

L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES DE L'OHADA : Réflexion sur un vide juridique¹

Par

Denis Roger SOH FOGNO

*Docteur en droit de l'Université de Nantes
Enseignant-chercheur à la FSJP de l'Université de Dschang*

et

Charles TALLA

*DEA en Droit Communautaire et Comparé CEMAC de l'Université de Dschang
Doctorant en Droit Communautaire et Comparé à l'Université de Dschang*

NB : Cet article a été publié aux Annales de la Faculté des Sciences Juridique et Politiques de l'Université de Dschang, T. 13, 2009, pp. 199-226.

INTRODUCTION

1- La stipulation d'une convention de société commerciale dans l'espace juridique de l'OHADA² est subordonnée pour sa validité à l'observation des conditions de forme et de fond que l'on retrouve dans la plupart des contrats³. Cependant, tenant compte des spécificités du contrat de société, trois conditions de fond cumulatives sont en plus exigées, à savoir, l'obligation pour les associés d'effectuer chacun un apport, leur engagement de participer au résultat (actif ou passif) de la société, et leur obligation d'être animés par *l'affectio societatis*. Telle est l'économie de l'art. 4 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC)⁴.

2- L'apport en société, qui s'entendra ici comme étant le bien ou l'activité mis en commun par l'associé en vue de l'exploitation de l'objet social⁵, peut être effectué en numéraire (somme d'argent), en nature (biens mobiliers ou immobiliers) ou en industrie (main-d'œuvre)⁶.

Sous cette dernière forme, l'apport en industrie peut s'entendre du travail ou de l'activité que l'apporteur effectue ou promet d'effectuer en raison de ses compétences techniques ou commerciales, ou encore des services qu'il rendra en faisant bénéficier la société de son crédit, de son savoir-faire ou même de son expérience⁷. Il ressort de cette définition que l'apporteur en industrie peut être un travailleur ou un prestataire de service. Mais l'art. 40 de l'AUSC semble limiter le contenu de l'apport en industrie à la main-d'œuvre

¹ Cette réflexion scientifique avait été entamée par M. Denis Roger SOH FOGNO, avant d'être proposée à M. Charles TALLA qui en a fait un Mémoire de DEA fort intéressant et apprécié, intitulé « L'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA ». Les deux se sont par la suite mis d'accord pour continuer la réflexion dans son cadre original, une publication sous la forme d'un article de doctrine.

² Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

³ Voir arts. 1108 et s. du Code civil, et arts. 4 et s., 97 et s. de l'AUSC.

⁴ Ce texte a été adopté le 17 avril 1997. Depuis le 1^{er} janvier 1998, il est entré en vigueur pour s'appliquer comme droit commun des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dans tous les Etats membres de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

⁵ GUYON (Y.) : *Droit des affaires, t. 1 Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd. Paris, ECONOMICA 2003, p. 98.

⁶ Cf. art 40 de l'AUSC.

⁷ ANOUKAHA (F.), Cisse (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P-G.) et SAMB (M.) : *OHADA Sociétés commerciales et GIE*, BRUYLANT 2002, p. 57.

de l'apporteur, faisant de celui-ci simplement un travailleur. Pourtant, la conception même de l'apport en industrie commande que son contenu soit plus large⁸. De même, réduire l'apporteur en industrie à un travailleur suppose qu'il effectue un apport à caractère successif. Aussi s'engage-t-il à accomplir une activité permanente, pour une durée égale ou inférieure à celle de la société, selon les clauses de son contrat⁹.

3- En général, la détermination du contenu, et par conséquent, du caractère de l'apport en industrie constitue la limite des détails que fait le législateur de l'OHADA de cette notion. En effet, l'apport en industrie n'est pris en compte ni par l'art. 4 de l'AUSC qui définit la société commerciale, ni par l'art. 37 qui insiste sur la réalisation des apports en société. Aux termes de l'art. 4 en effet, « *la société commerciale est créée entre deux ou plusieurs personnes, qui conviennent, par contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. (...)* ». Pour l'art 37, « (...) *Chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis de lui apporter, en numéraire ou en nature* ». En s'arrêtant sur ces deux dispositions, on conclurait à la suppression de l'apport en industrie dans les sociétés commerciales au sein de l'OHADA. Mais cette conclusion serait hâtive, puisque l'art. 40 du même texte fait ressurgir, peut-être en retard, cette notion. Il prescrit que « *chaque associé peut apporter à la société 1°) de l'argent par apport en numéraire ; 2°) de l'industrie par apport de main d'œuvre ; 3°) des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, par apport en nature ; (...)* ».

Alors, on est doublement étonné : D'une part, on ne comprend pas pourquoi l'article 4 qui définit la société commerciale et les articles 37-39, puis 41-50 qui apportent des précisions sur le domaine d'application des autres apports en société, sont restés désespérément muets sur la notion d'apport en industrie. Ceci suggérerait de croire que c'est par erreur que l'art. 40 a fait mention de cette notion. D'autre part, lorsqu'on s'arrête sur la lettre de l'art. 40 qui évoque pour la première et plausiblement la dernière fois l'apport en industrie¹⁰, on est surpris de voir qu'il est cité en deuxième position, après l'apport en numéraire et avant l'apport en nature, toute chose qui semble, à première vue, lui accorder une certaine importance, réconciliant ainsi la lettre à l'esprit du texte en général. En effet, cette position au second ordre peut suggérer de croire que c'est par oubli que l'apport en industrie n'a pas été mentionné dans les dispositions précédentes et suivantes. Ce constat plante définitivement le décor de l'apport en industrie dans l'espace de l'OHADA, et jette un zeste d'incertitude sur la volonté réelle du législateur de le placer au même rang que les autres apports.

4- De manière plus radicale, une interrogation se pose, celle de savoir si une société commerciale peut fonctionner à partir des seuls apports en industrie. Cette question est discutée par la doctrine et la jurisprudence.

Les auteurs pensent quasi-unanimement que la viabilité d'une société commerciale est conditionnée par l'existence d'au moins un apport en capital¹¹. Cette nécessité est prouvée par la possibilité donnée aux associés de pouvoir créer une société en nom collectif (SNC), à

⁸ Pour plus de détails, cf. TALLA Charles : *L'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, année académique 2006 / 2007, pp. 11 et s.

⁹ Ibid, pp. 17 et s.

¹⁰ Au terme de la lecture des 920 articles que compte l'AUSC, il est apparu que seul l'art. 40 évoquait de manière claire la notion d'apport en industrie.

