

Le changement de la forme sociale dans le cadre du redressement de l'entreprise en droit OHADA

Article publié au Bulletin Joly Sociétés, n° 9, septembre 2013, p. 604

Par Aziber Seïd ALGADI

Docteur en droit, Chargé d'enseignement à l'ERSUMA

Résumé :

L'ouverture d'une procédure collective impose une recherche des solutions visant à assurer le sauvetage de l'entreprise et conduit, quelquefois, à des choix risqués dont l'initiative revient aux associés. L'acte uniforme OHADA ne prévoit aucune dérogation aux règles classiques régissant la modification des statuts de la société, même lorsque celle-ci est en difficulté. Le droit des sociétés marque ici son autorité sur le droit des procédures collectives.

Le doyen Carbonnier mariait la force de sa pensée à la légèreté imagée de son expression¹. Une telle approche nous permet de faire, dans le cadre de cette réflexion, le parallèle entre ce que représente la forme pour une personne morale et ce qu'est le vêtement pour une personne physique.

La symétrie est indéniable et au même titre qu'une personne physique peut changer son vêtement, la société, personne morale, peut changer sa forme sociale².

En revanche, la simplicité d'un tel acte pour une personne physique n'est pas la même lorsqu'on est en présence d'une société, parce que le changement de sa forme implique une modification statutaire. Seule l'assemblée générale extraordinaire a compétence pour décider d'une telle transformation³. Celle-ci implique en principe la décision unanime des associés.

Toutefois, la question se pose lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective et notamment à une procédure de redressement judiciaire.

Le tribunal de commerce homologuant le concordat de redressement peut-il se substituer aux associés ou actionnaires ou encore les contraindre à adopter un changement de forme sociale en vue de permettre le sauvetage de l'entreprise ?

En droit français, une telle possibilité est, *a priori*, exclue même si on peut, cependant, affirmer qu'une telle contrainte pourrait être admise de façon indirecte lorsque le tribunal ne laisse aucun choix aux associés. L'article L. 626-15 du Code de commerce français permet au

¹ V. à ce propos : A. Bénabent, « La Justesse par le verbe : Jean Carbonnier » : D. 2010, p. 2443.

² V. En ce sens, P.-G. Pougoue, F. Anoukaha et J. NguebouToukam, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, P.U.A., 1998, n° 205.

³ D. Lange, « Transformation » : Rép. sociétés 2012, n° 49.

tribunal de mentionner, dans le plan de redressement, les modifications des statuts qu'il juge nécessaires à la réorganisation de l'entreprise, si elles n'ont pas été adoptées lors de la préparation du plan. Il est aussi possible, en cas de nécessité, de donner mandat à l'administrateur de convoquer l'assemblée compétente pour mettre en œuvre les modifications prévues par le plan⁴. Néanmoins, notons qu'en aucun cas une restructuration de l'entreprise ne peut être imposée par le tribunal. Ce dernier se contentera de mentionner les modifications nécessaires au redressement de l'entreprise. Seuls les associés prendront la décision finale et procéderont ou non au changement de forme sociale envisagé.

L'acte uniforme sur le droit des procédures collectives de l'espace OHADA fait mention d'une possibilité de changement de forme sociale, dans le cadre de la procédure collective, qui obéit aux règles classiques malgré l'ouverture de la procédure.

La transformation sociale devra donc respecter certaines modalités légales (I) car, en dépit de l'exigence de redressement, le droit OHADA privilégie la sécurité juridique et l'incidence d'une modification de la forme sociale est bien encadrée (II).

I-Un formalisme légalement imposé

La mutation de la forme sociale passe par le choix préalable de la nouvelle forme, mieux adaptée à la restructuration souhaitée, et conforme aux types de sociétés prévus par le droit OHADA (A). Aussi un consentement préalable des associés à l'opération envisagée doit-il être obtenu (B).

A- Le choix d'une forme de société plus adaptée

Le changement de forme sociale est, dans le cadre des procédures collectives, une des possibilités de redressement susceptibles d'être retenue par le concordat de redressement. Le choix d'une telle solution doit obéir à un souci préalable d'efficacité et de rendement optimal.

