

LE COMMISSAIRE AUX APPORTS ET LA FUSION (À PROPOS DE CA PARIS, 21 SEPTEMBRE 2001)

Stéphane SYLVESTRE

Docteur en droit

Avocat au barreau des Hauts de Seine - Deloitte & Touche, Juridique et Fiscal

I.	LA NECESSITE D'UNE EXPERTISE INDEPENDANTE.....	2
A)	L'absence peu contestée d'un commissaire à la fusion.....	2
B)	L'absence controversée d'un commissaire aux apports	3
II.	Une appréciation moderne de la notion de fusion	7
A)	Le recul de la référence à l'apport en nature.....	8
B)	La permanence du recours à l'apport en nature	9

1. L'absorption d'une société en nom collectif par une société anonyme ne requiert pas l'intervention d'un commissaire à la fusion, ni celle d'un commissaire aux apports. Telle semble être l'enseignement que l'on peut tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 septembre 2001. La demande d'inscription modificative de la société anonyme Comigestion relative à l'augmentation de son capital du fait de la fusion absorption avec la société en nom collectif PW avait été rejeté par le greffe du tribunal de commerce de Paris pour absence de rapport du commissaire aux apports. Le juge du tribunal de commerce de Paris commis à la surveillance du registre du commerce avait confirmé cette décision par ordonnance en date du 27 mars 2001. Cette décision est réformée par la Cour d'appel de Paris car, affirme-t-elle en l'espèce, la fusion ne nécessite ni commissaire à la fusion, ni commissaire aux apports. Cet arrêt, qui n'est sans doute pas majeur¹, a un double intérêt. Il affirme que la présence d'une expertise indépendante² n'est pas nécessaire lorsque la fusion est réalisée en pareilles circonstances (I), affirmation qui n'est pas sans conséquence sur la notion même de fusion (II).

¹ J.-P. BOUERE, note sous CA Paris, 21 sept. 2001 : Bull. Joly janv. 2002, p. 54.

² Au sens des articles 10 de la deuxième du 13 décembre 1976 et de la troisième directive du 9 octobre 1978 qui désignent sous ce vocable générique les professionnels susceptibles d'être nommés dans les divers Etats Membres.

I. LA NECESSITE D'UNE EXPERTISE INDEPENDANTE

2. L'affirmation selon laquelle une telle fusion ne nécessite pas de recourir à un commissaire à la fusion ne paraît pas contestable (A). En revanche, l'absence de commissaire aux apports soulève plus de difficultés (B).

A) L'absence peu contestée d'un commissaire à la fusion

3. Bien que l'absence d'un commissaire à la fusion ne soit que la stricte application du droit positif actuel (1), cette position n'est pas exempte de critiques (2).

1) Une absence conforme au droit positif actuel

4. La Cour d'appel commence par énoncer « qu'il est acquis aux débats que la loi n'impose pas la désignation d'un commissaire à la fusion dans le cas où l'une des sociétés participant à une opération de cette nature n'est pas une société anonyme ou une société à responsabilité limitée ».

Il est vrai qu'en cas de fusion entre sociétés anonymes ou entre SARL ou encore entre sociétés anonymes et SARL, un ou plusieurs commissaires à la fusion doivent, aux termes de l'article L. 236-10 du Code de commerce, vérifier, d'une part, « *que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable* » et, d'autre part, apprécier « *la valeur des apports en nature et les avantages particuliers* ». En l'espèce, seule la société absorbante était une société anonyme et cette disposition ne paraissait pas devoir s'appliquer³.

2) La critique du droit positif actuel

5. Il paraît cependant nécessaire de s'interroger sur les raisons de ce qui nous paraît être une lacune du Code de commerce, notamment dans le cas d'espèce d'une absorption d'une SNC par une SA. On peut supposer que le législateur n'a pas jugé nécessaire de protéger les associés de SNC. L'article L. 221-6 du Code de commerce pose en principe, sauf clause statutaire contraire, que les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à la majorité qu'ils fixent. Dès lors, en cas de fusion avec une SNC dont les statuts ne prévoient pas une décision prise à la majorité pour ce type d'opérations, si la parité d'échange est défavorable aux associés de SNC, ceux-ci ont le pouvoir de la bloquer.