¹¹ L'apport en capital est celui qui est pris en compte pour la constitution du capital social (apport en nature et apport en numéraire). Il s'oppose justement à l'apport en industrie.

partir d'un capital d'un franc. Dans ce type de société en effet, la responsabilité solidaire et indéfinie qui pèse sur les associés est une garantie suffisante pour les créanciers de pouvoir rentrer en possession de leur dû. Par conséquent, on aurait pu se passer d'apport en capital. Son montant qui est d'un franc a donc pour seule utilité de tenir lieu de symbole de cet apport. Cet argumentaire est valable aussi bien en France¹² que dans le contexte spécifique de l'OHADA¹³.

Contrairement à ces auteurs, la Cour de cassation française suivie par la Cour d'appel de Nancy ont pour leur part reconnu l'existence possible d'une société ne comportant que des apports en industrie, en décidant respectivement que dans toutes sociétés où la mise en commun portait seulement sur l'industrie des associés, les bénéfices et les pertes doivent être répartis par part virile¹⁴, et que dans pareille situation, le partage de bénéfices de la société sera toujours égal, quand bien même l'un des associés, appelé sous les drapeaux, aurait été empêché pendant plusieurs années d'apporter à la société le concours de son travail¹⁵.

5- Sur le régime juridique de l'apport en industrie, les auteurs sont unanimes pour dire qu'il est le parent pauvre de la réglementation que l'Acte uniforme réserve aux apports en société en général¹⁶. Il en est ainsi parce qu'au sortir de la lecture de ce texte, on n'a aucune idée sur les notions qui composent ce régime. Ces notions sont pourtant en réalité nombreuses et variées. Ainsi, l'apporteur en industrie est-il astreint à un ensemble d'obligations à la fois matérielles et morales envers la société¹⁷. La violation de ces obligations par l'apporteur en industrie lui vaudra l'application des sanctions qui pourront être selon le cas patrimoniales, extrapatrimoniales ou les deux cumulativement. Par ailleurs, plusieurs causes peuvent entraîner la cessation de l'apport en industrie, et imposer la liquidation et le règlement des droits de l'apporteur¹⁸.

6- Le vide juridique généralisé entretenu par l'AUSC sur l'apport en industrie donne à s'interroger sur l'intention réelle du législateur de l'OHADA. On a l'impression qu'il a voulu privilégier le contrat de travail au détriment de l'apport en industrie¹⁹, ou alors qu'il a voulu simplement entériner le manque d'intérêt pour ce type d'apport qui a toujours caractérisé les investisseurs intervenant dans les pays aujourd'hui membres de l'OHADA. En effet, à titre d'illustration, de 2001 à 2008, aucune société commerciale sur les 50 environ, enregistrées au RCCM, fichier du TPI de Dschang (Cameroun), n'utilise d'apporteur en industrie. De même, une vérification faite sur le RCCM, fichier du TPI de Bafoussam (Cameroun), indique qu'aucune société commerciale parmi les 250 environ, créées dans cette ville entre les années 2005 et 2008 n'utilise d'apporteur en industrie.

¹² RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) : *Traité de droit commercial*, t. 1 vol. 2, 18^e éd. LGDJ 2002, p. 8, n° 1056-13 ; COZIAN (M.) et VIANDIER (A.) : *Droit des Sociétés*, 8^e éd., Litec. 1995, p. 146.

¹³ ANOUKAHA (F.) et autres, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE* op. cit., p. 317, n° 565 et s.

¹⁴ Cass. req., 16 nov. 1886, S. 1888, I, p. 423, cité par TOZWEN TEUNKWA (R.F.) : *Le principe d'égalité en droit des sociétés OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, octobre 2004, p. 75.

¹⁵ Nancy, 14 mars 1868, S. 1869, II, p. 214, cité par TOZWEN TEUNKWA (R.F.), Mémoire de DEA op. cit., p. 75.

¹⁶ ANOUKAHA (F.) et autres, op. cit., p. 57, n° 90 ; POUGOUE (P-G.) et NGUEBOU TOUKAM (J.) : *Le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique OHADA*, coll. droit uniforme, éd. PUA, Yaoundé 1998 ; MEUKE (B.Y.) : « La société non personnalisée dans l'OHADA, « étude de l'impact de l'absence de personnalité morale dans la société en participation » », www.juriscope.org ; TOZWEN TEUNKWA (R.F.) : *Le principe d'égalité entre associés en droit des sociétés OHADA*, Mémoire de DEA op. cit., p. 74.

¹⁷ cf. TALLA Charles, Mémoire de DEA op. cit., pp. 21 et s.

¹⁸ Ibid, pp. 28 à 30.

¹⁹ Considérant la mise en œuvre de l'objet de l'apport en industrie, l'apporteur est assimilable au travailleur.

Dans tous les cas, l'apport en industrie est bien consacré, et on ne peut s'empêcher de se demander pourquoi le législateur s'est donné cette peine, sans prévoir expressément, comme dans les autres cas, les règles qui lui seront applicables. Autrement dit, quelles sont les sociétés susceptibles d'admettre l'apport en industrie et dans ce cas, quel corps de règles lui est-il applicable ?

7- Cette interrogation est formulée dans un double intérêt. D'une part, il est question de procéder à un exercice de vulgarisation, afin de sortir de l'ombre l'apport en industrie qui malgré sa consécration, baigne dans une espèce de léthargie, pour permettre sa pleine utilisation par les investisseurs. D'autre part, le but est d'attirer l'attention du législateur sur le vide juridique décrit, afin qu'il prenne des mesures pour une réglementation plus conséquente de la notion, laquelle lui permettra de sortir son plein et entier effet.

8- En attendant que ces objectifs soient atteints, l'exégèse groupée des maigres dispositions consacrées expressément à l'apport en industrie, ainsi que celle que l'on peut lui accoler par ricochet, commande de marquer un temps d'arrêt d'une part sur son domaine d'application (I), avant de s'attarder d'autre part sur son régime juridique (II).

I – LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'APPORT EN INDUSTRIE

9- Lorsque l'art. 4 de l'AUSC fait obligation aux associés d'effectuer chacun un apport en société, il permet de déduire qu'aucune société ne peut fonctionner sans apport. Peut-on en revanche imaginer la validité de tout apport dans tout type de société ?

