provisionner les risques et charges dès lors qu'un risque de prise en charge d'un passif est éventuel¹⁶⁹⁷. Peu important que l'obligation est incertaine à la date de la fusion. Celle-ci doit être prise en compte lors de l'évaluation de la société concernée.

716. Par dérogation au principe selon lequel la substitution active se réalise de plein droit et sans formalité, la transmission de certains actifs peut être soumise à certaines restrictions. Selon deux auteurs, « *la transmission universelle du patrimoine connaît des exceptions, qui sont de deux ordres. Tout d'abord, les exceptions proprement dites à la transmission qui concernent*

¹⁶⁹¹ W. Ella Andoume, th. préc., n° 500.

¹⁶⁹² Cass. com., 7 déc. 1966, *D.* 1968. 113, note Dalsace ; CA Riom, 5 mai 1980, *Rev. soc.*, 1981, p. 596, note J. Guyénot, n° 10.

¹⁶⁹³ CA Riom, 5 mai 1980, *op. cit.*.

¹⁶⁹⁴ J. Guyénot note sous CA Riom, 5 mai 1980, *Rev. soc.*, 1981, p. 596.

¹⁶⁹⁵ J. Guyénot *op. cit.*, p. 597.

¹⁶⁹⁶ M. P. Wagou Leumega, th. préc., n° 952.

¹⁶⁹⁷ L'article 8 du Décret comptable 83-1020 prévoit que l'augmentation du passif exigible dont l'échéance ou le montant n'est pas fixé de façon précise s'enregistre en provisions pour risques et charges.

*les éléments qui ne peuvent être transférés sans l'accord d'un tiers. Ensuite, les exceptions à l'opposabilité aux tiers, qui impliquent l'accomplissement d'une formalité »*¹⁶⁹⁸.

717. Les contrats dont le transfert nécessite l'accord du cocontractant - La transmission des contrats *intuitu personae* est subordonnée à l'accord de la partie contractante. Un auteur considère que « *l'intransmissibilité peut aussi résulter de la volonté des parties exprimée dans l'acte ou du caractère " intuitu personae " des contrats conclus, c'est-à-dire fondés sur la personnalité de celui qui doit exécuter la prestation convenue. La reprise de tels contrats par la société absorbante est subordonnée à l'accord du cocontractant »*¹⁶⁹⁹.

En principe, l'accord du cocontractant des contrats importants ou déterminants devrait être requis lors de la phase préparatoire. À défaut de son consentement, l'approbation de l'opération de fusion ou de scission entraîne la caducité des contrats *intuitu personae*¹⁷⁰⁰. Dans certaines situations, l'opération de fusion ou de scission est abandonnée dès lors que ces contrats sont déterminants pour la continuité d'exploitation de la société issue de la restructuration.

En principe, par l'effet légal de transmission universelle du patrimoine attaché à l'opération de fusion ou de scission, les droits sociaux détenus par la société absorbée ou scindée dans une société tierce sont transférés de plein droit à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission. Il en résulte que celle-ci n'a pas à être préalablement agréée par la société tierce dont elle est devenue l'associée à la suite de la réalisation de la fusion ou de la scission¹⁷⁰¹.

718. Cependant, et comme il a été retenu par la jurisprudence « *rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts et que la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité »*¹⁷⁰². En l'état actuel de la jurisprudence, la licéité des clauses statutaires d'agrément en cas de fusion ou de scission est admise¹⁷⁰³.

¹⁶⁹⁸ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.* § 11.

¹⁶⁹⁹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83811.

¹⁷⁰⁰ Cass. 3e civ., 23 avr. 1976, n° 75-10.009, *Rev. soc.*, 1977, p. 69, note Y. Guyon pour des baux ruraux ; Cass. com., 30 mai 2000, n° 97-18.457 ; *JurisData* n° 2000-002277 ; *JCP G* 2000, II, 10 401, note A. Viandier ; Cass. 3e civ., 29 févr. 2012, n° 10-27.259 ; *JurisData* n° 2012-003126 ; *JCP N* 2012, n° 12, act. 362.

¹⁷⁰¹ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.* § 157.

¹⁷⁰² Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *JurisData* n° 2007-039105 ; *JCP E* 2007, 1909.

¹⁷⁰³ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03.172, *JurisData* n° 2003-018972 ; *Bull. Joly soc.*, juill. 2003, p. 812, n° 172 et p. 1062, n° 160, note en chron. A. Constantin ; *JCP E* 2003, n° 38, 1327 ; *JCP E* 2003, n° 38, 1327, note D. Cohen ; *LPA* 8 janv. 2004, n° 6, p. 15, note B. Espesson-Vergeat.

Toutefois, il est crucial de préciser que l'agrément doit être acquis préalablement à la date de réalisation définitive de la fusion, à peine de nullité du transfert. Aucune régularisation postérieure n'est possible¹⁷⁰⁴. Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 235-3 du Code de commerce ne sont pas applicables en l'espèce¹⁷⁰⁵. Cette approche nous paraît discutable puisque rien n'interdit aux associés de la société tierce d'accorder leur agrément au transfert des titres même après la date de réalisation de la fusion ou de la scission.

719. Se pose alors la question de savoir comment peut être sanctionné *in fine* le transfert des droits sociaux par la société absorbée ou scindée en violation d'une clause d'agrément.

Les dispositions de l'article L. 228-23, alinéa 5, prévoient explicitement la nullité de la cession. Cette solution n'est pas théoriquement envisageable pour les opérations de fusion ou de scission.

Dans la mesure où la nullité en tant que sanction est impossible en raison de la perte de la personnalité morale de la société dissoute, une doctrine majoritaire et la jurisprudence s'accordent à appliquer la procédure de rachat des titres, applicable en cas de défaut d'agrément¹⁷⁰⁶. Le prix de rachat revient alors à la société absorbante en sa qualité d'ayant cause universel de la société absorbée.

Ainsi, selon la Cour de cassation, « *il y a lieu, par suite, d'appliquer le dispositif de rachat prévu à l'article L. 228-24 en cas de refus d'agrément, étant observé que ce dispositif vise à tirer les conséquences d'un défaut d'agrément, ce qui correspond à la situation de la société SAGEM (la société absorbante), qui n'a pas reçu l'agrément du conseil d'administration* »¹⁷⁰⁷.

Le non-respect de la procédure d'agrément, notamment en cas de refus, se traduirait donc, au terme de l'arrêt précité, par la mise en œuvre de la procédure de rachat des titres¹⁷⁰⁸.

Toutefois, une autre partie de la doctrine considère que la procédure de rachat prévue par l'article L. 228-24 précité n'est pas applicable lorsque la société absorbée a disparu¹⁷⁰⁹, ce qui rend impossible un retour à l'état antérieur.

¹⁷⁰⁴ *Ibid*

¹⁷⁰⁵ C. com. art. L. 235-3 dispose que « *l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister au jour où le tribunal statue sur le fond, en première instance [...]* ».

¹⁷⁰⁶ C. com. art. L. 228-24.

¹⁷⁰⁷ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03.172.

¹⁷⁰⁸ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.* § 189.

¹⁷⁰⁹ A. Bonnasse et N. Jüllich, *op. cit.* § 190.

Il nous semble alors que par l'effet légal de la transmission universelle, la société absorbante ou l'une des sociétés issues de la scission se substitue aux droits et obligations de la société absorbée ou scindée. Par conséquent, la procédure de rachat prévue par l'article L. 228-24 du Code de commerce devrait être intentée à l'encontre de la société absorbante ou issue de la scission qui a accueilli les titres litigieux.

Cependant, cette procédure nous semble paradoxale. Dans l'hypothèse où une société tierce refuse de donner son agrément après la fusion et en l'absence du rachat par les associés, quel serait alors le sort des titres litigieux dont le transfert est annulé ? Si la société est une SARL qui décide de racheter ces titres, comment peut-elle requérir le consentement de l'associé cédant pour réduire le capital social¹⁷¹⁰ ?

720. À notre sens, pour une meilleure adaptation de la sanction, en cas de violation de la procédure d'agrément, aux spécificités de la fusion ou de la scission, un amendement des textes législatifs est proposé. Celui-ci pourrait prévoir que les dispositions de l'article L. 228-23 du Code de commerce ne sont pas applicables en cas de transfert des titres de capital en violation de la clause d'agrément. La seule possibilité à prévoir serait le rachat par la société, par les associés ou par des tiers des titres transférés en violation de la clause d'agrément.

Il est également proposé que les titres rachetés par la société soient annulés par réduction de son capital social dans un délai fixé par décret. Le consentement du cédant pour la réduction du capital n'est pas requis. Le paiement du prix du rachat pourrait être différé pour une durée fixée par décret. Les droits politiques et financiers de la société absorbante sont suspendus. Le prix du rachat est évalué par un expert désigné dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil. L'évaluation doit prendre en compte le délai prévu pour le paiement du prix de rachat.

721. Contrats dont l'opposabilité aux tiers nécessite l'accomplissement d'une formalité

- En vertu de dispositions législatives et réglementaires, le transfert automatique de certains contrats est conditionné par l'accomplissement d'un formalisme particulier.

D'une part, le transfert du droit réel immobilier n'est opposable aux tiers que par la transcription ou l'enregistrement (de l'acte authentique) des procès-verbaux des assemblées générales ayant décidé la fusion pour chacune des sociétés concernées¹⁷¹¹. D'autre part, le transfert des brevets,

¹⁷¹⁰ C. com. art. L. 223-14 al 4. Ce texte dispose que : « la société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ces parts au prix déterminé dans les conditions prévues ci-dessus ».

¹⁷¹¹ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* §108.

marques, dessins et modèles exige la rédaction d'un écrit à peine de nullité. Ces droits devront être inscrits au nom de la société absorbante ou de la société issue de la scission qui les a acquis, par l'inscription du dépôt d'un extrait de l'acte de fusion à l'INPI¹⁷¹².

722. Une incertitude persiste quant à l'obligation d'information des débiteurs et banquiers par les sociétés bénéficiaires des biens transmis dans le cadre de la fusion ou scission.

En principe, la fusion comme la scission sont dispensées du respect des formalités conçues exclusivement pour les transferts de créances réalisés à titre particulier¹⁷¹³, justifiant ainsi l'exclusion des dispositions de l'article 1690 du Code civil.

Les formalités légales de publicité entourant l'opération de fusion ou de scission suffisent à rendre opposables aux tiers le transfert du patrimoine, des droits et obligations de la société dissoute¹⁷¹⁴.

Cependant, pour des raisons pratiques, il serait opportun d'informer les débiteurs de la société absorbée ou scindée de la substitution de l'absorbante ou de la société issue de la scission en tant que bénéficiaire de ses droits et obligations.

723. Le transfert des comptes bancaires de la société absorbée ou scindée aux sociétés bénéficiaires de l'apport implique des complications de taille, particulièrement si des moyens de paiement, émis ou reçu, sont en circulation au jour de la réalisation de la fusion ou de la scission.

En principe, à compter de la date de la perte de la personnalité morale, le compte bancaire de la société absorbée doit être clôturé et le solde viré au compte bancaire de l'absorbante. Un changement d'identité du titulaire de compte est également possible, mais non recommandé.

Les moyens de paiement, tels que les lettres de change, chèques et ordres de virement, peuvent poser des complications de gestion après la clôture des comptes bancaires. Un auteur apporte une réponse implicite en considérant que « *le chèque est constitutif d'un titre négociable. Il est de ce fait susceptible de circuler selon les mêmes modes simplifiés de transmission des effets de commerce. Ainsi, lorsque le chèque est créé ou endossé en blanc ou au porteur, la simple tradition, c'est-à-dire sa remise matérielle, emporte transfert de la propriété du chèque et de*

¹⁷¹² C. propr. intell., art. L. 613-8 et L. 714-1.

¹⁷¹³ Ex. par voie de cession, de donation ou de partage.

¹⁷¹⁴ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, Fusion, scission, *op. cit.*, n° 223.

tous les droits qui y sont attachés. L'endossement est cependant, comme en matière de lettre de change, le mode de transmission le plus usité »¹⁷¹⁵.

Il convient, à notre sens, de mentionner dans le traité de fusion ou dans l'une de ses annexes, l'état des moyens de paiement en circulation, émis ou reçus par la société absorbée ou scindée. Cet état peut être mis à jour pour prendre en compte les opérations effectuées au cours de la période intercalaire.

Ce document constitue un acte de transfert de ces titres que le banquier doit exécuter à travers le compte bancaire de l'absorbante ou de la société issue de la scission bénéficiaire de ces moyens de paiement. Ce transfert s'appuie sur le principe de libre négociabilité de ces moyens de paiement ainsi que sur l'effet légal de substitution de l'absorbante ou de la société issue de la scission bénéficiaire aux droits et obligations de la société absorbée ou scindée.

La société absorbée ou scindée peut aussi endosser tous les moyens de paiement dont elle dispose au profit de l'absorbante ou de la société issue de la scission bénéficiaire. Les comptes bancaires de la société absorbée ou scindée peuvent continuer à fonctionner jusqu'à la date d'effet de l'opération de fusion ou de scission. L'endossement des moyens de paiement ne peut plus avoir lieu après cette date.

b) Problématique de la rétroactivité de l'opération de fusion ou de scission

724. La date d'effet de l'opération de fusion ou de scission revêt une importance cruciale quant aux droits et obligations des sociétés participantes et des tiers. À cet égard, il convient de distinguer la date de « réalisation », « *dite date de réalisation juridique* », et la date « d'effet », « *dite date d'effet comptable* ».

725. La date de réalisation de la fusion ou de la scission n'est pas définie par le droit des fusions. Elle découle des effets légaux de l'opération évoqués par l'article L. 236-3 du Code de commerce¹⁷¹⁶. Cette date correspond au moment où survient le transfert juridique de la propriété de l'universalité du patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante¹⁷¹⁷, à la dissolution des sociétés apporteurs et à l'échange des titres. En principe, elle coïncide avec la date de la dernière assemblée générale approuvant la fusion¹⁷¹⁸ ou avec l'expiration du délai

¹⁷¹⁵ Ch. Mba Owono, *droit communautaire des affaires de la CEMAC, instruments de crédit - instruments de paiement-incident de paiement*, LGDJ, « Droits africains », 2016, n° 229.

¹⁷¹⁶ A. Bonnasse, *op.cit.*, § 40.

¹⁷¹⁷ D. Villemot et C. Barthès-Bonaly, *Rev. dr. Fisc.* n° 27, 3 juill. 1995, p. 1100.

¹⁷¹⁸ Cass. 2^e civ, 8 juill. 2004, n° 02-20.213, FS-P+B.

d'opposition des créanciers. Dans tous les cas, l'opération ne devient opposable aux tiers qu'à compter de sa publication au registre du commerce et des sociétés¹⁷¹⁹. Ce même principe s'applique pour les opérations de scission. La date de réalisation définitive de l'opération de fusion ou de scission est intangible et ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. Celle-ci ne doit pas être confondue avec la date de jouissance des droits sociaux de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission, qui sont remis aux associés de la société absorbée ou scindée en échange de leurs titres annulés¹⁷²⁰.

En principe, la date d'effet comptable coïncide avec la date de réalisation de la fusion ou de la scission. La fusion ou la scission produit donc un effet immédiat. Pratiquement, il est difficile, voire impossible, de faire coïncider la date d'effet juridique avec la date d'effet comptable.

En effet, la réalisation d'une opération de fusion ou de scission nécessite une longue période au cours de laquelle la société absorbée ou scindée continue normalement son activité. Les parties peuvent alors convenir, par une clause spécifique du projet de fusion ou de scission, d'une date d'effet différente. Cependant, cette liberté n'est pas absolue et est encadrée par les dispositions de l'article L. 236-4, alinéa 2, du Code de commerce. Selon cet article, la date d'effet ne peut être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires en cas d'effet différé ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la société absorbée en cas d'effet rétroactif¹⁷²¹.

Dans ce sens, la Haute juridiction administrative a jugé que l'effet rétroactif ne peut être antérieur à la plus récente des dates d'ouverture des exercices des sociétés participantes et ne peut remonter antérieurement au 1^{er} janvier de l'année en cours lorsque l'absorbée n'a pas clos d'exercice au cours de l'année précédente¹⁷²².

L'administration fiscale, pour sa part, a émis une instruction¹⁷²³ en vertu de laquelle elle s'est alignée sur cette interprétation jurisprudentielle. Elle précise que, dans l'hypothèse d'un effet rétroactif, il n'est pas possible de remonter au-delà du premier jour de l'exercice en cours à la

¹⁷¹⁹ Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-16.460; *Bull. Joly* 2007. 616, note J.-F. Barbiéri, à propos d'une fusion-absorption.

¹⁷²⁰ Voir n° 771 *infra*.

¹⁷²¹ CE., 8^o et 3^o s-s-r., 26 janv. 2011, n° 312470, *recueil Lebon*.

¹⁷²² CE., 13 sept. 2021, n° 451564, SAS, *recueil Lebon*.

¹⁷²³ Instr. Fisc. n° 4 I-1-03 du 7 juill. 2003.

date de la réalisation de l'opération. En revanche, dans l'hypothèse d'un effet différé, celui-ci ne saurait aller au-delà de la date de dissolution de la société appelée à disparaître.

Si le transfert de patrimoine est effectué au profit de sociétés préexistantes, la société absorbée ou scindée peut poursuivre normalement son activité pendant la période dite intercalaire. Celle-ci s'étend de la date d'effet comptable à la date de la réalisation juridique de l'opération.

726. Usuellement, la date retenue est celle de la clôture du dernier exercice social. Ce choix présente l'avantage d'éviter à la société absorbée ou scindée de devoir établir des états de synthèses arrêtés à la date convenue pour la prise d'effet de l'opération. Cette date doit être la même pour toutes les sociétés participant à l'opération de restructuration.

Ces états de synthèses, dits intermédiaires, sont destinés à figer le patrimoine des sociétés participantes et servent de base pour l'évaluation et la détermination de la parité d'échange. Ces comptes devraient, à notre avis, être audités par un auditeur externe, même si aucun texte ne le prévoit.

727. Se pose, par ailleurs, la question des opérations de gestion accomplies et des actes juridiques conclus par l'absorbée au cours de la période intercalaire. Le projet de fusion indique 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. Usuellement, le résultat réalisé par la société absorbée durant la période intercalaire est repris par la société absorbante, et les opérations réciproques réalisées entre les sociétés participantes à l'opération de fusion sont neutralisées pour la détermination du résultat imposable de l'absorbante¹⁷²⁴.

728. La rétroactivité n'est pas permise si la société bénéficiaire du patrimoine transmis est une société nouvellement créée. Dans ce cas, la date de réalisation définitive de l'opération correspond nécessairement à la date d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés de la nouvelle société¹⁷²⁵. Cette règle est d'ordre public et aucune clause de rétroactivité dans le projet de fusion n'est possible. Cette restriction a pour conséquence de rendre peu attrayante l'absorption d'une société préexistante par une société nouvelle.

La clause de rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés participant à l'opération. Elle ne concerne ni les tiers, ni les salariés, ni les associés, qui ne peuvent pas s'en prévaloir¹⁷²⁶. Ceux-

¹⁷²⁴ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* §113.

¹⁷²⁵ C. com. art. L. 236-4, 1°.

¹⁷²⁶ Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20.555, *Bull. Joly* 1999. 679, note R.Routier.

ci ne peuvent s'en tenir qu'à la date de l'effet juridique qui coïncide avec la date de réalisation définitive de l'opération¹⁷²⁷. Ainsi, les associés de la société dissoute ne peuvent se prévaloir de cette qualité avant la date de réalisation juridique de l'opération.

Section 2 - L'évaluation, un préalable impératif pour la concrétisation de l'opération

729. Tout apport mérite une rémunération. Cependant, la particularité des opérations de fusion et de scission est que les droits sociaux émis en rémunération du patrimoine transmis par la société absorbée ou scindée sont remis directement aux associés de celle-ci en échange des titres qu'ils détenaient dans son capital. La détermination d'un rapport d'échange équitable implique la mise en œuvre de processus complexes d'évaluation, soulevant des enjeux cruciaux pour les sociétés participantes (I).

Ainsi, la réalisation de toute opération de fusion ou de scission suit un processus rigoureux, nécessitant de nombreux contrôles et formalités dans le but de garantir une rémunération équitable des apports effectués et, par conséquent, la distribution des nouveaux titres émis (II).

I- Les enjeux de l'évaluation des sociétés participant aux fusions et scissions

730. La fusion ou la scission est une opération de restructuration ayant pour effet l'apport de l'universalité du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ou à au moins deux sociétés issues de la scission.

La rémunération dudit patrimoine nécessite une évaluation impartiale de toutes les sociétés participant à l'opération (1). Celle-ci constitue un préalable pour déterminer une parité d'échange équitable et le nombre d'actions ou parts sociales à attribuer aux associés de la société absorbée ou scindée (2).

1) Évaluation : Enjeux et finalités

731. Les opérations de fusion et de scission impliquent des intérêts divergents des sociétés participantes. Chacune d'elles cherche à maximiser sa valeur réelle, ce qui pourrait impacter

¹⁷²⁷ C. com. art. L. 236- 3 ; Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20.555, à propos du sort de la caution, selon cet arrêt il a été jugé : « *mais attendu que la cour d'appel, ayant retenu par motifs propres et adoptés que l'opération de fusion n'est devenue définitive que le 14 janv. 1994, date de l'assemblée générale de la société CIA [...] qui approuvait le projet de fusion et date à laquelle s'est opérée la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et que la totalité de la créance était exigible depuis septembre 1993, c'est à bon droit que, sans dénaturer les documents visés au moyen et en justifiant légalement sa décision, la cour d'appel a décidé que la caution ne pouvait se prévaloir de la date d'effet au 1er janv. 1993, convenue entre les parties à la fusion* » ; ANSA, Comité juridique, avis n° 2744 du 5 oct. 1994, n° 310, Fusion de sociétés, portée de la « prise d'effet » rétroactif.

négalement non seulement les associés et les sociétés participantes, mais également les créanciers sociaux. Compte tenu des enjeux qu'elle recèle et des méthodes d'évaluation hétéroclites susceptibles d'être mise en œuvre, une évaluation impartiale des sociétés participantes par un évaluateur indépendant revêt une importance capitale (a). Cette évaluation permet de déterminer la valeur réelle des sociétés participantes, servant à établir un rapport d'échange équitable, qui peut être différente de la valeur d'apport subordonnée à l'application des principes comptables (b).

a) Opérations de fusion et de scission : les enjeux de la valorisation

732. L'évaluation financière des sociétés parties à l'opération de restructuration n'est pas un choix, mais une obligation légale. Cette étape est cruciale et complexe en raison de la diversité des méthodes d'évaluation et des facteurs d'influence à prendre en compte dans le processus. Elle constitue également l'une des mentions impératives du projet de fusion ou de scission, définie par l'article R. 236-1 du Code de commerce¹⁷²⁸.

L'évaluation des sociétés participantes à une opération de fusion ou de scission poursuit un double objectif. D'une part, elle permet de déterminer la valeur économique des sociétés parties à l'opération de restructuration. D'autre part, elle permet de fixer la parité d'échange des droits sociaux que la société bénéficiaire de la transmission doit attribuer aux associés de la société fusionnée ou scindée en rémunération de l'apport de patrimoine réalisé.

Contrairement à une conviction très bien répandue chez certains auteurs, l'évaluation ne relève pas de la responsabilité du commissaire à la fusion. Bien au contraire, ce sont les sociétés concernées qui en sont responsables, sous la supervision de leurs dirigeants et organes sociaux¹⁷²⁹. La mission du commissaire à la fusion ou à la scission consiste à s'assurer que les valeurs relatives attribuées aux actions ou parts des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange des droits sociaux est équitable¹⁷³⁰.

733. Les motifs et finalités des opérations de restructuration continuent de susciter des controverses doctrinales, notamment en ce qui concerne leur prise en compte dans l'évaluation des sociétés concernées. Cette question mérite donc une analyse approfondie.

¹⁷²⁸ C. com. art. R. 236 -1-3°.

¹⁷²⁹ A. Bonnasse, Op. cit. § 11.

¹⁷³⁰ CA Paris, 12 mai 1998, *Dr. sociétés* 1999, comm. 24, obs. D. Vidal, pour un rappel du principe ; CA Paris, 19 févr. 1999, n° 1995/26496, *JurisData* n° 1999-020310 ; *Bull. Joly* 1999, p. 674, obs. X. Grosclaude.

Selon auteur, il faut exclure « *toutes évaluations qui reposeraient sur des hypothèses de fonctionnement mêmes si elles sont vraisemblables, voire probables, mais qui ne sont pas encore réalisées et qui peuvent, comme toutes prévisions, être démenties par les faits* »¹⁷³¹.

734. L'approche d'évaluation avec prise en compte de l'effet de synergie est fortement critiquée par Wagou Leumega en estimant que « *la prise en compte de la finalité de l'opération renforcerait la complexité de l'évaluation des sociétés et pourrait favoriser la surévaluation de la société absorbée. Par ailleurs, les résultats futurs sont incertains et aléatoires. Une activité florissante aujourd'hui ne le sera pas forcément demain. Il suffit qu'une crise ou une guerre éclate dans un pays pour impacter un marché donné* »¹⁷³².

Pour ces deux auteurs, la raison principale de l'exclusion des motifs et de l'effet prospectif de l'opération de fusion dans l'évaluation des sociétés résiderait dans le risque de surévaluation résultant de la subjectivité et des incertitudes inhérentes à ces hypothèses¹⁷³³.

En revanche, une autre partie de la doctrine refuse d'écarter les objectifs économiques et l'effet prospectif des critères d'évaluation. Selon cette perspective, l'exclusion de ces éléments tend à écarter la particularité de la fusion dans sa conception économique et financière¹⁷³⁴, qui nécessite une justification pour bénéficier des avantages fiscaux prévus par l'article 210 A du CGI.

Cette position a été affirmée par un autre auteur qui considère qu'« *il faut nécessairement faire l'évaluation en tenant compte des finalités de l'opération et par conséquent après définition de sa véritable nature économique qui peut d'ailleurs ne pas être la même pour les différentes parties en présence* »¹⁷³⁵. Cet auteur recommande d'inclure dans l'évaluation les effets économiques prospectifs ainsi que l'impact positif de la fusion sur la croissance de la société absorbante¹⁷³⁶.

¹⁷³¹ Ch. Pinoteau, « à propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel », *JCP G* 1973, études et commentaires n° 11134, doctrine citée par M. P. Wagou Leumega dans sa thèse intitulée « La protection des associés et des créanciers dans les opérations de fusion et d'apport partiel d'actif des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA ».

¹⁷³² M. P. Wagou Leumega, th. préc., n° 705.

¹⁷³³ M. P. Wagou Leumega, th. préc., n° 704.

¹⁷³⁴ M. Ben sdira, *La protection des actionnaires minoritaires à l'occasion des fusions de sociétés*, thèse Limoges, 2014, p. 114.

¹⁷³⁵ R. Pirolli, « La parité d'échange des titres dans les fusions », in Mél. P. Vigreux, *LITEC*, 1981, tome II, 1981, p. 607 et s., spéc.p. 608.

¹⁷³⁶ M. Ben sdira, th. préc., p. 115.

L'AMF rejoint l'approche de cet auteur et considère que *« s'il est normal de s'appuyer sur les données du passé, il serait irréaliste et parfois nuisible à l'équité de prétendre écarter systématiquement les éléments d'avenir. La commission estime toutefois qu'en raison de la part d'incertitude qui s'attache à leur évaluation, ils devraient apparaître comme des motifs du choix final du rapport d'échange »*¹⁷³⁷.

735. À notre sens, il convient de préciser que l'évaluation n'est qu'un moyen pour atteindre des objectifs stratégiques et économiques prédéterminés par les sociétés parties à l'opération. Lors des négociations, les intérêts visés par chacune des sociétés parties à l'opération sont omniprésents.

En effet, lorsque des entreprises indépendantes envisagent une restructuration par rapprochement, leurs objectifs attendus peuvent être similaires, notamment si ces entreprises jouissent d'une bonne santé financière et structurelle. Dans ce cas, l'objectif poursuivi est, par exemple, d'atteindre une taille critique, réduire les coûts ou augmenter sa part de marché. Ainsi, il serait critiquable d'écarter l'effet prospectif et de synergie résultant de l'opération des critères d'évaluation.

En revanche, si l'une des sociétés parties à l'opération est en santé financière difficile, l'objectif de celle-ci est la survie. Dans ce cas, l'évaluateur doit tenir compte de l'effet rétrospectif et prospectif, en appliquant des coefficients de pondération pour aboutir à une évaluation équitable.

L'évaluation doit prendre en compte une multitude de facteurs qualitatifs difficiles à quantifier, mais ayant un impact sur la détermination de la parité d'échange¹⁷³⁸. Ainsi, l'évaluation devient un exercice qui tente de cerner le potentiel futur de création de valeur de la société absorbante après la fusion.

736. Nous préconisons une méthode d'évaluation qui nous semble équitable pour les parties à l'opération de restructuration.

Tout d'abord, il convient d'évaluer chacune des sociétés parties à l'opération sans prendre en compte l'effet du rapprochement. Cette approche permettrait de dégager une valeur (VA). Ensuite, une évaluation de l'absorbante après fusion, avec prise d'effet de la synergie et des

¹⁷³⁷ AMF (ex COB) Rapport Annuel pour 1976, p. 26.

¹⁷³⁸ Ex : Les perspectives de croissance future, le potentiel du marché, le profil des ressources humaines de chacune des sociétés, le développement anticipé de l'entreprise, les entraves au développement, etc.

objectifs stratégique et financier de l'opération¹⁷³⁹, est alors diligentée afin de dégager une valeur (VB). Ainsi, le GW inhérent à l'opération de rapprochement, qui devrait être réparti entre les sociétés participantes, se dégagerait comme suit : $VB - VA = GW$.

À l'issue de cette phase, les sociétés parties à l'opération entament les négociations sur les facteurs subjectifs. Cette étape est une épreuve de force entre les sociétés parties à l'opération. Le potentiel de création de la valeur permet aux parties de faire preuve d'objectivité et de clairvoyance pour aboutir à une parité d'échange équitable.

Il en ressort que les sociétés participant à l'opération de fusion doivent être évaluées à la valeur réelle pour déterminer la parité d'échange.

Par ailleurs, l'évaluation doit être menée en combinant des facteurs objectifs et subjectifs. Pour l'AMF (ex-COB), l'appréciation « *des facteurs subjectifs et non mesurables* » relève de la négociation.

737. L'évaluateur doit veiller, tout au long du processus de valorisation, au respect de l'égalité entre les sociétés parties à l'opération, ce qui implique, selon certains auteurs, la nécessité d'évaluer le patrimoine des sociétés qui fusionnent ou se scindent sur la base de critères identiques¹⁷⁴⁰.

Cette position a été implicitement confirmée par la jurisprudence, qui admet que l'évaluation des sociétés parties à l'opération sur la base des mêmes critères ne constitue pas une atteinte aux droits des minoritaires¹⁷⁴¹. Cependant, cette approche nous paraît discutable à plus d'un titre et ne peut être raisonnablement appliquée dans la pratique !

738. La mise en œuvre de l'approche par les critères suppose le respect d'un certain nombre de principes, notamment la pluralité des critères et la similitude économique des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission.

En effet, l'utilisation de critères identiques pour évaluer des entreprises opérant dans le même secteur semble raisonnable, mais la situation se complique lorsque celles-ci n'appartiennent pas au même domaine d'activité ou lorsqu'elles sont propriétaires d'un patrimoine sans aucune

¹⁷³⁹ La méthode d'évaluation des cash-flow prévisionnels de l'absorbante après opération de fusion pourrait aussi être envisagée. Cette méthode est parfaitement acceptable.

¹⁷⁴⁰ J.-J. Daigre, J. Turot et M. Aimé, « L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux », *Actes prat. droit des sociétés*, n° 19, 1995, p. 1 ; CH. Pinoteau, « A propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel », *JCP G* 1973, études et commentaires n° 11134.

¹⁷⁴¹ CA Paris, 1er B, 8 déc. 1988, *Bull. Joly soc.*, 1989, p. 337 ; CA Paris, 17 janv. 1972, *RTD. com* 1972, 421 note R. Houin.

connexité¹⁷⁴². Dans ce cas, l'adoption de critères identiques pourrait biaiser l'évaluation du patrimoine de ces entreprises participant à l'opération de restructuration et fausser la parité d'échange.

De son côté, l'AMF estime que lorsque l'opération intervient entre des sociétés semblables, les critères utilisés doivent être identiques. En revanche, lorsque l'opération concerne des sociétés de tailles différentes, l'adoption de critères d'évaluation identiques n'est pas nécessaire¹⁷⁴³.

À titre d'exemple, est-il pertinent d'appliquer les mêmes critères d'évaluation pour une opération où une entreprise *high-tech*¹⁷⁴⁴ est absorbée par une société possédant un important patrimoine financier ? La réponse semble logiquement négative ! Les critères d'évaluation pour la première diffèrent fondamentalement de ceux de la seconde. L'évaluation logique et équitable de la *high-tech* serait fondée sur des critères de performance, tandis que celle de la société foncière devrait s'appuyer sur des critères patrimoniaux.

739. Une doctrine de la CNCC a présenté les principaux critères envisageables¹⁷⁴⁵, parmi lesquels figurent les critères de performance, sous réserve de l'homogénéité des structures financières des sociétés concernées¹⁷⁴⁶, ainsi que le critère patrimonial, les critères de marché et celui des dividendes distribués.

740. Par ailleurs, l'adoption de critères d'évaluation uniformes suppose que tous les actifs et passifs soient clairement quantifiables, identifiable et de nature similaire¹⁷⁴⁷.

En outre, bien que les actifs corporels et incorporels enregistrés au bilan de chacune des sociétés participantes soient aisément identifiables, les biens incorporels créés par l'entreprise elle-même ne le sont pas¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴² Fusion verticale ou conglomérale. Ex : « Le chiffre d'affaires ne peut être considéré comme un indicateur de valeur que si les sociétés en présence relèvent du même secteur d'activité, si elles ont des niveaux de profitabilité comparables et si leur structure financière (rapport endettement financier net/capitaux propres) est la même » ? Voir CNCC, Collection guide d'application, éd. févr. juin 20012, p 67.

¹⁷⁴³ AMF (ex COB) Recomm. Juill.-Août 1977, p. 3 et s.

¹⁷⁴⁴ Ces sociétés ne détiennent pratiquement pas d'immobilisations corporelles.

¹⁷⁴⁵ CNCC, Collection guide d'application, éd. févr. juin 20012.

¹⁷⁴⁶ Ex : Chiffre d'affaires, excédent brut d'exploitation EBE/EBITDA, résultat d'exploitation/EBIT, résultat courant, marge brute d'autofinancement et résultat net sachant qu'il est rare, surtout en période de crise, que le résultat net soit le critère le plus pertinent en raison de la présence possible d'éléments exceptionnels.

¹⁷⁴⁷ Ex : Les critères d'évaluation d'une conserverie de poisson nouvellement installée ne doivent être les mêmes que celle d'un bateau de pêche. Chaque entreprise a ses spécificités et ses particularités.

¹⁷⁴⁸ Il s'agit notamment des perspectives de croissance future, le potentiel du marché, le profil des ressources humaines, le développement anticipé de l'entreprise, les entraves au développement, etc.

La doctrine s'accorde sur la nécessité d'évaluer la globalité du patrimoine des sociétés participantes, et non seulement les éléments individuels composant leur actif et passif¹⁷⁴⁹. Cependant, il nous semble que cette approche est inapplicable dans certains cas, notamment lors de la scission. Dans cette figure de restructuration, l'apport concerne deux ou plusieurs branches complètes d'activités destinées à être transférées à deux ou plusieurs sociétés issues de la scission. Il convient alors d'évaluer ces branches séparément plutôt que le patrimoine dans son ensemble. L'effet de synergie entre ces deux branches doit alors être anéanti. D'ailleurs, les charges de gestion prévisionnelles peuvent augmenter du fait de la multiplication des fonctions support.

Dans d'autres situations, l'évaluation globale de la société absorbée passe nécessairement par la valorisation de certains éléments constitutifs du patrimoine¹⁷⁵⁰. Cette approche reflète l'esprit du législateur, qui exige du commissaire à la fusion d'élaborer un rapport appréciant la valeur des apports.

741. Les méthodes d'évaluation : un choix très encadré - La complexité inhérente au contexte global de l'évaluation financière d'un patrimoine justifie la réticence du législateur de figer la ou les méthodes d'évaluation à appliquer lors de ces opérations de restructuration. La doctrine, notamment la CNCC, propose une diversité d'approches et de méthodes d'évaluation, sans pour autant imposer une méthode bien définie.

Les méthodes d'évaluation traditionnelles habituellement utilisées lors des apports en nature sont généralement appliquées aux opérations de rapprochement, avec certaines adaptations spécifiques pour les opérations de fusion et de scission¹⁷⁵¹ que nous examinerons dans cette section.

742. Il convient de relever que lors d'une opération de restructuration, les sociétés participantes continuent leur exploitation normalement. Par conséquent, la valeur de la société est en constante variation. À ce titre, afin d'établir les conditions de l'opération, notamment pour procéder aux évaluations pertinentes, les sociétés participantes se réfèrent généralement à

¹⁷⁴⁹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82920.

¹⁷⁵⁰ Ex : les biens immobiliers, si la société est propriétaire de deux ou plusieurs fonds de commerce exploités séparément.

¹⁷⁵¹ Voir, Partie1- Chapitre 2- section1 *supra*.

des comptes sociaux arrêtés à une même date¹⁷⁵², appelée la date d'effet comptable de la fusion ou de la scission.

L'évaluation des sociétés participant à la fusion ou opérations assimilées devrait reposer, en principe, sur des méthodes de valorisation multicritères. Cependant, dans certaines situations qui devraient être exceptionnelles, l'approche de la valorisation monocritère, dûment justifiée, est tolérée¹⁷⁵³.

Il convient alors de distinguer entre les différentes méthodes d'évaluation et les critères utilisés par l'évaluateur pour aboutir à la valeur de l'entreprise évaluée.

Le guide d'application intitulé « *Commissariat aux apports et commissariat à la fusion* »¹⁷⁵⁴, publié par la CNCC, distingue « l'approche par les critères » de « l'approche par valeurs ».

743. L'approche par les critères permet de déterminer des valeurs relatives sans nécessiter une évaluation des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission. Elle repose principalement sur la méthode des comparaisons boursières, ou l'application de multiples appropriés à un agrégat choisi¹⁷⁵⁵. Cette approche, bien qu'elle est très simpliste, ne garantit pas nécessairement des valeurs relatives pertinentes, notamment lorsque les sociétés participantes à l'opération de fusion ou de scission présentent des différences importantes, particulièrement en termes d'activité. Par ailleurs, cette approche ne prend pas en compte l'actif net comptable des sociétés évaluées, ce qui peut biaiser la valeur issue de cette approche¹⁷⁵⁶.

744. D'autre part, l'approche par les valeurs impose l'évaluation de toutes les sociétés participant à l'opération de restructuration. Dans ce cadre, le poids relatif de chaque société est déterminé à partir de la valeur réelle issue de son évaluation, selon l'approche multicritère.

L'avis technique de la CNCC du 2 décembre 2010 présente les méthodes susceptibles d'être adoptées dans le cadre de cette approche.

¹⁷⁵² Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, 2024, n° 82926.

¹⁷⁵³ Recomm. COB, Bull. COB, juill.-août 1977.

¹⁷⁵⁴ CNCC. Collection guide d'application, éd., févr. - juin 20012, n° 31 § 1 221.

¹⁷⁵⁵ Ex : multiple du résultat net, chiffre d'affaires, excédent brut d'exploitation EBE/EBITDA, résultat d'exploitation/EBIT, résultat courant, marge brute d'autofinancement et résultat net, actif net réévalué.

¹⁷⁵⁶ Sur les critères à prendre en compte et leurs limites, voir le guide professionnel CNCC, Commissariat aux apports et commissariat à la fusion, juin 2012 § 1 221.

Approche intrinsèque - Elle conduit à déterminer la valeur des sociétés participantes en se basant sur leurs propres caractéristiques, notamment en actualisant les flux de trésorerie prévisionnels que génère le cycle d'exploitation (« discounted cash flow » – DCF¹⁷⁵⁷).

Approche patrimoniale - Elle peut être adaptée à l'activité exercée par les sociétés participant à l'opération de restructuration. Elle est particulièrement intéressante pour les activités à prépondérance immobilière (actif net réévalué – ANR) ;

Approche analogique - Elle conduit à évaluer une entreprise par référence à des entreprises comparables dont la valeur de marché est connue¹⁷⁵⁸, souvent à travers des transactions récentes dont les caractéristiques ont été publiquement révélées. Cette approche permet de déterminer la valeur des sociétés en utilisant des multiples du résultat d'exploitation, de la marge brute d'autofinancement, de l'excédent brut d'exploitation ou du chiffre d'affaires.

En effet, l'évaluateur peut utiliser un ou plusieurs critères pour appliquer une ou plusieurs méthodes d'évaluation choisie.

745. Par ailleurs, l'article L. 236-10 du Code de commerce, relatif aux fusions des sociétés anonymes, relève la possibilité d'évaluer une entreprise en appliquant une seule méthode. Ce texte précise que le rapport du commissaire à la fusion doit indiquer « *la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé* ». Cela signifie qu'une seule méthode d'évaluation peut être retenue dans certaines situations exceptionnelles. Cependant, le juge peut rejeter cette approche s'il constate son inadaptation au contexte ou aux sociétés participantes à l'opération¹⁷⁵⁹.

746. L'approche multicritères combine souvent des critères multiples et variés, reposant notamment sur la valeur intrinsèque ou mathématique, la valeur de rendement¹⁷⁶⁰, ou dans certains cas la valeur boursière¹⁷⁶¹. Le choix des critères relève de l'appréciation de l'évaluateur.

¹⁷⁵⁷ Selon la méthode fondée sur le DCF une entreprise vaut la somme de ses cash-flows nets prévisionnels, générés par le cycle d'exploitation, actualisés au coût moyen pondéré du capital.

¹⁷⁵⁸ Pour les sociétés cotées par exemple.

¹⁷⁵⁹ T. com. Paris, 1er déc. 1992, *JurisData* n° 1992-603044 ; *JCP E* 1993, 384, obs. A. Viandier.

¹⁷⁶⁰ Ex de critères de rendement : Résultat d'exploitation, marge brute d'autofinancement, bénéfice net, dividendes distribués par la société.

¹⁷⁶¹ Il s'agit du cours moyen de l'action si elle est admise aux négociations sur un marché boursier ou cours des valeurs de sociétés comparables.

Cependant, ce choix n'est pas totalement libre. Selon l'AMF, l'approche multicritères doit conduire les dirigeants à écarter les critères qui ne seraient pas significatifs, pertinents ou homogènes entre les deux sociétés¹⁷⁶². L'autorité des marchés précise également que les différentes méthodes communément admises doivent être clairement décrites, et toute exclusion éventuelle de certaines méthodes doit être justifiée¹⁷⁶³.

747. L'évaluation des sociétés qui participent à une opération de fusion ou de scission devient plus délicate en présence d'un ou plusieurs avantages particuliers stipulés en faveur d'un ou plusieurs actionnaires. Selon un auteur, *« la stipulation d'avantages particuliers, qui n'est nullement une nécessité dans une fusion, apparaît comme détachable de la fusion elle-même. Néanmoins, le plus souvent, il ne s'agit pas d'une stipulation à titre particulier, comme celle visée à l'article L. 225-147 du Code de commerce, mais qui s'inscrit dans le cadre d'une fusion, et qui n'est donc qu'un des éléments de la rémunération de la fusion, au même titre que les actions remises en échange ou, le cas échéant de la soulte »*¹⁷⁶⁴.

Peut-on alors évaluer un avantage particulier stipulé au profit d'un associé ou non ? Selon la doctrine majoritaire, la réponse est positive. Nous ne partageons pas cet avis. Si l'évaluation d'un droit particulier attaché à une action de préférence est parfaitement réalisable, tel n'est pas le cas pour l'avantage particulier attaché à la personne qui en est bénéficiaire.

748. Il nous semble qu'une confusion entre ces deux notions s'est instaurée dans l'esprit d'une partie de la doctrine.

Un auteur considère qu'il incombe au commissaire aux apports d'apprécier la valeur des avantages particuliers consentis à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission. Selon cet auteur, *« lorsque les associés des sociétés participantes ont unanimement décidé de ne pas procéder à la désignation d'un commissaire à la fusion ou à la scission, il incombe au commissaire aux apports d'apprécier sous sa responsabilité la valeur des apports en nature ainsi que des avantages particuliers consentis à l'occasion de l'opération »*¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶² CA Paris, 1re ch., 17 janv. 1972 ; *JCP G* 1972, II, 17283, note J.-J. Burst ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 500, note P. Delaisi.

¹⁷⁶³ AMF 2020-06 modifiée le 28-7-2023, 3^e partie § 6, Position-recommandation.

¹⁷⁶⁴ A. Bonnasse, *op. cit.* § 94.

¹⁷⁶⁵ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 94.

Cette opinion est partagée par un autre auteur qui considère que le commissaire aux apports doit « *apprécier la valeur des avantages particuliers éventuellement transférés à la société absorbante* »¹⁷⁶⁶.

En effet, pour dissiper cette confusion, il convient de distinguer les droits particuliers attachés aux actions dites de préférences, des avantages particuliers attachés à la personne qui en est titulaire¹⁷⁶⁷.

749. Les droits particuliers attachés aux actions de préférence peuvent être de nature politique ou pécuniaire et ne sont pas nécessairement quantifiables, alors que les avantages particuliers peuvent être stipulés au profit d'un associé ou non. Selon l'article L. 225-8 du Code de commerce, « *en cas d'apports en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non* ».

750. Il est communément admis que les actions de préférence peuvent être évaluées selon des critères et approches spécifiques qui leur sont propres. Cependant, les avantages particuliers constituent des droits *intuitu personae* intransmissibles, ce qui rend leur évaluation difficile, voire impossible. Comment peut-on alors évaluer la valeur d'un poste d'administrateur stipulé comme avantage particulier à un actionnaire, ou encore d'un droit de préemption ?

Il est à rappeler, par ailleurs, que l'obligation d'évaluation des avantages particuliers lors de la constitution des sociétés par actions, imposée par l'article 193 de la loi du 24 juillet 1966¹⁷⁶⁸, a été supprimée pour les SAS lors de la constitution, depuis la loi du 19 juillet 2019¹⁷⁶⁹. Certains auteurs considèrent que cette procédure devrait rester applicable dans tous les autres cas¹⁷⁷⁰.

Pour accomplir sa mission, la lettre d'information de la CNCC a donné une précision sur les diligences du commissaire aux apports. Le paragraphe 3.4 stipule que « *le commissaire aux apports n'a pas à rechercher les avantages particuliers, la mission qui lui est impartie par les textes étant de porter une appréciation sur les avantages particuliers stipulés dans les statuts (ou projet de statuts) et/ou dans le projet de traité d'apport, de fusion, scission ou apport partiel d'actif. Pour cela le commissaire aux apports examine la pertinence de l'information donnée*

¹⁷⁶⁶ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83178.

¹⁷⁶⁷ R. Arakelian, Action de préférence, *Rev. soc.*, oct. 2023, n° 53.

¹⁷⁶⁸ Loi n° 66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales.

¹⁷⁶⁹ Loi n° 2019-744 du 19 juill. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

¹⁷⁷⁰ A. Cerati-Gauthier, Clauses statutaires relatives à l'organisation des pouvoirs. – Commentaires, *J.-Cl. Not. Form. LexisNexis*, fasc. 12, 10 janv. 2024 § 4.

*dans le projet de traité ou les statuts (ou projet de statuts) sur la nature et les conséquences pour l'actionnaire ou l'associé de ces avantages. Il vérifie qu'ils ne sont pas contraires à la loi ».*¹⁷⁷¹

Il résulte de la rédaction de l'article L. 225-8 du Code de commerce et de la doctrine de la CNCC que l'appréciation du commissaire à la fusion porte uniquement sur la pertinence de l'information et éventuellement sur l'effet de celle-ci sur l'égalité entre les actionnaires. En effet, il apprécie les avantages particuliers sans en déterminer la valeur.

751. L'évaluateur doit prendre en compte l'exhaustivité du patrimoine des sociétés qui participent à l'opération de restructuration. Le passif éventuel ou virtuel doit aussi être pris en compte. De surcroît, si des charges probables¹⁷⁷² sont prévues, elles doivent être incluses dans l'évaluation¹⁷⁷³.

En effet, il semble nécessaire de distinguer selon que les pertes sont probables et peuvent faire l'objet d'une évaluation ou non¹⁷⁷⁴. Une clause de retour à meilleure fortune concédée pourrait, à notre avis, donner lieu à la constatation d'une provision dans le traité de fusion si, compte tenu de la situation de la société absorbée, un retour à meilleure fortune est probable à la date de l'opération et a été pris en compte pour déterminer le rapport d'échange.

752. En principe, les actions ou parts de la société absorbante remises en échange aux associés de la société absorbée doivent être identiques à celles qu'ils détenaient précédemment. En vertu du mécanisme de la subrogation réelle, les nouveaux titres se substituent aux anciens avec toutes les charges qui leur sont attachées.

En effet, si les actions ou parts de la société absorbée font l'objet d'un nantissement¹⁷⁷⁵, cette charge se retrouve transférée sur les titres nouvellement émis¹⁷⁷⁶ et bénéficiera au créancier gagiste.

¹⁷⁷¹ CNCC, Lettre d'information commissariat aux apports et commissariat à la fusion, collection guide professionnels § 3.4. p. 312.

¹⁷⁷² Ex : Effet de la clause de retour à meilleure fortune, garantie de passif, actions en justice pouvant engendrer des amendes, charges probables au cours de la période intercalaire.

¹⁷⁷³ B. Solle, « Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire, histoire d'un malentendu », *RJDA*, 1992. 335 et s.

¹⁷⁷⁴ Bull. COB 1982, n° 145, p. 5 ; Règl. CRC 2004-01, annexe § 5.1.

¹⁷⁷⁵ C. com. art. L. 228-11.

¹⁷⁷⁶ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 43.

En outre, si les parts ou actions de l'absorbée font l'objet d'un contrat de location, celui-ci se poursuivra sur les actions de l'absorbante, à condition que les statuts de cette dernière prévoient la faculté de mise en location des parts ou actions qu'elle a émises¹⁷⁷⁷.

753. Dans la même veine, lorsque les parts ou actions de l'absorbée font l'objet d'un démembrement de propriété, les effets de la convention d'usufruit se poursuivent sur les droits sociaux remis en échange par application du mécanisme de la subrogation réelle de la société absorbante, sauf décision contraire expresse du nu-propriétaire et de l'usufruitier¹⁷⁷⁸.

754. Lorsque le capital social de la société absorbée ou scindée est composé d'actions de préférence, la situation devient alors très complexe. Il convient d'évaluer et de protéger plusieurs droits, dont certains sont difficilement quantifiables.

Deux possibilités sont alors envisageables¹⁷⁷⁹. Les actions de préférence, de chaque catégorie, émises par l'absorbée, ont vocation à être échangées contre des actions de l'absorbante comportant des droits particuliers équivalents, entendus comme identiques¹⁷⁸⁰, ou selon une parité d'échange tenant compte des droits particuliers abandonnés¹⁷⁸¹.

Le droit particulier attaché aux actions de préférence peut être financier et doit faire l'objet d'une compensation en cas de suppression ou de réduction. Il peut aussi être non financier¹⁷⁸², auquel cas il n'a pas de valorisation, sauf exception¹⁷⁸³.

Dans certaines situations, ces droits peuvent être maintenus à l'identique, mais avoir des valeurs différentes. Dans ce cas, pour aboutir au principe d'équivalence par rapport aux droits particuliers dont l'actionnaire bénéficiait chez l'absorbée, une compensation devrait être allouée, soit sous forme d'autres droits particuliers, soit par la remise d'actions supplémentaires.

Cependant, si des droits particuliers sont abandonnés, les droits attachés aux actions de préférence anciennement détenues sont modifiés. La fusion ou la scission est donc

¹⁷⁷⁷ C. com. art. L. 239-1, al. 1.

¹⁷⁷⁸ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82610.

¹⁷⁷⁹ C. com. art. L. 228-17, al. 1^{er}.

¹⁷⁸⁰ Réponse ministérielle à la question écrite n° 13316, JO Sénat Q 30 sept. 2004, p. 2236.

¹⁷⁸¹ C. com. art., L. 228-17.

¹⁷⁸² Ex : Droit de désigner un membre d'un organe de la société ou un droit de veto.

¹⁷⁸³ A. Bonnasse, *Op. cit.* § 19.

nécessairement soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale de la catégorie d'actions concernée¹⁷⁸⁴.

En outre, il convient de préciser que l'évaluation et la parité d'échange doivent prendre en considération les droits spécifiques attachés à ces actions. On parle alors d'un rapport d'échange spécifique.

755. En présence d'actions de préférence de la société absorbante remises en échange, dont les droits attachés ne sont pas équivalents à ceux détenus par l'ancien associé de la société absorbée, et dont l'abandon ou la réduction de leurs droits particuliers est compensé par la remise d'actions supplémentaires de la société absorbante, il convient de prévoir une « parité d'échange spécifique »¹⁷⁸⁵. D'ailleurs, l'article L. 228-17 du Code de commerce prévoit explicitement la possibilité d'échanger les actions de préférence émises par la société absorbée ou scindée contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés. Dans ce dernier cas, l'alinéa 2, du même article impose l'approbation de la fusion ou la scission par l'assemblée spéciale des porteurs d'actions¹⁷⁸⁶.

756. Lorsque l'une des sociétés participant à la fusion ou à la scission a émis des valeurs mobilières donnant accès au capital, ou des options de souscription d'actions ou d'actions gratuites, il est nécessaire de prendre en compte, dans les critères d'évaluation, de la possibilité de lever l'option par les détenteurs de ces VMDAC. En effet, le rapport d'échange doit alors être déterminé en tenant compte de ce capital social latent. Si le prix d'exercice de l'option de ces VMDAC est inférieur à la valeur unitaire réelle de l'action, le rapport d'échange doit être calculé sur une base diluée¹⁷⁸⁷.

b) La valeur d'apport est une notion comptable

757. Dans le cadre d'une fusion ou d'une scission entre sociétés de capitaux de droit français, l'apport de l'universalité du patrimoine peut être fait soit à la valeur comptable, soit à la valeur

¹⁷⁸⁴ C. com. art. L. 225- 99, al. 2. Ce texte dispose que : « la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie ».

¹⁷⁸⁵ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 116.

¹⁷⁸⁶ ANSA, Comité juridique, avis n° 08-040 du 3 sept. 2008, Équivalents, « Fusions - actions de préférence émises par la société absorbée : conséquences ».

¹⁷⁸⁷ A. Bonnasse, *Op. cit.* § 19.

réelle¹⁷⁸⁸. Cependant, le choix n'est pas totalement laissé à la libre appréciation des sociétés participant à l'opération de fusion, mais est bien encadré par le droit comptable.

En effet, la valeur d'apport est régie par des principes comptables et sert uniquement pour l'enregistrement comptable des éléments d'actif et du passif apportés par la société absorbée dans les comptes sociaux de l'absorbante. Les situations d'enregistrement comptable dépendent de deux facteurs : le sens de l'opération de fusion et l'existence ou non d'un contrôle¹⁷⁸⁹ entre les sociétés participantes¹⁷⁹⁰. La situation de contrôle est à apprécier à la date de réalisation juridique de l'opération¹⁷⁹¹. En effet, lorsqu'une opération de fusion est réalisée entre sociétés de capitaux françaises, une seule méthode de valorisation correspond à une situation donnée¹⁷⁹². Pour certaines situations, l'apport est nécessairement enregistré à la valeur comptable, tandis que pour d'autres, il doit nécessairement l'être à la valeur réelle.

758. Les sociétés absorbantes ou bénéficiaires des apports doivent enregistrer dans leurs comptes sociaux les biens apportés par l'absorbée à leur valeur comptable pour les opérations impliquant des sociétés sous contrôle commun ou réalisées à l'envers¹⁷⁹³ entre sociétés sous contrôle distinct.

Les opérations de fusions réalisées à l'endroit¹⁷⁹⁴ entre sociétés sous contrôle distinct, ainsi que les opérations sous contrôle conjoint ou aboutissant au contrôle conjoint et n'impliquant pas des sociétés sous contrôle commun, sauf si le contrôle conjoint existe avant et après l'opération, doivent être enregistrées à leur valeur réelle.

759. Les différentes situations possibles et la valeur de l'apport correspondante sont fournies par l'article 743-1 du PCG dans le tableau récapitulatif ci-après :

¹⁷⁸⁸ Règl. CRC (devenu ANC) n° 2004-01 du 4 mai 2004 homologué par Arr. du 7 juin 2004, avis CNC n° 2004-01 du 25 mars 2004 abrogé et remplacé par le Règlement ANC n° 2014-03, homologué par arrêté du 26 déc. 2017, applicable depuis le 1^{er} janv. 2018. Dans le même sens, Instruction administration fiscale du 30 déc. 2005, BOI 4 1-I-05.

¹⁷⁸⁹ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7609.

¹⁷⁹⁰ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7623.

¹⁷⁹¹ P.C.G. art. 741-1.

¹⁷⁹² P.C.G. art. 740-1.

¹⁷⁹³ Au sens de l'article 742-2 du PCG, un apport est réalisé à l'envers lorsque, après l'apport, la société apporteuse prend le contrôle de la société bénéficiaire des apports, ou renforce son contrôle sur celle-ci.

¹⁷⁹⁴ Les opérations de fusion à l'endroit sont fixées par l'article 742-1 du PCG. Il s'agit de la fusion à l'issue de laquelle la personne morale, actionnaire principal de l'entité absorbante avant l'opération, conserve, bien que dilué le cas échéant, son pouvoir de contrôle sur l'absorbante.

	Valorisation des apports	
	Valeur comptable	Valeur réelle
Opérations impliquant des entités sous contrôle commun ¹⁷⁹⁵		
Opérations à l'endroit	X	
Opérations à l'envers	X	
Opérations impliquant des entités sous contrôle distinct ¹⁷⁹⁶		
Opérations à l'envers	X	
Opérations à l'endroit		X

760. La fusion et la scission se traduisent généralement par une augmentation de capital de la société absorbante ou bénéficiaire des apports, destinée à rémunérer les associés de la société absorbée ou scindée.

L'obligation de libération intégrale des titres d'apport dès leur émission¹⁷⁹⁷ requiert que la valeur de l'universalité de patrimoine apportée à la société absorbante soit au moins égale à l'augmentation de capital de cette société, augmentée éventuellement de la prime de fusion ou de scission¹⁷⁹⁸. Celui-ci est déterminé en fonction du rapport d'échange retenu à la date de réalisation juridique de l'opération, sur la base de la valeur réelle globale de chaque société¹⁷⁹⁹.

Quelle que soit la valeur retenue pour la transcription des éléments d'actifs et de passifs apportés par la société absorbée dans les comptes de la société absorbante, celle-ci demeure sans incidences sur le rapport d'échange des actions ou parts des sociétés intéressées, déterminé à partir des valeurs réelles.

¹⁷⁹⁵ Des entités sont sous contrôle commun lorsque l'une des deux sociétés contrôle effectivement l'autre ou les deux sont contrôlées, au sens du droit comptable de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une même entité.

¹⁷⁹⁶ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7619. Il s'agit des entités qui ne sont pas susceptibles d'être consolidées, au sein d'un même groupe, par intégration globale.

¹⁷⁹⁷ C. com. art. L 225-147.

¹⁷⁹⁸ C. com. art. R 225-8 ; Recueil des normes comptables de l'ANC, Commentaire IR 3 sous l'art. 743-3 du PCG, Mémento Comptable, éd. F. Lefèbvre, 2024, n° 10505.

¹⁷⁹⁹ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7507.

761. Dans certaines situations exceptionnelles, l'actif net comptable apporté pourrait être insuffisant pour libérer le capital souscrit¹⁸⁰⁰. Cette situation pourrait résulter de la distorsion entre la valeur d'apport et la valeur d'échange. Pour cette situation particulière, une dérogation est prévue par le PCG, permettant d'évaluer les apports à la valeur réelle¹⁸⁰¹. Cette dérogation s'applique également lors de la filialisation d'une branche d'activité destinée à être cédée¹⁸⁰².

Cette dérogation ne s'applique qu'au seul cas d'apport à une société ayant une activité préexistante, et ne peut pas s'appliquer en cas de création *ex nihilo* d'une entité¹⁸⁰³.

En revanche, le recours à cette dérogation n'est pas possible dans le cadre d'une fusion réalisée sans échange de titres, en l'absence d'une augmentation de capital destinée à rémunérer les apports¹⁸⁰⁴.

762. Le mode de valorisation des apports est donc indépendant du calcul du rapport d'échange¹⁸⁰⁵. Ainsi, les valeurs des éléments de l'actif mentionnées dans le traité de fusion ou de scission peuvent différer de celles retenues pour la détermination du rapport d'échange lorsque les apports sont valorisés à leur valeur comptable.

Néanmoins, si l'opération est réalisée à la valeur réelle, la somme des valeurs portées dans le traité de fusion ou d'apport doit nécessairement correspondre à la valorisation globale de la société absorbée ou scindée.

2) Parité d'échange, un moyen de préservation des droits des associés

763. La parité d'échange est un mécanisme capital dans les opérations de fusion et de scission, assurant la préservation des droits des associés. Un rapport d'échange spécifique s'impose, par ailleurs, pour égaliser des droits spécifiques dont bénéficient les anciens associés de la société absorbée ou scindée (a). Cependant, le rapport d'échange peut ne pas aboutir à un nombre entier de titres à émettre ce qui fait apparaître des rompus, dont le traitement s'avère complexe au

¹⁸⁰⁰ Recueil des normes comptables de l'ANC, Commentaire IR 3 sous l'art. 743-3 du PCG.

¹⁸⁰¹ PCG, art. 743-3. Ce texte prévoit que : « lorsque les apports doivent être évalués à la valeur nette comptable en application des règles prévues par les articles 743-1 et 743-2 et que l'actif net comptable apporté est insuffisant pour permettre la libération du capital, les valeurs réelles des éléments apportés doivent être retenues ».

¹⁸⁰² Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7645.

¹⁸⁰³ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7652.

¹⁸⁰⁴ C. com. art. L236-3 ; Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7650.

¹⁸⁰⁵ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 7509.

regard des droits des associés minoritaires de la société dissoute, souvent perçus comme une atteinte à leur droit de propriété (b).

a) La parité d'échange un prélude de la rémunération des apports

764. La rémunération de l'apport du patrimoine de la société absorbée ou scindée suppose une augmentation de capital de la société absorbante ou des sociétés issues de la scission, par l'émission d'actions ou de parts nouvelles. La rémunération par des droits sociaux autodétenus n'est pas proscrite, contrairement aux VMDAC. L'article L. 236-1, alinéa 4, du Code de commerce impose que les associés de la société absorbée ou scindée deviennent nécessairement des associés de la société absorbante ou de l'une des sociétés issues de la scission, ce qui exclut toute possibilité de rémunération par des VMDAC.

La détermination de la parité d'échange constitue un pivot fondamental de l'opération de fusion ou de scission. Elle doit alors refléter la valeur réelle relative des actions ou parts des sociétés en présence, ayant pour seul objectif de déterminer une parité d'échange équitable.

765. Le rapport d'échange représente le nombre d'actions ou de parts de l'absorbante à émettre en échange d'un nombre d'actions ou de parts de l'absorbée. Selon la CNCC, « *le rapport d'échange est choisi en général en prenant en compte les valeurs relatives par action, obtenues à l'aide des différents critères* »¹⁸⁰⁶. Pour déterminer ce rapport, il convient de prime abord de déterminer la valeur réelle unitaire de chaque action ou part sociale. Pour y aboutir, la valeur globale de chaque société participante l'opération est divisée par le nombre d'actions ou de parts composant son capital. Le rapprochement de ces valeurs unitaires permet d'obtenir un rapport d'échange théorique.

766. La détermination de la parité sur la base de la valeur comptable des apports risque d'être requalifiée par l'administration fiscale comme l'octroi d'un avantage par la société apporteuse à la société bénéficiaire des apports, constitutif d'une subvention imposable. En ce sens, le Conseil d'État a jugé, par son arrêt Lafarge, que la détermination de la parité d'échange sur la base de valeurs comptables caractérisait une subvention imposable qui, lors d'un contrôle fiscal, pourra être réintégrée au résultat fiscal de la société apporteuse sur le fondement de l'acte anormal de gestion¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁶ CNCC, Guide professionnel sur le commissariat aux apports et à la fusion, éd. juin 2012, p. 70 § 1 223.

¹⁸⁰⁷ CE 1er juill. 2020, n° 418378. Arrêt rendu à propos d'un apport partiel d'actif, mais qui nous paraît transposable pour les opérations de fusion et de scission.

Dans la pratique, chaque opération de fusion ou de scission doit être appréciée en fonction de ses propres spécificités. Les sociétés participantes disposent d'une grande latitude pour négocier les facteurs d'influence sur la valeur¹⁸⁰⁸ et fixer les modalités d'évaluation, à condition de respecter le caractère équitable la parité d'échange.

b) Droits formant des rompus, un traitement singulier qui portent atteinte au droit de propriété des anciens associés

767. Lors d'une opération de fusion ou de scission, il est très rare, dans la pratique, que le rapport d'échange des actions ou parts révèle un nombre entier d'actions ou de parts nouvelles de la société absorbante à attribuer aux associés de la société absorbée ou scindée¹⁸⁰⁹. Il peut ainsi en résulter un certain nombre d'actions ou de parts nouvellement émises représentant des droits formant des rompus¹⁸¹⁰ attribués aux associés de la société absorbée¹⁸¹¹. Cette situation présente de multiples facettes, dont certaines sont d'une grande technicité, notamment les modalités de traitement des rompus.

768. Les parts ou actions des sociétés de capitaux sont indivisibles à l'égard de la société¹⁸¹². À ce titre, les droits politiques et financiers des titulaires de droits formant rompus sont temporairement suspendus après l'opération de fusion.

Ainsi, à titre d'illustration, dans un rapport d'échange établissant l'échange de 235 actions (A) contre 238 actions (B), un actionnaire qui détiendrait 400 actions (A) recevrait 238 actions de (B) et détiendrait 165 droits formant rompus.

La situation se complique, par exemple, pour un actionnaire qui détient 234 (A) alors qu'il devrait être titulaire de 235 (A) pour recevoir 238 (B). À l'issue de l'opération de fusion, cet actionnaire ne détiendrait que des rompus et risque ainsi de perdre sa qualité d'associé !

¹⁸⁰⁸ La parité résulte en partie d'une négociation, et peut intégrer une prime de contrôle ou une marge de bonne ou mauvaise affaire.

¹⁸⁰⁹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82982.

¹⁸¹⁰ Ce sont des fractions de titres générées par certaines opérations sur capital telle que la fusion. Le régime des droits formant rompus est harmonisé par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juill. 2014 tant au niveau des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (L. 228-6-1 C. com.) que des sociétés non cotées (article L. 228-6 C. com.).

¹⁸¹¹ ANSA, Comité juridique, avis n° 12-014 du 01 fév.2012,.

¹⁸¹² C. com. art. L 228-5.

Pour supprimer ces droits formants rompus, plusieurs substitutifs sont envisageables. L'attribution d'une soulte, la négociation, la cession ou encore la renonciation aux rompus constituent, dans la pratique, des solutions très concluantes.

Cependant, la situation des associés ne détenant que des rompus après l'opération de fusion soulève un véritable problème qui n'est pas encore résolu. Nous proposons une solution originale qui pourrait pallier à cette situation.

769. En principe, les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre d'une fusion ou opérations assimilées « *reçoivent des parts ou des 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 des actions attribuées* »¹⁸¹³. Les dispositions de cet article n'autorisent la rémunération des associés de la société absorbée que par des actions ou parts sociales¹⁸¹⁴.

L'apparition de rompus lors de la détermination du rapport d'échange peut être évitée par le versement d'une soulte en espèces aux associés de la société absorbée. Celle-ci ne doit pas dépasser 10 % de la valeur nominale des droits sociaux de la société absorbante créés en rémunération des apports¹⁸¹⁵. Dans le cadre de cette limite, le versement de cette soulte ne remet pas en cause le caractère de fusion ou de scission de l'opération¹⁸¹⁶.

Or, à notre avis, en présence de rompus et à défaut de trésorerie suffisante pour financer le montant de la soulte, la rémunération par des VMDAC pourrait être envisagé pour ajuster la parité d'échange, dès lors que l'accès à terme au capital est possible pour le porteur du titre¹⁸¹⁷.

En principe, les rompus sont négociables entre leurs détenteurs selon les formes et conditions prescrites. L'assemblée générale extraordinaire destinée à approuver l'opération de fusion ou de scission peut fixer un délai de négociation des droits formant rompus¹⁸¹⁸. Celle-ci ne peut s'effectuer qu'entre associés détenteurs de ces droits, soit par cession, soit par renonciation¹⁸¹⁹.

¹⁸¹³ C. com. art. L.236-1 al 4.

¹⁸¹⁴ Contrairement à l'apport d'un actif isolé qui peut être rémunéré par des VMDAC. Voir dans ce sens Partie1- Chapitre 2- section2 *supra*.

¹⁸¹⁵ C. com. art. L. 236- 1, al. 4. ; Ex, rapport d'échange 11/10 = 1,1. Onze actions de l'absorbante en contrepartie de 10 parts de l'absorbée et l'attribution d'une soulte d'une valeur = 1/10 d'action.

¹⁸¹⁶ C. com. art. L 236-1, al. 3 et L 236-18, al. 3.

¹⁸¹⁷ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 41.

¹⁸¹⁸ C. com. art. L. 228- 6- 1.

¹⁸¹⁹ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 34 et s.

Cette négociation permet ainsi aux associés qui ne possèdent pas le nombre de titres requis pour obtenir les actions ou parts nouvelles d'acquérir les rompus nécessaires afin de disposer d'une action ou d'une part complète.

770. L'assemblée générale extraordinaire ayant autorisé l'opération de fusion ou de scission peut aussi prévoir, par une résolution spécifique, la vente par la société des actions ou parts formant rompus non attribuées individuellement et répartir les fonds issus de cette cession entre les titulaires de ces droits.

Par ailleurs, la société peut procéder au rachat de ses propres actions, suivi d'une réduction de capital en vue de les annuler¹⁸²⁰, tout en maintenant l'application du régime normal de la réduction de capital¹⁸²¹.

