

**RETOUR SUR LA RESTRUCTURATION DE SOCIÉTÉS EN DROIT
OHADA : DE LA CESSION DE CONTRÔLE À UNE FUSION-
ABSORPTION**
***Cas d'Equity Group Holding et ses filiales Equity Bank Congo
SA et BCDC SA***

Par

Prince-Héritier BINTENE MASOSA

*Doctorant à la Faculté de droit d'Aix-Marseille Université
Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa
Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe*

RESUME

La restructuration des sociétés est une opération complexe. Elle peut se manifester selon plusieurs formes, chacune d'elles impliquant diverses conséquences sur les intérêts des partenaires d'affaires à tous les niveaux. Dans leurs multiples schémas croisés, il est possible d'aboutir à une fusion-absorption partant d'une acquisition de contrôle. C'est le cas des banques Equity et BCDC, dont le montage juridique a tout d'abord mis en exergue une acquisition de contrôle d'une d'entre-elles, en vue de réaliser une fusion de ces deux banques en RDC. Ainsi, face à l'ampleur de cette opération, il devenait indispensable d'étaler la réalisation de la cession de contrôle ainsi que l'exécution de l'opération de la fusion-absorption, étape par étape, afin de ressortir les conséquences pluridimensionnelles qui en découlent.

Mots-clés : *Restructuration, cession de contrôle, fusion-absorption, droit OHADA*

ABSTRACT

The restructuring of companies is a complex operation. It can manifest itself in several forms, each of which involves various consequences on the interests of business partners at all levels. In their multiple crossed schemes, it is possible to achieve a merger-absorption starting from an acquisition of control. This is the case of the Equity and BCDC banks, whose legal arrangement firstly highlighted an acquisition of control of one of them, with a view to carrying out a merger of these two banks in the DRC. Thus, given the scale of this operation, it became essential to spread out the completion of the transfer of control as well as the execution of the merger-absorption operation, step by step, in order to highlight the multidimensional consequences which resulting.

Keywords: *Restructuring, transfer of control, merger-absorption, OHADA law*

INTRODUCTION

Aux abords de la Restructuration. La restructuration est un terme monosémique qui regroupe l'ensemble d'opérations qui affectent sensiblement l'organisation de la société. Elle traduit la réalité d'une nécessaire adaptation des entreprises aux changements sociaux, économiques et juridique¹, et intervient aussi bien dans le cas où l'entreprise est en situation de croissance que dans le cas où elle serait en difficulté². Les restructurations les plus usuelles sont la transformation de la société³ et la concentration des sociétés⁴, notamment la fusion, la scission, la cession de contrôle, l'apport partiel d'actifs⁵. Certaines d'entre elles se traduisent, comme la dissolution, par la disparition totale de la personne morale⁶ par cette opération. En effet, les opérations de cession de contrôle et de fusion-absorption présentent un intérêt majeur pour les techniciens du droit des affaires, compte tenu de l'ampleur de conséquences qu'elles drainent sur le plan juridique, économique, social, comptable et fiscal. Pour mieux cerner leurs contours dans les articulations juridiques, un regard rétrospectif est mené sur la dernière restructuration des filiales du Groupe Equity en République démocratique du Congo. Pour plus de précisions, Equity Group Holding avait racheté les actions majoritaires du Groupe Forrest dans le capital de la Banque Commerciale du Congo (BCDC SA), à concurrence de 66,53% d'actions depuis le 20 août 2020. Cette acquisition de contrôle conduisit par après Equity Group Holding à fusionner la BCDC avec Equity Bank Congo SA, qui fut déjà l'une de ses filiales en RDC, afin d'en faire l'actuelle Equity-BCDC SA⁷. Cette fusion qui a pris ses origines dans une opération de cession de contrôle a retenu notre attention et nécessite une

¹ AUZERO G., « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal ou conventionnel », *Bull Joly*, 2006, n° 7, p. 867.

² LUCAS F-X., « Procédures collectives - Ouverture de la procédure - Jurisprudence commentée », *Gazette du Palais*, du 30/04/2005 n°120, p.22. ; LE CORRE P-M., « Procédures collectives - Ouverture de la procédure », *Gazette du Palais*, du 07/07/2005, n°188, p. 12.

³ SEÏD ALGADI A., « Le changement de la forme sociale dans le cadre du redressement de l'entreprise en droit OHADA », *Bulletin Joly Sociétés*, du 01/09/2013, n°09.

⁴ BACCICHETTI E. et BONNET P., « Contrôle des concentrations : des sanctions souvent très lourdes », *Petites affiches*, du 28/07/2009, n°149, p.4.

⁵ M. N. Mbaye, *Fusion, scission et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, Thèse, Nanterre, 2006 ; S. Thouvenot, « La fusion des sociétés issues du droit OHADA », *RDAL*, 2002, n°1, p.47 et s.

⁶ Voir les effets de la dissolution aux articles 200 et 201 de l'AUDSCGIE.

⁷ BCDC SA, Procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire du 27 novembre 2020, col.1 ; Convocation col.10, In Journal Officiel n° spécial du 25 janvier 2021 ; Extrait du Procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration de EQUITY BCDC SA tenue le 11 février 2021 à son siège social ; EQUITY BANK CONGO SA, Procès-verbal de l'Assemblée Générale Extraordinaire tenue le 27 novembre 2020 déposé au GUCE sous Répertoire n° M04118/AS du 28 décembre 2020.

clarification à travers cette démonstration. En gros, plusieurs aspects d'ordre technique alliant complexité juridique et exigences de conformité, incarnent ces opérations aux conséquences incalculables. C'est pourquoi, dans un premier temps, une allusion est immédiatement faite à la procédure instituée par le législateur, en raison d'une pluralité de formalités substantielles indispensables à accomplir, en vue de la validité desdites opérations de restructuration. Si la cession de contrôle peut concerner uniquement un changement de titulaire de la majorité capitalistique, l'on note cependant qu'un tel changement d'actionnariat entraîne l'éviction des dirigeants en vue de faire asseoir la nouvelle politique sociale issue de la restructuration. Si la fusion qui a été dans le cas sous examen, subséquente à l'acquisition du contrôle, peut provoquer l'accroissement de la société absorbante, quelles sont ses conséquences sur la société absorbée, notamment le sort des salariés⁸, des dirigeants⁹, des créanciers¹⁰, des fournisseurs et de la clientèle de cette dernière ? D'où l'importance d'étudier les dispositions protectrices d'intérêts subjectifs exposés aux risques de graves violations.

Ainsi, cette étude portera un regard critique à visée académique et pratique sur la restructuration des sociétés en droit OHADA, partant d'une opération de cession de contrôle exécutée par une société mère et débouchant à la fusion de ses deux filiales, l'une absorbant l'autre. Pour parvenir au résultat attendu, le droit des sociétés y sera, évidemment, largement évoqué par rapport à d'autres disciplines juridiques qui pourront être en lien direct ou indirect avec ces opérations. Aussi, cette étude montrera les lignes fortes et les principaux mouvements qui animent aujourd'hui les opérations de cession de contrôle et de fusion en droit OHADA, telles que pratiquées en RDC¹¹, depuis son

⁸ Les contrats de travail continuent en principe, malgré le changement de la situation juridique de l'employeur à la suite d'une opération de restructuration.

⁹ Par ici, le principe de la révocation ad-nutum peut jouer, à moins que le dirigeant social cumule cette fonction avec la qualité de salarié de la société : c'est-à-dire qu'il justifie d'un contrat de travail qui le lie à la société en dehors de sa qualité de mandataire social.

¹⁰ Les créanciers peuvent réclamer leurs droits auprès de la société absorbante.