La réponse à cette question doit nécessairement être très réservée. Au sujet de l'apport en industrie notamment, le débat revêt toute sa vigueur. Le législateur de l'OHADA à travers son silence généralisé crée une polémique. On peut bien pencher pour la thèse d'un silence valant acceptation sans limite de cet apport dans toutes les formes de société par lui consacrées, du moment où tout ce qui n'est expressément interdit est implicitement permis. Cependant, lorsqu'on pousse plus loin la réflexion, ceci en se référant notamment à la pratique en vigueur dans le contexte juridique français où la question a été clairement tranchée, on peut conclure à la logique d'une discrimination de l'apport en industrie qui serait d'application sélective. En effet, depuis la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, il est clairement retenu que « *les actions ne peuvent rémunérer l'industrie des associés* »²⁰. Ainsi, sous cette lanterne et au regard du silence embarrassant du législateur de l'OHADA, on peut se permettre de dire que les sociétés commerciales susceptibles de tolérer son existence restent limitativement énumérées (A), alors que son admission serait improbable dans le reste des cas (B).

A- Les sociétés susceptibles de tolérer l'apport en industrie

10- S'il faut suivre une certaine tradition, à savoir celle qui consiste à opposer les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux, on dira que l'apport en industrie n'est tolérable que dans les premières. Il en est ainsi parce que l'apport en industrie n'a pas une nature matérielle. C'est donc à bon droit qu'il ne soit permis que dans les sociétés dont les associés seraient tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales. Ainsi, les créanciers sociaux pourraient, en cas de difficulté, se replier sur le patrimoine personnel de l'apporteur.

²⁰ Une interprétation extensive de ce texte a permis aux auteurs d'étendre l'interdiction aux parts sociales émises par une SARL. A contrario, on a retenu l'admission sans limite de l'apport en industrie dans les sociétés de personnes et celles dont le régime juridique est assimilé à celui de la SNC.

Le raisonnement ne manque pas d'intérêt. Cependant, cette structuration ne permet pas d'exprimer toute la réalité en la matière, tant il est vrai que l'Acte uniforme a consacré la catégorie des sociétés sans personnalité juridique, lesquelles ne sont pas moins commerciales. Pour donc tenir compte de cette particularité, on examinera tour à tour les hypothèses totalement tolérables (1) et les hypothèses partiellement tolérables (2).

1 - Les hypothèses totalement tolérables

11- En faisant référence aux dispositions du Code de commerce français²¹, on pourrait suppléer au silence de l'AUSC. Cette démarche ne serait pas erronée, puisque l'art. 10 du Traité de l'OHADA dispose que « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* »²². Ainsi, a contrario, les dispositions du Code de commerce français qui étaient jusque là applicables dans la plupart des pays membres de l'OHADA resteraient applicables, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux Actes uniformes. On établirait alors la logique de l'autorisation sans limite de l'apport en industrie d'une part dans la société en nom collectif (a), et d'autre part dans les sociétés sans personnalité juridique (b)²³.

a – Le cas de la société en nom collectif

12- L'apporteur en industrie est un associé à part entière. Pour cette raison, il sera soumis dans chaque forme de société aux règles impératives qui les régissent. Aussi, son entrée dans la SNC, entendue comme « *celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* »²⁴, est subordonnée à l'expression par lui de son consentement. Puis, du seul fait de cette entrée, et sans qu'il soit besoin qu'il l'ait été à l'avance, il acquiert la qualité de commerçant.

13- D'une part, en ce qui concerne l'exigence d'un consentement conscient et sincère de la part de l'apporteur en industrie, elle est une condition générale exigible de tout associé pour la constitution de toutes les formes de sociétés. Ce qui fait la particularité de cette exigence dans la SNC est l'intégrité de ce consentement. Ainsi, en cas de vice affectant le consentement de l'apporteur en industrie comme de tout autre associé de la SNC, celle-ci ne peut être valablement constituée. Telle est la leçon à retenir à la suite d'une interprétation a contrario de l'art. 243 de l'AUSC²⁵. En effet, ce texte traitant des seules sociétés de capitaux (SARL et SA) exige que leur nullité pour vice de consentement ne soit prononcée que si tous les associés sont atteints.

Les vices de consentement ainsi incriminés sont l'erreur, le dol et la violence. L'erreur pourra provenir de ce que l'apporteur en industrie s'est trompé sur la personne de ses coassociés. Le dol quant à lui suppose que le consentement de l'apporteur en industrie fasse suite aux manœuvres auxquelles un fondateur a eu recours afin de l'amener à s'engager. Mais pour être opérationnel, le dol doit provenir des manœuvres, non pas de simple flatterie, mais celles qui ont pour effet de mettre véritablement en déroute l'apporteur en industrie. Il doit

²¹ Cf. art. L. 222-1, al.1 du C. cce. Cet article est issu de la Loi française du 24 juill. 1966, relative aux sociétés commerciales.

²² L'art. 1^{er} al. 3 de l'AUSC va dans le même sens, et prévoit que « (...) *les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économiques demeurent soumis aux lois non contraires au présent Acte uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe leur siège social* ».

²³ L'apport en industrie est également possible dans les sociétés civiles, seulement, celles-ci n'entrent pas dans l'objet de la présente étude, c'est pourquoi nous n'envisageons pas l'hypothèse.

²⁴ Cf. art. 270 de l'AUSC.

²⁵ Cf. ANOUKAHA (F.) et autres, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE, op. cit.*, p. 314, n° 561.

donc être clair que sans elles, celui-ci n'aurait pas donné son consentement²⁶. Quant à la violence, elle est en pratique très rare, et l'on pourrait dire impossible. Mais on dira qu'elle consiste en la contrainte exercée sur l'apporteur en industrie pour l'amener à s'engager à mettre sa main-d'œuvre au service de la SNC concernée.

14- D'autre part, quant à la qualité de commerçant, l'art. 270 de l'AUSC affirme péremptoire que tous les associés de la SNC sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Ainsi, tous ceux qui ne peuvent avoir la qualité de commerçant à titre individuel en raison soit d'une incapacité, soit d'une incompatibilité, soit d'une déchéance, ne peuvent être associés d'une SNC, même s'ils font un apport en industrie.

Aux termes de l'art. 8 de l'AUSC, « *les mineurs et les incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au delà de leurs apports* ». Ce texte a pour but d'assurer la protection des personnes auxquelles la loi enlève le droit de participer au commerce juridique à cause de leur immaturité (les mineurs), ou de la défaillance de leurs facultés mentales ou corporelles (les majeurs incapables)²⁷. Ainsi, si l'apporteur en industrie se trouvait être l'une de ces personnes, la SNC en question serait nulle pour cause d'incapacité d'un membre.