Selon l'article 181 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales (AUDSC), la transformation sociale est l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associés.

L'intérêt pratique de la transformation est d'éviter à la société une aggravation de sa situation économique. « [...] Elle ne constitue qu'une modification des statuts et est soumise aux mêmes conditions de forme et de délai que celle-ci [...] ».

Toutefois, la transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leurs apports en une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée est décidée à l'unanimité des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite⁵.

La modification de la forme sociale présente généralement plusieurs modalités.

On peut passer d'une société de personnes à une société de capitaux et inversement ainsi, qu'au sein de ces catégories, d'un type de société à l'autre⁶.

⁴ V. C. com., art. L. 626-16. V. aussi sur ce point : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2012, 9^e éd., n° 942.

⁵V. AUDSC, art. 181.

⁶ Dans les sociétés de personnes, on passe généralement de la SNC à la SCS lorsque le mariage entre deux associés en nom survient et ce en vue de ne pas conduire à la dissolution sociale.

Dans la majorité des hypothèses, une société de personnes ou une SARL se transforme en SA pour accroître sa surface financière. Cependant, si la transformation d'une SA en une SARL n'est pas, en droit commun, l'opération la plus fréquente⁷, elle apparaît, en revanche, la plus adaptée à la situation juridique d'une entreprise soumise à une procédure collective⁸. En effet, le fonctionnement de la SARL, moins complexe que celui de la SA, permet une réduction de frais favorable au redressement recherché par le plan de redressement.

Il convient de souligner, tout de même, qu'autant la SARL permet de réaliser des économies par sa forme moins complexe, autant la SA, à travers l'offre au public qu'elle peut faire, permet d'accroître la surface financière de la société en réalisant une augmentation du capital.

L'autre alternative dans la procédure de modification de la forme sociale est le passage d'une société de capitaux à une société de personnes. Cette solution a pour principal objectif de rendre la société plus crédible. La crédibilité tient au fait que, dans la seconde forme sociale, l'engagement indéfini et solidaire des associés constitue une garantie accrue pour les potentiels créanciers de la société qui seront ainsi moins réticents à s'engager dans une relation contractuelle avec l'entreprise ; l'assurance d'une responsabilité indéfinie et solidaire leur conférant une certaine sérénité.

Bien évidemment, la transformation, lorsqu'elle s'oriente vers une forme non légalement reconnue, fait perdre à la société sa personnalité juridique⁹.

On peut, sur ce point, s'interroger sur le statut qu'aura une telle société. Doit-on l'appréhender comme une société de fait ou une société en participation ?

Au regard des articles 114 et 115 de l'AUDSC, il paraît plus adéquat de la considérer comme une société en participation¹⁰ car l'intention des associés n'est pas innocente¹¹.

Le choix adapté devra être étudié préalablement pour ne pas précipiter la liquidation de l'entreprise.

Après le choix de la forme adaptée, le consentement des associés est requis.

B- Le respect d'un consentement clairement exprimé

La mutation de la forme sociale d'une société de capitaux à une société de personnes augmente largement l'engagement initial des associés car la survenance de nouveaux problèmes financiers engagera l'entière responsabilité de leurs actifs patrimoniaux. C'est, donc, à juste titre que l'article 181 de l'AUDSC précise, en son alinéa 3, que la transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leurs apports (SA, SARL) en une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée (SNC ou SCS, notamment pour les commandités) est décidée à l'unanimité des associés.

⁷ P. Merle, préc., n° 582. La transformation se fait généralement d'une structure simple à une structure plus élaborée.

⁸ M.-H. Monsérié, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, thèse Toulouse 1, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, n° 523.

⁹ V. AUDSC, art. 188. La société ne saurait adopter, par exemple, la forme d'une société par actions simplifiée, admise en droit français. V. sur la question : A. S. Algadi, « La société par actions simplifiée dans la nouvelle loi de modernisation de l'économie » : Defrénois 2009, p. 721-731.