¹¹ Quelques autres restructurations spectaculaires récentes en RDC. Dans la mise en œuvre des opérations de restructuration des sociétés en RDC, on trouve, à la une de l'actualité du droit des affaires, une fusion absorption spectaculaire d'une très grande envergure, enregistrée en janvier 2021. Cette fusion est comptabilisée parmi les rares cas en RDC, dans le secteur bancaire, à l'instar de celle de télécom, où le Groupe Orange, présent en RDC depuis 2012, a racheté d'une part, en 2011 les actions de Congo Chine Télécom, détenues par l'équipementier chinois ZTE (51%) et par l'État congolais (49%), pour un montant de 143 millions d'euros, et d'autre part, en 2016, les actions de Millicom dans sa filiale Oasis, exploitant sous la marque « Tigo », au prix de 160 millions de dollars en numéraire (143,3 millions d'euros). Il s'agit donc d'une preuve par excellence d'un retour, quand bien même timide, de la confiance d'investisseurs sur la dynamique des marchés congolais, voy. J. CLEMENÇOT et J. TE-LESSIA ASSOKO, Télécom : Orange rachète Tigo en RDC, Jeune-Afrique/Économie et Finance, du 08

adhésion à l'OHADA¹², et quelques fois, à la lumière du droit français auquel il sera fait recours de temps en temps pour éclairer la compréhension générale. Une telle restructuration des sociétés, qui a commencé par une acquisition de contrôle et débouchant à une fusion-absorption, exige de scripter son déroulement, en étudiant l'opération de la cession de contrôle (I), avant d'appréhender la fusion-absorption et les conséquences qu'elle entraîne (II).

I. LES CONTOURS PRATIQUES DE LA CESSION DE CONTRÔLE

Pour mieux comprendre la cession de contrôle en droit OHADA, il importe de saisir préalablement sa notion (A) suivie d'un condensé qui résume succinctement l'opération proprement dite (B).

A. Notion de la cession de contrôle

La cession de contrôle d'une société nécessite logiquement l'appréhension distincte de la notion de contrôle, et celle de la cession.

Le contrôle d'une société. L'Acte uniforme définit le terme contrôle d'une société comme étant la détention effective du pouvoir de décision au sein d'une société¹³. De ce fait, une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société, soit, « lorsqu'elle détient, directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote »¹⁴, soit, « lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés »¹⁵. La détention de plus de la moitié des droits de vote est soit capitalistique, soit conventionnelle. On entend par détention de plus de la moitié du capital social, le fait d'être titulaire de 50% de parts ou d'actions et une voix, soit 51% des titres sociaux. Il y a aussi une détention de contrôle « lorsqu'un associé ou actionnaire d'une société dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des

février 2016 ; L'on note cependant qu'un seuil d'attractivité aux investissements directs étrangers a été franchi par la RDC.

¹² OHADA : Dépôt des instruments d'adhésion de la RDC à l'OHADA/DAKAR/13 juillet 2012, actualité OHADA 17/07/2012, in OHADA.com, consulté le 09 mars 2021 ; aussi lire J. MONSENEPWO MWAKWAYE, J. BANZA KASEYA, F. NSHINGU KAZADI, M. NDAYA MUTOMBO, *L'impact de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales en République démocratique du Congo*, L'Harmattan, 2015, 272 pp. On note cependant dans le résumé de cet ouvrage que « le 13 juillet 2012, suite au dépôt des instruments d'adhésion auprès du gouvernement de l'État dépositaire du Traité de Port-Louis, c'est donc le 12 septembre 2012 que le droit de l'OHADA entra en vigueur en RDC, métamorphosant ainsi l'architecture du droit congolais des affaires.

¹³ Art. 174 de l'AUDSCGIE.

¹⁴ Art. 175 de l'AUDSCGIE.

¹⁵ *Idem*.

organes d'administration ou de direction de la société »¹⁶. Le contrôle peut aussi être exercé de manière conjointe, lorsque les associés en nombre limité signent un accord de contrôle conjoint d'une entreprise, de sorte que les décisions sociales résultent de l'accord commun des dits associés. Le professeur J. PAILLUSSEAU considère le contrôle « *comme le pouvoir dans l'entreprise sociale, tel que ce pouvoir est organisé par le droit* »¹⁷. On parle alors de la détention conventionnelle du contrôle. Dans le langage technique, le contrôle est le terme le plus utilisé, et est devenu une notion aux multiples usages. Alors que signifie la cession de contrôle ?

La cession de contrôle. En pratique, les opérateurs économiques font recours à deux principales techniques juridiques qui sont les plus souvent utilisées pour céder le contrôle dans une société commerciale. Il s'agit de la cession de fonds de commerce, réglementée par l'AUDCG¹⁸, ou de la cession de contrôle, régie par l'AUDSCGIE¹⁹. Sur le fond, la cession de contrôle obéit aux dispositions générales du droit des obligations, au droit de la vente et aux règles du droit des sociétés relatives aux cessions de droits sociaux. Une autre préoccupation soulevée ici est celle de la définition du terme « cession » utilisée en pratique en matière de vente des titres sociaux. L'on note cependant qu'il a été admis que la cession paraît *a priori* adaptée à la nature de certaines opérations²⁰, en lieu et place du terme vente de biens incorporels. En effet, les termes « cession » et « vente » sont interchangeables et équipollents, quand bien même il s'ensuit que dans le langage des affaires, le choix le plus prépondérant a été porté sur le terme cession. Ce terme est illustré par des conjonctions, comme la cession de fonds de commerce²¹, la cession des titres

¹⁶ Art. 174 de l'AUDSCGIE, Op.cit, ici allusion faite à la détention de l'effectivité du pouvoir de décision.

¹⁷ J. PAILLUSSEAU, article préc., JCP 1986. I. 3224, cité par MOUSSERON P., « Cession de contrôle », in *Dalloz-Répertoire des sociétés*, octobre 2016 (actualisation : Septembre 2020), n°1-6.

¹⁸ Arts. 147 à 168 de l'AUDCG, Lire aussi sur la cession du fonds de commerce, voir : TGI Ouagadougou (Burkina-Faso), Jug. n°948, 12 décembre 2001, Aff. OKRAIDS c/LATIL ; TGI Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), Jug. n°153/03, 30 avril 2003, Aff. ECODIS c/SANAMKOOB INTERNATIONAL (SKI).

¹⁹ La cession de contrôle se rapporte à la cession des parts sociales ou d'actions prévues par l'AUDSCGIE.

²⁰ Comme la vente du fonds de commerce, la vente des créances, la vente des titres sociaux.

²¹ G. GREVEN, « Cession de fonds de commerce entre personnes morales : les formalités à la charge de l'acquéreur », *Deffrénois*, n°10, du 4 mars 2021, n° 167c4, p. 19 ; V. BAILLOT, JM. CANAC, JP DELMOTTE, J. FLEURY, A. HINFRAY, X. HUGON, C. DE BAECQUE, G. DE COURCEL H. LECUYER, P. PEYRAMAURE, L. RAPP et D. TRICOT, Colloque « Le Fonds de Commerce : un centenaire à rajeunir ! Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : Débats », *Gazette du Palais*, 4 juin 2009, n°155, p.45.

sociaux²², la cession de créances²³, plutôt que parler de la vente de fonds de commerce ou de vente de créances²⁴. En gros, il y a lieu d'observer tout de même que dans la sémantique de la vente, circule généralement le numéraire. Il n'y a presque jamais de vente à titre gratuit, alors que la cession peut être onéreuse ou à titre gratuit. C'est certainement pour cette raison que tant le législateur que les opérateurs économiques préfèrent l'utilisation de l'expression « cession » qu'à la « vente » pour laisser libre cours à certaines possibilités.

Ainsi, après avoir défini les notions de « contrôle » et de « cession », leur compréhension facilite l'appréhension de la notion de « cession de contrôle », qui ne veut rien dire d'autres si ce n'est que la cession ou l'acquisition de parts ou d'actions majoritaires dans une société de n'importe quelle forme. L'utilisation de la cession de contrôle pour désigner une vente d'actions majoritaires, est une conception classique et une vision plus dynamique du droit des biens. En d'autres termes, il s'agit de la vente des droits attachés, soit, aux actions d'une valeur de vote supérieure à 50% du capital, soit, aux privilèges de domination conventionnellement conférés à un associé. On peut parler également d'un transfert de propriété d'une portion capitalistique majoritaire, ou d'une titularité d'un droit majoritaire des pouvoirs déterminant les décisions des assemblées collectives des sociétés.