³ J.-P. BOUERE, note sous CA Paris, 21 sept. 2001, précit. ; B. CAILLAUD et A. BONNASSE : « Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes », JCP éd. E 1998, p.595, n°2.1.

Au surplus, on peut même se demander, en raison de l'*intuitus personae* qui caractérise la société en nom collectif et impose une décision unanime des associés en cas de cession de parts, toute clause contraire étant réputée non écrite⁴, si la fusion ne doit pas être décidée à l'unanimité même en présence d'une clause statutaire prévoyant son adoption à la majorité. En effet, cette prescription s'applique également aux échanges⁵. Or, la fusion entraîne un échange de droits sociaux susceptible de tomber sous le coup de cette règle. Ce serait en tout cas un moyen de protéger les associés minoritaires de SNC.

6. Mais qu'en est-il au cas particulier de la situation des actionnaires minoritaires de la société anonyme ? Ce n'est pas parce qu'ils sont actionnaires de la société absorbante, celle qui demeurera après la fusion, que la parité d'échange ne peut être fixée à leur détriment. Or ceux-ci, contrairement aux associés en nom, n'ont pas le pouvoir d'empêcher la fusion⁶. La mission du commissaire à la fusion est donc pour les actionnaires, fondamentale puisque celui-ci doit notamment s'assurer que le rapport d'échange est équitable, c'est-à-dire qu'il offre aux apporteurs une rémunération satisfaisante⁷. Il vérifie que l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination du rapport d'échange proposée ne conduit pas à favoriser certains actionnaires⁸. Sa mission implique qu'il examine l'opération successivement du point de vue de toutes les parties et notamment de celui des actionnaires minoritaires⁹. Cette recherche d'équité dans la parité est spécialement utile dans les fusions à l'intérieur des groupes où il faut craindre que la communauté de direction et donc l'absence de véritable négociation n'offre des occasions tentantes de préjudice aux intérêts de ces actionnaires¹⁰.

On ne peut donc que regretter que le législateur n'ait pas étendu cette mission du commissaire à la fusion dès lors qu'une société par actions ou une SARL est partie à la fusion, l'information délivrée permettant de mieux protéger les actionnaires¹¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les praticiens recommandent de recourir à un expert officieux¹². L'absence de commissaire aux apports en pareille circonstance, telle qu'elle est préconisée en l'espèce par la Cour d'appel de Paris, est également regrettable.

B) L'absence controversée d'un commissaire aux apports

7. Pour le greffe et le juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés, en l'espèce, ce n'est pas l'opération de fusion en tant que telle qui est soumise à l'article L. 225-147 du Code de commerce mais l'augmentation de capital de la société anonyme résultat de la dite fusion. La société anonyme n'est pas dispensée de respecter les règles

⁴ Y. DEREU : « Sociétés en nom collectif, Parts sociales, Cessions entre vifs », JCL Sociétés, Fasc. 59-20, n°85.

⁵ Y. DEREU : « Sociétés en nom collectif, Pars sociales, Cessions entre vifs », n°87.

⁶ A moins qu'ils ne disposent de la minorité de blocage.

⁷ J.-G. DEGOS : « Commissariat aux apports. Evaluations et fusions », éd. CNCC 1995, n°2.2.3.

⁸ idem, n°2.2.3.3.

⁹ J.-P. BERTREL et M. JEANTIN : « Fusions et acquisitions de sociétés commerciales », 2^e éd. Litec 1991, n°887.

¹⁰ A. VIANDIER : « Le commissaire à la fusion », Economie et comptabilité, juin 1988, p.3, n°30.

¹¹ Comp. R. ROUTIER : « Les fusions de sociétés commerciales », préf. G.-J. MARTIN, éd. L.G.D.J. 1994, n°132.

¹² J.-P. BOUERE, note sous CA Paris, 21 sept. 2001, précit.

qui lui sont propres en matière d'augmentation de capital, en l'occurrence l'article L. 225-147 qui dispose : « *en cas d'apport en nature... un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice* ».