Le ou les associés de la société absorbée peuvent renoncer, individuellement et sans contrepartie, à leur droit formant rompus, soit au profit de la société, soit au profit d'autres associés. Cela constitue une sorte de libéralité admise par l'administration fiscale¹⁸²².

771. Dans certains situations particulières, il peut se produire qu'un associé de la société absorbée, après calcul de la parité d'échange, ne détienne plus que des droits formant rompus¹⁸²³. Dès lors, selon la jurisprudence, il incombe à cet associé de rechercher des cédants de rompus au sein de la société absorbée afin d'obtenir le nombre d'actions ou de parts sociales minimal déterminé par cette parité, pour acquérir la qualité d'associé de la société absorbante¹⁸²⁴. À défaut, il risque de perdre, sans contrepartie, ses titres dans la société absorbée, sans recevoir aucun titre de la société absorbante. Ainsi, il perd, purement et simplement, son apport initial à la société absorbée, sa contrepartie et sa qualité d'associé dans l'ensemble des sociétés participantes.

Cette position a été confirmée par un arrêt de la Haute juridiction dans une affaire concernant un associé minoritaire, qui ne détenait que 32 actions dans la société absorbée, alors que 288 étaient nécessaires pour obtenir une seule action de la société absorbante. La Haute

¹⁸²⁰ C. com. art. R 225-153 à R 225-155 et R 22-10-38.

¹⁸²¹ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 51 790 s.

¹⁸²² C. civ. art. 893 al. 1.

¹⁸²³ Ex : Un associé minoritaire (AM) disposait de 32 actions dans une société absorbée A par une société B. la parité d'échange prévue imposait 288 actions de la société A pour obtenir une action de la société B. dès lors, l'associé minoritaire ne disposait que des « rompus » suite à la fusion puisqu'il ne disposait que de 32 actions sur les 288 nécessaires.

¹⁸²⁴ Cass. Com., 2 déc. 2020, n° 18-20.116, *Bull. Joly soc.*, n° 03, p. 37, 01 mars 2021, note R. Mortier.

juridiction a ainsi affirmé la décision des juges du fond, qui ont écarté la faute de la société absorbée.

Par cet arrêt, la chambre commerciale a précisé qu'« *en cas de fusion, l'actionnaire de la société absorbée doit faire son affaire personnelle de ses rompus. La perte de la qualité d'associé consécutive à la fusion ne peut donner lieu à indemnisation, dès lors que l'intéressé a refusé dans le passé les propositions de rachat de ses droits* ». Ce qu'un auteur a pu qualifier de « *pot-pourri autour de l'éviction d'un minoritaire grâce à une fusion-absorption* »¹⁸²⁵.

De son côté, l'ANSA considère que « *les personnes qui détiennent des droits formant rompus ne sont pas des actionnaires, car, en tant que tels, ils ne possèdent aucune action* »¹⁸²⁶.

Pour pallier à cette situation, à notre avis, la société absorbante peut proposer l'échange des droits formant rompus, non pas contre des parts ou actions, mais contre des VMDAC. L'attribution, par exemple, de BSA est une option très convenable¹⁸²⁷, permettant ainsi au détenteur de rompus de devenir associé après l'exercice de l'option. Les droits des associés de l'absorbée ou scindée sont alors protégés.

II- Réalisation définitive des opérations de fusion et scission

772. La réalisation définitive de la fusion se caractérise par l'échange des actions ou parts des associés de la société absorbée contre celles de la société absorbante. À l'issue de cette opération, les associés de la société absorbée deviennent alors associés de la société absorbante¹⁸²⁸. Cette obligation s'applique également aux opérations de scission. Il s'agit du troisième effet légal de ces opérations de restructuration (1).

Une parité d'échange non équitable n'est pas sans conséquences sur les droits des associés et des tiers. Dans le souci d'assurer la sécurité juridique des parties prenantes, le législateur a instauré des contrôles scrupuleux et rigoureux de l'opération (2).

¹⁸²⁵ Cass. Com., 2 déc. 2020, n° 18-20.116, *Dr. sociétés* 2021, comm. 21, note J.-F. Hamelin.

¹⁸²⁶ ANSA, Comité Juridique, avis n° 12-014 du 1er févr. 2012, Droits formant rompus, exercice des droits de vote.

¹⁸²⁷ Ex : Un minoritaire qui n'avait que 32 actions dans l'absorbée alors que 288 étaient nécessaires pour obtenir une seule action dans l'absorbante. Celle-ci peut racheter les rompus formants les 32 actions en contrepartie des BSA évalués à la même valeur.

¹⁸²⁸ C. com. art. L 236-1, al. 3, L 236-18, al. 3 et L 236-27.

1) Rémunération de l'universalité du patrimoine transmis

773. Le projet de fusion ou de scission, à soumettre aux assemblées générales des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission, doit nécessairement mentionner la parité d'échange, qui constitue une condition déterminante de celle-ci **(a)**.

Dans certaines situations particulières, les opérations de fusion ou de scission peuvent être influencées par l'existence préalable de liens de participation entre les sociétés participantes. Ces liens sont anéantis avant la détermination du rapport d'échange **(b)**.

a) Échange de titres des associés de la société fusionnée ou scindée

774. L'opération de fusion n'est pas un apport en nature, mais comporte nécessairement des apports en nature. Un arrêt de la chambre commerciale pointe avec précision la différence essentielle entre ces deux notions. Il a été jugé que « *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* »¹⁸²⁹. La solution adoptée par la Cour de cassation est en harmonie avec les principes établis par le droit des fusions, mais ne semble pas, de premier abord, corroborée par le droit comptable.

775. S'il est vrai que le patrimoine transféré est la propriété exclusive de la société absorbée qui devrait en principe être rémunérée par les droits sociaux de la société absorbante, ces droits sont attribués directement aux associés de la société absorbée par l'effet de la subrogation mentionnée dans le traité de fusion.

776. L'attribution aux associés ou actionnaires de la société absorbée de parts ou actions autodétenues par la société absorbante, antérieurement à la décision de fusion, n'est pas proscrite. Les dispositions législatives réglementant les rachats d'actions par la société émettrice autorisent expressément celle-ci à racheter ses actions en vue de les attribuer en échange d'actifs acquis dans le cadre d'une fusion¹⁸³⁰.

Tout autre mode de rémunération des associés des sociétés fusionnées ou scindées est exclu. Ainsi, la fusion ne peut avoir lieu si l'actif net transmis est rémunéré par des biens ou droits autres que des actions ou parts sociales.

¹⁸²⁹ Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726, *Bull. Joly soc.*, févr. 2011, p.122, note P-L. Canu.

¹⁸³⁰ C. com. art. L 225-209-2, al. 3 et L 22-10-62, al. 6.

777. Toutefois, par dérogation à cette règle, le versement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des droits sociaux attribués est autorisé. Cette solution est expressément prévue par l'article L. 236-1, alinéa 3, du Code de commerce. Si cette limite est dépassée, l'opération réalisée perd *de facto* la qualification de fusion ou de scission. Elle est alors considérée comme un apport, à concurrence de la transmission de patrimoine, rémunéré par l'émission de titres représentatifs du capital de la société réceptrice, ainsi qu'une cession, à hauteur de la transmission, rémunérée par le versement de la soulte¹⁸³¹.

b) Existence de lien de participation entre sociétés participantes, effets sur la rémunération

778. Lorsque la société absorbante détient l'intégralité du capital de la société absorbée ou lorsque la totalité des titres de capital des sociétés absorbante et absorbée est détenue par la société mère, la fusion est soumise de plein droit au régime dit simplifié¹⁸³². Dans cette situation particulière, la fusion ne conduit naturellement à aucun échange d'actions ou de parts sociales¹⁸³³, mais à une annulation des titres de l'absorbée détenus par l'absorbante avant la fusion, en contrepartie de la transmission universelle du patrimoine qui lui est transféré. On parle alors d'une fusion-renonciation intégrale¹⁸³⁴.

779. L'absence d'augmentation de capital de la société absorbante est parfaitement corroborée par le droit comptable¹⁸³⁵. En effet, avant la fusion, la société absorbante détient toutes les actions ou parts composant le capital social de la société absorbée, lesquelles serviront de rémunération de l'apport du patrimoine.

Le même régime s'applique lorsqu'une même société détient en permanence au moins 90 % des parts, actions ou autres titres conférant un droit de vote de la société absorbante et de la société absorbée, sans en détenir la totalité¹⁸³⁶, ou en cas de fusion entre sociétés sœurs¹⁸³⁷.

¹⁸³¹ Cass. 3e civ., 15 mars 1977, n° 75-14.664, *Bull. civ.* III, n° 120, (si le montant de la soulte devient l'objet principal d'un contrat, il n'est plus permis d'évoquer une opération d'échange).

¹⁸³² C. com. art. L 236-11.

¹⁸³³ C. com. art. L 236-3- II.

¹⁸³⁴ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 80.

¹⁸³⁵ Puisque les actions ou parts sociales composant l'intégralité du capital de la société absorbée sont détenues par la société absorbante.

¹⁸³⁶ Mise en conformité du calcul du seuil de 90 % qui y est prévu avec l'article 113 de la Directive (UE) n° 2017/1132 relative à certains aspects du droit des sociétés. Auparavant 90 % ne concernaient que les droits de vote ; C. com. art. L 236-8 et L 236-11.

¹⁸³⁷ C. com. art. L. 236- 11.

780. À la différence de la fusion simplifiée, l'absorption d'une société qui n'est pas intégralement détenue par l'absorbante conduit à devoir réaliser un échange de titres détenus par les minoritaires de la société absorbée contre ceux de la société absorbante, qui deviennent associés de celle-ci. Elle doit donc procéder à une augmentation de capital par l'émission de parts ou d'actions servant à l'échange des titres de l'absorbée non détenus par l'absorbante. Il s'agit d'une fusion-renonciation¹⁸³⁸.

781. En effet, lorsque la société absorbante détient moins de 90 % du capital de la société absorbée, l'apport de l'universalité de patrimoine de celle-ci est rémunéré par des actions ou parts de la société absorbante, qu'elle doit émettre suite à une augmentation de son capital ou éventuellement par l'attribution de ses actions autodétenues¹⁸³⁹.

À ce titre, lorsqu'une fraction du capital de la société absorbée est détenue par la société absorbante, la transmission de l'universalité de son patrimoine à la société absorbante entraîne l'apport à celle-ci de ses propres parts ou actions.

782. L'attribution à une société de ses propres parts ou actions en échange de sa participation dans la société absorbée ou scindée est interdite par le droit de sociétés¹⁸⁴⁰. Une tolérance est toutefois prévue pour les sociétés par actions¹⁸⁴¹. Dans cette perspective, deux solutions sont envisageables pour réaliser l'opération de fusion : la fusion-renonciation ou la fusion-allotissement¹⁸⁴².

De par sa simplicité, la fusion-renonciation constitue la pratique la plus usitée. C'est un procédé en vertu duquel la société absorbante limite l'émission des parts ou actions nouvelles à hauteur de celles nécessaires pour la rémunération des associés de la société absorbée ou scindée, autres qu'elle-même¹⁸⁴³. L'absorbante « renonce » donc à émettre les actions ou parts qui devaient lui revenir¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁸ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 8302.

¹⁸³⁹ C. com. art. L. 225-128, al. 2 ; Instr. du 25 oct. 2002, BOI 4 I-2, n° 16 et 17.

¹⁸⁴⁰ C. com. art. L 236-3, II, L 236-19 et L 236-27, al. 1 ; L'interdiction de recevoir des parts ou actions que la société bénéficiaire détient dans la société absorbée, scindée ou apporteuse, ou que celle-ci détient sur elle-même, s'étend aux parts ou actions détenues « *par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte* » de ces sociétés.

¹⁸⁴¹ C. com. art. L. 225-207 à L. 225-217, L. 22-10-62, L. 22-10-64 et L. 22-10-65.

¹⁸⁴² Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82961.

¹⁸⁴³ C. com. art. L. 236- 3-II.

¹⁸⁴⁴ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 8302 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82962.

783. Lorsque la société absorbante détient une participation dans le capital de la société absorbée, les deux parties peuvent également convenir d'ajuster ces participations avant la signature du projet de fusion à travers un procédé appelé fusion-allotissement. Ce procédé conduit la société absorbante à se retirer, préalablement à l'opération de fusion, du capital de la future société absorbée au terme d'une procédure de partage partiel du patrimoine¹⁸⁴⁵.

La société absorbante apporte ses propres titres à la société absorbée et reçoit en contrepartie une partie de l'actif de celle-ci d'une valeur réelle équivalente. La société absorbée devient propriétaire de ses propres actions ou parts, qu'elle devra annuler par une réduction de capital.

La participation de l'absorbante dans l'absorbée est alors anéantie avant l'opération de fusion. L'apport du surplus de l'actif net fait l'objet d'un véritable apport-fusion¹⁸⁴⁶.

Le rachat par une société de ses propres actions est autorisé selon les modalités prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-217, L. 22-10-62, L. 22-10-64 et L. 22-10-65 du Code de commerce.

784. En d'autres termes, la fusion-allotissement s'analyse juridiquement en une liquidation partielle de la société suivie, un instant de raison près, d'une fusion¹⁸⁴⁷. Cette méthode, moins favorable au regard des impôts sur les sociétés, est plus rarement utilisée¹⁸⁴⁸.

Dans certaines situations, la société absorbée pourrait détenir une participation dans la société absorbante, ce qui, par le biais de la transmission universelle de patrimoine, conduit à transmettre ses droits sociaux à celle-ci, qui se retrouve ainsi détentrice de ses propres parts ou actions.

Dans ce cas, si la société absorbante est une société par actions, elle peut conserver ces actions en portefeuille à condition de ne pas détenir plus de 10 % de son capital. Dans le cas contraire, elle doit céder les actions excédentaires dans un délai de deux ans à compter de la date de réalisation définitive de la fusion. Si elle ne se conforme pas à cette exigence dans le délai imparti, elle devra procéder à une réduction de son capital social¹⁸⁴⁹. À l'issue de cette période,

¹⁸⁴⁵ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 185.

¹⁸⁴⁶ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 8304 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82967, Selon l'ouvrage, cette solution n'est pas préconisée en pratique pour des raisons fiscales même si, comme la fusion-renonciation, la fusion-allotissement bénéficie d'un mécanisme d'exonération d'impôt de distribution.

¹⁸⁴⁷ Mémento Sociétés Commerciales, éd. F. Lefèbre, 2024, n° 82967.

¹⁸⁴⁸ BOI-ENR-AVS-20-60-30-20, 10 févr. 2014, n° 300.

¹⁸⁴⁹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 186.

elle ne peut dépasser cette proportion¹⁸⁵⁰. Cependant, si la société absorbante est une SARL, elle doit annuler sans délai la totalité de ses propres parts¹⁸⁵¹.

785. La situation se complique si, avant l'opération de fusion, la société absorbée détient ses propres actions. L'échange de ces titres contre des actions ou parts de la société absorbante n'est alors pas possible¹⁸⁵². Dans cette situation, la société absorbée doit les annuler, préalablement à l'opération de fusion, par réduction de son capital social.

786. Toutefois, dans certaines circonstances, la société absorbée pourrait détenir ses propres actions pour satisfaire à une obligation souscrite au profit de ses salariés et/ou de ses mandataires sociaux, notamment lorsqu'elle a initié un plan de stock-options¹⁸⁵³ ou un programme d'attribution gratuite d'actions¹⁸⁵⁴ à leur profit.

L'effet légal de la substitution de la société absorbante aux droits et obligations de la société absorbée entraîne la transmission, de plein droit, de l'engagement de celle-ci envers ses salariés et/ou mandataires sociaux à la société absorbante.

Ainsi, afin de garantir les droits des bénéficiaires du plan de stock-options lors de l'exercice des options qu'ils pourraient initier après l'opération de fusion, la société absorbante doit émettre et bloquer ses propres actions à cette fin¹⁸⁵⁵. En effet, par dérogation aux dispositions de l'article L. 236-3, II du Code de commerce, la société absorbante est tenue d'émettre un nombre de titres de son propre capital équivalant aux actions autodétenues par la société absorbée, afin de satisfaire à cette obligation particulière¹⁸⁵⁶, tout en tenant compte de la parité d'échange retenue.

787. Dans certaines circonstances spécifiques, notamment au sein de groupes de sociétés, les sociétés, absorbante et absorbée, pourraient détenir des participations réciproques dans des proportions permises par la loi¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵⁰ C. com. art. L 225-213 ; *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 69 050 s.

¹⁸⁵¹ C. com. art. 223-34 dernier al. Ce texte dispose que « *l'achat de ses propres parts par une société est interdit. Toutefois, l'assemblée qui a décidé une réduction du capital non motivée par des pertes peut autoriser le gérant à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler* ».

¹⁸⁵² C. com. art. L 236-3, II.

¹⁸⁵³ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 69702.

¹⁸⁵⁴ *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 70303.

¹⁸⁵⁵ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 188.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*

¹⁸⁵⁷ C. com. art. L 233-30 et R 233-18.

À ce titre, les procédés précédemment exposés sont combinés, associant généralement une fusion-renonciation à une réduction préalable du capital social.

788. La situation se complique toutefois en présence des parts ou actions partiellement libérées dans l'une ou dans toutes les sociétés parties à l'opération. Si cette situation ne constitue pas un obstacle à la fusion¹⁸⁵⁸ comment alors concilier la coexistence de parts ou actions nouvellement émises par la société absorbante qui doivent être entièrement libérées, avec des droits sociaux de la société absorbée partiellement libérés¹⁸⁵⁹ ?

En principe, les uns et les autres jouissent des mêmes droits politiques et financiers, sauf si les statuts de la société absorbante prévoient un premier dividende qui ne saurait bénéficier aux titulaires d'actions non entièrement libérées¹⁸⁶⁰.

Du côté de la société absorbée, la présence de droits sociaux partiellement libérés conduit à fixer le sort de la créance due par ses associés ou actionnaires. Deux options sont alors envisageables : la renonciation à appeler la partie du capital non encore libérée ou le transfert de la créance à l'absorbante¹⁸⁶¹.

Il convient alors de convoquer une assemblée générale des associés pour décider de la renonciation à appeler la partie du capital non libérée et de prendre la décision corrélative de réduire son capital par annulation de la créance de la société sur ses associés ou actionnaires à hauteur de la partie non libérée¹⁸⁶². Dans ce cas, la réduction du capital ne peut être réalisée que par la réduction de la valeur nominale des parts ou actions de la société absorbée correspondant à la partie non libérée¹⁸⁶³.

789. La mise en œuvre de cette option soulève des difficultés en présence de parts ou actions partiellement libérées et d'autres, intégralement libérées. Dans ce cas, la réduction du capital doit porter sur l'ensemble des parts ou actions composant le capital social, par réduction de la

¹⁸⁵⁸ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82995.

¹⁸⁵⁹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 79 ; CNCC, Les interventions du Commissaire aux comptes relatives aux opérations concernant le capital social et les émissions de valeurs mobilières, Tome 1, Réduction du capital, Département Edition, 2011, p. 14.

¹⁸⁶⁰ C. com. art. L. 232-16 ; MAO Chenguang, *Les opérations de capital social en droit français et chinois*, thèse Panthéon Assas, 2016, p. 60.

¹⁸⁶¹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83000.

¹⁸⁶² Cela suppose que la quote-part non libérée est identique pour toutes les parts ou actions. Par ex, capital composé de 1000 actions d'une valeur nominale de 20 €, toutes libérées à hauteur des trois quarts. La réduction porte sur le un quart de la valeur nominale de chaque action (5 €) qui devient, après réduction égale à 15 €.

¹⁸⁶³ Cass. com., 25 mars 2003, n° 576, *Bull. Joly soc.*, n° 7, p. 824.

quote-part non libérée pour les parts ou actions partiellement libérées, et par remboursement à hauteur de cette quote-part pour les parts ou actions entièrement libérées¹⁸⁶⁴.

Les parties à l'opération peuvent aussi opter pour la transmission de la créance correspondant à la fraction non libérée du capital de la société absorbée parmi le patrimoine transmis. Les titulaires de ces parts deviennent alors débiteurs de la société absorbante, qui se réserve la faculté d'exiger, à tout moment, la libération de la partie non libérée du capital social¹⁸⁶⁵.

2) Contrôle des opérations de fusion et scission

790. Bien que l'intervention du commissaire à la fusion soit impérative lors d'une opération de fusion ou de scission, l'intervention du commissaire aux comptes de la société s'impose dans plusieurs situations **(a)**.

791. Le contrôle post-fusion, opéré notamment par le greffier du tribunal de commerce, constitue une étape cruciale. Ce contrôle vise à vérifier la conformité et éventuellement la légalité de l'opération une fois celle-ci réalisée, et à prévenir tout risque de fraude ou d'abus **(b)**.

a) Nécessité d'intervention du commissaire aux comptes et du commissaire à la fusion ou la scission

792. Depuis la réforme instaurée par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988, le domaine d'intervention des commissaires aux comptes a été considérablement réduit avec la création du commissariat à la fusion et à la scission. Toutefois, son intervention demeure nécessaire dans certaines hypothèses.

793. Réduction de capital - La détention de participations croisées entre les sociétés participantes à l'opération de fusion entraîne le transfert à la société absorbante de ses propres parts ou actions. Celle-ci peut décider de réduire son capital social pour se conformer aux dispositions de l'article L. 233-29 du Code de commerce.

Dès lors que cette réduction de capital n'est pas motivée par l'absorption de pertes antérieures, le commissaire aux comptes de la société absorbante doit établir un rapport sur la réduction du capital social qu'il doit présenter à l'assemblée générale, appelée à se prononcer sur cette

¹⁸⁶⁴ Ex : Capital composé de 1000 actions d'une valeur nominale de 20 €, dont 600 actions libérées à hauteur des trois quarts et 400 actions libérées en totalité. La réduction porte sur le un quart de la valeur nominale, pour 600 actions, de chaque action (5 €) qui devient, après réduction égale à 15 € et le remboursement du 1/4 pour les 400 actions. La valeur nominale devient égale à 15 € pour toutes les actions.

¹⁸⁶⁵ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83002.

réduction, et ce, même si les opérations de fusion et de réduction du capital sont concomitantes¹⁸⁶⁶.

Cependant, lorsque l'annulation des actions ou parts propres est prévue par le traité de fusion et que les opérations de fusion et de réduction de capital sont concomitantes, cette réduction constitue une modalité de la fusion. Selon le comité juridique de l'ANSA, la réduction du capital ne nécessite pas la rédaction préalable d'un rapport spécial par le commissaire aux comptes¹⁸⁶⁷. Les associés réunis en assemblée générale pour approuver l'opération de fusion se prononcent uniquement sur ce traité et ses modalités, leur information étant assurée par le rapport du commissaire à la fusion ou du commissaire aux apports.

794. Contrôle de la situation intermédiaire - Lorsque l'opération de fusion est réalisée au cours du second semestre de l'exercice comptable, l'évaluation du patrimoine apporté est effectuée sur la base d'une situation intermédiaire. Celle-ci est établie selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui doit être antérieure de moins de trois mois à celle du projet de fusion¹⁸⁶⁸. La situation intermédiaire n'a cependant pas besoin d'être approuvée par les associés.

Les Professeurs Coquelet et Barrillon estiment que le commissaire aux comptes doit certifier l'état comptable intermédiaire soumis aux associés¹⁸⁶⁹. Toutefois, cette opinion est discutable.

En principe, la mission de certification des comptes relève des travaux d'audit et ne concerne que les comptes annuels. Dès lors que les comptes intermédiaires ne constituent que des comptes provisoires susceptibles de modification au cours de l'exercice comptable, la mission du commissaire aux comptes consiste en un examen limité¹⁸⁷⁰.

L'article L. 823-10, alinéa 2, du Code de commerce prévoit que le commissaire aux comptes doit vérifier la sincérité des informations données dans les documents adressés aux actionnaires ou associés sur la situation financière et les comptes annuels. Certains auteurs précisent à juste titre que le commissaire aux comptes doit « *vérifier la sincérité de l'état comptable intermédiaire mis à la disposition des actionnaires* »¹⁸⁷¹, sans pour autant spécifier la nature

¹⁸⁶⁶ CNCC, Bull. n° 112, déc. 1998, EJ 98-128, p. 616 et n° 160, déc. 2010, EJ 2010-56, p. 668.

¹⁸⁶⁷ ANSA, Comité juridique, avis n° 18-055 du 7 nov. 2018.

¹⁸⁶⁸ C. com. art. R 236-4.

¹⁸⁶⁹ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 94.

¹⁸⁷⁰ CNCC, NEP n° 1240.

¹⁸⁷¹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83190.

des diligences à accomplir.

La norme d'exercice professionnel de la CNCC, n° 2410, définit les principes appliqués par le commissaire aux comptes lors de la conduite d'un examen limité des comptes intermédiaires¹⁸⁷². Les termes de cette NEP précisent que l'examen limité n'est pas un audit et que l'assurance donnée par le commissaire aux comptes est d'un niveau modéré, alors que celle d'un audit est d'un niveau raisonnable.

L'étendue de l'intervention du CAC sur les comptes intermédiaires, comme prévu par cette norme et servant de base pour l'évaluation de l'universalité du patrimoine, est critiquable. En effet, l'assurance fournie par le commissaire aux comptes ne garantit pas la fiabilité des valeurs et estimations comptables. Compte tenu de l'ampleur de l'opération de fusion et de ses conséquences sur les droits des associés et des tiers, il nous semble judicieux d'étendre ses travaux à une mission d'audit qui fournirait une assurance plus élevée que l'examen limité.

Les parties à l'opération de fusion peuvent, cependant, mandater un commissaire aux comptes en vue de diligenter une mission d'audit des situations intermédiaires. Son rapport sur ces états comptables est communiqué aux commissaires aux apports ou à la fusion.

795. Dès lors que l'opération de fusion constitue une convention réglementée, le CAC de la société intervient pour émettre un rapport spécial sur l'opération de fusion. L'intervention du commissaire aux comptes est requise préalablement à l'approbation de la fusion pour les sociétés par actions et postérieurement à l'opération pour les SARL.

796. Stock-options émis par la société dissoute - Dans certaines situations, la société absorbée ou scindée a préalablement émis des stock-options au profit de ses salariés ou mandataires sociaux¹⁸⁷³. Lors d'une opération de fusion, les droits des porteurs de ces options sont transférés à la société absorbante, qui se substitue de plein droit dans les obligations de la société absorbée¹⁸⁷⁴.

En principe, selon un auteur, *« le sort des options émises par la société absorbée est le plus souvent directement réglé par le traité de fusion. La société absorbante s'engage ainsi, par une stipulation expresse du traité de fusion, à se substituer aux engagements pris par la société*

¹⁸⁷² CNCC, NEP n° 1240.

¹⁸⁷³ C. com. art. L. 225- 177 et L. 225-179.

¹⁸⁷⁴ C. com. art. L. 236-14.

absorbée à l'égard des titulaires des options »¹⁸⁷⁵.

Le prix de souscription de l'option subira une modification substantielle puisqu'il concernerait non plus les actions de la société absorbée, mais celles de la société absorbante. Ledit prix est fixé le jour où l'option est consentie, par le conseil d'administration ou le directoire, selon les modalités déterminées par l'assemblée générale extraordinaire.

Dans ce cas, le commissaire aux comptes, ou, s'il n'en a pas été désigné, un commissaire aux comptes désigné à cet effet selon les modalités prévues aux articles L. 225-228 ou L. 22-10-6 du Code de commerce, doit présenter un rapport sur les modalités proposées pour la fixation du prix de souscription ou d'achat des actions¹⁸⁷⁶.

797. Par ailleurs, l'annulation des parts ou actions reçues par la société absorbante fait nécessairement générer un *mali* ou un *boni* de fusion. Ces derniers ne font pas partie des apports et leur affectation n'est pas contrôlée par le commissaire à la fusion, ni par le commissaire aux apports dans le cadre de son appréciation de la valeur des apports. Le contrôle doit en revanche être effectué *a posteriori* par le commissaire aux comptes de la société absorbante dans le cadre de ses travaux d'audit des comptes¹⁸⁷⁷. Les diligences du CAC consistent ainsi à s'assurer de l'affectation du *boni* ou *mali* de fusion au compte approprié¹⁸⁷⁸.

798. Nonobstant les interventions spécifiques confiées aux commissaires aux comptes des sociétés participantes à l'opération de fusion ou de scission, l'intervention d'un ou plusieurs commissaires à la fusion ou à la scission est impérative¹⁸⁷⁹. Cependant, cette désignation peut

¹⁸⁷⁵ P. Barban, « Stock-options », *J.-Cl. soc. Traité*, LexisNexis, fasc.1865, 2022 § 55.

¹⁸⁷⁶ C. com. art. L. 225- 177 et C. com. art. R. 225-144 ; CNCC, Bull. n° 109, mars 1998, p. 88.

¹⁸⁷⁷ CNCC, Guide professionnel, *op. cit.*, § 1,42.

¹⁸⁷⁸ Mémento Fusions et Acquisitions, *op. cit.*, n° 8460.

PCG. art. 745-2, cet article, « *le boni représente l'écart positif entre l'actif net positif reçu par l'entité absorbante à hauteur de sa participation dans l'entité absorbée et la valeur comptable de cette participation* ».

PCG. art. art. 745-3, selon ce texte, « *le mali de fusion représente l'écart négatif entre l'actif net, positif ou négatif, reçu par l'entité absorbante à hauteur de sa participation dans l'entité absorbée et la valeur comptable de cette participation. Le cas échéant, le mali est corrigé des ajustements de prix sur les titres de participation, positifs ou négatifs, intervenus postérieurement à la fusion* ».

¹⁸⁷⁹ Les commissaires aux comptes exerçant leur mandat dans les sociétés participant à l'opération de fusion ou scission ne peut être désignés AF ou CAS. Cette interdiction ressort tant des dispositions de l'article L. 236-10 du Code de commerce. Cette incompatibilité a été confirmée par la réponse ministérielle n° 24954 : JO AN Q 31 janv. 1976, p. 467, aux termes de laquelle il a été considéré que le commissaire aux comptes qui assume cette fonction tant dans la société absorbée que dans la société absorbante ne peut être désigné comme commissaire aux apports ou à la fusion.

être écartée lorsque les associés ou actionnaires le décident à l'unanimité dans toutes les sociétés participant à l'opération¹⁸⁸⁰.

799. Le texte ne précise ni les formalités ni le de délai pour se prononcer sur cette exclusion. Une consultation écrite, si les statuts de la société la prévoient, est suffisante. Selon certains auteurs, cette consultation doit être réalisée avant le début du délai exigé pour la remise du rapport, préalablement à la décision collective des associés ou à l'assemblée appelée à se prononcer sur le projet de fusion¹⁸⁸¹. Si l'unanimité requise n'est pas atteinte, ce délai nous paraît insuffisant. Il conviendrait alors de prévoir un délai prenant en considération la possibilité d'échec de l'option de l'unanimité pour cette exclusion¹⁸⁸².

800. L'intervention du CAF est exclue en cas d'absorption d'une filiale à 100 % de la société absorbante¹⁸⁸³, en cas d'opération entre deux filiales détenues à 100 % par une même société mère ou à au moins 90 %¹⁸⁸⁴ ou, sous certaines conditions, en cas d'absorption d'une filiale à 90 % au moins par la société absorbante¹⁸⁸⁵.

Cependant, si le droit spécial des fusions écarte la désignation d'un commissaire à la fusion, aucune disposition légale n'interdit aux associés des sociétés participant à l'opération de recourir volontairement à la nomination de ce professionnel du chiffre, afin de mener à bien cette mission légale. À la différence de la désignation imposée par le président du tribunal de commerce, la nomination se fait par une assemblée générale des associés. Ainsi, lorsque le commissaire à la fusion ou à la scission est désigné volontairement par les associés, sa mission est identique à celle qui résulterait d'une désignation légale.

La question se pose alors de savoir si cette désignation volontaire entraîne nécessairement la tenue d'une assemblée pour approuver l'opération de fusion ou de scission. La réponse logique

¹⁸⁸⁰ C. com. art. L.236- 10- II.

¹⁸⁸¹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, 2024, n° 83177 ; la décision peut être prise par le conseil d'administration ou le directoire de la société absorbante prise sur délégation de l'assemblée C. com. art. L 236-10, I-al. 1 et II.

¹⁸⁸² Il faut donc prévoir, un délai suffisant, prenant en compte, le temps nécessaire pour la désignation du commissaire à la fusion, le temps nécessaire pour la mise en œuvre de ses diligences et à l'établissement de son rapport auquel, le délai requis par les articles L 236-10, IV permettant de respecter l'obligation de communiquer ce rapport aux associés ou actionnaires.

¹⁸⁸³ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83 280 s.

¹⁸⁸⁴ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83 280 et 83 285 s.

¹⁸⁸⁵ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83 285 s.

à cette question est négative, dès lors que les droits financiers et politiques des sociétés participantes et des associés demeurent inchangés, préservant ainsi le principe d'équité.

La désignation du commissaire à la fusion est effectuée par le président du tribunal de commerce statuant sur requête¹⁸⁸⁶.

Dans la pratique, lorsque toutes les sociétés participantes décident de soumettre l'opération au contrôle du commissaire à la fusion, la demande de nomination doit être présentée sous la forme d'une requête conjointe de toutes ces sociétés¹⁸⁸⁷

Une fois désigné, le commissaire à la fusion exerce une double mission, à l'issue de laquelle il doit établir et présenter aux actionnaires ou associés des sociétés participantes deux rapports distincts¹⁸⁸⁸.

801. Un premier rapport est établi sur les modalités de l'opération de fusion, et un autre rapport sur la valeur des apports en nature et les avantages particuliers.

La question de l'évaluation des sociétés participant à l'opération de fusion est très sensible. La valorisation respective de ces sociétés relève, *in fine*, des organes de direction des sociétés parties à l'opération¹⁸⁸⁹. En effet, les valeurs obtenues détermineront le poids relatif attribué à chacune des sociétés et, partant, à la parité d'échange des parts ou actions, ce qui aura un impact sur le tour de table post-fusion¹⁸⁹⁰.

802. S'agissant du rapport sur les modalités de la fusion, le commissaire à la fusion a pour mission de vérifier la pertinence des valeurs relatives attribuées aux actions ou parts des sociétés participant à l'opération, ainsi que l'équité du rapport d'échange des droits sociaux.

Le rapport du commissaire à la fusion ou, le cas échéant, celui du commissaire aux apports doit être établi en conformité avec les avis techniques de la CNCC relatifs au commissariat aux apports et au commissariat à la fusion¹⁸⁹¹. Ce rapport doit au moins indiquer les mentions prévues par l'article L. 236-10, I, alinéa 3 et suivants du Code de commerce.

¹⁸⁸⁶ C. com. art. R 22-10-7 sur renvoi de l'art. R 236-9, al. 1.

¹⁸⁸⁷ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83146 ; C. com. art. R 236-9, al. 2

¹⁸⁸⁸ C. com. art. L 236-10 et art. L 236-8.

¹⁸⁸⁹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 67.

¹⁸⁹⁰ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 61.

¹⁸⁹¹ AMF recommandation n° 2020-06 , le 28 juill. 2023.

Le rapport doit être suffisamment détaillé, tant sur la pertinence des méthodes retenues dans l'évaluation que sur leur mise en œuvre, afin de permettre aux actionnaires ou associés d'apprécier les conditions de rémunération de l'opération qui leur est proposée.

Compte tenu de la technicité de leur contenu, il est souvent difficile pour des associés profanes d'analyser correctement la portée des rapports du CAC et du CAF. C'est pour cette raison que les conclusions de ces professionnels doivent être simples et compréhensibles.

803. S'agissant du rapport sur la valeur des apports en nature, le commissaire à la fusion doit établir un rapport dans lequel il apprécie, sous sa responsabilité, la valeur des apports en nature¹⁸⁹² et indiquer la ou les méthode (s) d'évaluation adoptée (s) ainsi que les raisons de ce choix¹⁸⁹³. S'il s'agit d'une société par actions, le commissaire à la fusion doit également apprécier la valeur des avantages particuliers éventuellement transférés à la société absorbante¹⁸⁹⁴.

En outre, il lui incombe de vérifier que le montant de l'actif net apporté par la ou les absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de l'absorbante¹⁸⁹⁵.

804. Si la décision d'exclure la désignation du CAF est prise, et si l'opération comporte des apports en nature, ce qui est évident, ou des avantages particuliers, un commissaire aux apports doit être désigné selon les conditions prévues à l'article L. 225-8 pour établir ce rapport¹⁸⁹⁶. En cas de constitution d'une SA, le commissaire aux apports est désigné à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice.

b) Contrôle de l'opération de fusion ou de scission ex-post

805. À n'en pas douter, la déclaration de conformité, prévue par l'article L. 236-6, alinéa 2, du Code de commerce revêt une importance cruciale en raison de la sécurité juridique qu'elle confère à l'opération de fusion et de scission.

En effet, les dispositions des directives européennes imposent que les procès-verbaux des assemblées approuvant la fusion ou la scission soient établis par acte authentique. Cela est exigé

¹⁸⁹² C. com. art. L 223-9, al. 1 sur renvoi de l'art. L 223-33 et, implicitement, des art. L 236-8, al. 2 et L 236-10, III pour les SARL ; art. L 225-147, al. 2 sur renvoi de l'art. L 236-10, III pour les sociétés par actions.

¹⁸⁹³ C. com. art. R 22-10-8, sur renvoi de l'art. R 225-136, al. 1.

¹⁸⁹⁴ C. com. art. L 236-10, III.

¹⁸⁹⁵ C. com. art. R 236-10.

¹⁸⁹⁶ C. com. art. L 236-10, III et art. L 236-8, al. 2.

dès lors que, selon la directive , « *la législation d'un État membre ne prévoit pas pour les fusions un contrôle préventif judiciaire ou administratif de légalité, ou que ce contrôle ne porte pas sur tous les actes nécessaires à la fusion* »¹⁸⁹⁷.

806. Depuis la loi Pacte, le droit interne s'est aligné sur le droit européen, qui n'impose aux États membres un contrôle préventif de légalité qu'en cas de fusion ou de scission de sociétés anonymes, ou de fusion transfrontalière¹⁸⁹⁸.

C'est dans ce cadre que l'article L. 236-6 du Code de commerce prévoit l'obligation d'une déclaration de conformité pour les sociétés anonymes, tenant lieu de contrôle préventif de légalité pour les fusions ou scissions internes¹⁸⁹⁹.

L'exclusion des opérations de fusion internes réalisées entre les autres formes des sociétés de capitaux est regrettable. En effet, le contrôle de conformité présente un intérêt similaire à celui applicable aux sociétés anonymes, d'autant plus que la prescription abrégée restreint les droits des partenaires sociaux.

807. La déclaration de conformité est établie après l'approbation de l'opération de fusion ou de scission par toutes les sociétés participantes et, selon nous, après la réalisation des conditions suspensives éventuelles. Elle a pour objet de relater tous les actes réalisés tout au long de l'opération et d'affirmer que celle-ci a été réalisée en conformité avec les lois et règlements¹⁹⁰⁰.

Cette déclaration peut être commune aux sociétés participantes¹⁹⁰¹ et doit être signée par au moins un membre du directoire ou un administrateur de chacune des sociétés participantes ayant reçu mandat à cet effet et déposée avec la demande d'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège de l'une des sociétés bénéficiaires.

Une copie de cette déclaration est également déposée au greffe du siège social de chaque société participante et fait l'objet d'une inscription modificative¹⁹⁰².

¹⁸⁹⁷ Dir. 5 avr. 2011 pour les fusions de sociétés anonymes, art. 16. 1.

¹⁸⁹⁸ R. Mortier, B. Zabala et S. de Vendeuil, « La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte, Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 », *Dr. sociétés* 2019, étude 8 ; *BRDA* 10/19 ; PE et Cons. UE, dir. 2011/35/UE, 5 avr. 2011, art. 16 et 22 pour les fusions de sociétés anonymes ; PE et Cons. UE, dir. 2005/56/CE, art. 10 et 11 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *JOUE* n° L 310, 25 nov. 2005, p. 1.

¹⁸⁹⁹ A. Bonnasse, *op. cit.* § 129.

¹⁹⁰⁰ C. com. art. L. 236- 6.

¹⁹⁰¹ Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-11.428 et 07-11.530, *Bull. civ.* IV, n° 109 ; *RJDA* 2008, n° 8-9, n° 899.

¹⁹⁰² C. com. art. R. 236-4.

808. Le défaut du respect de cette obligation entraîne la nullité de l'opération de fusion ou de scission¹⁹⁰³. La question se pose alors concernant le sort de l'opération en cas de dépôt d'une déclaration de conformité irrégulière. L'article L. 236-6 du Code de commerce ne prévoit la nullité qu'en cas d'absence de dépôt de la déclaration, et non en cas d'irrégularité de celle-ci.

Le contenu de cette déclaration n'est pas normé. En effet, la rédaction de l'article L. 236-6 du Code de commerce est très générale et n'apporte pas d'orientations précises quant aux diligences à accomplir par le secrétaire-greffier. Il est donc nécessaire d'établir cette déclaration avec soin et méticulosité. Ce document doit mentionner tous les actes accomplis pour la réalisation de l'opération.

Il nous semble également nécessaire de joindre à la déclaration une copie de tous les documents relatés dans celle-ci afin de permettre un contrôle minutieux par le secrétaire-greffier.

Cette disposition s'applique aussi en cas d'apport partiel d'actif portant sur une branche complète d'activités ou sur des éléments assimilés, à l'exclusion d'éléments isolés¹⁹⁰⁴.

809. La fusion transfrontalière est soumise à un double contrôle : un contrôle de conformité *ex ante* et un contrôle de légalité *ex post*.

À la différence de l'opération de contrôle de conformité de fusion interne, l'article L. 236-42 du Code de commerce définit les grandes lignes des contrôles à effectuer par le secrétaire-greffier en présence d'une opération de fusion ou de scission transfrontalière.

Le texte législatif indique que le greffier est tenu « *d'examiner l'ensemble des documents et informations transmis par la société participant à l'opération* »¹⁹⁰⁵. Ces documents sont énumérés par le texte réglementaire dédié¹⁹⁰⁶.

Le contrôle consiste, dans un premier temps, à vérifier que l'opération n'est pas réalisée à des fins abusives, frauduleuses ou criminelles. Le greffier doit tenir compte « *de l'ensemble des faits et circonstances dont il a connaissance dans le cadre des opérations de contrôle* »¹⁹⁰⁷. Il peut solliciter toute autorité compétente pour obtenir des informations, y compris celle en charge du contrôle de légalité dans l'État membre de destination de la société, et solliciter

¹⁹⁰³ Dir. 5 avr. 2011 sur les fusions de sociétés anonymes, art. 22, 1 b.

¹⁹⁰⁴ C. com. art. L. 236- 6- 1, L. 236-22, L. 236-24.

¹⁹⁰⁵ C. com. art. L. 236-42, II, 1.

¹⁹⁰⁶ C. com. art. R. 236-29.

¹⁹⁰⁷ C. com. art. L. 236-42, II, 2°. L'ordonnance du 24 mai 2023 a repris littéralement les termes de la Directive .

l'intervention d'un expert indépendant rémunéré par la société. Le secret professionnel ne peut pas être opposé pour l'obtention d'informations nécessaires à l'exercice de sa mission¹⁹⁰⁸.

Enfin, le texte précise que le greffier doit vérifier que l'opération n'a pas été réalisée dans le but « *de priver les salariés de leurs droits en matière de participation* »¹⁹⁰⁹.

À ce titre, un auteur estime que « *cette précision est déjà couverte par la référence générale aux finalités frauduleuses de l'opération, et ce en sachant que les salariés bénéficient par ailleurs de mécanismes de protection efficaces de leurs droits en matière de participation à la gestion* »¹⁹¹⁰.

810. Au terme de son contrôle, le greffier délivre un certificat de conformité¹⁹¹¹. À l'inverse, s'il constate que les conditions et procédures requises ne sont pas respectées, il est tenu d'expliquer les raisons du refus de la délivrance du certificat de conformité et d'accorder un délai pour la régularisation de la situation¹⁹¹².

Le contrôle *ex post* est un contrôle de légalité qui ne peut intervenir qu'après l'obtention de l'attestation de conformité. Il s'agit d'un contrôle formel opéré exclusivement par un greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société issue de l'opération de mobilité transfrontalière sera immatriculée¹⁹¹³.

Le greffier doit s'assurer que les sociétés parties à l'opération ont approuvé un projet de fusion ou de scission dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été correctement fixées¹⁹¹⁴.

À l'issue de son contrôle, le greffier approuve l'opération ou, s'il constate que les conditions et procédures ne sont pas respectées, il communique la décision de désapprobation à la société issue de la fusion¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁸ C. com. art. L. 236-42, III.

¹⁹⁰⁹ C. com. art. L. 236-42, II, 3°.

¹⁹¹⁰ E. Schlumberger, « Les contrôles de légalité dans les opérations transfrontalières », *Bull. Joly soc.*, n° 09, p.66, 01 sept. 2023, n° 15.

¹⁹¹¹ C. com. art. L. 236-42, III.

¹⁹¹² C. com. art. L. 236-42, III.

¹⁹¹³ C. com. art. L. 236-43. Le greffier interviendra à ce propos lorsque la France constituera l'État de destination de l'opération de mobilité transfrontalière.

¹⁹¹⁴ E. Schlumberger, « Les contrôles de légalité dans les opérations transfrontalières », *Bull. Joly soc.*, n° 09 p. 66, 01 sept. 2023, n° 21.

¹⁹¹⁵ C. com. art. L. 236-43 al. 3.

811. À cet égard, un auteur estime que « *la nature précise de cette mesure de désapprobation est incertaine, et si elle ne paraît pas assimilable à la nullité, elle aboutit néanmoins à bloquer la prise d'effet de l'opération* »¹⁹¹⁶. Un recours devant le juge commis à la surveillance du registre demeure toujours possible.

¹⁹¹⁶ E. Schlumberger, Les contrôles de légalité dans les opérations transfrontalières, *Bull. Joly soc.*, n° 09 p. 66, 01 sept. 2023, n° 22.

CONCLUSION DU TITRE I

812. La fusion, tout comme la scission, sont des opérations de restructuration des sociétés de capitaux qui sont devenues particulièrement prisées, tant sur le plan national que dans le cadre d'opérations transfrontalières.

Conscient des enjeux que ces opérations recèlent, le législateur a légiféré des règles impératives relativement détaillées afin de cerner leurs contours. En outre, une procédure allégée a été consacrée pour les groupes de sociétés dans lesquels le capital de l'une est détenu par l'autre à plus de 90 %, ou lorsque le capital social de deux sociétés est intégralement détenu par la société mère.

Juridiquement, bien que la fusion et la scission ne soient pas assimilées à des apports en nature, le patrimoine transmis dans le cadre de ces opérations comprend nécessairement des opérations d'apport en nature.

813. La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ou scindée à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission¹⁹¹⁷ constitue ainsi l'effet légal déterminant de ces opérations. Celui-ci a pour corollaire d'assurer la continuité de l'entreprise et du sociétariat rattaché à la société absorbée ou scindée.

En principe, la continuité de l'entreprise, en tant qu'entité économique, entraîne le transfert de plein droit de l'intégralité de la (ou des) branche(s) d'activité(s) dans l'état où elle(s) se trouve(nt) à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission. Toutefois, ce principe n'est pas absolu. En effet, plusieurs limites et contraintes peuvent altérer cet effet légal. À titre d'exemple, la transmission de certains actifs, droits ou obligations à la société bénéficiaire, notamment les contrats conclus *intuitu personae*, nécessite le consentement des cocontractants de l'apport, comme il a été démontré. Par ailleurs, dans certains cas, la jurisprudence se révèle impuissante à neutraliser l'effet de certaines clauses restrictives relatives au transfert de certains contrats, telle que la clause d'agrément, notamment en présence de parts sociales dans le patrimoine à transférer.

814. Il a également été démontré que, dans certains cas, le contour du patrimoine transmis peut être marqué par une déconnexion entre les conditions d'éligibilité aux régimes juridique et fiscal. Le succès d'une telle opération repose ainsi sur le respect scrupuleux de ces deux régimes qui peuvent parfois se révéler hétéroclites.

¹⁹¹⁷ Le principe de «tout ou rien» qui s'applique.

De plus, le droit de propriété constitutionnellement protégé empêche la société absorbée ou scindée de se délester de ses associés. Par conséquent, la continuité du sociétariat s'impose, même si, après la réalisation de l'opération, les associés se retrouvent membres d'une société autre que celle à laquelle ils appartenaient initialement, parfois contre leur gré.

Toutefois, il existe certains cas de figure où la qualité d'associé n'est plus matériellement garantie. Il s'agit notamment de la situation particulière dans laquelle un associé qui, après la détermination de la parité d'échange, se retrouve détenteur des seuls rompus insuffisants pour lui permettre de se faire attribuer des titres de la société absorbante ou de l'une des sociétés issues de la scission.

TITRE II - L'APPORT PARTIEL D'ACTIFS, UNE STRATÉGIE DE RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX A MULTIPLES FACETTES.

815. L'apport partiel d'actifs est une opération de restructuration d'entreprises dénuée de régime juridique propre. Selon la volonté des parties, exprimée éventuellement par le traité d'apport, il emprunte son régime soit à celui des augmentations de capital réalisées par apport en nature, soit, en cas d'option, à celui des scissions¹⁹¹⁸.

En vertu des dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce issues de l'ordonnance n° 2023-393, l'apport partiel d'actifs reçoit une définition relativement réfutée qui dispose explicitement qu'il s'agit de l'apport par une société d'une partie de son actif et, le cas échéant, une partie de son passif à une société préexistante ou créée à cet effet.

816. Nonobstant, la consécration du principe selon lequel un apport partiel d'actifs peut, en cas d'option pour le régime des scissions, constituer une transmission universelle des biens¹⁹¹⁹, la dualité du régime juridique auquel il est soumis constitue une source d'ambiguïté et de complexité procédurale (**Chapitre1**).

817. Par ailleurs, la réalisation d'une opération d'apport partiel d'actifs repose sur un cadre juridique bien précis, défini par un traité d'apport doté d'une force obligatoire. Celui-ci encadre notamment les droits politiques et financiers qui offrent aux associés une protection relative conditionnée par plusieurs facteurs (**Chapitre 2**).

¹⁹¹⁸ C. com. art. L. 236-27, al. 1^{er}. Ce texte prévoit que les parties à une opération d'apport partiel d'actifs peuvent, d'un commun accord, soumettre celle-ci au régime juridique des scissions.

¹⁹¹⁹ J.-F. Hamelin, Fusion – « Réforme du régime applicable aux opérations de fusion, scission et apport partiel d'actifs », *Droit des sociétés* n° 11, nov. 2023, étude 8, n° 13.

CHAPITRE 1 - LA DUALITÉ DU RÉGIME JURIDIQUE, SOURCE DE COMPLEXITÉ

818. L'apport partiel d'actifs est régi par un régime juridique hybride qui trouve son fondement dans le droit des sociétés et les règles spécifiques du régime juridique des fusions¹⁹²⁰. Ces dispositions législatives éparses rendent l'opération d'apport complexe, mais offrent également des opportunités importantes pour les sociétés de capitaux (**Section 1**).

Cette dualité de régime introduit, cependant, des sources majeures d'incertitudes, à la fois sur le plan juridique et fiscal, notamment en raison de certaines ambiguïtés liées à l'interprétation et à l'application de certaines règles régissant ces opérations (**Section 2**).

Section 1 - Apport partiel d'actifs, un régime juridique hybride

819. L'opération d'apport partiel d'actifs s'impose parfois comme une nécessité impérieuse de restructuration des sociétés de capitaux dont le contour n'est pas parfaitement cerné par les dispositions législatives (**I**). Au cœur de cette restructuration se trouve la notion cruciale de « *branche d'activité* », dont la délimitation juridique et fiscale demeure incertaine (**II**).

I- L'apport partiel d'actifs un mode de restructuration épineux

820. À l'instar des opérations de fusion et de scission, les opérations d'apport partiel d'actifs soulèvent de nombreuses questions lancinantes quant à leurs contours juridiques et fiscaux, qui ne cessent de susciter des controverses doctrinales et jurisprudentielles (**1**). En dépit de cet aspect complexe, l'opération d'apport partiel d'actifs demeure un mode de restructuration captivant pour les sociétés de capitaux de par les intérêts qu'il présente (**2**).

1) L'apport partiel d'actifs, un mode de restructuration d'entreprise efficient

821. En l'absence, dans le droit des sociétés, d'une définition précise de l'apport partiel d'actifs, il convient de définir clairement cette notion (**a**). Par ailleurs, l'apport partiel d'actifs, en tant que mode de restructuration, a été profondément influencé par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, qui a introduit deux nouvelles figures (**b**).

a) L'apport partiel d'actifs, une notion imparfaitement définie

822. Fidèle à son accoutumé, le droit de sociétés ne donne pas de définition légale à l'apport partiel d'actifs¹⁹²¹. La doctrine tente de définir cette notion, mais demeure toujours mitigée.

¹⁹²⁰ Ord. n° 2023-393 du 24 mai 2023 ratifiée par la Loi 2024-364 du 22 avr. 2024 art.

¹⁹²¹ L'article L.236-27 du Code de commerce ne définit pas exactement cette notion.

823. C'est dans ce sens qu'un ouvrage a repris une partie des dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce pour définir l'apport partiel d'actifs comme « *l'opération par laquelle une société fait apport à une ou plusieurs autres (nouvelles ou déjà créées) d'une partie de son actif et, le cas échéant, d'une partie de son passif et reçoit, en échange, des titres émis par la ou les sociétés bénéficiaires des apports* »¹⁹²².

Se ralliant à cette doctrine, Le Professeur Moulin a défini l'apport partiel d'actifs comme « *l'opération qui 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* »¹⁹²³. L'auteur ajoute, par ailleurs, que « *l'apport partiel d'actifs [...] n'est autre qu'une vente rémunérée par l'échange de droits sociaux et qui ne constitue pas une cause de dissolution de la société même lorsqu'il est placé sous le régime de la scission emportant transfert universel de la branche d'activité apportée* »¹⁹²⁴.

En excluant la prise en charge du passif, il nous semble que cette définition ne cerne pas toutes les composantes de l'opération d'apport partiel d'actifs, notamment les nouveautés introduites par l'ordonnance du 24 mai 2023. On pourrait, à tort, penser que seuls les éléments d'actifs sont apportés, à l'exclusion du passif.

L'auteur considère, par ailleurs, que l'apport partiel d'actifs, même soumis au régime des scissions, est une vente rémunérée par des droits sociaux. Cette opinion n'est pas corroborée par la jurisprudence, qui distingue clairement ces deux notions. Par un arrêt récent, la chambre commerciale de la Cour de cassation a tranché sans ambiguïté cette distinction en jugeant que « *l'apport en propriété fait à une société, en contrepartie duquel sont attribués des droits sociaux, n'est pas une vente* »¹⁹²⁵.

L'apport partiel d'actifs est un apport en nature qui n'est nullement assimilé à une vente. Le mode de rémunération et ses effets constituent les principales distinctions¹⁹²⁶. À la rémunération en numéraire dans la vente se substitue l'attribution de l'équivalent en titres de capital de la

¹⁹²² Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82530.

¹⁹²³ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 274.

¹⁹²⁴ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 26.

¹⁹²⁵ Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14.773, *Bull. Joly soc.*, 2022, p. 16, note G. Le Noach ; *RTD com.* 2022, p. 797, obs. J. Moury. « *Dans cette affaire, la banque qui a reçu un mandat pour réaliser une vente de titres ne peut prétendre aux honoraires convenus lorsqu'elle a permis la conclusion d'un apport de ces titres rémunéré par des droits sociaux de la bénéficiaire* ».

¹⁹²⁶ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 2440, p.884.

société bénéficiaire de l'apport. D'autres prérogatives politiques et financières attachées à la qualité d'associé sont aussi attribuées à la société apporteuse ou, le cas échéant, aux attributaires des droits sociaux rémunérant l'apport¹⁹²⁷.

824. L'ordonnance du 24 mai 2023 a introduit d'autres nouveautés, qui sont plus ou moins reprises par ces définitions. En effet, l'article L. 236-27 du Code de commerce propose une définition de la notion d'apport partiel d'actifs comme *« l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, une partie de son actif et le cas échéant une partie de son passif à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles et la ou les sociétés qui bénéficient de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions de la section 2 du présent chapitre, à l'exclusion de sa sous-section 2 lorsque les sociétés ne sont pas concernées par cette dernière »*¹⁹²⁸. Cette définition couvre deux réalités distinctes.

825. L'apport partiel d'actifs peut être qualifié d'apport en nature de droit commun portant sur un ou plusieurs éléments d'actifs isolés¹⁹²⁹. L'opération est alors régie par les principes de droit commun gouvernant la libération du capital. Les règles régissant cette libération à la constitution ou suite à l'augmentation de capital par apport en nature pour les sociétés préexistantes sont intégralement applicables¹⁹³⁰.

Cependant, les formalités d'apport en nature s'avèrent très lourdes à mettre en œuvre et n'offrent pas d'avantages particuliers, ni pour la société apporteuse ni pour la société bénéficiaire de l'apport. Pour pallier ces contraintes, le législateur a prévu un régime juridique de scission auquel l'opération peut être soumise par option d'un commun accord entre les parties¹⁹³¹. Cette option entraîne un changement radical, non seulement du régime juridique de l'opération, mais aussi de ses effets. L'apport partiel d'actifs n'est plus considéré, dès lors, comme une opération à titre particulier¹⁹³², mais devient une opération à titre universel, entraînant la transmission universelle des éléments d'actifs et de passifs constitutifs de la

¹⁹²⁷ C. com. art. L.236-28.

¹⁹²⁸ C. com. art. L.236-27.

¹⁹²⁹ E. Loubet et E. Rapone *op. cit.* § 2, selon les auteurs, la définition générale de l'apport partiel d'actif recouvre deux réalités distinctes : la première est un apport en nature ordinaire portant sur un ou plusieurs éléments isolés de l'actif (qu'il s'agisse de biens corporels comme des immeubles, ou incorporels comme des droits de propriété intellectuelle). La seconde est l'apport d'un ensemble de biens liés, tels que l'actif et le passif d'une branche autonome d'activité, en cas d'adoption du régime des scissions ».

¹⁹³⁰ V. partie I ci-dessus. M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 16.

¹⁹³¹ C. com. art 236-27.

¹⁹³² Cass. com., 18 mai 2005, n° 69-14054, *Dr. sociétés*, n° 170, obs. H. Lécuyer.

branche d'activité à la société bénéficiaire de l'apport. Ce principe a été dégagé par une jurisprudence ancienne¹⁹³³, réaffirmée par plusieurs arrêts ultérieurs¹⁹³⁴ qui est consacrée par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 relative aux fusions et opérations assimilées.

b) Les nouveaux paradigmes de l'apport partiel d'actifs issus de l'ordonnance n° 2023-393, 24 mai 2023

826. L'apport partiel d'actifs constitue le mode de restructuration le plus affecté par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, qui a consacré deux nouvelles figures de ce type d'apport.

827. La première figure, incontestablement la plus attendue, est aiguillonnée par la nécessité de transposer en droit interne la notion de scission partielle au sens de la directive européenne relative à la mobilité des sociétés¹⁹³⁵.

Cette notion, bien que connue en droit français, devait jusqu'alors se réaliser en deux temps. L'apport est rémunéré, dans un premier temps, par des titres de la société qui en est bénéficiaire, suivi de l'attribution de ces titres par la société apporteuse à ses associés. Cette opération, dite d'« *apport-attribution* », constituait une pratique courante en raison du régime de la neutralité fiscale dont elle bénéficie¹⁹³⁶.

Pour définir la scission partielle¹⁹³⁷, l'ordonnance fait référence à « *l'opération qui consiste, pour une société, à apporter une partie de ses actifs à une autre société, sans se dissoudre, et à attribuer les titres ayant rémunéré cet apport à ses propres actionnaires* »¹⁹³⁸. La scission

¹⁹³³ Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19645, *JCP E* 1988, II, 15 177, n° 21, obs. J.-J. Caussain et A. Viandier ; *JurisData* n° 1988-000344 ; *Bull. Joly soc.*, 1988, p. 271 ; *RTD com.* 1988, p. 639, n° 4, obs. Y. Reinhard ; Mél Jeantin, 1999, *Dalloz*, p. 271 note H. Le Nabasque ; M.-L. Coquelet, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse, Paris X-Nanterre, 1994, p. 18.

¹⁹³⁴ Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-13.115, *JurisData* n° 2004-024436 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 219, note H. Hovasse ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *JurisData* n° 2004-022358 ; *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 649, note P. Le Cannu ; Cass. 3e civ., 28 janv. 2004, n° 02-18.983, *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 831, note M.-L. Coquelet ; Cass. com., 10 déc. 2003, n° 02-11.818, *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 518, note M.-L. Coquelet ; Cass. 3e civ., 30 avr. 2003, n° 01-16.697, *JurisData* n° 2003-018808.

¹⁹³⁵ Dir. (UE) n° 2019/2121 du 27 nov. 2019 relative à la mobilité des sociétés.

¹⁹³⁶ CGI, art. 115, 2°.

¹⁹³⁷ Désignation issue de la Directive (UE) 2019/2121 du 27 nov. 2019 relative à la mobilité des sociétés non reprise par le droit interne.

¹⁹³⁸ H. Le Nabasque, « Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle », *Rev. soc.*, 2005, p. 779.

partielle se distingue ainsi de l'apport partiel classique par son mode de rémunération atypique¹⁹³⁹.

828. La deuxième nouvelle figure d'apport partiel d'actifs vise à simplifier les procédures d'apport simultané de plusieurs branches d'activités. En effet, la restructuration de certains groupes de sociétés nécessite, parfois, l'apport de deux ou plusieurs branches d'activités à deux ou plusieurs sociétés.

Avant la réforme, la réalisation de cette opération nécessitait de procéder par plusieurs opérations d'apport distinctes¹⁹⁴⁰. Il fallait alors rédiger autant de traités d'apport que de branches d'activités à apporter, ce qui alourdissait considérablement le formalisme et le coût. À cet égard, l'ordonnance du 24 mai 2023 a consacré la possibilité de réaliser, par une seule opération, l'apport de plusieurs branches d'activité au profit de plusieurs sociétés bénéficiaires¹⁹⁴¹. Cette opération ne nécessite alors la rédaction que d'un seul projet d'apport et permet de bénéficier d'un point de départ unique pour les éventuels délais d'opposition des créanciers.

829. Une exception légale à la transmissibilité de la totalité des branches d'activités est prévue par l'article L. 236-27, alinéa 1, du Code de commerce. Pour bénéficier du régime de l'apport partiel d'actifs soumis au régime de scission, la société apporteuse doit conserver au moins une activité dans son actif.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur la possibilité pour une société d'apporter une ou plusieurs, voire toutes, les branches d'activités exploitées à une ou plusieurs sociétés, de manière à ne conserver que les titres de participation reçus en rémunération de ces apports. Il s'agit, en effet, de la création d'une holding par le bas. Cette option est admise par l'administration fiscale, bien que cette opération constitue un changement d'activité pour la société apporteuse, entraînant les conséquences d'une cessation d'entreprise au sens de l'article 201 du Code général des impôts.

830. L'ordonnance du 24 mai 2023 n'a pas uniquement visé la restructuration interne, mais a également consacré, pour la première fois, les opérations d'apport partiel d'actifs international.

¹⁹³⁹ C. com. art. L. 236-28.

¹⁹⁴⁰ C. com. anc. art. L. 236-22.

¹⁹⁴¹ C. com. art. L. 236-27, al. 1.

Avant cette ordonnance, l'apport partiel d'actifs transfrontalier, soumis au régime juridique des scissions, n'était pas reconnu par le droit interne. C'est la jurisprudence qui assumait ce rôle. S'appuyant sur les principes de droit international privé, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles avait conclu à la possibilité d'un apport partiel d'actifs soumis au régime juridique des scissions entre une société française et une société étrangère, sous réserve du respect de deux conditions¹⁹⁴². La première concerne la reconnaissance de la validité d'une telle opération par le droit applicable à la société étrangère. La seconde condition impose que les exigences posées par les lois nationales des deux sociétés parties à l'opération soient distributivement respectées¹⁹⁴³.

L'ordonnance du 24 mai 2023 marque la transposition des exigences du droit européen en matière de mobilité transfrontalière. C'est dans ce sillage que le législateur a consacré, pour la première fois, le régime juridique de l'apport partiel d'actifs transfrontalier dans le droit interne¹⁹⁴⁴.

831. La désignation d'apport partiel d'actifs est absente de la directive (UE) 2019/2121. Selon la Professeure Coquelet, cela s'explique simplement par le fait que « *pour le droit européen, l'apport partiel d'actifs n'est rien d'autre qu'une figure de la scission* »¹⁹⁴⁵.

L'ordonnance n° 2023-393 a transposé cette directive en droit interne, tout en intégrant deux nouvelles figures d'apport partiel d'actifs transfrontalier, toutes deux désignés sous l'appellation « d'apport partiel d'actifs transfrontalier »¹⁹⁴⁶, bien que leur régime juridique se distingue principalement par les modalités de rémunération.

¹⁹⁴² CA Versailles, 12e ch., 3 oct. 1996, n° 10163/93, *JurisData* n° 1996-046115 ; *RJDA* 1997, n° 60 ; *Bull. Joly soc.*, 1997, p. 116, note Th. Tilquin ; *JCP E* 1997, I, 676, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

¹⁹⁴³ CA Versailles, 3 oct. 1996, n° 10163/93, *Joly soc.*, févr. 1997, p. 116, note Th. Tilquin ; *Dans cette affaire, une société de droit néerlandais avait apporté une branche d'activité comprenant un bail commercial à une société de droit français. Arguant que l'apport partiel d'actif ne lui était pas opposable, le bailleur avait estimé que la société bénéficiaire avait perdu le bénéfice du droit au renouvellement du bail commercial et donna congé à ce dernier puisque les formalités de la signification de la cession du bail n'avaient pas été respectées. La Cour d'appel de Versailles rejeta cet argument aux motifs que l'apport était soumis au régime juridique des scissions de droit français dont l'option entraînait le transfert de plein droit du contrat de bail commercial sans qu'il soit nécessaire de procéder à la signification prévue par l'article 1690 du Code civil.*

¹⁹⁴⁴ C. com. art L.236-48 et L. 236-49.

¹⁹⁴⁵ M.-L. Coquelet, « L'apport partiel d'actifs transfrontalier, une opération en quête d'identité », *Rev. soc.*, 2023 p.743, n° 3.

¹⁹⁴⁶ C. com. art. L. 236-48 ; *Ibid.*

832. En effet, la première figure de l'apport partiel d'actifs transfrontalier correspond à ce que la directive définit comme une « *scission par séparation* »¹⁹⁴⁷. La rémunération de cet apport bénéficie à la société apporteuse.

La seconde figure, selon les termes de la directive, concerne la scission partielle transfrontalière, qui permet d'attribuer directement aux associés de la société apporteuse les droits sociaux perçus en rémunération de l'apport¹⁹⁴⁸. Le régime de ces opérations est soumis, en plus de dispositions spéciales, à celui prévu pour les scissions transfrontalières et les apports partiels d'actifs nationaux¹⁹⁴⁹.

Il convient de relever que l'article 160 ter de la directive n'envisage pas l'apport partiel d'actifs au profit d'une société nouvellement créée, tandis que l'article L. 236-48 du Code de commerce inclut cette possibilité dans le champ des apports partiels d'actifs transfrontalier. Selon un auteur, cette disposition implique que l'État membre de destination ait également adopté cette acception afin d'assurer une harmonisation du régime applicable à l'opération¹⁹⁵⁰.

833. Par ailleurs, le droit de retrait, prévu au profit des associés opposants à une fusion ou une scission transfrontalière, n'est pas applicable en cas d'apport partiel d'actifs transfrontalier, sauf si le projet d'apports partiel d'actifs prévoit l'attribution des parts ou actions rémunérant l'apport aux associés de la société apporteuse, de la société bénéficiaire ou aux deux¹⁹⁵¹.

834. S'agissant de l'éligibilité de l'apport partiel d'actifs transfrontalier au régime simplifié, une nuance marquait cette figure d'apport avant l'ordonnance n° 2023-393. Le Comité juridique de l'ANSA estimait que « *les principes du droit international privé sont bien applicables, que la société étrangère relève ou non de l'UE, dans le silence de la réglementation européenne sur le point examiné. En conséquence, la société française pourrait, en ce qui la concerne, appliquer les dispositions du droit français et en l'espèce l'article L. 236-22 du code de commerce*¹⁹⁵². Toutefois, cette application distributive des règles ne sera possible que si l'opération d'apport partiel d'actif présente, dans les deux systèmes de droit, des

¹⁹⁴⁷ C. com. art. L. 236-48 ; H. Le Nabasque, « La scission partielle », *Bull. Joly soc.*, sept. 2023, p. 53.

¹⁹⁴⁸ C. com. art. L. 236-48, al. 3.

¹⁹⁴⁹ Articles du Code de commerce spécifiques à la fusion transfrontalière (L. 236-31 à L. 236-45 et R. 236-20 à R. 236-34) et articles relatives à la fusion nationale dès lors qu'il ne leur sont pas contraires (L. 236-1 à L. 236-17 et R. 236-1 à R. 236-16).

¹⁹⁵⁰ V. B. Lecourt, « Faut-il craindre une fuite des sociétés françaises vers l'étranger ? », *Rev. soc.*, 2023, p. 721, spéc. n° 2.

¹⁹⁵¹ C. com. art. L. 236-49.

¹⁹⁵² Devenu depuis l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, C. com. art L. 236-27.

*caractéristiques essentielles communes ou reconnues, telles que la notion de transmission à titre universel de l'actif et du passif de la branche d'activité apportée »*¹⁹⁵³.

Désormais, l'éligibilité des opérations d'apport partiel d'actifs entre une société française et une société étrangère au régime juridique simplifié est consacrée par l'ordonnance n° 2023-393.

835. L'éligibilité au régime fiscal de faveur de l'apport partiel d'actifs par une société étrangère à une société française est incertaine. Un auteur considère à juste titre que « *le régime de l'apport effectué par une société étrangère à une société française n'est pas prévu par le CGI, mais seulement par les commentaires de l'administration fiscale* »¹⁹⁵⁴.