*La nature juridique de la cession de contrôle*²⁵. La cession de contrôle a un contenu variable. Elle est tantôt civile, en raison du régime des contrats et obligations conventionnelles qui lui est applicable, tantôt commerciale²⁶, en raison du statut des acteurs de cette opération. En droit français, l'on note cependant que malgré toutes les spéculations jurisprudentielles, il s'est fait sentir le besoin d'unification de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question déterminante de la qualification juridique de l'opération de cession de

²² Cass. com., 26 févr. 2013, n°12-13721, Sté M. Bricolage, note H. BARBIER, « La notion de « contrôle » dans un pacte de préférence en cas de cession de contrôle : sa définition et sa fraude », In *Bulletin Joly Sociétés*, 01/05/2013, n°05, p. 309.

²³ B. DONDERO, J. VERNE, A-F. ZATTARA-GROS et Als., *Chronique de jurisprudence : Cession des titres sociaux*, Gazette du Palais, du 17/11/2011, n°321, p. 15.

²⁴ VJ. RAYNARD et JB. SEUBE, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., 2015, LexisNexis, n° 122, cité aussi par P. MOUSSERON, « Cession de contrôle », *Répertoire des sociétés*, Octobre 2016 (actualisation : Septembre 2020), n°6.

²⁵ T. MASSART, « Nature juridique de la cession de la majorité des actions d'une société et interprétation d'une clause de changement de contrôle », *Bulletin Joly Sociétés*, du 01/01/1996, n°1, p.53.

²⁶ Cass. com., 26 mars 1996, n° 94-14051.

contrôle²⁷. Il y a lieu de rappeler que si les chambres civiles se sont ralliées à la position de la chambre commerciale, les chambres sociale et criminelle font figure de dissidence jusqu'au stade actuel. Cependant, après plusieurs tergiversations et confusions entretenues dans la jurisprudence française, la Cour de cassation française, a affirmé et confirmé la nature commerciale de la cession de contrôle²⁸. Au titre de principe général de droit applicable dans un système juridique similaire, les juges de la CCJA devraient s'inspirer de cet exemple pour taire le débat jurisprudentiel qui pourrait naître à ce sujet. L'opération de cession de contrôle se déroule donc en plusieurs étapes qui méritent d'être présentées.

B. Les principales étapes de réalisation de la cession de contrôle

La réalisation de la cession de contrôle est une opération d'une extrême complexité, dans la mesure où elle renferme plusieurs étapes qui ne pourront pas toutes être analysées avec détail dans cette démonstration. Toutefois, il y a lieu de circonscrire succinctement ces principales étapes. Avant toute chose, relevons que la société cédante accomplit toujours certains actes, notamment la signature d'un pacte de transmission du contrôle, le mandat de cession, la consultation des représentants du personnel. La société cessionnaire, quant à elle, est appelée à entreprendre un audit de la société cible, établir une convention de financement, et elle doit aussi consulter les représentants de son personnel. Le régime matrimonial étant en jeu, l'associé ou actionnaire cessionnaire est tenu d'en avvertir son conjoint. En revanche, dans les méandres de cette opération complexe, il y a certains actes réalisables conjointement par le cédant et le cessionnaire. Il s'agit notamment de la signature d'un accord de confidentialité et d'une lettre d'intention. Les parties au contrat de cession de contrôle sont donc appelées à entreprendre en commun accord les formalités préalables à l'acquisition. La société dans laquelle est cédé le contrôle devra aussi ne pas s'en passer de l'agrément du cessionnaire, car il faut tenir compte des facteurs liés au changement de la forme sociale de la société cédée, en consultant toujours les représentants du personnel. Ces opérations doivent se réaliser en conformité avec la législation fiscale. Par ailleurs, il faut retenir que la cession de contrôle reste une opération qui entraîne des répercussions énormes sur les parties elles-mêmes. D'abord, eu égard aux spécificités juridiques qu'elle implique, notamment sur l'objet de la cession de contrôle, sa commercialité, son indivisibilité, sa continuité, ses spécificités fiscales et comptables. Elle produit ensuite des répercussions à l'égard des tiers,

²⁷ T. MASSART, « Nature juridique de la cession de la majorité des actions d'une société et interprétation d'une clause de changement de contrôle », *op.cit.*, p.53.

²⁸ Cass. com., 28 novembre 1978, n° 77-12609, et Cass. 1^{ère} Civ., 22 oct. 2014, n° 13-11568 (FS-P+B+I), D. 2015, p. 56, obs. B. DONDERO.

notamment sur les contractants de la société cédée, et sur les associés minoritaires de la société cédée, qui méritent une protection toute particulière, à travers par exemple les clauses de non dilution et les abus de majorités.

Ainsi, l'opération d'acquisition de contrôle réalisée par Equity Group Holding, consentie par le Groupe Forrest, dans le capital de la Banque Commerciale du Congo (BCDC SA) s'est conformée aux exigences ci-haut mentionnées, et il n'est donc pas interdit au cessionnaire de contrôle d'en opérer subséquemment une fusion-absorption avec une autre société.

II. L'EXÉCUTION DE L'OPÉRATION DE FUSION-ABSORPTION FACE À SES MULTIPLES CONSÉQUENCES

Il nous a semblé important scripter la fusion à travers sa définition (A) et d'en ressortir les effets (B), en termes des conséquences qui en découlent sur la charpente sociétale.

A. Aspects définitionnels de la fusion

Notions de fusion. L'article 189 de l'AUDSCGIE définit la fusion comme « une opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule soit par création d'une société nouvelle soit par absorption par l'une d'entre elles »²⁹. Ainsi, l'on note que « une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle par voie de fusion »³⁰. Les sociétés des formes différentes peuvent fusionner dans le respect des prescrits légaux³¹. La géométrie de restructuration renferme plusieurs figures, que nous ne saurons entièrement aborder dans cette démonstration. La gestion des contentieux qui en découlent relève de la compétence des juridictions commerciales en application de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales³².

But de la fusion. Plusieurs raisons peuvent justifier l'intérêt poursuivi par les sociétés en organisant leur fusion. En effet, les sociétés ont tendance à manifester leur volonté en vue de conjuguer les efforts en commun, afin

²⁹ Art. 189 de l'AUDSCGIE. Lire aussi G. Legros, Chapitre 3, Les fusions, *In Ingénierie financière*, 2016, pp. 67 à 84 ; R. B. GOUDET, « Sociétés anonymes. - Fusions par absorption » : cas général-Commentaires, Fasc. K-425, *JurisClasseur Sociétés Formulaire*, du 24 Juin 2020, mise à jour : 21 Avril 2023 ; M. N. MBAYE, « Fusions, scissions et apports partiels d'actifs », *In Encyclopédie du droit OHADA sous la direction de P.-G. Pougoué*, pp. 866-885.

³⁰ Art. 189 de l'AUDSCGIE.

³¹ Art. 196 de l'AUDSCGIE qui dispose, « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les opérations de fusion (...) peuvent intervenir entre des sociétés de forme différente ».

³² CCJA, 1ère Ch., n° 229/2018 du 29 Novembre 2018.

d'accroître leur productivité et s'octroyer une place face la compétition concurrentielle et de globalisation de l'économie croissante.

Pour parler au sujet de la fusion. L'initiative de fusionner les sociétés est discutée entre fondateurs des sociétés, quand bien même les dirigeants sociaux peuvent également en fonction des prévisions d'activités, suggérer cette fusion aux associés qui seuls peuvent décider de cette restructuration. Plusieurs cas de figure sont généralement soumis au débat jusqu'à la solution finale. Cette étape n'est pas réglementée, elle reste soumise à l'autonomie de la volonté, vectrice de la liberté contractuelle. La question soulevée dans cette situation tient essentiellement sur l'opportunité ou l'inopportunité de disposer de deux filiales exerçant la même activité sur le territoire d'un même pays. La résolution la plus immédiate est la création d'une banque unique, à travers une opération de fusion absorption, tendant à créer un groupe de banques et d'immobiliers doté d'une force financière d'une portée régionale en vue de soutenir le renforcement de la croissance économique en RDC. Telle est la résolution prise par Equity Groupe Holding dans son processus de restructuration.