¹⁰ La société de fait et la société de participation sont considérées comme n'ayant pas de personnalité juridique, la première parce qu'elle a été constituée sans acte écrit, la seconde parce que, bien que constituée, elle n'a pas été immatriculée au RCCM ; V. En ce sens : P.-G. Pougoue, F. Anoukaha et J. Nguebou Toukam, *op. cit.*, n° 213.

¹¹ « Nul n'est censé ignorer la loi » dit l'adage. Les associés ne sauraient arguer de leur ignorance pour choisir une forme non consacrée par l'AUDSC.

Il convient de rappeler, ici, la distinction entre l'aggravation des engagements et la restriction des droits : à la première est associée une décision unanime alors qu'à la seconde, une majorité qualifiée est suffisante. Le changement de forme sociale, d'une société de capitaux à une société de personnes, relève incontestablement de la première catégorie, d'où l'exigence de l'unanimité.

L'article 374 de l'AUDSC précise, à ce sujet que « la transformation de la société ne peut être réalisée que si la société à responsabilité limitée a, au moment où la transformation est envisagée, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social et si elle a établi et fait approuver par les associés les bilans de ses deux premiers exercices »¹².

En revanche, lorsque la responsabilité n'est pas aggravée, il y a lieu d'admettre qu'une décision à la majorité simple ou qualifiée est suffisante.

La mésentente entre les associés dans le cadre d'une décision exigeant l'unanimité est quelquefois inévitable. Il est, en effet, difficile pour un associé tenu au prorata de son apport d'admettre qu'il sera désormais tenu indéfiniment et solidairement ; d'ailleurs, la finalité première de la constitution d'une société est d'opérer une séparation des patrimoines. L'associé d'une SA ne saurait accepter de risquer tout son patrimoine individuel dans l'optique de sauver la société. Le réalisme conduirait à écarter cette hypothèse.

Aussi ne pourrait-on pas invoquer l'abus de minorité comme on aurait pu le faire dans le cadre d'une modification du capital social car, ici, le risque est certain pour les associés minoritaires et l'invocation de la théorie de l'abus de minorité serait inappropriée et difficilement justifiable¹³.

Le blocage est donc, quelquefois, quasi certain¹⁴. La conséquence d'une objection minoritaire à l'opération projetée est la mise en liquidation de la société.

Pour éviter cette situation extrême, une unanimité devrait impérativement être obtenue.

Après avoir choisi la forme imposée par la nécessité d'un redressement, l'acte uniforme prévoit une procédure précise à respecter.

Dans toutes les hypothèses évoquées précédemment, le changement de forme sociale passe par un formalisme légal et doit être décidé en fonction des modalités prévues et des conditions requises pour chaque forme de société, en ce qui concerne la modification des statuts.

La publicité de la transformation est exigée et organisée par l'article 265 de l'acte uniforme sur le droit des sociétés. Ce dernier prévoit que la décision de transformation doit faire l'objet de trois mesures de publicité :

- la première est relative à l'insertion dans un journal d'annonces légales ;

¹² V. R. NjeufackTemgwa, « Assemblées de sociétés et décisions collectives » in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2012, p. 322.

¹³ Les juges exigent qu'il soit suffisamment démontré la volonté de faire prévaloir ses intérêts personnels sur les intérêts essentiels de la société. V., à titre d'exemple, en droit français : H. Le Diascorn, « L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? » : D. 1993, p. 279.

¹⁴ Dans les statuts, même si en droit OHADA c'est la règle de la majorité qui prime pour la modification des statuts, l'associé minoritaire est libre de tempérer cette règle pour se réserver une position de force dans les décisions sociales, voire même d'imposer, dans certaines limites, une autorité de blocage vis-à-vis de ses coassociés. V. A.-M. Cartron et B. Mator, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA » : Cah. dr. entr. 2010, n° 1, dossier 2.

- la deuxième vise le dépôt, au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales, de deux exemplaires du procès-verbal de l'assemblée ayant décidé la transformation et du procès-verbal de la décision ayant désigné les membres des nouveaux organes sociaux. Sont également déposés au greffe, les nouveaux statuts, la déclaration de régularité et de conformité et, le cas échéant, deux exemplaires du rapport du commissaire aux comptes, chargé d'apprécier la valeur des biens de la société. Enfin, si la société est propriétaire d'un ou de plusieurs immeubles soumis à la publicité foncière, la mention de la transformation doit être signalée au bureau chargé des hypothèques¹⁵ ;
- la troisième est inhérente à une inscription modificative au RCCM. Cette modification devrait permettre une mise en conformité des mentions du RCCM avec la mutation réalisée.