Pour la Cour d'appel cependant, les dispositions de l'article L. 236-11 du Code de commerce ne renvoient à l'article L. 225-147 que dans le cas où l'opération de fusion concernée est une fusion à 100%, c'est-à-dire dans la situation où la société absorbante détient la totalité des titres de la société absorbée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où les sociétés fusionnées sont des sociétés sœurs dont le capital est détenu presque en totalité par la société mère Franfinance. Il s'ensuit que la fusion opérée entre les sociétés Comigestion (la SA) et la société PW (la SNC) ne requiert pas la désignation d'un commissaire aux apports.

Cette décision de la Cour d'appel peut être contestée sur le fondement de l'interprétation des textes (1) mais également en contemplation du rôle du commissaire aux apports (2).

1) Une interprétation discutable des textes

8. Si l'on se place sur le plan de l'interprétation, la question pourrait être formulée en ces termes : en l'absence de dispositions spéciales prévoyant l'absorption par une société anonyme d'une société en nom collectif, dans les articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce, faut-il appliquer le texte général de l'article L. 225-147 dès lors que l'opération entraîne une augmentation de capital par apport en nature de la société absorbante ?
9. Le recours aux adages peut apporter quelques éléments de réponse. Deux auteurs nous rappellent qu'en vertu de l'adage *Generalia specialibus non derogant*, la loi spéciale, *ad speciem*, ou bien prolonge la loi générale dans ses applications particulières, ou bien crée une zone dérogatoire à la loi générale pour des espèces déterminées. Dans le second cas, l'adage vaut comme règle d'interprétation¹³. Commentant *Specialia generalibus derogant*, ils ajoutent cependant que **le caractère lacunaire de la réglementation spéciale légitime le retour au droit commun sur le point non réglé**¹⁴.

En l'espèce, le droit commun étant l'application de l'article L. 225-147 du Code de commerce, la présence d'un commissaire aux apports s'imposerait déjà de ce seul point de vue¹⁵.

2) Le rôle du commissaire aux apports

¹³ H. ROLAND et L. BOYER : « Adages de droit français », 4^e éd. Litec 1999, n°152 : « *Generalia specialibus non derogant* ». Ces auteurs ajoutent qu'il faut bien observer que cette règle d'interprétation n'a pas une portée aussi tranchante que *Specialia generalibus derogant* et que l'adage vaudra dans la mesure où il pourra correspondre à l'intention du législateur.

¹⁴ H. ROLAND et L. BOYER : « Adages de droit français », précit, n°418 : « *Specialia generalibus derogant* ».

¹⁵ *Contra* S.N. : « La fusion d'une SA et d'une SNC, sociétés sœurs, ne requiert pas de commissaire à la fusion ni de commissaire aux apports », JolyNews n°90, 14/11/2001, www.editions-joly.com.

10. Si l'on considère que dans l'espèce qui nous préoccupe, la présence d'un commissaire aux apports est indispensable, on peut s'interroger sur le rôle qu'il va être amené à jouer selon que l'opération entraîne ou non une augmentation de capital de la société absorbante.

a) *En cas d'augmentation de capital*

11. En cas d'augmentation de capital, si l'on se réfère au droit commun, il a pour mission « *d'apprécier la valeur des apports en nature et des avantages particuliers* ». Il doit également décrire, conformément à l'article 64-1 du décret du 23 mars 1967 « *chacun des biens apportés et les raisons du mode d'évaluation adopté. Il affirme que la valeur des apports correspond, au minimum, à la valeur nominale des actions à émettre en contrepartie de ces apports, augmentée, le cas échéant de la prime d'émission* ».

En application de ces textes, la norme de travail n°41 de la CNCC ajoute que pour satisfaire les objectifs de sa mission, le commissaire aux apports met en œuvre les diligences qu'il estime nécessaires lui permettant de s'assurer :

- de la réalité des apports,
- de l'absence d'événements intervenus entre la date de prise d'effet de l'opération et la date de dépôt de son rapport, de nature à remettre en cause ces évaluations,

et d'apprécier :

- la valeur des apports et leur non-surévaluation,
- les avantages particuliers stipulés.

Le contrôle de la réalité des apports notamment permet de s'assurer que les biens existent et que l'apporteur est effectivement propriétaire des biens constituant l'apport¹⁶.

12. En l'absence de commissaire à la fusion, cette mission du commissaire aux apports, même si elle ne porte pas directement sur la parité d'échange, peut permettre d'informer les actionnaires de la société anonyme absorbante sur la valeur et la consistance du patrimoine qui est transféré à leur société. Ainsi ces actionnaires ne sont-ils pas complètement privés d'information sur l'opération projetée¹⁷.