L'exécution de l'opération proprement dite. Au préalable, dans une période d'un mois précédant la tenue de la première assemblée générale qui statuera sur l'opération de la fusion³³, il est établi un *projet de fusion*³⁴ qui doit être déposé au registre du commerce et du crédit mobilier du siège social des sociétés concernées, et ledit projet doit faire l'objet d'un avis à publier au journal officiel. L'article 194 de l'AUDSCGIE énumère les mentions obligatoires que doit renfermer cet avis. Pour le cas sous étude, un accord de transfert d'entreprise fut signé entre parties, à l'effet de transférer les actions d'Equity Bank Congo SA à la BCDC. Ici la question qui s'est posée était celle portée sur la raison de l'absorption d'Equity Bank Congo SA par la BCDC. D'emblée, il importe de relever qu'il n'est pas impensable que les raisons historiques et la composition capitalistique symbolique au sein de la BCDC aient exercé une forte influence sur le choix de cette dernière comme absorbante. En effet, d'une part, la BCDC est historiquement l'une des vieilles banques de la RDC créées depuis l'époque coloniale. Son maintien en l'état caractérise la protection des vestiges historiques bancaires de la RDC. D'autre part, il y a l'influence participative publique qui a sûrement été prise en compte dans ce choix.

³³ Art. 194, al. 3 de l'AUDSCGIE.

³⁴ Art. 193 de l'AUDSCGIE.

Agrément du projet de fusion. Soumis aux actionnaires de deux sociétés, filiales d'Equity Group Holding, leurs assemblées générales extraordinaires³⁵, ont agréé le projet de fusion établi par les conseils d'Administration de ces deux banques³⁶, conformément à l'article 193 de l'AUDCGIE.

Désignation d'un commissaire à la fusion. Il est appréhensible que « pour préserver l'égalité des associés, présents et à venir, autant que pour garantir la sécurité juridique de l'opération, elle est soumise à l'appréciation d'un expert indépendant et extérieur à la société, appelé le commissaire à la fusion »³⁷. Toutefois, on note que la désignation d'un commissaire à la fusion n'est pas expressément prévue par les dispositions de l'Acte uniforme³⁸. Il a été jugé que « les principes qui gouvernent la désignation des commissaires aux comptes sont les mêmes qui gouvernent la désignation des commissaires à la fusion »³⁹. La lacune liée à l'absence des commissaires à la fusion en droit OHADA, peut de manière officielle, comblée par les commissaires aux comptes. Cependant, compte tenu du fait que l'assemblée générale extraordinaire est appelée à statuer sur l'approbation des apports en nature⁴⁰, sa mission n'est pas sans intérêt dans le processus de réalisation des fusions. Cela étant, « le commissaire à la fusion est donc un professionnel du chiffre choisi parmi la liste des commissaires aux comptes ou des experts judiciaires près les cours et tribunaux de commerce »⁴¹. Il a pour mission « d'apprécier sous sa responsabilité l'opération de fusion en vérifiant les critères d'évaluation retenus par les sociétés et par conséquent si le rapport d'échange est équitable »⁴². Le commissaire à la fusion dépose ensuite un rapport sur les modalités de la fusion au Registre du commerce⁴³. Dans le cas de l'opération de fusion des

³⁵ EQUITY BANK CONGO SA, Procès-verbal de l'Assemblée Générale Extraordinaire tenue le 27 novembre 2020 déposé au GUCE sous Répertoire n° M04118/AS du 28 décembre 2020.

³⁶ BCDC SA, Procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire du 27 novembre 2020, col.1 ; Convocation col.10, In Journal Officiel n° spécial du 25 janvier 2021.

³⁷ Eléments sur le commissaire à la fusion recueillis au greffe du Tribunal de commerce de Paris, in https://www.greffe-tc-paris.fr/procedure/commissaire_fusion# consulté le 06 mars 2021. Le commissaire à la fusion n'étant pas prévu en droit OHADA, son office est exercé par les commissaires aux apports.

³⁸ A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, Lextenso, 2017, n°1112.

³⁹ Tribunal de commerce de Niamey, n° 88 du 25 Octobre 2016.

⁴⁰ Art. 675 de l'AUDSCGIE.

⁴¹ Greffe du Tribunal de commerce de Paris, in https://www.greffe-tc-paris.fr/procedure/commissaire_fusion# consulté le 06 mars 2021, *op. cit.*

⁴² Voy. Audit Légal & commissariat aux comptes, in <https://www.auditlegaletcommissariatauxcomptes.fr>, lu le 9 janvier 2024, à 22h01.

⁴³ Dispositions du droit français : Art. L 236-1, L236-10, L 236-23, L 227-1, L225-224 du Code de commerce ; article 257, 258 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967, in in <https://www.auditlegaletcommissariatauxcomptes.fr>, *Op.cit.*

filiales d'Equity Group Holding, la désignation d'un commissaire à la fusion avait été faite, et homologuée par le Tribunal de Commerce de Kinshasa/Gombe, territorialement compétent.

Approbation de l'opération par la Banque Centrale du Congo. L'approbation est l'opération par laquelle la BCC approuve et valide la régularité des actes qui ont été accomplis dans le cadre d'une opération de fusion réalisée dans le secteur bancaire. Nous n'allons pas perdre de vue que les banques sont des sociétés à statut particulier⁴⁴, et à ce titre les opérations les concernant obéissent à d'autres dispositions spécifiques propres au secteur bancaire⁴⁵.

B. Effets de la fusion-absorption

a. Effets relatifs à la société absorbée

La fusion étant l'une des formes de restructuration rassemblant les techniques visant à changer la forme juridique et l'organisation d'une société, en une autre différente de la première⁴⁶. Il faut observer que la fusion peut contrevenir à l'exécution des droits des créanciers antérieurs des sociétés concernées par l'opération⁴⁷. Pour préserver leurs intérêts, ces créanciers disposent de nombreuses mesures de protection mises en place par le législateur OHADA.

Effet translatif de la fusion. La fusion est une opération qui « entraîne la transmission à titre universel du patrimoine de la société absorbée, qui disparaît du fait de la fusion, à la société absorbante ou à la société nouvelle »⁴⁸. On parle aussi de l'effet translatif de l'actif et du passif de la société absorbée. Toutes les branches d'activités de la société absorbée, ses dettes ainsi que ses animateurs sont transférés en bloc dans le patrimoine de la société absorbante, qui se substitue en fait comme en droit à la société absorbée. En somme, il faut que si la fusion entraîne transmission à la société absorbante des actifs de la société absorbée, il en est de même du passif de la société absorbée dont la charge sera désormais supportée par la société absorbante⁴⁹, a ainsi jugé la

⁴⁴ Art. 916 de l'AUSCGIE, in Code Bleu OHADA, 4^{ème} édition, Juriafrica 2016.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Pour l'appropriation du nom commercial par la société absorbante du fait de la fusion, voir CCJA, Ass. Plén., Arrêt n°53/2015, 27 avril 2015, Aff. Société ABM TECHNOLOGIES c/Société CFAO TECHNOLOGIES.

⁴⁷ CY. NZOUAKEU NYANDJOU, « Restructurations des sociétés commerciales in bonis et droits des créanciers en droit OHADA », *PENANT*, juillet 2019, n° 908, p.302.

⁴⁸ Art. 189 al. 3 de l'AUDSCGIE. Voy. également CCJA, 2^e ch., Arrêt n°117/2015, 22 octobre 2015, Aff. Société SIFCA-CI c/SISSOKO Aliou.

⁴⁹ CCJA, 2^e Ch., no 117/2015 du 22 Octobre 2015.

CCJA⁵⁰. Aussi, par l'effet translatif, à la société bénéficiaire, cette dernière étant tenue de l'intégralité du passif et peut donc être assignée en lieu et place de la société absorbée⁵¹.

La disparition des sociétés suite à une dissolution sans liquidation. La fusion fait le contrepoint des effets de la dissolution. Elle est un cas exceptionnel par lequel une dissolution intervient sans liquidation des sociétés absorbées qui disparaissent, d'une part, et d'autre part, elle entraîne la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération⁵². En d'autres termes, la fusion est une exception à la règle de dissolution suivie d'une liquidation en ce sens que, toute dissolution entraîne une liquidation de la société, sauf en cas de fusion, scission et d'apport partiel d'actif.