Toutes ces mesures d'ordre procédural doivent être respectées afin de garantir une réelle information des tiers car ladite transformation a des répercussions tant sur les organes de la société que sur les partenaires de la société.

II- Un impact contrôlé

L'article 182 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales dispose que la transformation sociale prend effet à compter du jour où la décision la constatant est prise. Elle a inévitablement un impact tant interne, au sein des membres de la société (A), que vis-à-vis des tiers, partenaires de la société en redressement (B).

A- L'effet interne encadré

La modification de la forme sociale, dont l'opportunité est préétablie, influe considérablement sur le contrat de société initial. Les associés sont maintenus dans les mêmes liens sociaux mais à des conditions totalement différentes.

Le changement d'une société de capitaux en société de personnes aura pour impact notoire le resserrement des liens entre les associés. Tenus antérieurement au prorata de leurs apports, ils seront désormais tenus indéfiniment. Aussi, étant engagés individuellement, auparavant, ils seront, à partir de la mutation de la forme sociale, dans une nouvelle forme de responsabilité solidaire qui les oblige à une plus forte implication dans la vie sociale.

À l'inverse, lorsqu'il s'agit d'un passage d'une société de personnes à une société de capitaux, la responsabilité diminue et l'engagement devient individuel et limité, du moins pour le passif postérieur au changement. À ce sujet, il peut y avoir un risque car le désengagement – voire le désintéressement des associés, autrefois solidaires, dorénavant déliés de toute solidarité – pourrait conduire à une moindre surveillance de la situation économique de l'entreprise.

Par conséquent, les techniques de prévention des difficultés¹⁶ seraient moins usitées à l'avenir car les associés se trouvent moins impliqués dans le fonctionnement de la société.

¹⁵ L'acte uniforme ne précise pas ces éléments qui devraient faire également l'objet de dépôt au greffe.

¹⁶V. sur les techniques de prévention des difficultés : A. S. Algadi, « L'alerte en droit OHADA des procédures collectives » :Dr. et patr., n° 211, 2012, p. 38.

Dans tous les cas, la mutation de la forme sociale aura une conséquence inévitable sur la relation entre les associés. C'est la raison pour laquelle elle se réalise, en général, entre des sociétés de formes similaires ; ce qui laisse perdurer la même nature du lien originel.

Ainsi, une société de personnes qui se transforme en société en commandite simple verrait, par exemple, les anciens associés de la société primitive devenir des associés commandités pour maintenir le même lien social, alors que les nouveaux associés deviendraient les commanditaires de la société nouvelle, s'assurant ainsi de la limitation de leurs engagements ; ce qui susciterait une moindre réticence quant à leur engagement en tant qu'associés, même lorsque la société est en phase de redressement judiciaire.

De manière générale, lorsqu'une SA ou une SARL se transforme en société par commandite simple, l'exigence de consentement préalable devrait conduire à laisser le choix aux associés entre un engagement indéfini et solidaire et un engagement limité ; s'ils font le premier choix, ils opteraient corrélativement pour la catégorie des associés commandités. Quant au second choix, celui d'un engagement limité au prorata des apports, ils choisiraient de devenir commanditaires. L'équilibre est ainsi établi et le consentement respecté.

B- L'effet externe limité

La protection des tiers doit être assurée. La transformation de la société ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. Les créanciers extérieurs à la transformation conservent, pour le paiement de leurs créances, les garanties et les recours dont ils bénéficient d'après la forme ancienne.

Ainsi, en cas de transformation d'une SNC ou d'une SCS en SARL ou en SA, les anciens associés restent indéfiniment et solidairement responsables du passif social antérieur¹⁷. Il ne faudrait pas, en effet, que les créanciers subissent les conséquences d'une transformation sociale contre leur gré¹⁸ surtout lorsqu'ils n'ont même pas été informés de ce changement de situation.

