

L'APPORT EN INDUSTRIE DANS LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX, SOUS L'EMPIRE DU NOUVEL ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE DE L'OHADA

Le plus souvent réalisé par les associés n'ayant pas les moyens de libérer un montant de capital en numéraire voire en nature, l'apport en industrie ou l'apport du mal-aimé¹ vient de connaître une consécration en droit OHADA des sociétés commerciales.

Cet apport était précédemment limité par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt économique (AUSCGIE) aux sociétés de personnes, en tout cas dans l'esprit car en pratique, des SARL étaient créées au moyen d'apports en industrie.

Ainsi, cet apport, prévu par l'article 40 de l'AUSCGIE au même titre que l'apport en nature et en numéraire est désormais admis au sein des sociétés de capitaux.

La limitation aux sociétés de personnes qui était connue, s'expliquait par le fait que l'apport en industrie n'étant pas évaluable, il ne pouvait concourir à constituer le capital social qui est le gage commun des créanciers.

Depuis 1989 pourtant, le législateur français, qui continue d'inspirer le législateur OHADA, s'interrogeait quant à l'apport en industrie dans les sociétés de capitaux. La réponse² à cette interrogation prenait en compte le souci du respect de ce que le capital social représentait le gage des créanciers. L'idée sous jacente étant d'observer la « sacralité »

¹ MALECKI CATHERINE « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? » Bulletin Joly Sociétés, 01 octobre 2004 n° 10, P. 1169

² Réponse du ministère : Affaires européennes publiée dans le JO Sénat du 21/12/1989 - page 2115

du capital ainsi que la santé financière des sociétés françaises qui étaient sous-capitalisées de manière chronique.

Entre 1989 et 2001, la pratique des affaires a conduit à la désacralisation progressive du capital social. En effet, il est apparu que le capital social ne suffisait plus à attester de la santé financière d'une entreprise³, bien d'autres indicateurs comme le niveau d'endettement de la société ou l'état des inscriptions au registre de commerce et du crédit mobilier étant plus probants.

Par ailleurs, le souci de favoriser l'innovation technologique et scientifique devait conduire à adapter les véhicules juridiques existants. C'est ainsi qu'en 2001, la loi NRE⁴ du 15 mai 2001 a consacré l'apport en industrie dans la SARL.

Quelques années après, l'apport en industrie a été étendu à la Société Anonyme Simplifiée (SAS) par la loi sur la modernisation de l'économie du 04 août 2008⁵.

Le Droit OHADA s'est approprié ces réformes et les a retranscrites dans la SARL et la SAS qui vient d'être consacrée⁶ également. Les sociétés de capitaux visées sont celles où l'intuitu personae est le plus fort. C'est pour cette raison que la société anonyme a été expressément exclue par la loi de la possibilité de recevoir des apports en industrie.

Cette consécration a introduit une nouvelle notion de l'apport en industrie tout en précisant ses caractéristiques.

³ Pascal ÉTAIN « Du zéro comme capital social » Petites affiches, 19 septembre 2011 n° 186, P. 4

⁴ Nouvelles réglementations économiques – art 223-7 Code de Commerce français

⁵ L. 227-1 Code de Commerce français

⁶ DAOUDA BA « La consécration de la Société par Actions Simplifiée (SAS) par l'acte uniforme révisé : libres propos et quelques idées sur cette nouvelle forme de société en droit OHADA » <http://www.ohada.com/content/newsletters/2123/consecration-sas-ausgie-revise.pdf>

I. L'extension de la notion d'apport en industrie

Dans l'ancienne version de l'article 40 de l'AUSCGIE, l'apport en industrie était limité à un apport de main d'œuvre. Cette notion a été étendue par les dispositions des articles 40 et 50-1 « aux connaissances techniques ou professionnelles ou des services ».

L'extension de cette notion permet de prendre en compte toutes les formes d'apports en industrie et laisse supposer que le législateur OHADA a voulu donner plus de poids à l'innovation scientifique et technologique.

Par ailleurs, l'associé apporteur en industrie doit s'engager à consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales, par la mise à disposition de son travail, de son savoir-faire⁷, de ses compétences et ses connaissances techniques ou professionnelles, mais également sa notoriété ou son crédit.

II. Les caractéristiques de l'apport en industrie :

A. Effectivité

Selon les dispositions de l'article 50-1, la mise à disposition de l'apport en industrie doit être effective. Cela suppose donc une participation réelle aux affaires sociales⁸.

Les modalités de cette mise à disposition doivent être réglées par les associés dans les statuts⁹, sous peine de considérer l'apport en industrie comme inexistant¹⁰. La description de l'apport doit être complète de façon à pouvoir en saisir tous les contours.