Le sort des associés de la société absorbée. La fusion entraîne l'acquisition par les associés de la société absorbée de la qualité d'associés de la société absorbante. Cette qualité est acquise simultanément à la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée, et ce, dans les conditions que le contrat de fusion ou de scission détermine. En contrepartie, les associés reçoivent des parts ou actions nouvelles dans la reconstitution du capital de la société absorbante. Dans ce cas d'espèce, les actionnaires d'Equity Bank Congo SA ont bénéficié d'une attribution des nouvelles actions de la BCDC dans le cadre de cette opération de fusion⁵³. D'où le maintien du statut juridique de l'associé ou de l'actionnaire malgré l'opération de fusion.

Du maintien de l'indication BCDC dans la dénomination. L'on note qu'il y a eu tenue d'une Assemblée Générale Extraordinaire de la BCDC, société absorbante, qui a décidé la modification de ses statuts en intégrant le changement de sa dénomination sociale en EQUITY BANQUE COMMERCIALE DU CONGO, en sigle EQUITY BCDC SA. Rien de surprenant, dès lors que la CCJA reconnaît que la société absorbante peut s'approprier le nom commercial de la société absorbée qui disparaît par l'effet de la fusion⁵⁴. En même temps, il faut signaler que cette assemblée générale modificative de la dénomination sociale, s'est suivie d'une augmentation du

⁵⁰ CCJA, 2e Ch., no 117/2015 du 22 octobre 2015.

⁵¹ CCJA, 3e Ch., n°226/2019 du 10 octobre 2019.

⁵² Art. 191 de l'AUDSCGIE.

⁵³ Résolution 4 du Procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire de la BCDC SA du 27 novembre 2020, col.1 ; Convocation col.10, In Journal Officiel n° spécial du 25 janvier 2021, *op.cit.*

⁵⁴ CCJA, Assemblée plénière, n° 53/2015 du 27 avril 2015.

Capital social, découlant de cette fusion⁵⁵. En effet, cette Assemblée Générale Extraordinaire a approuvé l'augmentation du capital de la BCDC de 4.982.000.000 CDF à 8.248.511.900CDF, par une émission de 616.323 nouvelles actions ordinaires⁵⁶.

Date de prise d'effets de la fusion⁵⁷. La date de la prise d'effets d'une fusion dépend de la création ou non d'une ou de plusieurs personnes morales nouvelles. En cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, le point de départ d'effets de la fusion est la date d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier de la ou des nouvelles sociétés. Lorsqu'il y a création de plusieurs personnes morales nouvelles, la date de prise d'effets est celle de l'immatriculation de la dernière au RCCM, sans préjudice à la conformité de chacune d'elles aux règles propres aux formes sociales reconnues par le législateur OHADA. Si la fusion se réalise sans création d'une personne morale nouvelle, est prise en compte la date de l'assemblée générale qui a approuvé ladite opération de fusion. Il n'est pas exclu que la date de début d'effets de la fusion puisse être fixée librement et expressément par les parties. Dans le cas de fusion des filiales d'Equity Group Holding, l'absorption d'Equity Bank Congo SA par la BCDC SA a été décidée en date du 20 novembre 2020⁵⁸.

b. Les conséquences de la fusion sur les ressources humaines de sociétés fusionnées

1. Le sort des dirigeants et leurs actes

A l'instar des administrateurs, l'Acte uniforme n'indique absolument rien, *expressis verbis*, concernant les autres dirigeants sociaux, ce qui conduit à croire qu'une marge de manœuvre a été reconnue aux décideurs des sociétés eux-mêmes de résoudre les questions complexes liées aux conséquences de la fusion sur les dirigeants. En pratique, en vue de trouver un juste équilibre sociétal, les difficultés qu'engendrent les opérations de la fusion sur les dirigeants sont *a priori* résolues conventionnellement entre parties.

Perte des fonctions des dirigeants. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît au profit des sociétés existantes ou nouvelles qui la recueillent. De ce fait, la dissolution de la société absorbée fait perdre à ses

⁵⁵ BCDC SA, Procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire du 27 novembre 2020, col.1 ; Convocation col. 10, in Journal Officiel n° spécial du 25 janvier 2021, *op.cit.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Art. 192 de l'AUDSCGIE.

⁵⁸ PV du 20 novembre 2020.

dirigeants leurs fonctions. Sauf dans les groupes de sociétés, où le dirigeant est lié à la société mère par un contrat de travail dont l'objet consiste en l'exécution d'un mandat social au sein de la filiale⁵⁹. Les indemnités de sortie sont allouées aux dirigeants qui perdent leurs fonctions conformément au mandat social. En revanche, on y trouve un tempérament justifiant le maintien de la personne qui exerçait les fonctions de dirigeant, en cas de cumul de mandat social avec un contrat salarié, à condition qu'il s'agisse d'un emploi effectif⁶⁰ et distinctif des tâches accomplies dans le cadre de chacun des contrats. Toutefois des mesures d'aménagement ont été prévues pour certains dirigeants de sociétés anonymes.

Augmentation du nombre d'Administrateurs. Par principe, la société anonyme peut être administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins et de douze membres au plus⁶¹. En cas de fusion entre sociétés anonymes, le nombre de membres du conseil d'administration peut dépasser le nombre de douze, sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre⁶². De cette augmentation du nombre d'administrateurs, découle l'inopportunité de la cessation du mandat de ces derniers, aussi longtemps qu'ils n'auront pas dépassé le nombre de vingt-quatre, après fusion des sociétés. Le nouveau conseil d'administration de la société absorbante est toujours appelé à faire un réaménagement de la gestion de la société, soit en maintenant le directeur général, soit en désignant un nouveau. Dans le cadre de la fusion EQUITY-BCDC, c'est le Directeur Général de la société absorbée (Equity Bank Congo SA), qui a été désigné pour assurer la gestion de la société absorbante, mettant fin au mandat de son prédécesseur, de suite d'une démission consensuelle⁶³.

Sort des délégations de pouvoirs en cas de fusion de sociétés. Dans l'exécution de leurs fonctions, d'aucuns ignorent que les dirigeants de société ont tendance à ne pas assumer seuls les pouvoirs les plus étendus que la loi leur attribue. Ils recourent généralement à la technique de délégation d'une portion de leurs pouvoirs aux salariés à travers les clauses du contrat de travail. Curieusement, malgré la subsistance de contrat de travail en cours, en cas de fusion absorption, le mandat par lequel un dirigeant a délégué une partie de

⁵⁹ A.-L., FAROUX et N., THOMAS, « L'exercice d'un mandat social en exécution d'un contrat de travail : un choix de politique de groupe », *Gaz. du Palais*, n°133, du 12/05/2012, p. 15 ; D. PORACCHIA, « Licenciement d'un cadre dirigeant d'un groupe : la fin de ses mandats sociaux dans les filiales n'est pas automatique », *Bull. Joly Sociétés*, n°02, le 01/02/2014, p. 86, notes sous CA Paris, 24 oct. 2013, n° 12/15029, SAS SAFI.

⁶⁰ Art. 426 de l'AUDSCGIE.

⁶¹ Art. 416 de l'AUDSCGIE.

⁶² Art. 418 de l'AUDSCGIE.

⁶³ Extrait du Procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration de EQUITY BCDC SA tenue le 11 février 2021 à son siège social.

ses pouvoirs à un salarié peut disparaître⁶⁴. Par contre, il y a de multiples hypothèses où la fusion peut être sans effet sur la délégation de pouvoirs. L'on s'en tient généralement à la jurisprudence, qui n'a donné aucune précision sur les éléments qui conduisent à faire disparaître une délégation de pouvoirs. Par mesure de prudence, la solution la plus idoine serait de s'attacher au contenu des clauses du mandat. Seule leur interprétation pourra éclaircir la portée de la délégation. Pour beaucoup plus de certitude, et afin d'éviter les interprétations qui ne relèvent pas de la volonté des parties concernées, il serait tentant de conseiller aux dirigeants qui souhaitent maintenir les délégations consenties avant une fusion-absorption de les renouveler expressément une fois l'opération complètement réalisée.

2. Le sort des commissaires aux comptes et des cautions

Le sort des commissaires aux comptes. Les commissaires aux comptes de la société absorbée perdent leurs fonctions avec la fusion, à cause de la dissolution sans liquidation de la société absorbée. Tandis que ceux de la société absorbante poursuivent leur mission jusqu'au terme initialement prévu, sauf survenance d'une incompatibilité ou d'un conflit d'intérêt à la suite de l'opération de fusion. S'agissant des sociétés nouvellement constituées, elles doivent procéder à la désignation de commissaires aux comptes dès lors qu'il s'agit de sociétés anonymes ou de sociétés dépassant les seuils fixés (le cas de la SAS⁶⁵, les SNC⁶⁶ et la SARL⁶⁷).