En effet, avant 2017, l'applicabilité du régime fiscal de faveur à l'apport partiel d'actifs par une société française à une société étrangère était conditionnée par l'obtention d'un agrément préalable de l'administration fiscale. Cette mesure a été jugée non conforme au droit de l'Union européenne¹⁹⁵⁵.

C'est dans ce cadre que l'article 23 de la loi de finances rectificative pour 2017 a supprimé cet agrément préalable. Celui-ci a été remplacé par deux obligations imposées par l'administration fiscale : une obligation déclarative spécifique incombant à la société apporteuse, et une obligation pour la société bénéficiaire étrangère de rattacher les éléments apportés à un établissement stable situé en France. L'administration fiscale précise que cette obligation de rattachement ne s'applique qu'aux éléments apportés et enregistrés, préalablement à l'opération d'apport, à l'actif ou au passif du bilan fiscal français de la société¹⁹⁵⁶. En outre, cette obligation n'est pas exigée pour les opérations d'apports de participations assimilées à une branche complète d'activité mentionnée à l'article 210 B, I du Code général des impôts.

836. L'apport par une société étrangère de sa succursale française à une société de droit français est éligible au régime spécial des scissions de plein droit, à condition de constituer un ensemble capable de fonctionner de manière autonome sur le plan organisationnel et de respecter les dispositions de l'article 210 A, 3 du Code général des impôts¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵³ ANSA, Comité juridique, avis n° 21-009 du 3 mars 2021.

¹⁹⁵⁴ M-A. Coudert, « Apports partiels d'actif », *J.-Cl. fisc.*, LexisNexis, fasc. 1130-20, 2023 § 8.

¹⁹⁵⁵ *Dr. fisc.* 2017, n° 20, comm. 306, note N. de Boynes ; CE, 9e et 10e ch., 26 juin 2017, n° 369311, *Dr. fisc.* 2017, n° 43-44, comm. 526.

¹⁹⁵⁶ BOI-IS-FUS-10-20-20, 10 avr. 2019, [sect] 100.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

2) Objectifs stratégiques et intérêts de l'opération d'apport partiel d'actifs

837. L'apport partiel d'actifs constitue une opportunité offerte aux sociétés de capitaux pour une restructuration stratégique, via la technique de filialisation voire de concentration¹⁹⁵⁸.

Ainsi, l'apport partiel d'actifs représente un mode de restructuration interne qui permet de sectoriser les activités bénéficiant d'une autonomie d'exploitation (a) ou encore pour créer des joint-ventures via la restructuration externe (b).

a) L'apport partiel d'actifs est la voie royale de sectorisation d'activités autonomes

838. La croissance des sociétés de capitaux, ainsi que le développement et la diversification de leurs activités, engendre d'importantes problématiques d'organisation structurelle. Dans ces circonstances, la gestion devient plus complexe, notamment en présence de plusieurs branches d'activités économiques sans lien de connexité, qui ne s'harmonisent pas au sein d'une seule entité juridique. La situation se complique davantage lorsque certaines branches d'activités sont exploitées dans des locaux séparés, notamment à travers des succursales¹⁹⁵⁹ situées dans une ou plusieurs villes de France, voire à l'international.

La technique de l'apport partiel d'actifs répond également à la volonté des sociétés étrangères de filialiser les établissements stables qu'elles détiennent en France.

En optant pour le régime des scissions, ces sociétés peuvent autonomiser et valoriser chacune de leurs branches d'activité au sein d'une entité juridiquement et fiscalement autonome¹⁹⁶⁰. Une telle démarche permet la sectorisation des activités exercées au sein d'une seule entité juridique, en affectant à chaque filiale une branche d'activité autonome. Cette stratégie est couramment adoptée par les groupes de sociétés, par exemple, pour dissocier le patrimoine immobilier de l'activité économique ou pour séparer des activités indépendantes. C'est dans ce cadre qu'un auteur affirme que l'apport partiel d'actifs peut être « *le moyen d'autonomiser une branche d'activité qui sera dès lors mieux valorisée* »¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁸ L'apport partiel d'actif permet, notamment, de transformer une succursale en filiale, de créer une filiale commune à plusieurs sociétés aux activités identiques ou complémentaires, de prendre le contrôle de la société bénéficiaire des apports, de recentrer son activité en transférant un secteur d'exploitation à une société concurrente, de faciliter la cession ultérieure des activités filialisées...

¹⁹⁵⁹ Celles-ci constituent des unités d'exploitation autonomes, mais juridiquement et comptablement intégrées dans la société ce qui rend complexe les modalités de gestion.

¹⁹⁶⁰ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 82530 ; J.-F. Hamelin, « Réforme du régime applicable aux opérations de fusion, scission et apport partiel d'actifs », *Dr. sociétés* 2023, n° 11, étude 8, spéc. n° 15,

¹⁹⁶¹ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 275.

839. La démarche de filialisation est facilitée par une nouveauté bien accueillie de l'ordonnance n° 2023-393 , qui permet aux sociétés de capitaux d'apporter la totalité des branches d'activités qu'elles exploitent à une ou plusieurs sociétés distinctes, conservant ainsi un rôle de holding dont l'actif est composé de participations dans le capital de ses filiales opérationnelles¹⁹⁶². Cette stratégie organisationnelle est qualifiée par un auteur de « *voie royale de la constitution de holding par le bas* »¹⁹⁶³.

840. Aussi, dans une stratégie d'élagage, une société peut décider de céder une branche d'activité devenue non rentable ou non alignée avec la stratégie de développement du groupe. La cession de cette branche d'activité, tout en conservant d'autres activités, peut s'avérer complexe, risquée et coûteuse. Elle peut être juridiquement et fiscalement considérée comme une cession de fonds de commerce, dont le régime de droit commun ne permet en principe pas la transmission de plein droit des créances, dettes et contrats qui lui sont attachés¹⁹⁶⁴.

Afin de contourner ces difficultés, les sociétés de capitaux ont souvent recours à un « détournage » ou « carve-out », à travers une opération d'apport de la branche d'activité à céder dans une personne morale autonome, avant la cession de ses titres de capital social à des tiers¹⁹⁶⁵.

Cette stratégie est facilitée par la loi de finances rectificative pour 2017¹⁹⁶⁶, qui a supprimé l'obligation de durée de détention de trois ans.

b) L'apport partiel d'actifs, un moyen de restructuration externe

841. L'apport partiel d'actifs permet également la création de joint-ventures entre des sociétés de capitaux qui ne sont pas sous un contrôle commun. Ce mode d'apport favorise le regroupement de leurs activités similaires ou complémentaires, exploitées par des sociétés de capitaux sans lien de participation, au sein d'une même entité juridique¹⁹⁶⁷. Dans ce sens, un auteur estime que « *l'apport partiel d'actif peut également être employé comme une technique de coopération entre deux sociétés autonomes ; il permet à des sociétés distinctes ayant*

¹⁹⁶² E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 9.

¹⁹⁶³ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 275.

¹⁹⁶⁴ V. partie I ci-dessus ; J. Derruppé et T. de Ravel D'Esclapon, « Fonds de commerce », *Rép. com.*, n° 50 s.

¹⁹⁶⁵ J.-M. Moulin, *op. cit.*

¹⁹⁶⁶ Loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour l'année 2017.

¹⁹⁶⁷ Ce montage juridique a été mis en œuvre en 2006 à travers l'apport des activités de banque de financement, d'investissement et de services des groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne, à leur filiale commune Natixis.

chacune des branches d'activité similaires ou complémentaires de réunir ces branches au sein d'une filiale commune »¹⁹⁶⁸.

L'apport d'activités similaires permet à la joint-venture commune d'augmenter la part de marché, de réduire les charges liées aux fonctions support et de créer des synergies. De plus, l'apport d'activités complémentaires permet de contrôler soit l'approvisionnement, soit le circuit de distribution, tout en réalisant des économies d'échelle.

La création de la filiale commune peut également constituer un préalable à une fusion-absorption, une pratique courante dans les grands groupes de sociétés de capitaux¹⁹⁶⁹.

II- Les effets dévolutifs de l'apport partiel d'actifs

842. En principe, l'effet dévolutif de l'opération d'apport partiel d'actifs devrait commander le transfert, par la société apporteuse à la société bénéficiaire de l'apport, de tous les éléments d'actifs, de passifs, ainsi que des droits et obligations rattachés à l'universalité des biens apportés. Cependant, ce principe est fortement limité par des dispositions légales ou conventionnelles. Il convient alors d'analyser les effets de la transmission universelle d'une branche d'activité (1). De surcroît, la conception de la branche d'activité apportée représente une réelle source d'ambiguïtés, tant sur le plan juridique que sur le plan fiscal (2).

1) Les effets de la transmission universelle de la branche d'activité

843. La transmission universelle de la branche d'activité implique le transfert intégral de tout le patrimoine qui lui est attaché de la société apporteuse vers la société bénéficiaire. Cependant, la question de la survie de la société apporteuse demeure une préoccupation majeure, notamment dans le cadre du régime des scissions (a). À ce titre, la substitution universelle aux droits et obligations attachés à la branche d'activité apportée, effet sous-jacent du régime d'apport partiel d'actifs, nécessite une analyse approfondie (b).

¹⁹⁶⁸ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 10.

¹⁹⁶⁹ Ex : Le projet de traité d'apports partiels d'actifs de la société établissements Peugeot frères, La société FFP d'une part et La société Maillot I d'une autre part dispose en son paragraphe 2 « PSA a conclu en décembre 2019 un accord avec un autre groupe automobile mondial, le groupe FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES ("FCA").

Ce rapprochement devrait conduire à une fusion-absorption de PSA par FCA une fois toutes les autorisations propres à ce type d'opération obtenues.

Cette fusion-absorption faisant considérablement évoluer les situations des sociétés EPF et FFP au sein de la nouvelle entité issue de la fusion entre PSA et FCA, les sociétés EPF et FFP souhaitent réorganiser, préalablement à cette opération, leurs participations détenues directement et indirectement dans PSA, et dans l'équipementier automobile FAURECIA ».

a) La survivance de la société apporteuse, source d'incertitudes pour l'application du régime des scissions

844. L'apport partiel d'actifs, soumis au régime de droit commun, présente un inconvénient de taille en raison de la lourdeur des mécanismes du droit civil auxquels il est soumis. À cet égard, un auteur fait valoir que *« l'apport d'une branche autonome d'activité présente un inconvénient au regard des mécanismes du droit civil. Chaque contrat, chaque créance et chaque dette devant faire l'objet d'une cession distincte selon les règles du Code civil »*¹⁹⁷⁰. Il nous semble que cette thèse est discutable. Le régime juridique d'apport en nature suppose la rédaction d'un seul contrat d'apport, entraînant le transfert de tous les éléments d'actif et de passifs apportés, sans qu'il soit nécessaire de conclure des actes isolés. À notre sens, c'est l'absence de l'automatisme de transmission qui constitue une source de complexité et d'incertitudes.

845. L'option pour l'application du régime juridique des scissions permet de contourner cet inconvénient. Ce régime permet de soumettre ce type d'apport aux dispositions des articles L. 236-27 et suivants du Code de commerce, qui, par dérogations à certaines dispositions du Code civil, entraînent l'automatisme de la transmission de la branche d'activité objet de l'apport. Ce principe a été reconnu depuis un arrêt du 16 février 1988¹⁹⁷¹, de la Cour de cassation qui a affirmé que l'apport partiel d'actifs placé sous le régime des scissions emporte, à l'instar de la fusion et de la scission, une transmission universelle de patrimoine pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport. Cette position a été confirmée par d'autres arrêts ultérieurs¹⁹⁷², malgré la résistance des critiques formulées par la doctrine.

846. Un principe jurisprudentiel se dégage alors, entérinant la neutralité de la survivance de la société apporteuse en cas d'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions.

La Professeure Coquelet, à l'occasion de son commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation, écrit : *« il est fermement acquis en jurisprudence que l'apport partiel d'actif, soumis au régime des scissions, emporte transmission universelle de tous les droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport. La fermeté de cette jurisprudence n'épuise pas*

¹⁹⁷⁰ G. Le Noach, « l'évolution et la disparition de la société », *Lexis 360, fiches pratiques* n° 84906, 1er mars 2023, n° 1.2.2.

¹⁹⁷¹ Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19645, *Bull. Joly soc.*, mars 1988, n° 69, p. 271 ; RDBB 1988, p. 130, obs. A. Viandier et M. Jeantin.

¹⁹⁷² Cass. com., 15 mars 1994, n° 91-20.334, *JurisData* n° 1993-000482 ; *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 637, note Luby ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 99 ; Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16.339, *JurisData* n° 2015-007188.

cependant les critiques formulées en doctrine et dans les prétoires qui se cristallisent principalement autour de la permanence de la personnalité juridique de la société apporteuse à la suite de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions »¹⁹⁷³. La critique doctrinale repose sur la contradiction entre l'extension du principe de la transmission universelle à l'apport partiel d'actifs et la théorie du patrimoine¹⁹⁷⁴. Celle-ci considère que le patrimoine est indissociablement lié à la personne. Il est fortement reproché à la jurisprudence de contrevenir aux principes directeurs de la conception française du patrimoine, selon lesquels il ne peut en principe exister de transfert universel tant que la société titulaire du patrimoine transmis n'a pas disparu¹⁹⁷⁵.

Dans ce sens, un auteur soutient que la survie de la société apporteuse est « *en contradiction flagrante avec la théorie française du patrimoine, selon laquelle la transmission universelle du patrimoine n'est acceptable qu'à la condition que son titulaire d'origine ait disparu, soit à la suite du décès pour les personnes physiques, soit à la suite de la dissolution pour les personnes morales* »¹⁹⁷⁶.

Il est vrai que la jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le principe selon lequel un patrimoine ne peut être transmis que si la personne qui en est le support disparaît, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'apport partiel d'actifs¹⁹⁷⁷. Ce principe a été rappelé par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2004 qui affirme, au visa du « *principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne* »¹⁹⁷⁸, que la transmission universelle à la société absorbante du patrimoine de la société absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute. Cette jurisprudence contribue à intensifier l'incertitude entourant le régime d'apport partiel d'actifs,

¹⁹⁷³ M.-L. Coquelet, « Neutralité de la survivance de la société apporteuse en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, nouveau rappel de la Cour de cassation », *Bull. Joly soc.*, avr. 2004, p. 518.

¹⁹⁷⁴ Ch. Aubry et Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, LGDJ, 4e éd. 1873, Tome VI, (Théorie d'Aubry et Rau).

¹⁹⁷⁵ Cass. com., 16 févr. 1988, *RDBB* 1988, p. 130, obs. A. Viandier et M. Jeantin ; M.-L. Coquelet, th. préc., n° 169, 170.

¹⁹⁷⁶ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, « Apport partiel d'actif », *Etudes Joly soc.*, 09 janv. 2022, n° 76.

¹⁹⁷⁷ J.-P. Le Gall, « Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine », in *prospectives du droit économique*, dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 260.

¹⁹⁷⁸ Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12672, *Bull. Joly soc.*, déc. 2004, n° 305, p. 1554, note C.-M. Bénard ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 205, obs. F.-G. Trébulle ; *D.* 2005, p. 2959, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *JCP E* 2005, 129, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

caractérisé par la survie de la société apporteuse, qui demeure en outre propriétaire d'autres éléments de patrimoine.

C'est dans ce sens qu'un auteur considère que l'opération d'apport partiel d'actifs ne devrait être réalisée qu'en tant que transmission à titre particulier¹⁹⁷⁹.

847. Peut-on alors considérer que le patrimoine d'une personne morale est dissociable, justifiant ainsi le régime juridique de l'universalité des biens malgré la survie de la société apporteuse ? Cette thèse nous semble difficilement acceptable. Cependant, nous pourrions soutenir cette approche en arguant que la personne morale n'est qu'une coquille juridique, qui ne peut être comparée à un être humain. C'est dans la notion d'unicité du patrimoine d'une personne morale que l'on peut trouver une réponse à cette controverse doctrinale et jurisprudentielle.

Dans ce sillage, un arrêt de la CEDH du 24 octobre 2019¹⁹⁸⁰ a apporté des précisions sur cette notion. L'article 6 de cette décision souligne que « *la Cour observe qu'à l'issue de cette opération de fusion-absorption, la société Carrefour hypermarchés France cessa d'exister sur le plan juridique, mais l'activité de l'entreprise dont elle était la structure juridique se poursuivit néanmoins au travers de la société requérante* ».

De cet arrêt, il ressort qu'à l'issue d'une opération d'apport partiel d'actifs, une dislocation se produit entre la structure juridique de l'entreprise, qui exploite l'activité économique, et la personne morale qui l'abritait.

Dans un autre arrêt de la chambre criminelle de la Haute juridiction¹⁹⁸¹, après avoir rappelé les dispositions de l'arrêt de la CEDH et donné une interprétation appropriée de la notion de fusion, la Cour estime qu'une personne morale dissoute ne peut être assimilée à une personne physique décédée, une approche que la Cour qualifie d'« *anthropomorphique* »¹⁹⁸². La chambre criminelle a ainsi estimé qu'il existe une continuité économique et fonctionnelle de la personne morale, ce qui conduit à ne pas considérer l'absorbante comme distincte de l'absorbée, celles-ci ne formant qu'une entité économique.

¹⁹⁷⁹ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 76.

¹⁹⁸⁰ A. Bonnasse et N. Jülich, *op. cit.* n° 226. CEDH 364 du 24 Oct. 2019.

¹⁹⁸¹ Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, *JurisData* n° 2020-019279 ; *JCP E* 2020, act. 812 ; *AJ pénal* 2020, p. 576, note D. Apelbaum et A. Battaglia ; *Dr. fisc.* 2020, n° 49, act. 442 ; *Gaz. Pal.* 15 déc. 2020, n° 392j4, p. 39, note C. Berlaud ; *Dalloz actualité*, 10 déc. 2020, obs. J. Gallois.

¹⁹⁸² A. Prujiner, *op. cit.*, p. 979-1280.

848. La notion d'entreprise revêt ainsi une importance cruciale pour démontrer l'intention du législateur de placer l'apport partiel d'actifs sous le régime juridique des scissions. Il nous semble que chaque branche d'activité peut être assimilée à une entreprise, indépendamment de la coquille qui l'abrite. Une personne morale peut ainsi abriter plusieurs entreprises, en fonction du nombre de branches d'activité qu'elle exploite. En ce sens, l'apport d'une branche d'activité est assimilé à l'apport d'une entreprise, indépendamment de la personne morale qui l'exploite.

Dès lors, la survie de la société apporteuse n'a donc aucune incidence sur l'apport d'une branche d'activité, soumis au régime des scissions.

b) La substitution universelle aux droits et obligations, effet sous-jacent du régime d'apport partiel d'actifs

849. L'apport partiel d'actifs placé sous le régime des scissions entraîne, sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité d'apport, transmission de tous les éléments d'actif et de passifs, ainsi que les droits et obligations attachés à la branche d'activité apportée¹⁹⁸³, avec les mêmes effets et réserves que ceux du régime des scissions¹⁹⁸⁴.

En conséquence, les formalités requises par l'article 1690 du Code civil, relatives à la signification de la cession de créances au débiteur cédé, deviennent inopérantes¹⁹⁸⁵. Cet effet légal s'applique même aux créances non spécialement mentionnées dans le traité d'apport, à condition qu'elles soient économiquement rattachées à la branche transférée¹⁹⁸⁶ et qu'elles ne soient pas exclues par le traité d'apport. Ainsi, il a été jugé que la transmission universelle du patrimoine apporté, placée sous le régime juridique des scissions, rend inutile la preuve du transfert individuel de chacune des créances liées à la branche d'activité apportée¹⁹⁸⁷, même si certaines créances, par erreur ou omission, ne figurent pas dans le traité d'apport¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸³ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23.895, *JurisData* n° 2013-002108 ; *RJDA* 5/2013, n° 418 ; Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731, note X. Vamparys, *JurisData* n° 2008-045333 ; *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 112 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, note P. Le Cannu, *JurisData* n° 2004-022358 ; *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 649.

¹⁹⁸⁴ V. Partie 2 titre 1er.

¹⁹⁸⁵ Cass. com., 18 mai 2005, n° 02-20.100, *Juris-Data* n° 2005-028477, *Dr. sociétés* 2005, n° 170, note H. Lécuyer ; Cass. com., 15 mars 1994, n° 91-20.334, *Bull. civ.* IV, n° 117 ; CA Paris, 10 sept. 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 159, obs. D. Vidal.

¹⁹⁸⁶ Cass. 2^e civ., 12 févr. 2009, n° 05-22.044, *Bul. Joly* 2009. 578, note H. Le Nabasque ; Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.619, *Dr. sociétés* 2007, n° 50, obs. H. Hovasse.

¹⁹⁸⁷ Cass. Com., 26 mai 2009, n° 08-16.417, *Dr. sociétés* 2010, obs. M.-L. Coquelet, n° 293, *Bull. Joly* 2009. 992, note Th. Urlacher.

¹⁹⁸⁸ Cass. Com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *Bull. Joly* 2004. 649, note P. Le Cannu.

Le même effet légal s'applique aux dettes, qui sont transférées de plein droit et sans novation à la société bénéficiaire de l'apport, à moins que le traité d'apport ne les exclue explicitement¹⁹⁸⁹.

850. S'agissant de la solidarité, il est de principe que la société apporteuse d'une branche d'activité demeure solidairement responsable, avec la ou les sociétés bénéficiaires de l'apport partiel d'actifs, du paiement des dettes qui lui sont transmises¹⁹⁹⁰. Cependant, les parties peuvent écarter cette solidarité par le biais d'une clause explicite dans le traité d'apport¹⁹⁹¹, ce qui confère un droit d'opposition aux créanciers non obligataires¹⁹⁹². Cette solidarité passive s'opère sans novation à l'égard des tiers¹⁹⁹³.

Cependant, cette protection s'avère insuffisante, puisque d'une part, son exercice est enserré dans le délai préfix de trente jours¹⁹⁹⁴, sous peine de forclusion¹⁹⁹⁵ et, d'autre part, elle n'est permise qu'aux seuls créanciers détenteurs au jour de l'opposition d'une créance certaine, liquide et exigible¹⁹⁹⁶. Ces conditions réduisent considérablement la protection des créanciers¹⁹⁹⁷.

851. L'article L. 236-30 du Code de commerce permet de déroger conventionnellement au principe de responsabilité solidaire, en stipulant que les sociétés bénéficiaires d'un apport partiel d'actifs ne peuvent n'être tenues que de la partie du passif de l'apporteuse mise à leur charge respective, sans solidarité « entre elles ».

¹⁹⁸⁹ Cass. Soc., 18 juin 2014, n° 12-29.691, *Rev. soc.*, 2015, p. 26, note J.-M. Moulin, (à propos d'une créance de dommage d'un ancien salarié de la société dont la branche a été apportée) ; Cass. Soc., 10 déc. 2014, n° 13-22.430, *Rev. soc.*, 2015, 292, note V. Thomas, (à propos d'un préjudice d'anxiété) ; Cass. Civ., 3^e, 2 déc. 2009, n° 08-16.563, *Dr. sociétés* 2010, n° 24, obs. H. Hovasse, (à propos d'une dette liée à des travaux de dépollution d'un terrain transmis à l'occasion d'un apport) ; Cass. Com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *D.* 2004, 2929, obs. J.C. Hallouin ; *Bull. Joly* 2004, 649, note P. Le Cannu.

¹⁹⁹⁰ C. com. art. L. 236-25 ; Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.619, *JurisData* n° 2006-036464 ; *BRDA* 2/2007, n° 1 ; *RJDA* 3/2007, n° 265 ; *D.* 2007, p. 27, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 50, H. Hovasse ; *Rev. soc.*, 2007, p. 76, note D. Poracchia.

¹⁹⁹¹ C. com. art. L. 236-26.

¹⁹⁹² C. com. art. L. 236-30, al. 2.

¹⁹⁹³ C. com. art. L. 236-29, al. 1er.

¹⁹⁹⁴ C. com. art. R. 236-8, al. 1er. ; l'opposition est faite devant le tribunal de commerce du siège de la société débitrice.

¹⁹⁹⁵ CA Paris, 6 déc. 1984, *Bull. Joly* 1985, 322.

¹⁹⁹⁶ Cass. com., 15 juill. 1992, *Bull. Joly soc.*, 1992, p. 1111§ 363, note B. Caillaud et P. Le Cannu ; *Dr. sociétés*, 1992, comm. n° 120, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.*, 1993, p. 335, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

¹⁹⁹⁷ M.-L. Coquelet, *op. cit.*, p. 518.

Une incertitude s'était alors instaurée quant à l'extension de cette solidarité de la société apporteuse. L'article L. 236-30 du Code de commerce est muet dans ce sens.

Dès lors que la solidarité n'était pas écartée par le traité d'apport, l'article L. 236-29, alinéa 2, du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2023-393 prévoit que « *le montant maximal de la responsabilité solidaire de toute société concernée par la scission est limité à la valeur, à la date à laquelle l'opération prend effet, des actifs nets qui lui sont attribués* »¹⁹⁹⁸. Cette limite était regrettable, car elle réduisait considérablement les droits acquis du créancier, d'autant plus si le montant de sa créance dépasse la valeur de l'actif net apporté.

Dans ce sillage, un auteur considère que « *la formulation (toute société concernée) est cependant malheureuse, car elle laisse à penser que tant la société apporteuse que la ou les sociétés bénéficiaires voient leur engagement à l'égard des créanciers plafonné. Or, une telle limitation paraît choquante s'agissant du débiteur originel qu'est la société apporteuse* »¹⁹⁹⁹.

La loi dite DDADUE 4²⁰⁰⁰ de ratification a corrigé cette inadvertance en apportant une modification de l'article L. 236-29, alinéa 2, du Code de commerce qui réserve désormais cette responsabilité à la ou aux sociétés bénéficiaires de l'apport, à l'exclusion de la société apporteuse. De plus, cette loi a clarifié la rédaction de l'article L. 236-30 du Code de commerce afin de lever toute équivoque. Ainsi, la responsabilité solidaire peut être écartée entre la société apporteuse et les sociétés bénéficiaires, et non seulement entre les sociétés bénéficiaires.

852. À compter de la date de réalisation de l'apport partiel d'actifs, la société bénéficiaire acquiert de plein droit, au titre de la branche d'activité transférée, la qualité de partie aux instances en cours, se substituant ainsi à la société apporteuse.

Dans une affaire ancienne, mais qui marque toujours la doctrine, la Cour d'appel de Paris a jugé que si un traité d'apport partiel d'actifs conclu entre deux sociétés a prévu que « *toutes les conséquences actives et passives des opérations relatives aux biens apportés, effectuées depuis le 1^{er} janvier 1989, seront prises en compte par la société bénéficiaire de l'apport, la Cour considère que la société apporteuse étant réputée avoir administré les biens depuis le 1^{er} janvier 1989 pour le compte et aux frais, risques et périls de celle-ci* »²⁰⁰¹.

¹⁹⁹⁸ C. com. L. 236-29 al.2.

¹⁹⁹⁹ J.-F. Hamelin, Fusion, *op. cit.*

²⁰⁰⁰ Loi 2024-364 du 22 avr. 2024 art. 4, JO 23 texte n° 1 portant ratification de l'ordonnance 2023-393 du 24 mai 2023.

²⁰⁰¹ CA Paris, 4^e ch. B, 25 mars 1993, D. 1993, I.R., p. 148.

Dans cette affaire, la société bénéficiaire de l'apport n'est recevable à intervenir dans l'action en contrefaçon de marque initialement intentée contre un tiers par la société cédante que pour des faits commis postérieurement au 1^{er} janvier 1989. La Cour a considéré que la société cédante n'a pas cédé les droits résultant d'actions entreprises avant cette date, et que les conséquences de ces actions demeurent dans le patrimoine de la société apporteuse.

Dans une autre affaire, Il a été jugé par la Cour d'appel de Paris qu'un apport partiel d'actifs portant sur des titres de participations « *formant la branche communication* » de la société apporteuse avait également entraîné la transmission à la société bénéficiaire de l'apport d'un « *protocole d'accord* » lié à cette branche d'activité, lequel comporte une clause permettant le rachat des actions apportées²⁰⁰².

Les parties doivent donc porter une intention particulière à la rédaction du traité d'apport, en mentionnant avec précision les actions à reprendre par la société bénéficiaire et celles conservées dans le patrimoine de la société apporteuse.

853. S'agissant des obligations sociales, la société bénéficiaire de l'apport se substitue à toutes les obligations découlant d'un contrat de travail²⁰⁰³.

Le Conseil d'État, dans un avis rendu, considère que « *la transmission d'une branche complète d'activité est, au regard de la finalité poursuivie par le législateur, subordonnée au transfert effectif du personnel nécessaire, eu égard à la nature de l'activité et à la spécificité des emplois requis qui lui sont affectés, à la poursuite d'une exploitation autonome de l'activité. Le transfert des contrats de travail en cours, dans les conditions prévues par l'article L. 1224-1 du Code du travail, assure, en principe, un tel transfert effectif du personnel* »²⁰⁰⁴.

Cependant, dans certaines situations, certains salariés refusent d'être transférés à la société bénéficiaire de l'apport, ce qui pourrait entraîner une remise en cause du régime fiscal de faveur. À cet égard, le Conseil d'État estime que « *dans le cas où certains membres du personnel nécessaire à la poursuite de cette exploitation refusent d'être transférés, il convient d'apprécier, dans chaque cas, si ce refus est de nature à faire obstacle à ce que le transfert des*

²⁰⁰² CA Paris, 4 févr. 2014, n° 12/16545, *Bull. Joly soc.*, juill. 2014, n° *Bull. Joly soc.*, 112c9, note B. Dondero ; H. Le Nabasque, « La question de la transmission des droits de vote double attachés à une participation apportée », *Bull. Joly soc.*, juill. 2022, n° 13.

²⁰⁰³ Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-29.691 ; *JurisData* n° 2014-013597 ; *Lexbase hebdo*, éd. affaires n° 389, 10 juill. 2014, note B. Saintourens.

²⁰⁰⁴ CE, 8e et 3e ss-sect., 13 juill. 2012, n° 358931, *JurisData* n° 2012-016622 ; *JCP E* 2012, 1613.

éléments essentiels de cette activité puisse néanmoins être regardé comme complet »²⁰⁰⁵. Une incertitude s'instaure alors sur la portée de cet aspect.

En effet, si l'apport partiel d'actifs n'est pas soumis au régime des scissions, l'opération s'analyse en un apport en nature d'un ou plusieurs éléments individuels d'actif à titre particulier. Dans ce cas, le transfert du personnel ne s'effectue donc pas de plein droit. Ce transfert peut néanmoins avoir lieu lorsque l'apport partiel porte sur un fonds de commerce. L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne alors la reprise par la société bénéficiaire de l'apport de tous les contrats de travail en cours attachés au fonds de commerce²⁰⁰⁶.

854. Lors d'une opération d'apport partiel d'actifs, les droits des titulaires de VMDAC dans les sociétés de capitaux peuvent également être impactés. En effet, contrairement aux opérations de fusion et de scission, qui permettent aux détenteurs de ces valeurs d'exercer leur droit dans la société absorbante ou scindée²⁰⁰⁷, la survie de la société apporteuse ne permet pas un tel report. Dans ce sens, deux auteurs estiment que *« la justification à cette absence d'application est motivée par le fait qu'en cas d'apport partiel d'actif, la société apporteuse ne perd pas sa personnalité juridique en dépit de la transmission universelle réalisée, contrairement à la scission qui entraîne la dissolution de la société émettrice »*²⁰⁰⁸.

Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 228-101, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, prévoyant que *« si la société appelée à émettre les titres de capital [...] procède à une scission, les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital exercent leurs droits dans la ou les sociétés bénéficiaires des apports »*²⁰⁰⁹, ne s'appliquent pas dans le cadre d'un apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions. Les droits des titulaires des VMDAC sont exercés dans la société émettrice, et aucun appauvrissement n'est constaté au niveau de celle-ci.

Selon un auteur, *« la société émettrice ne disparaissant pas, les droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès à son capital peuvent toujours être exercés au sein de la société apporteuse. De plus, dans la mesure où l'opération ne se réalise pas par échange de titres des sociétés impliquées, aucun rapport d'échange n'est établi »*²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*.

²⁰⁰⁶ E. Loubet et E. Rapone *op. cit.* 0 § 93.

²⁰⁰⁷ C. com. art. L. 228-101, al. 1^{er}.

²⁰⁰⁸ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 152.

²⁰⁰⁹ C. com art. L.228-101, al. 1^{er}.

²⁰¹⁰ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 118.

855. La consécration de la scission partielle remet en cause cette approche. En effet, la particularité de cette nouvelle figure d'apport partiel d'actifs réside dans l'attribution des titres rémunérant l'apport aux associés de la société apporteuse, ce qui entraîne inéluctablement un appauvrissement de celle-ci. L'attribution des actions ou parts aux associés de la société apporteuse est réalisée « *soit par réduction de capital soit par imputation sur les capitaux propres* »²⁰¹¹ de la société apporteuse.

Il nous semble que la mise en œuvre des dispositions de ce texte est difficilement réalisable. La contrepartie de la valeur réelle de l'apport est souvent supérieure à la valeur nominale, ce qui entraîne une obligation d'imputer l'écart entre ces deux composantes sur un ou plusieurs postes de réserves autres que la réserve légale²⁰¹².

L'option des parties pour la rémunération de l'apport partiel d'actifs par l'attribution directe des parts ou actions de la société apporteuse aux associés de celle-ci suppose une évaluation de la valeur réelle de celle-ci. La contre-valeur de l'apport sera alors imputée par une réduction de capital de la société apporteuse à hauteur de la valeur nominale et l'écart sur un compte des autres réserves. Les droits des titulaires des VMDAC détenues dans la société apporteuse sont alors dilués.

Comment peut-on alors concilier le régime juridique de la scission partielle et les droits des titulaires des VMDAC ?

856. Dès lors que les parties décident de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce et pour protéger les droits des titulaires des VMDAC, nous proposons alors de procéder à l'évaluation des droits des porteurs des VMDAC avant et après la mise en œuvre de l'opération de scission partielle. L'écart de valeur devra être rémunéré par des VMDAC supplémentaires similaires à celles anciennement détenues, qui devraient figurer sur le traité d'apport, de telle sorte que la valeur totale des VMDAC, avant et après l'opération d'apport, soit équivalente.

²⁰¹¹C. com. art. R. 236-19, II, 2° Disposition réglementaire nuancée puisqu'il s'agit d'une distribution des réserves qui ne peut être décidé que lors de l'assemblée générale ordinaire destinée à approuver les comptes annuels.

²⁰¹² Ex : Un apport évalué à 30 000 €, rémunéré par l'émission de 1000 parts sociales nouvelles de la société apporteuse d'une valeur nominale de 10 € chacune, soit 10 000 €. L'écart, d'un montant de 20 000 €, sera enregistré dans un compte de capitaux propres intitulé « prime d'apport ». Dans ce cas, à l'instar des anciens associés, les titulaires des VMDAC ont un droit sur cette prime. Leurs droits sur les capitaux propres des sociétés émettrices sont alors maintenus.

857. Les limites de la transmission universelle du patrimoine, examinées au titre I partie II sur les opérations de fusion et scission, sont applicables à l'apport partiel d'actifs.

2) Conception de la notion de branche d'activité apportée, source d'ambiguïtés

858. L'apport partiel d'actifs, soumis au régime des scissions, porte sur une activité formant une universalité de biens. Cette notion mal définie par le législateur constitue une source d'incertitudes (a), d'autant plus qu'elle est déconnectée de la notion de la branche complète et autonome d'activité rigoureusement définie par le droit fiscal (b).

a) L'apport de l'universalité des biens, une notion juridique mal définie

859. Avant l'ordonnance n° 2023-393, le principe dégagé par la jurisprudence²⁰¹³, relatif à l'universalité des biens transmise en cas d'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions, n'était prévu par aucun texte légal.

Désormais, l'article L. 236-27, renvoyant aux articles L. 236-18 et suivants, prévoit explicitement ce principe. Ce texte offre aux parties à l'opération d'apport partiel d'actifs la possibilité de soumettre celui-ci au régime juridique des scissions²⁰¹⁴. En effet, la possibilité de constituer une transmission universelle de patrimoine est donc consacrée²⁰¹⁵ et devient dès lors un effet légal de ce type d'apport. De ce fait, le droit interne s'aligne désormais avec les dispositions du droit communautaire.

Toutefois, il s'avère que les termes de l'article L. 236-27 du Code de commerce sont ambigus, ce qui laisse persister certaines zones d'ombre lors de la mise en œuvre de l'opération d'apport partiel d'actifs, notamment si les parties optent pour le régime de scission. Plusieurs questions lancinantes intriguent les juristes et les professionnels, concernant notamment le contour de l'universalité des biens susceptible d'être apportée.

Dans ce sens, des auteurs considèrent « *qu'un apport n'a nul besoin de porter sur une branche complète et autonome d'activité ni sur une participation assimilable à une branche complète d'activité (au sens du droit fiscal) pour entraîner une dévolution « universelle » de patrimoine* ».

²⁰¹³ Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19645, *Bull. Joly soc.*, mars 1988, n° 69, p. 271 ; *JCP E* 1988, I 15177, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RDBB* 1988, p. 130, obs. M. Jeantin et A. Viandier ; *RTD com.* 1988, p. 639, obs. Y. Reinhard.

²⁰¹⁴ Pour les sociétés par actions (C. com. art. L. 236-22), pour les SARL (C. com. art. L. 236-24), pour toutes les sociétés (C. com. art. L. 236-6-1).

²⁰¹⁵ J.-F. Hamelin, *Fusion op. cit.*, n° 13.

« pour la branche d'activité apportée »²⁰¹⁶.

Certes, l'article L. 236-27 n'exige pas que l'apport porte sur une branche d'activité pour qu'il soit qualifié d'universalité des biens. Selon ce texte, il suffit que l'apport porte sur « une partie de l'actif » et éventuellement du passif de la société apporteuse. À la différence de la définition fiscale, la complétude et l'autonomie de la branche ne sont pas exigées. La société bénéficiaire pourrait compléter cet apport par d'autres biens afin de fonctionner normalement.

Le comité juridique de l'ANSA estime que « *le contenu de la branche d'activité transmise peut être aménagé par les parties* », et que « *non seulement l'apport-scission peut se limiter à une partie de l'actif, mais encore le passif peut être exclu du transfert* »²⁰¹⁷. Le comité considère, par ailleurs, que les parties peuvent convenir, par le projet d'apport, de la composition des éléments d'actif et de passif à apporter.

Il nous semble que ce choix n'est pas totalement libre. Une cohérence entre ces éléments s'impose pour répondre à l'esprit du législateur quant à l'universalité des biens à apporter, exigée par le régime des scissions. L'universalité des biens transmis lors d'un apport partiel d'actifs doit être composée d'un ensemble cohérent d'éléments d'actif et de passif, les premiers répondant des seconds.

Il s'agit d'un groupe d'actifs composant un ensemble unique considéré comme un objet de droit susceptible d'être, notamment, exploité, vendu, nanti, loué ou prêté.

Cette notion de groupe d'actifs identifiable est définie par la norme comptable internationale (IAS 36) comme celle qui « *génère des entrées de trésorerie largement indépendantes des entrées de trésorerie générées par d'autres actifs ou groupes d'actifs* »²⁰¹⁸.

Cette norme utilise l'expression « *le plus petit groupe identifiable d'actifs* » au lieu d'« *une partie d'actif* » employée par l'article L. 366-27 du Code de commerce. Toutefois, il nous semble que ces deux textes ont, *in fine*, la même portée juridique.

Reste à savoir si la société apporteuse peut apporter la totalité de ses activités et ne conserver que les titres de participation dans les sociétés bénéficiaires des apports. La réponse à cette question, à première vue, semble négative selon les termes de l'article L. 236-27 du Code de

²⁰¹⁶ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, *op. cit.*, n° 7.

²⁰¹⁷ ANSA, Comité juridique, avis n° 3230 du 12 mars 2003.

²⁰¹⁸ IAS 36.

commerce. Ce texte dispose que seule « *une partie de l'actif* » de la société apporteuse pourrait être apporté²⁰¹⁹.

Une stricte interprétation littérale de ce texte nous laisse penser que la société apporteuse doit demeurer propriétaire d'autres éléments d'actif pour l'exercice d'au moins une activité. En d'autres termes, la société apporteuse ne doit pas être vidée de toutes les activités qu'elle exploite, du moins en présence d'une scission partielle²⁰²⁰.

Cependant, la doctrine et la jurisprudence ne partagent pas nécessairement cette interprétation restrictive. Une interprétation plus large pourrait tolérer le contraire.

Dans ce sens, Loubet et Rapone considèrent qu'« *une telle opération permet par exemple à une société mère de transférer ses activités opérationnelles à des entités juridiques distinctes qu'elle contrôle, pour ne plus conserver qu'un rôle de holding dont l'actif est composé de participations dans le capital de ses filiales opérationnelles* »²⁰²¹.

Se ralliant à cette opinion, le Professeur Coudert considère que « *l'apport partiel d'actif éligible au régime de faveur s'entend de l'opération par laquelle une personne morale apporte, sans être dissoute une ou plusieurs branches complètes de son activité (voire la totalité) à une autre société, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport* »²⁰²².

860. L'administration fiscale admet, sans perdre le droit au régime fiscal de faveur, l'apport partiel d'actifs de l'ensemble des branches d'activité composant le patrimoine de la société apporteuse. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 210-0 A du Code général des impôts définit les apports partiels d'actif comme les « *opérations par lesquelles une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches complètes de son activité à une autre société, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport* »²⁰²³.

²⁰¹⁹ C. com. art. L. 236-27 al. 1 dispose que « *la société qui apporte une partie de son actif et, le cas échéant, une partie de son passif à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles* ».

²⁰²⁰ Cons. UE, dir. 2009/133/CE, 19 oct. 2009, art. 2, c : JOUE n° L 310, 25 nov. 2009, p. 34. A. Il est explicitement précisé que « *l'opération par laquelle une société transfère, sans être dissoute, une ou plusieurs branches d'activité à une ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, en laissant au moins une branche d'activité dans la société apporteuse...* ».

²⁰²¹ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 9.

²⁰²² M.-A. Coudert, « Fusions de sociétés », *J.-Cl. fisc. Imp. dir. Traité*, LexisNexis, fasc.1130-20, 2023 § 6.

²⁰²³ CGI., art. 210-0 A tel qu'il complété par l'article 23 de la loi de finances rectificative n° 2017-1775, du 28 déc. 2017, art. 23 : *Dr. fisc.* 2018, n° 1, comm. 38. Définition reprise dans son intégralité par l'administration (BOI-IS-

Cette analyse permet ainsi à une société de capitaux qui ne possède qu'une seule activité de l'apporter à une autre société, tout en se limitant à une activité de gestion des titres de participation.

861. L'effet légal inhérent à l'opération d'apport partiel d'actifs, soumis au régime juridique des scissions, entraîne la transmission de l'universalité des biens, droits et obligations de plein droit, dès lors qu'ils se rattachent à la branche d'activité apportée, même s'ils ne figurent pas dans le traité d'apport²⁰²⁴. De surcroît, les créances sont transmises avec tous les accessoires qui leur sont attachés, telles les garanties et sûretés²⁰²⁵. Cependant, la caution de la société apporteuse ne garantit pas la société bénéficiaire des apports pour les dettes nées après la convention d'apport²⁰²⁶.

862. Se pose alors la question de savoir si les parties à l'opération d'apport peuvent convenir de l'inclusion d'un élément, d'actif ou de passif, n'ayant aucun lien de connexité avec la branche d'activité transmise ou encore de son exclusion nonobstant qu'il lui est rattaché.

863. Le régime fiscal de faveur est plus strict à cet égard. L'administration fiscale refuse d'exclure tout actif ou passif économiquement rattaché à la branche apportée ou de rattacher des éléments d'actif ou de passif étrangers à cette dernière.

En revanche, le droit de sociétés fait preuve de plus de souplesse. L'article L. 236-26 du Code de commerce autorise l'exclusion, par le biais d'une clause explicite du traité d'apport, d'un actif ou d'une dette rattachée à la branche d'activité. Toutefois, aucun texte ne prévoit la possibilité d'intégrer une créance ou une dette non rattachée à celle-ci. Le régime de droit commun s'applique, à notre sens, pour l'inclusion de celles-ci.

864. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître à l'acte d'apport une force contractuelle opposable aux parties et aux tiers. À cet égard, Le Professeur Moulin postule que *« pour universelle qu'elle soit, la transmission opérée par l'apport partiel d'actif placé sous le*

FUS-20-20, 3 oct. 2018, [sect] 10) depuis l'instruction du 11 août 1993, BOI 4 I-1-93, n° 40 ; *Dr. fisc.* 1993, n° 39, instr. 10 970, de la Directive européenne du 23 juill. 1990 n° 2009/133/CE définissant la branche complète d'activité comme *« l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens »*.

²⁰²⁴ Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *JurisData* n° 2004-022358 ; *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 649 ; note P. Le Cannu ; Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731, *JurisData* n° 2008-045333 ; *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 11, note X. Vamparys.

²⁰²⁵ CA Paris, 20 sept. 1990, *Dr. sociétés* 1991, n° 31.

²⁰²⁶ Cass. com., 22 janv. 1985, n° 83-15.441, *JCP* 1986. II. 20 591, note Simler ; J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 301.

*régime des scissions n'est pas aussi globale qu'il y paraît. En effet, la loi réserve la possibilité aux parties à l'acte d'apport de déterminer quels sont les droits, dettes et créances qu'elles entendent transférer d'une société à l'autre selon ce mode simplifié de transport »*²⁰²⁷.

Le même auteur considère également que *« cette liberté offerte aux parties, éminemment dérogatoire dans une opération où le régime légal est extrêmement prégnant ne peut s'interpréter que restrictivement. Pour le dire autrement, cette possibilité d'échapper au transfert de l'intégralité de la branche ne doit jouer que si les parties ont pris le plus grand soin à préciser le périmètre exact de leur opération »*²⁰²⁸.

Dans ce sens, il a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation que *« sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité d'apport, l'apport partiel d'actif emporte, lorsqu'il est placé sous le régime des scissions, transmission universelle, de la société apporteuse à la société bénéficiaire, de tous les biens, droits et obligations dépendant de la branche d'activité qui fait l'objet de l'apport »*²⁰²⁹.

À défaut de limitation du contour des éléments d'actifs et de passifs rattachés à la branche d'activité apportée, l'effet légal de la transmission s'applique de plein droit, tel qu'il est énoncé, à juste titre par un auteur : *« faute d'identifier très précisément ces éléments, certains actifs et passifs seront transmis à la société bénéficiaire de l'apport par l'effet de la transmission universelle de patrimoine sans que celle-ci n'en ait connaissance »*²⁰³⁰.

De surcroît, force de relever que l'exclusion ne concerne, *a priori*, que les éléments d'actifs et de passifs bilanciels ou connus par les parties à la date de signature du projet de traité d'apport. Tout actif ou passif non explicitement exclu fait partie de l'apport. La société bénéficiaire peut ainsi se retrouver débitrice de dettes qu'elle n'avait pas spécialement envisagées lors de la préparation de l'opération.

²⁰²⁷ J.-M. Moulin, « Apport partiel d'actif : la délicate délimitation de la transmission », *Gaz. Pal.*, n° 272, p. 21, note sous cass, Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-16339.

²⁰²⁸ *Ibid.*

²⁰²⁹ *Ibid.*

²⁰³⁰ X. Vamparys, « Des dangers de l'apport partiel d'actif pour la société bénéficiaire de l'apport », *Bull. Joly soc.*, févr. 2009, p. 112.

Pour se prémunir des évolutions imprévues de la consistance de la branche d'activité apportée, il convient de prévoir des clauses de garantie d'actif et, éventuellement, de passif par la société apporteuse²⁰³¹.

Par ailleurs, les tiers à la société apporteuse doivent se livrer à un examen détaillé de l'opération pour s'assurer si leur créance ou leur dette est comprise ou non dans le périmètre de la branche d'activité apportée²⁰³².

865. Si l'exclusion d'apport d'un élément d'actif ou de passif est admise par le droit de société, il nous semble cependant, que le transfert d'un élément d'actif ou de passif sans lien de connexité avec la branche d'activité apportée n'est pas couvert par l'effet légal de transmission universelle du patrimoine.

Les formalités relatives aux cessions des actifs isolés ou de dettes doivent être scrupuleusement respectées.

b) La notion fiscale de branche complète et autonome d'activité, une délicate délimitation

866. La notion de branche complète et autonome d'activité est une notion inconnue du droit des sociétés²⁰³³. Depuis une instruction du 11 août 1993²⁰³⁴, cette notion est retenue par l'administration fiscale comme condition d'éligibilité au régime fiscal de faveur d'un apport partiel d'actifs. Cette instruction a repris la définition de la directive européenne, qui décrit cette notion comme « *l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens* »²⁰³⁵.

867. Au sens fiscal, le contenu de la branche complète et autonome de l'activité apportée ne cesse de susciter un contentieux abondant entre les contribuables et l'administration fiscale, en raison de la remise en cause de son contour. Le respect de cette condition est souvent contesté par l'administration fiscale, qui la considère comme déterminante pour l'éligibilité au régime fiscal de faveur.

²⁰³¹ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23.895, *JurisData* n° 2013-002108, *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 575. note B. Dondero ;

²⁰³² Cass. com., 10 déc. 2003, n° 02-11.818, *Bull. Joly* 2004. 518, note M.-L. Coquelet.

²⁰³³ M-P. Wagou Leumega, th. préc, n° 39.

²⁰³⁴ Instr. BOI 4 I-1-93, 11 août 1993, n° 40.

²⁰³⁵ D.E. n° 2009/133/CE du 23 juill. 1990.

868. Contrairement aux dispositions de l'article 236-27 du Code de commerce, qui prévoit une liberté contractuelle pour les parties afin d'aménager le contenu de la branche d'activité apportée sans pour autant perdre le bénéfice du régime des scissions, le droit fiscal se montre plus rigoureux dans ce sens.

869. La doctrine administrative considère que le patrimoine apporté doit comprendre tous les éléments d'actif et de passif, qu'ils soient directement ou indirectement liés à la branche d'activité apportée.

L'administration fiscale est particulièrement rigoureuse au regard de la contenance de ces éléments. Elle remet en cause l'intégralité de l'opération dès lors qu'un ou plusieurs éléments d'actif et de passif rattachés directement à la branche d'activité sont exclus. De surcroît, l'apport ne peut comprendre un patrimoine étranger à l'exploitation, tel que des placements financiers ou des patrimoines communs²⁰³⁶. Par ailleurs, la prise en charge d'un passif non attaché à la branche d'activité apportée fait obstacle à l'application du régime fiscal de faveur, et ce quel que soit son montant²⁰³⁷.

Dans ce sens, la juridiction administrative a validé la décision de l'administration fiscale ayant refusé l'éligibilité au régime de faveur pour une opération d'apport partiel d'actifs comprenant un passif non attaché à la branche d'activité apportée²⁰³⁸.

La jurisprudence apporte d'autres précisions à l'occasion de plusieurs contentieux fiscaux. En effet, le Conseil d'État a admis qu'une branche d'activité pouvait être considérée comme complète sans que soit requis l'apport du contrat d'enseigne et d'approvisionnement, dès lors que ledit contrat, conclu avec un groupe, était arrivé à expiration et qu'un nouveau contrat avait été immédiatement conclu avec un autre groupe²⁰³⁹.

²⁰³⁶ M.-A. Coudert, *op. cit.*, § 20.

²⁰³⁷ BOI-IS-FUS-20-20, 3 oct. 2018, [sect] 130.

²⁰³⁸ CAA Bordeaux, 3e ch., 2 févr. 2010, n° 08BX03318.

²⁰³⁹ CE, 8e et 3e ch., 22 sept. 2017, n° 400613, *Dr. fisc.* 2018, n° 7-8, comm. 180 ; *RJF* 2017, n° 1167, concl. R. Victor, C 1167 ; Pour annuler l'arrêt de la Cour d'appel, la Haute juridiction administrative énonce qu'« *en jugeant que le contrat d'enseigne et d'approvisionnement liant la société apporteuse à l'enseigne Champion devait être regardé comme un élément essentiel à l'activité apportée, alors, d'une part, que ce contrat était arrivé à expiration préalablement au transfert des droits, biens et obligations relatifs à l'exploitation du supermarché à la société Revel Discount et que, d'autre part, immédiatement après la vente, un nouveau contrat d'enseigne et d'approvisionnement avait été conclu avec le groupe Leader Price de sorte que le contrat d'enseigne et d'approvisionnement conclu avec le groupe Champion ne pouvait être regardé comme indispensable à l'exploitation autonome de cette activité chez la société apporteuse comme chez la société bénéficiaire de l'apport, la cour administrative d'appel a, eu égard aux objectifs de la loi et à la spécificité du secteur de la grande distribution, inexactement qualifié les faits de l'espèce* ».

Par un autre arrêt, le Conseil d'État a jugé qu'une société apporteuse détentrice de la pleine propriété des immeubles pouvait se contenter d'apporter le droit d'usage dudit immeuble, sans remettre en cause l'éligibilité au régime fiscal de faveur. Le Conseil d'État considère alors qu'au regard de la nature de l'activité transmise, « *un bail commercial pour une durée suffisante garantissait le libre usage des immeubles aux fins de l'exploitation de cette activité suffit pour se prévaloir du régime de faveur fiscal* »²⁰⁴⁰.

Cette opinion nous semble discutable. La durée minimale d'ordre public de neuf ans est marquée par une précarité, compte tenu de la possibilité accordée aux parties de résilier le contrat de bail commercial de manière anticipée si certaines conditions sont réunies²⁰⁴¹, ce qui pourrait faire perdre le régime de sa substance. En revanche, l'apport en jouissance ou en usufruit pour une durée suffisamment longue semble répondre aux conditions d'éligibilité.

870. S'agissant de l'apport d'une marque comprise dans la branche d'activité apportée, l'administration fiscale, dans un premier temps, refusait l'éligibilité au régime fiscal de faveur prévu par les articles 210 A et 210 B du Code général des impôts en l'absence d'apport de la marque en pleine propriété. Cependant, le Conseil d'État considère que les conditions d'octroi du droit d'usage sur la marque permettaient de considérer la mise à disposition et l'usage de celle-ci comme suffisamment durables. Par conséquent, ces éléments peuvent être considérés comme constituant une branche complète et autonome d'activité au sens des articles 210 A et 210 B du Code général des impôts²⁰⁴².

Dès lors, l'administration fiscale s'est ralliée à cette jurisprudence et a fixé cette durée à plus de dix ans²⁰⁴³. *A contrario*, l'apport des seuls éléments incorporels du fonds de commerce lié à

²⁰⁴⁰ CE., 8 déc. 2017, n° 407128, *RJF* 3/18 n° 244.

²⁰⁴¹ Quatre cas exceptionnels permettent au bailleur de résilier le bail de manière anticipée et d'exercer son congé triennal, (i) En cas d'impayés laissant place à une procédure d'expulsion judiciaire, (ii) Pour construire, reconstruire ou surélever l'immeuble existant, (iii) Pour réaffecter le local d'habitation accessoire à cet usage d'habitation, (iiii) Pour exécuter des travaux dans le cadre d'une opération de restauration immobilière ou en cas de démolition de l'immeuble dans le cadre d'un projet de renouvellement urbain (art. L. 145- 4 al. 3 du Code de commerce).

²⁰⁴² CE, 9e et 10e sect., 6 déc. 2013, n° 346809, *Bull. Joly soc.*, févr. 2014, n° 111k9, p. 114, spéc. p. 117, note A. Périn-Dureau ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 57, note J.-L. Pierre ; *RJF* 2014, n° 226 ; *JurisData* n° 2013-029529 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 9, comm. 184, concl. É. Crépey, note Ch. Ménard. Pour rejeter le pourvoi du ministre des budgets il a été jugé par la Haute juridiction administrative qu'« *en estimant au terme d'une appréciation souveraine du traité d'apport exempté de dénaturation, que les conditions d'octroi du droit d'usage sur la marque permettaient de regarder la mise à disposition et l'usage de celle-ci comme suffisamment durable, pour en déduire que ces éléments étaient de nature à constituer, contrairement à ce que soutient le ministre, une branche complète et autonome d'activité au sens des articles 210 A et 210 B du code général des impôts* ».

²⁰⁴³ BOI-IS-FUS-20-20, 3 oct. 2018, [sect] 200.

une activité de transport n'est pas considéré comme une branche complète d'activité lorsque les éléments corporels essentiels ne sont pas transférés²⁰⁴⁴.

871. L'administration fiscale admet une certaine tolérance permettant à la société apporteuse de conserver les services administratifs communs à la suite d'un apport partiel d'actifs²⁰⁴⁵ qui devraient être répartis entre les différentes branches d'activité en fonction de leur affectation²⁰⁴⁶.

872. Il reste à savoir à quel niveau doit être appréhendée la condition d'universalité de patrimoine ? Doit-elle l'être au niveau de la société apporteuse, de la société bénéficiaire, ou des deux ?

De la stricte interprétation de l'article L. 236-3 du Code de commerce, on relève que la condition de l'universalité du patrimoine s'apprécie au regard de l'organisation de la société apporteuse de l'apport²⁰⁴⁷. Aucun texte n'exige que cette universalité soit exploitée, après l'apport, en tant que telle par la société bénéficiaire. Cette dernière pourrait, à notre sens, apporter tous les aménagements et agencements nécessaires pour adapter l'apport à son organisation.

La Haute juridiction administrative estime que la condition doit être respectée par les deux parties à l'opération d'apport. En effet, par un arrêt du Conseil d'État, il a été jugé qu'« *un apport partiel d'actif doit concerner une branche complète d'activité susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome chez la société apporteuse comme chez la société bénéficiaire de l'apport* »²⁰⁴⁸.

Par un autre arrêt, le Conseil d'État réitère sa position en jugeant qu'il convient de rechercher si les créances transférées sont indispensables à l'exploitation autonome de l'activité, tant chez la société apporteuse que chez la société bénéficiaire de l'apport²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁴ CAA Douai, 3e ch., 31 janv. 2013, n° 12DA00345, *RJF* 2013, n° 707.

²⁰⁴⁵ BOI-IS-FUS-20-20 n° 230 et 240.

²⁰⁴⁶ M.-A. Coudert, *op. cit.*, § 19.

²⁰⁴⁷ C. com. art. L. 236-3, I ; ce texte 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 réalisation définitive de l'opération* ».

²⁰⁴⁸ CE, 8e et 3e ss-sect., 27 juill. 2005, n° 259052, *JurisData* n° 2005-080770 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 8, comm. 191, concl. L. Olléon ; *RJF* 2005, n° 1170.

²⁰⁴⁹ CE, 10e et 9e ss. sect. réunies, 10 juin 2013, n° 337137, *Dr. fisc.* 2013, n° 40, comm. 458 ; *RJF* 10/2013, n° 974.

Toutefois, une instruction de l'administration fiscale remet en cause cette jurisprudence en précisant que l'autonomie de l'exploitation de la branche d'activité apportée s'apprécie uniquement au regard de l'organisation de la société apporteuse²⁰⁵⁰. La société bénéficiaire des apports n'est pas tenue de maintenir cette activité telle qu'elle a été apportée. Elle peut alors y apporter les aménagements et agencements qu'elle juge nécessaires pour l'adapter à son organisation.

L'avis de l'administration fiscale nous paraît discutable. En effet, le régime de faveur a pour objectif d'inciter à la restructuration des entreprises en bénéficiant de la neutralité fiscale. Ne pas soumettre la société bénéficiaire de cet apport à l'exigence du respect de cette obligation pour une certaine durée fait perdre le régime de sa substance. L'exploitation autonome devrait, à notre sens, être respectée également au niveau de la société bénéficiaire de l'apport pour que le régime produise tous ses effets.

La notion de branche complète et autonome d'activité s'apprécie au moment de la réalisation définitive de l'opération d'apport ou à la date d'effet convenue dans le traité d'apport, si celle-ci est différente.

873. Une autre précision de taille a été apportée par la Professeure Coudert qui considère que l'autonomie de l'exploitation doit être à la fois interne et externe²⁰⁵¹.

L'autonomie externe d'une branche complète d'activité est constituée, selon cet auteur, d'un « *ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens dans des conditions pouvant être qualifiées de normales dans le secteur économique considéré* »²⁰⁵², tandis que le critère d'autonomie interne est respecté dès lors que la branche d'activité constitue une organisation distincte des autres activités et divisions de la société apporteuse. L'auteur précise qu'il s'agit « *d'une unité qui se caractérise notamment par une clientèle, du personnel, des installations propres. Cette unité d'exploitation comprend, le cas échéant, les services administratifs qui lui sont propres* »²⁰⁵³.

L'autonomie ne doit pas être regardée uniquement au niveau de la production. Elle doit également être prise en compte tant au niveau de l'approvisionnement, qu'au niveau des débouchés. Dans ce sens, l'administration fiscale considère qu'une branche d'activité qui ne

²⁰⁵⁰ BOI-IS-FUS-20-20, 3 oct. 2018, [sect] 90.

²⁰⁵¹ M.-A. Coudert, *op. cit.*, §9.

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ M.-A. Coudert, *op. cit.*, §14

comprend pas de clientèle ne constitue pas une branche complète et autonome d'activité²⁰⁵⁴. De surcroît, la jurisprudence considère que si l'activité apportée est dépendante d'autres activités accessoires, elle ne constitue pas une branche autonome d'activité²⁰⁵⁵.

Section 2 - Apport partiel d'actifs, la dualité de régime source d'incertitudes

874. La dualité des régimes applicables aux opérations d'apport partiel d'actifs engendre des incertitudes tant sur le plan juridique que fiscal. Une nécessité impérieuse d'égaliser les conditions d'éligibilité aux deux régimes s'impose (I), en vue d'anéantir les disparités entre ces deux régimes, et notamment en ce qui concerne l'apport des titres de participation conférant le contrôle ou encore des actifs isolés (II).

I- Apport partiel d'actifs, nécessité d'une cohérence des régimes, juridique et fiscal

875. La sécurité juridique d'une opération partielle d'actifs suppose une cohérence entre les régimes juridique des scissions et le régime fiscal de faveur. Cependant, cette cohérence n'est pas toujours assurée et notamment pour l'opération de scission partielle (1) ou encore l'apport d'un actif isolé (2)

1) La scission partielle, une consécration tant attendue, mais ambiguë

876. La scission partielle est une nouvelle figure d'apport partiel d'actifs consacrée par l'ordonnance n° 2023-393. Le mode de rémunération de l'apport, paradoxalement complexe, constitue la particularité de ce type d'apport qui demeure incertain (a). Toutefois, malgré cette consécration, la législation fiscale ne s'est pas encore alignée sur le régime juridique pour que l'opération d'apport soit éligible au régime fiscal de faveur (b).

a) Régime juridique de la scission partielle

877. Notion introduite en droit français par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023²⁰⁵⁶, cette nouvelle figure d'apport, portant le nom de « scission partielle »²⁰⁵⁷ au sens de la directive, n'est autre qu'une « *déclinaison de l'apport partiel d'actifs* »²⁰⁵⁸ qui permet désormais d'attribuer, notamment, les titres de la société bénéficiaire émis en rémunération de cet apport

²⁰⁵⁴ BOI-IS-FUS-20-20, 3 oct. 2018, [sect] 250 et 260.

²⁰⁵⁵ CAA Douai, 5 juin 2012, n° 11-449.

²⁰⁵⁶ En transposant la Directive Mobilité PE et Cons. UE, dir. n° 2019/2121, 27 nov. 2019.

²⁰⁵⁷ C. com. art. L. 236-27.

²⁰⁵⁸ Rapp. Président de la République, p. 4.

directement aux associés de la société apporteuse, sans qu'ils ne transitent, par le patrimoine de cette dernière.

878. Avant l'ordonnance n° 2023-393, l'attribution des droits sociaux rémunérant l'apport partiel d'actifs aux associés de la société apporteuse nécessitait la mise en œuvre de deux opérations indépendantes, dont la réalisation devait se succéder. Un apport partiel d'actifs donnant lieu à l'attribution des parts ou actions de la société bénéficiaire à la société apporteuse, suivie de l'attribution de ces titres à ses associés, par voie de réduction de son capital social. Cette opération, dite d'« *apport-attribution* », présentait des avantages indéniables pour les entreprises dans le cadre de leurs opérations de restructuration, notamment en raison du régime de neutralité fiscale dont elle bénéficiait²⁰⁵⁹.

Un auteur considère que « *cette pratique en est d'autant plus répandue qu'elle est expressément reconnue et facilitée par la fiscalité* ». L'attribution aux associés de la société apporteuse de tout ou partie des titres représentatifs d'un apport portant sur une branche complète d'activité n'est pas considérée, fiscalement, comme une distribution de revenus mobiliers imposables, à condition que les critères suivants soient respectés de manière cumulative²⁰⁶⁰. Synthétisant ce principe, un auteur estime que « *cette exonération est toutefois subordonnée à la condition que l'apport soit placé sous le régime de faveur, que la société dispose encore au moins d'une branche complète d'activité après l'opération d'apport et que l'attribution des titres, proportionnelle aux droits des associés, soit faite dans le délai d'un an à compter de la réalisation de l'apport*. Si les conditions sont réunies, un agrément ministériel est obtenu de plein droit²⁰⁶¹.

Cependant, sa mise en œuvre était très compliquée, longue et coûteuse. La consécration de la scission partielle par l'ordonnance, assurément accueillie favorablement, permet d'éviter cette contrainte.

879. La scission partielle est définie par un auteur comme « *l'opération par laquelle une société transfère, sans être dissoute, une partie de ses actifs et, le cas échéant, de ses passifs à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires en échange de l'attribution aux associés de la société*

²⁰⁵⁹ CGI, art. 115- 2° ; C. Barrillon, « Réforme du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés commerciales », *JCP E* n° 24, 15 juin 2023, 1183, n° 21.

²⁰⁶⁰ CGI, art. 115, 2.

²⁰⁶¹ CGI, art. 115-2.

*apporteuse, au prorata de leur participation au capital de cette société, de titres de la société bénéficiaire »*²⁰⁶².

880. L'examen des dispositions des articles. L. 236-27, alinéa 2 et R. 236-19, II, du Code de commerce révèle que, pour bénéficier du régime des scissions, l'opération de scission partielle domestique doit satisfaire trois conditions cumulatives.

La première consiste à soumettre l'opération d'apport, d'un commun accord entre la société apporteuse et la ou les sociétés bénéficiaires, au régime des scissions. En l'absence de cette option, le régime de scission partielle ne peut être mis en œuvre.

La deuxième condition, bien qu'elle ne figure pas dans le droit des fusions interne, est explicitement mentionnée dans la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009, qui définit la scission partielle comme « *l'opération par laquelle une société transfère, sans être dissoute, une ou plusieurs branches d'activité à une ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, en laissant au moins une branche d'activité dans la société apporteuse [...]* »²⁰⁶³.

De cette définition, il ressort que la société apporteuse doit conserver au moins une activité pour être éligible au régime de scission partielle. Ainsi, une société qui ne dispose que d'une seule branche activité n'est pas éligible au régime. La question se pose alors de savoir si l'apport de toutes les branches d'activités à d'autres sociétés, tout en conservant uniquement des titres de participation, est éligible au régime de scission partielle. Une société holding, par exemple, exerce une activité de gestion de portefeuille.

L'exigence de garder une branche d'activité n'est pas explicitement prévue par l'article L. 236-27 du Code de commerce. En effet, ce texte prévoit que seule « *une partie de l'actif* » est transmis. Le transfert de la totalité de l'actif en échange de titres de participation dans la société bénéficiaire ne semble pas correspondre à l'esprit du texte.

881. Le mode de rémunération de l'apport constitue la troisième condition qui nous paraît la plus complexe.

En principe, la rémunération de l'apport partiel d'actifs suppose l'émission de nouveaux droits sociaux par augmentation de capital de la société bénéficiaire de cet apport, qu'elle attribue à la société apporteuse. La scission partielle, se distingue de l'apport partiel classique par le fait

²⁰⁶² P. Delpech, « Adaptation du cadre juridique des fusions, scissions et apports partiels d'actifs domestiques, actualités », *le quotidien de droit*, 06 juill. 2023.

²⁰⁶³ Cons. UE, dir. 2009/133/CE, 19 oct. 2009, art. 2, c : JOUE n° L 310, 25 nov. 2009, p. 34.

que les titres rémunérant l'apport ne sont pas intégrés au patrimoine de la société qui réalise l'apport, mais sont attribués, notamment, aux associés de cette dernière.

Ce mode de rémunération atypique doit être prévu par une mention dans le projet d'apport partiel d'actifs qui peut prévoir que *« les parts ou actions de l'apporteuse, de la ou des bénéficiaires ou à la fois de l'apporteuse et de la ou des bénéficiaires représentant la contrepartie de l'apport seront attribuées directement aux associés de la société apporteuse »*²⁰⁶⁴.

Barrillon estime que *« cette possibilité nouvelle d'attribution directe aux associés rencontrera, à n'en pas douter, un accueil favorable. En effet, celle-ci permettra d'éviter de procéder, au sein de la société apporteuse, à une imputation sur les réserves ou à une réduction de capital, jusqu'à présent nécessaires puisque l'attribution des titres reçus diminuait d'autant l'actif de l'apporteuse. Il fallait donc imputer cette diminution sur un poste du passif »*²⁰⁶⁵.

Toutefois, nous ne partageons pas l'avis de cet auteur. À notre sens, ce mode d'imputation s'impose nécessairement avec la nouvelle figure de scission partielle.

Cette pratique, la remise aux associés de la société apporteuse des titres de la société bénéficiaire entraîne un appauvrissement de celle-ci en raison du délestage qu'a connu son actif. Le bilan actif et passif de l'apporteuse devient alors déséquilibré. Pour rétablir l'équilibre bilanciel, l'article R. 236-19 du Code de commerce prévoit que la contre-valeur de l'actif apporté doit être imputée sur le capital social ou sur un poste des capitaux propres de la société apporteuse²⁰⁶⁶.

882. Toujours dans le même sillage, et de manière plus surprenante, l'alinéa 2 de l'article L. 236.27 du Code de commerce prévoit un autre mode de rémunération atypique²⁰⁶⁷, à savoir l'attribution directe des parts ou actions de la société qui apporte une partie de son actif

²⁰⁶⁴ Defrénois, « Sociétés Commerciales, Réforme des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières », 02 juin 2023, n° 22, p. 5.