13. Mais il nous semble que la protection des actionnaires de la société absorbante ne saurait être la finalité première du rapport du commissaire aux apports. Celui-ci doit avant tout protéger la société contre les risques d'une mauvaise évaluation. En effet, le capital social est en premier lieu un instrument de financement pour la société, puisqu'il est la constatation du potentiel économique et financier transmis à la société pour lui donner les moyens matériels de réaliser son objet¹⁸. Cette fonction primordiale de financement de

¹⁶ J.-G. DEGOS : « Commissariat aux apports. Evaluations et fusions », précit., n°1.2.3.1.

¹⁷ L'information contenue dans le rapport est d'autant plus importante qu'en vertu de l'article L. 235-9 du Code de commerce, l'action en nullité d'une fusion 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. Si la fusion se fait dans des conditions défavorables aux actionnaires, il est donc nécessaire que ceux-ci en soient informés au plus tôt afin d'en demander l'annulation.

¹⁸ S. DANA-DEMARET : « Le capital social », préf. Y. REINHARD, Litec 1989, n°103.

l'activité sociale explique que le principe fondateur régissant le fonctionnement du capital social soit celui de réalité du capital social. En vertu du principe de réalité, les apports doivent exister. S'ils étaient fictifs, la société ne pourrait utiliser cet instrument de financement qui ne correspondrait à aucune valeur réelle. Les apports doivent également être évalués à leur juste valeur¹⁹.

En l'espèce, en cas d'absorption d'une société en nom collectif par une société anonyme, tant l'intérêt des actionnaires que l'intérêt de la société elle-même commandent la présence d'un commissaire aux apports qui donnera son avis sur l'existence et la valeur des apports. Cet impératif est fondé sur l'existence d'une augmentation de capital résultant de la fusion. Qu'en est-il en l'absence d'augmentation de capital ?

b) En l'absence d'augmentation de capital

14. En l'absence d'augmentation de capital, c'est-à-dire en cas de fusion simplifiée, il n'est plus possible de prétendre que la mission du commissaire aux apports est fondée sur le principe de réalité du capital social, les valeurs transférées à la société ne donnant pas lieu à l'émission de nouveaux titres de capital. Quel est alors le rôle du commissaire aux apports ? En premier lieu, l'argument portant sur l'intérêt de la société bénéficiaire des apports garde toute sa pertinence. Dans la mesure où la fusion simplifiée est un moyen commode d'absorber une société ayant un actif net négatif²⁰, l'utilité d'une information émanant d'un expert indépendant sur la situation financière de la société absorbée ne paraît pas contestable.
15. De plus, selon un auteur, le rapporteur de la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée Nationale a préféré maintenir la vérification d'un expert extérieur. En effet, « l'intervention d'un commissaire aux apports, qui est chargé de se prononcer, indépendamment de toute augmentation de capital, sur la valeur des apports en nature de la société absorbée et sur les avantages particuliers stipulés à cette occasion, est nécessaire car elle seule permet d'informer les tiers sur la valeur de la société absorbée »²¹.

On peut supposer que l'intention du législateur était de permettre aux tiers de former opposition à la fusion s'il s'avérait que celle-ci lèse leurs intérêts. Cette situation peut se présenter soit que la société absorbante soit prospère et la société absorbée très endettée, soit dans la situation inverse, les créanciers de la structure en bonne santé ne pouvant que s'inquiéter de devenir, à l'issue de la fusion, créanciers d'une entité moins solvable²². Pour ce rapporteur, il est certain que, par ce rapport (déposé une semaine avant l'AGE), les tiers pourront être informés²³. Le dépôt au greffe du rapport serait alors un signal leur permettant de juger de l'opportunité de former opposition.

¹⁹ S. DANA-DEMARET : « Le capital social », op. cit., n°88 et s.

²⁰ J.-J. DAIGRE : « Peut-on absorber une société qui a un actif net négatif ? », JCP éd. E 1992, I, 165.

²¹ Rapport de la Commission de production et des échanges, n°928, 11 janv. 1994, p. 56 cité par R. FOY : « Procédure des opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif après la loi Madelin du 11 février 1994 », ANSA mai-juin 1994, n°2708.