Le sort des cautions de la société absorbée. Les cautions ayant garanties les dettes de la société absorbée demeurent responsables de leurs engagements existants au moment de la fusion. Par contre, les dettes nées après la fusion ne sont pas garanties par ces cautions. Il n'est donc pas exclu une possibilité de conclusion d'un nouvel engagement exprès, de leur part envers la société absorbante. Par ailleurs, les cautions garantissant les dettes de la société

⁶⁴ La disparition de la délégation de pouvoir est justifiée par l'absence des dispositions légales protégeant les délégataires. Aussi, la délégation de pouvoir accordée au sein de la société absorbée est frappée de caducité en cas de changement de dirigeants, mais lorsque les mêmes dirigeants délégants sont reconduits au sein de la société absorbante, la délégation de pouvoir peut être maintenue. Voy. N. Ferrier, « Le sort de la délégation de pouvoirs en cas de fusion-absorption (499) », *Bull. Joly Sociétés*, n°12, du 01/12/2011, p. 957, notes sous Cass. crim., 20 janv. 2011, n°10-87348, Sté Ets Honoré Lorient ; Lire aussi L. Nurit-Pontier, « Délégation de pouvoirs », *Bull. Joly Sociétés*, ED 010, du 05 nov. 2020 ; M.-L. Coquelet et C. Barrillon, « Fusion, scission », *Bull. Joly Sociétés*, EF030, du 10 avril 2022.

⁶⁵ Art. 853-13 de l'AUDSCGIE.

⁶⁶ Art. 289-1 de l'AUDSCGIE.

⁶⁷ Art. 376 de l'AUDSCGIE.

absorbante subsistent même pour les dettes nouvelles, puisque la personnalité morale demeure.

3. Le sort des travailleurs

Subsistance des contrats de travail des agents des sociétés fusionnées. Les articles 80 et 81 du code travail congolais ont consacré la règle de la subsistance des contrats de travail en cours, entre le nouvel employeur et le personnel, en cas de substitution d'employeur par cession, succession, fusion, transformation de fonds, mise en société. Et même, en cas de transfert, le nouvel employeur, notamment la société absorbante, est subrogé au précédent employeur, la société absorbée, qui a disparu par l'effet de la fusion, avec possibilité d'être confrontée à la difficulté d'adaptation d'un poste à pourvoir simultanément à deux agents⁶⁸.

Dédoublage d'agents aux mêmes postes. La conformité aux dispositions des articles 80 et 81 du code du travail entraîne *ipso facto* une présence de deux ou plusieurs agents aux mêmes postes. Cette situation complexe, caractérisant un dysfonctionnement de la société, conduit très souvent à la mise en place des mécanismes de réorganisation de services et de restructuration de ressources humaines, ce qui entraîne par conséquent un licenciement collectif.

Licenciement collectif en vue d'une réorganisation de services. Préalablement à la mise en œuvre d'un licenciement collectif, une série de mesures doivent être prises par la personne de l'employeur droit, notamment d'abord, obtenir une autorisation du ministre de l'emploi, travail et prévoyance sociale dans ses attributions, après avis obligatoire des représentants des travailleurs ; ensuite respecter l'ordre de licenciement⁶⁹ ; enfin la priorité d'embauche dans le même secteur d'emploi pendant au moins un an. En effet, la société absorbante, nouvel employeur, dispose donc d'une latitude de détermination de ses besoins réels en personnel. En droit comparé, il a été jugé que les licenciements consécutifs à la fusion sont licites et légitimes lorsqu'ils

⁶⁸ Au Cameroun c'est le même principe (art. 42 al. 1 du code de travail) à quelques exceptions près : En effet, au Cameroun, certains contrats peuvent ne pas être maintenus dans trois cas : lorsque le nouvel employeur réorganise l'entreprise en supprimant certains postes de travail (lorsqu'il estime que le poste n'est pas productif pour l'entreprise. Ex : un poste de jardinier dans l'entreprise ; lorsqu'il y a changement d'activité, les travailleurs qui n'ont pas le profil des nouveaux postes doivent être licenciés avec paiement de leurs droits ; lorsque le travailleur exprime lui-même devant l'inspecteur du travail, la volonté d'être licencié avec paiement de ses droits avant le changement de l'employeur.

⁶⁹ En tenant compte de la qualification professionnelle, de l'ancienneté et des responsabilités professionnelles.

interviennent dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise, conformément au droit du travail⁷⁰.

La transaction. En général, la longue procédure d'obtention de l'autorisation ministérielle est souvent contournée par une négociation à titre purement individuel avec chaque agent concerné par le licenciement⁷¹, qui est appelé à démissionner de son poste, moyennant paiement d'une indemnité de séparation consensuelle⁷².

Ainsi, pour prévenir un éventuel litige qui pourrait opposer les sociétés fusionnées aux travailleurs qui démissionnent, le recours à la signature d'une transaction reste le reflet d'une parade à toute surprise désagréable pouvant émaner de n'importe quelle partie. Les éléments faisant l'objet de la transaction sont déterminés de manière libre et éclairée par les parties, certes, avec une prééminence reconnue à l'employeur qui est toujours le seul rédacteur dudit acte transactionnel et qui prend toutes les dispositions d'y insérer les clauses protectrices au maximum, car les travailleurs, entant que la partie la plus faible du contrat, sont plus légalement protégés. Les parties décident mutuellement de constater le terme du contrat de travail qui les liait, et règlent à l'amiable tous les aspects et revendications du salarié lié à la relation du travail. Elles préviennent tout litige nés ou à naître de cet accord, en y mettant anticipativement un terme définitif, et cela conformément à la jurisprudence de la Cour suprême de justice, notamment l'arrêt RC 1524 du 25 mars 1991 qui admet qu'une contestation en matière du travail puisse être réglée par la transaction régie par les dispositions du Code civil livre III, laquelle transaction termine les contestations nées et peut intervenir à tout moment ; et l'arrêt RC 1931 du 22 décembre 2000 qui a approuvé la rupture du contrat de travail librement négociée par les parties.

Si les opérations de restructuration peuvent être avantageuses pour les sociétés, elles renferment des inconvénients immenses pour les travailleurs, et

⁷⁰ Cass. Soc. 5-4-1995 n°93-42.690 RJS 5/95 n°497 ; Cass. Soc. 11-1-2006 n°04-46-201 et n°05-40.977 RJS 3/06 n°322 ; Cass. Soc. 22-9-1993 n°91-45.103 RJS 11/93 n°1072 ; Cass. Soc. 24-1-1966 n°93-40.745 RJS 3/96 n°315.

⁷¹ La loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°015-2002 portant code du travail aux articles 61 bis et ter prévoit que « sans préjudice des dispositions de l'article 61 du présent code, le contrat de travail peut être également résilié d'un commun accord des parties (...) ». Lire aussi E. MBOKOLO ELIMA, « La légalisation de la rupture conventionnelle du contrat de travail : une majeure innovation en droit social congolais », in *Legavox.fr*, publié le 11/04/2020 modifié le 14/04/2020.

⁷² E. MBOKOLO ELIMA, *op. cit.*

peuvent affecter très sensiblement les efforts de ces derniers au travail, l'a ainsi affirmé le rapport du Bureau International de travail⁷³.

c. Les sanctions de violations des règles en matière de fusion

La nullité des actes. Considérant le fait que les opérations de fusion sont décidées par les sociétés fusionnantes, dans les conditions requises pour la modification des statuts, et selon les procédures suivies en matière d'augmentation du capital et de dissolution de la société, toutes violations de ces conditions entraînent *ipso facto* la nullité des délibérations y relatives. A titre illustratif, si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements des associés ou des actionnaires, « il est tout à fait loisible qu'elle ne puisse être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires, avec comme conséquences que les délibérations obtenues sans l'unanimité des associés soient nulles »⁷⁴.