²⁰⁶⁵ C. Barrillon, « Réforme du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés commerciales », *op. cit.*, n° 22.

²⁰⁶⁶ C. com. art. R. 236-19 ; Ex : Dès lors qu'un bien d'un montant de 10 000 € est sorti de l'actif, et pour assurer l'équilibre bilanciel, ce même montant doit être réduit du capital social ou d'un élément du capitaux propres.

²⁰⁶⁷ C.com. art. L. 236-27 al. 2. Ce texte dispose que *« lorsqu'il est fait application du premier alinéa, le projet mentionné à l'article L. 236-6 peut prévoir que les parts ou actions de la société qui apporte une partie de son actif, de la ou des sociétés bénéficiaires ou à la fois de la société qui apporte une partie de son actif et de la ou des sociétés bénéficiaires représentant la contrepartie de l'apport seront attribuées directement aux associés de la société qui apporte une partie de son actif dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État »*.

directement aux associés de celle-ci. Comment peut-on rémunérer les associés de la société apporteuse par les titres de celle-ci alors qu'elle s'est délestée d'une partie de son actif ?

Logiquement, l'émission de titres de capital par la société apporteuse suppose que celle-ci ait reçu un actif à rémunérer. Tel n'est pas le cas et il nous semble que, pratiquement, ce mode de rémunération soit difficilement réalisable.

883. De surcroît, une incertitude jaillit à la lecture de l'article R. 236-19 du Code de commerce, qui impose que « *le projet doit alors indiquer la répartition envisagée, au bénéfice de ceux-ci, des parts ou actions soit des bénéficiaires, soit de l'apporteuse, soit à la fois des bénéficiaires et de l'apporteuse, attribuées en contrepartie de l'apport, ainsi que les critères sur lesquels cette répartition est fondée* »²⁰⁶⁸. Est-il alors possible de répartir entre les associés les droits sociaux attribués en rémunération de l'apport d'une manière disproportionnée par rapport à leurs droits dans le capital de la société apporteuse ?

La doctrine majoritaire valide cette possibilité, tandis qu'une autre partie craint qu'elle ne porte atteinte au droit de propriété des associés²⁰⁶⁹.

Barrillon se rallie à cette dernière doctrine, en précisant que « *la formulation utilisée par le décret laisse à penser qu'il sera possible d'échapper à une attribution des titres de la bénéficiaire proportionnelle aux droits de chaque associé dans le capital de l'apporteuse. Seule compterait l'indication des critères* »²⁰⁷⁰.

Nous ne partageons pas, encore une fois, cette opinion, qui touche de plein fouet le droit de propriété. Il nous semble que le décret ne peut pas être interprété de cette manière, sous peine d'ouvrir une possibilité discriminatoire qui n'est pas constitutionnelle²⁰⁷¹. Le droit de propriété s'oppose à toute répartition disproportionnée.

884. Il nous semble que l'esprit du législateur vise à surmonter la difficulté de répartition du capital en cas d'apport concomitant d'une ou plusieurs branches d'activité à une ou plusieurs sociétés indépendantes. Dans ce cas, il serait logique de privilégier le principe d'une attribution proportionnelle des titres. Cependant, l'alinéa 2 de ce texte permet de prévoir une répartition

²⁰⁶⁸ C. com. art. R. 236-19.

²⁰⁶⁹ A. Couret et B. Dondero, *Loi Pacte et droit des affaires*, F. Lefebvre, « Dossier pratique », 2019, n° 145, p. 23.

²⁰⁷⁰ C. Barrillon, « Société, Réforme du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés commerciales », *JCP E* n° 24, 15 juin 2023, 1183, n° 21.

²⁰⁷¹ C. Barrillon, *op. cit.*, n° 21.

non proportionnelle au sein de chacune des sociétés bénéficiaires, tout en garantissant que la valeur globale des droits de chaque associé soit protégée²⁰⁷².

885. Cependant, cette pratique a récemment été remise en question par un jugement du tribunal de commerce de Paris²⁰⁷³. Cette jurisprudence constate que la répartition entre les associés des droits sociaux issus de l'augmentation de capital implique nécessairement une imputation sur un poste de capitaux propres, qui ne peut s'effectuer que sur un poste de réserves disponibles. Par cet arrêt, le tribunal interdit la distribution de réserves en dehors d'une assemblée générale ordinaire destinée à approuver les comptes annuels de fin d'exercice, à condition que les capitaux propres demeurent au moins égaux au montant du capital augmenté des réserves obligatoires²⁰⁷⁴.

D'après l'interprétation retenue par le tribunal de commerce, il nous semble que la seule option juridiquement valable consiste en une réduction de capital non motivée par des pertes, avec le formalisme requis et le droit d'opposition des créanciers²⁰⁷⁵.

b) Scission partielle, un régime méconnu par le droit fiscal

886. Contrairement à l'apport partiel d'actifs classique, la scission partielle permet d'attribuer directement les droits sociaux émis en rémunération de cet apport aux associés de la société apporteuse²⁰⁷⁶.

Cette nouvelle figure d'apport partiel d'actifs, issue de l'ordonnance n° 2023-393, ne permet pas à la société apporteuse de bénéficier du régime fiscal de faveur, qui exige que les titres de capital émis en rémunération de cet apport soient attribués à la société apporteuse.

À notre sens, le nouveau régime de la scission partielle ne rencontrera pas un franc succès tant qu'il ne sera pas éligible au régime spécial de faveur fiscale. Les parties à l'opération d'apport

²⁰⁷² Ex. la société (A) est propriétaire d'un immeuble donné en location, d'une unité de production d'huile de poisson et d'une supérette.

Le capital de la société (A) est détenu à parts égales par (X et Y). (X), ne souhaite plus être associé dans la société de production et préfère garder des parts uniquement dans une société immobilière génératrice de revenus locatifs. La société « A » apporte l'immeuble à la société « B » dont les parts sont attribuées à (X), l'usine de production de l'huile de poisson à la société « C » dont les parts sont attribuées à (Y) et ne garde que la supérette.

Cette répartition est disproportionnée, sans pour autant réduire la valeur globale des droits de chacun des associés. (X et Y) demeurent associés dans la société (A) qui se réserve l'exploitation de la supérette.

²⁰⁷³ T. com. Paris, 16e ch., 23 sept.2022, n° J2021000542.

²⁰⁷⁴ C. com. art. L. 232- 11, al. 3.

²⁰⁷⁵ C. com. art. L.236-15.

²⁰⁷⁶ C. com. art. L. 236-27 al 2.

continueront sans nul doute de recourir à la pratique dite d'apport-attribution, qui produit un régime juridique et fiscal similaire, à quelques exceptions près.

2) Apport partiel d'actifs simplifié, un régime juridique sources d'incertitudes

887. Calqué sur le régime des fusions et scissions simplifiées, l'apport partiel d'actifs simplifié suscite diverses incertitudes quant aux conditions d'éligibilité **(a)** et à sa mise en œuvre **(b)**.

a) Éligibilité au régime d'apport partiel d'actifs simplifié

888. Notion introduite en droit français pour la première fois par la loi du 17 mai 2011, dite « Warsmann »²⁰⁷⁷, l'apport partiel d'actifs simplifié était initialement réservé uniquement aux sociétés par actions. L'ordonnance n° 2023-393 a étendu ce régime aux opérations impliquant des SARL²⁰⁷⁸. Cependant, l'extension du régime simplifié aux opérations réalisées uniquement entre SARL a été omise par cette ordonnance.

La loi 2024-364 de ratification corrige cette omission et apporte des modifications au texte de l'article L. 236-20, alinéa 2, issu de cette ordonnance, pour viser également les scissions comportant uniquement la participation de sociétés à responsabilité limitée. Désormais, toutes les sociétés de capitaux sont éligibles à ce régime, qu'il s'agisse d'opérations intervenues entre sociétés par actions de même forme, entre SARL, ou entre une société par actions et une SARL²⁰⁷⁹.

Par ailleurs, la loi 2024-364 de ratification apporte une modification au texte de l'article L. 236-28, alinéa 1^{er}, issu de l'ordonnance n° 2023-393, pour étendre le régime de l'apport partiel d'actifs simplifié aux opérations entre sociétés sœurs²⁰⁸⁰. Cependant, cette extension ne vise, encore une fois, et probablement par inadvertance du législateur, l'application du régime de scission simplifiée entre sociétés sœurs uniquement s'il s'agit de sociétés par actions.

889. Le régime d'apport partiel d'actifs simplifié exige que la société apporteuse d'une partie de son actif détienne la totalité des droits sociaux représentant le capital de la ou des sociétés

²⁰⁷⁷ Loi n° 2011-525 relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit, transposant l'article 3, paragraphe 7 de la Directive 2009/109/CE, du 16 sept. 2009.

²⁰⁷⁸ C. com. art. L. 236-28.

²⁰⁷⁹ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, *op. cit.*, n° 6.

²⁰⁸⁰ L'ordonnance n° 2023-393 a ajouté la mention suivante à l'article L.236-28, al 1^{er} du code de commerce lorsque « *une même société détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital de la société qui apporte une partie de son actif et de la ou des sociétés bénéficiaires* ».

bénéficiaires de l'apport²⁰⁸¹. Ce régime s'applique également lorsque la société ou les sociétés bénéficiaires de l'apport détiennent la totalité des actions ou parts représentant la totalité du capital de la société qui apporte une partie de son actif. Cette condition de détention doit être respectée en continu, depuis le dépôt au greffe du projet d'apport jusqu'à la réalisation définitive de l'opération²⁰⁸².

Dès lors que les conditions du régime simplifié sont réunies, l'article L. 236-28 du Code de commerce permet de se dispenser d'un commissaire à la scission, du rapport des dirigeants, ainsi que de la tenue des assemblées générales extraordinaires destinées à l'approbation de l'opération d'apport partiel d'actifs par les associés ou actionnaires des sociétés participantes. Il s'agit alors d'un simple acte de gestion²⁰⁸³.

890. Cependant, le dernier alinéa de l'article L. 236-28 permet à un ou plusieurs associés de la société apporteuse d'une partie de son actif, réunissant au moins 5 % du capital social, de demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de cette société pour qu'elle se prononce sur l'approbation de l'apport.

Cette possibilité n'est permise que lorsque la société mère joue le rôle de la société apporteuse²⁰⁸⁴.

La mise en œuvre de cet article est naturellement impossible lorsque la société fille joue le rôle de l'apporteuse, étant donné que celle-ci est détenue à 100 % par la société mère, bénéficiaire de l'apport. De plus, cette possibilité est également exclue en cas d'apport partiel d'actifs simplifié entre « sociétés sœurs » puisque, par construction, leur capital sera détenu à 100 % par leur société mère.

b) Mise en œuvre de l'apport partiel d'actifs simplifié

891. Une opération de filialisation réalisée par voie d'apport partiel d'actifs initiée par la société mère à l'attention de sa fille ne semble pas poser de difficultés particulières, puisqu'elle ne risque pas de générer des participations réciproques. Pour un apport partiel d'actifs « vers le bas », l'ANSA considère qu'une émission de titres est nécessaire. En effet, les articles L. 236-

²⁰⁸¹ Même si peut-être par inadvertance, l'article 236-28 du Code de commerce issue de l'ordonnance n° 2023-393 ne mentionne que les actions. Cette omission est corrigée par la loi de ratification pour viser les actions et parts sociales.

²⁰⁸² C. com. art. L 236-28.

²⁰⁸³ Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548, *JurisData* n° 1993-000059 ; *Bull. civ.* IV, n° 10 ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 58, note H. Le Nabasque ; *JCP E* 1993, II, 415, note A. Viandier.

²⁰⁸⁴ Il s'agit d'un apport partiel d'actifs « vers le bas ».

1 et L. 236-3 du Code de commerce, applicables aux scissions, exigent une remise de titres en contrepartie de l'apport²⁰⁸⁵.

En revanche, l'apport partiel d'actifs « vers le haut » suscite un débat sur les enjeux de la rémunération de cet apport. Faut-il émettre des titres de la société mère au profit de sa filiale en rémunération de cet apport ?

La doctrine est divisée quant au traitement de la rémunération d'un tel apport à l'envers. L'ANSA considère qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une augmentation de capital pour rémunérer cet apport pour deux raisons²⁰⁸⁶. Elle estime que cette augmentation aurait un caractère fictif, puisque les actifs apportés sont déjà représentés dans le capital de la société bénéficiaire, qui détient 100 % des droits sociaux de la société apporteuse. Cette opinion nous paraît discutable. À notre sens, la fictivité n'est pas démontrée. Les actions ou parts nouvellement émises sont remises à la société fille apporteuse en contrepartie d'un apport réel, et l'augmentation de capital est bel et bien réelle.

De plus, l'ANSA considère qu'il n'y a pas lieu de rémunérer l'apport, compte tenu de la dispense d'échange de parts ou d'actions au profit de la société apporteuse, en application de l'article L. 236-3, II du Code de commerce. Cependant, les opérations d'apport partiel d'actifs ne sont pas adaptées à ce texte, dans la mesure où celui-ci vise le cas où la société apporteuse est dissoute²⁰⁸⁷.

892. L'apport de la totalité des branches d'activités par la société fille à la société mère ne paraît pas réalisable. Cet apport entraînerait une augmentation de capital de la société mère par émission des droits sociaux à attribuer à la société fille, générant ainsi une participation réciproque intégrale, légalement proscrite²⁰⁸⁸. Celle-ci doit être anéantie, ce qui aurait pour effet

²⁰⁸⁵ ANSA, Comité juridique, avis n° 19-062 du 4 déc. 2019, Apport partiel d'actif simplifié à une filiale détenue à 100 %, opposabilité du régime de la scission en cas d'absence d'augmentation de capital.

²⁰⁸⁶ ANSA, Comité juridique, avis n° 14-055 du 3 sept. 2014, Apport partiel d'actifs soumis au régime simplifié, sens de l'opération, pluralité ou non de sociétés bénéficiaires et faculté d'une augmentation de capital ? ANSA, Comité juridique, avis n° 11-057 du 12 oct. 2011, Nouveau régime des fusions après la loi de simplification du 17 mai 2011, questions diverses.

²⁰⁸⁷ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, « Apport partiel d'actif », *Études Joly Soc.*, 11 fév. 2020, n° 068 ; C. Barrillon, D. Baugard, F. Bernauer, D. Capelli, A. Couret, J.-J. Daigre, A. Eglinger, C. Guyard, O. Masi, V. De Pazzis, A. Pollet, F. Riquier-Tahier, B. Roucher et C. Le Sone-Thomas, KPMG Avocats, « Le régime des restructurations simplifiées », *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, 2021, n° 177 ; En sens contraire, ANSA, Comité juridique, avis n° 19-062 du 4 déc. 2019, Apport partiel d'actif simplifié à une filiale détenue à 100 % ; opposabilité du régime de la scission en cas d'absence d'augmentation de capital.

²⁰⁸⁸ C. com. art. L. 233-29.

la dissolution de la société fille, contrairement à l'effet légal de l'apport partiel d'actifs, qui réside dans la survie de la société apporteuse²⁰⁸⁹.

Un autre courant doctrinal considère qu'en l'absence de texte dispensant l'échange de titres, une augmentation de capital pour la rémunération de l'apport s'impose²⁰⁹⁰.

Cependant, une telle rémunération pourrait s'opposer à la prohibition des participations croisées entre sociétés par actions. Cet obstacle ne nous paraît pas dirimant, car la société apporteuse pourrait posséder les actions représentant moins de 10 % de son capital. À défaut, la société devrait aliéner les titres excédant ce pourcentage dans un délai de deux ans à compter de la date de réalisation de l'opération d'apport²⁰⁹¹. Cependant, la participation croisée entre SARL n'est pas permise.

893. À défaut de disposition légale écartant la rémunération de l'apport, il convient alors de réaliser une augmentation de capital pour rémunérer cet apport²⁰⁹².

Dans un premier temps, la société mère réalise une augmentation de capital pour rémunérer l'apport de la société fille. La société mère, procède consécutivement à une réduction de son capital par l'annulation de la participation réciproque. Cette solution remet en cause, cependant, le caractère simplifié de l'opération, dans la mesure où l'augmentation de capital relève des attributions des associés²⁰⁹³.

À notre sens, et à l'instar des opérations de fusion entre sociétés détentrices de participations réciproques, qui prévoient « la fusion-renonciation », nous proposons d'instaurer un régime similaire « d'apport-renonciation », à condition toutefois que la société fille demeure detentrice d'autres actifs. Dans ce cas, la société mère bénéficiaire renoncerait à émettre des titres en rémunération de l'apport partiel d'actifs.

894. Lorsque l'opération d'apport partiel d'actifs intervient entre sociétés sœurs, la société qui apporte une partie de son actif à sa « sœur » ne disparaît pas sous l'effet de l'opération²⁰⁹⁴. Admettre que cet apport ne nécessite pas de rémunération conduirait à un appauvrissement sans

²⁰⁸⁹ CGI, art. 210-0 A.

²⁰⁹⁰ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 070 ; H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, « Les scissions et apports partiels d'actifs simplifiés », *Bull. Joly soc.*, mars 2012, p. 274, note n° 20.

²⁰⁹¹ C. com. art. L. 225-213.

²⁰⁹² C. Cathiard, Simplification des fusions et opérations assimilées entre sociétés sœurs dont le capital est détenu totalement ou à 90 % par une même société mère, *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, 2021, n° 178, 4.

²⁰⁹³ C. Barrillon, et *al.*, *op. cit.* § 194.

²⁰⁹⁴ C. Barrillon, et *al.*, *op. cit.* § 189.

cause de la société apporteuse au profit de sa sœur, ce qui n'est pas justifié, même par le fait que l'opération se réalise au sein d'un groupe²⁰⁹⁵.

895. L'apport partiel d'actifs réalisé entre sociétés sœurs, toutes deux détenues à 100 % par une même société mère, doit nécessairement être rémunéré. La société sœur apporteuse devient désormais, avec la société mère, associée de la société bénéficiaire de l'apport²⁰⁹⁶. Ce mode de rémunération ne s'accorde pas, encore une fois, avec l'esprit du législateur, puisque cette augmentation de capital relève des attributions des associés.

Il serait, à notre sens, intéressant de combiner le régime d'apport partiel simplifié avec le régime de scission partielle. Dans ce cas, les parts ou actions émises en rémunération de la branche d'activité apportée par l'apporteur à sa société sœur seraient attribuées directement à la société mère, associée de la société apporteuse.

Il convient alors d'ajuster les comptes sociaux des deux sociétés sœurs et de la société mère.

S'agissant de la société sœur apporteuse, la sortie de la branche apportée entraîne soit une réduction de capital à due concurrence, soit une imputation sur un autre poste des capitaux propres²⁰⁹⁷. La société mère, tout en demeurant détentrice de la totalité du capital de la société apporteuse, verra la valeur absolue dudit capital réduite.

La société sœur bénéficiaire de l'apport procède à une augmentation de capital au profit de la société mère pour rémunérer la branche d'activité reçue. Celle-ci, tout en demeurant détentrice de la totalité du capital de la société bénéficiaire de l'apport, verra la valeur absolue dudit capital augmentée à due concurrence.

À l'issue de l'opération, la branche d'activité est transférée d'une société à l'autre société sœur. Corrélativement, la société mère demeure détentrice de 100 % du capital des deux sociétés sœurs. La valeur absolue des titres qu'elle détient sur les deux sociétés sœurs demeure inchangée.

II- Déconnexion entre les régimes juridique et fiscal applicables à certains apports

896. La nécessité d'un régime fiscal de faveur cohérent avec le régime juridique des scissions est devenue une nécessité impérieuse pour favoriser l'engouement des sociétés de capitaux pour

²⁰⁹⁵ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, « Les conditions de la soumission de l'apport partiel d'actif au régime juridique des scissions », *Bull. Joly soc.*, n°07 et 08, p. 55, 2022, n° 17.

²⁰⁹⁶ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 70.

²⁰⁹⁷ C. com. art. R. 236-19, II, 2° ; L'apport partiel d'actif simplifié est fait à la valeur comptable.

une restructuration réussie. La déconnexion entre ces deux régimes applicables à certains apports constitue un frein à la réalisation de cette figure d'apport. Cette dissociation se manifeste particulièrement dans le cadre de deux contextes spécifiques : l'apport des titres de participation (1) et l'apport d'un ou plusieurs actifs isolés (2).

1) L'apport des titres de participation

897. L'apport des titres de participation est éligible, de plein droit, au régime fiscal de faveur (a). Toutefois, son éligibilité au régime des scissions semble contestée, notamment par le droit des sociétés qui n'admet pas ce type d'apport (b).

a) Éligibilité de l'apport des titres de participation au régime fiscal de faveur

898. Le droit fiscal assimile l'apport de titres de participation conférant ou renforçant le contrôle à une branche complète et autonome d'activité, bénéficiant ainsi du régime fiscal de faveur de l'apport partiel d'actifs²⁰⁹⁸.

Cette assimilation concerne les apports permettant à la société bénéficiaire de détenir directement plus de 30 % des droits de vote, à condition qu'aucun associé ne détienne une fraction supérieure. Elle s'applique également aux apports effectués au profit de sociétés détenant déjà 30 % de ces droits, si l'apport permet à la bénéficiaire d'acquérir la fraction la plus élevée des droits de vote dans la société²⁰⁹⁹. De plus, les apports de titres de participation portant sur plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés sont également assimilés à une branche d'activité²¹⁰⁰.

Cependant, dans certaines situations, la société apporteuse pourrait détenir, préalablement à cet apport, d'autres titres de capital. Dans ce cas, tout apport visant à renforcer cette détention est assimilé à une branche complète d'activité, sous réserve que la soulte éventuellement perçue en numéraire n'excède pas 10 % de la valeur des titres attribués ni la plus-value réalisée.

899. Les conditions exigées par le droit fiscal soulèvent des interrogations concernant les modalités de détention de ces participations. Les titres de capital détenus par l'intermédiaire d'autres personnes sont-ils pris en compte ? *Quid* des titres démembrés ?

900. L'article 210 B du Code général des impôts assimile à l'apport d'une branche complète d'activité l'apport de titres de participation majoritaire, qui confèrent à la société bénéficiaire

²⁰⁹⁸ CGI, art. 210 B.

²⁰⁹⁹ CGI, art. 210 B.

²¹⁰⁰ CGI, art. 210 B- 1- al. 3.

la qualité d'associé prépondérant²¹⁰¹. Dans ce sens, deux arrêts de la Haute juridiction administrative²¹⁰² considèrent que le régime mère-fille ne peut s'appliquer que si les droits sociaux apportés confèrent à la société bénéficiaire la qualité d'associé. L'apport des droits sociaux par le nu-propriétaire est alors éligible au régime fiscal de faveur²¹⁰³.

Il convient d'apporter une précision quant à la détention directe ou indirecte des participations.

901. À notre sens, en l'absence de restriction légale, la détention des titres de participation peut être directe ou indirecte. Celle-ci peut valablement être effectuée par l'intermédiaire des personnes non passibles à l'impôt sur les sociétés tel que l'on peut déduire d'un ouvrage, « *le régime fiscal de la société dont les titres sont apportés est indifférent. L'apport de titres de sociétés de personnes ou de sociétés étrangères non imposables à l'impôt sur les sociétés en France peut ainsi être assimilé à l'apport d'une branche complète d'activité si les conditions pour cette assimilation sont remplies* »²¹⁰⁴. Toutefois, la dérogation concernant la détention de 30 % des droits de vote doit s'appliquer à une détention directe²¹⁰⁵.

b) Apport des titres de participation, éligibilité au régime des scissions incertain

902. La prise de contrôle d'une société de capitaux confère à la société acquéreuse le pouvoir de contrôler la direction et l'exploitation de la société dont les titres sont acquis.

Détenir le contrôle d'une société de capitaux signifie posséder une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote lors des assemblées. Cela peut également se traduire par le fait pour l'associé de disposer du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société²¹⁰⁶.

Au sens du Code de commerce, une société est considérée comme contrôlant une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits

²¹⁰¹ Documentation pratique fiscale - Série IS, éd. F. Lefebvre, Division VI Fusions de sociétés 05 juin 2024, n° 44400.

²¹⁰² CE, 20 févr. 2012, n° 321224 ; CE, 23 mars 2012, n° 335860.

²¹⁰³ P. Viault, « L'application du régime des sociétés mères en présence de titres démembrés », *Les Nouvelles fiscales* n° 1094, 15 juill. 2012, p. 17-19.

²¹⁰⁴ Documentation pratique fiscale - Série IS, éd. F. Lefebvre, Division VI Fusions de sociétés, scissions de sociétés et apports partiels d'actif, Division VI Fusions de sociétés, 05 juin 2024, n° 44200.

²¹⁰⁵ L'article 210 B du CGI exige que les apports qui confèrent à la société bénéficiaire la détention directe de plus de 30 % des droits de vote si aucun associé ne détient une fraction supérieure ainsi que ceux effectués au profit de sociétés détenant déjà 30 % de ces droits de vote si le bénéficiaire acquiert de ce fait la fraction des droits de vote la plus élevée dans la société.

²¹⁰⁶ C. com. art. L. 233- 3, I, 4°.

de vote lors des assemblées générales. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 %, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne.

La jurisprudence considère que la détention du contrôle est caractérisée par la possibilité de prendre des décisions lors des assemblées d'associés ou de révoquer les dirigeants, indépendamment de la détention de plus de 50 % du capital²¹⁰⁷.

Au regard des dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce, peut-on considérer que les titres de participation conférant ou renforçant le contrôle de la société émettrice constituent une universalité des biens éligible au régime juridique des scissions ?

903. Le Professeur Paillusseau considère que la cession d'actions de contrôle entraîne le plus souvent un bouleversement dans la structure économique de la société, impliquant des changements au niveau des équipes dirigeantes, des restructurations des services et organismes, *etc.* Cela donne l'impression que le changement des pouvoirs équivaut à une cession d'entreprise ou de fonds de commerce²¹⁰⁸.

Pour se prévaloir du régime juridique des scissions, les titres de participations doivent satisfaire à la condition d'universalité des biens exerçant une activité économique quasi autonome.

Il semble que le droit des sociétés ne reconnaisse pas la qualification de la branche d'activité ou du moins l'universalité des biens au titres de participations donnant le contrôle d'une autre société.

Le droit des sociétés semble déconnecté de la législation fiscale, puisqu'il n'admet pas l'apport de titres de participations, même ceux donnant le contrôle, au régime juridique des scissions.

À notre sens, les titres de participation constituent un actif isolé dont l'apport devrait satisfaire aux conditions d'éligibilité au régime des scission que nous examinons à travers la section suivante.

²¹⁰⁷ CA Versailles, ch. 1, 17 sept. 1998, n° 98/00000872, *Bull. Joly soc.*, 1998, p. 1266, note P. Étain ; CA Paris, 2e ch., sect. B, 30 juin 1995, n° 93/024540, *JCP E* 1996, I, n° 541, n° 6, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. Selon cet arrêt, la cession de la moitié des parts et le changement de gérant suffisent à constituer un changement de contrôle.

²¹⁰⁸ J. Paillusseau, « La cession de contrôle », *JCP* 1986, I, n° 3324 ; B. Oppetit, « Les cessions de droit sociaux emportant le transfert de contrôle d'une société », *Rev. des sociétés*, 1978, p. 631.

2) Apport d'actif isolé, distorsion entre régimes juridique et fiscal

904. L'apport d'un ou plusieurs actifs isolés soulève des questions complexes, notamment en ce qui concerne les conditions d'éligibilité au régime juridique des scissions (**a**). L'application du régime fiscal de faveur à ce type d'apport n'est pas admise par l'administration fiscale (**b**).

a) Apport d'actifs isolés, éligibilité au régime des scissions conditionnée

905. Indépendamment du régime fiscal de faveur dont il est autonome²¹⁰⁹, le droit des sociétés, notamment l'article L. 236-27 du Code de commerce, prévoit, depuis l'ordonnance n° 2023-393, que l'apport partiel peut porter sur « *une partie de l'actif et, le cas échéant, une partie du passif* » de la société apporteuse.

906. Bien que cet apport puisse être soumis au régime de droit commun, une incertitude persiste toutefois quant à son éligibilité au régime juridique des scissions. Se pose alors la question de savoir si, pour être éligible à ce régime, la partie de l'actif à apporter peut porter sur un ou plusieurs éléments isolés ou doit nécessairement englober une universalité des biens.

Une divergence doctrinale s'établit alors sur cet aspect. En effet, une partie de la doctrine considère qu'il suffit qu'un apport isolé soit placé sous le régime des scissions pour entraîner une transmission universelle de patrimoine. Un auteur estime que « *dès l'instant qu'un apport a été placé sous ce régime, il entraînerait – certes – une transmission universelle de patrimoine “pour la branche d'activité apportée”* »²¹¹⁰.

Cette partie de la doctrine considère que tout apport d'actif, isolé ou constitué d'un ensemble de biens, une fois soumis à ce régime, entraînerait une transmission universelle de tous les biens, droits et obligations attachées à l'actif ou aux actifs apportés. L'interconnexion entre les éléments d'actifs apportés n'est pas exigée. Peu importe que ces biens forment, ou non, une « *branche d'activité* »²¹¹¹.

Il nous semble que cette approche très minimaliste ne prend pas en compte d'autres facteurs qui pourraient changer la donne.

²¹⁰⁹ ANSA, Comité juridique, avis n° 14-055 du 3 sept. 2014, note de bas de p. 7 ; A. Couret, La lettre des fusions-acquisitions et du private equity, Option fin. 24 oct. 2011, suppl. ; H. Hovasse, Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions et étendue de l'actif soumis, *Dr. sociétés* 2008, comm. 256 ; J.-J. Daigre, « Restructuration des sociétés, apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ? », *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, 1993, n° 9, p. 3.

²¹¹⁰ J.-J. Daigre, « L'apport-scission doit-il juridiquement porter sur une branche d'activité ? », *JCP E* 2003, II 281.

²¹¹¹ H. Hovasse, « Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions et étendue de l'actif soumis », *Dr. sociétés* 2008, comm. 256 ; Lamy Sociétés Commerciales, 2024, n° 2261.

Un autre courant doctrinal, ayant une approche jugée maximaliste, s'accroche à la condition imposée par l'administration fiscale selon laquelle l'apport partiel d'actifs ne peut être soumis au régime des scissions que s'il porte sur « *une branche complète et autonome d'activité* »²¹¹².

Cette condition, bien qu'excessive, n'est pas exigée par le droit de société et n'est pratiquement jamais employée par la jurisprudence. Certains auteurs se rallient partiellement à cette opinion tout en limitant toutefois la condition d'éligibilité au régime des scissions à la simple exigence d'une « *branche d'activité* » plutôt qu'une « *branche complète et autonome d'activité* »²¹¹³.

Cette approche est contestée par une autre partie de la doctrine. En effet, un auteur affirme qu'« *aucun arrêt qui, depuis l'arrêt « fondateur » du 16 février 1988*²¹¹⁴, *soit venu dire qu'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions n'aurait pas entraîné une transmission « universelle » de patrimoine au motif que l'apport n'aurait porté sur aucune « branche d'activité »* »²¹¹⁵.

907. La Haute juridiction a tranché le débat par un attendu d'arrêt qui énonce : « *qu'ayant constaté que l'opération d'apport partiel d'actifs, conclue entre la société International Bankers et la BAFIP, avait été placée sous le régime des scissions et qu'elle portait sur une universalité de biens et que les formalités légales de publicité avaient été effectuées, c'est à bon droit que la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiques par les deux dernières branches du moyen, a dit que les dispositions de l'article 1690 du Code civil [qui subordonnaient l'opposabilité d'une cession de créances intervenue à titre particulier à l'accomplissement de certaines formalités] n'étaient pas applicables* »²¹¹⁶.

Pour être éligible au régime juridique des scissions, la Haute juridiction emploie la condition d'« *universalité de biens* ».

La lecture combinée des articles L. 236-27 et L. 236-3 du Code de commerce permet de corroborer la portée de cette jurisprudence. En effet, les dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce offrent la possibilité de soumettre d'un commun accord entre la société

²¹¹² M.-L. Coquelet, th. préc., p. 18.

²¹¹³ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83620 ; P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, 10 éd. 2023, Précis Domat, n° 1667.

²¹¹⁴ Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19645, *Bull. civ.* IV, n° 69.

²¹¹⁵ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, *op. cit.*, n° 9.

²¹¹⁶ Cass. 2e civ., 12 juill. 2001, n° 98-10444, *JurisData* n° 2001-010673 ; note J.-J. Daigre, *Bull. civ.* II, n° 137.

apporteuse et celle bénéficiaire « *d'une partie de son actif* » aux dispositions de l'article L. 236-3 du Code de commerce, lequel pose la règle de la transmission universelle de patrimoine.

Peut-on alors considérer qu'un actif isolé est constitutif d'une universalité des biens ? Au sens du droit de sociétés, la réponse nous paraît positive sous réserve de satisfaire à certaines conditions.

908. Les Professeurs Le Nabasque , Soilleux et Duguay refusent cette qualification et considèrent qu'« *à supposer que l'existence d'une « universalité » soit bien la condition d'une « transmission universelle de patrimoine », il est assez probable qu'un tel apport (i) pourra être soumis au régime des scissions, mais (ii) n'entraînera aucune transmission de patrimoine à titre universel, car l'universalité suppose a minima qu'une pluralité de biens, unis par leur commune affectation (l'exploitation d'une seule et même activité), ait été apportée à la société bénéficiaire de l'apport* »²¹¹⁷. L'opinion de ces auteurs est discutable à plusieurs égards.

909. La norme IAS 36 fait référence à l'Unité Génératrice de Trésoreries définie comme « *le plus petit groupe identifiable d'actifs qui génère des entrées de trésorerie largement indépendantes des entrées de trésorerie générées par d'autres actifs ou groupes d'actifs* »²¹¹⁸.

La norme exige, en vertu du paragraphe 70, « *un marché actif pour le produit* » comme critère déterminant de l'UGT et, en vertu du paragraphe 75, un critère de cohérence de l'UGT avec les actifs et passifs liés. L'UGT est comparée à un centre de profit au sein d'un groupe²¹¹⁹.

Économiquement, un flux de trésorerie ne peut être généré que par une activité exercée par une entreprise. Loubet et Rapone considèrent à juste titre qu'« *en matière d'apport partiel d'actif, la notion d'entreprise joue un rôle important dans l'analyse* »²¹²⁰. L'entreprise est définie par la jurisprudence communautaire comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »²¹²¹.

Si l'apport d'une branche d'activité satisfait aisément au critère de l'entreprise, d'autres critères s'imposent pour assimiler l'apport d'un ou plusieurs actifs isolés à une universalité de biens susceptible d'être placée sous le régime des scissions. Ces critères ont été apportés par une

²¹¹⁷ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, *op. cit.* n° 14-4.

²¹¹⁸ IAS 36 § 68.

²¹¹⁹ www.forvismazars.com/fr/fr/services/financial-advisory/glossaire-definition, consulté le 26 juill. 2023.

²¹²⁰ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 12.

²¹²¹ Aut. Conc. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, n° 22, citant la décision de la CJCE, 23 avr. 1991.

communication de la CE pour apprécier les opérations de concentration entre entreprises en vertu du règlement 139/2004 qui considère que l'apport des marques ou brevets « *représente une activité se traduisant par une présence sur le marché et à laquelle peut être rattaché sans ambiguïté aucune un chiffre d'affaires* »²¹²².

910. Dans le contexte du droit de la concurrence, deux conditions sont alors posées par la Cour pour considérer qu'un actif isolé représente une activité susceptible d'être placée sous le régime juridique des scissions : une présence sur le marché et la génération d'un chiffre d'affaires. Cette doctrine s'aligne avec les deux conditions exigées par la norme IAS 36, auxquelles celle-ci ajoute une condition supplémentaire exigeant que le chiffre d'affaires réalisé par l'actif isolé soit quasi autonome.

Il en découle qu'un actif (ou plusieurs actifs) isolé peut être considéré comme une activité dès lors qu'il génère des entrées de trésorerie largement indépendantes de celles générées par d'autres actifs ou groupes d'actifs. Cela exclut les actifs juxtaposés sans lien de connexité.

À notre sens, générer un flux de trésorerie quasi-autonome signifie que l'actif isolé (ou plusieurs actifs) dispose d'une clientèle propre qui génère un chiffre d'affaires, supporte des charges et dispose éventuellement de personnel affecté. Selon nous, un tel actif (ou plusieurs actifs) isolé peut constituer une universalité de patrimoine éligible au régime juridique des scissions.

À titre d'exemple, un immeuble donné en location et qui génère des revenus fonciers constitue une unité génératrice de trésorerie et, par voie de conséquence, une universalité de biens éligible au régime juridique des scissions. Il en va de même pour un brevet donné en concession ou une marque donnée en franchise, dès lors qu'ils génèrent un flux de trésorerie quasi-autonome²¹²³.

A contrario, un brevet apporté à une autre société, destiné à la production exclusive d'un produit ou une marque de distribution ou de fabrique, ne pourrait, à notre sens, être éligible au régime des scissions puisqu'il ne génère pas de flux de trésorerie quasi-autonome.

De cette analyse, on peut déduire que l'option pour le régime des scissions de l'apport d'un actif isolé est conditionnée par la présence d'une activité qui lui est propre se traduisant par une

²¹²² Comm. CE, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01), consid. 24 (JOUE n°C 95, 16 avr. 2008, p. 1). La commission estime que si les seuils nationaux et/ou communautaires venaient à être franchis par le chiffre d'affaires généré par ces éléments, l'opération devrait être notifiée afin de pouvoir être réalisée.

²¹²³ Comm. CE, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01), consid. 24 (JOUE n°C 95, 16 avr. 2008, p. 1).

présence sur un marché et qui a pour corollaire la génération d'un chiffre d'affaires quasi-autonome.

L'apport de deux ou plusieurs actifs isolés sans lien de connexité et répondant aux conditions ci-dessus est considéré, à notre sens, comme apport de deux activités distinctes.

Dès lors que l'actif isolé est soumis au régime juridique de scission, est-il éligible au régime fiscal de faveur ?

b) L'application du régime fiscal de faveur à l'apport d'un ou plusieurs actifs isolés

911. La déconnexion entre les conditions d'applicabilité du régime juridique des scissions au de celles exigées pour le régime fiscal de faveur suscite une incertitude quant à l'apport d'un actif isolé.

En effet, l'apport partiel d'actifs éligible au régime fiscal de faveur doit porter sur un ensemble d'éléments actifs et passifs liés à la branche complète et autonome d'activité apportée ou sur des éléments assimilés. Notion affirmée par l'administration fiscale qui précise que « *pour bénéficier de plein droit du régime spécial, l'apport partiel doit porter sur l'ensemble des éléments qui forment soit une, soit plusieurs branches complètes et autonomes d'activité (CGI ann. II art. 301 E). Cette notion s'oppose donc à celle d'apport d'éléments isolés* »²¹²⁴.

En effet, l'administration fiscale considère que la condition de la branche d'activité autonome est déterminante pour l'éligibilité au régime fiscal de faveur. Or, généralement, les biens isolés ne sont jamais exploités en toute autonomie par les sociétés de capitaux²¹²⁵.

Au sens du droit fiscal, un actif isolé, même satisfaisant les conditions d'option pour le régime juridique des scissions, ne peut être qualifié de branche complète et autonome d'activité.

À défaut de satisfaire aux exigences de la branche complète et autonome d'activité, la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur l'inéligibilité de l'apport d'actif isolé au régime fiscal de faveur, sauf sur agrément.

²¹²⁴ Documentation pratique fiscale, Enregistrement - Division VI Droits sur les sociétés, F. Lefebvre, n° 21510.

²¹²⁵ L'éligibilité au régime juridique des scissions suppose que l'actif isolé génère un chiffre d'affaires quasi-autonome, contrairement à la condition d'exploitation autonome exigée par le droit fiscal.

CHAPITRE 2 - LA RÉALISATION DE L'OPÉRATION D'APPORT PARTIEL D'ACTIFS

912. La réalisation d'une opération d'apport partiel d'actifs constitue une étape cruciale dans la vie d'une société, souvent motivée par des stratégies de croissance ou de restructuration. Ce processus implique le transfert de certains actifs d'une société à une autre.

L'importance du traité d'apport partiel d'actifs réside précisément dans sa fonction de cadre juridique, contractuel et institutionnel, qui définit le contour et la portée stratégique de l'opération d'apport (**Section 1**).

Le régime juridique des scissions restreint considérablement l'intervention des associés, dans la prise de décision, lors d'une opération d'apport partiel d'actifs, nonobstant l'atteinte à leurs droits politiques et financiers. Cette restriction est relativisée par les contrôles légaux, notamment du commissaire à la scission et du commissaire aux comptes (**Section 2**).

Section 1 - L'importance du traité d'apport partiel d'actifs

913. Le traité d'apport partiel d'actifs est un contrat conclu entre la société apporteuse et la société bénéficiaire dont le contenu est strictement encadré par le législateur (**I**). Toutefois, ce traité d'apport dispose d'une force obligatoire dont l'effet peut être différé d'un commun accord entre les parties (**II**).

I- Le traité d'apport, un contenu strictement encadré par le législateur

914. Le traité d'apport partiel d'actifs est un contrat particulier, produisant des effets non seulement entre les parties contractantes, mais également à l'égard des partenaires sociaux (**1**). Par ailleurs, contrairement à d'autres décisions relevant des attributions des associés, l'approbation de ce type d'opération échappe, dans certaines situations, à leurs prérogatives (**2**).

1) Le traité d'apport, un support pour figer le contour de l'opération

915. Le traité d'apport partiel d'actifs se caractérise comme étant un support visant à figer la qualification juridique de l'opération (**a**). Celle-ci influence le contenu du traité d'apport partiel d'actifs dont certaines mentions revêtent un caractère obligatoire, alors que d'autres sont destinées à figer l'intention des parties au regard de la spécificité de l'opération d'apport (**b**).

a) Le traité d'apport et la qualification juridique de l'opération

916. Le traité d'apport partiel d'actifs entre sociétés de capitaux constitue un contrat d'une importance particulière. Il détermine la nature et la portée de l'opération convenue entre les parties, qui peuvent emprunter le régime de droit commun²¹²⁶ ou, en cas d'option par les parties, le régime juridique des scissions²¹²⁷.

En l'absence d'option pour le régime des scissions, l'opération d'apport partiel d'actifs est alors régie par le droit commun gouvernant la libération du capital par apport en nature²¹²⁸. Les règles appliquées à la constitution de sociétés nouvelles ou suite à l'augmentation de capital pour les sociétés préexistantes sont intégralement applicables.

917. Sur le plan juridique, l'apport partiel d'actifs soumis au régime de droit commun constitue une transmission à titre particulier des éléments d'actif faisant l'objet de l'apport. Seuls les éléments d'actifs et/ou de passif énumérés sur le traité d'apport sont transmis à la société bénéficiaire de l'apport²¹²⁹. La transmission de plein droit est inopérante. Il est alors indispensable d'énumérer clairement, dans le traité d'apport, chacun des éléments d'actifs, et éventuellement de passif, droit et obligations dont le transfert est envisagé.

Il s'ensuit que les éléments constitutifs de la branche d'activité sont transmis conformément au régime juridique de chacun des biens apportés et selon les modalités de l'apport en nature propre à chaque forme juridique des sociétés participantes. L'analyse exposée à la première partie de cette thèse est intégralement applicable.

918. L'article L.236-27, alinéa 1^{er}, du Code de commerce permet aux sociétés participant à l'opération d'apport de placer, d'un commun accord, l'opération sous le régime juridique des scissions. Eu égard aux termes de la rédaction de ce texte, aucune distinction ne semble être faite selon que la société bénéficiaire de l'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions est une société préexistante ou une société spécialement créée à cet effet.

L'option pour le régime juridique des scissions change radicalement les règles et formalismes applicables à l'opération. D'un simple apport en nature à titre particulier, l'apport devient à titre

²¹²⁶ Voir, Partie I - Titre 1 - Chapitre 2, *supra*.

²¹²⁷ C. com. art. L.236-27 al. 1.

²¹²⁸ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 16.

²¹²⁹ Cass. com., 18 mai 2005, n° 69-14054, *Dr. sociétés*, n° 170, obs. H. Lécuyer ; M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 76.

universel de la partie du patrimoine social attachée à la branche d'activité transmise²¹³⁰. Par conséquent, la réalisation de l'opération obéit en grande partie au régime juridique des scissions. Toutefois, il ne s'agit pas d'une véritable scission, car l'apport partiel d'actifs ne conduit pas à la disparition de la société apporteuse²¹³¹.

Le sort des créances, dettes, droits et obligations dépend de la qualification juridique de l'opération. La transmission, par exemple d'une action en justice ou d'une créance, ne peut se déduire de l'énumération qui figure dans le traité d'apports, mais du régime juridique auquel l'opération est soumise.

919. Bien que les termes de l'article L. 236-27 du Code de commerce n'imposent aux parties à l'opération aucune forme particulière pour l'exercice de l'option pour le régime des scissions, la sécurité juridique de l'opération suppose que celle-ci soit explicitement mentionnée sur le traité d'apport tel qu'il est préconisé par Loubet et Rapone : *« bien qu'aucun texte ne l'impose expressément, la prudence et l'usage recommandent d'indiquer explicitement dans le projet de traité d'apport que les parties exercent l'option pour le régime des scissions »*²¹³².

Cette mention permet de lever toute équivoque quant à l'effet légal de la transmission universelle attachée à cet apport. Cette finalité a été clairement exprimée par un auteur qui précise que *« le régime juridique de l'apport partiel d'actif dépend de la volonté des sociétés participant à l'opération. Consignée dans le traité d'apport, elle s'exprime sur deux points cruciaux : d'une part, la faculté de soumettre l'apport partiel d'actif au régime de la scission qui emporte alors la transmission de tous les biens, droits et obligations attachés à la branche d'activité à la société bénéficiaire ; d'autre part, l'exclusion de certains biens, droits et obligations du transfert universel, la société apporteuse préférant en demeurer titulaire »*²¹³³.

Cependant, un autre arrêt de la Cour de cassation sème une incertitude sur l'obligation de mentionner les exclusions sur le traité, en considérant que *« d'aucuns objecteront que le traité n'est pas un acte solennel et que les parties doivent pouvoir exprimer leur volonté dans un acte séparé si bon leur semble »*²¹³⁴. Des termes de cet arrêt, on peut déduire que les exclusions peuvent être mentionnées dans un acte séparé sans remettre en cause le régime juridique des

²¹³⁰ Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19.645, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; Cass. 2e civ., 12 juill. 2001, n° 98-10.444, *Bull. civ. II*, n° 137 ; *JCP E* 2003. 327, note J.-J. Daigre.

²¹³¹ J.-M. Moulin, « Fusion, scission et apport partiel d'actif », *Rev. soc.*, mars 2024, n° 317.

²¹³² E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 127.

²¹³³ V. Thomas, note sous, Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23.895, *Rev. soc.*, 2014, p.27.

²¹³⁴ *Ibid.*

scissions. Comment peut-on alors protéger les droits des tiers mentionnés sur un acte séparé au traité d'apport ? Il nous semble que l'acte séparé doit être annexé au traité d'apport et faire l'objet de publicités légales, pour permettre aux créanciers d'exercer leurs droits d'opposition.

920. La question se pose alors de savoir si, en l'absence de la mention explicite de l'option, la transmission d'une branche d'activité fait présumer la volonté des parties de soumettre l'opération au régime des scissions. La Haute juridiction n'est pas de cet avis. En l'absence d'option explicite dans le traité d'apport, et si la formulation de celle-ci est ambiguë, il appartient au juge de rechercher, même d'office, si le traité d'apport a été placé sous le régime des scissions²¹³⁵.

Par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, il a été jugé que l'option pour le régime des scissions peut être présumée du seul choix de la procédure prévue par les articles L. 236-18 à L. 236-26 du Code de commerce²¹³⁶. En outre, les juges du fond peuvent procéder à la qualification du régime de l'apport partiel d'actifs en utilisant des éléments extérieurs au traité d'apport²¹³⁷. Ce mode de preuve est admissible par le juge²¹³⁸.

La preuve de la volonté de chacune des parties à l'opération d'apport peut s'appuyer sur des documents extérieurs au traité d'apport, tels qu'un rapport de gestion ou une attestation de l'expert-comptable de la société apporteuse.

b) Le traité d'apport, un contenu obligatoire et un contenu optionnel

921. Le traité d'apport est un contrat encadré par le législateur, en vertu duquel les parties peuvent convenir des modalités de la réalisation de l'opération d'apport. Outre les mentions obligatoires, le traité d'apport peut prévoir d'autres insertions convenues consensuellement entre les parties pour figer leurs intentions.

²¹³⁵ Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-16.417, *Dr. sociétés*, 2010, comm. 2, note M.-L. Coquelet ; *JurisData* n° 2009-048378 ; *RJDA* 8-9/09 n° 747 ; *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 992, note Th. Urlacher ; *RTD com.* 2009, p. 573, note P. Le Cannu, B. Dondero ; Cass. 3e civ., 16 janv. 2008, n° 04-20.218, *Dr. sociétés*, 2008, comm. 92, note M.-L. Coquelet ; *RJDA* 8-9/08 n° 918.

²¹³⁶ CA Versailles 3 oct. 1996, n° 10163/93, *RJDA* 1/97 n° 60 ; Cass. com., 15 mars 1994, n° 91-20.334, *Bull. Joly*, 1994. 637, note M. Luby.

²¹³⁷ CA, Paris, 4e ch. sect. B, 13 mai 2005, n° 03/15 724, *Bull. Joly*, 2005. 1363, note J.-J. Daigre. (Dans cette affaire, deux traités d'apport sur trois faisaient référence au régime des scissions ce qui a permis d'étendre ce régime au troisième qui était muet).

²¹³⁸ Cass. com., 3 avr. 2007, n° 06-10.481, *RJDA* 2007, n° 734 ; Cass. 3e civ., 16 janv. 2008, n° 04-20.218, préc. n° 235, *Dr. sociétés*, 2008, n° 92, obs. M.-L. Coquelet.

À l'instar des opérations de fusion et de scission, le traité d'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions doit contenir au moins les indications prévues par les articles R. 236-1, alinéa 2, R. 236-17 et R. 236-19 du Code de commerce.

De surcroît, chaque opération d'apport partiel d'actifs est marquée par ses spécificités, qui doivent être explicitement mentionnées dans le traité pour encadrer l'intention des parties. Il s'agit notamment de l'identification des biens composant la branche d'activité transférée sous forme de masses chiffrées, servant de base à la valorisation de l'apport. Il s'ensuit que la société apporteuse doit garantir à la société bénéficiaire l'existence des éléments d'actifs apportés ou de leurs équivalents à la date de prise d'effet de l'opération²¹³⁹.

922. En cas de « scission partielle », le projet de traité d'apport doit également mentionner les modalités de répartition des parts ou actions attribuées directement aux associés ou actionnaires de la société apporteuse²¹⁴⁰. Par ailleurs, si cette attribution est réalisée soit par réduction de capital, soit par imputation sur l'un des éléments des capitaux propres²¹⁴¹ de la société apporteuse, les modalités comptables de cette opération doivent être explicitement mentionnées dans le traité²¹⁴².

923. Si la branche d'activité apportée comprend un fichier client numérique entraînant le transfert de leurs données à caractère personnel²¹⁴³ à la société bénéficiaire de cet apport, le contrat d'apport doit mentionner les clauses types prévues par la CNIL²¹⁴⁴. Ces clauses fixent notamment la responsabilité des parties en cas de dommage subi par une personne concernée par ces données personnelles²¹⁴⁵.

924. Le bénéfice de l'opération d'apport partiel d'actifs au régime fiscal de faveur impose également aux parties de mentionner dans le projet de traité d'apports les engagements requis pour pouvoir bénéficier de ce régime²¹⁴⁶.

²¹³⁹ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83903.

²¹⁴⁰ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83626.

²¹⁴¹ L'imputation peut être appliquée sur toutes les composantes des capitaux propres sauf les réserves légales.

²¹⁴² C. com. art. R236-19.

²¹⁴³ Le transfert des données à caractère personnel hors du territoire de l'Union européenne est interdit à moins que le pays ou le destinataire n'assure un niveau de protection suffisant (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 68, 69 ; D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005).

²¹⁴⁴ S. Castagné, *op. cit.* § 66 et s.

²¹⁴⁵ Règ. (UE) 2016/679, articles 5, 12, 14 et 21.

²¹⁴⁶ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 84 412 s.

925. L'une des particularités de l'apport partiel d'actifs placé sous le régime des scissions réside dans la possibilité d'exclure certains éléments d'actifs, de passifs, droits ou obligations de l'universalité de la branche apportée²¹⁴⁷.

Ces exclusions doivent être expressément prévues par les parties à l'opération, soit dans le traité d'apport, soit par un acte séparé, mais annexé, à notre avis, au traité d'apport.

À cet égard, un auteur estime que « *le sort de la créance litigieuse dépendant de la qualification de l'opération, sa transmission ne peut se déduire de l'énumération des créances qui figurent dans le traité : les conséquences de cette liste diffèrent selon que l'apport partiel d'actifs s'analyse en un apport en nature ou en un mode de transfert universel de patrimoine. Dans le premier cas, l'omission de la créance signifie qu'elle n'a pas été apportée en nature [...]. Dans l'hypothèse où le régime des scissions s'applique, la créance est transmise avec la branche d'activité de plein droit puisqu'elle y est attachée* »²¹⁴⁸.

926. Les parties à l'opération d'apport doivent alors accorder une attention particulière pour figer explicitement les éléments exclus de la transmission. Le traité d'apport doit être minutieusement rédigé afin de lever toute équivoque quant à son contenu et à l'objet même de l'opération.

Par ailleurs, la prudence exige des parties d'envisager expressément, dans le traité d'apport, le sort des droits et obligations attachés aux éléments bilanciers apportés. Certains de ces droits et obligations, lorsqu'ils sont connus, devraient être en principe mentionnés parmi les engagements hors bilan.

À ce titre, la Cour de cassation a jugé que « *sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie* »²¹⁴⁹. Par cet arrêt, la Cour souligne l'importance et l'intérêt de la mention explicite du transfert d'une garantie autonome en cas de scission.

927. Les parties à l'opération pourraient aussi prévoir des clauses de garantie de passif et/ou de l'actif. Ils peuvent, par exemple, convenir que si la valeur retenue de l'universalité des biens apportée se déprécie entre la date de l'arrêté des comptes servant de base pour l'évaluation et

²¹⁴⁷ Cass. com., 21 févr. 1995, *RJDA* 6/95 n° 718.

²¹⁴⁸ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23.895, *Rev. soc.*, 2014 p.27, note V. Thomas n° 6.

²¹⁴⁹ Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, *JurisData* n° 2017-001404 ; *Dr. sociétés* 2017, comm. 63 , note C. Coupet ; *Bull. Joly soc.*, 2017, p. 234, note B. Dondero ; *RDC* 2017, p. 253, note R. Libchaber ; *JCP G* 2017, 310, note P. Simler ; *JCP E* 2017, 1424, comm. J.-M. Moulin.

la date de réalisation, la société apporteuse devra verser à la société bénéficiaire un montant équivalent à l'écart constaté.

En revanche, si l'écart s'avère positif, il pourrait être prévu dans le traité d'apport que le complément constaté sera porté en prime d'apport²¹⁵⁰. En tout état de cause, nous recommandons l'insertion dans le traité d'apport d'une clause de garantie de la valeur relative de la parité d'échange, afin d'assurer l'équité de l'opération et l'égalité entre les associés.

Étant donné que l'exclusion de l'apport ne concerne que des passifs et actifs connus par les parties au moment de la signature du projet de traité d'apport, il est recommandé aux parties de prévoir une clause de garantie pour les imprévus susceptibles d'affecter la consistance de l'apport²¹⁵¹.

928. Le régime des scissions applicable aux opérations d'apport partiel d'actifs crée, de surcroît, une solidarité entre les sociétés intéressées, à hauteur des dettes effectivement transmises à la société bénéficiaire à l'occasion de l'apport²¹⁵².

Néanmoins, les sociétés participantes peuvent, par une mention expresse dans le traité d'apport, écarter, totalement ou partiellement, cette solidarité²¹⁵³.

2) Approbation de l'opération d'apport partiel d'actifs, une implication relative des associés

929. L'approbation de l'opération d'apport partiel d'actifs implique généralement une dynamique particulière quant à l'implication des associés des sociétés concernées. Du côté de la société apporteuse, l'implication des associés peut être relativement restreinte (**a**). En revanche, du côté de la société bénéficiaire de l'apport, l'intervention des associés est plus renforcée (**b**).

²¹⁵⁰ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83903.

²¹⁵¹ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23.895, *JurisData* n° 2013-002108 ; *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 575, note B. Dondero.

²¹⁵² Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.619, *Bull. civ. IV*, n° 248 ; *D.* 2007. 27, obs. A. Lienhard ; Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-12.273, *Bull. Joly*, 2011. 418, note P. Le Cannu ; *RJDA* 2011, n° 425.

²¹⁵³ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 129 ; V. n° 848 supra pour plus de détails.

a) Implication retreinte des associés de la société apporteuse

930. Le projet de traité d'apport est un contrat en vertu duquel sont convenues les modalités de réalisation de l'opération d'apport partiel d'actifs. Ce contrat est arrêté et signé par les représentants légaux des sociétés participant à cette opération²¹⁵⁴.

931. Pour la société apporteuse, la forme et les personnes habilitées à approuver le projet du traité d'apport partiel d'actifs varient en fonction du régime juridique applicable.

Dès lors que l'opération est placée sous le régime juridique des scissions, celle-ci doit être approuvée par l'assemblée générale statuant dans les conditions de quorum et de majorité requises pour la modification statutaire²¹⁵⁵. Toutefois, il nous semble que le vote à l'unanimité des associés ou actionnaires est requis en présence d'une scission partielle asymétrique. L'attribution disproportionnée des parts ou actions de la société apporteuse, de la société bénéficiaire ou à la fois, de la société apporteuse et de la société bénéficiaire doit être explicitement acceptée par les associés ou actionnaires de la société apporteuse.

Exception faite des situations ci-dessus, l'intervention des associés n'est pas requise. Dans ce cas, l'opération relève de la compétence des organes de gestion, qui sont seuls habilités à arrêter et signer le traité d'apport partiel d'actifs, sauf si l'opération risque d'affecter, directement ou indirectement, la réalisation de l'objet social de la société apporteuse. Par exemple, cela pourrait être le cas si la branche d'activité à apporter est indispensable à la réalisation de l'objet social statutaire, ou si l'apport est susceptible d'entraîner la disparition intégrale d'une partie de l'activité de la société figurant dans l'objet social. Dans ce cas particulier, une modification de l'objet social, dont la décision relève des prérogatives des associés, s'impose²¹⁵⁶.

Cette prérogative peut également être exercée par les dirigeants sociaux, lorsque l'opération d'apport relève du régime simplifié prévu par l'article L. 236-28 du Code de commerce.

932. Dans les deux situations, et en l'absence de dispositions statutaires contraires, l'approbation du projet de traité d'apport par l'assemblée générale des associés de la société

²¹⁵⁴ Le projet de traité est arrêté et signé, pour les SARL, par le gérant ; pour les SA, par le représentant légal de la société ou toute autre personne désignée par décision du conseil d'administration ; pour les SAS, il convient de se référer aux dispositions statutaires afin de déterminer l'organe compétent et l'éventuelle autorisation à recueillir par le président en vue de signer le traité d'apport.

²¹⁵⁵ C. com. art. L. 225 - 96 pour les SA ; C. com. art. L. 227 - 9 pour les SAS ; C. com. art. L. 223-30 pour les SARL.

²¹⁵⁶ Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548 ; *JCP E* 1993. II. 415, note A. Viandier ; *D.* 1993. 139, note Th. Bonneau ; *Rev. soc.*, 1993. 426, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés* mars 1993, n° 58, obs. H. Le Nabasque ; *Bull. Joly soc.*, 1993. 343, note P. Le Cannu.

apporteuse est donc exclue, tout comme celle des assemblées spéciales ou de l'assemblée extraordinaire des obligataires, dans le cas d'une société par actions²¹⁵⁷. Son approbation par les organes compétents de la société bénéficiaire lui confère alors une force obligatoire à l'égard des parties.

933. Force est de constater que, dans ces deux cas de figure, l'information et la protection des associés font totalement défaut. En effet, les associés de la société apporteuse n'ont aucun mot à dire ! Ils prennent souvent connaissance de l'opération uniquement lors de la tenue de l'assemblée générale ordinaire approuvant les comptes annuels de l'exercice en cours.

En effet, à travers ces exceptions légales, les dirigeants sociaux décident seuls d'arrêter les comptes intermédiaires servant de base à l'évaluation de l'actif net apporté, d'en déterminer la valeur, ainsi que de procéder à l'augmentation de capital. Ils mettent également en œuvre la réalisation de l'opération sans être soumis au contrôle du commissaire à la scission ou, le cas échéant, au commissaire aux apports. Réaliser une opération d'une telle envergure sans fournir aux associés ni un rapport sur l'intérêt et les objectifs stratégiques de l'opération ni un rapport d'un auditeur externe sur l'évaluation des apports nous paraît paradoxal. Ainsi, le législateur a privé les associés de leur droit à l'information et de leur pouvoir décisionnel.

Il est non seulement aberrant, mais également préoccupant, de confier aux dirigeants sociaux dont les titres sont détenus à 100 % par une autre société, ou lorsque ceux-ci décident de ne pas opter pour le régime juridique des scissions, les pouvoirs les plus étendus pour initier et effectuer une restructuration intégrale de la société. Ces dirigeants peuvent ainsi apporter une activité, voire la totalité des activités, à une société tierce, en n'ayant en contrepartie que des titres de capital de la société bénéficiaire. Cette exception risque d'avoir des conséquences néfastes sur les droits des associés.

934. À notre sens, et en vue de rétablir l'équilibre des pouvoirs, il est fortement préconisé d'imposer par un texte législatif qu'une décision de l'associé unique soit prise à la lumière des rapports précités, valant ainsi l'approbation du projet de traité d'apport. Plusieurs raisons justifient cette solution. D'abord, l'associé prend une décision dans un contexte global du groupe de sociétés et non à titre particulier, à l'instar du dirigeant. En effet, la société apporteuse peut faire partie d'un groupe consolidé²¹⁵⁸ ou avoir opté pour une intégration fiscale²¹⁵⁹. La

²¹⁵⁷ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 12.

²¹⁵⁸ ANC, règl. 2020-01.

²¹⁵⁹ CGI, art. 223 A et suivants qui régissent le régime de l'intégration fiscale, fixent les règles de calcul du résultat d'ensemble du groupe, mais restent silencieux sur les modalités de répartition, entre les différentes sociétés

réalisation d'une telle opération sans l'intervention de l'associé unique pourrait impacter la stratégie globale du groupe.

b) Implication renforcée des associés de la société bénéficiaire de l'apport

935. Contrairement aux procédures applicables au niveau de la société apporteuse, celles à suivre au niveau de la société bénéficiaire de l'apport sont plus contraignantes²¹⁶⁰. L'enjeu y est plus important, dans la mesure où de nouvelles actions ou parts sociales sont émises pour rémunérer l'apport. Une sous-évaluation ou une surévaluation de l'apport seraient alors susceptibles d'entraîner une dilution ou une relution du capital, en provoquant corrélativement un changement de majorité et en créant une éventuelle rupture d'égalité entre associés²¹⁶¹. Les droits des détenteurs des VMDAC peuvent aussi être dilués.

Le projet de traité d'apport partiel d'actifs est arrêté et signé par des personnes habilitées par les parties à l'opération d'apport. Les dirigeants sont simplement tenus à convoquer l'assemblée générale afin de soumettre les termes du traité à son approbation²¹⁶², et ce quel que soit le régime auquel est soumise l'opération, à l'exception toutefois de l'apport partiel d'actifs simplifié²¹⁶³.

Les associés doivent alors être informés préalablement à l'assemblée destinée à approuver l'opération d'apport partiel d'actifs, notamment par les rapports des dirigeants et, le cas échéant, du commissaire à la scission. De plus, ils doivent bénéficier d'un débat éclairé lors de l'assemblée, susceptible de précéder le vote.

Un auteur considère que l'assemblée générale « *est alors l'occasion d'une information plus complète des actionnaires sur les modalités et les conséquences de l'opération, tant pour la société que sur la participation des actionnaires* »²¹⁶⁴.

Les associés délibèrent sur l'opération d'apport partiel d'actifs en assemblée générale, dans les conditions de quorum et de majorité pour la modification des statuts²¹⁶⁵. Un auteur précise à

membres de ce groupe, de la charge d'impôt subie ou de l'économie d'impôt réalisée du fait de l'application du régime.

²¹⁶⁰ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 34.

²¹⁶¹ M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, t. 2, LGDJ, « Traités », 22e éd., 2017, n° 1975.

²¹⁶² ANSA, Comité juridique, avis n° 3006-4 du 07 oct. 1998, n° 30.

²¹⁶³ C. com. art. L. 236-28.

²¹⁶⁴ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 36.

²¹⁶⁵ C. com. art. L. 225 - 96 pour les SA ; C. com. art. L. 227 - 9 pour les SAS ; C. com. art. L. 223-30 pour les SARL.

juste titre que « l'opération d'apport partiel d'actif doit faire l'objet de deux résolutions distinctes, pour approuver la valeur de l'actif apporté d'une part, pour décider de l'augmentation de capital et en constater la réalisation d'autre part »²¹⁶⁶.

936. Lorsque la société apporteuse détient déjà une participation dans le capital de la société bénéficiaire, des difficultés peuvent surgir quant à sa participation au vote relatif à cet apport. Il convient alors de distinguer les règles applicables aux SARL de celles régissant les sociétés par actions.

937. Pour les SARL, qu'il s'agisse d'une opération d'apport effectuée lors de la constitution ou au cours de la vie sociale, aucune restriction légale n'empêche la société apporteuse de voter l'opération d'apport partiel d'actifs²¹⁶⁷, quel que soit le taux de participation dans le capital de la société bénéficiaire de l'apport.

938. Pour les sociétés par actions, il convient de distinguer l'opération d'apport partiel d'actifs lors de la constitution d'une nouvelle société de celle réalisée en cours de vie sociale.

Dans le cas de la constitution²¹⁶⁸, l'article L. 225-12 du Code de commerce écarte l'application de l'article L. 225-10 du même code. Ainsi, la société apporteuse peut voter l'opération d'apport partiel d'actifs à la nouvelle société bénéficiaire.

Cependant, en cours de vie sociale, les actions de la société apporteuse ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité et elles n'ont pas de voix délibérative²¹⁶⁹. La sanction attachée à cette règle est celle de la nullité de l'opération²¹⁷⁰.

II- Force obligatoire du traité d'apport partiel d'actifs

939. Le traité d'apport partiel d'actifs est caractérisé par sa force obligatoire dès sa signature par les personnes habilitées. Cependant, une flexibilité, quant à la date de prise d'effet, peut s'avérer utile dans certaines situations particulières (1), assurant ainsi sa pérennité (2).

1) La flexibilité de la date de prise d'effet du traité d'apport

940. Dans le cadre d'une opération d'apport partiel d'actifs, la période intercalaire qui s'étale depuis la signature du traité d'apport jusqu'à sa réalisation effective peut être à l'origine d'une

²¹⁶⁶ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 36.

²¹⁶⁷ C. com. art. L. 223-33 ; E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 42.

²¹⁶⁸ Il s'agit des sociétés ne faisant pas offre au public à l'épargne.

²¹⁶⁹ C. com. art. L. 225-147 renvoie expressément à l'article L. 225-10 du même Code.

²¹⁷⁰ C. com. art. L. 225 - 149 -3, al. 2.

modificative significative des droits des parties, qu'il convient d'appréhender (a). De même, la stipulation d'une clause suspensive représente une source d'incertitude supplémentaire (b).

a) La période intercalaire, un risque à appréhender

941. En principe, la date d'effet de l'opération d'apport partiel d'actifs correspond à la date de sa réalisation. Elle diffère selon que la société bénéficiaire est une société préexistante ou une ou plusieurs sociétés nouvelles²¹⁷¹. Dans le premier cas, l'opération prend effet à compter de la dernière des assemblées générales ayant approuvé l'opération d'apport. Dans le second cas, la date d'effet correspond à la date d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles²¹⁷².

C'est à partir de cette date que l'opération de restructuration produit tous ses effets à l'égard des sociétés participantes à l'opération d'apport. C'est également à cette date que la société apporteuse, ou les associés de celle-ci en cas de scission partielle, peuvent se prévaloir de la qualité d'associé de la société bénéficiaire de l'apport.

942. Cependant, la mise en œuvre d'une opération d'apport partiel d'actifs soumise au régime juridique des scissions implique l'accomplissement de formalités complexes, entraînant des délais relativement longs. À ce titre, les parties à l'opération d'apport peuvent, en vertu d'une clause insérée dans le projet de traité d'apport, prévoir le report des effets de celui-ci à une date antérieure à son approbation en cas de rétroactivité, ou à une date postérieure en cas d'effet différé²¹⁷³. À la différence de la clause suspensive, le traité d'apport produit ses effets dès son approbation.

Selon un auteur, l'application d'une clause de rétroactivité ou de différé²¹⁷⁴ doit être adaptée au mode de restructuration. La fixation de cette date n'est pas totalement libre et est encadrée par le législateur. Elle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires de l'apport ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés apporteuses²¹⁷⁵.

Toutefois, cet effet rétroactif présente une limitation dans le cas où une société n'a pas clos d'exercice comptable au cours de l'année précédant l'apport partiel d'actifs à une autre société.

²¹⁷¹ C. com. art. L. 236 - 4 - 1°.

²¹⁷² C. com. art. L236-4.

²¹⁷³ C. Cathiard, A. -S. Poirier, « Fusion transfrontalière », *Rev. soc.*, oct. 2013.

²¹⁷⁴ M. -A. Coudert, « Fiscal Fusions de sociétés », *J.-Cl. Fisc.*, NexisNexis, fasc. 5310, n° 21 à 23.

²¹⁷⁵ C. com. art. L. 236-4 al. 2°.

Dans ce contexte, l'effet rétroactif donné conventionnellement à l'opération d'apport ne peut remonter antérieurement au 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle l'opération est définitivement réalisée²¹⁷⁶.

Il convient de préciser que l'effet rétroactif ou différé ne peut être mis en œuvre pour une opération d'apport partiel d'actifs soumise au régime juridique des scissions que si la ou les sociétés bénéficiaires sont des sociétés préexistantes²¹⁷⁷.