15- Par ailleurs, sur la situation des époux, la question est de savoir si le conjoint d'un associé en nom peut être apporteur en industrie dans la même société. Il suffit de partir de l'art. 9 de l'AUSC qui dispose que « *deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment et solidairement* », pour répondre simplement par la négative à cette question. Le souci du législateur ici est de sauvegarder la sécurité patrimoniale du foyer conjugal²⁸. Ce but ne sera atteint qu'à condition que la société soit régulièrement constituée, car à défaut de constitution régulière, la société commerciale reste sans personnalité juridique.

b – Le cas des sociétés sans personnalité juridique

16- La personnalité juridique des sociétés naît de leur immatriculation au RCCM²⁹ de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve leur siège social³⁰. Par contre, d'autres sociétés n'ont pas besoin de cette formalité. L'une l'est ainsi, parce que le législateur en a ainsi décidé, alors que les autres le sont au terme de la violation des dispositions pertinentes de la loi. La première, la société en participation, est de droit une société sans personnalité juridique, alors que les secondes, la société de fait et la société créée de fait, sont des sociétés de fait sans personnalité juridique.

17- D'une part, en ce qui concerne la société en participation, elle est celle dont « *les associés conviennent librement qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier, et qu'elle n'aura pas la personnalité morale* »³¹. Ce type de société est particulièrement fonctionnel pour recevoir l'apport en industrie. Aucun texte n'interdit aux participants de mettre à la disposition de l'activité sociale leur travail ou leur savoir-faire.

²⁶ Cf. Pour le contexte français, Req., 14 juill. 1862, D., 1862, p. 1429 ; Colmar, 30 janv. 1970, D. 1970 p. 297, note Alfandari.

²⁷ Définition proposée par le Code sénégalais de la famille.

²⁸ Cf. ANOUKAHA (F.) : « L'incompatibilité d'exercice d'une activité commerciale dans l'espace OHADA : Le cas du Cameroun », in *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, PUA, t. 5, 2001, pp. 5 à 24.

²⁹ Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

³⁰ Cf. art. 27 et s. de l'AUDCG.

³¹ Art. 854 de l'AUSC.

Comme dans la société en nom collectif, l'engagement d'un apporteur en industrie auprès d'une société en participation doit tenir compte des règles de consentement et de capacité. Son consentement doit exister et être exempt de vices. Les rapports entre les participants sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif, et les participants même en industrie, ne sont responsables envers les tiers que s'ils ont agi expressément en leur qualité d'associé auprès de ces tiers, chacun de ceux qui ont agi étant tenus par les engagements des autres, de manière solidaire et indéfinie. Il en est de même du participant qui a laissé croire au cocontractant par son immixtion, qu'il entendait s'engager à son égard et dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit³².

Sur la capacité, le problème se pose de savoir si elle sera aussi exigée de l'apporteur en industrie simple participant que de celui qui serait gérant. « *S'agissant de l'associé-gérant, il est traditionnellement admis qu'il doit nécessairement avoir la capacité de commerçant. Ainsi, un mineur ou un majeur en tutelle ne peut avoir la qualité de gérant de société en participation (...). S'agissant des coassociés, la solution est moins certaine. En effet, il paraît difficile de lier la qualité de commerçant de l'associé et l'engagement au vu et au su des tiers. Il convient donc de considérer que la qualité de commerçant résulte de l'objet de la société qui peut être commercial ou civil* »³³.

18- D'autre part, en ce qui concerne la société de fait et celle créée de fait, il s'agit des sociétés dont la personnalité juridique aura été occultée soit en toute connaissance de cause, soit par ignorance de la part de ses fondateurs. La frontière entre ces deux types de sociétés n'est pas très étanche³⁴, « *même si la société de fait est stricto sensu une société de droit*

³² Arts. 856 et 861 de l'AUSC.

³³ VALLANSAN (J.) et DESMORIEUX (E.) : « Société en participation et société créée de fait, aspects juridiques et fiscaux », Bull. Joly 1996, n° 34 p. 17, cité par ANOUKAHA (F.) et autres, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, op. cit., pp. 505 et s.

³⁴ La différence entre une société de fait et une société créée de fait tient en ce que la seconde, irrégulièrement constituée, se trouve exposée à l'une des causes de nullité telles que prévues par les articles 242 et suivants de l'AUSC, ce qui suppose au moins l'accomplissement de certaines formalités nécessaires à la création et l'intention de se mettre en société (Voir art. 115 de l'AUSC). On pourrait d'ailleurs parler d'une société spontanée ou d'une société putative, car les constituants seront le plus souvent de bonne foi, et victimes soit de leur turpitude, soit de leur négligence, soit de leur incurie. A cette hypothèse, il faut ajouter celle dans laquelle une société se crée entre deux personnes de bonne foi, sans qu'elles se rendent compte, et ce n'est qu'au moment de la dissolution de l'union de droit ou de fait qu'elles se rendent compte qu'elles étaient effectivement en société et qu'il faut leur appliquer les règles de dissolution des sociétés de fait ou créées de fait (C'est le cas par exemple des époux communs en biens, ou de deux propriétaires indivis qui ont en commun géré les biens de l'indivision). Par contre, la société de fait sera celle dans laquelle les constituants sont de mauvaise foi. Ils veulent simplement profiter des avantages qui peuvent découler d'une société régulièrement constituée, mais sans avoir aucune intention de se conformer aux conditions de création et de fonctionnement telles que prévues par les textes pertinents. On est donc en droit de remarquer qu'une société créée de fait se crée entre deux ou plusieurs personnes, alors que plusieurs personnes créent entre elles une société de fait.