Nullité pour absence de dépôt d'actes de fusion. Le législateur prescrit de nullité, le non dépôt au greffe par les sociétés participant à une opération de fusion d'une déclaration dans laquelle, elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité à la loi⁷⁵. Il a été jugé par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage que la fusion doit être annulée lorsque les formalités prescrites à l'article 198 de l'AUDSCGIE n'ont pas été observées⁷⁶.

C. L'incidence de la fusion sur la compétition concurrentielle

Il y a lieu de relever que les opérations de concentration économique des sociétés et groupes de sociétés par fusion, création d'entité nouvelle ou par des contrats spécifiques sont licites⁷⁷, à l'exception de celles qui se rapportent aux pratiques anticoncurrentielles⁷⁸. Mais, en général la fusion peut toujours impacter sérieusement la liberté concurrentielle. Il faut donc protéger le marché sans nuire à l'émergence des grands groupes industriels et commerciaux. A ce titre, en vue d'assurer la protection de l'intérêt général, les opérations de

⁷³ Rapport du Bureau International du Travail (BIT), Conséquences des fusions et acquisitions sur les travailleurs du secteur financier, Communiqué de presse du 5 février 2001, à Genève.

⁷⁴ Art. 197 de l'AUDSCGIE. Voy. aussi D. AHOUA, Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaison avec le droit français, Thèse, Université de Bordeaux, 2015.

⁷⁵ Art. 198 de l'AUDSCGIE.

⁷⁶ CCJA, 1^{ère} Ch., n°21/2014 du 11 Mars 2014, Aff. Société TOTAL GUINEE SA c/LA COMPAGNIE PETROLIERE DE GUINEE (COPEG SA), l'État guinéen.

⁷⁷ A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique*, éd. KARTHALA-CRES, Paris-Dakar, 2014, pp.21, 53.

⁷⁸ Art. 49 de la Loi organique n° 18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence, in *J.O.RDC.*, 23 juillet 2018, n° spécial, col. 105.

concentration font toujours l'objet des règles et des procédures légales précises, dans le but de faire émerger un marché économique moderne dans lequel la liberté de la concurrence est garantie. De ce fait, le principe est que le projet de fusion, dans le cadre d'une concentration économique, est soumis à l'obligation de transmission préalable pour examen et avis technique à la Commission de la concurrence. Ce principe souffre d'un tempérament selon lequel, la concentration doit concerner les sociétés qui ont atteint un certain seuil du chiffre d'affaires, l'impact de la concentration doit affecter un ensemble d'au moins 25 % de parts du marché national, et enfin la concentration économique doit créer ou renforcer une position dominante. Un exemplaire du projet de concentration est transmis au ministre ayant l'économie nationale dans ses attributions, pour publication au Journal officiel. La non-conformité à ces exigences est constitutive d'acte d'atteinte à la réglementation sur la concentration économique, notamment l'omission de transmission du projet, la fausseté ou l'inexactitude et éléments incomplets dans la présentation du projet ou de tout rapport relatif à l'opération de concentration⁷⁹. Notons que les décisions prises en matière de contrôle de la concentration économique ainsi que les avis de la Commission de la concurrence sont motivées et publiées au Journal officiel par le bon soin du ministre de l'économie nationale. S'agissant de la compétence juridictionnelle, ces actes sont susceptibles d'un recours contentieux devant le Conseil d'État⁸⁰.

D. Les conséquences fiscales d'une fusion absorption subordonnée à une cession de contrôle

Formalités et obligations déclaratives. Comme nous l'avons décrit plus-haut, la cession de contrôle se traduit par la vente des parts ou actions détenues dans la société. L'acte de cession et les statuts modifiés doivent faire l'objet d'un enregistrement auprès de l'Administration fiscale, aux frais de la partie cessionnaire. L'Administration fiscale étant investie des pouvoirs exorbitants de la puissance publique, peut recouvrer les impôts dus par l'ancien exploitant par tout moyen de droit. Les sociétés concernées par les opérations de cession sont tenues de souscrire leur déclaration de résultats dans le délai de 60 jours, à compter de la date à laquelle la cession est devenue définitive. Dans cette rubrique, on tient essentiellement compte des bénéfices de l'exploitation réalisés entre la fin de la dernière période d'imposition et la date de la cession, et auxquels s'ajoutent les créances et les dettes postérieures à la réalisation de l'opération de cession contrôlée⁸¹. De plus, en matière de TVA, la dernière déclaration doit être souscrite auprès de la Direction de Grandes Entreprises. Signalons ici que le délai est porté à

⁷⁹ Art. 56 de la Loi organique n° 18-020 du 9 juillet 2018, *Op.cit.*

⁸⁰ Art. 57 de la Loi organique n° 18-020 du 9 juillet 2018, *idem.*

⁸¹ J. MARTIN, « Fiscalité de la cession d'entreprise », publié le 08/06/2009, Mis à jour le 19/04/2021.

soixante jours pour les entreprises relevant du régime simplifié d'imposition. L'acquéreur du contrôle est en effet solidairement responsable avec l'entreprise cédante, du paiement de l'impôt en rapport avec le bénéfice réalisé par cette dernière.

Régime fiscal spécial. Dans un extrait du régime spécial de restructuration des établissements de crédit (loi n°022/2002 du 30 octobre 2002), il ressort des écrits de Monsieur le professeur Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA, dans la note liminaire, qu'il est organisé un régime spécial en faveur des établissements de crédit (banques, coopératives d'épargne et de crédit, caisses d'épargne, institutions financières spécialisées et sociétés financières) en déséquilibre financier et dont les conditions normales d'exploitation ne sont plus réunies.

E. Condensé d'éléments de procédure d'une fusion-absorption réussie

D'une manière très simple, au regard de tout qui vient d'être examiné ci-dessus, il importe de retenir, suivant les synthèses de travaux de monsieur Modeste OUATTARA, que pour parvenir à la réalisation d'une fusion-absorption parfaite, il faut que soient remplies trois conditions cumulatives, à savoir « *la transmission universelle de patrimoine, l'échange de droits sociaux, la dissolution sans liquidation de la société absorbée* »⁸². Sur le plan des démarches administratives internes aux sociétés concernées, et externes à l'égard des tiers, quatre étapes importantes doivent être scrupuleusement respectées.

Premièrement, les sociétés concernées préparent un montage qui « comprend l'étude et la négociation des conditions de la fusion, suivi de la rédaction du projet de fusion »⁸³.

Deuxièmement, il faut qu'il ait l'approbation et communication du projet de fusion. Plusieurs actes doivent être accomplis à ce niveau, notamment, d'abord, la convocation du conseil d'administration⁸⁴, qui tiendra sa réunion⁸⁵ spécifique sur l'approbation du projet de fusion. Ensuite, la convocation de l'Assemblée Générale Extraordinaire, la préparation du rapport du Conseil d'Administration à ladite Assemblée générale et élaboration du projet de résolutions de cette dernière. Aussi, il faut introduire auprès du tribunal de commerce « la requête de désignation d'un ou de plusieurs commissaires à la

⁸² M. OUATTARA, « *Les différentes étapes clefs d'une fusion-absorption en droit OHADA* », Lire in <https://www.linkedin.com/pulse/les-diff%C3%A9rentes-%C3%A9tapes-clefs-dune-fusion-absorption-en-ouattara/?originalSubdomain=f>, consulté le 13 mars 2021.

⁸³ Art. 193 de l'AUDSCGIE, *op.cit.*

⁸⁴ Art. 453 de l'AUDSCGIE. Lire aussi CCJA, Arrêt n°073/2015 du 29 avril 2015.

⁸⁵ Art. 671 de l'AUDSCGIE.

fusion et d'un ou de plusieurs commissaires aux apports »⁸⁶, auprès desquels est faite une communication du projet de fusion⁸⁷. Il faut également faire le dépôt du projet de fusion au Guichet Unique de création des Entreprises, 30 jours avant la tenue de l'Assemblée⁸⁸. Ce projet de fusion doit être aussi publié au Journal officiel 30 jours avant la tenue de l'Assemblée⁸⁹. Ainsi, « les créanciers des sociétés concernées peuvent s'opposer au projet de fusion dans délai de 30 jours après la publication au Journal officiel »⁹⁰. Et aussi, sont mis à la disposition des actionnaires, les documents relatifs à la fusion (les méthodes d'évaluation, les états financiers de synthèse⁹¹, le rapport des commissaires à la fusion). Le rapport du ou des commissaires aux apports doit être aussi déposé au siège social et au greffe du tribunal de commerce⁹².