943. Naturellement, pendant cette période, la branche d'activité apportée poursuit son exploitation normale, entraînant ainsi des modifications de son patrimoine au cours de cette période intercalaire. Des auteurs précisent, à juste titre, que dans le cadre d'une opération de scission, *« pendant cette période intercalaire, la société appelée à disparaître poursuit ses activités, la consistance de son actif²¹⁷⁸ et de son passif²¹⁷⁹ s'en trouve nécessairement modifiée de telle sorte que, au jour de la réalisation définitive de l'opération, la situation de la société n'est plus la même qu'au jour de l'arrêté du "bilan d'apport". La valeur des titres devant être émis par la société bénéficiaire des apports peut, elle aussi, évoluer et pas forcément dans le même sens. Il en résulte que l'évaluation des apports et le calcul des parités risquent d'être remis en cause au moment de la réalisation définitive de l'opération »*²¹⁸⁰.

Les opérations réalisées pendant la période intercalaire font l'objet d'un traitement particulier, qui diffère selon que ces opérations sont liées ou non à la branche d'activité apportée. Les créances et dettes engagées entre la société apporteuse et la société bénéficiaire de l'apport et relatives à l'activité apportée sont neutralisées.

En revanche, les autres opérations réalisées par la branche d'activité apportée ne sont pas neutralisées, et peuvent entraîner une perte ou un profit de rétroactivité qui devrait être repris par la société bénéficiaire de l'apport²¹⁸¹.

C'est d'ailleurs l'avis de la Professeur Coudert qui souligne qu'« *en cas d'apport partiel d'actif, les opérations réalisées pendant la période intercalaire entre la société apporteuse et la société*

²¹⁷⁶ C. E., 8es et 3es ch. réunies, 13 sept. 2021, n° 451564.

²¹⁷⁷ C. com. art. L 236-4, 2°, L 236-19 et L 236-27, al. 1; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83871.

²¹⁷⁸ En l'occurrence, les immobilisations, les créances, la trésorerie.

²¹⁷⁹ En l'occurrence, les dettes circulant, les dettes bancaires, les intérêts composés.

²¹⁸⁰ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83880.

²¹⁸¹ Mémento Fiscal, *op. cit.*, n° 39470 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83884.

bénéficiaire de l'apport qui ne relèvent pas de l'activité qui lui est apportée ne sont pas neutralisées pour la détermination des résultats imposables de ces sociétés »²¹⁸².

Les opérations non neutralisées peuvent générer un profit ou une perte de rétroactivité. Selon l'Autorité des normes comptables²¹⁸³, lorsque la valeur attribuée à la branche d'activité à la date d'effet de l'opération risque de devenir, du fait d'une perte intercalaire, supérieure à la valeur réelle de la société à la date de réalisation de l'opération, une provision pour perte de rétroactivité doit être constatée au passif pris en charge dans le traité d'apport, réduisant ainsi le montant des apports pour répondre à l'obligation de libération du capital²¹⁸⁴.

944. Il convient de noter que la clause de rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés parties à l'opération. Elle ne concerne pas les tiers, qui ne peuvent pas s'en prévaloir et qui doivent se référer à la date de réalisation définitive de l'opération, date à laquelle s'opère la transmission universelle du patrimoine²¹⁸⁵.

Fiscalement, l'effet rétroactif est pris en compte dans la limite du jour d'ouverture de l'exercice au cours duquel la société nouvelle a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés. Ainsi, la convention rétroactive demeure sans incidence sur le bilan de clôture du ou des exercices précédents de la société apporteuse²¹⁸⁶.

b) L'apport partiel d'actifs et la condition suspensive

945. L'apport partiel d'actifs est une opération de restructuration complexe, longue et coûteuse. Sa réalisation suppose l'accomplissement de plusieurs formalités, l'obtention d'autorisations administratives, ainsi que l'observation d'une ou plusieurs procédures de notification, voire de consentement d'un ou plusieurs contractants. Le non-respect de certaines obligations légales ou contractuelles pourrait compromettre l'intégralité de l'opération.

L'insertion dans le traité d'apport d'une ou de plusieurs conditions suspensives permet d'assurer la sécurité juridique de l'opération et des parties, comme le postule des auteurs, « *le*

²¹⁸² M-A. Coudert, « Apports partiels d'actif », *J.-Cl. fisc.*, LexisNexis, fasc. 1130-20, 2023 § 58.

²¹⁸³ PCG. art. 751-2 et 751-3.

²¹⁸⁴ Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83885 (à propos d'une opération de fusion, mais transposable, à notre avis, aux opérations d'apport partiel d'actifs).

²¹⁸⁵ Cass. com., 23 mars 1999 n° 702, *RJDA* 6/99 n° 678 ; Cass. com., 29 janv. 2002 n° 219, *RJDA* 5/02 n° 505 ; CA Orléans, 18 nov. 2004 n° 03-3103, *RJDA* 2/05 n° 145 ; Mémento Sociétés Commerciales, *op. cit.*, n° 83870.

²¹⁸⁶ BOI-IS-FUS-40-10-20, 3 oct. 2018, [sect] 60.

mécanisme de la condition permet aux parties à un acte juridique d'anticiper en toute sécurité un événement futur »²¹⁸⁷.

Certes, l'approbation du traité d'apport par l'organe compétent lui confère une force obligatoire à l'égard des sociétés participant à l'opération d'apport partiel d'actifs. Néanmoins, l'exécution du traité demeure suspendue jusqu'à la réalisation de la condition suspensive, et le consentement de l'une ou de l'autre partie ne peut être unilatéralement rétracté²¹⁸⁸.

L'insertion d'une condition suspensive dans le traité d'apport permet de sécuriser l'engagement des sociétés participantes, en soumettant l'opération à la réalisation d'un événement futur et incertain²¹⁸⁹, rendant ainsi l'obligation conclue pure et simple²¹⁹⁰. À défaut de réalisation de la condition dans le délai imparti, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé²¹⁹¹.

Cette clause ne soulève pas de difficultés particulières, dès lors qu'elle concerne l'approbation des termes de l'apport par les assemblées générales des sociétés participant. Cependant, des incertitudes peuvent émerger concernant la période suivant l'approbation de l'opération.

La rédaction de l'article L. 225-147 du Code de commerce conduit à s'interroger sur la possibilité de prévoir une ou plusieurs conditions suspensives devant intervenir postérieurement à l'approbation de la valeur d'apport par l'assemblée générale, mais antérieurement à la réalisation de l'opération.

Certains auteurs rejettent cette interprétation restrictive et considèrent, à juste titre, que la stipulation d'une condition suspensive à la suite de l'approbation de l'évaluation des apports est valable²¹⁹².

946. La pratique suppose de soumettre l'opération à l'approbation préalable des assemblées spéciales, avant la tenue de l'assemblée générale de la société bénéficiaire destinée à approuver l'apport. Cependant, si cette dernière est prévue en premier, les décisions prises devront être soumises à la condition suspensive de l'approbation de l'assemblée spéciale²¹⁹³.

²¹⁸⁷ F. Terré, Ph. Simler, François Chénéde, et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 1471, n° 1335.

²¹⁸⁸ M. Latina, « Contrat : généralités », *Rép. dr. civ.*, oct. 2023, n° 119.

²¹⁸⁹ C. civ. art. 1304.

²¹⁹⁰ Il s'agit de la réalisation de l'opération d'apport partiel d'actifs.

²¹⁹¹ C. civ. art. 1304-6, al. 3

²¹⁹² G. Giuliani, *op. cit.*; ANSA, Comité juridique, avis n° 06-026 du mai 2006.

²¹⁹³ M.-L. Coquelet et C. Barrillon, *op. cit.*, n° 60.

947. Par leurs effets économiques sur la concurrence, une opération de fusion tout comme de scission, pourrait aboutir à une concentration d'entreprises éligibles à un contrôle préalable des autorités nationales et européennes, chargées du respect des règles de libre concurrence²¹⁹⁴ si les seuils prévus par l'article L. 430-2 du Code de commerce sont atteints²¹⁹⁵.

Le traité de fusion ou de scission doit être notifié préalablement à la réalisation de l'opération à l'autorité de contrôle prudentiel conjointement par toutes les sociétés participantes à l'opération de restructuration avant sa réalisation. Celle-ci est suspendue jusqu'à l'obtention de l'accord de cette autorité administrative. Une clause suspensive doit alors être mentionnée sur le traité de fusion ou de scission

948. Par ailleurs, la durée nécessaire à la réalisation de la condition suspensive soulève d'autres difficultés, dans la mesure où elle ne peut intervenir que plusieurs mois après l'approbation du traité d'apport par les assemblées²¹⁹⁶. L'exploitation de l'activité apportée peut entraîner une fluctuation de sa valeur, à la hausse comme à la baisse. Ce même risque se présente pour les droits sociaux remis en rémunération, ce qui peut provoquer un décalage entre la valeur d'apport approuvée par les assemblées et celle constatée au moment de la réalisation de l'opération.

Pour pallier ce risque, le Conseil national de la comptabilité recommande l'insertion d'une clause résolutoire dans le traité d'apport, afin d'ajuster la valeur définitive des apports à la date de l'effet de l'opération²¹⁹⁷. Cependant, la mise en œuvre de cet avis s'avère complexe en pratique, notamment quant à la détermination précise de cette valeur. Par ailleurs, l'avis du CNC ne prend pas en compte les variations de la valeur des titres de la société bénéficiaire remis en rémunération. Ainsi, il serait plus logique que le quotient du rapport d'échange mentionné dans le traité d'apport demeure constant.

²¹⁹⁴ C. com. art. L. 430-1 à L. 430-10 ; Règl. (CE) n° 139/2004, 20 janv. 2004.

²¹⁹⁵ C. com. art. L. 430-2, I. Ce texte prévoit que le contrôle s'exerce en principe si les deux seuils suivants sont atteints, le chiffre d'affaires total mondial hors taxe des parties à l'opération est supérieur à 150 millions d'euros et le chiffre d'affaires total hors taxe réalisé en France par deux au moins des parties à l'opération est supérieur à 50 millions d'euros. Ces seuils sont respectivement de 75 et 15 millions d'euros (C. com art. L. 430-2, II) lorsque deux au moins des parties à l'opération exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail.

²¹⁹⁶ Il convient alors de préciser que la durée s'étalant entre la date d'approbation du traité d'apport et de la réalisation de la condition suspensive est différente de la période intercalaire générée par l'effet d'une clause de rétroactivité ou de différé.

²¹⁹⁷ CNC, Avis n° 2005-C du 4 mai 2005, Question n° 20.

De son côté, l'ANSA propose de prévoir une résolution relative à la garantie de valeur à adopter par les assemblées générales ayant approuvé le traité d'apport. Cette clause devrait préciser les modalités de désignation d'un expert indépendant, dont la mission est de certifier que la valeur de l'apport partiel d'actifs à la date de l'augmentation de capital correspond bien au montant de celle-ci, majoré de la prime d'apport²¹⁹⁸. Toutefois, cette mission confiée à l'expert ne suffit pas à protéger pleinement les droits des associés. La CNCC recommande qu'en cas d'écart de valeurs, un ajustement à travers la prime d'apport doive être prévu²¹⁹⁹.

Pour anéantir cette incertitude, nous recommandons de combiner la clause suspensive avec une clause de garantie du rapport d'échange convenu dans le traité d'apport.

Par ailleurs, l'ANSA estime que la réunion de nouvelles assemblées en vue d'approuver l'évaluation définitive de la valeur des apports n'est pas nécessaire.

2) Pérennité du traité d'apport partiel d'actifs

949. L'immutabilité du traité d'apport partiel d'actifs est une nécessité impérative pour assurer la stabilité de la relation entre les sociétés participantes après la réalisation de l'opération. Celle-ci est conditionnée par le respect scrupuleux des dispositions législatives et réglementaires régissant l'opération d'apport, qui a pour corollaire l'intangibilité du traité d'apport partiel d'actifs (a). En revanche, le non-respect de certaines formalités imposées par le législateur et la jurisprudence peut entraîner la nullité de l'opération (b).

a) Intangibilité du traité d'apport partiel d'actifs

950. Il convient de rappeler, de prime abord, qu'un projet de traité d'apport partiel d'actifs doit être approuvé par les assemblées générales des sociétés participant à l'opération.

La question se pose de savoir si les associés n'ont d'autre choix que d'approuver ou de rejeter le projet du traité d'apport, sans pouvoir apporter des modifications à son contenu ?

Une réponse à cette interrogation est apportée par un arrêt de la Cour de cassation, qui affirme que les associés des sociétés participant ne sont donc pas liés par les termes du projet de traité arrêté par les dirigeants. En effet, ils peuvent adopter une valorisation moindre de l'actif apporté.

²¹⁹⁸ ANSA, Comité juridique, avis n° 04-041 du 5 mai 2004, « Apport partiel d'actif à effet différé » et du 3 mai 2006, n° 06-026 « Peut-on réaliser un apport en nature à effet différé ou sous condition suspensive ».

²¹⁹⁹ CNCC, Avis technique sur la mission de commissariat aux apports, 20 janv. 2011.

Ainsi, la Cour considère que « *les assemblées générales des actionnaires des sociétés qui participent à l'opération de fusion peuvent, sans méconnaître les pouvoirs des organes sociaux ayant arrêté le projet de fusion, approuver la fusion après avoir modifié les conditions de l'opération, notamment pour tenir compte des observations du commissaire à la fusion* »²²⁰⁰.

À notre sens, cette jurisprudence est à prendre avec prudence, puisqu'elle ne concerne que la possibilité de minoration de la valeur de l'actif apporté. Il nous semble que cette liberté n'est pas absolue, car le projet d'apport a fait l'objet de publicités légales, rendant son contenu opposable aux créanciers et aux tiers. Peut-on alors tolérer, par exemple, la suppression de la clause de solidarité des sociétés participant à l'opération d'apport après le délai d'opposition des créanciers ? La réponse semble négative, car une telle modification affecte les droits des créanciers et ne saurait être décidée unilatéralement par les associés.

En outre, toute modification des valeurs proposées doit être approuvée par la société apporteuse²²⁰¹. En l'absence de son accord, l'opération d'apport est considérée comme avortée.

S'agissant des valeurs comptables des éléments apportés mentionnées dans le traité d'apport, le Conseil national de la comptabilité refuse toute modification de ces valeurs, qui doivent être reprises intégralement²²⁰².

Se pose alors la question de savoir si le traité d'apport partiel d'actifs peut faire l'objet d'un avenant interprétatif ou modificatif.

En principe, rien n'empêche les parties à un contrat de convenir d'une modification de ses termes initiaux par le biais d'un nouveau contrat.

Toutefois, dans le cas d'un traité d'apport partiel d'actifs, la conclusion d'un avenant soulève des difficultés de qualification, surtout lorsqu'il emporte des modifications importantes du contenu du traité initial. Il convient alors de distinguer ce qui relève de la modification du traité

²²⁰⁰ Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680, *JurisData* n° 2015-022074 ; *JCP E* 2016, 1037, note B. Dondero ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 212, note D. Gallois-Cochet.

²²⁰¹ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 38.

²²⁰² CNC, avis n° 2005-C du comité d'urgence (question n° 14) ; BOI-BIC-PVMV-10-20-20, n° 430 ; Ex. : les frais d'établissement comptabilisés par la société apporteuse doivent être maintenus dans le traité d'apport. La décomposition des immobilisations corporelles retenue par la société absorbée, ou apporteuse, doit être également reprise dans le traité d'apport sans modification, les frais d'acquisition d'immobilisation lorsqu'ils sont immobilisés doivent être maintenus à l'actif.

en vigueur de la création d'un nouveau traité qui emporterait la novation du précédent²²⁰³.

951. Le traité d'apport est un contrat hybride²²⁰⁴. L'avenant interprétatif suscite une incertitude quant à son admissibilité par la jurisprudence. Il importe de préciser que cet avenant ne produit pas ses effets uniquement à l'égard des parties, mais également à l'égard des droits des tiers. Par conséquent, la portée juridique de l'avenant au traité d'apport initial pose des difficultés d'interprétation.

Cette question a été partiellement tranchée, du moins de manière implicite, par un arrêt de la Cour d'appel de Rouen, rendu à la suite d'un renvoi après cassation²²⁰⁵.

Dans cette affaire, un contentieux est survenu à l'occasion d'un apport partiel d'actifs soumis au régime juridique des scissions, au titre duquel une créance a été transférée à la société bénéficiaire de l'apport, nonobstant l'intention contraire des parties. Celle-ci n'était pas exclue explicitement par le traité d'apport. Suite à une décision de la Cour de cassation ayant rejeté cette exclusion, les parties à l'acte d'apport partiel d'actifs ont conclu, en 2013, un avenant en vue d'interpréter l'acte originaire conclu en 2004 et de préciser les contours des actifs ayant fait l'objet de l'apport, notamment l'exclusion de la créance litigieuse.

Par cet arrêt, il a été jugé que le recours à un avenant interprétatif n'est pas nécessaire lorsque les termes du traité initial sont parfaitement clairs. À travers cette décision, il semble que la Cour admet le recours, par les parties, à un avenant interprétatif au traité d'apport initial²²⁰⁶.

L'avenant interprétatif d'un traité d'apport partiel d'actifs ne constitue pas une modification de ses termes, qui demeurent, en principe, figés.

Un avenant modificatif est également envisageable sous certaines conditions. Celui-ci doit uniquement intervenir pour ajuster les droits des parties au traité, sans pour autant modifier ceux des partenaires sociaux et des tiers. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que la preuve de l'exclusion d'un bien de l'assiette de la branche d'activité apportée ne peut résulter d'éléments extérieurs ou postérieurs, tels qu'un avenant au traité²²⁰⁷.

²²⁰³ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, « Librairie générale de droit et de jurisprudence », 1980, n° 37.

²²⁰⁴ Le traité d'apport a un caractère contractuel qui s'impose aux parties contractantes et institutionnel puisqu'il s'impose aux partenaires sociaux et aux tiers.

²²⁰⁵ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23895, *Bull. Joly soc.*, sept. 2013, p. 575, n° 110h6, note B. Dondero.

²²⁰⁶ F. -X. Lucas, « Précisions relatives aux modalités d'interprétation de la portée d'un apport partiel d'actif », *Bull. Joly soc.*, n° 06, 1er juin 2014, p. 399.

²²⁰⁷ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23895, *Bull. Joly soc.*, sept. 2013, p. 575, n° 110h6, note B. Dondero.

b) Nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs

952. La sécurité juridique d'une opération d'apport partiel d'actifs suppose le respect, par les parties, d'un formalisme rigoureusement encadré par le législateur et la jurisprudence. Le non-respect de ces formalités pourrait avoir pour conséquence la nullité de l'opération.

Contrairement aux opérations de fusion et de scission, le régime de nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs varie selon qu'elle est soumise au régime de droit commun ou au régime juridique des scissions.

La nullité des décisions des assemblées générales relatives à un apport partiel d'actifs non soumis au régime des scissions suit les règles de nullité applicables aux décisions d'augmentation de capital par apport en nature²²⁰⁸.

Coexistent, en effet, les nullités prononcées par le juge de plein droit et les nullités facultatives, qui relèvent de l'appréciation du juge. Celui-ci devra motiver sa décision de ne pas prononcer une nullité dont les conditions d'application sont réunies²²⁰⁹.

Dès lors que l'opération d'apport partiel d'actifs est soumise au régime juridique des scissions, les causes de nullité de droit commun sont inappropriées. En l'absence de textes spécifiques aux opérations d'apport partiel d'actifs, une incertitude s'installe quant à l'applicabilité des textes relatifs à la nullité des opérations de fusion et de scission.

953. La lecture littérale de l'article L. 235-8 du Code de commerce nous laisse penser que ce texte ne vise que les opérations de fusion et de scission. De surcroît les dispositions relatives aux apports partiels d'actifs ne procèdent pas à un renvoi à ce texte. Après une longue controverse doctrinale, la Cour de cassation a tranché le débat par un arrêt affirmant l'applicabilité du régime des nullités aux opérations de scission. Cet arrêt énonce « *qu'après avoir retenu que l'opération d'apport partiel d'actif avait été placée et réalisée sous le régime applicable aux scissions et exactement énoncé que le délai de prescription abrégée de six mois, prévu par le second alinéa de l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 235-9 du Code de commerce, était donc applicable à l'action tendant à l'annulation de cette*

²²⁰⁸ L'article L. 235-1 du Code de commerce prévoit que la nullité d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du Code de commerce relative aux sociétés commerciales ou des lois qui régissent la nullité des contrats.

²²⁰⁹ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 95.

*opération [...] »*²²¹⁰. Par cet arrêt, la Haute juridiction a clairement établi l'assimilation de l'apport partiel d'actifs au régime de scission, lorsque l'opération est placée sous ce régime.

En conséquence, la nullité obligatoire d'une opération d'apport partiel d'actifs soumise au régime des scissions ne peut résulter que des hypothèses prévues par l'article L. 235-8 du Code de commerce. Cela inclut notamment la nullité d'une délibération de l'une des assemblées ayant décidé l'opération d'apport et le défaut de dépôt de déclaration de conformité²²¹¹, cette dernière cause de nullité ne concernant que les sociétés anonymes²²¹².

954. Pour les SA et les SAS, le régime des nullités concernant les augmentations de capital est fixé par l'article L. 225-149-3 du Code de commerce. Le deuxième alinéa dudit article liste les dispositions dont la violation entraîne la nullité des délibérations de plein droit. À défaut, le principe est celui de la nullité facultative.

L'article L. 225-121, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dispose que sont nulles les décisions des délibérations prises, notamment, en violation des règles de quorum et de majorité²²¹³. À ce titre, il convient de préciser que si l'approbation de l'apport partiel d'actifs suppose, en principe, la prise de décision dans les conditions de quorum et de majorité nécessaires pour la modification statutaire, l'attribution des titres d'une SAS aux associés de la société apporteuse entraîne une augmentation de leurs engagements, ce qui nécessite leur consentement. La décision non approuvée à l'unanimité encourt alors la nullité²²¹⁴.

La nullité de la délibération de l'assemblée générale peut également être prononcée pour violation des règles relatives à l'ordre du jour²²¹⁵.

955. Pour les SARL, aucun texte ne prévoit la nullité de plein droit d'une assemblée générale, à l'exception des décisions d'augmentation de capital par apport en numéraires à défaut de

²²¹⁰ Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707, *Rev. soc.*, 2003. 489, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly*, 2003. 933, note B. Saintourens. *Mémento Sociétés Commerciales*, *op. cit.*, n° 84 210, Les solutions applicables aux nullités des fusions et scissions sont transposables aux opérations d'apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions ; Le juge leur applique sans restriction la prescription abrégée de six mois et retient ainsi en bloc le régime de nullité des scissions.

²²¹¹ V. n° 804 *supra*.

²²¹² C. com. art. L. 236-17.

²²¹³ C. com. art. L. 225- 96, al. 2 et 3.

²²¹⁴ CA Versailles, 27 janv. 2005, 12e ch., sect. 2, n° 03/04697, *JCP E* 2005, 1046, obs. J-J. Caussain, FL. Deboissy et G. Wicker ; *RTD com.* 2005, p. 365, note P. Le Cannu, *D.* 2005, AJ. p. 716, note A. Lienhard. Cet arrêt est cassé par l'arrêt, Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17802, par application combinée des articles L. 227-3 et L. 236-5 du Code de commerce.

²²¹⁵ C. com. art. L. 225- 105.

libération intégrale du capital antérieurement souscrit²²¹⁶. La nullité facultative peut concerner toute assemblée irrégulièrement convoquée, cette nullité étant toutefois écartée si tous les associés étaient présents ou représentés²²¹⁷.

956. Cependant, il nous semble que l'esprit du texte ne se limite pas à la délibération destinée à l'approbation de l'opération d'apport proprement dite, mais s'étend également aux formalités préalables aux réunions de ces assemblées.

Les dispositions de l'article L. 225-105, alinéa 4, du Code de commerce disposent que « *lorsque l'assemblée est appelée à délibérer sur des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise sur lesquelles le comité d'entreprise a été consulté en application de l'article L 432-1 [devenu art. L. 2323-19] du Code du travail, l'avis de celui-ci lui est communiqué* ». En principe, le non-respect de cette information est sanctionné par la nullité de la délibération ayant statué sur l'opération d'apport partiel d'actifs²²¹⁸. Selon un auteur, « *la forme de cette communication est libre. Il peut être repris dans le rapport du conseil d'administration si l'avis est communiqué avant que celui-ci ne soit arrêté. À défaut, il peut être simplement mentionné oralement à l'assemblée* »²²¹⁹.

Une autre nullité peut être encourue en cas de non-respect de la procédure d'approbation des conventions réglementées dans les sociétés anonymes, notamment l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration. En effet, l'apport partiel d'actifs pourrait alors faire l'objet d'une action en nullité dès lors qu'il est démontré que l'opération a eu des conséquences dommageables pour la société²²²⁰. Cependant, la nullité n'est pas absolue et peut être couverte par un vote de l'assemblée générale. Ce vote intervient sur rapport spécial du commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, du président du conseil d'administration, exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie²²²¹.

Certaines irrégularités peuvent entacher l'opération d'apport partiel d'actifs sans qu'elles soient couvertes par les causes de nullité. Dans ce cas, celles-ci peuvent donner lieu à une action en

²²¹⁶ C. com. art. L. 223- 7, al. 1^{er}.

²²¹⁷ C. com. art. L. 223-27, al. 7.

²²¹⁸ C. com. art. L. 225- 121.

²²¹⁹ A. Bonnasse, Op. cit. § 69.

²²²⁰ C. com. art. L. 225- 42, al. 1.

²²²¹ C. com. art. L. 225- 42, al. 3.

régularisation²²²² et, éventuellement, à une action en dommages-intérêts²²²³. Il nous semble également que cette action est permise en cas de prescription de l'action en nullité.

957. Nullité des opérations simplifiées - L'absence d'obligation de tenir des assemblées générales pour un apport partiel d'actifs simplifié nous conduit à considérer que cette opération est immunisée contre la procédure de nullité d'une assemblée générale viciée, ayant statué sur l'opération d'apport, dès lors que celle-ci n'a jamais été tenue. Cependant, les autres causes de nullité demeurent pleinement applicables.

Il est alors pertinent de se demander si la nullité de la décision des dirigeants peut entraîner celle de l'opération d'apport partiel d'actifs simplifiée. Une réponse négative semble s'imposer, eu égard au caractère restrictif des dispositions relatives aux causes de la nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs²²²⁴. La décision d'apport partiel d'actifs prise par les dirigeants échappe ainsi aux dispositions de l'article L. 235-8, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

Néanmoins, une décision du tribunal de commerce de Bayonne a semé le doute quant à cette immunité²²²⁵. En effet, il a été jugé la nullité d'une fusion simplifiée, aux motifs que le président d'une SAS avait outrepassé ses pouvoirs en décidant seul de ladite opération sans l'autorisation du Conseil de surveillance, comme prévu dans les statuts. Cette motivation n'emporte pas l'adhésion de la doctrine, qui considère que les causes de nullité demeurent restrictives.

Il convient, à notre avis, d'étendre les nullités prévues par l'article L. 235-8 du Code de commerce à la décision de l'associé unique en cas d'apport partiel simplifié et à la violation des conventions réglementées. Nous recommandons, par ailleurs, d'instaurer un moyen de contrôle légal en vue de s'assurer de la conformité des formalités préalables et des décisions prises par les assemblées statuant sur l'approbation de l'opération d'apport partiel d'actifs, au même titre que les opérations transfrontalières²²²⁶.

958. La prescription de l'action en nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs, soumise au régime de droit commun des nullités de sociétés, est de trois ans à compter du jour où la nullité est encourue²²²⁷. Cependant, dès lors que l'opération est placée sous le régime des

²²²² C. com. art. L 210-7.

²²²³ C. com. art. L 210-8.

²²²⁴ C. com. art. L. 235-8, al. 1^{er}.

²²²⁵ T. Com. Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774, *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 223, note Ph. Merle.

²²²⁶ C. com. art. R236-31.

²²²⁷ C. com. art. L 235-9, al. 1.

scissions, la Haute juridiction impose une prescription abrégée de six mois, bien que l'article L. 235-9, alinéa 2, ne soit pas explicitement visé par les articles L. 236-27 et suivants relatifs au régime des apports partiels d'actifs²²²⁸. Ce délai de prescription abrégé commence à courir à compter de la date de la dernière inscription au RCS rendue nécessaire par l'opération.²²²⁹

Il convient de relever que l'action en nullité d'un apport partiel d'actifs transfrontalier est prescrite au jour de la prise d'effet de l'opération d'apport, cette date correspondant au jour de la création de la société nouvelle ou à celle du contrat d'apport²²³⁰.

La prescription abrégée de six mois éteint l'action en nullité, mais laisse subsister l'exception de nullité²²³¹. Cette prescription peut être interrompue ou suspendue dans les conditions fixées par les articles 2233 et suivants du Code civil²²³².

959. Effet de la nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs - La nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs entraîne la réintégration, au patrimoine de la société apporteuse, de la branche dont l'apport est annulé. Le tribunal prononçant la nullité de la fusion ordonnera que les parties se retrouvent dans l'état où elles étaient avant l'opération²²³³.

960. La réalisation d'une opération d'apport partiel d'actifs n'empêche pas la continuité de l'exploitation de la branche d'activité apportée, dont les comptes sont continuellement en mouvement, ce qui entraîne nécessairement une variation patrimoniale de celle-ci.

Cette situation soulève la question du traitement de l'effet de cette variation patrimoniale lors de la restitution de la branche d'activité.

De prime abord, il apparaît que la solution est apportée par l'article L. 235-11 du Code de commerce, applicable aux opérations de fusion et de scission, et transposable aux opérations d'apport partiel d'actifs soumises au régime juridique des scissions²²³⁴. Ce texte précise que la nullité ne vaut que pour l'avenir. On en déduit alors que les décisions prononçant la nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs sont sans effet sur les obligations nées à la charge des

²²²⁸ Cass. com., 3 juin 2003 n° 931, *RJDA* 10/03 n° 963 ; Cass. com., 30 nov. 2004 n° 1720, *RJDA* 3/05 n° 263.

²²²⁹ C. com. art. L 235-9, al. 2.

²²³⁰ C. com. art. L. 236-31.

²²³¹ Cass. com., 10 juil. 1978, *Bull. civ.* IV n° 195 ; Cass. 3^e civ., 25 mars 1998 n° 467, *RJDA* 6/98 n° 722 ; Cass. com., 30 nov. 2004 n° 1720, *RJDA* 3/05 n° 263.

²²³² *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 84220.

²²³³ T. Com. Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774, *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 223, note Ph. Merle., décision rendue à propos d'une opération de fusion, mais transposable à notre avis aux opérations d'apport partiel d'actif.

²²³⁴ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 84 210 s.

sociétés bénéficiaires entre la date de prise d'effet de l'opération et celle de la publication de la décision prononçant la nullité²²³⁵. Ainsi, la variation patrimoniale à la baisse demeure à la charge des sociétés bénéficiaires de l'apport, tandis qu'en cas de hausse de la valeur de la branche, elles en profitent pleinement.

961. Pratiquement, la mise en œuvre des dispositions de ce texte s'avère plus complexe qu'il n'y paraît. Bien que l'action en nullité se prescrive dans un délai de six mois à compter de la date de la dernière inscription au RCS, la décision de justice prononçant la nullité pourrait prendre plusieurs années avant d'acquiescer l'autorité de la chose jugée. Dès lors, comment peut-on évaluer la variation patrimoniale de la branche d'activité apportée au cours de cette période qui pourrait s'étendre sur plusieurs années ?

Sur le plan comptable, il est relativement aisé d'identifier les créances et dettes engagées durant l'exploitation de la branche par la société bénéficiaire. En revanche, l'évaluation de la dépréciation ou de la valorisation de certains éléments d'actifs circulants ou immobilisés s'avère plus délicate. Le texte est muet sur le sujet, et à notre connaissance ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont abordé le sujet sous cet angle.

Selon Moulin, « la sanction de la nullité n'est guère adaptée à l'opération de fusion et il serait préférable de s'orienter vers un système de mise en cause personnelle des dirigeants qui n'ont pas correctement appliqué les règles procédurales entourant ces opérations »²²³⁶. Cette opinion nous paraît transposable aux opérations d'apport partiel d'actifs.

Nous proposons donc d'insérer une clause au traité d'apport, optant pour le principe de parallélisme de forme en cas de nullité de l'opération d'apport²²³⁷.

En effet, à la date de réalisation de l'apport partiel d'actif, la branche d'activité est évaluée et soumise à l'appréciation d'un commissaire aux apports. Pareillement, à la date de réintégration suite à une nullité rétroactive, il conviendra de procéder à l'évaluation de la branche d'activité à restituer pour déterminer sa valeur vénale à la date de réintégration dans le patrimoine de

²²³⁵ Lorsque la décision judiciaire prononçant la nullité est devenue définitive, elle doit faire l'objet d'une publicité dont les modalités doivent être fixées par décret (art. L 235-11, al. 1). Ce décret, prévu par la loi 88-17 du 5 janvier 1988, n'est jamais paru.

²²³⁶ J.- M. Moulin, *op. cit.*, n° 165.

²²³⁷ Projet de l'article 1173 « les contrats qui ont pour objet de modifier un contrat antérieur ou d'y mettre fin sont soumis aux mêmes règles de forme que celui-ci, à moins qu'il n'en soit autrement disposé ou convenu ». Cet article n'a pas été adopté, laissant aux parties le libre choix de la procédure. Montesquieu écrivait : « l'âme aime la symétrie, mais elle aime aussi les contrastes ».

l'apporteuse. Cette évaluation devra également être soumise à l'appréciation d'un commissaire aux apports.

Pour la protection des tiers, l'alinéa 3 de l'article L. 235-11 du Code de commerce dispose que la société apporteuse est solidairement responsable de l'exécution des obligations des sociétés bénéficiaires. Chacune des sociétés auxquelles le patrimoine est transmis est responsable des obligations à sa charge, nées entre la date de prise d'effet de l'apport partiel d'actifs et celle de la publication de la décision prononçant la nullité.

Section 2 – Protection des associés lors d'une opération d'apport partiel d'actifs

962. Dans le cadre d'un apport partiel d'actifs, les droits politiques et financiers des associés sont sujets à une protection relative.

La réalisation d'une opération partiel d'actifs peut, dans certaines situations particulières, avoir des effets négatifs sur l'intérêt social (I). Face à ces enjeux, il est nécessaire de mettre en place des mesures spécifiques garantissant les droits des associés (II).

I- Une appréhension de l'intérêt social et sociétal, des mesures peu efficaces

963. Lors d'une opération de restructuration des sociétés de capitaux, la protection des associés constitue une préoccupation majeure du législateur. C'est dans ce cadre qu'il a instauré deux mesures d'informations principales permettant de lever l'opacité relative à l'opération d'apport partiel d'actifs, à savoir la possibilité aux associés de recourir à une expertise judiciaire (1), ainsi que l'obligation d'information préalable réservée aux sociétés par actions (2).

1) L'expertise judiciaire, une mesure de protection relative des associés

964. Les associés des sociétés participant à l'opération d'apport peuvent estimer qu'ils ne sont pas suffisamment informés sur la portée de l'apport partiel d'actifs, qu'ils jugent contraire à l'intérêt social. C'est ainsi que le législateur leur a consacré le droit de recourir au président du tribunal de commerce compétent pour ordonner une expertise judiciaire afin de lever cette zone d'ombre. En effet, un ou plusieurs associés peuvent, si certaines conditions sont réunies, solliciter en justice une expertise de gestion (a), ou encore une expertise *in futurum* (b).

a) L'expertise de gestion, un moyen d'information inefficace des associés

965. Une expertise de gestion est une mesure d'information exceptionnelle ordonnée par le président du tribunal de commerce, si certaines conditions sont réunies. Selon un auteur, l'expertise de gestion est « *une mesure d'information ordonnée judiciairement en cas de défaillance ou d'insuffisance des circuits traditionnels d'information concernant des actes de* »

gestion que les associés estiment dangereux ou pour le moins discutables. Elle ne constitue pas un mode normal d'information et présente en quelque sorte un caractère annexe qui limite sérieusement son impact »²²³⁸.

966. En vertu des dispositions de l'article L. 225-231 du Code de commerce, un ou plusieurs associés représentant une quote-part du capital social²²³⁹ d'une société de capitaux peuvent solliciter le président du tribunal de commerce pour désigner un expert ayant pour mission d'établir un rapport sur la régularité et la conformité à l'intérêt social de l'opération d'apport partiel d'actifs réalisée par le dirigeant²²⁴⁰.

Pour les sociétés par actions, l'aboutissement de l'action en justice est subordonné à une condition préalable. En effet, l'actionnaire demandeur est tenu d'adresser, préalablement, une question écrite sur l'opération litigieuse au dirigeant de la société²²⁴¹. Il ne peut saisir le président du tribunal de commerce qu'en l'absence de réponse dans un délai **d'un mois**, ou si celle-ci n'est pas convaincante. Cette condition préalable n'est pas exigée pour les SARL²²⁴².

967. L'expertise de gestion n'est pas une expertise de minorité. Aucun texte n'interdit à un associé majoritaire, voire même à un associé détenant la totalité du capital social, de demander cette expertise de gestion, dès lors qu'il n'assume pas de mandat social.

²²³⁸ F. Dannenberger, « Sociétés, Expertise de gestion, Expertise « *in futurum* », commentaires », *J.-Cl. soc. Form.*, LexisNexis, fasc. C- 415, 2024, § 7.

²²³⁹ Pour les SA, C. com. art. L. 225 - 231, l'action est offerte à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, pour la SARL, C. com. art. L. 223-37, l'action est offerte à un ou plusieurs associés représentant au moins 10 % du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit.

²²⁴⁰ C. com. art. L. 225 - 231, al. 2 pour les SA ; C. com. art. L. 223-37, al. 1er pour les SARL. En ce qui concerne les sociétés par actions simplifiées, les textes ne prévoient pas directement la possibilité d'une telle mesure. Néanmoins, l'article L. 227-1 du Code de commerce dispose que « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues (pour les SAS), les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126 [...] et L. 225-243 du C. com. sont applicables à la SAS ». L'article L. 225-231 du Code de commerce est donc transposable aux SAS.

²²⁴¹ Pour les SA (C. com. art. L. 225- 231) et pour les SAS (C. com. art. L.227-1) ; La nécessité pour le requérant d'avoir au préalable posé une question écrite au Président du conseil d'administration ou au Directoire sur l'opération d'apport partiel d'actif réalisée. La demande de nomination d'un expert en gestion a un caractère subsidiaire dans les sociétés par actions et ne pouvant être intentée avant l'expiration d'un délai d'un mois (C. com. art. L. 225 - 231). Cette obligation préalable n'est pas requise dans les SARL (C. com. art. L. 223-37) ; A. Cerati-Gauthier, « la nouvelle expertise de gestion contribue-t-elle à une meilleure information aux actionnaires minoritaires », *LPA*, 5 avr. 2002, n° 69, p. 6 ; CA Versailles, 23 oct. 2002, n° 02/05235, *Bull. Joly soc.*, 2003, p. 204, note P. Le Cannu, rejet d'une demande d'expertise de gestion, faute pour les actionnaires d'avoir respecté la phase préalable de la question écrite.

²²⁴² C. com. art. L. 223-37.

La Cour de cassation considère que la condition de détention d'une quote-part de capital social par les associés demandeurs doit être appréciée à la date de la question écrite pour les sociétés par actions²²⁴³. La baisse du pourcentage de détention à la date de l'action en justice est sans incidence sur la procédure²²⁴⁴. Pour les SARL, cette condition est appréciée à la date de la demande en justice.

Un auteur énonce, par ailleurs, que « *si la qualité d'actionnaire et cette condition de détention sont respectées aux dates indiquées, le fait que l'actionnaire ait perdu sa qualité en cours d'instance ou que le seuil de détention ne soit plus respecté n'est pas de nature à remettre en cause la procédure* »²²⁴⁵. Cette opinion a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, qui estime que les aléas de la répartition du capital à l'initiative des actionnaires majoritaires, postérieurs à l'assignation, doivent demeurer sans incidence²²⁴⁶.

968. En pratique, l'expertise de gestion ne constitue qu'un moyen d'information pour les associés sur les opérations de gestion douteuses²²⁴⁷. L'absence de caractère d'urgence de cette mesure ne fait pas obstacle à son prononcé par le juge des référés²²⁴⁸. Cependant, il reste à déterminer si une opération d'apport partiel d'actifs peut être qualifiée d'opération de gestion.

Pour prétendre à cette qualification, la jurisprudence retient un critère organique qui, malgré la critique de la doctrine²²⁴⁹, permet d'aiguiller l'analyse juridique sur la question. Selon un auteur, « *pour distinguer les opérations de gestion d'autres opérations ne pouvant faire l'objet d'une expertise de gestion, la jurisprudence retient un critère organique se fondant sur la nature de l'organe ayant adopté l'opération. Si l'opération contestée relève de la compétence d'un organe de gestion alors il peut faire l'objet d'une expertise de gestion. En revanche, si elle*

²²⁴³ Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10287, *Bull. civ.* IV, n° 245 ; *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 792, note L. Godon ; *LPA* 2006, n° 53, p. 11, note D. Gibirila ; *JCP E* 2006, 2035, chr. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *BRDA* 2006, n° 2, p. 2 ; *D.* 2006, p. 67, note A. Lienhard ; *RJDA* 2006, n° 161 ; *Rev. soc.*, 2006, p. 970, note A. Cerati-Gauthier, par cet arrêt, la cour considère qu'un coup d'accordéon consistant en une réduction du capital pour absorber des pertes suivies d'une augmentation de capital, à laquelle l'actionnaire demandeur n'avait pas souscrit, lui avait fait perdre le taux de participation requis ne remet pas en cause, a posteriori, son droit d'agir initial.

²²⁴⁴ Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10.287.

²²⁴⁵ F. Dannenberger, *op. cit.*, § 19.

²²⁴⁶ CA Versailles, 11 mars 1999, n° 9998/96, *JurisData* n° 1999-100510 ; *Bull. Joly* 1999, p. 670, note P. Le Cannu ; *JCP E* 1999, p. 1238, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

²²⁴⁷ L. Godon, « La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly soc.*, 2001, n° 166, p.728.

²²⁴⁸ CA Bourges, ch. civ., 11 mai 2023, n° 22/01123.

²²⁴⁹ C. Masquefa, *la restructuration*, thèse Paris II, 1998, p. 110 et s., n° 106 et s.

relève de la compétence d'un autre organe, alors la demande d'expertise de gestion doit être rejetée »²²⁵⁰. Il en résulte que les décisions prises par une assemblée d'associés échappent aux investigations de l'expert en gestion.

Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris a rejeté la demande de désignation d'un expert en gestion concernant l'opération d'abandon d'une activité par la société, le transfert du fonds à une autre société et un changement d'objet social. La Cour considère qu'« *une telle modification, qui, aux termes de l'article 153 de la loi de 1966, relève des seuls pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, ne peut être assimilée à un acte de gestion au sens de l'article* »²²⁵¹.

On peut alors en déduire que l'apport partiel d'actifs, décidé exclusivement par les dirigeants de la société apporteuse, constitue une opération de gestion pouvant faire l'objet d'une expertise de gestion²²⁵².

Pour échapper aux investigations de l'expert en gestion, certains dirigeants sociaux soumettent l'opération d'apport partiel d'actifs, relevant normalement de leur compétence, à l'approbation par une assemblée générale. Cependant, la jurisprudence s'attache à s'assurer de la compétence légale de l'organe ayant pris la décision d'apport²²⁵³.

Un auteur commentateur de cet arrêt postule que « *désormais, il ne suffira pas de s'attacher à l'existence d'une délibération de l'assemblée au sujet de l'opération concernée, il faudra rechercher à quel titre cette assemblée a eu à connaître de l'opération* »²²⁵⁴.

En vertu des dispositions de l'article L.236-28 du Code de commerce, la réalisation d'une opération d'apport partiel d'actifs simplifiée relève des compétences de l'organe de gestion, de même que pour toute opération soumise au régime de droit commun. Dans ces deux cas de figure, et nonobstant, l'approbation de l'opération d'apport par l'assemblée générale, celles-ci relèvent toujours du champ d'investigation de l'expert en gestion.

²²⁵⁰ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 214.

²²⁵¹ CA Paris, 1re ch. A, 25 fév.1991, *Bull. Joly soc.*, 1991, p. 519§ 179, obs. P. Le Cannu ; *Dr. sociétés*, 1991, n° 234, note M. Marteau-Petit ; *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1991, p.148, obs. M. Jeantin et A. Viandier.

²²⁵² Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12548, *Bull. Joly soc.*, mars 1993, n° 94, p. 343, note P. Le Cannu ; *JCP G*, II, 22,029, note Y. Guyon ; *Rev. soc.*, 1993, p. 426, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 58, obs. H. Le Nabasque ; CA Paris, 4 sept. 1998, n° 98/03519, *Bull. Joly soc.*, févr. 1999, n° 42, p. 250, note F.-X Lucas ; *RTD com.* 1998, p. 863, obs. C. Champaud et D. Danet.

²²⁵³ Cass. com., 12 janv.1993, n° 91-12548, *Bull. Joly soc.*, mars 1993, n° 94, p. 343, note P. Le Cannu.

²²⁵⁴ P. Le Cannu, note sous Cass. com., 12 janv.1993, n° 91-12548, *Bull. Joly soc.*, mars 1993, n° 94, p. 344.

Selon un auteur, « *la position de la Haute juridiction est protectrice des intérêts des actionnaires minoritaires, qui pourront demander une expertise de gestion même si l'opération est soumise à l'assemblée générale extraordinaire. Pour éviter toute confusion, il est donc recommandé aux praticiens de revoir attentivement la distribution des compétences entre les organes de la société lors d'opérations importantes* »²²⁵⁵.

969. La demande d'un associé tendant à la désignation d'un expert en gestion est fortement encadrée. Elle doit non seulement satisfaire aux conditions formulées par l'article L. 225-231 du Code de commerce, mais également aux conditions supplémentaires développées par la jurisprudence faisant application de ce texte. La désignation d'un expert ne s'impose pas au tribunal, qui conserve la faculté de rejeter la demande s'il l'estime insuffisamment fondée²²⁵⁶.

L'associé demandeur doit établir la preuve du caractère anormal de l'opération d'apport partiel d'actifs²²⁵⁷. Sa demande doit être suffisamment argumentée, en justifiant notamment des présomptions d'irrégularités affectant l'opération²²⁵⁸ ou en soulignant son caractère suspect ou douteux²²⁵⁹.

Ainsi, par un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa²²⁶⁰, la demande d'un associé a été accueillie, après avoir rappelé les différents textes fondant le droit à information de l'associé d'une SARL, tout en soulignant la position jurisprudentielle constante selon laquelle la juridiction saisie d'une demande d'expertise de gestion n'est tenue de l'ordonner, sauf si elle relève des présomptions d'irrégularités affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées²²⁶¹.

Par un arrêt récent de la Cour d'appel de Rennes, la demande d'une expertise de gestion a été

²²⁵⁵ M-P. Wagou Leumega, th. préc., n° 244.

²²⁵⁶ F. Dannenberger, *op. cit.*, § 40.

²²⁵⁷ CA Bordeaux, 8 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-143761, à propos d'une convention de trésorerie conclue avec une filiale.

²²⁵⁸ Cass. com., 22 mars 1988, n° 86-17040, *Bull. civ. IV*, n° 124 ; Cass. com., 27 janv. 2009, n° 07-16771, *Bull. Joly soc.*, juill. 2009, n° 132, p. 664, note P. Le Cannu ; Cass. com., 24 oct. 2018, n° 17-12582, *Bull. Joly soc.*, févr. 2019, n° *Bull. Joly soc.*, 119k4, note J.-M. Moulin ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 6, note J. Heinich ; *Rev. soc.*, 2019, p. 311, note A. Cerati-Gauthier ; Cass. com., 16 déc. 2020, n° 18-25630, *Bull. Joly soc.*, mars 2021, note G. Gil ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 49, note J.-F. Hamelin ; CA Paris, 1-2, 15 sept. 2022, n° 22/00769, *Bull. Joly soc.*, déc. 2022, note B. Dondero ; CA Nouméa, ch. com., 15 sept. 2022, n° 21/00099, *Bull. Joly soc.*, n° 02, p. 30, 1er févr. 2023, note B. Dondéro.

²²⁵⁹ T. com., ord. réf. 21 juin 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 893, note M. Jeantin.

²²⁶⁰ CA Nouméa, ch. com., 15 sept. 2022, n° 21/00099.

²²⁶¹ Cass. com., 22 mars 1988, n° 86-17040, *Bull. civ. IV*, n° 124.

rejetée à défaut de son caractère sérieux²²⁶². Selon Le Professeur Dondero, cette jurisprudence formule une condition supplémentaire, liée au caractère sérieux de la demande. Selon cet auteur, celui-ci doit être justifié par « *un soupçon d'atteinte à l'intérêt social ou [...] une présomption d'irrégularité de l'opération contestée* »²²⁶³.

Se pose également la question de savoir si le non-respect de la procédure des conventions réglementées est constitutif d'une présomption d'irrégularité ou de soupçon d'atteinte à l'intérêt social. À notre sens, bien que le non-respect de la procédure des conventions réglementées puisse constituer une faute de gestion, cela ne démontre pas nécessairement une présomption d'atteinte à l'intérêt social.

970. Les pouvoirs de l'expert et l'étendue de sa mission sont encadrés par l'ordonnance du président du tribunal de commerce en vertu de laquelle il est désigné.

À travers son rapport, l'expert doit formuler une opinion sur la régularité de l'opération d'apport partiel d'actifs ainsi que sur sa conformité à l'intérêt social. Pour apprécier ces deux aspects, l'expert pourrait être appelé à examiner des points de droit²²⁶⁴. De surcroît, son champ d'investigation peut s'étendre au-delà de la société ayant effectué l'opération d'apport. La Haute juridiction affirme que le juge peut mandater l'expert pour examiner l'opération dans son ensemble, incluant la société tête de groupe, et ce à la demande de la représentation du personnel d'une sous-filiale²²⁶⁵.

Le rapport d'expertise de gestion relative à l'opération d'apport partiel d'actifs bénéficie d'une large publicité. Il est communiqué par le greffier au demandeur, au ministère public, au Comité social et économique, au commissaire aux comptes, le cas échéant, ainsi qu'au dirigeant social.

Étant annexé au rapport du commissaire aux comptes, si la société en dispose, il reçoit également la même publicité, étant ainsi porté à la connaissance de l'assemblée générale, et accessible à tout intéressé au greffe²²⁶⁶.

Se pose alors la question de l'intérêt que peut retirer l'associé demandeur de l'expertise de

²²⁶² CA Rennes, 3e ch. com., 9 janv. 2024, n° 22/06321.

²²⁶³ CA Rennes, 3e ch. com., 9 janv. 2024, n° 22/06321, *Bull. Joly soc.*, n° 04, p.13, 1er avr. 2024, note B. Dondero.

²²⁶⁴ CA Orléans, 22 nov. 1971, n° 17154, note Y. Guyon, JCP, Éd.G, 1972, II.

²²⁶⁵ Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509, *JurisData* n° 2013-018906 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 204, obs. M. Roussille ; *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 728, note J.-F. Barbière.

²²⁶⁶ F.-X. Lucas, « Apport partiel d'actif et opération de gestion ; expertise in futurum et intérêt à agir », *Bull. Joly soc.*, n° 2, 1er févr. 1999, p. 250 §° 67.

gestion relative à l'opération d'apport partiel d'actifs.

971. Nonobstant les avantages incontestablement reconnus à une expertise de gestion, nous estimons que cette procédure n'est pas suffisamment efficace pour les associés demandeurs.

Le rapport d'expertise de gestion ne fournit pas d'informations détaillées sur l'opération. En effet, il se limite à formuler une opinion sur la régularité de celle-ci et sur sa conformité à l'intérêt social.

D'ailleurs, l'expertise de gestion n'est pas une mesure préventive, puisqu'elle ne peut être intentée que pour une opération déjà réalisée. L'associé demandeur ne peut pas s'opposer à la réalisation de l'opération d'apport.

Il s'agit alors d'une mesure d'information en aval de l'opération. Un auteur considère que cette expertise « *n'est qu'une mesure d'information, et en ce sens, elle peut paraître quelque peu symbolique, voire superflue* »²²⁶⁷.

En outre, dès lors que les conclusions de l'expert en gestion indiquent que l'opération d'apport partiel d'actifs n'est pas contraire à l'intérêt social, les associés demandeurs baissent les armes. Aucune demande d'expertise contradictoire n'est possible !

972. Les opérations d'apport partiel d'actifs, qu'elles soient simplifiées ou non, soumises au régime juridique des scissions, ne bafouent pas uniquement les droits des associés, mais également ceux des porteurs des VMDAC, dont le titre primaire n'est pas un titre de capital. Ceux-ci ne peuvent pas exercer l'action en désignation d'un expert de gestion, car, jusqu'à l'exercice de leur droit d'accès au capital, ils ne demeurent que des actionnaires potentiels²²⁶⁸. Par ailleurs, cette restriction est prévue par les dispositions de l'article L. 228-105 du Code de commerce, qui interdit aux représentants des masses de porteurs de s'immiscer dans la gestion sociale. Cependant, la voie de l'expertise *in futurum* leur est de toujours accessible.

b) Expertise *in futurum*, un moyen de préservation de preuve

973. L'approbation d'une opération d'apport partiel d'actifs, soumise au régime juridique des scissions, relève de la compétence des associés statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les modifications statutaires. Le projet de traité engage simplement les

²²⁶⁷ F. Dannenberger, *op. cit.*, § 71.

²²⁶⁸ G. Teboul, « Chronique d'automne de droit des entreprises en difficulté », *Dalloz actualités*, 27 nov. 2023.

dirigeants de la société à convoquer l'assemblée générale afin d'en soumettre les termes à son approbation²²⁶⁹.

Dans ce cas, l'opération peut être approuvée à l'insu des minoritaires qui ne peuvent se prévaloir du droit à une action en justice pour une expertise de gestion. Dans une telle situation, l'associé peut tout de même obtenir une ordonnance du président du tribunal de commerce, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, tendant à désigner un expert afin de conserver ou d'établir des éléments de preuve. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris réaffirme ce principe en confirmant la possibilité pour les associés de recourir à l'expertise *in futurum*, alors même que la voie de l'expertise de gestion ne leur est pas ouverte²²⁷⁰.

De surcroît, le droit à l'expertise de gestion ne fait pas obstacle à ce qu'une expertise soit ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile²²⁷¹.

974. L'expertise *in futurum*²²⁷² est une mesure d'instruction ordonnée judiciairement dans le but d'établir ou de conserver, avant tout procès, des éléments de preuve dont pourrait dépendre l'issue du procès²²⁷³. Elle n'est donc pas un moyen d'information pour les associés ni une mesure préventive.

L'action demandée par les associés n'aboutit pas de plein droit. Le demandeur doit justifier d'un motif légitime et démontrer que l'opération d'apport partiel d'actifs porte atteinte à l'intérêt social. Selon un auteur, « *Il n'y a pas de motif légitime à vouloir établir ou conserver des preuves lorsque l'intérêt social n'est pas en danger* »²²⁷⁴.

Ainsi, un arrêt la Cour d'appel de Paris a rejeté une demande d'expertise *in futurum*, au motif que le demandeur ne justifiait pas que l'opération d'apport partiel d'actifs décidée était contraire à l'intérêt social. En effet, celle-ci s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie économique, et il n'était pas démontré qu'elle réduisait à néant la valeur de la participation de l'actionnaire demandeur²²⁷⁵.

Il en résulte qu'un associé peut formuler une demande d'expertise fondée sur l'article 145 du

²²⁶⁹ ANSA, Comité juridique, avis n° 3006-4 du 7 oct. 1998, *RJDA* 2001, n° 30.

²²⁷⁰ CA Paris, 14e ch., sect. B, 4 sept. 1998 n° 98/03519.

²²⁷¹ Cass. civ., Ch. Com., 15 sept. 2015, 13-25.275.

²²⁷² Dénommée également référé probatoire ou expertise préventive.

²²⁷³ CPC. art. 145.

²²⁷⁴ F. Dannenberger, *op. cit.*, § 48.

²²⁷⁵ CA Paris, 14e ch., sect. B, 4 sept. 1998, n° 98/03519, F.-X. Lucas, *Bull. Joly soc.*, févr. 1999, p. 250.

Code de procédure civile lorsque les conditions exigées par l'article 226 du même code ne sont pas réunies. Cela peut notamment être le cas lorsque l'opération d'apport critiquée n'est pas qualifiée d'opération de gestion²²⁷⁶ ou lorsque l'associé ne détient pas le taux de participation au capital social requis²²⁷⁷.

975. L'expertise *in futurum* présente également l'intérêt de permettre la sollicitation, en France, d'une expertise dans une société étrangère. Dans ce sens, il a été jugé par une Cour d'appel que la recevabilité de la demande d'expertise *in futurum* s'appréciait à la lumière de la loi procédurale, et non de la *lex societatis*²²⁷⁸. Ainsi, une opération d'apport partiel d'actifs transfrontalière peut faire l'objet d'une expertise *in futurum*.

Il est reconnu que l'associé minoritaire ne peut pas s'opposer à la réalisation d'une opération d'apport approuvée par l'assemblée générale des associés. Les moyens de preuves recueillis à travers le rapport d'expertise *in futurum* n'ont d'intérêt que si l'expert relève des fautes de gestion, permettant alors à l'associé d'intenter une action en dédommagement du préjudice ou de demander la révocation du dirigeant réfractaire.

Il convient alors de se demander si un associé s'étant abstenu de voter ou ayant voté en faveur de l'approbation de l'opération d'apport partiel d'actifs peut intenter une action en référé pour demander une expertise *in futurum*.

La réponse est apportée par un arrêt récent de la Cour d'appel de Toulouse. Un auteur commentateur de cet arrêt considère que « *l'éviction du droit d'agir en contestation en cas d'abstention semble se heurter à une désapprobation doctrinale unanime et les juges, dans la décision rapportée, refusent de s'engager sur cette voie traitant de manière uniforme l'associé inerte et celui versatile, inconstant ou schizophrène. Ils y affirment en effet que l'approbation tacite ou expresse d'une décision de l'assemblée par les associés majoritaires n'équivaut pas à une renonciation à l'exercice éventuel d'une action en responsabilité du représentant de la société engagée dans le cadre d'une action ut singuli* »²²⁷⁹.

²²⁷⁶ CA Paris, 19 oct. 1980, *Rev. soc.*, 1982, p. 521, note 4 ; CA Paris, 14e ch. C, 9 déc. 1994, *Rev. soc.*, 1995, p. 368.

²²⁷⁷ Cass. com., 7 déc. 1981, *Rev. soc.*, 1982, p. 519, note S. Michelin-Finielz.

²²⁷⁸ CA Versailles, 27 févr. 1997, *Bull. Joly soc.*, 1997, p. 543§ 220, note P. Le Cannu et M. Menjucq.

²²⁷⁹ CA Toulouse, 3e ch., 31 janv. 2024, n° 22/00057, *Bull. Joly soc.*, n° 05, p. 10, 1er mai 2024, note G. Gil, Expertise *in futurum*, cession d'actif et atteinte à l'intérêt social.

Des termes de la jurisprudence, il ressort que l'associé ayant voté en faveur de l'approbation de l'apport partiel d'actifs ne peut, pour quelque cause que ce soit, se prévaloir d'un droit à une expertise *in futurum*.

2) Droit des associés à l'information sur le patrimoine de la société

976. Afin de déterminer dans quelle mesure l'information financière préalable constitue un moyen de protection des associés, il est essentiel d'examiner son étendue (a), en particulier lorsqu'elle concerne l'information des actionnaires ou associés sur les modifications importantes dans les actifs et les passifs de la société (b).

a) L'étendue de l'information financière préalable

977. L'opération d'apport partiel d'actifs est une opération de restructuration complexe et à géométrie variable. Une information avant la tenue de l'assemblée générale destinée à statuer sur l'opération d'apport a le mérite de fournir des outils indispensables aux actionnaires afin de prendre des décisions en toute connaissance de cause.

Il résulte de l'article R. 236-4, alinéa 3, du Code de commerce que les sociétés par actions sont tenues de mettre à la disposition des actionnaires les comptes annuels approuvés des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération. Cependant, si le dernier exercice comptable est clôturé depuis plus de six mois, il est impératif que chaque société participant à l'opération d'apport établisse un état comptable intermédiaire, arrêté par les dirigeants sociaux. Ces états de synthèses intermédiaires doivent être élaborés « *selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel* »²²⁸⁰ et doivent être antérieurs de moins de trois mois à la date du projet d'apport partiel d'actifs²²⁸¹. À notre avis, tous les états de synthèse des sociétés participant à l'opération d'apport partiel d'actifs doivent être arrêtés à la même date. Ces états comptables intermédiaires servent de base à l'évaluation de l'universalité des biens apportés et des sociétés participant à l'opération dont les titres serviront pour la rémunération de l'apport.

978. Dès lors, quel serait le sort de l'opération d'apport partiel d'actifs si les comptes d'un ou plusieurs exercices des sociétés participantes n'étaient pas approuvés par les actionnaires ? Ou encore, que se passerait-il si ces comptes sont approuvés nonobstant un avis de refus de certification formulé par le rapport général du CAC ?

²²⁸⁰ C. com. R. 236-3- 4°.

²²⁸¹ C. com. art. L. 232- 1, I.

L'approbation des comptes sociaux relève des compétences des associés ou actionnaires réunis en assemblée générale ordinaire. Cependant, certaines tensions entre les associés et dirigeants, ou entre groupes d'associés égalitaires, peuvent entraîner un refus d'approbation des comptes annuels.

Le refus d'approbation des comptes n'entrave pas la continuité de l'exploitation. Toutefois, cette attitude des associés marque en général un signe de défiance à l'égard des dirigeants sociaux²²⁸².

Pour apporter une réponse à cette question, la Commission des études juridiques de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes renvoie aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 232-12 du Code de commerce, qui dispose « *après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes* »²²⁸³. La Commission en déduit logiquement que le résultat provenant d'un exercice antérieur, dont les comptes n'ont pas été approuvés par l'assemblée des actionnaires, ne peut pas être distribué. Le défaut d'approbation des comptes n'a d'effet que sur l'affectation du résultat de l'exercice, qui doit rester enregistré dans un compte comptable intitulé « *résultat en instance d'affectation* ».

À notre avis, l'absence d'approbation d'un ou plusieurs exercices n'empêche pas la réalisation de l'opération d'apport partiel d'actifs. Cependant, les conséquences de cette désapprobation doivent être prises en compte dans l'évaluation de la branche d'activité apportée.

En présence d'un refus de certification par le CAC, l'assemblée des actionnaires, ou la collectivité des associés, demeure théoriquement souveraine et libre d'approuver les comptes. Dans cette hypothèse, selon un auteur, « *le seul refus de certifier ne fait pas obstacle à l'affectation de résultat de l'exercice dont les comptes sont approuvés par l'assemblée des actionnaires. Enfin, lorsque le refus de certifier se traduit par une absence d'approbation des comptes l'affectation de résultat est impossible* »²²⁸⁴.

²²⁸² Dans la SARL, le refus d'approbation des comptes peut également résulter de l'absence de majorité dans des situations de blocage où des associés se partagent chacun la moitié du capital social et votent systématiquement dans un sens opposé. En effet, la moitié du capital ne permet pas de constituer une majorité en assemblée de sorte que les comptes présentés par le ou les associés qui assument la gérance ne peuvent pas être approuvés tant que le conflit perdure. La même situation pourrait se produire, en cas de conflit, dans une SA animée par deux groupes d'actionnaires égalitaires.

²²⁸³ CNCC, Bull. n° 173, mars 2014, EJ 2013-84.

²²⁸⁴ X. Paper, « Entreprise et expertise Comptabilité », *Option Finance*, n° 1286, 29 sept. 2014.

b) L'information sur les modifications importantes d'actif et de passif des sociétés par actions

979. Une mesure d'information spécifique à l'attention des actionnaires des sociétés par actions est prévue par l'article L. 236-9, alinéa 5, du Code de commerce. Ce texte impose aux organes de gestion²²⁸⁵ d'informer les actionnaires ou associés, avant la date de l'assemblée générale devant se prononcer sur l'opération d'apport partiel d'actifs, de toute modification importante de leur actif et de leur passif survenue entre la date de l'établissement du projet d'apport et la date de la réunion des assemblées générales devant se prononcer sur l'opération²²⁸⁶. L'organe de gestion de l'autre société participant à l'opération doit également être prévenu afin qu'il puisse informer ses propres actionnaires ou associés de ces modifications²²⁸⁷. Cette obligation concerne, par ailleurs, les opérations d'apport partiel d'actifs transfrontalières.

Il importe de préciser que cette information doit être en concordance avec celle communiquée au commissaire à la scission par la lettre d'affirmation qui lui a été remise par les dirigeants sociaux, dans le cadre de sa mission de contrôle.

Compte tenu de la rédaction sibylline de l'article L. 236-9, alinéa 5, du Code de commerce, deux interprétations sont concevables. Cette imprécision dans la rédaction de ce texte n'est pas sans conséquence sur sa mise en œuvre. Le Professeur Le Nasbasque considère que les modifications importantes peuvent concerner tant le montant que la composition de l'actif ou du passif²²⁸⁸.

En principe, les sociétés participant à l'opération d'apport partiel sont continuellement en exploitation. Depuis le dépôt de projet d'apport partiel d'actifs jusqu'à la date de la réunion des assemblées générales, l'actif et le passif peuvent connaître des modifications importantes, pouvant avoir des effets significatifs sur le rapport d'échange et les droits des associés.

L'organe de gestion doit informer les actionnaires de toute modification du montant total de l'actif et du passif, même si celle-ci n'a pas d'impact sur la valeur de la société, pourvu qu'elle

²²⁸⁵ Il s'agit du Conseil d'administration (ou le directoire) des SA, le président ou dirigeants désigné par les statuts dans les SAS.

²²⁸⁶ C. com. art. L. 236- 9 al. 5 et 6.

²²⁸⁷ C. com. art. L. 236- 9, al. 5 et 6.

²²⁸⁸ H. Le Nasbasque et A. Soilleux, « La réforme du droit commun des fusions », *Bull. Joly soc.*, 2012, p. 263.

soit considérée comme importante²²⁸⁹. L'opinion de cet auteur est discutable. La notion de modification de la valeur absolue de l'actif ou du passif suscite une difficulté pratique pour déterminer le seuil au-delà duquel l'information revêt cette importance²²⁹⁰.

980. Pratiquement, une modification du montant de l'actif, aussi élevée soit-elle, peut être compensée par un passif d'une valeur équivalente²²⁹¹, maintenant ainsi la valeur de la société inchangée. Dans ce cas, la modification du montant de l'actif ou du passif est, selon nous, sans importance²²⁹².

Il nous semble que l'information devrait porter non seulement sur la valeur de la branche d'activité apportée et sur celle des sociétés participant à l'opération d'apport, mais également sur la parité d'échange. En effet, une parité d'échange stable rendrait les variations de la valeur de la branche d'activité et de chacune des sociétés participant à l'opération neutres. Dans ce cas, l'information pourrait perdre de son importance.

981. S'agissant de la composition, il y a lieu de distinguer entre celles de la branche d'activité apportée de celle des actifs et passifs des autres sociétés participant à l'opération d'apport.

La composition de l'actif et du passif de la branche d'activité apportée doit être énumérée dans le traité d'apport. En principe, aucune modification ne devrait avoir lieu depuis la signature du projet de traité d'apport et la date de réalisation effective de l'opération.

Cependant, les actifs et passifs des sociétés participant à l'opération peuvent connaître des modifications substantielles²²⁹³, susceptibles d'influencer le contexte global et les objectifs stratégiques des parties à l'opération, nonobstant la stabilité de la parité d'échange.

Enfin, se pose la question de la sanction en cas d'absence d'information, d'information incomplète ou encore d'information fournie hors du délai prévu par l'article R. 236-3, alinéa 1^{er}. Certes, en l'absence de texte spécifique, cette irrégularité ne conduit pas à la nullité de l'opération, mais peut engager la responsabilité des dirigeants sociaux.

²²⁸⁹ *Ibid.*

²²⁹⁰ *Ibid.*

²²⁹¹ Si par exemple le passif de la société bénéficiaire de l'apport augmente d'un million d'euros alors que son actif l'est aussi du même montant.

²²⁹² Une augmentation de la valeur de l'actif circulant d'un montant de 300 000 € et du passif circulant de la même valeur ne fait pas l'objet, à notre avis, de déclaration. La variation de ces deux composantes est nulle.

²²⁹³ Une société bénéficiaire de l'apport qui cède par exemple un actif stratégique et déterminant pour la société apporteuse, quoique le montant de l'actif reste inchangé du fait de la substitution de l'actif cédé par une créance client ou la contrevaletur en numéraire.

II- La nécessité de mesures spécifiques garantissant les droits financiers des associés

982. Il est nécessaire d'établir des mesures spécifiques permettant de garantir les droits financiers des associés, notamment en termes de rémunération de l'apport partiel d'actifs (1). À cet égard, les opérations d'apport partiel d'actifs sont soumises à un contrôle rigoureux (2).

1) Rémunération de l'apport partiel d'actifs

983. Le mode de rémunération de l'apport partiel d'actifs est subordonné au régime juridique appliqué à l'opération (a). Toutefois, le traitement spécifique de la rémunération dans le cadre d'une scission partielle implique une attention particulière (b).

a) Mode de rémunération subordonné au régime juridique appliqué

984. Tout apport mérite une rémunération. Il s'ensuit que le mode de cette rémunération dépend non seulement du régime juridique applicable à l'apport, mais également de la figure de l'apport partiel choisi.

En effet, le mode de rémunération de l'apport partiel d'actifs, lorsqu'il est soumis au régime de droit commun, est identique à celui de l'apport en nature. L'intégralité de l'analyse relative à l'évaluation et à la rémunération, présentée au chapitre 2 titre 2 de la première partie de la présente étude, est applicable à l'opération d'apport partiel d'actif.

Dès lors qu'un apport partiel d'actifs est soumis au régime juridique des scissions, l'intégralité de l'analyse relative à l'évaluation et à la rémunération des opérations de fusion et de scission, examinée au chapitre 1 titre 1 de la deuxième partie ci-dessus, est applicable, à l'exception toutefois de la scission partielle, dont le mode de rémunération mérite une analyse particulière.