Par opposition aux sociétés de fait qui font l'objet du livre 6 de l'AUSC, les hypothèses de sociétés créées de fait sont parsemées çà et là dans les diverses dispositions de ce texte. Par exemple, l'article 115 de l'AUSC dispose que si une société n'est pas constituée dans un contrat écrit et ne peut s'immatriculer de ce fait, cette dernière sera qualifiée de « *société créée de fait* » et n'aura pas la personnalité morale. Elle sera gérée par les dispositions des articles 864 et suivants du même texte qui traitent des sociétés de fait. Ces articles prévoient deux hypothèses où une société pourra être qualifiée de « *société de fait* ». D'une part lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir créé une société entre elles au sens des textes en vigueur (Article 864 de l'AUSC), et d'autre part lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société sans accomplir les formalités requises, ou lorsqu'elles ont constitué une société non reconnue par le législateur de l'OHADA (Article 865 de l'AUSC).

dégénérée, conséquence de l'annulation d'une société »³⁵. Il n'y a d'ailleurs aucun risque à confondre les deux types de sociétés, du moment où elles ont le même régime juridique, celui prévu aux articles 866 à 868 de l'AUSC, et les mêmes sanctions. La bonne ou la mauvaise foi des constituants est indifférente. C'est très souvent parce qu'il y a litige opposant des personnes au sujet du règlement de leurs comptes, qu'on se demandera si, en fait, elles ne s'étaient pas comportées comme des associés³⁶ ; ou encore, à l'occasion d'une procédure collective, des créanciers poursuivront plusieurs personnes qu'ils considèrent comme des associés de fait³⁷.

A partir de ce moment, la preuve de l'apport en industrie devient importante, en ce qu'elle permettra à celle des parties qui a contribué à faire grandir l'exploitation sans avoir effectué de mise matérielle initiale, de participer au partage éventuel du boni de liquidation, ce d'autant plus que la liquidation des sociétés de fait ou celles créées de fait ne suppose pas leur cessation des paiements, mais seulement leur révélation au public. En outre, elle permettra d'agrandir l'assiette *ratione personae* des créanciers poursuivants. Il est donc clair que dans pareille hypothèse, il n'est pas obligatoire que la qualité d'apporteur en industrie fasse suite à une convention expressément négociée en ces termes par les parties. Le juge décide simplement dans une espèce que « attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher en quoi consistait l'influence reconnue à M. Cabanie, et si celle-ci qui ne pourrait elle-même s'analyser que comme un apport en industrie, (...) »³⁸. Ainsi, les droits de l'apporteur seront donc dus sans qu'il soit besoin de rechercher s'il n'avait pas qu'une qualité particulière au sein de la société ainsi révélée. Autrement dit, la possibilité d'effectuer l'apport en industrie ici n'est pas que partiellement autorisée, comme ce serait le cas dans une société en commandite simple.

2 - L'hypothèse partiellement tolérable : la société en commandite simple³⁹

19- Même si l'AUSC est resté muet sur la question, on peut considérer que le principe de la tolérabilité partielle ici est fondé sur la distinction qui existe entre les associés commandités et les associés commanditaires.

20- En ce qui concerne les premiers, ils bénéficient vis-à-vis de l'apport en industrie du même traitement que les associés d'une société en nom collectif. C'est dire qu'à leur égard, la possibilité d'effectuer ce type d'apport serait totale. En effet, dès lors qu'ils ont pu exprimer leur consentement sans que celui-ci ne soit atteint d'un vice quelconque, ils acquièrent la qualité de commerçant, ce qui suppose leur pleine capacité. De même, les personnes mariées sont libres d'intégrer la société en commandite simple en qualité d'apporteur en industrie, à la seule condition que leurs conjoints n'y aient pas déjà celle d'associé commandité.

³⁵ POUGOUE (P-G.), NGUEBOU TOUKAM (J.) et ANOUKAHA (F.) : Acte uniforme du 17 Avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002, p. 528 – Voir aussi le commentaire de l'article 115 à la page 334 du même ouvrage.

³⁶ COZIAN (M.) et VIANDIER (A.): *Droit des Sociétés*, op. cit., n° 1540.

³⁷ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., p. 26, n° 1056-39.

³⁸ DAIGRE (J.J.) : « Société de fait : apport en industrie, élément constitutif », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1997, n° 1364 p, aff. Lachaize c/ Cabanie, in Bull. Joly N° 11 de nov. 1997, pp. 992 à 994.

³⁹ On ne comprend pas pour quelle raison le législateur de l'OHADA a maintenu l'appellation « société en commandite simple », ce qui suppose qu'il existerait un autre type de société en commandite, alors même qu'il venait de supprimer l'autre forme, la « société en commandite par action ». Mais on peut croire qu'il s'agit là d'une erreur, car ayant supprimé les sociétés en commandite par action, la seule appellation de « société en commandite » aurait suffi.

21- C'est par contre à l'égard de l'associé commanditaire que la possibilité d'effectuer un apport en industrie serait prohibée⁴⁰. L'autorisation d'un tel apport supposerait un travail exécuté en qualité d'associé, or le commanditaire ne peut diriger la société, et s'il travaille pour elle, ce n'est pas en vertu du contrat de société⁴¹. L'associé commanditaire ne peut avoir la qualité de commerçant découlant de la société, et sa responsabilité est limitée à son apport⁴². Plus clair, il n'a d'autre obligation que de réaliser son apport⁴³. Dès lors qu'il l'a fait, il est libéré des éventuelles dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent le poursuivre personnellement⁴⁴. Il ne peut exceptionnellement être responsable que de sa faute personnelle, laquelle pourrait provenir de son acte d'immixtion accompli contrairement à la défense légale⁴⁵.

Il ressort de tout ce qui précède que les mineurs ou même les majeurs incapables, peuvent sans aucun risque, intégrer une SCS en qualité de commanditaire. Il en est de même du cas des époux. Ils peuvent être tous deux membres d'une même SCS, l'un prenant la qualité d'apporteur en industrie (commandité) et l'autre celle de commanditaire. Ainsi, ils auraient la possibilité de satisfaire au moins trois besoins à la fois : la matérialisation du désir de créer une société commerciale ; une société réservée au cadre familial ; une société où le risque, de certains associés tout au moins, est limité. Par ailleurs, celui des associés dont le risque est supposé illimité (associé commandité), est apporteur en industrie, c'est-à-dire un apporteur de simple travail qui s'avère être au bout du compte un associé quasi irresponsable en pratique.

22- Au total, l'apport en industrie reste un apport particulier, en ce qu'il n'est compatible qu'avec certaines sociétés. Cette compatibilité est tantôt complète, c'est le cas avec la SNC et les sociétés sans personnalité morale. Elle est tantôt partielle, notamment en ce qui concerne la SCS. Cet effritement va grandissant, et c'est pourquoi on a affaire à d'autres sociétés pour lesquels l'utilisation de l'apport en industrie est improbable.