Troisièmement, il faut une approbation et « la réalisation de l'opération de fusion par la tenue de l'Assemblée générale qui statuera sur les rapports, approuvera la fusion, procédera à l'augmentation de capital, approuvera la modification des statuts et analysera les conséquences de la dissolution de la société absorbée »⁹³.

Quatrièmement, après l'Assemblée générale, il y a aussi d'autres formalités à accomplir, notamment la déclaration de conformité au greffe du déroulement de l'opération, l'inscription complémentaire au RCCM et la publication des procès-verbaux d'Assemblée générale extraordinaire au Journal officiel.

⁸⁶ Art. 619, 672 et 675 de l'AUDSCGIE. Lire aussi M. OUATTARA, *Op.cit.*

⁸⁷ Art. 194 de l'AUDSCGIE.

⁸⁸ Toutes les formalités de création d'entreprises s'effectuent au même endroit pour les raisons d'efficacité dans le processus de publicité des actes des sociétés.

⁸⁹ Art. 194 de l'AUDSCGIE.

⁹⁰ Art. 682 de l'AUDSCGIE.

⁹¹ Art. 137 à 141 et 674 de l'AUDSCGIE.

⁹² Art. 622 et 675 de l'AUDSCGIE.

⁹³ Art. 551 et 671 de l'AUDSCGIE.

CONCLUSION

La restructuration est l'un des compartiments de la concentration économique, une réalité majeure de l'économie moderne, qui se manifeste ardemment dans les groupes de sociétés⁹⁴. Dans une espèce en RDC, une cession de contrôle, avec augmentation du capital, a abouti à une fusion-absorption. En vue de concilier l'approche théorique à la pratique, il nous a semblé tentant de fonder notre démarche sur le cas de la fusion de la BCDC SA avec Equity Bank Congo SA, dans laquelle se trouve précédemment l'achat de droits sociaux dans le cadre d'une opération de cession de contrôle, par la société mère (Equity Groupe Holding), qui avait déjà du reste, une autre filiale en RDC et qui décida de n'en faire qu'une seule, en fusionnant ses deux filiales. Puisqu'il s'agit d'opérations qui affectent sensiblement la charpente de la société, la compréhension de la cession de contrôle, tout en disséquant le déroulement de la fusion-absorption sous les viseurs de la pratique congolaise, au prisme des multiples conséquences qu'elle entraîne, notamment sur les dirigeants, les travailleurs, les commissaires aux comptes, sans omettre la protection de l'intérêt général circonscrite dans les méandres de la compétition concurrentielle, ont été au centre de cette démonstration.

Aussi, tant la cession de contrôle que la fusion absorption, étant des opérations qui peuvent engendrer une plus-value, elles n'échappent pas aux conséquences fiscales à diverses étapes. Cette monographie, qui repose sur le cas de l'absorption d'Equity Bank Congo SA par la BCDC SA, avec une augmentation du capital et modification de la dénomination de la société absorbante, devenue désormais EQUITY-BCDC SA, présente un intérêt indubitable pour la théorie juridique. Les praticiens du droit peuvent s'en servir et les fondateurs des sociétés peuvent s'y référer pour favoriser l'augmentation de la croissance économique des sociétés. Telle a été la démarche véhiculée dans cette recherche.

⁹⁴ A. SAKHO, *op. cit.*, p.13

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES ET THESES

1. FENEON, A., *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, Lextenso, Paris, 2017, 1176 p.
2. KOLONGELE EBERANDE, D-C., *Le pouvoir dans les sociétés à capital mixte, Aspects du droit français, OHADA et congolais*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011, 640 p.
3. MONSENEPWO MWAKWAYE, J., BANZA KASEYA, J., NSHINGU KAZADI, F., NDAYA MUTOMBO, M., *L'impact de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales en République démocratique du Congo*, L'Harmattan, 2015, 278 p.
4. SAKHO, A., *Les groupes de sociétés en Afrique*, éd. KARTHALA-CRES, Paris-Dakar, 2014, 334 p.
5. RAYNARD, V.J et SEUBE, J.B., *Contrats spéciaux*, 8^e éd., 2015, LexisNexis, n° 122.

II. ARTICLES ET REVUES

1. AUZERO, G., « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal ou conventionnel », *Bull. Joly* 2006, n° 7, p. 867.
2. BACCICHETTI, E. et BONNET, P., « Contrôle des concentrations : des sanctions souvent très lourdes », *Petites affiches*, du 28/07/2009, n°149, p.4.
3. BAILLOT, V., CANAC, JM., DELMOTTE, JP., FLEURY, J., HINFRAY, A., HUGON, X., DE BAECQUE, C., DE COURCEL, G., LECUYER, H., PEYRAMAURE, P., RAPP, L. et TRICOT, D., Colloque « Le Fonds de Commerce : un centenaire à rajeunir ! » Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : Débats, *Gazette du Palais*, 4 juin 2009, p. 45, n°155, p. 45.
4. BARBIER, H., « La notion de « contrôle » dans un pacte de préférence en cas de cession de contrôle : sa définition et sa fraude », In *Bulletin Joly Sociétés*, 01/05/2013, n°05, p.309.
5. CLEMENÇOT, J. et TE-LESSIA ASSOKO, J., Télécom : Orange rachète Tigo en RDC, *Jeune-Afrique/Economie et Finance*, du 08 février 2016.
6. DONDERO, B., VERNE, J, ZATTARA-GROS, A-F et All., « Chronique de jurisprudence : Cession des titres sociaux », *Gazette du Palais*, du 17/11/2011, n°321, p. 15.
7. FAROUX, A.-L. et THOMAS, N., « L'exercice d'un mandat social en exécution d'un contrat de travail : un choix de politique de groupe », *Gaz. du Palais*, n°133, du 12/05/2012, p. 15.

8. GREVEN, G., « Cession de fonds de commerce entre personnes morales : les formalités à la charge de l'acquéreur », *Defrénois*, n°10, du 4 mars 2021, n° 167c4, p. 19.
9. LE CORRE, P-M., « Procédures collectives - Ouverture de la procédure », *Gazette du Palais*, du 07/07/2005, n°188, p. 12.
10. LUCAS, F-X., « Procédures collectives - Ouverture de la procédure- Jurisprudence commentée », *Gazette du Palais*, du 30/04/2005 n°120, p.22.
11. LUYEYE, D., « Le système financier congolais en bref, Business et finances », 2017, in <https://business-et-finances.com/le-systeme-financier-congolais-en-bref/>, consulté le 09 mars 2021.
12. MASSART, T., « Nature juridique de la cession de la majorité des actions d'une société et interprétation d'une clause de changement de contrôle », *Bulletin des Sociétés*, du 01/01/1996, n°1, p. 53.
13. MBOKOLO ELIMA, E., « La légalisation de la rupture conventionnelle du contrat de travail : une majeure innovation en droit social congolais », in *Legavox.fr*, publié le 11/04/2020 modifié le 14/04/2020.
14. MOUSSERON, P., « Cession de contrôle », *Répertoire des sociétés*, Octobre 2016 (actualisation : Septembre 2020), n°6.
15. NZOUAKEU NYANDJOU, C.Y., « Restructurations des sociétés commerciales in bonis et droits des créanciers en droit OHADA », *Penant*, 1^{er} juillet 2019, n° Penant 2019, n° 908, p. 302.
16. PARACHKEVOVA, I., « Cours de droit des sociétés approfondi : la cession de contrôle », Master 2, Université Nice Sophia Antipolis, 2017-2018.
17. PORACCHIA, D., « Licenciement d'un cadre dirigeant d'un groupe : la fin de ses mandats sociaux dans les filiales n'est pas automatique », *Bull. Joly Sociétés*, n°02, le 01/02/2014, p. 86, notes sous CA Paris, 24 oct. 2013, n° 12/15029, SAS SAFI.
18. SEÏD ALGADI, A., « Le changement de la forme sociale dans le cadre du redressement de l'entreprise en droit OHADA », *Bulletin Joly Sociétés*, du 01/09/2013, n°09.