²² Comp. M. JEANTIN : « Fusions - Scissions : Effets sur les actionnaires et les créanciers sociaux », JCL Sociétés, Fasc. 164-E, n°31.

²³ Rapport de la Commission de production et des échanges, n°928, 11 janv. 1994, p. 56 cité par R. FOY, précit.

16. Un auteur s'interroge cependant sur l'utilité de l'information délivrée : sur quoi les tiers seront-ils informés puisque ce type de fusion ayant pratiquement toujours lieu aux valeurs comptables, les comptes de la société absorbée, déposés en principe périodiquement et certifiés par un commissaire aux comptes contiennent une information équivalente²⁴ ? Plusieurs arguments peuvent cependant être avancés à l'encontre de cette assertion. En premier lieu, toutes les sociétés susceptibles d'être absorbées par voie de fusion simplifiée n'ont pas l'obligation d'être contrôlées par un commissaire aux comptes²⁵.

En second lieu, les comptes déposés au greffe peuvent être pour les tiers d'une utilité moindre que l'opinion donnée par le commissaire aux apports dans son rapport. Compte tenu des diligences dont il doit faire preuve pour l'exécution de sa mission, on peut penser que l'attention des tiers sur la situation de la société sera attirée plus aisément sur un rapport émanant d'un expert indépendant que sur les comptes annuels, quand bien même auraient-ils été certifiés par un commissaire aux comptes. En effet, une partie de son rapport sera consacré aux conséquences de cette fusion simplifiée sur la consistance du patrimoine de la société absorbante, et notamment sur les capitaux propres par l'apparition d'un boni ou d'un mali de fusion²⁶.

17. Mais si l'intention du législateur est d'informer les tiers, elle paraît être en contradiction avec la position du Comité de coordination du Registre du Commerce et des Sociétés (CCRCS) et la pratique des greffes. Compte tenu de la rédaction des articles 50 et 51 du décret du 30 mai 1984, en cas de fusion-absorption d'une filiale à 100%, il n'y a pas lieu, pour le CCRCS, de déposer au greffe le rapport du commissaire aux apports²⁷. On voit alors mal l'utilité pour les tiers d'un rapport dont ils ne peuvent avoir aisément connaissance.

Mais peut-être les tendances contradictoires que met en exergue la solution de la Cour d'appel de Paris sont-elles fondée sur une appréciation moderne de la notion de fusion.

II. Une appréciation moderne de la notion de fusion

18. Sous l'influence de la pratique et du droit communautaire, la notion de fusion a subi une évolution depuis sa consécration par la loi du juillet 1966. Si la définition de la fusion par référence au mécanisme de l'apport en nature n'a fait que régresser (A), il n'en reste pas moins que cet élément conserve une place importante au moins pour certaines fusions (B).

²⁴ R. FOY : « Procédure des opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif après la loi Madelin du 11 février 1994 », précit.

²⁵ Comp. J. MONEGER et T. GRANIER : « Commissaire aux comptes », Rép. Dalloz Sociétés, n°26 et s.

²⁶ J.-P. et M. LE BRIS : « La pratique des missions de commissaire aux apports fusions scissions », éd. Impôts et sociétés 1999 ; sur le risque fiscal, comp. M.-C. BERGERES : « Le mali de fusion », Rev. Dr. Fisc. 2002, p. 576, spec. n°19 et s.

²⁷ Avis n°98-02 du CCRCS : Bull. RCS juin 1999, p. 6.

A) Le recul de la référence à l'apport en nature

19. Avant la loi de 1966, en l'absence de régime juridique spécifique applicable aux fusions, les praticiens ont été contraints d'en imaginer un en décomposant l'opération en plusieurs éléments (dissolution - apport en nature) que l'on pouvait rapprocher des dispositions existantes dans le droit des sociétés de l'époque. En dépit de son inadaptation à un transfert de patrimoine, c'est cette conception qui a été reprise par la loi de 1966²⁸.

Les inconvénients de la référence à l'apport en nature ont été exposés très tôt par deux auteurs. Alors que l'apport en nature porte sur des biens déterminés, la fusion porte sur une universalité. Or, l'universalité étant indépendante des biens qui la composent, et la réalisation d'une fusion supposant des délais assez longs pendant lesquels la composition du patrimoine de chacune des sociétés intéressées varie, une procédure comme la vérification des apports en nature était mal adaptée car conçue non pas pour un patrimoine essentiellement mouvant mais pour des biens particuliers²⁹.