B – Les cas d'admission improbable d'apport en industrie

23- Les sociétés de capitaux sont données pour être celles qui ne peuvent admettre d'apport en industrie, quoique aucun article de l'AUSC ne permette de l'affirmer de manière aussi péremptoire. C'est pour cette raison qu'on ne saurait l'admettre aussi sommairement, sans avoir à s'attarder sur le débat initié par la doctrine, selon lequel les fondateurs d'une société sont tous des apporteurs en industrie, et que leur rémunération est constituée par les parts bénéficiaires. Si cela est vrai, alors il serait illusoire de dire que l'apport en industrie est prohibé dans les sociétés de capitaux, tant il se trouve que le processus de leur création n'ignorerait que très difficilement le concours des fondateurs. Quoiqu'il en soit, l'émission des parts bénéficiaires reste interdite, comme ci-dessus précisé, aussi bien en France⁴⁶ que dans le contexte de l'OHADA⁴⁷. Pour cette raison, on peut trouver des limites à une telle affirmation.

Par ailleurs, dire que tout fondateur est apporteur en industrie donne à croire que la qualité d'associé peut découler de présomption, hors du cadre des sociétés de fait (en droit de

⁴⁰ Cf. art. L. 222-10, al. 2 du C.cce. ; art. 23, al. 2 de la L. 1966.

⁴¹ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *op. cit.*, p.154, n° 1226.

⁴² Cf. art. L. 222-1, al. 2 du C. cce. ; art. 23, al. 2 de la L. 1966.

⁴³ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *op. cit.*, p. 154, n° 1227.

⁴⁴ Paris, 17 nov. 1902, D. 1903, II, p. 496.

⁴⁵ Grenoble, 10 mars 1937, J. Soc. 1938, p. 547.

⁴⁶ Cf. Loi du 24 juill. 1966.

⁴⁷ Cf. art. 744, al. 3 de l'AUSC.

l'OHADA), ou créée de fait (en France)⁴⁸. D'ailleurs, dans ce cadre, RIPERT et ROBLOT émettent quelques réserves, et soutiennent qu'« *il n'est pas certain que l'application des règles précises du droit des sociétés soit justifiée pour des personnes qui n'ont pas véritablement choisi d'insérer leur activité dans le cadre juridique de la société* »⁴⁹. Ils en arrivent à conclure avec la jurisprudence que la qualité d'associé est à exclure quand des relations contractuelles précises déterminent des rapports spécifiques⁵⁰. Ce serait donc douteux d'admettre cette affirmation sans réserve, car le fondateur, au-delà du souci de mettre sur pied la société, peut n'avoir aucune intention de continuer à y exercer les devoirs traditionnels d'associé en cours de vie sociale, encore moins de se prévaloir de droits autres que ceux qu'il tient de ses diligences et démarches lors de la création de la société.

En attendant que la question puisse trouver une solution, on ne peut que se contenter de la prescription en vigueur notamment en France, à partir de laquelle on peut tenter de colmater les brèches laissées dans le cadre de l'OHADA. De celle-ci, il ressort une hypothèse rigide d'improbabilité de l'apport en industrie, celle de la SA (1), et une autre plus flexible, celle de la SARL (2).

1 - L'hypothèse rigide : la société anonyme

24- L'AUSC est resté flegmatiquement muet sur la question de savoir s'il peut être effectué ou non un apport en industrie dans une SA. Ce silence est équivoque, car tant on peut dire qu'il a voulu, par ce fait, consacrer la non prise en compte de cet apport, tant on peut y voir la liberté reconnue aux associés de le réglementer selon leur conviction. La doctrine penche pour la première hypothèse, en affirmant qu'« *il ne peut être effectué au profit des sociétés dont la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports (S.A., S.A.R.L.)* »⁵¹. Ce faisant, elle se rallie aux dispositions du Code de commerce, supplétives⁵², aux termes desquelles, « *les actions ne peuvent représenter des apports en industrie* »⁵³.

25- Plusieurs raisons sont avancées pour justifier cette prohibition de l'apport en industrie dans la SA.

D'une part, la SA se particularise par l'exigence de libération sinon immédiate des apports souscrits, du moins dans des délais limitativement arrêtés. Cette exigence se justifie parfaitement, dans la mesure où les capitaux constituent le seul moyen de production de la SA. Il n'est donc pas permis que les associés observent un temps démesurément prolongé entre la souscription des actions et la libération des capitaux les représentant. On comprend aisément que cette exigence soit incompatible avec le caractère successif de l'apport en industrie.

⁴⁸ Dans ce cadre en effet, des personnes peuvent se voir attribuer la qualité d'associé, alors même qu'elles ne l'avaient pas prévue initialement. Ce n'est que parce qu'elles se sont comportées comme associés que cette qualité leur est attribuée (art. 864 de l'AUSC). Par ailleurs, il faut préciser que la définition que l'AUSC retient de la société de fait dans l'art. 864 correspond en France à la société créée de fait, laquelle n'a pas retenu l'attention du législateur de l'OHADA. Qu'importe ! La désignation correspondant à un tel comportement de personnes n'étant pas l'objet de préoccupation ici, il serait intéressant d'insister sur le rapprochement pour procéder à une précision de fond.

⁴⁹ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *op. cit.*, p. 27, n° 1056-39.

⁵⁰ Paris, 26 juin 1992, Paribas, Bull. Joly 1992, p. 1104, note DAIGRE (J.J.) ; R.J.D.A., 1992, p. 907.

⁵¹ ANOUKAHA (F.) et autres, *op. cit.*, p. 58, n°90.

⁵² Voir art. 10 du Traité de l'OHADA et art. 1^{er} al. 3 de l'AUSC.

⁵³ Cf. art. 225-3, al. 4 du C. cce.

D'autre part, l'industrie d'un associé ne peut concourir à la formation du capital social. Dans la société anonyme pourtant, le capital constitue le seul gage des créanciers sociaux, parce que la responsabilité des associés se limite au montant de leurs apports⁵⁴. Il s'en suit qu'en admettant un apport en industrie au sein d'une telle société, on créerait une catégorie d'associés complètement irresponsables. En effet, aux termes de l'art. 4 de l'AUSC, les associés s'engagent à contribuer aux pertes. Or en cas de perte, l'apporteur en industrie dans un tel contexte n'aurait absolument rien à perdre⁵⁵, de telle sorte que l'*affectio societatis* se trouverait être fortement effrité. Cette situation n'est ni souhaitable, ni tolérable, tant il est nécessaire de garantir aux tiers un maximum de sécurité patrimoniale dans les transactions qu'ils passent quotidiennement avec la société. La recherche de cette sécurité est également de rigueur dans la société à responsabilité limitée, malgré que l'interdiction de l'apport en industrie y soit susceptible d'une certaine flexibilité.