À titre illustratif, une SNC, bénéficiaire d'un contrat de crédit-bail mobilier et immobilier, n'ayant pas averti le crédit bailleur de sa transformation en SARL ne peut pas opposer à celui-ci le changement de sa forme sociale, quand bien même ce changement a été régulièrement publié. La chambre commerciale de la Cour de cassation française, confirmant la décision de la cour d'appel, précisait, sur ce point, qu'« ayant constaté que la SNC n'avait pas respecté son engagement d'aviser le crédit bailleur du changement de forme sociale et en ayant déduit que cette société ne pouvait pas lui opposer sa transformation en société à responsabilité limitée, fut-elle publiée régulièrement, et qu'en conséquence le créancier, subrogé dans ses droits, pouvait agir à l'encontre des associés, pris en leur qualité d'associés en nom collectif, et les attraire devant le tribunal de commerce en raison de cette qualité, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait [...] »¹⁹.

¹⁷ L'article 182 de l'AUDSC précise que les droits et obligations contractés par la société sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle. V. aussi, en droit français, où la jurisprudence affirme que les associés ne sauraient échapper unilatéralement à leurs engagements tels qu'ils ressortaient de la forme ancienne. Ils peuvent être poursuivis en raison d'un cautionnement contracté par la société avant une précédente transformation de SARL en société en nom collectif.

¹⁸ V. J.-F. Barbiéri, « Associés et obligataires d'une société "faillie" » in *Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise*, colloque du CREDIF de Toulouse : LPA1992, n° 61.

¹⁹ Cass. com., 1^{er} oct. 1996, n° 94-16808 et 94-18278 : BJS janv. 1997, p. 37, n° 10, note P. Le Cannu.

Plus grave encore, la jurisprudence française ne retient pas le principe de l'application immédiate du régime correspondant à la nouvelle forme sociale lorsque l'engagement des associés est aggravé. Après transformation en société en nom collectif, la Cour de cassation française a décidé que les associés deviennent indéfiniment et solidairement responsables de toutes les dettes sociales, même de celles qui sont nées alors que la société se trouvait sous la forme d'une SARL²⁰. Cette position surprenante ne devrait pas être reprise par la jurisprudence de l'OHADA car elle serait contraire à sa philosophie incitative.

S'agissant de la situation du commissaire aux comptes, l'article 187 de l'acte uniforme sur le droit des sociétés dispose que la transformation de la société ne met pas fin à ses fonctions si la nouvelle forme sociale requiert la nomination d'un commissaire aux comptes. Mais si cette nomination n'est pas requise, la mission du commissaire aux comptes cesse par la transformation, sauf si les associés en décident autrement. Il importe de rappeler que le commissaire aux comptes joue un rôle important dans la société et contribue efficacement à la prévention des difficultés des entreprises²¹.

En substance, la modification de la forme sociale dans l'optique d'un redressement de l'entreprise en droit OHADA ne devrait nullement être un prétexte pour ignorer les règles classiques relatives aux modifications des statuts. En l'occurrence, il s'agira de rechercher l'unanimité des associés, lorsque leur engagement est augmenté, à défaut de laquelle une telle option serait vaine et le redressement de l'entreprise pourrait être voué à l'échec.

Le droit des sociétés semble triompher des règles du droit des procédures collectives et ce dernier ne pourra que se conformer aux dispositions réglementant le fonctionnement des sociétés commerciales malgré la nécessité d'un sauvetage économique, parce qu'au-delà du redressement recherché, la sécurité juridique devra être assurée.

On note un regain d'ascendance du droit civil sur le droit des procédures collectives car, comme en matière d'indivision²², l'impérialisme des procédures collectives n'est, ici encore, qu'un leurre.

²⁰ Cass. 3^e civ., 10 janv. 1973, n° 71-14606 : Bull. civ., III, n° 44.

²¹ A. S. Algadi, « Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises » : Revue Penant 2010, p. 1.

²² V. L.-C. Henry, « Difficultés pratiques de l'indivision » : Rev. proc. coll.2013, dossier n° 10.