En outre, lorsque l'on observe une opération de fusion du côté des actionnaires de la société absorbée, leur situation n'a aucun rapport avec celle de l'apporteur en nature. Il s'agit pour eux essentiellement d'un échange d'actions et c'est l'équité du rapport d'échange qui importe davantage que la précision de l'évaluation de chaque bien composant le patrimoine social. Cette primauté du rapport d'échange importe autant aux actionnaires de la société absorbante car c'est de lui que dépendra l'émission de nouveaux titres et donc l'effet de dilution de ces actionnaires. Autrement dit, pour tous les actionnaires, seule compte la vérification de l'équité du rapport d'échange³⁰.

Le droit communautaire est à cet égard éclairant puisque la deuxième directive du 13 décembre 1976 permet aux Etats membres de ne pas appliquer la procédure de vérification du capital souscrit « *lorsque l'augmentation du capital souscrit est effectuée pour réaliser une fusion(...) et en vue de rémunérer les actionnaires d'une société absorbée* » (2e Dir., Art. 27.3)³¹. Rapporté au droit français, on peut estimer que le contrôle effectué sur la parité par le commissaire à la fusion rend moins utile la procédure d'approbation des apports en nature.

20. L'évolution législative s'est donc traduite par l'abrogation de la procédure d'approbation des apports en nature par la loi du 11 février 1994 qui constitue donc une étape importante dans le processus d'autonomie de la fusion par rapport à l'apport en nature et l'on peut remarquer, avec certains auteurs³², qu'à l'issue de cette loi, trois conceptions s'affrontent :

- selon une première conception, la fusion se définit comme un apport de patrimoine de la société absorbée ; la notion d'apport est donc intrinsèque à celle de fusion ;

²⁸ R. FOY : « Procédure des opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif après la loi Madelin du 11 février 1994 », précit.

²⁹ BAUDEU et BELLARGENT, JCL Sociétés, anc. fasc. n°164 A, n°1 et s., cité par R. FOY, précit.

³⁰ R. FOY : « Procédure des opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif après la loi Madelin du 11 février 1994 », précit.

³¹ A. BONNASSE : « Fusions-Scissions. Principes généraux », JCL Sociétés, Fasc. 161-10, n°21.

³² B. CAILLAUD et A. BONNASSE : « Mais qu'a donc voulu le législateur ? A propos des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes », Bull. Joly 1994, p. 733.

- à l'opposé, une deuxième conception considère la fusion comme une opération *sui generis*, complètement étrangère à la notion d'apport, même si elle se traduit, ce qui est la règle générale, par une augmentation de capital de la société absorbante ;
- enfin, selon une troisième conception, la notion d'apport n'est pas intrinsèque à la notion de fusion ; elle est en revanche inhérente à l'augmentation de capital de la société absorbante rémunérant la fusion.

21. Pour les tenants de la première interprétation, l'article L. 225-147 du code de commerce s'applique à toute fusion, même simplifiée. Pour ceux de la deuxième interprétation, l'article L. 225-147 n'est tout simplement pas applicable à la fusion. Pour les partisans de la troisième interprétation, l'article L. 225-147 s'applique dans le cas le plus courant où la fusion entraîne une augmentation de capital de l'absorbante³³. C'est dans ce dernier courant que s'inscrivent les auteurs pour qui il ressort de l'analyse des dispositions de la loi Madelin que la fusion avec augmentation de capital comporte bien un apport au sens de la loi sur les sociétés, et ne constitue pas une opération *sui generis* exclusive de tout apport ; elle n'en reste pas moins soumise à une procédure spécifique qui déroge à celle de l'apport en nature³⁴.

Pour un de ces auteurs cependant, dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel de Paris a tiré les conséquences de l'indépendance de la notion de fusion par rapport à l'apport, en jugeant que la procédure des apports en nature n'était pas applicable à l'augmentation de capital rémunérant l'absorption d'une société en nom collectif par une société anonyme³⁵. Il nous semble cependant que cette opinion, fondée sur une analyse notionnelle de la fusion et de l'apport, non seulement ne correspond pas à la réalité, mais est dangereuse pour la société absorbante, ses actionnaires et les tiers.