2 - L'hypothèse flexible : la société à responsabilité limitée

26- Les raisons ci-dessus évoquées pour justifier l'interdiction de l'apport en industrie dans la SA sont aussi valables en ce qui concerne la SARL. Aussi, le caractère successif de cet apport contraste-t-il avec l'exigence de libération avant la demande d'immatriculation au RCCM des apports souscrits dans la SARL. De même, la limitation de la responsabilité des associés de la SARL au montant de leurs apports contraste avec l'absence de valeur patrimoniale réelle qui gouverne l'apport en industrie⁵⁶.

27- En France, les choses se présentent différemment, en ce sens que partant d'une exception au principe de la prohibition en 1966⁵⁷, le législateur est parvenu en 2001 à une levée totale de l'interdiction⁵⁸. Ces solutions sont transposables sans risque dans le contexte de l'OHADA, au regard des justifications qui peuvent être avancées.

En effet, l'ancien art. 223-7 du C.cce. issu de la Loi de 1966 posait que « *lorsque l'objet de la société porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui sont apportés en nature, l'apporteur en nature, ou son conjoint, peut apporter son industrie si son activité principale est liée à la réalisation de l'objet social* ». Il s'en dégage que quatre conditions étaient à remplir pour que l'apport en industrie soit possible dans la SARL :

- L'objet de la société devait porter sur l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale, ce qui excluait notamment les sociétés exerçant une activité agricole ou libérale⁵⁹.
- Ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale devait avoir été apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui ont été apportés en nature.
- Seul l'apporteur en nature ou son conjoint pouvait faire apport de son industrie.
- L'activité ainsi apportée devait être en rapport direct avec la réalisation de l'objet social.

⁵⁴ Cf. art. 385 de l'AUSC.

⁵⁵ Quel que soit ce qu'il aura apporté, par exemple sa force de travail, son expertise, son aura commerciale etc., il continuera de s'en servir puisque cette qualité reste en lui et ne peut lui être enlevée.

⁵⁶ Cf. ANOUKAHA (F.) et autres *op. cit.* p. 374, n° 776.

⁵⁷ Cf. Loi du 24 juill. 1966 qui a inspiré l'ancien art. 223-7 du C. cce. français.

⁵⁸ Cf. Loi N° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, abrégée "Loi NRE".

⁵⁹ MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.) : Mémento pratique FRANCIS LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, éd. Francis LEFEBVRE 2003, p. 280, n° 806.

La Loi française « NRE » de 2001 pour sa part autorise désormais, sans restriction, la possibilité d'effectuer l'apport en industrie dans la SARL⁶⁰. Le nouvel article 223-7 du C. cce. qui en est issu dispose en son alinéa 2 que « *le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites les parts sociales en industrie* ». Il appartient donc aux statuts de déterminer les conditions de rémunération de l'apport en industrie. Ces conditions peuvent être relatives à la durée des prestations qui seront fournies par l'apporteur, le nombre des parts d'industrie, les droits y attachés, et éventuellement la clause de non-concurrence⁶¹.

28- Au regard de ce qui précède, on peut retenir qu'à l'égard des sociétés habituellement qualifiées de sociétés de capitaux, il est logique que l'apport en industrie soit interdit, même si l'interdiction serait totale dans la SA, alors que des ouvertures resteraient possibles dans la SARL. En revanche, dans les sociétés de personnes, l'apport en industrie connaîtrait un sort contrasté, en étant tantôt totalement tolérable, tantôt partiellement tolérable. A l'image du législateur français qui a expressément envisagé le traitement de l'apport en industrie, il est important pour le législateur de l'OHADA de se prononcer dans le sens contraire ou de suivre les positions du droit français, afin de moderniser de plus en plus son arsenal juridique afférent au droit des sociétés commerciales. En le faisant, il apporterait également davantage de précisions sur le régime juridique de l'apport en industrie.

II – LE REGIME JURIDIQUE DE L'APPORT EN INDUSTRIE

29- En droit, le régime juridique s'écarte de la nature juridique en ce que, dans la première notion, on cherche à répondre à la question de savoir quelles sont les règles juridiques qui gouvernent telle notion ou telle institution, alors que dans la seconde on cherche à répondre à la question de savoir ce qu'est telle notion ou telle institution sur le plan du droit. A partir de là, on remarque que les deux notions sont fortement imbriquées, car en cherchant à définir une notion on utilise les textes, tout comme en considérant les textes, on en vient à découvrir le contenu de la notion. Le régime juridique de l'apport en industrie ne saurait donc se limiter à la seule question des lois applicables aux apports en industrie, mais au contenu de ces textes.

30- Cette précision apportée, un nombre important et varié de notions sont susceptibles d'être évoquées dans le cadre du régime juridique de l'apport en industrie. Ainsi peut-on s'attarder sur les obligations de l'apporteur, ou encore sur la cessation de l'apport. Mais de manière dynamique, il sera question ici de tabler sur des aspects plus spécifiques de ce régime juridique, qui faciliteront la compréhension globale de la notion. Aussi convient-il d'examiner d'une part la réalisation de l'apport en industrie (**A**), et d'autre part sa contrepartie (**B**).

A – La réalisation de l'apport en industrie

31- La réalisation de l'apport en industrie est la somme d'une suite de deux opérations, que sont son évaluation et sa libération, lors de l'accomplissement de l'obligation positive mise par le législateur à la charge de son auteur de déployer l'activité promise au service de la société⁶². La réalisation de l'apport en industrie revêt une originalité. En effet, l'apport en nature comme l'apport en numéraire sont de réalisation aisée, parce qu'il y est question de mettre un bien matériel à la disposition de la société. Pour ce qui est de l'apport en industrie par contre, il est plutôt question de travailler en permanence pour le compte de la société.

⁶⁰ Cf. SEBIRE (M-E.): « Les apports en industrie dans la SARL », sur www.netpme.com .

⁶¹ MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.) *op. cit.*, p. 280, n°806.

⁶² Cf. art. 1843-3, al. 6 du C.civ.

Ainsi, l'originalité relevée touche aussi bien l'acte d'évaluation que celui de libération de l'apport.