⁷ MALECKI CATHERINE « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? » Bulletin Joly Sociétés, 01 octobre 2004 n° 10, P. 1169

⁸ CA Paris, 2e ch., sect. A, 15 nov. 1993 : JurisData n° 1994-600045 ; Bull. Joly 1994, p. 86 § 15, note A. Cuisance

⁹ Article 50-2 de l'AUDSC

¹⁰ CA Paris P. 5, ch. 8, 20/09/2011, n° 10/15743

Les critères de collaboration doivent être caractérisés par l'indépendance de l'apporteur en industrie. Par exemple, pour éviter le risque de requalification de l'apport en industrie en contrat de travail il doit y avoir une collaboration égalitaire¹¹, exclusive de toute subordination juridique.

B. Insaisissabilité

Selon les dispositions de l'article 50-3, « Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social... ». En effet, en raison des difficultés d'évaluation des différents types d'apports en industrie, on ne peut représenter une valeur saisissable pour les tiers de la société.

Par ailleurs, en vertu du principe de l'intangibilité du capital, l'apport en industrie, qui de par sa nature est successif, est donc variable¹².

Le principe de la libération immédiate¹³ du capital s'oppose aussi à la prise en compte de l'apport en industrie dans le capital social car l'apport en industrie ne peut être libéré immédiatement.

Enfin, l'apport en industrie est tellement lié à la personne de l'apporteur qu'il n'est ni transmissible ni cessible.

C. Intuitu personae

L'apport en industrie se caractérise par l'intuitu personae dans la mesure où l'apporteur met à la disposition de la société

¹¹ (Cass. com., 5 nov. 1974 : Rev. sociétés 1975, p. 492, note Y. Guyon)

¹² La réforme du 31 janvier 2014 a consacré également la société à capital variable.

¹³ La réforme du 31 janvier 2014 a remis en cause le principe de la libération immédiate dans les SARL. Les parts souscrites peuvent être libérées pour moitié d'après l'article 311-1. La libération partielle est également permise dans les SAS pour le quart des actions souscrites par application du régime de la libération des actions dans les SA.

bénéficiaire : sa personne, ses aptitudes et ses connaissances personnelles¹⁴.

Il en résulte selon l'article 50-4, de l'incessibilité et de l'intransmissibilité des parts résultant de l'apport en industrie. Par exemple, le décès d'un associé apporteur en industrie ne transfère pas ses parts à ses héritiers.

D. Titres sociaux « d'industrie »

Bien que l'apport en industrie ne concoure pas à la formation du capital, il a été intégré que l'apport en industrie est l'apport qui permet de mettre en œuvre et de valoriser les moyens matériels apportés par les autres associés en numéraire ou en nature¹⁵. Ainsi, les titres sociaux créés en contrepartie, permettent à son apporteur de participer à la gouvernance de la société, de recueillir des dividendes, de partager l'actif net et... de contribuer aux pertes.

Ces titres sociaux ne peuvent cependant pas excéder vingt cinq pour cent (25%) de la catégorie de titres sociaux attribués.

L'AUSCGIE tente ainsi d'apporter une solution à la juxtaposition d'apports en capital social et en industrie en limitant l'apport en industrie au plafond de Vingt Cinq pour Cent (25%) tout en empêchant la possibilité de constituer des sociétés de capitaux uniquement composées d'apports en industrie dans la mesure où, aucun capital social minimum n'est exigé pour la SAS.

Le souci de préserver l'affectio societatis se traduit aussi par la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes de la société. La contribution de l'apporteur en nature ou en numéraire est limitée dans les sociétés de capitaux au montant de l'apport, la contribution aux pertes de l'apporteur en

industrie est limitée au pourcentage défini dans les statuts.

Il apparaît ainsi que le patrimoine des apporteurs en industrie ne bénéficie pas de la même protection que celui des apporteurs en nature et en numéraire. Les apporteurs en industrie doivent donc limiter le taux de leur participation afin de ne pas s'exposer, en cas de pertes, au paiement de dettes élevées.

En consacrant l'apport en industrie dans les sociétés de capitaux où l'intuitu personae est prépondérant, l'AUSCGIE permet la rémunération des associés qui apportent un certain savoir. Cet apport ne concoure pas à la formation du capital mais ouvre droit au partage des bénéfices et de l'actif net à charge de contribuer aux pertes. Les praticiens devront donc s'atteler à élaborer des statuts protecteurs des intérêts de tous les associés.

Mamadou COULIBALY

Avocat au Barreau du Mali

Master II Droit des Affaires et Fiscalité
Clermont-Ferrand

¹⁴ RAPHAËLLE BESNARD GOUDET in « Théorie des apports – Apports en Industrie » JurisClasseur Sociétés Traité

¹⁵ LAURE NURIT-PONTIER « Repenser les apports en industrie » Petites affiches, 03 juillet 2002 n° 132, P. 4