La scission partielle constitue une nouvelle figure d'apport partiel d'actifs, consacrée par l'ordonnance n° 2023-393 . Elle s'en distingue par le fait que les titres rémunérant cet apport ne sont pas intégrés au patrimoine de la société qui réalise l'apport, mais sont attribués aux associés de cette dernière²²⁹⁴, ou encore à ceux de la société apporteuse, ou aux associés de l'apporteuse et de la ou des sociétés bénéficiaires de cet apport.

²²⁹⁴ J.-M. Moulin, *op. cit.*, n° 5.

b) La scission partielle, un mode de rémunération paradoxal

985. L'ordonnance du 24 mai 2023 a consacré en droit interne la possibilité pour les sociétés de capitaux de réaliser une opération de restructuration avec un mode de rémunération atypique, à travers une scission partielle, au sens de la directive ²²⁹⁵.

Par ailleurs, le décret du 2 juin 2023 dispose que le traité d'apport doit indiquer « *la répartition envisagée, au bénéfice des associés de la société qui apporte une partie de son actif, des actions ou des parts soit des sociétés bénéficiaires, soit de la société qui apporte une partie de son actif, soit à la fois des sociétés bénéficiaires et de la société qui apporte une partie de son actif, attribuée en contrepartie de l'apport, ainsi que les critères sur lesquels cette répartition est fondée* »²²⁹⁶.

Analysant les dispositions de ce texte, le Professeur Le Nabasque distingue la scission partielle égalitaire de la scission partielle asymétrique²²⁹⁷. Selon l'auteur, la scission partielle égalitaire est une figure d'apport partiel d'actifs qui consiste à attribuer aux associés de la société apporteuse, au prorata de leurs droits, des titres uniquement « *dans la société apporteuse* »²²⁹⁸ ou encore uniquement « *dans la société bénéficiaire* »²²⁹⁹. En revanche, la scission partielle asymétrique consiste à attribuer, des parts ou actions, aux associés de la société apporteuse à la fois « *dans la société apporteuse et de la société bénéficiaire de l'apport* »²³⁰⁰.

L'ordonnance évoque l'hypothèse d'une attribution « directe » des droits sociaux ayant rémunéré l'apport aux associés de la société apporteuse. Les parties à l'opération doivent nécessairement acter dans le traité d'apport partiel d'actifs ces modalités atypiques de répartition des titres entre les associés de la société apporteuse²³⁰¹.

Cette mention laisse penser que ces droits sociaux ne transitent pas par le patrimoine de la société apporteuse²³⁰². Cette hypothèse a été confirmée par le rapport au Président de la

²²⁹⁵ C. com. art. L. 236-27 ; Dir. (UE) n° 2019/2121 du 27 nov. 2019 concernant les transformations, fusions et scissions transfrontalières.

²²⁹⁶ C. com. R. 236-19 et R. 236-38.

²²⁹⁷ H. Le Nabasque, « la scission partielle », *Bull. Joly soc.*, n° 09, p. 53, 01 sept. 2023, n° 20.

²²⁹⁸ C. com. art. L. 236-27 al. 2.

²²⁹⁹ C. com. art. L. 236-27 al. 2.

²³⁰⁰ C. com. art. L. 236-27 al. 2.

²³⁰¹ C. com. art. L. 236-27.

²³⁰² C. Barrillon, « Réforme du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés commerciales », *JCP E* 2023, 1183, n° 21.

République, qui présente la scission partielle comme suit : « *parmi les schémas de scissions transfrontalières régis par la directive figure la scission partielle qui permet d'attribuer directement les actions perçues en rémunération de l'apport aux associés de la société apporteuse* »²³⁰³.

986. L'article R. 236-19, II, alinéa 2, du Code de commerce dispose que le traité d'apport doit contenir, outre les mentions exigées par l'article R. 236-1, les modalités comptables de l'opération, si l'attribution mentionnée au premier alinéa est réalisée soit par réduction de capital, soit par imputation sur les capitaux propres de la société qui apporte une partie de son actif. Cette exigence démontre que la sortie de la contre-valeur d'une branche d'activité initialement enregistrée à l'actif du bilan de la société apporteuse ne peut se faire que par réduction de capital ou imputation sur un compte de ses capitaux propres.

Un auteur considère, à juste titre, que « *les titres, même s'ils sont attribués « directement », soient regardés comme ayant transité, fût-ce un instant de raison, par le patrimoine de la société apporteuse* »²³⁰⁴. L'opinion de cet auteur est discutable au regard des dispositions des articles L. 236-27 et R. 236-19, II, alinéa 2, du Code de commerce.

Logiquement, la sortie de la branche d'activité du patrimoine de la société apporteuse entraîne un appauvrissement à concurrence de sa valeur d'apport. Une réduction de capital et, le cas échéant, l'imputation de l'écart entre la valeur réelle et la valeur nominale se traduisent par une inscription dans les autres réserves, au passif du bilan²³⁰⁵.

De son côté, la société bénéficiaire s'enrichit par la branche d'activité accueillie. Elle doit alors procéder à l'augmentation de son capital social, au profit des seuls associés de la société apporteuse, proportionnellement à leur participation dans celle-ci. Le nombre d'actions à émettre est déterminé selon le rapport d'échange. Par ailleurs, l'écart entre la valeur nominale des titres émis et la valeur réelle de la branche d'activité apportée est enregistré dans un compte

²³⁰³ Journal officiel électronique authentifié n° 0120 du 25 mai 2023, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales texte n° 19.

²³⁰⁴ H. Le Nabasque, *op. cit.*, p. 53, n° 6.

²³⁰⁵ Ex. : Une société (A) dont le capital est composé de 1 000 actions de 10 € de valeur nominale chacune apporte à la société (B) une branche d'activité valorisée à 20 000 €. La valeur réelle de la société est de 40 000 €.

L'actif net de la société (A) est réduit d'un montant de 20 000 €.

Le capital social est réduit à hauteur du 50 % (20 000/40 000) du nombre de titres soit 500 actions de valeur nominale de (500 actions x 10 €) = 5 000 €. L'écart entre la valeur de la branche apportée et la valeur nominale des titres annulés (20 000 € - 5 000 € = 15 000 €) est imputé sur le poste autres réserves.

de prime d'apport²³⁰⁶.

987. La scission asymétrique est une notion très complexe qui continue de partager la doctrine. Le Professeur Le Nabasque considère « *qu'en présence d'une scission partielle « asymétrique » les titres ayant rémunéré l'apport sont inégalement répartis entre les associés de la société apporteuse, sans pour autant que l'opération ne consomme une rupture d'égalité entre eux* »²³⁰⁷.

Un autre auteur qualifie cet apport d'apport-attribution²³⁰⁸. Toutefois, Barrillon ne partage pas cet avis et considère que « *le projet d'apport pourra, ainsi, prévoir que ceux-ci « seront attribués directement aux associés de la société qui apporte une partie de son actif » à condition qu'il indique la répartition envisagée ainsi que « les critères sur lesquels cette répartition est fondée. Cette dernière formule, utilisée par le décret, laisse à penser qu'il sera possible d'échapper à une attribution des titres de la bénéficiaire proportionnelle aux droits de chaque associé dans le capital de l'apporteuse. Seule compterait l'indication des critères* »²³⁰⁹.

Convaincu de cette modalité de répartition inégalitaire des titres, l'auteur a donné quelques exemples qui pourraient influencer cette répartition inégalitaire. Elle estime qu'« *il serait possible de valoriser la durée de présence dans la société, l'assiduité en assemblée, de rehausser une participation minoritaire ou encore de réserver cette attribution à certaines catégories d'actions. On appliquerait alors la procédure de contrôle des avantages particuliers dans les sociétés par actions* »²³¹⁰.

Selon le même auteur, le décret semble ouvrir une possibilité qui n'est pas constitutionnelle²³¹¹.

Le prisme de l'analyse de cet auteur ne paraît pas être cohérent avec l'esprit du législateur, puisqu'elle conduirait à porter atteinte au droit de propriété des associés de l'apporteuse. Le législateur ne permet, en aucun cas, une atteinte au droit de propriété constitutionnellement protégé.

À notre connaissance, la doctrine actuelle n'a pas encore apporté de réponse satisfaisante quant

²³⁰⁶ La société (B) perçoit un actif net d'une valeur de 20 000 €. Après évaluation de la société bénéficiaire, la parité d'échange est de 1 actions (A) contre 1 actions (B). La société bénéficiaire de l'apport augmente son capital de 500 actions soit 5 000 €. L'écart sera enregistré dans un compte prime d'apport.

²³⁰⁷ H. Le Nabasque, la scission partielle, *Bull. Joly soc.*, n° 09, 01 sept. 2023, p. 53, n° 7.

²³⁰⁸ J.-F. Hamelin, Fusion, *op. cit.*, n° 14.

²³⁰⁹ C. Barrillon, *op. cit.*, n° 21.

²³¹⁰ *Ibid.*

²³¹¹ C. Barrillon, *op. cit.*, n° 9.

aux modalités de rémunération lors d'une scission partielle asymétrique. À travers de cette analyse algorithmique et itérative, nous tentons de proposer une solution conforme à l'intention du législateur.

988. La première figure de l'apport partiel asymétrique consiste en l'attribution des droits sociaux uniquement aux associés de la société apporteuse.

Cette modalité d'attribution paraît, de prime abord, illogique. Comment peut-on alors justifier cette rémunération alors que la société apporteuse se déleste d'ores et déjà sans contrepartie d'une partie de son actif au profit d'une société tierce ? Quelle serait alors la rémunération que doit recevoir la société apporteuse en contrepartie de la branche d'activité apportée ?

Le Nabasque considère que « *la société apporteuse s'est appauvrie sous l'effet de son apport. C'est donc par "compensation" qu'ils deviennent éligibles à une "attribution" de titres dans cette société apporteuse, qui leur permet de se "relier" en capital et en droits de vote* »²³¹². Nous ne partageons pas cette position, puisqu'il n'y a ni attribution d'actions gratuites ni compensation.

989. L'attribution par la société apporteuse de ses propres titres à ses associés en contrepartie de l'apport partiel d'actifs à une société tierce ne peut être réalisé que selon les deux modalités ci-après.

La première option consiste en l'attribution par la société apporteuse de ses propres titres à ses associés, ce qui suppose naturellement une augmentation de son capital social par un nouvel apport. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la société apporteuse s'est déjà appauvrie de la contre-valeur de la branche d'activité qu'elle a apportée à une société tierce. L'augmentation de capital social ne peut donc avoir lieu. Cette solution est à écarter !

La seconde option consiste en l'attribution, par la société apporteuse à ses associés, de ses titres autodétenus. Cette solution nous semble également inappropriée, puisque cette attribution constituerait un appauvrissement supplémentaire qui s'adjoint à celui relatif à l'apport de la branche d'activité au profit d'une société tierce²³¹³. Cette deuxième solution est également à

²³¹² H. Le Nabasque, la scission partielle, *Bull. Joly soc.*, n° 09, 01 sept. 2023, p. 53, n° 7.

²³¹³ Ex : La société (A) a apporté à la société (B) une branche d'activité d'une valeur vénale de 20 000 €. (A) s'est appauvrie au profit de (B) d'un montant de 20 000 € sans contrepartie. Si (A) attribue ses propres actions d'une valeur de 20 000 € au profit de ses associés, un appauvrissement supplémentaire de 20 000 € sans contrepartie est constaté. Ces deux opérations sont interdites par le droit comptable qui exige une contrepartie de chaque mouvement bilanciel.

écarter !

De cette analyse, on peut déduire que l'attribution par la société apporteuse de ses propres titres à ses associés pour rémunérer l'apport est alors écartée.

Nous examinerons alors la possibilité de rémunération par la société bénéficiaire de l'apport. C'est probablement là que réside la clé de voûte de cette énigme.

Il y a lieu de rappeler que la société bénéficiaire, ayant reçu une partie de l'actif de la société apporteuse, doit une rémunération à celle-ci. Deux solutions exclusives sont possibles.

La première consiste pour la société bénéficiaire à augmenter son capital social par l'émission de nouveaux titres au profit de la société apporteuse ou au profit des associés de celle-ci. Nous serions alors dans le cas de la scission égalitaire examinée ci-dessus. Tel n'est pas l'esprit du législateur. Cette solution est à écarter !

La seconde solution suppose que la société bénéficiaire détient dans son actif, préalablement à l'opération d'apport, des titres de la société apporteuse. Dans ce cas de figure, deux solutions sont alors possibles. L'actif net apporté à la société bénéficiaire est rémunéré par les titres de la société apporteuse qu'elle détenait préalablement à l'opération d'apport. Il s'agit là d'une opération d'échange. Tel n'est pas, encore une fois, l'esprit du législateur. Cette solution est à écarter !

990. Il ressort de cette analyse qu'une seule et unique solution demeure possible selon nous. La société bénéficiaire de l'apport attribue, en contrepartie de la branche d'activité qu'elle a reçue, les titres de la société apporteuse qu'elle détenait dans son actif préalablement à l'opération, directement aux associés de celle-ci. L'équilibre au niveau de la société bénéficiaire est rétabli.

S'agissant de la société apporteuse, la valeur réelle de l'apport est imputée sur le poste des autres réserves. Ainsi, l'équilibre bilanciel est également rétabli au niveau de la société apporteuse.

La seconde figure de l'apport partiel asymétrique est encore plus complexe à mettre en œuvre, puisque les associés de la société apporteuse reçoivent à la fois des parts ou actions de la société apporteuse et de la société bénéficiaire de l'apport.

Il s'agit d'une rémunération hybride qui nécessite l'application des formalités de la scission partielle égalitaire et de celle asymétrique.

À ce titre, la société bénéficiaire de l'apport doit, d'une part, détenir dans son actif,

préalablement à l'opération d'apport, les parts ou actions de la société apporteuse destinées à rémunérer partiellement les associés de celle-ci, et d'autre part, à procéder à une augmentation de capital par l'émission de nouvelles parts ou actions au profit de ces derniers, afin de servir à titre de complément de rémunération.

Au niveau de la société apporteuse, la quote-part de l'actif rémunérée par des droits sociaux de la société apporteuse, préalablement détenus par la société bénéficiaire, est imputée sur le poste d'autres réserves.

La quote-part de l'actif, rémunérée par les nouveaux titres de capital de la société bénéficiaire, fait l'objet, en partie, d'une imputation sur le poste des autres réserves et, en partie, d'une réduction de capital de la société bénéficiaire. Cette répartition est décidée par l'assemblée générale des associés.

Selon cette analyse, la répartition entre les associés de la société apporteuse des parts ou actions de celle-ci et de celles de la société bénéficiaire peut ne pas être proportionnelle²³¹⁴. Cependant, l'égalité entre les associés est toujours préservée.

2) Contrôle des opérations d'apport partiel d'actifs

991. L'apport partiel d'actifs est une opération très complexe. Elle implique plusieurs intervenants, tant dans l'ordre interne qu'externe. Le transfert de patrimoine entre personnes morales qu'elle entraîne pourrait avoir des effets sur les droits politiques et financiers des parties à l'opération. C'est dans ce cadre que le législateur a instauré une procédure de contrôle spécifique de l'apport, confié à un commissaire à la scission, garant du caractère équitable de l'opération **(b)**. Qualifiée par ailleurs de convention réglementée, l'opération d'apport nécessite l'intervention du commissaire aux comptes de la société apporteuse **(a)**.

Outre le contrôle du commissaire à la scission étudié dans la partie relative à la fusion et scission²³¹⁵, nous examinerons ci-après certains contrôles spécifiques à l'apport partiel d'actifs.

²³¹⁴ Ex. : Un groupe d'associé reçoit, les actions de la société apporteuse et un autre groupe les actions de la société bénéficiaire. Ou encore, un associé reçoit les titres de la société apporteuse et les autres associés ceux de la société bénéficiaire...

²³¹⁵ V. Partie II – Ch. 2 Sect. 2 II- 2, *supra*.

a) Contrôle de l'opération d'apport partiel d'actifs en tant que convention réglementée

992. Naturellement, l'apport partiel d'actifs ne constitue pas une opération courante conclue à des conditions normales²³¹⁶. Il peut être à l'origine de conflits d'intérêts entre les sociétés participantes, notamment lorsqu'elles ont des dirigeants communs ou lorsque l'apport est effectué au profit d'une société détenant un certain pourcentage des droits de vote de la société apporteuse²³¹⁷.

La procédure de contrôle des conventions réglementées n'a pas à être suivie au sein de la société bénéficiaire²³¹⁸. L'opération d'augmentation de capital, pour rémunérer la société apporteuse, est décidée par l'assemblée générale sur la base d'un rapport d'un commissaire à la scission qui assure la mission de contrôle et de vérification.

Cependant, cette procédure doit nécessairement être suivie au sein de la société apporteuse²³¹⁹. Une distinction doit être faite entre les formalités et procédures selon la forme juridique des sociétés participant à l'opération.

993. Pour les SARL, le contrôle des conventions réglementées s'exerce uniquement a posteriori. La conclusion du traité d'apport n'a pas à être autorisée en amont, mais fait l'objet d'une approbation par la collectivité des associés, sur rapport du gérant ou du commissaire aux comptes si la société en est pourvue²³²⁰. L'information des associés n'intervient qu'a posteriori de la réalisation de l'opération d'apport.

Nonobstant la désapprobation par les associés de l'opération d'apport, celle-ci produit tout de même tous ses effets. Les associés doivent alors prouver le préjudice subi pour se prévaloir d'une action en justice visant à obtenir un dédommagement et, éventuellement, la révocation du dirigeant. Cette procédure est longue et coûteuse et n'aboutit que rarement. La protection des associés d'une SARL n'est pas absolue.

994. Dans les SA, un double contrôle de l'opération d'apport s'opère alors. Le dirigeant ne peut signer le projet de traité d'apport partiel d'actifs qu'après avoir recueilli l'autorisation du

²³¹⁶ C. com. art. L. 225- 39 pour les SA ; C. com. art. L. 223-20 pour les SARL.

²³¹⁷ Lorsque l'apporteur est détenue à plus de 10 % par la société bénéficiaire.

²³¹⁸ CNCC, Les conventions réglementées et courantes, févr. 2014, p. 4.

²³¹⁹ C. com. art. L. 225- 38 pour les SA ; C. com. art. L. 223- 19 pour les SARL ; ANSA, comité juridique, avis n° 3006-4 du 7 oct. 1998, *RJDA* 2001, n° 982.

²³²⁰ C. com. art. L. 223- 19 ; E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 31.

conseil d'administration, laquelle sera ensuite soumise pour approbation à l'assemblée générale, statuant sur rapport spécial des commissaires aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, du président du conseil d'administration²³²¹.

L'article L. 227-10 du Code de commerce, relatif aux conventions réglementées dans les SAS, fait référence uniquement aux conventions conclues avec une société contrôlant la société apporteuse au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. La procédure des conventions ne peut être suivie en l'absence du seuil, sauf si les sociétés participant à l'opération ont des dirigeants communs.

Il s'ensuit que la procédure des conventions réglementées n'a d'intérêts que pour les opérations d'apport partiel d'actifs relevant des prérogatives exclusives des dirigeants²³²².

Cependant, une interrogation se pose en présence d'une opération d'apport partiel d'actifs simplifiée²³²³. Comment peut-on concilier entre la dispense de la tenue des assemblées prévues par l'article L. 236-27 avec l'obligation d'approuver les conventions réglementées par celle-ci ?

Certes, l'article L. 236-28 ne dispense que de la tenue de l'assemblée générale destinée à approuver l'opération d'apport partiel d'actifs. Fort heureusement, cet interstice permet à l'associé unique de la SASU apporteuse de prendre une décision relative à l'opération d'apport, préalablement à sa réalisation.

De plus, comme le précise l'ANSA, les dispositions du Code de commerce applicables aux sociétés anonymes²³²⁴, qui prévoient expressément que l'actionnaire intéressé à une convention ne peut pas prendre part au vote de l'assemblée générale portant sur l'approbation de celle-ci, ne s'appliquent pas aux SAS²³²⁵.

L'apporteur peut donc valablement voter la convention approuvant l'apport partiel d'actifs. Cependant, l'article L. 227-10, alinéa 4, du Code de commerce, revu par l'ordonnance du 4 mai 2017, suscite une nuance quant à son application. Ce texte dispose que « *par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est*

²³²¹ C. com. art. L. 225-40 mod. L. n° 2019-486, 22 mai 2019 ; E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 30.

²³²² Il s'agit des opérations d'apport partiel d'actifs simplifiées et de celles soumises au régime de droit commun pour les sociétés apporteuses.

²³²³ C. com. art. L. 236-28.

²³²⁴ C. com. art. L. 225-40, al. 4 et L. 225-88, al. 4.

²³²⁵ C. com. art. L. 227-1, al. 3.

*seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant, son associé unique ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 »*²³²⁶.

Il en résulte que les conventions en cause n'ont pas à faire l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes ou, en l'absence de celui-ci, du président. Elles sont simplement mentionnées au registre des décisions²³²⁷.

995. Se pose alors la question de savoir si, dans le cadre d'un apport partiel d'actifs simplifié, l'associé unique doit ou non approuver la convention relative à cette opération. La position de la doctrine ne fait pas l'unanimité.

Le Professeur Vidal estime que la dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 227-10, alinéa 4, écarte uniquement l'intervention du commissaire aux comptes. Pour cet auteur, le régime d'approbation par l'associé unique demeure applicable, en vertu des alinéas 2 et 3 du même article²³²⁸.

Une réflexion interrogative est développée par Le Professeur Goyet, au titre de laquelle conclue à l'absence de l'obligation d'approbation de la convention réglementée, se posant alors la question : *« est-il utile d'ajouter que si (alinéa 4 de l'article L. 262-11 ancien devenu) l'article L. 227-10. Al. 4 devait être compris comme dispensant les SASU du seul rapport du commissaire aux comptes, on ne voit guère comment son alinéa 2 pourrait décider que l'associé unique statue(nt) sur (un) rapport dès lors [...] inexistant »*²³²⁹.

Azarian , quant à elle, écarte toutes ces opinions et postule qu'*« il nous semble incongru d'imposer à l'associé unique d'approuver la convention qu'il aurait lui-même passée en sa qualité de dirigeant, il nous paraît singulier de ne pas soumettre à son approbation la convention que le dirigeant non associé aurait conclue avec la société »*²³³⁰.

²³²⁶ Ord. n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés (JO 5 mai 2017, texte n° 89), prise sur habilitation de la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 » (JO 10 déc. 2016, texte n° 2).

²³²⁷ L. 223- 19 al.3 (pour la SARLU).

²³²⁸ D. Vidal, Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée Commentaire de l'article 3 de la loi n° 99-587 du 12 juill. 1999 sur l'innovation et la recherche, *Dr. sociétés* 1999, chron. 15, p. 5, n° 1.

²³²⁹ Ch. Goyet, Les conventions entre le dirigeant et la SAS, *LPA* 15 sept. 2000, p. 56, note n° 8.

²³³⁰ H. Azarian, « sociétés par actions simplifiées, fonctionnement », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 1534, 2023, § 50.

De son côté, le Comité juridique de l'ANSA considère que la signature de l'associé apposée sur le registre des décisions où figure la mention de la convention intervenue implique son accord avec celle-ci. Si l'associé souhaite manifester son désaccord ou émettre des réserves, il doit l'indiquer expressément par une mention sur ce registre²³³¹. Selon l'ANSA, « *les conventions ne figurant pas dans le registre mettraient alors en cause la responsabilité des dirigeants, soit qu'elles n'aient pas été portées à la connaissance de l'associé unique, soit que celui-ci ait refusé de les approuver* »²³³².

En marge de ces opinions, il nous semble que le président de la SASU apporteuse doit soumettre le projet de traité d'apport partiel d'actifs à l'associé unique, accompagné de son rapport sur l'intérêt de l'opération, dans le délai prévu par les statuts de la société. L'approbation de l'opération résulte de la mention du projet de traité au registre des décisions de l'associé unique.

b) Le contrôle du commissaire à la scission, intérêt et étendue des diligences

996. Dès lors que l'apport partiel d'actifs concerne les sociétés de capitaux²³³³, les dirigeants sociaux doivent demander au président du tribunal de commerce, statuant sur requête, la désignation d'un ou de plusieurs commissaires à la scission²³³⁴.

Cependant, cette désignation peut être écartée si les associés de toutes les sociétés participant à l'opération en décident ainsi à l'unanimité, sous réserve de l'obligation de désigner ou de faire désigner un commissaire aux apports²³³⁵.

L'intervention du commissaire à la scission n'est pas légalement requise en présence d'une opération d'apport partiel d'actifs simplifiée²³³⁶ ou si l'opération d'apport est réalisée au profit d'une société nouvelle sans autre apport que celui de la société apporteuse. Dans ce dernier cas, les parts ou actions de cette société doivent être attribuées aux associés ou actionnaires de la société apporteuse proportionnellement à leurs droits dans le capital de celle-ci²³³⁷.

²³³¹ ANSA, Comité juridique, avis n° 563 du 10 mai 2000; P.-L. Périn, SAS, Nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants, *Bull. Joly soc.*, 1999, p. 1143, spéc. p. 1152, n° 22 et 23.

²³³² ANSA, Comité juridique, avis n° 563 du 10 mai 2000; P.-L. Périn, SAS, Nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants, *Bull. Joly soc.*, 1999, p. 1143, spéc. p. 1152, n° 22 et 23.

²³³³ Les dispositions légales et réglementaires relatives aux scissions et les apports partiels d'actifs s'appliquaient uniquement aux opérations réalisées entre des sociétés par actions ou entre sociétés par actions et SARL. La loi 2024-364 du 22 avr. 2024 ayant ratifié l'ordonnance ajoute les opérations entre SARL.

²³³⁴ C. com. art. L 236-10, L 236-20, L 236-21, al. 2 et L 236-27, al. 1.

²³³⁵ C. com. art. L 236-10, L 236-20, L 236-21, al. 2 et L 236-27, al. 1.

²³³⁶ C. com. art. L 236-28, al. 1.

²³³⁷ C. com. art. L 236-22, al. 1 et 2 et L 236-27, al. 1.

Ces deux dernières exceptions semblent logiques, car il n'y a pas d'enjeu de dilution ou de « relation » des droits des anciens associés ou actionnaires, l'opération étant égalitaire pour tous²³³⁸.

Cependant, la scission partielle asymétrique peut entraîner une répartition, des parts ou actions des sociétés apporteuse et bénéficiaire, qui diffère des droits des associés dans la société apporteuse, ce qui pourrait porter atteinte à leurs droits²³³⁹.

Selon un auteur, la scission partielle asymétrique ne dispense pas du rapport du commissaire à la scission²³⁴⁰. Bien que cette opinion semble fondée, elle n'est pas corroborée par les dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce. Ce texte n'exclut pas cette nouvelle figure de la dispense de la désignation du commissaire à la scission.

La question se pose de savoir si le vote unanime des associés ou actionnaires pour écarter la désignation d'un commissaire à la scission peut être interprété comme une renonciation des associés minoritaires à contester ultérieurement la répartition asymétrique, des parts ou actions attribuées qui leur sont attribuées, votée par l'assemblée dans le cadre de l'opération d'apport. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont encore abordé cette problématique. Cependant, il nous semble raisonnable de répondre par l'affirmative, sauf en cas de fraude. La renonciation à la désignation d'un commissaire à la scission implique naturellement la renonciation à l'information sur la pertinence de la valeur d'apport des sociétés participantes et sur l'équité du rapport d'échange. Néanmoins, la collectivité des associés devra se prononcer sur l'opération d'apport partiel d'actifs au vu du rapport du commissaire aux apports²³⁴¹.

997. S'agissant de la valeur d'apport, la doctrine professionnelle de la CNCC encadre les diligences que le commissaire à la scission ou le commissaire aux apports désigné doit accomplir. Ces diligences sont destinées à apprécier la valeur de la branche d'activité apportée, en s'assurant que celle-ci n'est pas surévaluée et qu'elle correspond au moins à la valeur nominale des parts ou actions à émettre par la société bénéficiaire de l'apport ou, s'il s'agit d'une scission partielle asymétrique, par la société apporteuse ou encore par ces deux sociétés, éventuellement augmentée de la ou des primes d'apport.

²³³⁸ A. Bonnasse, *Op. cit.* § 56.

²³³⁹ C. Barrillon, *op. cit.*, n° 21.

²³⁴⁰ *Mémento Sociétés Commerciales, op. cit.*, n° 83452.

²³⁴¹ E. Loubet et E. Rapone, *op. cit.* § 37.

Pour répondre à cet objectif, le commissaire à la scission ou, le cas échéant, le commissaire aux apports, apprécie la pertinence du périmètre retenu pour l'apport partiel d'actifs.

Il vérifie que la valeur réelle de la branche d'activité apportée, prise dans son ensemble, est au moins égale à la valeur des apports mentionnée dans le traité d'apport. En outre, il contrôle l'évaluation correcte de la valeur des apports pris individuellement, notamment en ce qui concerne la réalité des apports, le bilan d'apport, l'exhaustivité des apports, ainsi que l'analyse des valeurs individuelles proposées dans le traité et l'examen de la période de rétroactivité²³⁴². Cette mission est propre au commissaire aux apports dans le cadre de l'apport en nature de droit commun.

998. Sa mission ne se limite pas au contrôle des valeurs d'apport à la date d'apport, mais s'étend également au contrôle des risques attachés aux actifs apportés et à l'appréciation de l'incidence éventuelle d'éléments susceptibles d'en affecter la propriété²³⁴³. De surcroît, il apprécie également l'incidence des événements intervenus entre la date de prise d'effet de l'opération et la date de son rapport sur la valeur individuelle des apports.

Au terme de ses travaux et préalablement à l'émission de ses rapports, le commissaire à la scission sollicite des dirigeants sociaux de lui délivrer une lettre d'affirmation rappelant les déclarations importantes qui lui ont été faites, confirmant notamment l'absence de survenance, jusqu'à la date de l'émission de ses rapports, de faits ou d'événements susceptibles d'affecter, de manière significative, la rémunération ou la valeur des apports.

²³⁴² CNCC, Guide professionnel, *op. cit.*, p. 221.

²³⁴³ CNCC, Guide professionnel, *op. cit.*, p. 225.

CONCLUSION DU TITRE II

999. L'apport partiel d'actifs est un mode de restructuration qui répond à une logique tantôt de sectorisation d'activité, tantôt de concentration d'entreprise par la création de joint-venture.

En principe, l'apport partiel d'actifs est un apport en nature à titre particulier. Cependant, les sociétés participantes peuvent le soumettre au régime juridique des scissions au sens de l'article L. 236-27 du Code de commerce, sans pour autant l'assimiler à ce régime. Il est démontré que la survivance de la société apporteuse ne constitue pas un frein à la réalisation de l'opération.

1000. En outre, l'intérêt majeur de l'option pour le régime des scissions réside dans le principe de la transmission de plein droit de tous les éléments d'actifs et de passifs, même s'ils ne figurent pas sur le traité d'apport. Toutefois, cette automaticité n'est pas absolue, à l'instar des opérations de scission.

Aiguillonnée par la nécessité de transposer en droit interne la notion de scission partielle au sens de la directive, une nouvelle figure de l'apport partiel d'actifs a été consacrée par l'ordonnance, se caractérisant par un mode de rémunération atypique.

1001. Par ailleurs, le traité d'apport constitue le document contractuel qui retrace le contour de l'opération d'apport partiel d'actifs. Certaines mentions obligatoires, prévues par l'article R236-38, doivent y figurer. En revanche, d'autres mentions sont sujettes au consentement des sociétés participantes. Par conséquent, l'absence de certaines mentions ouvre le champ d'interprétation du juge pour apprécier l'intention des parties contractantes.

Sauf si les parties ont convenu d'une condition suspensive ou d'une période intercalaire, l'opération d'apport partiel d'actifs devient effective dès l'approbation de la dernière assemblée générale statuant sur l'opération. Celle-ci lui confère une force obligatoire, tant entre les sociétés participantes qu'envers les partenaires sociaux.

CONCLUSION PARTIE II

1002. La restructuration est une notion organisationnelle qui touche la vie des entreprises dans toutes ses spécificités. Il a ainsi été démontré que la restructuration juridique constitue un préalable indispensable à la restructuration organisationnelle. Cependant, cette dernière impose la mise en œuvre de la première, révélant une interdépendance étroite entre ces deux notions qui est souvent appréhendée.

1003. Il est illustré que la restructuration, par voie de fusion et opérations assimilées, n'est en réalité qu'une procédure d'organisation du cadre juridique des sociétés parties à l'opération, ce qui affecte leurs contours, caractéristiques, management, et particulièrement le capital social ainsi que le tour de table de celles-ci²³⁴⁴.

En effet, il a été démontré que l'activité des entreprises, en tant qu'entités économiques, continue normalement. Ce sont essentiellement les cadres juridiques et comptables des personnes morales, coquilles abritant ces entreprises, qui subissent des modifications substantielles. La notion de l'entreprise, en tant qu'entité économique, s'impose dans ce cadre, notamment pour lui rattacher un actif ou un passif de la société apporteuse.

Tel est tout l'intérêt des opérations de fusions, scission et apport partiel d'actifs, qui se caractérisent par la transmission universelle du patrimoine d'une personne morale à une autre.

Cette transmission entraîne des conséquences juridiques, économiques et comptables d'une portée considérable.

1004. Par ailleurs, la transmission universelle de patrimoine est totale et absolue. Elle implique que les éléments d'actif ou de passif qui ne figurent pas dans le traité de fusion ou de scission, soit par omission des parties, soit parce qu'ils n'existaient pas à la date de la signature de ce traité, soient considérés de plein droit comme transférés à la société absorbante ou aux sociétés issues de la scission.

Néanmoins, il a été démontré que cette automaticité légale peut être obtempérée par l'effet de dispositions légales ou contractuelles, ce qui nous paraît critiquable.

En outre, compte tenu du caractère irréversible des opérations de fusion et de scission, il a été démontré que le législateur s'attache à la pérennité des opérations de restructuration en restreignant les causes de nullité et en consacrant un délai de prescription abrégé qui est limité à six mois. L'effet légal des opérations de fusion et de scission, qui entraîne la dissolution sans

²³⁴⁴ SAINTOURENS B., thèse préc., p.9.

liquidation des sociétés absorbées ou scindées, justifie la mise en œuvre de telles mesures restrictives.

1005. Les mêmes dispositions s'appliquent également aux opérations d'apport partiel d'actifs, nonobstant leur caractère réversible, de par la survivance de la société apporteuse.

Cependant, la pérennité juridique des opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif ne permet pas d'immuniser ces opérations des incidences du risque fiscal en cas de non-respect du contour de la branche complète et autonome d'activité imposée à le législateur fiscal, une notion inconnue du droit des fusions. La distinction entre les conditions d'éligibilité au régime juridique et au régime fiscal de faveur est regrettable.

CONCLUSION GENERALE

1006. Au terme de cette étude, nous avons démontré que l'apport en nature est une figure aux multiples facettes qui recèle des ambivalences, tant en ce qui concerne sa nature juridique que ses implications économiques et sociales. Notre approche ne résulte pas d'une tentative de conceptualisation de cette notion, mais plutôt d'un examen des différentes zones d'ombre qui posent des problématiques importantes et influencent, peu ou prou, inexorablement, la sécurité juridique d'une opération d'apport en nature dans le but de proposer des solutions adaptées.

Le travail réalisé permet de démontrer que l'apport en société d'un ou plusieurs éléments d'actifs se caractérise par une dichotomie fondée sur le contour des biens apportés. L'originalité de l'apport et l'intention des parties à l'opération conditionnent le régime juridique applicable. Dès lors que l'apport est effectué à titre particulier, l'application des principes traditionnels du droit commun s'impose. En revanche, l'option de soumettre l'apport au régime juridique des scissions change radicalement les règles et formalismes applicables à l'opération. Ainsi, un apport qui était initialement à titre particulier devient à titre universel en ce qui concerne la branche d'activité transmise.

1007. L'apport, qu'il soit à titre particulier ou universel, ainsi que la fusion et la scission, ont pour effet la restructuration des sociétés participantes à l'opération, ce qui se traduit par une réorganisation non seulement au niveau patrimonial, mais également sur le plan juridique. Cette restructuration constitue parfois un choix stratégique des dirigeants des sociétés participantes ou encore un choix imposé par des circonstances particulières, notamment la survie de l'une des sociétés participantes à l'opération.

1008. S'agissant des opérations d'apport en nature selon le régime de droit commun, la diversité des biens ou droits susceptibles d'être apportés en société est pratiquement illimitée. Nous avons restreint notre étude à l'apport des actifs incorporels, en particulier les liens contractuels et les actifs numériques qui recèlent des complexités croissantes quant à leurs réalisations.

1009. L'apport d'un lien contractuel suppose l'application des dispositions du droit commun, ce qui exclut l'automatisme de la transmission des contrats objet de l'apport. L'accomplissement des formalités de transmission et d'opposabilité propres à chaque catégorie de bien sous-jacent s'impose.

1010. Par ailleurs, la mondialisation de l'économie numérique a incité le législateur français à favoriser la restructuration des sociétés de capitaux par la consécration de deux nouvelles

catégories d'actifs numériques. Il s'agit des jetons numériques et de la cryptomonnaie. Le droit français franchit ainsi une étape importante. Etant donnée les enjeux liés à ces nouveaux actifs, la possibilité d'apport en société et le régime juridique applicable ont fait l'objet, à travers cette étude, d'une réflexion particulière.

En effet, les caractéristiques des jetons numériques se rapprochent des droits sociaux et peuvent représenter tout droit réel ou personnel. Ces actifs numériques constituent des biens meubles incorporels qui peuvent faire l'objet d'apport en nature à des sociétés de capitaux. Nous avons alors examiné leurs contours juridiques et les droits qu'ils confèrent.

Malgré un abus de langage fréquent, la cryptomonnaie ne constitue pas une monnaie mais un bien meuble incorporel fongible susceptible d'apport en société, soit en propriété, soit en jouissance. Les formalités de l'apport en nature s'appliquent ainsi à cette opération.

En outre, l'essor de l'économie numérique et du commerce en ligne a conduit à l'émergence d'un nouvel actif incorporel : le fonds de commerce numérique. Le problème actuel ne porte pas sur la reconnaissance de ce fonds, par la pratique et la doctrine, qui s'impose de lui-même, mais sur sa consécration dans le droit français. La frénésie des textes régissant le fonds de commerce classique ne permet pas de les adapter aux spécificités du fonds de commerce numérique. La précarité de ce fonds est alors mise en évidence. À l'instar du fonds agricole et du fonds artisanal, nous plaçons ainsi pour la consécration par le législateur du fonds de commerce numérique ainsi que pour l'automaticité de la transmission de la clientèle virtuelle et des contrats essentiels à son exploitation.

1011. La rémunération équitable d'un apport est subordonnée à une évaluation impartiale non seulement de l'actif apporté, mais aussi de la société bénéficiaire de l'apport. Dans ce contexte particulier, et notamment en présence des enjeux qui entourent une telle opération, il nous est apparu indispensable d'examiner en profondeur la notion de valeur. Cette analyse nous a conduits à rejeter l'évaluation de l'apport à la valeur du marché au profit de la valeur d'utilité du bien apporté.

1012. Dans un tout autre ordre d'idées, l'apport en nature soumis au régime de droit commun suppose la rédaction d'un contrat d'apport pour figer le contour des droits apportés et, éventuellement, des obligations qui leur sont attachées. Il s'agit d'un contrat immuable marqué d'une force obligatoire dès l'approbation de l'apport par la société bénéficiaire. Dans notre thèse, nous avons démontré que la connexion visiblement évidente entre la qualité d'associé et celle d'apporteur s'est égratignée à la lumière des dernières évolutions législatives et

jurisprudentielles. Plusieurs cas de figure corroborent cette déconnexion, qui s'opère d'ailleurs dans les deux sens. La rémunération de l'apport en nature par des BSA, alors qu'il ne s'agit que d'un accès différé, et surtout hypothétique, à la qualité d'associé de l'apporteur ou encore l'attribution d'actions gratuites, en sont des exemples marquants.

1013. La qualité d'associé est étroitement liée au risque social inhérent à la contrepartie consubstantielle à la notion d'apport en nature. Ce critère s'accorde parfaitement avec celui de l'apport, qui conserve toute son utilité.

Par ailleurs, la jurisprudence considère que la fusion n'est pas un apport²³⁴⁵. Cependant, il est démontré à travers cette étude que celle-ci comporte nécessairement des opérations d'apport en nature, même si ces deux notions ont des finalités différentes et ne produisent pas les mêmes effets. La fusion entraîne une transmission à titre universel, tandis que l'apport en nature se fait à titre particulier, sauf si les parties optent pour le régime des scissions.

1014. Le droit spécialement dédié à la fusion et opérations assimilées vise à faciliter la restructuration des sociétés en allégeant les formalités imposées par le droit commun. Les dispositions légales spéciales consacrées par l'article L. 236- 3 du Code de commerce prévalent sur les dispositions plus générales applicables aux opérations d'apport en nature non soumises au régime juridique des scissions. La transmission du patrimoine à titre universel s'opère de plein droit en un trait de temps de la société absorbée, scindée ou apporteuse au bénéfice de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport. Il existe alors une continuité parfaite de l'activité économique par la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport, qui devient simplement le nouveau véhicule juridique qui héberge cette activité. La dissolution de la société absorbée ou scindée, ou la survivance de la société apporteuse dans le cadre de l'apport partiel d'actifs, n'a pas d'effet sur la continuité de l'entité économique transmise par voie de fusion ou dans le cadre d'opérations assimilées.

1015. Il est démontré, cependant, que la transmission de plein droit, des éléments d'actifs et de passifs, n'est pas absolue, puisqu'elle se trouve confrontée à des contraintes et limites, notamment lorsque les contrats sont conclus ou sont par nature *intuitu personae* ou encore lorsque des textes particuliers excluent explicitement leur transfert automatique.

L'intransmissibilité de tels contrats, voire d'une licence ou d'une autorisation administrative, qui constituent l'essence même de la société cible, ou encore des avantages fiscaux ou des

²³⁴⁵ Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726, *Bull. Joly soc.*, févr. 2011, p.122, note P-L. Cannu. .

attributs qui pourraient être perdus, constitue une entrave à la réalisation de l'opération de fusion. Le maintien de ces actes juridiques est parfois essentiel pour la continuité de l'activité de la société cible et pourrait constituer une condition déterminante de l'opération de restructuration. Le droit américain permet la réalisation de ce genre d'opération à travers la fusion dite triangulaire à l'envers. L'état actuel du droit positif français ne le permet pas²³⁴⁶.

Cette distorsion trouve son origine dans le mode de rémunération des associés de la société absorbée. Le mécanisme de la fusion triangulaire prévoit la rémunération des associés de la société fusionnée par les droits sociaux de la société mère, tierce à l'opération de fusion. Le droit des fusions, à l'instar du droit fiscal français, ne prévoit nullement ce mode de rémunération. Les associés de la société fusionnée doivent nécessairement devenir associés de la société absorbante²³⁴⁷.

C'est ainsi que nous avons proposé un montage juridique original qui permet la réalisation d'une telle opération tout en préservant tous les attributs dont bénéficiait la société cible. Ce montage juridique suppose l'inversion du sens de la fusion et la réalisation concomitante de deux opérations distinctes : une opération de fusion et une opération d'apport en nature.

1016. Une autre problématique se pose avec la découverte de l'intransmissibilité d'un contrat ou d'une autorisation après l'approbation de la fusion ou opérations assimilées qui pourrait entraîner la caducité du contrat ou de l'autorisation irrégulièrement transmis. Il nous paraît ainsi essentiel de sécuriser ce type d'opération en réalisant une due diligence approfondie lors de la phase préparatoire.

Cette due diligence permet d'identifier les risques liés au transfert de certains biens, droits et contrats lorsque l'accord d'un tiers ou du cocontractant doit être requis préalablement, ou lorsque le contrat conclu est par nature *intuitu personae*. Elle permet également d'identifier les risques financiers, fiscaux, juridiques et sociaux, ainsi que la nécessité de solliciter des autorisations spécifiques, telles que celles de l'Autorité de la concurrence.

En outre, la réalisation d'une opération de fusion requiert que les sociétés participantes possèdent un actif net positif²³⁴⁸. À défaut, l'opération de restructuration n'est pas possible. À travers cette étude, plusieurs alternatives pour contrecarrer ces contraintes sont proposées.

²³⁴⁶ L'ordonnance du 24 mai 2023 n'a pas répondu positivement aux doléances des professionnels.

²³⁴⁷ La rémunération par des VMDAC est interdite.

²³⁴⁸ Cette condition demeure valable même si les capitaux propres comptables sont négatifs, pourvu qu'un ou plusieurs éléments de l'actif social apporté recèlent des plus-values latentes pouvant combler le déficit comptable.

1017. Parallèlement, la rémunération de l'apport suppose la détermination d'un rapport d'échange entre la valeur réelle des sociétés participantes. Cette parité d'échange constitue la charnière fondamentale de la préservation des droits, non seulement des parties à l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs, mais encore de leurs partenaires sociaux. Compte tenu des enjeux qu'elle recèle, une évaluation impartiale des sociétés participantes par un évaluateur indépendant revêt une importance capitale.

Il a également été démontré dans ce travail que, dans certaines situations, la parité d'échange ne permet pas aux associés minoritaires de devenir associés dans la société absorbante. Ceux-ci sont exclus de la société absorbée, qui se trouve dissoute par l'effet légal de la fusion et ne peuvent se prévaloir de la qualité d'associé dans la société absorbante, faute de disposer du nombre de droits sociaux requis par la parité d'échange. Il en ressort alors que le droit de propriété constitutionnellement protégé se trouve bafoué par la loi de la majorité issue du droit des sociétés. De ce fait, nous avons proposé une solution pour préserver le droit du minoritaire en échangeant les rompus dont il est propriétaire contre des VMDAC émises par la société absorbée ou scindée, lui permettant de devenir, à terme, associé de la société absorbante.

1018. L'étude de l'apport en nature a mis en relief le fait que la transmission universelle attachée à l'apport partiel d'actifs, soumise d'un commun accord des parties au régime des scissions, continue de poser problème.

Outre l'effet de la déconnexion des conditions d'éligibilité au régime des scissions et du régime fiscal de faveur, il est démontré que le traité d'apport revêt un caractère crucial pour cerner le contour de l'opération. Nonobstant, le sort des créances, dettes, droits et obligations ne peut se déduire de l'énumération qui figure dans le traité d'apport, mais du régime juridique auquel l'opération est soumise.

1019. Par ailleurs, l'exclusion d'un actif ou d'un passif du patrimoine apporté, même s'il y est économiquement rattaché, est juridiquement admise sous réserve d'en faire mention sans équivoque dans le contrat d'apport. *A contrario*, l'intégration d'un actif ou d'un passif non rattaché à l'activité apportée relève alors du droit commun. Le régime fiscal impose, en revanche, que la branche d'activité soit complète et n'admet ni inclusion ni exclusion d'un élément de patrimoine, sous peine de perdre le droit au régime fiscal de faveur.

1020. La scission partielle constitue une nouvelle figure de l'apport partiel d'actifs, introduite en droit français par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, qui prévoit un mode de

rémunération atypique²³⁴⁹. La doctrine n'est malheureusement pas riche en publications à ce sujet et la jurisprudence n'est pas encore sollicitée. Si la rémunération classique ne pose pas de problème particulier, il en va autrement pour la rémunération des associés de la société apporteuse par les actions ou parts de celle-ci, alors qu'elle s'est délestée d'une partie de son actif au profit d'une tierce société. Nous avons démontré que la tendance de la doctrine actuelle n'est pas corroborée par le droit comptable. Par une analyse itérative, il est proposé le montage juridique permettant de rémunérer les associés de la société apporteuse.

1021. Enfin, la mondialisation de l'économie, propulsée par l'essor des nouvelles technologies, a fait naître une diversité de biens et de droits susceptibles d'apport en société. Cependant, le droit positif n'a pas suivi ces développements, fringant la réalisation de certaines opérations de restructuration. Comme il a déjà été rédigé, l'absence de reconnaissance juridique du fonds de commerce numérique en constitue un exemple frappant.

De surcroît, le mode de rémunération actuel²³⁵⁰ ne permet pas de cerner toutes les opérations de restructuration des sociétés de capitaux, ce qui constitue un deuxième obstacle à la réalisation de certaines opérations qui pourraient être qualifiées de stratégiques.

La consécration d'un concept élargi des modes de rémunération et la définition d'un régime juridique pourrait ouvrir la voie à des opportunités significatives pour les sociétés de capitaux et faire l'objet d'une étude approfondie.

²³⁴⁹ C. com. art. L. 236-27, al.2. selon les dispositions de ce texte, les associés de la société apporteuse peuvent désormais être rémunérés par des « *parts ou actions de l'apporteuse, de la ou des bénéficiaires ou à la fois de l'apporteuse et de la ou des bénéficiaires représentant la contrepartie de l'apport seront attribuées directement aux associés de la société apporteuse* ».

²³⁵⁰ Pour les opérations de fusion, scission et apport partiel d'actifs, l'universalité des biens apportée ne peut être rémunérée que par des actions ou parts sociales.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

AUBRY CH. et RAU CH.-F., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Tome VI, LGDJ, 4^e éd., 1873.

BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, « Précis Domat », 15^e éd., 2024.

BIGOT J. et al., *Traité de droit des assurances - Entreprises et organismes d'assurance*, t. 1, LGDJ, « Traités », 3^e éd., 2011.

BLAISE J.-B., Desgorces R., *Droit des affaires*, LGDJ, « Manuels », 12^e éd., 2023.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, Sirey, « Sirey université », 19^e éd., 2024.

CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, « Cours », 13^e éd., 2018.

CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, PUF, « Themis », 22^e éd., 2000.

COLLART-DUTILLEUL FR. et DELEBECQUE PH., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, « Précis », 12^e éd., 2023.

Colloque, 17 nov. 2009, « L'apport en société dans tous ses états, Bull ». *Joly soc.*, 2009 § 232, p.1148

COURET A. et al., *Droit financier*, Dalloz, « Précis », 3^e éd., 2019.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, « Manuels », 37^e éd., 2024.

DDIER P., *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 2, Economica, « Corpus », 2011.

DE LAUBADERE A. , VENEZIA J.C. et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, « Traités», 9^e éd., 1984.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Droit commercial*, LGDJ, « Précis Domat », 3^e éd., 1993.

DONDERO B., *Droit des sociétés*, Dalloz, « Hypercours », 8^e éd., 2023.

ESCARRA J., ESCARRA E. et RAULT J., *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1950.

FLOUR J., AUBERT J.-L. ET SAVAUX E., *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, Sirey, « Sirey université », 18^e éd., 2024.

GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, « Droit fondamental », 9^e éd., 2015.

GERMAIN M. et MAGNIER V., *Les sociétés commerciales*, t. 2, LGDJ, « Traités », 22^e éd., 2017.

GERMAIN M., *Les sociétés commerciales*, LGDJ, « Traités », 18^e éd., 2002.

GHESTIN J. JAMINET CH. ET BILLIAU M., *Effets du contrat, Les obligations*, LGDJ, « Traité de droit civil », 2^e éd., 2001.

GIBIRILA D., *Droit des sociétés*, Ellipses, « 100% Droit », 7^e éd., 2024.

GUYON Y., *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. 1, Economica, « Droit des affaires et de l'entreprise », 12^e éd., 2003.

HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A., *Droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, t. 1, vol. 2, Dalloz, 2^e éd., 1980.

HOUPINET C. et BOSVIEUX H., *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. 1, Sirey, 7^e éd., 1937.

HOUTCIEFF D., *Droit commercial*, Sirey, « Sirey université », 5^e éd., 2022.

JEANTIN M., *Droit des sociétés*, Montchrestien, « Domat – Droit privé », 3^e éd., 1998.

JULIENNE M., *Régime général des obligations*, LGDJ, « H.C », 2^e éd., 2018.

LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, LGDJ, « Précis Domat », 10^e éd., 2023.

LEGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, « Sirey Université », 31^e éd., 2025.

LYON-CAEN CH. , RENAULT L. et AMIAUD A., *Traité de droit commercial*, t. 2, vol. 1, LGDJ, 5^e éd., 1926.

LYON-CAEN CH. et RENAULT L., *Traité de droit commercial*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1908.

MAGNIER V., *Droit des sociétés*, Dalloz, « Cours », 11^e éd., 2024.

MALAURIE P., L. AYNES L. et STOFFEL-MUNCK PH., *Droit civil : Les obligations*, Defrénois, « Droit civil Defrénois », 2^e éd., 2005.

MERLE PH. et FAUCHON A., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, « Précis », 26^e éd., 2023.

MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, « Traités pratiques », 2^e éd. 1988.

NAVARRO J.-L., *Lecture de bilan pour professionnels du droit*, Francis Lefebvre, « Dossiers pratiques Francis Lefebvre », 3^e éd., 2022.

PAGNERRE Y., *L'extinction unilatérale des engagements*, Éditions Panthéon-Assas, « Thèses », 2012.

PEDAMON M. et KENFACK H., RINGLER S. *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, « Précis », 5^e éd., 2023.

PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. X, LGDJ, 1932.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 9^e éd., 1923.

RIPERT G., DURAND P. et ROBLOT R., *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1959.

ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, LexisNexis, 4^e éd., 1999

STARCK B., ROLANDET H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations, Contrat*, t. II, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., 1998.

TERRE F., SIMLER PH. et Lequette Y., *Les Obligations*, Dalloz, « Précis », 13^e éd., 2022

TILQUIN T. et SIMONART V., *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer éditions Juridiques Belgique, 1996.

TOURNIER J.-B. et TOURNIER J.-C., *Évaluation d'entreprise, Que vaut une entreprise ?* Editions d'Organisation, « Livres outils », 4^e éd., 2007.

VOGEL L., *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, LGDJ, « Traités », 21^e éd., 2020.

II- OUVRAGES SPECIAUX

AYNES L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.

BARBET-MASSIN A., FLEURET F. et LOURIMI A., *Droit des cryptoactifs et de la blockchain*, LexisNexis, « Droit et professionnels », 2020.

BARKER R., *L'évaluation des entreprises, Modèles et mesures de la valeur*, Les Echos, « Finance », 2002.

BERTREL J.-P. et JEANTIN M., *Acquisitions et fusions de sociétés commerciales*, LexisNexis, 1991.

BONET P., *Mesure de la valeur des actifs immatériels du système d'information, Valeur intrinsèque des données, règles et processus*, Hermes - Lavoisier, « Etudes et logiciels informatiques », 2011.

CATILLON V., *La nature monétaire des cryptomonnaies*, PUAM, « Institut de droit des affaires », 2023.

CAUSSE H., *Les titres négociables*, LexisNexis, « Litec jurisclasser », 1993.

COHEN A., *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 1948.

COPPER-ROYER J., *De la fusion des sociétés*, Dalloz, « Essai juridique », 1933.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, « Dictionnaires Quadrige », 13^e éd., 2018.

COUPET C., *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, LGDJ, « Thèses », 2015.

COURET A. et DONDERO B., *Loi Pacte et droit des affaires*, Francis Lefebvre, « Dossiers pratiques Francis Lefebvre », 2019.

COURET A. et LE NABASQUE H., *Valeurs mobilières-Augmentation de capital*, Francis Lefebvre, « Dossier pratique », 2004.

DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volontés abdicatives*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1985.

DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955.

FOULQUIE P., *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, « Grands Dictionnaires », 1992.

GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, « Droit fondamental », 9^e éd., 2015.

GHOZI A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.

GODON L., *Les obligations des associés*, Economica, « Droit des affaires et de l'entreprise », 1999.

LABARTHE F., *La notion de document contractuel*, t. 241, LGDJ, « Thèses », 1994.

LAMY (éd.), *Droit de l'informatique et des réseaux*, 2005.

LAMY (éd.), *Droit des sûretés*, « Expert », 2024.

LAMY (éd.), *Droit du numérique (Guide)*, « Expert », 2024.

LAMY (éd.), *Droit immobilier*, « Expert », 2022.

LAMY (éd.), *Droit commercial*, « Expert », 2024.

LAMY (éd.), *Sociétés commerciales*, 2024.

LE NABASQUE H., *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004.

LE TOURNEAU PH., *Contrats du numérique, informatiques et électroniques*, Dalloz, « Dalloz Référence », 12^e éd., 2022/23.

LEFEBVRE F., *Les holdings*, « Dossier pratique », 8^e éd., 2020.

LEFEBVRE F., *Mémento Cessions de parts et actions*, « Mémento pratique », 2023-2024.

LEFEBVRE F., *Mémento comptable*, « Mémento pratique », 2024.

LEFEBVRE F., *Mémento Fiscal*, « Mémento pratique », 2024.

LEFEBVRE F., *Mémento Fusions et Acquisitions*, « Mémento pratique », 2024.

LEFEBVRE F., *Mémento Groupe de sociétés*, « Mémento pratique », 2015-2016.

LEFEBVRE F., *Mémento Sociétés Commerciales*, « Mémento pratique », 2024.

LEFEBVRE F., *Mémento transmission d'entreprises*, « Mémento pratique », 2022-2023.

LEFEBVRE F., *Mémento Urbanisme – Construction*, « Mémento pratique », 2023.

LEFEVBRE F., *Évaluation, Terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droits d'auteur et droits voisins*, « Dossiers pratiques », 6^e éd., 2009.

LEFEVBRE F., *Fonds de commerce, ventes et location-gérance*, « Dossier pratique », 2020.

LEGROS G., *L'évaluation des entreprises, Méthodes et études de cas*, Dunod, « Management Sup », 2015.

LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1999.

MALEVILLE J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. II., Garney / Laporte, 2^e éd., 1807.

MANARA C., *Le droit des noms de domaine*, LexisNexis, « IRPI », 2012.

MBA OWON° CH., *Droit communautaire des affaires de la CEMAC, instruments de crédit - instruments de paiement-incident de paiement*, LGDJ, « Droits africains », 2016.

MESTRE J., BUY F., RODA J.-C. et LAMOUREUX M., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, « Les Intégrales », 2^e éd., 2018.

MIGNON-COLOMBET A., *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, « Recherches juridiques », 2004.

MORTIER R., *Opérations sur capital social*, Lexis Nexis, « Droit et Professionnels », 2023.

MORVAN M.-J., *Code comptable, Comptes individuels*, Francis Lefebvre, « Code pratique Francis Lefebvre », 2022.

NAFFAH G., *La prime d'émission*, Economica, « Droit des affaires et de l'entreprise », 1999.

OBERT R., *Pratique des normes IFRS, Référentiel et guide d'application*, Dunod, « H.C », 7^e éd., 2021.

PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, « Dz.them.sirey », 1967.

PICARD M. et BESSON A., *Les assurances terrestres en droit français*, t. II, LGDJ, « GF », 2^e éd., 1965.

PRIETO C., *La société contractante*, PUAM, « Institut de droit des affaires », 1994.

REGNAUT-MOUTIER C., *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, « Thèses », 1994.

REYGROBELLET A., *Action Fonds de commerce*, Dalloz, « Dalloz Action », 2012/2013.

ROUTIER R., *Les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, « Thèses », 1994.

TOURNIER J- B. et TOURNIER J-C., *Évaluation d'entreprise. Que vaut une entreprise ?* Editions d'Organisation, « Livres outils », 4^e éd., 2007.

VIANDIER A., *La notion d'associé*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1978.

WALTER CH. ET BRIAN É., *Critique de la valeur fondamentale*, Springer, 2008.

III- THESES

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

ALBORTCHIRE A., Le sort des contrats dans les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales, Thèse Université d'Auvergne, 2005.

BAILLOD R., L'apport en industrie, Déclin ou renouveau ? Thèse Toulouse, 1980.

BARRILLON C., Le critère de la qualité d'associé Étude en droit français des sociétés, Thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016.

BEN SDIRA M., La protection des actionnaires minoritaires à l'occasion des fusions de sociétés, Thèse Limoges, 2014.

BLAISE H., L'apport en société, Thèse Rennes, 1953.

BONJEAN-MOILLO A., Essai d'une théorie du partage des sociétés commerciales, Thèse Rennes, 1967.

BUCHBERGER M., Le contrat d'apport, Thèse Panthéon-Assas, 2011.

CHENGUANG M., Les opérations de capital social en droit français et chinois, Thèse Panthéon Assas, 2016.

COQUELET M.-L., La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés, Thèse, Paris X-Nanterre, 1994.

CORINNE UNG S., Essai sur la transmission de l'action en justice, Thèse Paris-Saclay, 2023.

DECOCQ G., Essai sur l'évaluation, Thèse Paris II, 1996.

DELALANDE A. L., L'usufruit des fonds de commerce, Thèse Bordeaux, 1922.

DOCQ S., Essai sur le renouveau de la notion d'apport en droit des sociétés, Thèse Paris1 Panthéon sorbonne, 2015.

DRAPIER S., Les contrats imparfaits, Thèse Nancy 2, 2000.

ELLA ANDOUME W., Le cautionnement donné à une société, Thèse, Nancy 2, 2010.

GRENOT-DEVEDJIAN A., Les valeurs mobilières composées, Thèse Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009.

GROSCLAUDE L., Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés, Thèse Paris I, 1997.

HAUTCŒUR R., Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés, apports en jouissance, apport en travail, Thèse Lille, 1928.

HELAINÉ C., L’extinction partielle des dettes, Thèse Aix-Marseille, 2019.

HOUIN B., La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, Thèse Paris II, 1973.

JERMAN L., La production des évaluations actuarielles de la juste valeur dans les organisations : Une étude des acteurs, outils et contextes de la préparation des comptes, Thèse Paris Dauphine, 2014.

KALAANI A., La fusion de sociétés en droit interne et international : contribution à la notion de « contrat-organisation », Thèse Paris II, 2015.

LARROUMET C., Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse Bordeaux, 1968.

LOSFELD B., Droit des obligations et droit des sociétés, Thèse Lille 2, 2003.

MASQUEFA C., La restructuration, Thèse Paris II, 1998.

MICHINEAU M., La protection des droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital, Thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013.

NDIAYE M., L’inégalité entre associés en droit des sociétés, Thèse Paris1 Panthéon Sorbonne, 2017.

OSMAN A., La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien, étude comparative, Thèse Rennes 1, 2015.

PETEL-TEYSSIE I., Les durées d’efficacité du contrat, Thèse Montpellier I, 1984.

PICOD N., La remise de dette en droit privé, Thèse Toulouse 1, 2011.

RECEVEUR B., La force obligatoire du contrat de société : Contribution à l’étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, Thèse Université de Cergy-Pontoise, 2013.

ROUAST J., La notion juridique d’apport en nature, Thèse Paris, 1949.

RUFIN C-M., L’égalité dans les sociétés par actions, Thèse Paris, 1981.

SAINT GENIS S., La préférence en droit des sociétés, contribution à l’étude de la liberté statutaire, Thèse Lyon, 2018.

SAINTOURENS B., Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises, Thèse Bordeaux I, 1982.

SEIDOWSKY O., Le fonds de commerce numérique, Thèse Paris, 2006.

TADROS A., La jouissance des titres sociaux d'autrui, Thèse Paris 1 panthéon sorbonne, 2012.

TONNELIER G., Apport en nature dans les sociétés par actions, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1884.

TUNC R., Des avantages particuliers dans les sociétés par actions, Thèse Université de Paris, 1936.

URBAIN-PARLEANI I., Les comptes courants d'associés, Thèse Paris 1, 1984.

VACRATE S., La société créée de fait, Essai de théorisation, Thèse Paris 12, 2002.

VAISSE S., La loi de la majorité dans les sociétés anonymes, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme, Thèse Paris, 1967.

WAGOU LEUMEGA M. P., La protection des associés et des créanciers dans les opérations de fusion et d'apport partiel d'actif des sociétés commerciales en droit français et en droit OHADA, Thèse Lorraine, 2017.

IV- ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS ET CHAPITRES D'OUVRAGES

AZARIAN, H, « Sociétés par actions simplifiées, fonctionnement », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 1534, 2023.

BAC A., « De l'intérêt des avant-contrats synallagmatiques de vente ne valant pas vente », *JCP E*, n° 13, 1992.

BAILLOD R., « Le droit de repentir », *RTD civ.*, 1984, p. 227.

BARBIERI J.-F., « Associés et obligataires d'une société « faillite » », *LPA*, 26, p. 158, 1992.

BARRET O., « Promesse de vente », *Rép. prat. Dalloz*, n° 202 s., 2013.

BARRIERE F., « La fusion-filialisation », *Rev. soc.*, p. 667, Dalloz, 2013,.

BARRIERE F., « Un apport sans apport, la fusion triangulaire à l'envers », *Bull. Joly soc.*, p. 1173, 2009.

BARRILLON C., « Réforme du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés commerciales », *JCP E*, n° 24, 2023.

BARRILLON C., et al. , KPMG Avocats. « Le régime des restructurations simplifiées », *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, n° 177, 2021.

BASDEVANT F. et BOLZER J.-M., « Audit juridique et convention de garantie dans les acquisitions d'entreprise », *DPCI*, n° 1, p. 6, 1992.

BATAILLE L. et BADIANE L., « Un actif numérique aux contours juridiques incertains », *JCP E*, n° 40, , 2022.

BEGLEY M., « Réhabiliter les actions traçantes aujourd'hui », *Rev. Banque*, n° 359, 2017.

BERNHEIM Y., « Fonds propres et quasi-fonds propres », *Rev. Banque*, p. 450, 1992.

BESNARD GOUDET R. et MAOUCHE S., « Consentement des parties, Promesse de société, *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 7-30, 2023.

BESNARD GOUDET R., « Actions indivises et actions démembrées », *JC DBF*, 2022.

BESNARD GOUDET R., « Fusions-aspects juridiques commentaire », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc. E98, 2024.

BESNARD GOUDET R., « Sociétés anonymes, fusions par absorption », *J.-Cl. soc. form.* LexisNexis, fasc., K-425, 2023.

BESNARD GOUDET R., « Théorie des apports, notion d'apport en société », *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 10-10, 27juin 2023 § 31.

BINCTIN N., « La classification juridique des apports en nature », *Rev. soc.*, p. 517, Dalloz, 2009.

BLAISE H., « Apport », *Rép. soc.*, 1990, n° 250 et n° 325.

BLAISE H. , « Les fonds propres de l'entreprise », Mél. J. Derruppé, *LGDJ*, Joly, 1991, p. 215.

BOFFA R., « Distribution » *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 102, 2021.

BOLUZE L., « Valeur intrinsèque, définition et caractéristiques », *Revue électronique capital*, 2021.

BONDUELLE P., PRIEUR J. et PLAGNET B., « Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et de transmission, *Dr. sociétés*, actes pratiques , p. 11, LexisNexis, 1996.

BONNASSE A. et JÜLLICH N., Fusions-scissions, Effets. Actions en contestation, *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 162-20, 2021.

BONNASSE A., « Fusions-Scissions, Réalisation des fusions et scission », *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 162-10, 2020.

BONNEAU TH., « De quelques stipulations affectant le dividende des actions sectorielles », *RDBF*, p. 151, 2000².

BONNEAU TH., « La diversification des valeurs mobilières », *RTD com.*, 1988, p. 535.

BONNEAU TH., « Tokens, titres financiers ou biens divers ? » *RDBF*, n° 1, 2018.

BOUQUEMON A., « Les méthodes d'évaluation des sociétés familiales d'exploitation », *JCP N*, n° 51-52, 2022.

BOURDEAUX G., « Propos sur les cryptomonnaies », *RDBF*, n° 39, 2016.

BOYER L., « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.*, 1949, p.1.

BRIGNON B., « Actions de préférence », *J.-Cl. B, Créd. Bour.*, LexisNexis, fasc. 1803, 2020.

CADE I., « L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance », *Management & Sciences Sociales* n° 13, éd. ISTEC, 2012.

CAFFIN-MOI M., « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », mël. P. Merle, *Dalloz*, p. 101 et s., 2012.

CAMBACEDES M.-J., « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc.*, p. 431, *Dalloz*, 1976.

CARBONNIER J., « Contrats spéciaux », *RTD civ.*, 1954, p. 323.

CARCREFF P., « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.*, n°1, p. 145, 1976,

CASTA J-F., et LAMBRECHTS J., « Stock option actions gratuites comment choisir », *Option finance*, Hors-série, p. 2, n° 8, 2005.

CASTAGNE S. « Sociétés à responsabilité limitée, Augmentation de capital », *J.- Cl. not. form.* LexisNexis, Fasc. I-160, 2022.

CASTAGNE S., « Fonds de commerce, Fonds de commerce électronique, Cession », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc. 1932, 2023.

CASTAGNE S., « Sociétés à responsabilité limitée, Augmentation de capital », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc. I-160, 2022.

CAUSSAIN J.-J. et GERMAIN M., « Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées, *JCP E*, n° 14915, p. 205, 1987.

CERATI-GAUTHIER A., « Clauses statutaires relatives à l'organisation des pouvoirs – Commentaires », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc.12,2024.

CERATI-GAUTHIER A., « La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, n° 2, p.4, 2004.

CERATI-GAUTHIER A., « La fusion, outil de redressement d'une entreprise en difficulté ? » *Bull. Joly. entr. diff.*, p. 140, 2016.

CERATI-GAUTHIER A., « La nouvelle expertise de gestion contribue-t-elle à une meilleure information aux actionnaires minoritaires », *LPA*, n° 69, p. 6, 2002.

Ch. Quément, « Bail commercial, Cession », *J.-Cl. not. Rép.* LexisNexis, fasc. 1450, 2024.

CHAMMAS L. et al. « LBO, Création », *J.-Cl. DBF.* LexisNexis, fasc. 2310, 2019.

CHAZAL J.-P., « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Defrénois*, p. 167, n° 26, 2001.

CHEMINADE Y., « La nature juridique de la fusion », *RTD com.*, 1970, p.16.

CLERC L. et MARTEAU D., « « Juste valeur » et « prix de modèle », une comparaison internationale, de la structure des portefeuilles de trading et du ratio « rentabilité/risque », *Revue d'économie financière*, n° 115, p 309, 2014.

COLLOMB P., « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.*, 1979, p.1

COLOMER A., « L'entrée en société d'une personne mariée », *Defrénois*, p. 13. 1273, 1977.

CONSTANTIN A., « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly*, 2003, p. 742.

COQUELET M.-L., « L'apport partiel d'actifs transfrontalier, une opération en quête d'identité », *Rev. soc.*, p.743, Dalloz 2023 .