B) La permanence du recours à l'apport en nature

22. Nous avons exposé que la présence du commissaire aux apports au cas d'espèce pouvait non seulement se prévaloir des règles classiques d'interprétation du droit privé mais permettait également de garantir l'information délivrée aux actionnaires et aux tiers, les mettant ainsi dans la possibilité, le cas échéant, de faire valoir leurs droits³⁶. A cet égard, en l'absence de commissaire à la fusion, la procédure d'apport en nature offre certaines garanties propres à assurer aux associés et aux créanciers que l'opération n'est pas lésionnaire.

23. Plus encore, est-il vraiment certain que la question à se poser soit relative à la détermination de la notion de fusion par rapport à celle d'apport en nature ? Il nous semble qu'en réalité ce qui importe, c'est moins l'identification de la notion que la nature de la protection accordée de par la loi grâce à la présence d'un expert indépendant, quel que soit son nom, commissaire à la fusion ou commissaire aux apports.

³³ *idem*.

³⁴ *idem*.

³⁵ A. BONNASSE : « Fusions-Scissions. Principes généraux », précit., n°23.

³⁶ Cf. supra n°8 et s.

Dès lors, la distinction à opérer pourrait être la suivante :

- soit la fusion intervient entre sociétés anonymes et/ou sociétés à responsabilité limitée : dans ce cas, l'intervention d'un commissaire à la fusion est prévue par les textes spécifiques à la fusion ;
 - soit il s'agit d'une fusion simplifiée et le commissaire aux apports intervient en vertu de l'article L. 236-11 du Code de commerce ;
 - soit la fusion intervient entre une société anonyme ou une société à responsabilité absorbantes et une autre forme sociale ; dans ce cas, dès lors qu'elle entraîne une augmentation du capital de la société absorbante, l'intervention d'un commissaire aux apports s'applique en vertu de la généralité de la procédure d'apport en nature.
24. Cette généralisation de l'intervention d'un expert indépendant peut s'autoriser de certains assouplissements, par exemple, en cas d'offre publique d'échange. Cette opération peut se traduire par une augmentation de capital d'une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé à l'effet de rémunérer les titres apportés à une OPE sur des actions d'une autre société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Cet apport en nature n'est pas soumis à l'intervention d'un commissaire aux apports car cette obligation est peu compatible avec le calendrier d'une offre publique normale³⁷.

Mais surtout, dans la mesure où l'initiateur de l'offre doit, dans le dossier d'offre, indiquer les éléments retenus pour fixer la parité (article 5.1.4 RGCMF), le Conseil des Marchés Financiers (CMF), par cette exigence de justification, est en mesure d'exercer un contrôle sur la détermination de la parité d'échange, afin de vérifier le sérieux et la bonne foi de l'offre. Au reste ce contrôle est prévu par le règlement général, puisque, à l'occasion de l'instruction de la demande de recevabilité, le Conseil est habilité à exiger le réexamen du projet, notamment en contemplation de la parité d'échange proposée (article 5.1.9 RGCMF)³⁸.

25. Ainsi, à l'expert indépendant se substitue le contrôle de l'échange opéré par l'autorité de marché. Certes, comme l'observe un auteur³⁹, à la différence de ce qui vaut en matière de fusion, l'avis d'un expert indépendant n'est pas requis sur le caractère équitable du rapport d'échange.

Cependant, en application de l'article 5.1.9, dernier alinéa de son règlement, le conseil peut demander à l'initiateur de modifier son projet s'il considère qu'il porte atteinte aux principes définis par l'article 5.1.1. Or, parmi ces principes, figure celui d'égalité des actionnaires et il serait difficile de prétendre qu'une parité d'échange inéquitable est conforme à ce principe. De cette manière, le CMF peut vérifier, comme en matière de

³⁷ F. BUCHER et N. RONTCHEVSKY : « OPA-OPE. Offres volontaires et offres obligatoires », Dict. Joly Bourse, n°210.

³⁸ A. VIANDIER : « OPA, OPE et autres offres publiques », éd. Francis Lefebvre 1999, n°1018.

³⁹ idem, n°1019.