COQUELET M.-L., « La transmission universelle de patrimoine en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions », *Actes pratiques Ing. Fin.*, LexisNexis, p. 18, 2007.

COQUELET M.-L., « Le sort des actions en justice en cas de transmission universelle de patrimoine », *Bull. Joly*, p.783, 2008.

COQUELET M.-L., « Neutralité de la survivance de la société apporteuse en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, nouveau rappel de la Cour de cassation », *Bull. Joly soc.*, p. 518, 2004.

COUDERT M.-A., « Apport d'un fonds de commerce en société, Généralités et fiscalité », *J.-Cl. ent. ind.*, LexisNexis, fasc. 4505, 2024 .

COUDERT M.-A., « Apports partiels d'actif », *J.-Cl. fisc.*, LexisNexis, fasc. 1130-20, 2023.

Coudert M.-A., « IS - Opérations affectant la vie des sociétés. – fusions de sociétés », *J.-Cl. Fis.*, LexisNexis, fasc.5310., 2023.

COURDIER-CUISINIER A.-S., « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 2005, p. 521.

COURET A., « La lettre des fusions-acquisitions et du private equity », *Option finance*, suppl. n° 1145, 24 oct. 2011.

COURET A., « Le droit pour tous les indivisaires de participer à l'assemblée générale », *JCP E*, n°7, 2014.

COURET A., « Les actions traçantes », *Actes prat. ing. sociétaire*, LexisNexis, , n° 53, p. 3, 2000.

COZIAN M., « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé ? » *JCP E*, I, n° 374, 1994.

D'ARCIMOLES C.-H., « Fiabilité de la valeur, valeur de la fiabilité », *Revue française de gestion* , vol.35, 2009.

DAIGRE J.-J. , « Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ? » *JCP E*, n° 31, 1992.

DAIGRE J.-J. , « Restructuration des sociétés, apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ? » *Actes prat. ing. Sociétaire*, LexisNexis, p. 3, n° 9. 1993.

DAIGRE J.-J., TUROT J. et AIME M., *L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux, Droit des sociétés*, Actes pratiques, JurisClasseur, 1995.

DALMAU R., « Réforme du droit des fusions », *Bull. Joly soc.* , p.39, 2023.

DAMY G., « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Dr. et patr.*, p. 46, 2004.

DANET D., « Comptes courants d'associés, pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD com.*, 1993, p. 55.

DANNENBERGER F., « Droit général des sociétés, Apports en nature et en industrie », *J.-Cl. soc. form.*, LexisNexis, fasc. C-30, 2024.

DANNENBERGER F., « Fusion et scissions sociétés à responsabilité limitée », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc. n° I-180, 2023.

DANNENBERGER F., « Sociétés, Expertise de gestion, Expertise « in futurum » , commentaires » , *J.-Cl. soc. form.*, LexisNexis, fasc. C- 415, 2024.

DE VAUPLANE H., « Crypto-Assets, token, blockchain, ICO, un nouveau monde ? » *Rev. Banque*, n° 812, 2017.

DE VAUPLANE H., « Portée et nature juridique du visa de la COB et de la décision de recevabilité du CBV. Application de la méthode multicritère aux opérations portant sur des actifs essentiels », *Bull. Joly Bour.* , p. 517, 1995.

DE WATRIGANT C., « L'agrément en cas de cession d'actions par voie de fusion », *Actes pratiques et ing. Soc.*, LexisNexis, p. 39, 2004.

DECOCQ G., « L'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Palais*, n°155 – p. 52, 2009.

DELPECH P., « Adaptation du cadre juridique des fusions, scissions et apports partiels d'actifs domestiques », *Actualités , le quotidien de droit*, Dalloz, 2023.

DEROUIN PH., « Les fusions triangulaires de sociétés », *Bull. Joly soc.*, p. 1026, 2008.

DERRIDA F., « De la solidarité commerciale », *RTD com.*, 1953, p. 329.

DERRUPPE J., « Un associé méconnu, l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois*, p. 1137, n° 5 et 6, 1994.

DESGENS-PASANAU G., « Notion de fonds de commerce et internet », *J.-Cl. ent. ind.*, LexisNexis, fasc. 1080, 2024.

DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat organisation », in *L'avenir du droit*, mélanges F. Terré, Dalloz, p. 635, 1999.

DOM J.-P., « L'attribution gratuite d'actions », *Bull. Joly soc.*, p. 187, 2005.

DOM J.-PH., « L'attribution gratuite d'actions », *Bull. Joly*, p. 188, 2005.

DOUVILLE T., « Le fonds de commerce électronique, de sa reconnaissance à sa marginalisation », *Dalloz IP/IT*, 670, 2019.

DOUVRELEUR O., « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? in La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions », *RJC*, p. 124, 1991.

DUBOUT H., « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *Bull. Joly soc.*, p. 722, 1992.

ENGEL PH., « Associé et créancier, l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux », *JCP E*, 1998.

FABRE R. et SERSIRON L., « Contrat de licence de savoir-faire », *J.-Cl. Brev.*, LexisNexis, fasc.4710, 2024, n° 5.

FABRE-MAGNAN M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85.

FERRY CL., et *al.*, « Validité, portée, efficacité des clauses d'inaliénabilité statutaires et extra-statutaires portant sur des actions », *Actes pratiques Ing. Fin.*, LexisNexis, n° 115, p.4, 2011.

FERRY C., CANARD R. et CRETTE M., « Les actions de priorité, Droit des sociétés », *Actes pratiques*, 1993.

FLOUR Y., « La qualité d'actionnaire et l'indivision », *Rev. soc.*, p. 569, Dalloz, 1999.

FORNASARI R., « Le contrat de transfert d'un bien moyennant cryptomonnaie, choix et enjeux de la qualification », *HAL Open science*, n° 2, 24 févr. 2024.

FOY R., « Bon de souscription d'action », *Rép. soc.*, n° 4, Dalloz, 2017,.

GARÇON J.-P., « Apport à une société en formation, opposabilité aux tiers », *Bull. Joly soc.*, p. 1030, 2001.

GENINET M., « Les quasi-apports en société », *Rev. soc.*, Dalloz, 1987, p. 25.

GERARD F.-M., « L'indispensable subjectivité de l'évaluation », *Antipodes*, n° 156, 2002.

GERMAIN M. et MAGNIER V., « Propos introductifs, Les apports entre passé et avenir, *Bull. Joly soc.*, p. 1148, 2009.

GERMAIN M. et MAGNIER V., « Propos introductifs - Les apports, entre passé et avenir, *Bull. Joly*, p. 1150, 2009.

GERMAIN M., « Le capital de la société commerciale », *RJ com.*, p. 31, 1987.

GIBIRILA D., « Parts sociales, Cession. Transmission, SARL », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc.1238, 2022.

GIBIRILA D., « Société, dispositions générales, constitution de la société, apports », *J.-Cl. civ. cod.*, LexisNexis, fasc. 11, 2023.

GIBIRILA D., « Société, Dispositions générales, Constitution de la société, contrat de société », *J.-Cl. civ. cod.*, LexisNexis, fasc. 10, 2023.

GIULIANI G., « De l'augmentation de capital par apport en nature sous condition suspensive dans les sociétés par actions, *JCP E*, n° 31-34, 2006.

GODON L., « La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly soc.*, p.728, 2001.

GOFFAUX-CALLEBAUT G., « Apport », *Rev. soc.*, p. 592, Dalloz, 2023.

GOFFAUX-CALLEBAUT G., « Part sociale », *Rép. soc.*, Dalloz, 2024.

GOLLIER CH., « Taux d'actualisation et rémunération du capital », *Revue française d'économie*, p. 5, 2015.

GORÉ F., « La notion de capital », in mél. R. Rodière, 1982, Dalloz 1982, p. 85

GOYET CH., « Les conventions entre le dirigeant et la SAS », *LPA*, 2000, n° 8, p. 56, .

GRENIER P., « La compliance dans les opérations d'acquisition, de due diligence à l'intégration de la cible post- acquisition, *JCP E*, n° 27, 2021.

GROSCLAUDE L., « La location de droits sociaux, le coup d'épée dans l'eau de la loi du 2 août 2005, *Rev. Lamy Droit des affaires*, n° 1, janv. 2006,

GUENGANT A., « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales, *JCP E*, I, 131, 1994.

GUENGANT A., et al., « Actions de préférence, questions de praticiens, *JCP E*, 1045, n° 7, 2005.

GUYADER H., « La décision de fusion-absorption d'une SA par une SAS doit être prise à l'unanimité des associés, *Rev. Lamy Droit des affaires*, n° 788, mars 2007.

GUYON Y., «Les tracking stocks», in mél. AEDBF, *Banque Ed.*, t. III, p. 183, 2001.

HAMEL J., « L'affectio-societatis », *RTD civ.*, 1925, p.761.

HAMELIN J.-F., « Fusion - Réforme du régime applicable aux opérations de fusion, scission et apport partiel d'actifs, *Dr. sociétés* étude 8, n° 13, n° 11, 2023.

HAMELIN J.-F., « Le contrat de société ». *Actes Prat. et Ing. sociétaire*, LexisNexis, n° 147, 2016.

HAMELLE A., « Un exemple de bonnes pratiques en matière de compliance, *Rev. Lamy Droit des affaires*, n° 125, 1er avr. 2017.

HIRIGOYEN G., « Problématique de l'évaluation des entreprises », *Identités de la gestion*, in mél. P. Lassègue, *Vuibert*, p. 83, 1991.

HONORAT J., « Les nullités de constitution de sociétés », *Defrénois*, p. 8, 1998.

HONORAT J., « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », *Rev. soc.*, p. 577, Dalloz, 1999.

HOVASSE H. et NOE M., « Indivision et droits sociaux », *Actes pratiques Ing. Fin.*, LexisNexis, p.3 n° 864, 2010, .

HOVASSE H., « Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions et étendue de l'actif soumis », *Dr. sociétés*, comm., 256, LexisNexis, 2008.

HOVASSE H., « L'apport de droits sociaux avec soulte », *Bull. Joly soc.* , p. 572, 2015.

HUGUET H. et DANNENBERGER F., « Apports en nature et en industrie, droit général des sociétés », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc.C-30, 2024.

HEMARD J., TERREET FR. et MABILLAT P., *Sociétés commerciales*, t. 2, Dalloz, 1974.

IROLI R., « La parité d'échange des titres dans les fusions », tome II, p. 607 et s., spéc.p.608, in mél., P. Vigreux, LITEC, 198.

ITEANU O., « Le contrat, l'outil majeur du commerce électronique », *Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 116, juill. 1999.

JAOUEN A., Alliance stratégique et croissance de la très petite entreprise in *Stratégies de croissance Fusions-acquisitions. Alliances stratégiques. Développement interne*, Dunod, 2009.

JASPAR X. et METAIS N., « Les limites à la transmission universelle du patrimoine, les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly*, p. 47, 1998.

JAVAUX B. et ARCELIN-BOYER E., « Secret des affaires, La loi du 30 juill. 2018 sur le secret des affaires, quels enseignements tirer de la *jurisprudence* 4 ans après ? » *JCP G*, , 1038, n° 37, 2022

JEANTIN M., « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. sociétés*, p. 2, LexisNexis, 1988.

JEANTIN M., « La transmission universelle du patrimoine d'une société, in les activités et les biens de l'entreprise, Mél. J. Derrupé », *Éd. Joly*, p. 287, 1991.

JEULAND E., « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, chron. p. 356 .

JONZO E., « Indivision et société, une précision nouvelle sur les droits du copropriétaire indivis de titres sociaux », *JCP E.*, n° 15, 2021.

JULLIAN N. et TISSEYRE S., « Nullités », *Rev. soc.*, n° 43, Dalloz, 2021.

KALAANI A., « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? » *JCP E.*, n° 43-44, 2016.

KAUFFMANN R., « De l'utilité et des effets d'une clause potestative, la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires », *D.* 1982. Chron. 129.

KERAVEC TH. et WALRAVENS A., « Pacte de préférence », Fasc. 10, *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc., 2021.

KLING D., « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Bull. Joly*, p. 1186, 2009.

KORNPROBST E., « Cession de droits sociaux, Régime fiscal - Mutations à titre onéreux », *Rép. soc.*, nov. 2016.

KRAJESKI D., « Incidence de la considération de la personne sur l'apport partiel d'actif », *Bull. Joly soc.*, p. 192, 2003.

KRAJESKI D. , « La disparition du contrat (nullité, caducité, résolution, résiliation», *Revue générale du droit des assurances*, déc. 2017, n°12, pp. 646-650.

KULLMANN J., « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron. p. 59.

LACOSTE J., « Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache - Willot, *JCP CI*, II, 1975.

LAFOND J. et COLLARD F., « Avant-contrat., Promesse synallagmatique de vente, Rédaction », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc.102, 2021.

LAHIRE B., « Formes sociales et structures objectives : une façon de dépasser l'opposition objectivisme/subjectivisme », in *L'Homme et la société*, p. 103-117, 1992.

LALOU H., « Les Pactes de préférence, *DH*, chron. p.42, 1929.

LAPOYADE-DESCHAMPS C., « La liberté de se retirer d'une société, *D.* 1978, chron., p. 123.,

LATINA M., « Contrat : généralités », *Rép. dr. civ.*, 2023.

LATINA M., « Les mesures du temps », in *Le temps et le droit* , *Dalloz*, spéc. n° 28 s., 2014.

LE CANNU P., « Apport d'un fonds de commerce et opération de gestion de l'article 226 de la loi du 24 juill. 1966, *Bull. Joly soc. tr.*, n° 18, 1993.

LE CANNU P., « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly soc.*, p. 672, 2012.

LE NABASQUE H. et SOILLEUX A., « La réforme du droit commun des fusions », in *La réforme des fusions et scissions de sociétés* : *Bull. Joly soc.*, p. 262, 2012.

LE NABASQUE H., « Apports d'actifs ou acquisitions rémunérés par des titres de créances complexes ORA, OC ou des bons de souscription d'actions », *RDBF*, p. 119, 2004.

LE NABASQUE H., « Des apports rémunérés par des valeurs mobilières donnant accès au capital ? » *Bull. Joly soc.*, p. 37, 2022.

LE NABASQUE H., « La fin de la connexion apports/capital ? Quel avenir pour le capital », *Collections thèmes et commentaires*, *Dalloz*, p.113, 2004.

LE NABASQUE H., « La question de la transmission des droits de vote double attachés à une participation apportée », *Bull. Joly soc.*, p. 63, 2022.

LE NABASQUE H., « La scission partielle », *Bull. Joly soc.*, p. 53, 2023.

LE NABASQUE H., « Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle », *Rev. soc.*, Dalloz, 2005, p. 779.

LE NABASQUE H., SOILLEUX A. et DUGUAY A., « Les conditions de la soumission de l'apport partiel d'actif au régime juridique des scissions », *Bull. Joly soc.*, p. 55, 2022.

LE NABASQUE H., SOILLEUX A. et DUGUAY A., « Les scissions et apports partiels d'actifs simplifiés », *Bull. Joly soc.*, p. 274, 2012.

LE NOACH G., « L'évolution et la disparition de la société », *Lexis 360, fiches pratiques* n° 84906, n° 1.2.2, 2023.

LECOURT A., « Apport », *Rev. soc.*, n° 531, Dalloz, 2024.

LECOURT A., « Capital social », *Rev. soc.*, Dalloz, 2023, n° 41.

LECOURT A., « Droit des sociétés et numérique », *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, n° 29, 2019.

LECOURT A., « Location de parts et d'actions », *Rev. soc.*, n° 22, Dalloz, 2017.

LECOURT B., « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », in mél. Y. Guyon, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz. p. 615, 2003.

LECOURT V. B., « Faut-il craindre une fuite des sociétés françaises vers l'étranger ? » *Rev. soc.*, Dalloz, p. 721, 2023.

LEDAN J., « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés*, étude 17, LexisNexis, 2010.

LEGEAIS D., « Actifs numériques et prestataires sur actifs numériques ». *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 535, 2019.

LEGEAIS D., « Blockchain » *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc.2160, 2020.

LEGEAIS D., « Crédit-bail mobilier », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 371, 2016.

LEGEAIS D., « Fonds de commerce, Généralités », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 201, 1er mars 2021.

LEGEAIS D., « Loi Pacte, les dispositions relatives aux actifs numériques et aux prestataires de services numériques », *JCP E*, n° 26, 2019.

LEGEAIS D., « Société en formation », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc.1019, 2023.

LEGROS J.-P., « Nullités des sociétés, causes de nullité », *J.-Cl. com.*, LexisNexis, fasc. 32-20, 2006.

LEVASSEUR M., « Évaluation et coût du capital d'une start-up », *Revue du Financier*, n° 155, p. 13-26, 2005.

LIBCHABER R., « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, *Dalloz*, 2003, p. 717, spéc. p. 723.

LIBCHABER R., « Réflexions sur les engagements perpétuels », *Rev. soc.*, p. 437, *Dalloz*, 1995.

LIENHARD A., « Part sociale indivise : portée du droit de participer aux décisions collectives », *Dalloz. Actualité*, 31 janv. 2014.

LINANT DE BELLEFONDS X., « La LCEN et le consensualisme », *RDC*, n° 2, p. 592, 2005.

LOISEAU G., « Renouveau du droit de propriété ? L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine », *Dr. et patr.*, p.59, 2001,

LOISEAU G., « Le nom de domaine et internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999, chron., p. 247.

LOUBET E. et RAPONE E., « Fusion de sociétés, Apport partiel d'actif », *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 164-10, 2023.

LUCAS F.- X., « Apport partiel d'actif et opération de gestion », *Bull. Joly soc.*, p. 250, 1999.

LUCAS F.- X., « Précisions relatives aux modalités d'interprétation de la portée d'un apport partiel d'actif », *Bull. Joly soc.*, p. 399, 2014.

LUCAS F.- X., « Promesse d'achats de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines ; à la recherche de la cohérence perdue », *JCP E*, n° 168, 2000.

LUCAS F.- X., « Refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociales », *Dr. sociétés*, comm. 25, LexisNexis, 2007.

LUCAS F.- X., « Théorie des bénéfices et des pertes, bénéfices, économies et pertes », *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 15-10, 2015.

LUTTER M., « L'apport en numéraire fictif, une théorie allemande et un problème de droit européen », *Rev. soc.*, p. 331, Dalloz, 1991.

M.-L. Coquelet, « La transmission universelle de patrimoine en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions », *Dr. sociétés*, Actes pratiques, p. 5, LexisNexis, 2007.

MANARA C., « Nom de domaine », *Rép. com.* Dalloz, 2019.

MARAIN G., « Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie », *AJ contrat*, Dalloz, 2017, p. 522.

MARAIN G., « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », *AJ Contrat*, Dalloz, 2016. 526.

MARMAYOU J.-M., « Apport en nature », *Etude Joly soc.*, 2016.

MARTIN D., KANOVITCH B. et SIMSI S., « pour une modernisation du droit des fusions », *RTD fin.* 2010, p. 18.

MARTIN D.R., « Du changement de contractant », *D.* 2001, p. 3144.

MARTIN G.-J., « La notion de fusion », *RTD. com.*, 1978, p. 269.

MARTIN LAPRADE F., Apport et contrepartie », *Bull. Joly*, p. 1170, 2009.

MASSART T., « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly*, p. 632, 2009.

MASSART T., « Panorama de l'environnement juridique de la restructuration », *Rev. Lamy Droit des affaires*, n° 54, nov. 2010.

MATTOUT J.-P., « Les attributions gratuites d'actions aux salariés et dirigeants », *Dr. et patr.*, p.26, 2005,

MAUBRU B., « L'agrément du conjoint de l'associé », *Defrénois*, 1985, p. 801.

MCHAWRAB S., et al., « Les dessous de l'évaluation des entreprises high tech », *Finance contrôle stratégie*, n° 3, 2015.

MEDEVIELLE G., « Le credo caché de l'évaluation financière d'un bien, retour sur la notion de juste prix chez saint Thomas d'Aquin », *Institut Catholique de Paris*, Transversalités , n° 124, p.26, 2012.

MEKKI M., « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017, p. 2160.

Mélanges

MENDOZA-CAMINADE A., « La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'internet, faut-il admettre le fonds de commerce électronique ? » in *mél. Ph. Le Tourneau, Dalloz*, p. 763 s., 2007.

MERCADAL B., « A propos de la clause Material adverse change » en matière de fusions de sociétés », *RJDA*, p. 83, 2003.

MERCADAL B., « Que faire des actions de préférence », *RJDA*, p. 671, 2006.

MERLE PH., « Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL », *RJDA*, p. 3, 1993.

MESTRE-CHAMI A.-S., « Les modalités de création des actions de préférence », in Dossier, Les actions de préférence, en attendant la réforme, *Journ. soc.*, n° 109, p. 20, 2013.

MICHINEAU M., « Actions », *Études Joly soc.*, , n° 102, 2021.

MICHINEAU M., « Valeurs mobilières donnant accès au capital social », *Etude. Joly soc.*, 2022.

MIGNOT M., « Vente contrat instantané ou successif », *J.-Cl. not. rép.* LexisNexis, fasc.10, 2022.

MIGNOT M., « Vente, Nature et forme, promesse synallagmatique de vente », *J.-Cl. civ. cod.*, LexisNexis, fasc. 10, 2023.

MONNET J., « Théorie des apports, Apport d'un fonds de commerce », *J J.-Cl. ent. ind.*, LexisNexis, fasc.4510, 2021.

MONNET J., « Transfert de portefeuille de contrats d'assurance et changement d'assureur, entre certitudes et incertitudes », *Revue générale du droit des assurances*, p. 6 n° 01, 2017.

MORELLI N., « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly soc.*, p. 932, 2004.

MORTIER R. et HOVASSE H., « L'usufruit de droits sociaux », *Actes pratiques Ing. Fin.*, LexisNexis, n° 105, p.5, 2009.

MORTIER R. et MORTIER A., « La location d'actions et de parts sociales », *Actes pratiques Ing. Fin.*, LexisNexis, p. 7, n° 7, 2007.

MORTIER R., « Augmentation du capital par apport en nature », *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 156-30, 2017.

- MORTIER R., « Caractéristiques des actions de préférence », *Actes Prat. et Ing. sociétaire*, LexisNexis, p. 7. 2012.
- MORTIER R., « L'apport-cession gagne en précision », *La revue fiscale notariale*, 2012, étude 1.
- MORTIER R., « Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées », *Actes Prat. et Ing. sociétaire*, LexisNexis, n° 141. 2015.
- MORTIER R., ZABALA B. et DE VENDEUIL S., « La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte », Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *Dr. sociétés*, étude 8, LexisNexis, 2019.
- MOULIN J.- M., « Fusion, scission et apport partiel d'actif » *Rép. soc.*, 2024.
- MOURY J., « L'apport rémunéré par l'attribution de titres donnant seulement accès au capital, sur fond de requalification de vente en apport », *Recueil Dalloz, D.* 2023. p. 22, n° 10.
- MOUSSERON F., « L'audit contractuel », *JCP E*, n° II, p. 289, 1987.
- MOUSSERON P., « Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux », *RJDA*, p. 199, 2006.
- NAUDIN E., « Capacité et situation conjugale de l'associé », *Etude. Joly soc.*, 2023.
- NEUER J.-J., « Le contrat-institution, Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *LPA*, n° 73, p. 4, 1995.
- NUSSENBAUM M. et KARSENTI C., « Évaluation d'entreprises comment calculer les primes ou les décotes », *Option finance L'expertise*, n° 704, 2002.
- NUSSENBAUM M., « Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité, in La prise de contrôle », *RJ com.*, p. 24, 1998.
- OPPETIT B., « Les cessions de droit sociaux emportant le transfert de contrôle d'une société », *Rev. sociétés*, p. 631, Dalloz, 1978,.
- PACLOT Y., « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCP E*, I, 674, 1997.
- PAILLER P., « Location financière, Crédit-bail, Principes », *J-C Contr. Dist.*, LexisNexis, fasc. 2610, 2022.
- PAILLUSSEAU J., « La cession de contrôle », *JCP*, I, n° 3324, 1986.

PAILLUSSEAU J., « Le droit est aussi une science de l'organisation », *La revue des sciences de gestion*, Direction & Gestion n° 284, droit et management, p.73, 1989.

PAILLUSSEAU J., « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705.

PAILLUSSEAU J., « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP G*, I, n° 3148, 1984.

PANICHI K. et FAYOT F., « Le Bicentenaire du Code civil, une contribution luxembourgeoise », *Portalis*, p. 375, 2004.

PAPER X., « Entreprise et expertise Comptabilité », *Option Finance* n° 1286, 29 sept. 2014.

PELLIER J.-D., « Retour sur la condition », *RDC*, n° 03, p. 195, 2020.

PELLIER J.-D., « Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive », *LPA*, n° 73, p. 3, 2008.

PELTIER F., « La nature juridique des obligations remboursables en actions », *JCP E*, p. 286, 1992.

PERIN P.-L., SAS, « Nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants », *Bull. Joly soc.*, p. 1143, 1999.

PETERKA N., « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Deffrénois*, p. 1137, n° 1, 2000.

PETOT-FONTAINE M., « Sociétés à responsabilité limitée, fusions et scissions, Apport partiel d'actif », *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 79-10, 2017.

PEYRAMAURE P., « Description de la technique d'acquisition de société », *RJ com.*, p. 76, 1988.

PICOD N., « Remise de dettes », *Rép. dr. civ.*, 2022.

PINOTEAU CH., « A propos de l'évaluation des entreprises en cas de fusion ou d'apport partiel », *JCP G*, études et comm., n° 11134, 1973.

PLANTAMP D., « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD com.*, 1994, p.1.

PLANTIN S., « L'attribution d'actions gratuites », *JCP E*, p. 560, 2005.

- PLUCHART J.-J. et BARBARA L., « Vers une approche constructionniste du processus d'évaluation de l'entreprise », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2014.
- PORACCHIA D., « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *Bull. Joly soc.*, p. 40, 2019.
- PORACCHIA D., « LBO, Acquisition avec effet de levier », *Rev. soc.*, n° 65, Dalloz, 2005.
- PRIEUR J., et al., « L'usufruit de droits sociaux, quelle place pour la liberté contractuelle ? » *JCP N*, n° 23, 1221, 2010.
- PRUJINER A., « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les cahiers de droit*, vol.31, n° 4, p. 979-1280, 1990.
- PUTMAN E., « La révocation amiable », in La cessation des relations contractuelles d'affaires, *PUAM*, spéc. p. 126-127, 1997.
- QUEMENT CH., « Bail commercial, Cession », *J.-Cl. not. rép.* LexisNexis, fasc. 1450, 2024.
- RABAGNY-LAGO A., « Propos sur la nature juridique du nom de domaine », *Communication - Commerce électronique*, 2015, 4, pp. 14-17 2015. halshs-02901729
- RABREAU A., « Nullités des décisions sociales », *Etude joly soc.*, n° 126, 2021.
- RADU-LEFEBVRE M., BARREDY C. et FAYOLLE A., « Les nouveaux défis de la succession dans les familles entrepreneuriales », *Entreprendre et Innover*, n° 44, p. 5, 2020.
- RAKOTOVAHINY M., « La contrepartie des apports », *Journ. Sociétés*, p. 58, 2013.
- RAWACH E., « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat » : *D.* 2001, p. 223.
- REGNAUT-MOUTIER C., « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *Bull. Joly soc.*, p. 1155, 1994.
- REINHARD Y., « L'apport en société de droits de propriété industrielle », in mél., A. Chavanne, *Litec*, 1990.
- REINHARD Y., « Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004 », in Des lois Initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées, Journées d'études Dalloz 2004, p. 6.
- REINHARD Y., « Le holding familial », *Defrénois*, art. 37313, p. 291, 2001.

REROLLE J.- F., « L'évaluation financière d'une société, une subjectivité à encadrer », 07 janv. 2015, le blog de J.-F. Rérolle Vox-Fi, <https://www.finance-gestion.com/auteur/jean-florent-rerolle>, consulté le 23 déc. 2023.

REVEL J., « Collaboration professionnelle et couples », *Rép. dr. du travail*, 2011.

REYGROBELLET A., « La réforme des valeurs mobilières complexes par l'ordonnance du 31 juill. 2014 relative au droit des sociétés », *Bull. Joly Bourse*, p. 564-571, 2014.

REYGROBELLET A. ET DENIZOT CH., « Sort du fonds de commerce dans le partage Successoral », *Dalloz*, « Dalloz Action », 2012.

REYNAUD CH. et PUYRAVEAU P., « Les problèmes posés par les apports en nature et spécialement l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise commerciale et les clauses de rétroactivité », in mélanges D. Bastian, T1, *Droit des sociétés*, Librairies Technique, p. 241 s., 1974.

RICHARD J., « Options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel salarié », *JCP*, I, n° 2439, 1971.

ROBERT J.-M., « Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature », *D.* 1974, chr., p. 97.

ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *Revue des contrats*, n° 1, p. 47, 2002.

RONZAN^o A., « Clientèle et fonds de commerce sur l'internet », in *La clientèle appropriée, Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Etude du Centre de recherche sur le droit des affaires, LexisNexis-Litec, coll. *Le Droit des affaires*, n° 327 et s., p. 187, 2004.

ROUSSEL F., « Apport conjoint de l'usufruit et de la nue-propriété », in *Démembrement de propriété, Vulnérabilité et parades*, *Dr. et patr.*, hors-série n° 1, p. 30 et s., spéc. p. 31, 1995.

ROUSSILLE M., « Le bitcoin, objet juridique non identifié », *Banque et Dr.*, n° 159, 2015.

SAINT-BONNET TH., « Typologie des missions d'évaluation de sociétés et de droits sociaux effectuées par un expert indépendant », *LPA*, n° 120, p. 6, 2014.

SALGADO M.-B., « Biens de l'exploitation – Éléments corporels », *J.-Cl. ent. ind.*, LexisNexis, fasc.1050, 2024.

SALGADO M.-B., « Fonds de commerce – Composition-Éléments corporels », *J.-Cl. not. form.* LexisNexis, fasc.32, 2024.

SALGADO M.-B., « Fonds de commerce, biens de l'exploitation, éléments incorporels, clientèle, nom commercial et enseigne, propriétés incorporelles », *J.-Cl. ent. ind.*, LexisNexis, fasc.1060, 2023.

SALGADO M.-B., « Vente du fonds de commerce », *J.-Cl. ent. ind.*, LexisNexis, fasc., Synth. n° 90, 2024.

SAVARY E. et DUBUISSON O., « Un site internet est-il un fonds de commerce ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, p. 21, n° 2234, avr. 2009.

SAVIGNAC F., « Quel mode de financement pour les jeunes entreprises innovantes, Financement interne, prêt bancaire, ou capital-risque ? » *Revue économique*, v. 58, p. 863 à 889, 2007.

SCHILLER S., « L'évaluation de la préférence », *Rev. soc.*, p. 703, Dalloz, 2006.

SCHLUMBERGER E., « Le statut de la créance de libération d'apport », *Gaz. Pal.*, n° 23, p. 55, 2019.

SCHLUMBERGER E., « Les contrôles de légalité dans les opérations transfrontalières », *Bull. Joly soc.*, p. 66, 2023

SCHÜTZ R.-N., « Crédit-bail », *Rép. civ.*, 2015.

SCHÜTZ R.-N., « L'exécution des promesses de vente », *Defrénois*, p. 833, n°15-16, 1999.

SENECHAL J., « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJCA*, p. 79, 2016.

SEUBE J.-B., « La vente d'un fichier informatisé de clients non déclaré à la CNIL est annulée pour illicéité de son objet », *JCP E*, n° 1422, 2013.

SOLLE B., « Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire, histoire d'un malentendu », *RJDA*, p. 335, 1992.

SOUSI-ROUBI B., « Le contrat d'échange », *RTD civ.*, 1978., p. 257.

STOFFEL-MUNCK P., « La réforme des contrats du commerce électronique », *Comm. com. électr.*, étude 30, 2004.

STORCK M., « Synthèse - Avant-contrats », *J.-Cl. civ. cod.*, LexisNexis, synt. 560, 2023.

STOUFFLET J., « Les capitaux propres », *Rev. soc.*, p. 541, Dalloz, 1986.

SYLVESTRE S., « Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? » *Bull. Joly soc.*, p. 1003, 2002.

TCHENDJOU M., « Le conjoint de l'associé », *RTD com.*, 1996. p. 409.

TEBOUL G., « Chronique d'automne de droit des entreprises en difficulté », *Dalloz actualités, le quotidien du droit*, 2023.

THEIMER A., « Émissions d'actions gratuites au profit de salariés et de dirigeants », *JCP E*, p. 807, 2005.

Thobie A., Actions de préférence, *J.-Cl. soc. traité*, LexisNexis, fasc. 1803, 2023.

TORCK S., « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *Bull. Joly soc.*, p. 510, 2012.

URBAIN-PARLEANI I., « 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 », méf. Y. Guyon, *Dalloz*, p. 1061, 2003.

VAMPARYS X., « Des dangers de l'apport partiel d'actif pour la société bénéficiaire de l'apport », *Bull. Joly soc.*, p. 112, 2009.

VAMPARYS X., « L'apport de portefeuille de contrats d'assurance », *Revue générale du droit des assurances*, n° 07, p. 404, 2017.

VATINET R., « Le mutus dissensus », *RTD civ.*, 1987, p. 252.

VERBIEST TH. et LE BORNE M., « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? » *Extrait du Journal des tribunaux*, n° 6044, 2002.

VERBIEST TH. et RICHEBOURG D., « Blockchains et financement de l'immobilier, La « tokenisation » des actifs immobiliers », *AJDI*, p.423, 2019.

VERBIEST TH., « Le fonds de commerce électronique, vers une reconnaissance juridique ? », *Comm. com. électr.*, étude 10, 2008.

VIANDIER A., « La loi créant une distribution gratuite d'actions aux salariés », *Rev. soc.*, p. 475, Dalloz, 1981.

VIANDIER A., « Les actions de préférence », *JCP E*, n° 40, 1140, 2004.

VIANDIER A., « Les actions reflets », *RJDA*, p. 3, 2001.

VIANDIER A., « Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés », in mélanges Ch. Mouly, *Litec*, p. 193 et s., 1998.

VIAULT P., « L'application du régime des sociétés mères en présence de titres démembrés », *Les Nouvelles fiscales*, n° 1094, p. 17-19, 2012.

VIDAL D., « Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée » Commentaire de l'article 3 de la loi n° 99-587 du 12 juill. 1999 sur l'innovation et la recherche, *Dr. sociétés*, chron. 15, p. 5, n° 1, LexisNexis 1999.

VINCKEL F., « Comptes courants d'associés », *J.-Cl. Soc. traité*, LexisNexis, fasc. 36-2025, 2024.

VIVANT M., « Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique », *Cahiers Lamy, droit de l'informatique et des réseaux*, juill. 2004, p. 1.

VOIRIN P., « Le Pacte de préférence », *JCP*, I, 1192, 1954.

WALTER CH., « Une histoire du concept d'efficience sur les marchés financiers », *Annales. Histoire Sciences Sociales*, v. 51, n° 4, p. 873-905, 1996.

WICKER G. et DEBOISSY F., « Les actes de procédure réalisés avant l'immatriculation de la société », *Dr. sociétés*, étude 1, n° 25, LexisNexis, 2019.

WINTGEN R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC*, p. 543, 2006.

ZENATI FR., « Usufruit des droits sociaux », *Rev. soc.*, Dalloz, 2003.

ZOLYNSKI C. et ROCHFELD J., « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? » *Dalloz IP/IT*, 520, 2016.

V- COMMENTAIRES, NOTES ET OBSERVATIONS

ALFANDARI E., « Observation sous Cass. com., 14 avr. 1972 », n° 70-13.333, *Bull civ. IV*, n° 105, *JCP* 1972, II, 17 269.

AMIEL-COSME L., « Note sous Cass. com., 3 juin 2008 », n° 06-13.761, *Rev. soc.*, 2009, p. 339.

AMIEL-COSME L., « Note sous Cass. com., 19 mars 2013 », n° 12-16.081, *Rev. soc.*, 2013, p. 619.

ARCELIN LECUYER L., « Note sous Cass. com., 21 janv. 2014 », n° 12-29.166, *JCP E* 1124.

ARCELIN L., « Note sous Cass. com., 20 nov. 2001 », n° 99-16.776, n° 99-18.253, *JCP E* 2002, 1044.

BARBIERI J.-F., « Note sous Cass. crim., 14 oct. 2003 », n° 02-86.376, *Bull. Joly* 2004§ 46, p. 265.

BARBIERI J.-F., « Note sous Cass. com., 28 juin 2005 », n° 03-13.112, *LPA* 11 oct. 2005, n° 202.

BARBIERI J.-F., « Note sous Cass. com., 23 janv. 2007 », n° 05-16.460, *Bull. Joly* 2007, p. 616.

BARBIERI J.-F., « Note sous Cass. com., 13 mars 2007 », n° 05-21594, *Bull. Joly soc.*, sept. 2007, n° 272, p. 965.

BARBIERI J.-F., « Note sous Cass. com., 10 sept. 2013 », n° 12-16.509, *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 728.

BARBIERI J.-F., « Note sous Cass. com., 26 avr. 2017 », n° 15-28091, *Bull. Joly soc.*, sept. 2017, p. 513.

BENARD C.-M., « Note sous Cass. com., 12 juill. 2004 », n° 03-12672, *Bull. Joly soc.*, déc. 2004, n° 305, p. 1554.

BENOIS J.-CH., « Observation sous CE., 7 déc. 2016 », n° 369814, *Dalloz IP/IT* 2017, 462.

BERLAUD C., « Note sous Cass. crim., 25 nov. 2020 », n° 18-86.955, *Gaz. Pal.* 15 déc. 2020, 39.

BONNEAU TH., « Note sous Cass. com., 3 déc. 1991 », n° 88-16.695, *JCP E* 1992, II, 330.

BONNEAU TH., « Observation sous Cass. com., 15 juill. 1992 », *Dr. sociétés*, 1992, comm. 120.

BONNEAU TH., « Note sous Cass. com., 12 janv. 1993 », n° 91-12.548, *D.* 1993, *jurispr.* p. 139.

BONNEAU TH., « Note sous Cass. 3^e civ., 6 juill. 1994 », n° 92-12.839, *Dr. sociétés* 1994, comm. 149.

BONNEAU TH., « Observation sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995 », *Dr. sociétés* 1995, comm. 205.

BONNEAU TH., « Note sous Cass. com., 10 oct. 1995 », n° 93-15.619, *Dr. sociétés* 1995, comm. 233.

BONNEAU TH., « Observation sous Cass. com., 9 févr. 1999 », n° 96-17.661, *Dr. sociétés* 1999, comm. 67.

BONNEAU TH., « Note sous Cass. com., 26 mars 2008 », n° 06-20.156, *Dr. sociétés* 2008, comm. 188.

BONNEAU TH., « Observation sous CA Paris, 1^{er} déc. 1992 », *Dr. sociétés* 1993, comm. 48.

BONNEAU TH., « Observation sous T. com. Nanterre, 26 févr. 2020 », n° 2018F00466, *AJ contrat* 2020, 296.

BOULOC B., « Note sous Cass. crim., 12 avr. 1976 », n° 75-91.627, *Rev. soc.*, 1977, p. 293.

BOURCART G., « Note sous Cass. req., 15 déc. 1920 », *S.* 1920, *I*, p. 17 ; *D.* 2008, p. 47.

BRAULT Ph.-H., « Note sous Cass. 3^e civ., 6 avr. 2005 », n° 01-12.719, *Loyers et copr.* 2005, comm. 156.

BRAULT Ph.-H., « Note sous TGI Paris, 24 avr. 1973 », *Gaz. Pal. Rec.* 1973, 2, p. 755.

CAILLAUD B. ET LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 15 juill. 1992 », *Bull. Joly soc.*, 1992, p. 1111.

CHARTIER Y., « Note sous Cass. com., 4 juin 1996 », n° 94-15.987, *Rev. soc.*, 1997, 110.

CONSTANTIN A., « Note sous Cass. com., 6 mai 2003 », n° 01-03.172, *Bull. Joly soc.*, juill. 2003.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 10 oct. 1995 », n° 93-15.619, *Bull. Joly soc.*, 1995, p. 1058.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 17 juill. 2001 », n° 98-15.382, *Rev. soc.*, 2002, p. 45.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 10 déc. 2003 », n° 02-11.818, *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 518.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. 3^e civ., 28 janv. 2004 », n° 02-18.983, *Bull. Joly soc.*, 2004.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 8 nov. 2005 », n° 02-18.449, *Rev. soc.*, 2006, p. 57.

COQUELET M.-L., « Observation sous Cass. 3^e civ., 16 janv. 2008 », n° 04-20.218, *Dr. sociétés*, 2008, comm. 92.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 26 mai 2009 », n° 08-16.417, *Dr. sociétés* 2010.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 26 mai 2009 », n° 08-16.417, *Dr. sociétés*, 2010, comm. 2.

COQUELET M.-L., « Note sous Cass. com., 9 nov. 2010 », n° 09-70726, *Bull. Joly soc.*, févr. 2011, p. 122.

COQUELET M.-L., « Note sous CA Toulouse, 2^e ch., 22 avr. 2009 », *Dr. sociétés* 2009, comm. 177.

COUPET C., « Note sous Cass. com., 31 janv. 2017 », n° 15-19.158, *Dr. sociétés* 2017, comm. 63.

COUPET C., « Note sous Cass. com., 5 avr. 2018 », n° 16-18.772, *Bull. Joly soc.*, n° 07-08, juill. 2018, p. 405.

COURET A., « Note sous Cass. com., 10 oct. 1995 », n° 93-15.619, *LPA* 13 déc. 1995, n° 149, p. 15.

COURET A., « Note sous Cass. com., 3 juin 1998 », n° 96-13.891, *Bull. Joly* 1998, p. 921.

COURET A., « Note sous Cass. com., 22 juin 1999 », n° 98-13.611, *Bull. Joly Soc.*, 1999, p. 978.

COURET A., « Note sous Cass. com., 7 janv. 2014 », n° 12-20.204, *Bull. Joly soc.*, 2014, p. 98.

COURET A., « Note sous Cass. com., 21 janv. 2014 », n° 13-10.151, *JCP E* 2014, 1069.

D.COHEN, « Note sous Cass. com., 6 mai 2003 », n° 01-03.172, *JCP E* 2003, 1485.

DAIGRE J.-J., « Note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993 », n° 91-14.740, *Bull. Joly soc.*, sept. 1993, n° 258, p. 892.

DAIGRE J.-J., « Note sous Cass. com., 14 mai 1994 », n° 91-21.364, *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 816.

DAIGRE J.-J., « Note sous Cass. com., 17 mai 1994 », n° 91-21.364, *Bull. Joly soc.*, juill. 1994, p. 816, n° 219.

DAIGRE J.-J., « Note sous Cass. 2^e civ., 12 juill. 2001 », n° 98-10.444, *JCP E* 2003, n° 281.

DAIGRE J.-J., « Note sous Cass. com., 1^{er} juill. 2003 », n° 01-02.479, *Bull. Joly* 2003. 1164.

DAIGRE J.-J., « Note sous CA Paris, 10 avr. 1986 », *Rev. soc.*, 1986. 428.

DAIGRE J.-J., « Note sous CA Paris, 16 juin 2000 », *Bull. Joly soc.*, janv. 2001, n° 14, p. 42.

DAIGRE J.-J., « Note sous CA Paris, 13 mai 2005 », n° 03/15.724, *Bull. Joly*, 2005. 1363.

DALSACE J., « Observation sous Cass. com., 7 juin 1963 », *D.* 1964, *jurispr.* p. 308.

DALSACE J., « Note sous Cass. com., 7 déc. 1966 », *D.* 1968, *jurispr.* p. 113.

DE RAVEL D'ESCLAPON Th., « Note sous Cass. com., 9 févr. 2022 », n° 20-14.476, *JCP G* 2022, n° 1170.

DERRIDA F., « Note sous Cass. com., 12 juillet 1994 », *LPA* 18 janvier 1995, 13.

DERRIDA F., « Note sous Cass. com., 26 sept. 2018 », n° 16-28.133, *RTD com.* 1953, p. 329.

DERRUPPE J., « Note sous Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1958 », *Bull. civ. I*, n° 501 ; *JCP G* 1958, II, 11023.

DERRUPPE J., « Observation sous Cass. 3^e civ., 23 juill. 1986 », *Bull. civ. III*, n° 31 ; *RD imm.* 1987, p. 291.

DERRUPPE J., « Observation sous Cass. com., 3 déc. 1991 », n° 88-16.695, *RTD com.* 1992, 584.

DERRUPPE J., « Observation sous Cass. com., 12 nov. 1992 et 26 oct. 1993 », *RTD com.* 1993, 285.

DERRUPPE J., « Note sous Cass. com., 12 janv. 1993 », n° 90-21.126, *Bull. civ. IV*, n° 9 ; *Bull. Joly soc.*, 1993, 364.

DERRUPPE J., « Note sous Cass. 3^e civ., 19 févr. 1997 », n° 95-14.826, *RDI* 1997, p. 499.

DERRUPPE J., « Note sous Cass. com., 18 nov. 1997 », *Bull. Joly soc.*, 1998, 221.

DERRUPPE J., « Observation sous CA Paris, 9 juin 1987 », *D.* 1987, IR 163, *RTD com.* 1987, 495.

DIDIER P., « Observation sous Cass. com., 13 juin 1995 », *Rev. soc.*, 1995, p. 736.

DJIGO A., « Note sous Cass. 3^e civ., 10 nov. 1998 », *JCP, éd. E*, 1999, p. 328.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 23 oct. 2007 », n° 06-16.537, *Bull. civ. IV*, n° 225.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 26 mai 2009 », n° 08-16.417, *RTD com.* 2009, p. 573.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 12 févr. 2013 », n° 11-23.895, *Bull. Joly soc.*, sept. 2013.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 7 janv. 2014 », n° 12-20.204, *Bull. Joly soc.*, 2014, p. 98.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 6 oct. 2015 », n° 14-11.680, *JCP E* 2016, 1037.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 31 janv. 2017 », n° 15-19.158, *Bull. Joly soc.*, 2017, p. 234.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 9 févr. 2022 », n° 20-14.476, *Rev. soc.*, sept. 2022, p. 487.

DONDERO B., « Note sous Cass. com., 9 mars 2022 », n° 20-14.773, *D.* 2022, p. 1250.

DONDERO B., « Observation sous CA Paris, 19 mars 2013 », n° 12/00020, *RTD*, com. 2013, p. 767.

DONDERO B., « Note sous CA Paris, 4 févr. 2014 », n° 12/16545, *Bull. Joly soc.*

DONDERO B., « Note sous CA Paris, 15 sept. 2022 », n° 22/00769, *Bull. Joly soc.*, déc. 2022.

DONDERO B., « Note sous CA Nouméa, 15 sept. 2022 », n° 21/00099, *Bull. Joly soc.*, n° 02, p. 30, 1^{er} févr. 2023.

DONDERO B., « Note sous CA Rennes, 9 janv. 2024 », n° 22/06321, *Bull. Joly soc.*, n° 04, p. 13, 1^{er} avr. 2024.

DU PONTAVICE E., « Note sous Cass. com., 3 avr. 1979 », n° 77-12.261, *Rev. soc.*, 1980, p. 723.

DU PONTAVICE E., « Note sous T. com. Paris, 24 juin 1974 », *RJ com.* 1977, 157.

ESPESSON-VERGEAT B., « Note sous Cass. com., 6 mai 2003 », n° 01-12.567, *LPA* 8 janv. 2004, n° 6, 15.

ESPESSON-VERGEAT B., « Note sous CA Chambéry, 26 nov. 2002 », *D.* 2003, 1216.

ÉTAIN P., « Note sous CA Versailles, ch. 1, 17 sept. 1998 », n° 98/00000872, *Bull. Joly soc.*, 1998, p. 1266.

FORTUIT PH., « Note sous Cass. com., 18 févr. 1997 », n° 95-10.015, *Rev. soc.*, 1998, p. 324.

FRANÇOIS S., « Note sous Cass. com., 19 juin 2019 », n° 17-26.117, *Rev. soc.*, 2020, n° 359.

LUCAS F.-X., « Note sous Cass. crim., 4 nov. 2009 », n° 09-80.818, *Bull. Joly soc.*, mai 2010, p. 498.

LUCAS F.-X., « Note sous Cass. com., 4 janv. 2023 », n° 21-10609 et 21-12515, *Bull. Joly soc.*, avr. 2023.

LUCAS F.-X., « Note sous CA Paris, 4 sept. 1998 », n° 98/03519, *Bull. Joly soc.*, févr. 1999, p. 250.

GALLOIS J., « Observation sous Cass. crim., 25 nov. 2020 », n° 18-86.955, *Dalloz actualité*, 10 déc. 2020.

GALLOIS J., « Note sous CEDH, 5^e sect., 1^{er} oct. 2019 », n° 37858/14, *RSC* 2019, p. 836.

GALLOIS-COCHET D., « Note sous Cass. com., 13 sept. 2011 », n° 10-21.370, *Dr. sociétés* 2011, comm. 214.

GALLOIS-COCHET D., « Note sous Cass. com., 6 oct. 2015 », n° 14-11.680, *Dr. sociétés* 2015, comm. 212.

GIBIRILA D., « Note sous Cass. com., 6 déc. 2005 », n° 04-10287, *LPA* 2006, n° 53, p. 11.

GIBIRILA D., « Note sous Cass. civ. 3^e, 17 mai 2006 », n° 05-10.936, *LPA* 29 sept. 2006, p. 10.

GIBIRILA D., « Note sous Cass. 3^e civ., 16 févr. 2022 », n° 20-15.164, *JCP E* 2022, 1154.

GIL G., « Note sous Cass. com., 16 déc. 2020 », n° 18-25630, *Bull. Joly soc.*, mars 2021.

GIL G., « Note sous CA Toulouse, 3^e ch., 31 janv. 2024 », n° 22/00057, *Bull. Joly soc.*, n° 05, p. 10, 1^{er} mai 2024.

GUYENOT J., « Note sous CA Riom, 5 mai 1980 », *Rev. soc.*, 1981, p. 596.

GUYON Y., « Observation sous Cass. crim., 12 avr. 1976 », n° 75-91.627, *JCP* 1977, II, 18 523.

GUYON Y., « Note sous Cass. 3^e civ., 23 avr. 1976 », *Rev. soc.*, 1977, p. 69.

GUYON Y., « Note sous Cass. com., 12 janv. 1993 », n° 91-12548, *JCP G*, II, 22 029.

GUYON Y., « Note sous CA Paris, 17 avr. 1976 », *Rev. sociétés* 1977, p. 69.

GUYON Y., « Note sous CA Orléans, 22 nov. 1971 », n° 17154, *JCP G*, 1972, II.

HALLOUIN J.C., « Observation sous Cass. com., 4 févr. 2004 », n° 00-13.501, *D.* 2004, 2929.

HAMELIN J.-F., « Note sous Cass. 2^e civ., 27 juin 2019 », n° 18-18.449, *Dr. sociétés* 2019, comm. 203.

HAMELIN J.-F., « Note sous Cass. com., 23 oct. 2019 », n° 18-15.475, *Dr. sociétés* 2020, comm. 6.

HAMELIN J.-F., « Note sous Cass. com., 2 déc. 2020 », n° 18-20.116, *Dr. sociétés* 2021, comm. 21.

HAMELIN J.-F., « Note sous Cass. com., 16 déc. 2020 », n° 18-25630, *Dr. sociétés* 2021, comm. 49.

HAMELIN J.-F., « Note sous Cass. com., 13 janv. 2021 », n° 18-21.860, *Dr. sociétés* 2021, comm. 36.

HAMELIN J.-F., « Observation sous Cass. com., 30 nov. 2022 », n° 20-19.184, *Dr. sociétés* 2023, comm. 33.

HEINICH J., « Note sous Cass. com., 24 oct. 2018 », n° 17-12582, *Dr. sociétés* 2019, comm. 6.

HEINICH J., « Note sous Cass. com., 13 janv. 2021 », n° 18-21.860, *Rev. soc.*, 2021, p. 358.

HEMARD J., « Observation sous Cass. com., 14 avr. 1972 », n° 70-13.333, *RTD com.* 1973, 326.

HEMARD J., « Note sous T. com. Honfleur, 20 nov. 1970 », *Rev. soc.*, 1971, p. 179.

HOUIN R., « Observation sous Cass. com., 11 oct. 1967 », *RTD com.*, 1968, p. 94.

HOUIN R., « Observation sous Cass. com., 28 juin 1976 », *RTD com.*, 1977, p. 516.

HOUIN R., « Note sous CA Paris, 17 janv. 1972 », *RTD com.*, 1972, 421.

HOUIN R., « Observation sous TGI Paris, 16 mai 1974 », *RTD com.*, 1976, p. 579.

HOUTCIEFF D., « Note sous Cass. com., 30 juin 2009 », n° 08-10.719, *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 1049.

HOVASSE H., « Note sous Cass. com., 14 mai 1994 », n° 91-21.364, *Defrénois*, 1994, art. 35 881.

HOVASSE H., « Note sous Cass. com., 18 févr. 2004 », n° 356, *Dr. sociétés*, 2004, comm. 84.

HOVASSE H., « Note sous Cass. com., 23 juin 2004 », n° 02-13.115, *Dr. sociétés*, 2004, comm. 219.

HOVASSE H., « Note sous Cass. com., 22 nov. 2005 », n° 05-86.631, *JCP E*, 2006, 1669, p. 782.

HOVASSE H., « Observation sous Cass. com., 12 déc. 2006 », n° 05-15.619, *Dr. sociétés*, 2007.

HOVASSE H., « Observation sous Cass. com., 14 mai 2008 », n° 07-14.305, *Dr. sociétés*, 2008, comm.155.

HOVASSE H., « Observation sous Cass. com., 3 juin 2008 », n° 06-13.761, *JCP E*, 2008, 2210.

HOVASSE H., « Note sous Cass. com., 21 oct. 2008 », n° 07-19.102, *Dr. sociétés*, 2008, comm. 253.

HOVASSE H., « Observation sous Cass. 3^e civ., 2 déc. 2009 », n° 08-16.563, *Dr. sociétés*, 2010.

JEANTIN M., « Observation sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 25 fév. 1991 », *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1991, p. 148.

JEANTIN M., « Note sous T. com., ord. réf., 21 juin 1988 », *Bull. Joly* 1989, p. 893.

JESTAZ Ph., « Note sous Cass. 3^e civ., 23 mars 1968 », *D.* 1970, *jurispr.* p. 663.

KRAJESKI D., « Note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2000 », n° 97-19.347, *D.* 2001, p. 1345.

KRAJESKI D., « Note sous Cass. com., 29 oct. 2002 », n° 01-03.987, *Bull. Joly* 2003.

LASSERRE-CAPDEVILLE J., « Observation sous Cass. crim., 23 avr. 2013 », n° 12-83.244, *JurisData*, n° 2013-008126, *AJ pénal*, 2013, p. 474.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 15 juill. 1992 », *Bull. Joly soc.*, 1992, p. 1111, § 363.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 12 janv. 1993 », n° 91-12548, *Bull. Joly soc.*, mars 1993, n° 94, p. 344.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 4 juin 1996 », n° 94-15.987, *Bull. Joly* 1996. 923.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 3 juin 2003 », n° 99-18.707, *Rev. soc.*, 2003. 489.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 8 nov. 2005 », n° 02-18.449, *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 345.

LE CANNU P., « Observation sous Cass. com., 23 oct. 2007 », n° 06-16.537, *RTD com.*, 2007. 791.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 12 févr. 2008 », n° 06-20.966, *Bull. Joly* 2009. 28.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 26 mars 2008 », n° 06-20.156, *Bull. Joly* 2008. 489.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 27 janv. 2009 », n° 07-16.771, *Bull. Joly soc.* juill. 2009, n° 132, p. 664.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 9 nov. 2010 », n° 09-70.726, *Bull. Joly soc.* févr. 2011, p. 122.

LE CANNU P., « Note sous Cass. com., 8 févr. 2011 », n° 10-12.273, *Bull. Joly* 2011. 418.

LE CANNU P., « Note sous CA Paris, 28 déc. 1992 », *JurisData*, n° 1992-024250, *Bull. Joly*, 1993, p. 437.

LE CANNU P., « Note sous CA Versailles, 24 juin 1993 », *Bull. Joly* 1993, 1013.

LE CANNU P., « Note sous CA Versailles, 11 mars 1999 », *Bull. Joly* 1999, p. 670.

LE CANNU P., « Note sous CA Paris, 18 févr. 2000 », *Bull. Joly* 2000. 727.

LE CANNU P., « Note sous CA Versailles, 23 oct. 2002 », *Bull. Joly soc.*, 2003, p. 204.

LE NABASQUE H., « Note sous Cass. com., 16 févr. 1988 », n° 86-19.645, *Mél. Jeantin*, 1999, *Dalloz*, p. 271.

LE NABASQUE H., « Observation sous Cass. com., 27 oct. 1992 », n° 90-20.963, *RJDA* 1/1993, n° 37 ; *Dr. sociétés* 1992, com. 257.

LE NABASQUE H., « Note sous Cass. com., 12 janv. 1993 », n° 91-12.548, *JCP E* 1993. II. 497.

LE NABASQUE H., « Note sous Cass. com., 14 mai 1994 », n° 91-21.364, *Dr. sociétés* 1994, comm.142.

LE NABASQUE H., « Note sous Cass. 3^e civ., 20 déc. 2000 », *Bull. Joly* 2001, p. 305.

LE NABASQUE H., « Note sous Cass. com., 26 mars 2008 », n° 06-20.156, *Rev. sociétés* 2008, p. 834.

LE NABASQUE H., « Note sous Cass. 2^e civ., 12 févr. 2009 », n° 05-22.044, *Bull. Joly* 2009. 578.

LE NOACH G., « Note sous Cass. com., 9 mars 2022 », n° 20-14.773, *Bull. Joly soc.*, 2022, p. 16.

LECUYER H., « Note sous Cass. com., 18 mai 2005 », n° 02-20.100, *Juris-Data* n° 2005-028477, *Dr. sociétés* 2005, n° 170.

LEGEAIS D., « Note sous Cass. com., 8 nov. 2005 », n° 02-18.449, *JCP E* 2006. 1000.

LEGEAIS D., « Note sous Cass. com., 7 janv. 2014 », n° 12-20.204, *JCP E* 2014. 1033.

LEGROS J. P., « Note sous Cass. com., 12 juill. 2005 », n° 02-19.860, *JCP E* 2005. 1586.

LEGROS J. P., « Note sous Cass. com., 23 avr. 2013 », n° 12-18.453, *Dr. sociétés* 2013, comm. 127.

LEGROS J. P., « Note sous CA Aix-en-Provence, P.3, Ch.3, 3 mars 2022 », n° 19/01925, *Dr. sociétés* 2022. Comm. 96.

LIBCHABER R., « Observation sous Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007 », n° 05-21.814, *Defrénois* 2007. 1048.

LIBCHABER R., « Note sous Cass. com., 31 janv. 2017 », n° 15-19.158, *RDC* 2017, p. 253.

LIENHARD A., « Note sous Cass. com., 18 juin 2002 », *D.* 2002, p. 2190.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. com., 28 juin 2005 », n° 03-13.112, *D.* 2005. AJ 1941.

LIENHARD A., « Note sous Cass. com., 6 déc. 2005 », n° 04-10.287, *D.* 2006, p. 67.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. com., 13 déc. 2005 », n° 03-16.878, *D.* 2006. AJ 149.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 », n° 05-10.936, *D.* 2006. AJ 1687.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. com., 12 déc. 2006 », n° 05-15.619, *D.* 2007. 27.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. com., 21 oct. 2008 », n° 07-19.102, *D.* 2008. *Actu.* 2792.

LIENHARD A., « Note sous Cass. com., 16 mars 2010 », n° 08-13.147, *D.* 2010, *AJ*, p. 825.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. com., 15 mars 2011 », n° 10-11.650, *Rev. soc.*, 2011, p. 287.

LIENHARD A., « Observation sous Cass. com., 21 janv. 2014 », n° 13-10.151, *D.* 2014, p. 275.

LUBY M., « Note sous CJCE, 19 nov. 1996 », n° C-42/95, *Bull. Joly soc.*, févr. 1997, n° JBS-1997-041, p. 121.

LUBY M., « Note sous Cass. com., 15 mars 1994 », n° 91-20.334, *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 637.

MASSAÏ-BAHRI S., « Note sous Cass. civ., 28 juin 2005 », *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 80.

MATHEY N., « Note sous Cass. com., 25 sept. 2019 », n° 18-13.686, *Rev. soc.*, 2020, 224.

MENJUCQ M., « Note sous Cass. com., 15 mai 2007 », n° 06-13.484, *Bull. Joly* 2007, 1075.

MENJUCQ M., « Note sous CA Versailles, 27 févr. 1997 », *Bull. Joly soc.*, 1997, p. 543§ 220.

MENJUCQ M., « Note sous CA Paris, 21 sept. 2001 », *Bull. Joly soc.*, mai 2002, n° 139, p. 626.

MERLE PH., « Note sous T. Com. Bayonne, 31 oct. 2012 », n° 2012/004774, *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 223.

MEYNIAL E., « Note sous Cass. req., 23 févr. 1891 », *S.* 1892, I, p. 73.

MICHELIN-FINIELZ S., « Note sous Cass. com., 7 déc. 1981 », *Rev. soc.*, 1982, p. 519.

MONNET J., « Note sous Cass. com., 12 juill. 2005 », n° 02-19.860, *Dr. sociétés* 2005.

MORTIER R., « Observation sous Cass. com., 12 févr. 2008 », n° 06-20.966, *Dr. sociétés* 2008, n° 74.

MORTIER R., « Observation sous Cass. com., 24 mai 2011 », n° 10-19.222, *Dr. sociétés* 2011, n° 189.

MORTIER R., « Note sous Cass. com., 2 déc. 2020 », n° 18-20.116, *Bull. Joly soc.*, n° 03, p. 37, 1^{er} mars 2021.

MORTIER R., « Note sous Cass. com., avis, 1er déc. 2021 », n° 20-15.164, *JCP E* 2022, 1000.

MORTIER R., « Note sous CA Douai, 6 juill. 2017 », n° 16/02902, *Dr. sociétés* 2017, comm. 201.

MOULIN J.-M., « Note sous Cass. Soc., 18 juin 2014 », n° 12-29.691, *Rev. soc.*, 2015, p. 26.

MOULIN J.-M., « Note sous Cass. com., 3 févr. 2015 », n° 13-2.5749, *Rev. soc.*, 2015, p. 579.

MOULIN J.-M., « Note sous Cass. com., 31 mars 2015 », n° 14-16.339, *Gaz. Pal.*, n° 272, p. 21.

MOULIN J.-M., « Note sous Cass. com., 31 janv. 2017 », n° 15-19.158, *JCP E* 2017, 1424.

MOULIN J.-M., « Note sous Cass. com., 24 oct. 2018 », n° 17-12.582, *Bull. Joly soc.*, févr.

2019.

MOULIN J.-M., « Note sous Cass. com., 2 juin 2021 », n° 19-11.313, *Rev. soc.*, 2022. 148.

MOULIN J.-M., « Note sous CA Paris, 6 avr. 2004 », n° 2003/19984, *Bull. Joly soc.*, n° 10, p. 1262.

OPPETIT B., « Note sous Cass. com., 21 janv. 1970 », *JCP* 1970. II. 16 541.

OPPETIT B., « Note sous TGI Paris, 16 mai 1974 », *Rev. soc.*, 1975, p. 657.

PACLOT Y., « Note sous Cass. com., 23 oct. 2007 », n° 06-16.537, *Bull. civ. IV*, n° 225.

PIC P., « Note sous Riom, 22 nov. 1928 et T. com. Toulouse, 19 déc. 1929 », *DP* 1930. 2. 121.

PIERRE J.-L., « Note sous CE, sect., 28 févr. 2001 », n° 199295, *Dr. sociétés* 2001, comm. 120.

PIERRE J.-L., « Note sous CE, 6 déc. 2013 », n° 346809, *Dr. sociétés* 2014, comm. 57.

PIERRE J.-L., « Note sous CE, 20 janv. 2016 », n° 376980, *Dr. sociétés* 2016, comm. 94.

PIERRE J.-L., « Note sous CE, plén. fisc., 9 mai 2018 », n° 387071, *Dr. sociétés* 2018, comm. 158.

PREVOST S., « Observation sous Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012 », n° 11-22.278, *Rev. soc.*, 2013. 30.

RAFFRAY R., « Note sous Cass. com., 24 mai 2011 », n° 10-19.222, *Bull. Joly soc.*, 2011, 758.

REINHARD Y., « Observation sous Cass. com., 16 févr. 1988 », n° 86-19.645, *RTD com.* 1988, p. 639.

REINHARD Y., « Note sous Cass. com., 7 juill. 2004 », n° 03-12.106, *Bull. Joly soc.*, n° 1, p. 42, 1^{er} janv. 2005.

REYGROBELLET A., « Note sous Cass. 2^e civ., 27 juin 2019 », n° 18-18.449, *Rev. soc.*, 2019. 736.

REYGROBELLET A., « Note sous Cass. com., 29 mai 2024 », n° 22-13.710, *Bull. Joly soc.*, sept. 2024.

ROUSSEAU P., « Note sous T. com. Honfleur, 20 nov. 1970 », *JCP G* 1971, II, 16 628.

ROUTIER R., « Note sous Cass. com., 23 mars 1999 », n° 96-20.555, *Bull. Joly* 1999. 679.

SAINTOURENS B., « Note sous CJCE, 5^e ch., 13 nov. 1990 », n° C-106/89, *Bull. Joly soc.*, févr. 1991, n° 41, p. 123.

SAINTOURENS B., « Note sous Cass. com., 12 janv. 1993 », n° 91-12.548, *Rev. soc.*, 1993, 426.

SAINTOURENS B., « Note sous Cass. com., 10 mars 1998 », n° 95-21.329, *Rev. soc.* 1998, 541.

SAINTOURENS B., « Note sous Cass. com., 3 juin 2003 », n° 99-18.707, *Bull. Joly*, 2003, 933.

SAINTOURENS B., « Note sous Cass. com., 3 juin 2008 », n° 06-13.761, *Bull. Joly* 2008, 905.

SAINTOURENS B., « Note sous Cass. soc., 18 juin 2014 », n° 12-29.691, *Lexbase hebdo*, éd. affaires n° 389, 10 juill. 2014.

SAINTOURENS B., « Note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1992 », *Bull. Joly* 1993, 323.

SAINTOURENS B., « Note sous CA Aix-en-Provence, 3 mars 2022 », n° 19/01925, *Bull. Joly soc.*, 2022, 40.

SALOMON R., « Note sous Cass. crim., 9 sept. 2009 », n° 08-87.312, *Dr. sociétés* 2009, comm. 213.

SALOMON R., « Note sous Cass. crim., 23 avr. 2013 », n° 12-83.244, *Dr. sociétés* 2013, comm. 147.

SCHOLER P., « Note sous Cass. com., 17 juill. 2001 », n° 98-15382, *Bull. Joly soc.*, déc. 2001, n° 269, p. 1249.

SCHOLER P., « Note sous CA Versailles, 17 sept. 1998 », *Bull. Joly soc.*, 1998, p. 1259§ 378.

SIMLER P., « Note sous Cass. com., 22 janv. 1985 », n° 83-15.441, *JCP* 1986, II. 20 591.

SIMLER P., « Note sous Cass. com., 31 janv. 2017 », n° 15-19.158, *JCP G* 2017, 310.

SORTAIS J.-P., « Note sous Cass. com., 15 juill. 1982 », *Rev. soc.*, 1983. 75.

STAES O., « Observation sous Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012 », n° 11-22.278, *Bull. Joly soc.*, févr. 2013, n° 57, p. 120.

THOMAS V., « Note sous Cass. com., 12 févr. 2013 », n° 11-23.895, *Rev. soc.*, 2014, p. 27, n° 6.

THOMAS V., « Note sous Cass. Soc., 10 déc. 2014 », n° 13-22.430, *Rev. soc.*, 2015. 292.

TILQUIN TH., « Note sous CA Versailles, 12^e ch., 3 oct. 1996 », *Bull. Joly soc.*, 1997, p. 116.

TISSEYRE S., « Note sous Cass. com., 13 janv. 2021 », n° 18-21.860, *JCP E* 2021, p. 1257.

TREBULLE F.-G., « Note sous Cass. com., 6 mai 2003 », n° 00-17.344, *Dr. sociétés* 2003, comm. 203.

TREBULLE F.-G., « Observation sous Cass. com., 12 juill. 2004 », n° 03-12.672, *Dr. sociétés* 2004, comm. 205.

URLACHER Th., « Note sous Cass. com., 26 mai 2009 », n° 08-16.417, *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 992.

VALLANSAN J., « Note sous Cass. Com., 16 mars 2010 », n° 08-13.147, *Act. proc. coll.*, 2010/8, n° 122.

VAMPARYS X., « Note sous Cass. com., 13 déc. 2005 », n° 03-16.878, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 591.

VAMPARYS X., « Note sous Cass. 3^e civ., 17 mai 2006 », n° 05-10.936, *Bull. Joly* 2006. 1450.

VAMPARYS X., « Note sous Cass. com., 7 oct. 2008 », n° 07-17.731, *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 11.

VAMPARYS X., « Note sous Cass. crim., 9 sept. 2009 », n° 08-87.312, *Bull. Joly soc.*, févr. 2010, n° 40, p. 179.

VI- DOCUMENTS ELECTRONIQUES ET/OU SITES WEB

SITES WEB

<http://telechargement.cncc.fr/fichiers/11-68-atelier-12-primas-et-decotes-normes-et-pratiques-vdef.pdf>, consulté le 17 août 2023.

<https://infonet.fr/lexique/d%C3%A9finitions/engagements-hors-bilan>, consulté le 13 nov. 2023.

<https://www.finance-gestion.com/auteur/jean-florent-rerolle>, consulté le 19 juin 2024

<https://cbvinstitute.com/practice-bulletin-no-2-e-2001/>, consulté le 17 janv. 2024.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Caveat_emptor, consulté le 29 janv. 2024.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Caveat_emptor, consulté le 29 janv. 2024.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Juste_valeur, consulté le 14 sept. 2023.

<https://hal.science/hal-04431588v1>, consulté le 27 mai 2024

<https://journalducoin.com/encyclopedia/sto-security-token-offerings-actifs-financiers-blockchain>. Consulté le 27 mars 2024

<https://trustpair.fr/blog/due-diligence-focus-sur-les-enjeux-et-les-outils/>, consulté le 16 déc.2023

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/apport.php>, consulté le 12 sept. 2024.

<https://www.documentissime.fr/dossiers-droit-pratique/dossier-257-les-apports-en-societe/l-evaluation-de-l-apport-en-nature.html>, consulté le 13 févr. 2024.

<https://www.economie.gouv.fr/entreprises/reussir-transmission-entreprise>, consulté le 26 sept. 2024

<https://www.economie.gouv.fr/facileco/dossier-lentreprise-cest-quoi#:~:text=D'apr%C3%A8s%20l'INSEE%2C,des%20services%20pour%20le%20march%C3%A9%20%C2%BB>. Consulté le 17 fév. 2024.

https://www.economie.gouv.fr/files/matrice_et_cartographie_des_risques.pdf., consulté le 17 mars 2024.

<https://www.vie-publique.fr/rapport/280103-blockchain-et-identification-numerique>, consulté le 27 févr. 2023.

www.forvismazars.com/fr/fr/services/financial-advisory/glossaire-definition, consulté le 26 juill. 2023.

DOCUMENTS ELECTRONIQUES

BERNHEIM Y. et ESCAFFRE L., « Évaluation à la juste valeur, Un nouveau modèle comptable ». Comptabilité Contrôle Audit, t.5, v.2, p. 25-45, 1999, <https://hal.science/hal-00769364/document>, consulté le 16 avr. 2024.

GHESTIN J. ET DESCHE B. , « Traité des contrats, La vente », Rev. International de droit comparé, n°4,1990, n° 6 s. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1990_num_42_4_2135, consulté le 27 décembre 2023.

HOVASSE H., GENTILHOMME R. et DESLANDES M., « Apports de droits démembrés », *Dr. sociétés*, actes pratiques, n° 10, LexisNexis, 1993.

<https://lime-law.s3.amazonaws.com/documents/latest-thinking/Latest-thinking-La-fusion-triangulaire.pdf?mtime=20191108152624&focal=none> (site internet) consulté le 19 janv. 2024.

KOTHARI S.P., RAMANNA K. et SKINNER D.J., « Implications for GAAP from an analysis of positive research in accounting” *Journal of Accounting and Economics*, vol. 50, n° 2, p. 246-286, 2010; <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0165410110000352>, consulté le 27 mars 2024.

PESQUEUX Y., « Valeurs et notions associées »,p. 13, 2007, <https://hal.science/hal-00510882/document>, consulté le 11 janv. 2024.

VII- JURISPRUDENCES

JURISPRUDENCE EUROPEENNE

- CJCE, 23 avr. 1991, n° C-41/90.
- CJCE, 5e ch., 13 nov. 1990, n° C-106/89, *Bull. Joly soc.*, févr. 1991.
- CJCE, 19 nov. 1996, n° C-42/95, *Bull. Joly soc.*, févr. 1997.
- CJUE 13 avril 2010, n° 91/08, *Dr. adm.* 2010 n° 109.
- CJUE, 22 oct. 2015, n° C-264/14.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486, QPC, *JCP E* 2015, 1562.
- Cons. const. 18 mai 2016 n° 2016-542, QPC, *RJDA* 8-9/16 n° 649.
- Cons. const., 16 sept. 2016, n° 2016-563, QPC.

CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 6 mars 1981, n° 15085, *Dr. fisc.* 1981, n° 45, comm. 1998, concl. Rivière ; *RJF* 1981, n° 412.
- CE, 21 mars 1986 n° 53002.
- CE, 27 juill. 2005, n° 259052, *JurisData* n° 2005-080770 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 8, comm. 191.
- CE, 6 juin 2008, n° 285629, *JurisData* n° 2008-081343 ; *Dr. fisc.* 2008, act. 185 ; *Dr. sociétés*, 2008, comm. 187.
- CE, 23 juill. 2010, n° 317025, *JCP E* 2010, 1956.
- CE., 26 janv. 2011, n° 312470, *recueil Lebon*.
- CE, 20 févr. 2012, n° 321224.
- CE, 23 mars 2012, n° 335860.
- CE, 13 juill. 2012, n° 358931, *JurisData* n° 2012-016622.
- CE, 10 juin 2013, n° 337137, *Dr. fisc.* 2013, n° 40, comm. 458 ; *RJF* 10/2013, n° 974.
- CE, 6 déc. 2013, n° 346809, *Bull. Joly soc.*, févr. 2014, n° 111k9, p. 114, spéc. p. 117.
- CE, 11 avr. 2014, n° 352999, *JurisData* n° 2014-020289 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 138.

- CE, 20 janv. 2016, n° 376980, *JurisData* n° 2016-001189 ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 94.
- CE, 7 déc. 2016, n° 369814, *Dalloz IP/IT* 2017 462.
- CE, 8 déc. 2017, n° 407128, *RJF* 3/18 n° 244.
- CE 1er juill. 2020, n° 418378.
- CE., 13 sept. 2021, n° 451564.
- CE., 18 nov. 2022, n° 461355.

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

- Cass., Assemblée plénière, du 24 avr. 1970, 68-10.914.
- CE, plén. fisc., 9 mai 2018, n° 387071, *Dr. sociétés* 2018, comm. 158.

CHAMBRES MIXTES

- Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376.
- CE, 8e et 3e ch., 13 oct. 2016, n° 388574, *Dr. fisc.* 2016, n° 48, comm. 609.
- CE, 9e et 10e ch., 26 juin 2017, n° 369311, *Dr. fisc.* 2017, n° 43-44, comm. 526.
- CE, 8e et 3e ch., 22 sept. 2017, n° 400613, *Dr. fisc.* 2018, n° 7-8, comm. 180.
- C.E, 8e - 3e ch. réunie, 26 avril 2018, n° 417809, *lexbase, rev. Juridique*, 2 mai 2018.
- C.E., 8es et 3es chambres réunies, 13 sept. 2021, n° 451564.
- CE, 3e et 8e ch., 24 juin 2022, n° 450183, *Dr. fisc.* 2022, n° 40, comm. 356, concl. L. Cytermann ; *RJF* 2022, n° 826.
- CE, 9e et 10e ch., 22 nov. 2022, n° 456405.

CASSATION CHAMBRE DES REQUÊTES

- Cass. req., 4 juin 1887, *Rev. soc.*, 1887, p. 421.
- Cass. req., 14 juin 1887, *S.* 1887, 1, p. 407 ; *DP* 1887, 1, p. 417.
- Cass. req., 13 mars 1888, *D.* 1888, 1, 351.
- Cass. req., 23 févr. 1891, *S.* 1892, I, p. 73.
- Cass. req., 1er févr. 1921, *S.* 1922. 1. 166.
- Cass. req., 15 déc. 1920, *S.* 1920. 1. 17.

- Cass. req., 8 déc. 1936, *Journ. soc.* 1938, p. 265.
- Cass. req., 15 févr. 1937, *Rev. soc.*, 1938, p. 162.
- Cass. req., 22 avr. 1941, 1941 *DA*, p. 243.
- Cass. req., 15 déc. 1920, *S.* 1920. 1. 17.

CASSATION CHAMBRE CIVILE

- Cass. civ. 11 juill. 1894, *DP* 1894, 1, p. 531.
- Cass. civ., 20 juill. 1908, *DP* 1909. 1. 93.
- Cass. civ., 17 juin 1918, *D.* 1922, 1, 128, *S.* 1922, 1, 313.
- Cass. civ., 23 juill. 1935, *DP* 1938, 1, p. 16; *Journ. soc.* 1936, p. 544.
- Cass. civ., Ch. Com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275.
- Cass. civ. Ch. com., 10 nov. 2015, n° 14-18.179.

CASSATION 1^{re} CHAMBRE CIVILE

- Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1951, *JCP* 1951, II, 6496.
- Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1958, *Bull. civ. I*, n° 501.
- Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1963, *D.* 1964, p. 119.
- Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1965, n° 64-10.834, *D.* 1966, somm., p. 70.
- Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1968, *D.* 1969, p. 165.
- Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1972, n° 70-11.083, *Bull. civ. I*, n° 280.
- Cass. 1^{re} civ. 18 juin 1974, *Bull. civ. I* n° 198.
- Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1978, *JurisData* n° 1978-799241.
- Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1979, n° 77-15.300, *Bull. civ. I*, n° 43, p. 38.
- Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1980, n° 78-12.513, *JurisData* n° 1980-700049 ; *Rev. sociétés*, 1980, p. 521.
- Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1981, n° 80-11.140, *JurisData* n° 1981-702468 ; *JCP* 82, II, 19809.
- Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1984, n° 83-10.848, *JurisData* n° 1984-700707.
- Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 85-10.548, *Bull. civ. I*, n° 282; *RTD com.* 1987. 194, n° 5.
- Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1990, 89-13.899, *Bull. civ. I*, n° 255; *RTD civ.* 1991. 333.

- Cass. 1re civ., 25 mai 1992, n° 90-14.020, *JurisData* n° 1992-001551; *Bull. Joly soc.*, 1992, p. 935 § 302.
- Cass. 1re civ., 4 juill. 1995; *Dr. sociétés* 1995, comm. 205.
- Cass. 1re civ., 18 juill. 1995, n° 93-19.449, *Bull. civ. I*, n° 320; *JCP E* 1995, I, 505, n° 4.
- Cass. 1re civ., 16 juill. 1998, n° 96-18.404, *Dr. sociétés* 1998, comm. 120 ; *JurisData* n° 1998-003247.
- Cass. 1 re civ., 6 juin 2000, n° 97-19.347, *Bull. civ. I*, n° 173.
- Cass. 1re civ., 17 déc. 2002, n° 99-20.762, *JCP* 2003. IV. 1281.
- Cass. 1re civ. 25 janv. 2023, n° 19-25.478, *Dr. sociétés* 2021, comm. 46.
- Cass. 1re civ., 12 févr. 2004, *RJDA* 2004, n° 707.
- Cass. 1re civ., 5 avr. 2005 : *BRDA* 6/2006, n° 6.
- Cass. 1re civ., 30 janv. 2007, n° 05-19352, *Gaz. Pal.* 13 déc. 2007, p. 26.
- Cass. 1re civ., 5 févr. 2009, n° 08-10230, *Bull. civ. I*, n° 2; *RGDA* 2010, p. 214.
- Cass. 1re civ., 20 janv. 2010, n° 08-13.200, *Bull. Joly soc.*, mai 2010, p. 448.
- Cass. 1re civ., 27 mai 2010, n° 09-11.894, *Dr. sociétés*, 2010, comm. 195.

CASSATION 2e CHAMBRE CIVILE

- Cass. 2e civ., 11 mai 1977, n° 75-12.548, *Bull. civ. II*, n° 124.
- Cass. 2e civ., 18 janv. 2001, *JurisData* n° 2001-007838 *Bull. Joly*, oct. 2001, p. 1030.
- Cass. 2e civ., 12 juill. 2001, n° 98-10.444, *JCP E* 2003, n° 281.
- Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 02-20.213, *Bull. civ.* n° 399.
- Cass. 2e civ., 12 févr. 2009, n° 05-22.044, *Bul. Joly* 2009. 578.
- Cass. 2e civ., 4 juin 2009, n° 08-13.668.
- Cass. 2e civ., 11 févr. 2010, n° 07-17.551, *BRDA* 2010, n° 5, p. 4.
- Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-22.278, *Rev. soc.*, 2013. 30, *Bull. Joly soc.*, févr. 2013, n° 57, p. 120.
- Cass. 2e civ., 1er sept. 2016 n° 15-19.524 F-PB, *RJDA* 1/17 n° 19.
- Cass. 2e civ., 2 févr. 2017, n° 16-13.521, *D.* 2017. 350, *Dalloz actualité*, 22 févr. 2017.
- Cass. 2e civ., 27 juin 2019, n° 18-18.449, *Rev. soc.*, 2019. 736.

CASSATION 3e CHAMBRE CIVILE

- Cass. 3e civ., 25 juin 1965, *Bull. civ.* 1965, III, n° 523.
- Cass. 3e civ., 23 mars 1968, *D.* 1970, *jurispr.* p. 663.
- Cass. 3e civ., 4 mars 1971, *D.* 1971, p. 358.
- Cass. 3e civ., 29 févr. 1972, *Gaz. Pal.* 1972 I p. 460; *Bull. civ.* III, n° 135; *RTD com.* 1972, p. 594.
- Cass. 3e civ., 10 avr. 1973, *Rev. loyers* 1974, p. 406.
- Cass. 3e civ., 16 mai 1973, *JCP N* 1974, prat. 5752 ; *Bull. civ.* III, n° 356 .
- Cass. 3e civ., 5 juin 1973, n° 72-12.634, *JurisData* n° 1973-000403.
- Cass. 3e civ., 24 févr. 1976, *Bull. civ.* 1976, III, n° 80.
- Cass. 3e civ., 23 avr. 1976, n° 75-10.009, *Rev. soc.*, 1977, p. 69.
- Cass. 3e civ., 2 fév. 1977, *Bull. civ.* III n° 58.
- Cass. 3e civ., 15 mars 1977, n° 75-14.664, *Bull. civ.* III, n° 120.
- Cass. 3e civ., 18 mai 1978, n° 76-13.943, *Bull. civ.* III, n° 205.
- Cass. 3e civ., 18 juill. 1979, *Bull. civ.* III, n° 155.
- Cass. 3e civ., 10 juin 1980, n° 79-13.330, *Bull. civ.* III, n° 114 ; *JCP G* 1980, II, 19655.
- Cass. 3e civ., 10 juin 1980, n° 78-11.032, *Bull. civ.* III, n° 113 ; *JCP* 1981. II. 19 655.
- Cass. 3e civ., 3 oct. 1980, *JCP G* 1980, IV, p. 405.
- Cass. 3e civ. 6 oct. 1981, *Bull. civ.* III n° 148.
- Cass. 3e civ., 14 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. p. 291 ; *JCP G* 1982, IV, 217.
- Cass. 3e civ., 23 juill. 1986, *Bull. civ.* III, n° 31; *RD imm.* 1987, p. 291.
- Cass. 3e civ., 12 juill. 1988, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *RTD com.* 1989, p. 217.
- Cass. 3e civ., 10 janv. 1990, n° 88-18.638, *Bull. civ.* III, n° 7.
- Cass. 3e civ., 15 janv. 1992, *Rev. huissiers* 1992, p. 221.
- Cass. 3e civ., 6 juill. 1994, n° 92-12.839, *Bull. Joly* 1994. 1105 ; *Rev. soc.*, 1995. 39.
- Cass. 3e civ., 17 juill. 1996, n° 94-19.822, *JurisData* n° 1996-003308.
- Cass. 3e civ., 19 juin 1996, n° 94-11.300, *JurisData* n° 1996-002710; *JCP G* 1996, I, 3980.

- Cass. 3e civ., 19 févr. 1997, n° 95-14826, *RDI* 1997, p. 499.
- Cass. 3e civ., 25 mars 1998 n° 467, *RJDA* 6/98 n° 722.
- Cass. 3e civ. 1 avr. 1998, *RJDA* 6/98 n° 690.
- Cass. 3e civ., 10 nov. 1998, n° 97-12.369, *JCP E*, 1999, p. 328.
- Cass. 3e civ. 3 févr. 1999, n° 97-10.399 *RJDA* 8-9/99 n° 936.
- Cass. 3e civ., 5 oct. 1999, n° 97-14.336, *JurisData* n° 1999-003483.
- Cass. 3e civ., 20 déc. 2000, n° 98-19.343 et n° 99-10.338; *Bull. Joly* 2001, p. 305.
- Cass. 3e civ., 3 avr. 2001, n° 99-17.738, *JurisData* n° 2001-009182.
- Cass. 3e civ., 25 avr. 2001, n° 99-14.368, *JCP E* 2001, p. 1021.
- Cass. 3e civ., 2 oct. 2002, n° 01-02.035, *JurisData* n° 2002-015672.
- Cass. 3e civ., 5 févr. 2003, n° 01-16.672, *Bull. civ. III*, n° 25; *RTD com.* 2003. 275.
- Cass. 3e civ., 30 avr. 2003, n° 01-16.697, *JurisData* n° 2003-018808.
- Cass. 3e civ., 28 janv. 2004, n° 02-18.983, *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 831.
- Cass. 3e civ., 17 janv. 2005, n° 03-15.283, *Bull. civ. III*, n° 10.
- Cass. 3e civ., 6 avr. 2005, n° 01-12.719, *JurisData* n° 2005-027927.
- Cass. civ., 3e, 17 mai 2006, n° 05-10.936, *D.* 2006. *AJ* 1687.
- Cass. 3e civ. 14 juin 2006, n° 05-12.708.
- Cass. 3e civ. 29 nov. 2006 n° 05-17.009, *RJDA* 4/07 n° 368.
- Cass. 3e civ., 31 janv. 2007, n° 05-21.071 P, *D.* 2007. 1698 ; *JCP N* 2007. 1302, n° 2.
- Cass. 3e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21.814 P, *D.* 2007. 2444 ; *RTD civ.* 2007. 366.
- Cass. 3e civ., 14 nov. 2007, n° 06-18.430.
- Cass. 3e civ., 16 janv. 2008, n° 04-20.218, *Dr. sociétés*, 2008, comm. 92.
- Cass. 3e civ., 2 déc. 2009, n° 08-16.563, *Dr. sociétés* 2010, n° 24.
- Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.936, *RTD civ.* 2012. 127.
- Cass. 3e civ. 9 nov. 2011 n° 10-20.971, *RJDA* 2/12 n° 162.
- Cass. 3e civ. 16 nov. 2011 n° 10-19.538, *RJDA* 2/12 n° 163.
- Cass. 3e civ. 29 févr. 2012 n° 10-27.259, *RJDA* 5/12 n° 502.
- Cass. 3e civ., 10 sept. 2013, n° 12-13.592, F-D, *JurisData*, n° 2013-019108.

- Cass. 3e civ., 18 févr. 2015, n° 14-14.416; *Bull. Joly soc.*, 2006§ 72, p. 345.
- Cass. 3e civ., 20 mai 2015, n° 14-11.851.
- Cass. 3e civ., 6 déc. 2018, n° 17-23.321 P, *D.* 2019. 294; *RTD civ.* 2019. 96.
- Cass. 3e civ., 21 févr. 2019, n° 18-11.553.
- Cass. 3e civ. 26 nov. 2020 n° 19-17.824 FS-PBI, *RJDA* 3/21 n° 172.
- Cass. 3e civ., 16 févr. 2022, n° 20-15.164, *JCP G.2022*, 288.

CASSATION CHAMBRE COMMERCIALE

- Cass. com., 8 mars 1949, *D.* 1949 p. 332.
- Cass. com., 21 juin 1950, *Bull. civ.* II, n° 226.
- Cass. com., 7 juill. 1953, *Bull. civ.* III, n° 254.
- Cass. com., 6 oct. 1953, *S.* 1954, I, p. 149.
- Cass. com., 10 nov. 1954, *Bull. civ.* III, n° 344.
- Cass. com., 17 janv. 1955, *Bull. civ.* III, p. 18, n° 25.
- Cass. com., 9 nov. 1955, *Bull. civ.* III, n° 313.
- Cass. com., 28 févr. 1956, *Rev. loyers* 1956, 241.
- Cass. com., 27 févr. 1957, n° 2.863, *Bull. civ.* III, n° 77.
- Cass. com., 14 janv. 1958, *JCP* 1958, II, 10 466.
- Cass. com., 16 févr. 1959, *JCP G* 1959, IV, 29 ; *Bull. civ.* III, n° 81.
- Cass. com., 30 janv. 1961, n° 58-11.974, *JCP G* 1962, II, 12 527.
- Cass. com., 30 mai 1962, *Bull. civ.* III, n° 290.
- Cass. com., 6 nov. 1962, *Bull. civ.* III n° 440.
- Cass. com., 12 nov. 1962, *Gaz. Pal.*, 1963, I, 165.
- Cass. com., 13 févr. 1963, n° 61-11.768, *Bull. civ.* III, n° 104; *D.* 1963, somm., p. 95.
- Cass. com., 18 mars 1963, *Bull. civ.* III n° 156.
- Cass. com., 7 juin 1963, *D.* 1964, *jurispr.* p. 308.
- Cass. com., 7 déc. 1966, *D.* 1968, *jurispr.* p. 113.
- Cass. com., 11 oct. 1967, *Bull. Joly* 1967, § 175, p. 300.

- Cass. com, 3 juill. 1968, n° 66-14 315.
- Cass. com., 21 janv. 1970, *JCP* 1970. II. 16 541.
- Cass. com., 6 oct. 1970, *Rev. soc.*, 1970, p. 453.
- Cass. com., 3 nov. 1970, n° 68-14.091, *Bull. Joly soc.*, 1971, p. 646.
- Cass. com., 14 avr. 1972, n° 70-13.333, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; *JCP* 1972. II. 17 269 ; *RTD com.* 1973. 326.
- Cass. com., 19 avr. 1972, n° 69-14054, *Bull. Joly soc.*, oct. 1972, n° 299, p. 617.
- Cass. com., 9 oct. 1972, n° 70-13.919; *Bull. civ. IV*, n° 234.
- Cass. Com., 18 juin 1974, n° 73-10.862, *Bull. civ. IV*, n° 199; *Bull. Joly* 1974. 709.
- Cass. com., 28 juin 1976, *Bull. civ. IV*, n° 218.
- Cass. com., 10 juil. 1978, *Bull. civ. IV* n° 195.
- Cass. com., 3 avr. 1979, n° 77-12.261, *Rev. soc.*, 1980, p. 723.
- Cass. com., 24 mars 1980, n° 78-12.877, *Bull. civ. IV*, n° 142.
- Cass. com., 7 juill. 1980, n° 79-10543, *Rev. soc.*, 1981, p. 315.
- Cass. com., 26 oct. 1981, *JCP* 1982. IV. 27.
- Cass. com., 7 déc. 1981, *Rev. soc.*, 1982, p. 519.
- Cass. com., 26 avr. 1982, n° 81-11.304, *D.* 1986, p. 233.
- Cass. com., 15 juill. 1982, *Rev. soc.*, 1983.75.
- Cass. com., 7 mars 1984, *Bull. civ. IV*, n° 96.
- Cass. com., 22 janv. 1985, n° 83-15.441, *JCP* 1986. II. 20 591.
- Cass. com., 9 mai 1985, *Bull. Joly soc.*, 1985, p. 788.
- Cass. com., 16 juill. 1985, *Bull. civ. IV* n° 218.
- Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12.118; *Bull. civ. IV*, n° 116.
- Cass. com., 12 nov. 1986, n° 85-10.617, *RJF* 1987, p. 373.
- Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19645, *Bull. Joly soc.*, 1988, n° 69, p. 271 ; *RDBB*, 1988, p. 130.
- Cass. com., 22 mars 1988, n° 86-17040, *Bull. civ. IV*, n° 124.
- Cass. com., 30 mai 1989, n° 88-11.445, *Bull. civ. IV*, n° 167.

- Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-15.784; *Bull. civ. IV*, n° 161.
- Cass. com., 18 déc. 1990, n° 89-15.838, *Bull. Joly* 1991. 326.
- Cass. com., 22 janv. 1991, n° 89-12.398; *Bull. civ. IV*, n° 33.
- Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590, *JCP E* 1991. 61, n° 4.
- Cass. com., 3 déc. 1991, n° 88-16.695, *Bull. civ. IV*, n° 373 ; *RTD com.* 1992. 584.
- Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831; Contrats, conc. consom. 1992, comm. 110.
- Cass. com., 15 juill. 1992 n° 1357, *RJDA* 10/92 n° 920.
- Cass. com., 27 oct. 1992, n° 90-20.963, *RJDA* 1/1993, n° 37 ; *Dr. sociétés* 1992, com. 257.
- Cass. com., 12 nov. 1992 et 26 oct. 1993, *RTD com.* 1993, 285.
- Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548 ; *JCP E* 1993. II. 415 ; *Dr. sociétés* mars 1993, n° 58.
- Cass. com., 6 avr. 1993, *JurisData* n° 1993-001168.
- Cass. com. 27 avr. 1993, n° 91-10.819, *Bull. civ. IV*, n° 157.
- Cass. com., 1er juin 1993, n° 91-14.740; *JCP G* 1993, IV, 1915.
- Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-22.217; *Bull. civ. IV*, n° 466.
- Cass. Com., 4 janv. 1994, n° 91-20.256, *Bull. Joly soc.*, 1994; *JCP E* 1994, I, 363, n° 4.
- Cass. com., 15 mars 1994, n° 91-20.334, *Bull. Joly*, 1994. 637.
- Cass. com., 14 mai 1994, n° 91-21364; *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 816.
- Cass. com, 17 mai 1994, n° 91-21364, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 183; *Bull. Joly soc.*, 1994, p. 816, n° 219.
- Cass. com., 7 juin 1994, *Bull. Joly soc.* 1994, p. 1255.
- Cass. com., 12 juillet 1994, *LPA*, 18 janvier 1995, 13.
- Cass. com., 21 févr. 1995, *RJDA* 6/95 n° 718.
- Cass. com., 21 mars 1995 n° 93-14.564, *RJDA* 7/95 n° 854.
- Cass. com., 13 juin 1995, *Rev. soc.*, 1995, p. 736; *Bull. Joly bourse* 1995, n° 21, p. 259.
- Cass. com., 10 oct. 1995, n° 93-15.619; *LPA*, 1995, n° 149, p. 15; *Bull. Joly soc.*, 1995, p. 1058.
- Cass. com., 21 nov. 1995, *JCP E* 1996. II. 852.
- Cass. com., 26 mars 1996, n° 93-17.895; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 98; *JCP E* 1996, II, 884.

- Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15.987, *Bull. Joly* 1996. 923, *Rev. soc.*, 1997. 110.
- Cass. com., 18 févr. 1997, n° 95-10.015; *Rev. soc.*, 1998, p. 324.
- Cass. com., 1er avr. 1997, n° 95-12.723, *RJF* 7/1997, n° 752 ; *Bull. Joly* 1997§ 231, p. 731.
- Cass. com., 6 mai 1997, n° 94-16.335 et 95-10.252, *Bull. civ.* IV, n° 117 et 118 ; *D.* 1997. 588 ; Defrénois 1997, art. 36633.
- Cass. com., 18 nov. 1997, n° 95-16.371, *Bull. civ.* IV, n° 298 ; ~~Cass. com., 18 nov. 1997, *Bull. Joly soc.*, 1998. 221.~~
- Cass. com., 10 mars 1998, n° 95-21329, *Rev. soc.* 1998, 541.
- Cass. com., 3 juin 1998, n° 96-13.891; *Bull. Joly* 1998, p. 921, § 290.
- Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661 ; *JCP E* 1999, p. 724 ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 67.
- Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20.555, *Bull. Joly* 1999. 679.
- Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439, *D. affaires* 1999, n° 177, p. 1437.
- Cass. com., 22 juin 1999, n° 98-13.611, *Bull. Joly Soc.*, 1999, p. 978.
- Cass. Com., 4 janv. 2000, n° 97-13.251.
- Cass. com., 30 mai 2000, n° 97-18.457, *JCP G* 2000, II, 10 401.
- Cass. com., 6 juin 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 173 ; *RTD civ.* 2000, p. 570.
- Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-11.877, *RJDA* 2001, n° 169.
- Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-15382, *Bull. Joly soc.*, déc. 2001, n° 269, p. 1249.
- Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-16.776, n° 99-18.253, *JCP E* 2002, 1044.
- Cass. com., 29 janv. 2002 n° 219, *RJDA* 5/02 n° 505.
- Cass. com., 18 Juin 2002, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; *D.* 2002, p. 2190 ; *RTD com.* 2002, p. 496.
- Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, *Bull. Joly* 2003, § 43, p. 192.
- Cass. com., 28 janv. 2003, n° 01-00.528, *RJDA* 2003, n° 6, n° 652.
- Cass. com., 25 mars 2003, n° 576, *Bull. Joly soc.*, n° 7, p. 824.
- Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, *LPA* 8 janv. 2004, n° 6, 15.
- Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-17.344, *Dr. sociétés* 2003. comm. 203.
- Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03.172, *Bull. Joly soc.*, juill. 2003, p. 812, n° 172 et p. 1062, n° 160.

- Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707, *Rev. soc.*, 2003. 489 ; *Bull. Joly*, 2003. 933.
- Cass. com., 1er juill. 2003, n° 01-02.479, *Bull. Joly* 2003.1164 ; *Dr. sociétés* déc. 2003, n° 204.
- Cass. com., 10 déc. 2003, n° 02-11.818, *Bull. Joly* 2004. 518.
- Cass. com., 21 janv. 2004 n° 145, *RJDA* 6/04 n° 712.
- Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-13.501, *Bull. Joly soc.*, 2004, p. 649.
- Cass. com., 18 févr. 2004, n° 02-11.453, *JurisData* n° 2004-022393.
- Cass. com., 9 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1405.
- Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-13.115, *JurisData* n° 2004-024436.
- Cass. com., 7 juill. 2004, n° 03-12106, n° 1143, *Bull. Joly soc.*, n° 1, p. 42, 01 janv. 2005.
- Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12672, *Bull. Joly soc.*, déc. 2004, n° 305, p. 1554.
- Cass. com., 28 sept. 2004, n° 00-17.225, *Act. proc. coll.* 2004, n° 227.
- Cass. com., 30 nov. 2004, n° 1720, *RJDA* 3/05 n° 263.
- Cass. com., 22 févr. 2005, *RJDA* 2005, n° 698.
- Cass. com., 18 mai 2005, n° 69-14054, *Dr. sociétés*, n° 170.
- Cass. com., 31 mai 2005, n° 02-18.547, *Juris-Data* n° 2005-028698.
- Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13.112, *D.* 2005. *AJ* 1941.
- Cass. com., 28 juin 2005, n° 02-20.452, *LPA* 11 oct. 2005, n° 202.
- Cass. com., 5 juill. 2005, n° 1042, *RJDA* 12/05 n° 1370.
- Cass. com., 12 juill. 2005, n° 02-19.860, *Dr. sociétés* 2005, n° 180.
- Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18.449, *JCP E* 2006, 1000 ; *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 345.
- Cass. com., 22 nov. 2005, n° 05-86.631, *JCP E* 2006, 1669, p. 782.
- Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10287, *Bull. civ. IV*, n° 245 ; *Bull. Joly soc.*, 2006, p. 792 ; *JCP E* 2006, 2035.
- Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878, *Bull. civ. IV*, n° 255 ; *D.* 2006. *AJ* 149 ; *RTD com.* 2006. 429.
- Cass. com., 12 déc. 2006, n° 04-19.083, *JurisData* n° 2006-036560.
- Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.619 ; *Rev. soc.*, 2007, p. 76.

- Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17.802; *JCP E* 2007, 1192.
- Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-16.460, *Bull. Joly* 2007. 616.
- Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.296; *Bull. civ.* 2007, IV, n° 38.
- Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-21594, *Bull. Joly soc.*, sept. 2007, n° 272, p. 965.
- Cass. com., 3 avr. 2007, n° 06-10.481, *RJDA* 2007, n° 734.
- Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *JCP E* 2007, 1909.
- Cass. com., 10 juill. 2007, n° 05-14.358; *Bull. Joly* 2007, p. 1225, § 321.
- Cass. com., 9 oct. 2007, n° 06-19.060, *RJDA* 1/08 n° 41.
- Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, *Bull. civ.* IV, n° 225; *D.* 2008. 47.
- Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17.861.
- Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20.966, *Dr. sociétés* 2008, comm. 74.
- Cass. com., 4 mars 2008 n° 07-11.642, *RJDA* 6/2008 n° 632.
- Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-20.156, *Bull. Joly* 2008. 489.
- Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-11.735.
- Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14305, *Dr. sociétés* 2008, comm. 155.
- Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-11.428 et 07-11.530, *Bull. civ.* IV, n° 109.
- Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-21.862, *RJDA* 12/2008, n° 1250.
- Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761, *Rev. soc.*, 2009. 339; *Bull. Joly* 2008. 905.
- Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-17.731, *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 11.
- Cass. Com., 21 oct. 2008, n° 07-19.102, *Bull. civ.* n° 274 ; *Dr. sociétés* 2008, n° 253.
- Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-12.946.
- Cass. com., 13 janv. 2009, n° 07-21.704.
- Cass. com., 27 janv. 2009, n° 07-16771, *Bull. Joly soc.*, juill. 2009, n° 132, p. 664.
- Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-16.417, *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 992 ; *RTD com.* 2009, p. 573.
- Cass. com., 30 juin 2009 n° 08-10.719, *RJDA* 11/09 n° 967.
- Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.037, *Dr. sociétés* 2010, comm. 64.
- Cass. Com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, *D.*, 2010, *AJ*, p. 825.
- Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 93.

- Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-14.031, *BRDA* 2010, n° 19, p. 3.
- Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726, *Bull. Joly soc.*, févr. 2011, p. 122.
- Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-12.273, *Bull. Joly*, 2011. 418.
- Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11.650, *Rev. soc.*, 2011, p. 287.
- Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19.222, *Dr. sociétés* 2011, comm. 189.
- Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.079.
- Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-21.370, *Dr. sociétés* 2011, comm. 214.
- Cass. com., 31 janv. 2012 n° 10-27.603 F-D, *RJDA* 5/12 n° 492.
- Cass. com. 18 sept. 2012, n° 11-19.764.
- Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-23.895, *JurisData* n° 2013-002108.
- Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-16.081, *Rev. soc.*, 2013, p. 619.
- Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-18453, *Bull. Joly soc.*, juin 2013, n° 193, p. 414.
- Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037, *JurisData* n° 2013-013225.
- Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509, *Dr. sociétés* 2013, comm. 204 ; *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 728.
- Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204, *Bull. Joly soc.*, 2014, p. 98 ; *JCP N* 2014, 1268, n° 8.
- Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166, *Bull. IV*, n° 6 ; *JCP E* 1124.
- Cass. com., 21 janv. 2014 n° 12-29.221, *RJDA* 6/14 n° 533.
- Cass. com., 21 janv. 2014, n° 13-10.151, *Bull. civ. IV*, n° 16; *Rev. soc.*, 2014, p. 487.
- Cass. com., 16 sept. 2014 n° 13-17.779, *RJDA* 1/15 n° 19.
- Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-22506.
- Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-25749, *Rev. soc.*, 2015, p. 579.
- Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-26.622, *RJDA* 5/15 n° 345.
- Cass. com., 31 mars 2015, n° 14 - 16 .339, *JurisData* n° 2015-007188.
- Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-11.680; *JCP E* 2016, 1037.
- Cass. com., 9 fév. 2016, n° 14-23.219.
- Cass. com. 20 sept. 2016, n° 14-28.107, *Rev. soc.*, 2017.
- Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-14.734, *RJDA* 5/17 n° 337.

- Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, *Bull. Joly soc.*, 2017, p. 234.
- Cass. Com., 26 avr. 2017, n° 14-12.040, *Rev. soc.* 2017. 412.
- Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-26.491, *Rev. soc.*, 2017. 631.
- Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-17.296, *BRDA* 2017, n° 23, p. 3.
- Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-19.283, *Bull. Joly* 2018, n° 3, p. 140.
- Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-17.901, *BRDA* 2018, n° 10, inf. 2.
- Cass. Com., 5 avr. 2018 n° 16-18.772, *Bull. Joly soc.*, 2018, p. 405.
- Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-28133.
- Cass. com., 24 oct. 2018, n° 17-12582, *Bull. Joly soc.*, févr. 2019.
- Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-15.386.
- Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-26.117, *Rev. soc.*, 2020. n° 359.
- Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18- 13 686, *Rev. soc.*, 2020. 224.
- Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-15.475, *Dr. sociétés* 2020, comm. 6.
- Cass. Com., 8 janv. 2020, n° 18-21.925.
- Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-16.441, *JurisData* n° 2020-008249.
- Cass. com., 7 juill. 2020, n° 18-19.330, *Juris-Data* n° 2020- 012834.
- Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-22.076, *Juris Data* n° 2020-015324.
- Cass. Com., 2 déc. 2020, n° 18-20.116, *Bull. Joly soc.*, n° 03, p. 37, 01 mars 2021.
- Cass. com., 16 déc. 2020, n° 18-25630, *Bull. Joly soc.*, mars 2021 ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 49.
- Cass. com., 13 janv. 2021, n° 18-21.860, *JurisData* n° 2021-000235; *Rev. soc.*, 2021, p. 358.
- Cass. com., 27 janv. 2021 n° 18-22.492, *RTD civ.* 2021, p. 400; *D.* 2022, p. 310.
- Cass. com., 2 juin 2021, n° 19-11.313, *Rev. soc.*, 2022. 148.
- Cass. com., QPC, 9 juin 2021, n° 20-22246, *Bull. Joly soc.*, 2021, p. 21.
- Cass. com., 7 juill. 2021, n° 19-11.906; *BRDA* 2021, n° 18, p. 2.
- Cass. Com., 4 nov. 2021, n° 19-12.342.
- Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-13.719, *Dr. sociétés* 2022, comm. 39.
- Cass. com., 9 févr. 2022, n° 20-14.476, *JCP G* 2022, n° 1170 ; *Rev. soc.*, sept. 2022, p. 487.

- Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14.773, *NP*, *D.* 2022. 1250.
- Cass. com., 30 nov. 2022, n° 20-19.184, *Dr. sociétés* 2023, comm. 33.
- Cass. com., 4 janv. 2023, n° 21-10609 et 21-12515, *Bull. Joly soc.*, 8, avr. 2023.
- Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324, FS-B.
- Cass. com., 28 avr. 2004, n° 00-15.003, *RJDA*, 8-9/04, n° 983.
- Cass. com., 29 mai 2024, n° 22-13710, *Bull. Joly soc.*, sept. 2024.

CASSATION CHAMBRE CRIMINELLE

- Cass. crim., 12 avr. 1976, n° 75-91.627, *JCP* 1977, II, 18 523 ; *Rev. soc.*, 1977, p. 293.
- Cass. crim., 9 janv. 1980, n° 79-91.056, *Bull. crim.* n° 14.
- Cass. crim., 22 janv. 1990, n° 88-84.955, *Bull. crim.*, n° 35, *BRDA* 1990, n° 7, p. 8.
- Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742, *JurisData* n° 2000-002990.
- Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376, *BRDA* 2004, n° 1, p. 4, n° 6.
- Cass. crim., 9 sept. 2009, n° 08-87.312, *Bull. Joly soc.*, févr. 2010, n° 40, p. 179.
- Cass. crim., 4 nov. 2009, n° 09-80.818, *Bull. Joly soc.*, mai 2010, p. 498.
- Cass. crim., 23 avr. 2013, n° 12-83.244, *AJ pénal* 2013, p. 474.
- Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, *AJ pénal* 2020, p. 576.

CASSATION CHAMBRE SOCIALE

- Cass. soc. 13 mai 2014 n° 12-29.012, *RJS* 7/14 n° 586.
- Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-29.691, *Lexbase hebdo, affaires* n° 389, 10 juill. 2014.
- Cass. Soc., 22 sept. 2015, n° 13-25.429, *Bull. civ.* n° 175.
- Cass. soc., 29 nov. 2023, n° 22-11398, *JCP G* 2023, act. 1416.

COUR D'APPEL

- CA Aix-en-Provence, 14 mai 1992, *JCP E* 1993, II, 465.
- CA Aix-en-Provence, 12 juin 1997, *RJDA*, 1998/4, p. 316, n° 436.

- CA Aix-en-Provence, 5 déc.2003, n° 99/11689, *Juris-Data* n° 2003-232784.
- CA Aix-en-Provence, 3 mars 2022, n° 19/01925, *BRDA* 2022, n° 11, inf. 4.
- CA Amiens, 26 mai 1906, *DP* 1907, 2, p. 25.
- CA Amiens, 30 avr. 1975, *RJ com.* 1978, p. 310.
- CA Amiens, 6 nov. 2018, n° 16/05833.
- CA Bordeaux, 8 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-143761,
- CA Bourges, 11 mai 2023, n° 22/01123.
- CA Caen, 22 nov. 2012, n° 11/04085.
- CA Chambéry, 9 nov. 1999, n° 97/02447, *JurisData* n° 1999-109434.
- CA Chambéry, 26 nov. 2002, n° 00/01443, *D.* 2003, p. 1216.
- CA Colmar, 3 avr. 1957, *D.* 1957, *jurispr.* p. 625, *S.* 1957, p. 385.
- CA Douai, 6 août 1903, *DP* 1907, 2, p. 377.
- CA Douai, 15 nov. 1999, n° 97/06832.
- CA Douai, 11 sept. 2007, n° 06/07395, *JurisData* n° 2007-345681.
- CA Douai, 6 juill. 2017, n° 16/02902, *Dr. sociétés* 2017, comm. 201.
- CA Grenoble, 11 janv. 1966, *RTD com.* 1967. 788.
- CA Grenoble, 29 avr. 1999, *Dr. famille* 1999, 115.
- CA Montpellier, 18 nov. 1964, *D.* 1965, somm. p. 56.
- CA Montpellier, 28 janv. 1997, *Juris-Data* n° 1997-034482.
- CA Montpellier, 22 nov. 2005, n° 04/02938, *Juris-Data* n° 2005-310593.
- CA Montpellier, 13 mai 2009, n° 08/07579, *JurisData* n° 2009-008595.
- CA Montpellier, 5 avr. 2018, n° 13/05631.
- CA Montpellier, 24 nov. 2020, n° 18/00085
- CA Montpellier, 26 janv. 2023, n° 20/01507.
- CA Nouméa, 15 sept. 2022, n° 21/00099, *Bull. Joly soc.*, n° 02, p. 30, 1er févr. 2023.
- CA Nancy, 25 nov. 1988, *BRDA* 1989, n° 18, p. 20.
- CA Nîmes, 29 juin 1999, n° 98/496, *JurisData* n° 1999-030080.
- CA Orleans, 22 nov. 1971, n° 17154, *JCP G*, 1972, II.

- CA Orléans, 18 nov. 2004, n° 03-3103, *RJDA* 2/05 n° 145.
- CA Papeete, 14 avr. 2011, n° 244, 47/CIV/10, *JurisData* n° 2011-017919.
- CA Paris, 24 oct. 1934, *DP* 1936, II, p. 59.
- CA Paris, 17 janv. 1935, *Journ. soc.* 1937. 236.
- CA Paris, 27 juin 1949, *JCP* 1950, II, 5648 ; *D.* 1949, p. 537.
- CA Paris, 1er déc. 1951, *JCP G* 1952, II, 666.
- CA Paris, 17 janv. 1972, *RTD. com* 1972, 421.
- CA Paris, 3 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 8.
- CA Paris, 17 avr. 1976, *Bull. Joly soc.*, juill. 1977, pan., p. 435.
- CA Paris, 27 sept. 1977, *D.* 1978. IR 250.
- CA Paris, 19 oct. 1980, *Rev. soc.*, 1982, p. 521.
- CA Paris, 26 avr. 1984, *BRDA* 13/84, p. 10.
- CA Paris, 6 déc. 1984, *Bull. Joly* 1985. 322.
- CA Paris, 9 avr. 1986, *Bull. Joly*, mars 1986, n° 3, p. 185.
- CA Paris, 10 avr. 1986, *Rev. soc.*, 1986. 428.
- CA Paris, 9 juin 1987, *D.* 1987. IR 163, *RTD com.* 1987. 495.
- CA Paris, 8 déc. 1988, *Bull. Joly soc.*, 1989, p. 337.
- CA Paris, 24 avr. 1989, *BRDA* 18/1989, p. 20.
- CA Paris, 15 févr. 1990, *JurisData* n° 1990-020756.
- CA Paris, 20 sept. 1990, *Dr. sociétés* 1991, n° 31.
- CA Paris, 13 nov. 1990, *Rev. soc.*, 1991, p. 138.
- CA Paris, 25 fév. 1991, *Bull. Joly soc.*, 1991, p. 519, § 179.
- CA Paris, 1er déc. 1992, *Bull. Joly* 1993. 323 ; *Dr. sociétés* 1993, n° 48.
- CA Paris, 28 déc. 1992 ; *Bull. Joly*, 1993, p. 437 § 124.
- CA Paris, 25 mars 1993, *D.* 1993, I.R., p. 148.
- CA Paris, 8 oct. 1993, n° 92-004110.
- CA Paris, 3 nov. 1994, *RJDA* 4/1995, n° 406.
- CA Paris, 30 juin 1995, n° 93/024540, *JCP E* 1996, I, n° 541, n° 6.

- CA Pau, 24 janv. 1996, *JAMP*, 1996/2, p. 89.
- CA Paris, 19 mars 1996, *RJDA*, 1996/6, p. 562, n° 790.
- CA Paris, 11 sept. 1997, n° 95/08657 et 96/19978, *Defrénois*, 1998, p. 119.
- CA Paris, 4 sept. 1998 n° 98/03519, *Bull. Joly soc.*, févr. 1999, p. 250.
- CA Paris, 19 févr. 1999, n° 1995/26496, *Bull. Joly* 1999, p. 674.
- CA Paris, 6 oct. 1999, n° 1998/00208.
- CA Paris, 18 févr. 2000, n° 1999/16771, *Bull. Joly* 2000. 727.
- CA Paris, 18 oct. 2000, n° 2000/09406.
- CA Paris, 16 juin 2000, *Bull. Joly soc.*, 2001, n° 14, p. 42.
- CA Paris, 18 mai 2001, n° 2000/03329.
- CA Paris, 21 sept. 2001, *Bull. Joly soc.*, 2002, n° 139, p. 626.
- CA Paris, 21 févr. 2003, n° 2002/01009, *Juris-Data* n° 2003-206474.
- CA Paris, 23 mai 2003, n° 02-14421, *RJDA* 1/04 n° 54.
- CA Paris, 3 mars 2004, n° 2002/02686, *JurisData* n° 2004-241181.
- CA Paris, 6 avr. 2004, n° 2003/19984, *Bull. Joly soc.*, n° 10, p 1262.
- CA Paris, 29 juin 2004, n° 03-19704, *RJDA* 1/05 n° 36.
- CA Paris, 28 janv. 2005, n° 02/14489, *RTD com.* 2005, p. 250.
- CA Paris, 13 mai 2005, n° 03/15 724, *Bull. Joly*, 2005. 1363.
- CA Paris, 5 juin 2008, n° 07/11 644, *JurisData* n° 2008-364248.
- CA Paris, 28 oct. 2008, n° 2008-373136.
- CA Paris, 26 mars 2009, n° 07-4287, *RJDA* 2009, n° 968.
- CA Paris, 19 mars 2013, n° 12/00020, *RTD com.* 2013. 767.
- CA Paris, 9 avr. 2013, n° 11/09425, *RJDA* 2013, n° 622.
- CA Paris, 4 févr. 2014, n° 12/16545, *Bull. Joly soc.*, juill. 2014, n° XXX *Bull. Joly soc.*, 112c9.
- CA Paris, 19 juill. 2018, n° 16/01270
- CA Paris, 13 févr. 2019, n° 17/08042, *JurisData* n° 2019-002009.
- CA Paris, 17 févr. 2022, n° 21/00370.

- CA Paris, 15 sept. 2022, n° 22/00769, *Bull. Joly soc.*, déc. 2022.
- CA Paris, 15 sept. 2022, n° 22/00769, *Bull. Joly soc.*, déc. 2022.
- CA Pau, 14 janv. 2020, n° 18/01812, *Juris-Data* n° 2020-000687.
- CA Poitiers, 20 janv. 1954, *D.* 1954, p. 158 ; *JCP* 1954, II, 8064;
- CA Poitiers, 7 déc. 1965, *RTD com.* 1966. 908, n° 6.
- CA Poitiers, 17 juin 2008, *JurisData* n° 2008-373866.
- CA Poitiers, 2 juill. 2010, n° 09/00032, *JurisData* n° 2010-023447.
- CA Rennes, 9 janv. 2024, n° 22/06321, *Bull. Joly soc.*, 2024, n° 04, p. 13.
- CA Riom, 11 mai 1884, *DP* 1885, 2, p. 66.
- CA Riom, 22 nov. 1928, et T. com. Toulouse, 19 déc. 1929, *DP* 1930. 2. 121.
- CA Riom, 5 mai 1980, *Rev. soc.*, 1981, p. 596.
- CA Riom, 29 sept. 2004, n° 03/00977, *JurisData* n° 2004-252743.
- CA Rouen, 6 juin 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 910.
- CA Rouen, 13 janv. 1983, *JurisData* n° 1983-041186.
- CA Rouen, 6 juill. 2004, n° 02-3307, *RJDA* 2005, n° 146,
- CA Toulouse, 17 mai 1880, *DP* 1881, 2, p. 220.
- CA Toulouse, 22 avr. 2009, *JurisData* n° 2009-377665.
- CA Toulouse 11 mars 2020, n° 18/02010, *RJDA* 7/20 n° 370.
- CA Toulouse, 31 janv. 2024, n° 22/00057, *Bull. Joly soc.*, 2024, n° 05, p. 10.
- CA Versailles, 27 sept. 1990, *Bull. Joly* 1990§ 1033.
- CA Versailles, 12 avr. 1991, *Bull. Joly soc.*, juill. 1991, n° 253, p. 699.
- CA Versailles 20 fév.1992, *RJDA* 6/92 n° 563.
- CA Versailles, 24 juin 1993, n° 347, *JurisData* n° 1993-042987.
- CA Versailles, 17 nov. 1994, *JCP E* 1995, n° 7, p. 447 ; *Bull. Joly bourse*, 1995, n° 6, p. 37.
- CA Versailles, 28 mars 1996 ; *BRDA* 9/1996, p. 3 ; *RJDA* 6/1996, n° 796.
- CA Versailles, 3 oct. 1996, n° 10163/93, *Bull. Joly soc.*, 1997, p. 116.
- CA Versailles, 27 févr. 1997, *Bull. Joly soc.*, 1997, p. 543.
- CA Versailles, 17 sept. 1998, n° 98/00000872, *Bull. Joly soc.*, 1998, p. 1266.

- CA Versailles, 11 mars 1999, n° 9998/96, *Bull. Joly* 1999, p. 670.
- CA Versailles, 14 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000. 164.
- CA Versailles, 7 sept 2000, n° 5389-97, *Bull. Joly* 2000, p. 1175.
- CA Versailles, 23 oct. 2002, n° 02/05235, *Bull. Joly soc.*, 2003, p. 204.
- CA Versailles, 26 févr. 2003, *JurisData* n° 2003-231736.
- CA Versailles, 27 janv. 2005, n° 03/04697, *JCP E* 2005, 1046.
- CA Versailles, 25 janv. 2022, n° 19VE03125.
- CAA Bordeaux, 2 févr. 2010, n° 08BX03318.
- CAA Douai, 5 juin 2012, n° 11-449.
- CAA Douai, 31 janv. 2013, n° 12DA00345, *RJF* 2013, n° 707.
- CAA Nantes, 26 nov. 2020, n° 19NT03876.
- CAA Paris, 6 juill. 1993, *Bull. Joly soc.*, 1993, p. 1172 § 351.
- CAA Lyon, 1er oct. 2019, n° 18LY03001.

TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE.

- T. Com. Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774, *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 223.
- T. civ. Cholet, 24 mars 1954, *JCP* 1954. II. 8279.
- T. com. Nanterre, 26 févr. 2020, n° 2018F00466, *AJ contrat* 2020. 296.
- T. com. Nantes, 31 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 433.
- TGI Paris, 24 avr. 1973, *Bull. Joly soc.*, janv. 1974, n° 14, p. 31.
- TGI. Paris, 16 mai 1974, *Rev. soc.*, 1975, p. 657 ; *RTD com.* 1976, p. 579.
- T. com. Paris, 1er déc. 1992, *JurisData* n° 1992-603044 ; *JCP E* 1993, 384.
- T. com. Paris, 7 juin 2013, *JurisData* n° 2013-029245.
- T. com. Paris, 23 sept. 2022, n° J2021000542.
- T. civ. Périgueux, 25 mars 1952, *JCP* 1954, II, 7899.
- T. civ. Périgueux, 25 mars 1952, *JCP* 1954, II, 7899.
- T. com. Seine, 19 avr. 1937, *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 53.

- T. com. Seine, 28 juill. 1887, *Journ. sociétés* 1888, p. 445.
- T. com. Seine, 3 janv. 1951, *JCP G* 1952, II, 6846.
- T. com. Paris, 24 juin 1974, *RJ com.* 1977. 157.
- T. com. Seine, 2 mars 1935, *RTD soc.* 1935. 276.

Table des matières

PARTIE 1 : L'APPORT EN NATURE A TITRE PARTICULIER : ENJEUX ET CONSÉQUENCES 25

TITRE 1 - L'APPORT EN NATURE ET PRÉÉMINENCE DE L'INTÉRÊT SOCIAL..... 26

CHAPITRE 1 - LES PARADIGMES DE L'APPORT EN NATURE 27

Section 1 - La notion d'apport en nature..... 27

I- Contexte juridique de la notion d'apport en nature 27

1) Concepts généraux de l'apport en nature 28

a) Nature juridique et jurisprudentielle de l'apport en nature..... 28

b) Catégorie et classification juridique de l'apport en nature 33

2) Limites de la notion d'apport en nature..... 38

a) La notion de fictivité de l'apport en nature 38

b) Les limites à la liberté d'apport en nature 42

II- Les conséquences de l'apport en nature : l'acquisition de la qualité d'associé..... 44

1) La connexion traditionnelle de l'apport et la qualité d'associé..... 44

a) Les conditions requises pour se prévaloir de la qualité d'associé 44

b) L'apport, élément essentiel, mais insuffisant pour se prévaloir de la qualité d'associé 46

2) L'obsolescence de la connexion entre l'apport en nature et la qualité d'associé 47

a) L'apport en nature et la qualité d'associé, une connexion devenue désuète..... 48

b) Le risque inhérent à l'apport, devenu élément essentiel de la qualité d'associé 65

Section 2 - L'apport en nature et le capital social..... 67

I- La connexion entre l'apport en nature et le capital social..... 67

1) L'utilité du capital social 68

a) Fonctions traditionnelles du capital social 68

b) La remise en cause du principe du capital, gage des créanciers 70

2) Le capital social élément essentiel des capitaux propres 72

a) Entorse entre le capital social et la valeur d'apport en nature 72

b) Déconnexion du capital social avec les droits des apporteurs 73

II- La valeur d'apport en nature..... 75

1) La notion de valeur d'apport 75

a) La valeur d'une entité économique, une notion disséminée 75

b) La valeur réelle de l'apport en société, une notion mitigée. 81

2) Les facteurs d'influence sur la valeur d'apport en nature..... 83

a) Facteurs inhérents aux parties à l'opération d'apport en nature..... 84

b) Facteurs d'influence inhérents à l'évaluateur 90

CHAPITRE 2 - LE CONTRAT D'APPORT EN NATURE..... 94

Section 1 - Analyse de l'effet contractuel de la convention d'apport en nature 94

I- La portée juridique du contrat d'apport en nature 94

1) Qualification juridique du contrat d'apport en nature 94

a) Contrat d'apport, dichotomie de qualification juridique 94

b) Théorie de la conception hybride du contrat de société 106

2) Conditions de validité du contrat d'apport en nature 108

a) Le contrat d'apport – personne habilitée à engager la société apporteuse 108

b) Validité d'apport en société d'un bien commun 111

II- La portée de l'engagement de l'apporteur en nature 116

1) Nature juridique de l'engagement de l'apporteur en nature..... 117

a) Effets juridiques du contrat d'apport en nature..... 117

b) Convention d'apport, engagement inhérent..... 121

2) Pérennité de l'engagement contractuel d'apport en nature..... 128

a) Principe d'irrévocabilité du contrat d'apport en nature..... 128

b) Limites à l'application du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat d'apport	130
Section 2 - Réalisation de l'apport en nature.....	133
I- L'exécution du contrat d'apport.....	134
1) Le contrôle de l'opération d'apport.....	134
a) L'intervention du commissaire aux apports - un tiers impartial	134
b) Limites liées aux diligences et conclusions du commissaire aux apports.....	136
2) L'approbation de l'apport en nature.....	139
a) L'intervention relative des associés dans les opérations d'apport en nature	139
b) La réalisation de l'augmentation de capital.....	142
II- Les enjeux de la force obligatoire du contrat d'apport	146
1) Exécution de l'acte d'apport en nature.....	146
a) L'obligation de libération du bien apporté, un corollaire de l'exécution du contrat d'apport	146
b) L'exécution forcée de la libération d'apport	147
2) Extinction du contrat d'apport.....	151
a) Anéantissement du contrat d'apport	151
b) Impact de l'anéantissement du contrat d'apport sur le contrat de société	152
TITRE II - L'APPORT EN NATURE - OBJET ET RÉMUNÉRATION.....	156
CHAPITRE 1 - L'APPORT EN NATURE – OBJET DE L'APPORT ET DROITS CONFÉRÉS.....	157
Section 1 – Enjeux de l'apport des liens contractuels et droits financiers.....	157
I- La transmissibilité contractuelle, une flexibilité conditionnée.....	158
1) Apport en société des contrats spéciaux, un encadrement législatif perfectible.....	158
a) Enjeux de l'apport en société d'un lien contractuel	158
b) Apport en société des contrats spéciaux, la personnification l'emporte sur la	162
patrimonialisation	162
2) Apport en société des droits financiers.....	179
a) Apport de titres de capital	179
b) Apport en jouissance de numéraire.....	181
II- Apport en société d'un fonds de commerce, un apport à titre universel	184
1) Assujettissement du fonds de commerce à une réglementation spéciale.....	184
a) Notion d'apport en société d'un fonds de commerce.....	184
b) Apport du fonds de commerce, une consistance bien encadrée.	187
2) Les enjeux de l'apport en société d'un fonds de commerce	193
a) Fonds de commerce grevé d'un droit, de la légitimation de l'apport.....	193
b) Apport du fonds de commerce : Protection des créanciers de l'apporteur	197
Section 2 - L'apport en nature à l'ère du numérique	200
I- Apport en société de droits numériques	200
1) Apport en société d'actif numérique.....	200
a) Actifs numériques, du virtuel aux contours incertains	200
b) Apport des jetons numériques	202
2) Apport en société de la cryptomonnaie	206
a) Cryptomonnaie, qualification juridique nuancée.	206
b) Apport en société de la cryptomonnaie.....	209
II- Apport en société de fonds de commerce numérique.....	212
1) La nature juridique du fonds de commerce numérique	212
a) Les prémices de la reconnaissance d'un fonds de commerce numérique.....	213
b) La clientèle virtuelle propre, un élément essentiel d'un fonds de commerce numérique	215
2) Apport en société du fonds d'un commerce numérique, la prééminence du virtuel.....	218
a) Éléments constitutifs du fonds de commerce numérique	218
b) Apport en société du fonds de commerce numérique	221
CHAPITRE 2 - L'APPORT EN NATURE - ÉVALUATION ET DROITS CONFÉRÉS	225
Section 1 - Les enjeux de l'évaluation de l'apport en nature.....	226

I-	L'importance et la nécessité de l'évaluation.....	226
1)	Contexte général de l'évaluation	226
a)	Processus de l'évaluation de l'apport en société, enjeux et objectifs	226
b)	Processus de l'évaluation financière : un encadrement imparfait	230
2)	La due diligence un préalable d'une évaluation optimale	232
a)	La due diligence, une nécessité impérieuse.....	232
b)	Mise en œuvre de la due diligence.....	234
II-	Approches et méthodes d'évaluation	238
1)	Les préalables au processus d'évaluation financière.....	238
a)	Intérêt du retraitement des éléments bilanciers.....	239
b)	Facteurs d'ajustement des comptes sociaux	240
2)	Évaluation de l'apport en nature : Un préalable pour la rémunération de l'apport	244
a)	L'évaluation de l'apport, entre objectivité et subjectivité	244
b)	Choix des méthodes d'évaluation : un exercice très complexe.....	248
	Section 2 - Assortiment des outils de rémunération	251
I-	Rémunération de l'apport en nature par des droits sociaux	251
1)	Rémunération de l'apporteur en nature par des titres ordinaires.....	252
a)	Rémunération de l'apport en nature par émission de titres de capital.....	252
b)	Rémunération de l'apport en nature par des actions autodétenues	253
2)	Rémunération de l'apport en nature par des actions de préférence	255
a)	Droits particuliers de nature financière	255
b)	Droits particuliers de nature politique.....	256
II-	Rémunération de l'apport en nature par des VMDAC ou des jetons numériques.....	257
1)	Consécration de la validité de rémunération par des VMDAC.....	257
a)	Qualification et régime juridique des VMDAC.....	257
b)	Rémunération de l'apport en nature par des VMDAC.....	260
2)	Rémunération par des jetons numériques.....	268
a)	Tokenisation des titres financiers	268
b)	Rémunération par des jetons numériques dont l'actif sous-jacent est une action	271
	PARTIE II – L'APPORT EN NATURE RÉALISÉ DANS LE CADRE D'UNE FUSION ET OPÉRATIONS ASSIMILÉES	279
	TITRE 1 – LES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION ENTRE SOCIÉTÉS DE CAPITALS 281	
	CHAPITRE 1 - LE CADRE CONCEPTUEL DES OPÉRATIONS DE FUSION ET DE SCISSION ENTRE SOCIÉTÉS DE CAPITALS.....	282
	Section 1 - La rigidité apparente du régime de fusion et de scission	282
I-	La fusion et scission emportent transmission universelle de patrimoine	282
1)	Concepts généraux relatifs aux opérations de fusion et de scission	283
a)	La fusion et la scission, deux modes de restructuration des sociétés de capitaux, quels intérêts pour quels risques ?	283
b)	Régime des fusions et scissions, un cadre conceptuel très épars	287
2)	La fusion triangulaire, un régime méconnu en droit français	292
a)	Fusion triangulaire une technique de restructuration transfrontalière écartée par le législateur 293	
b)	Recherche de la faisabilité juridique de la fusion triangulaire au regard du droit français ...	299
II-	Portée de l'effet légal de la transmissibilité de l'universalité de patrimoine lors de l'opération de fusion et de scission.....	300
1)	Les caractéristiques intrinsèques aux opérations de fusion et de scission	300
a)	Le caractère impératif de la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute .	301
b)	Substitution universelle aux droits et obligations : effet sous-jacent de la transmission universelle	304
2)	Principe de continuité de l'entreprise absorbée ou scindée : un effet sous-jacent de la fusion ou scission	312

a) La dissolution sans liquidation de l'absorbée a pour corollaire la continuité de l'activité transmise par l'absorbante	313
b) Limites au principe de continuité de l'entreprise absorbée ou scindée	315
Section 2 - Limites et contraintes au principe de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ou scindée	319
I- Remise en cause de l'effet translatif intégral de l'opération de fusion et scission	319
1) Délimitation mitigée de la transmissibilité de certains droits et obligations.....	319
a) Intransmissibilité critiquable de certains liens contractuels.....	319
b) Contraintes liées à la transmission de plein droit des droits sociaux.....	330
2) Limites au principe de continuité de certains droits attachés aux titres de capital	334
a) Contraintes inhérentes à la présence des actions de préférence	335
b) Limite à la protection des détenteurs des VMDAC	337
II- Les capitaux propres négatifs, un frein à la réalisation d'une opération de fusion ou de scission.	339
1) La problématique de l'actif net négatif de la société absorbée ou scindée	339
a) L'impossibilité d'absorption ou de scission d'une société dont l'actif net est négatif	339
b) La recherche d'alternatives envisageables	340
2) La problématique de l'actif net négatif de la société bénéficiaire	348
a) Contraintes liées la valeur réelle négative de la société absorbante ou sociétés bénéficiaires	348
b) La recherche d'alternatives envisageables	349
CHAPITRE 2 - LA CONCRÉTISATION DE L'OPÉRATION DE FUSION ET DE SCISSION	353
Section 1 - La recherche de la pérennité de l'opération de fusion ou de scission	353
I- Force obligatoire des conventions préparatoires de la fusion ou scission	353
1) Nature juridique des actes préparatoires des opérations de fusion et de scission.....	354
a) Phase de négociation corrélée par un protocole d'accord	354
b) Intérêt et portée juridique des actes précontractuels	356
2) Projet de fusion ou de scission.....	357
a) Nature juridique du projet de fusion ou de scission	358
b) Aménagement des termes du projet de fusion ou de scission.....	360
II- Force obligatoire du traité de fusion ou de scission	367
1) Validité juridique du traité de fusion ou de scission	367
a) Nature juridique du traité de fusion ou de scission	367
b) Pérennité et intangibilité du traité de fusion ou de scission.....	368
2) La réalisation de l'opération de fusion ou de scission.....	376
a) Les effets légaux de l'opération de fusion ou de scission	376
b) Problématique de la rétroactivité de l'opération de fusion ou de scission.....	383
Section 2 - L'évaluation, un préalable impératif pour la concrétisation de l'opération	386
I- Les enjeux de l'évaluation des sociétés participant aux fusions et scissions	386
1) Évaluation : Enjeux et finalités	386
a) Opérations de fusion et de scission : les enjeux de la valorisation.....	387
b) La valeur d'apport est une notion comptable	399
2) Parité d'échange, un moyen de préservation des droits des associés	402
a) La parité d'échange un prélude de la rémunération des apports	403
b) Droits formant des rompus, un traitement singulier qui portent atteinte au droit de propriété des anciens associés	404
II- Réalisation définitive des opérations de fusion et scission	407
1) Rémunération de l'universalité du patrimoine transmis	408
a) Échange de titres des associés de la société fusionnée ou scindée	408
b) Existence de lien de participation entre sociétés participantes, effets sur la rémunération	409
2) Contrôle des opérations de fusion et scission	414
a) Nécessité d'intervention du commissaire aux comptes et du commissaire à la fusion ou la scission.....	414
b) Contrôle de l'opération de fusion ou de scission ex-post.....	420

TITRE II - L'APPORT PARTIEL D'ACTIFS, UNE STRATÉGIE DE RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX A MULTIPLES FACETTES.....	427
CHAPITRE 1 - LA DUALITÉ DU RÉGIME JURIDIQUE, SOURCE DE COMPLEXITÉ	428
Section 1 - Apport partiel d'actifs, un régime juridique hybride	428
I- L'apport partiel d'actifs un mode de restructuration épineux	428
1) L'apport partiel d'actifs, un mode de restructuration d'entreprise efficient	428
a) L'apport partiel d'actifs, une notion imparfaitement définie.....	428
b) Les nouveaux paradigmes de l'apport partiel d'actifs issus de l'ordonnance n° 2023-393, 24 mai 2023	431
2) Objectifs stratégiques et intérêts de l'opération d'apport partiel d'actifs	436
a) L'apport partiel d'actifs est la voie royale de sectorisation d'activités autonomes	436
b) L'apport partiel d'actifs, un moyen de restructuration externe.....	437
II- Les effets dévolutifs de l'apport partiel d'actifs.....	438
1) Les effets de la transmission universelle de la branche d'activité.....	438
a) La survivance de la société apporteuse, source d'incertitudes pour l'application du régime des scissions	439
b) La substitution universelle aux droits et obligations, effet sous-jacent du régime d'apport partiel d'actifs.....	442
2) Conception de la notion de branche d'activité apportée, source d'ambiguïtés	448
a) L'apport de l'universalité des biens, une notion juridique mal définie	448
b) La notion fiscale de branche complète et autonome d'activité, une délicate délimitation	453
Section 2 - Apport partiel d'actifs, la dualité de régime source d'incertitudes.....	458
I- Apport partiel d'actifs, nécessité d'une cohérence des régimes, juridique et fiscal	458
1) La scission partielle, une consécration tant attendue, mais ambiguë.....	458
a) Régime juridique de la scission partielle.....	458
b) Scission partielle, un régime méconnu par le droit fiscal	463
2) Apport partiel d'actifs simplifié, un régime juridique sources d'incertitudes.....	464
a) Éligibilité au régime d'apport partiel d'actifs simplifié	464
b) Mise en œuvre de l'apport partiel d'actifs simplifié.....	465
II- Déconnexion entre les régimes juridique et fiscal applicables à certains apports	468
1) L'apport des titres de participation	469
a) Éligibilité de l'apport des titres de participation au régime fiscal de faveur.....	469
b) Apport des titres de participation, éligibilité au régime des scissions incertain	470
2) Apport d'actif isolé, distorsion entre régimes juridique et fiscal	472
a) Apport d'actifs isolés, éligibilité au régime des scissions conditionnée.....	472
b) L'application du régime fiscal de faveur à l'apport d'un ou plusieurs actifs isolés	476
CHAPITRE 2 - LA RÉALISATION DE L'OPÉRATION D'APPORT PARTIEL D'ACTIFS.....	477
Section 1 - L'importance du traité d'apport partiel d'actifs.....	477
I- Le traité d'apport, un contenu strictement encadré par le législateur	477
1) Le traité d'apport, un support pour figer le contour de l'opération	477
a) Le traité d'apport et la qualification juridique de l'opération.....	478
b) Le traité d'apport, un contenu obligatoire et un contenu optionnel.....	480
2) Approbation de l'opération d'apport partiel d'actifs, une implication relative des associés.....	483
a) Implication retenue des associés de la société apporteuse	484
b) Implication renforcée des associés de la société bénéficiaire de l'apport.....	486
II- Force obligatoire du traité d'apport partiel d'actifs.....	487
1) La flexibilité de la date de prise d'effet du traité d'apport	487
a) La période intercalaire, un risque à appréhender	488
b) L'apport partiel d'actifs et la condition suspensive.....	490
2) Pérennité du traité d'apport partiel d'actifs	493
a) Intangibilité du traité d'apport partiel d'actifs.....	493
b) Nullité d'une opération d'apport partiel d'actifs.....	496
Section 2 – Protection des associés lors d'une opération d'apport partiel d'actifs	502

I-	Une appréhension de l'intérêt social et sociétal, des mesures peu efficaces.....	502
1)	L'expertise judiciaire, une mesure de protection relative des associés	502
a)	L'expertise de gestion, un moyen d'information inefficace des associés.....	502
b)	Expertise <i>in futurum</i> , un moyen de préservation de preuve.....	508
2)	Droit des associés à l'information sur le patrimoine de la société	511
a)	L'étendue de l'information financière préalable.....	511
b)	L'information sur les modifications importantes d'actif et de passif des sociétés par actions..	513
II-	La nécessité de mesures spécifiques garantissant les droits financiers des associés	515
1)	Rémunération de l'apport partiel d'actifs.....	515
a)	Mode de rémunération subordonné au régime juridique appliqué.....	515
b)	La scission partielle, un mode de rémunération paradoxal.....	516
2)	Contrôle des opérations d'apport partiel d'actifs	521
a)	Contrôle de l'opération d'apport partiel d'actifs en tant que convention réglementée.....	522
b)	Le contrôle du commissaire à la scission, intérêt et étendue des diligences	525