L'originalité de l'évaluation de l'apport en industrie réside dans ce qu'elle est un acte a priori. Elle a lieu lors de la constitution de la société, c'est-à-dire avant même l'accomplissement du premier acte dans le sens du travail visé. L'on s'imagine bien qu'il va plus s'agir en pratique d'une opération de confiance que d'une simple convention négociée à l'aveuglette⁶³. L'originalité de la libération de l'apport en industrie quant à elle réside dans ce qu'elle se fait de façon successive tout au long du séjour de l'apporteur au sein de la société. C'est donc dire que tant qu'il est au service de la société, l'apporteur en industrie reste tenu par l'obligation de libérer son apport. Il est souhaitable que cette réalisation de l'apport en industrie se fasse en dehors de toute contestation. Cependant, dans certaines circonstances, la réalisation paisible de l'apport en industrie (1), sera troublée par la mésentente entre associés, et sera substituée par la réalisation contentieuse (2).

1 - La réalisation paisible de l'apport en industrie

32- La libération paisible (b) est la suite logique de l'évaluation paisible (a).

a- L'évaluation paisible

33- Il convient de préciser que l'opération d'évaluation n'est en elle-même nécessaire qu'à condition que les associés conviennent de stipuler par voie statutaire un traitement particulier à l'apporteur en industrie. A défaut, la valeur de son apport est connue, parce qu'elle est préfixée par la loi dans une règle visiblement injuste et en conséquence critiquable. En effet, le Code civil prévoit que « *la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté* »⁶⁴, ce qui revient à procéder à une évaluation simplement arbitraire. Ce texte s'applique parce que n'étant pas contraire aux dispositions de l'AUSC⁶⁵.

34- Sur l'évaluation proprement dite, il est évident qu'elle se fait sur la valeur de l'apport, ou plutôt, peut-on dire, sur la rentabilité de l'apport pour la société. Mais il s'agit d'une rentabilité projetée, en ce sens que la valeur de l'apport est arrêtée lors de la constitution de la société, et intégrée dans l'acte de société. C'est du moins une exigence prescrite à l'endroit de l'apport en nature⁶⁶, qui à notre sens doit aussi être valable pour l'apport en industrie. De même, comme en matière d'apport en nature⁶⁷, on peut logiquement penser que les acteurs du processus d'évaluation de l'apport en industrie sont les associés. Ceux-ci arrêtent alors à travers la signature des statuts, une valeur négociée d'accord parties avec leur partenaire apporteur en industrie, la négociation se faisant sur la base d'une estimation faite par les soins de ce dernier, comme c'est le cas en matière d'apport en nature⁶⁸.

L'AUSC est silencieux sur la question certes, mais on peut penser qu'en principe, l'intervention d'un commissaire aux apports ne serait pas ici nécessaire. En effet, son intervention est le plus souvent nécessitée par le souci d'éviter la surévaluation ou la sous-

⁶³ Ceci n'est en rien une surprise, quand on sait que *l'intuitu personae* est l'expression qui commande l'engagement d'un associé en qualité d'apporteur en industrie.

⁶⁴ Cf. art. 1844-1 du C.civ.

⁶⁵ Arts. 10 du Traité de l'OHADA et 1^{er} al. 3 de l'AUSC.

⁶⁶ Cf. art. 50 de l'AUSC.

⁶⁷ Cf. art. 49, al. 1 de l'AUSC.

⁶⁸ Cf. RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), *op. cit.*, p. 38, n° 1056-55.

évaluation. La surévaluation profiterait à l'apporteur en industrie qui aurait des parts indues dans le partage du dividende, tout comme elle serait préjudiciable aux droits des créanciers, dans la mesure où leur gage serait artificiellement agrandi. Or l'apport en industrie n'entre pas en compte pour la constitution du capital social. Par conséquent la surévaluation ne peut avoir d'effet direct sur la situation des créanciers. La sous-évaluation profiterait aux autres associés de l'apporteur en industrie qui auraient des parts dans le partage du dividende qui seraient normalement la propriété de l'apporteur en industrie, tout comme elle pourrait avoir pour conséquence de repousser les investisseurs. L'intervention d'un commissaire aux apports pourrait s'imposer pour arrêter définitivement la valeur d'un apport en industrie, et mettre fin à un défaut de consensus qui partagerait les associés. On serait alors en situation de contestation de l'évaluation qui bloquerait la libération qu'on aurait voulu paisible.

b - La libération paisible

35- La valeur de l'apport arrêtée, il faut bien procéder à sa libération. L'apport en industrie se libère, l'a-t-on souligné, progressivement au fil de l'activité de son auteur au sein de la société. Ce dernier doit, à la société, compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité objet de son apport⁶⁹. Ainsi, l'apport en industrie revêt à nouveau un caractère particulier, lié à ce que son temps de libération s'étale en principe sur toute la période de vie de la société, sauf durée plus courte stipulée par les statuts sociaux.

36- La question du début de la libération reste en suspens. Il est évident que le début de l'apport d'un apporteur en industrie engagé en cours de vie sociale doit se situer au moment où il entre effectivement en fonction. Mais cette évidence n'est plus acquise lorsqu'on se situe à la création de la société. On se demande alors si l'apport en industrie va partir de la période qui précède ou plutôt de celle qui suit la signature des statuts⁷⁰. Tout dépendra, d'une part, de la nature de l'activité objet de l'apport en question, et d'autre part, de la volonté commune de tous les associés :

- De la nature de l'activité parce que son déploiement même peut n'être possible qu'à partir d'un certain moment. A titre d'exemple, un informaticien qui aurait pour mission exclusive, en tant qu'apporteur en industrie, d'assurer la maintenance des ordinateurs dont se servira la société, ne pourra véritablement commencer son activité qu'à partir de la mise en fonctionnement de ces appareils. Il n'aura donc pas à proprement parler de rôle à jouer dans le processus de création de la société, c'est-à-dire avant l'acquisition des ordinateurs en question.

- De la volonté commune des associés parce qu'un individu donné pour être un apporteur en industrie, qui serait activement intervenu dans la constitution de la société, devra attendre que les actes et engagements pris dans ce cadre soient repris par la société lors de la signature des statuts⁷¹. Ce n'est qu'à cette condition que ces actes pourront s'inscrire dans le cadre de son activité globale d'apporteur en industrie. Mais si à ce propos il y a des contestations, la réalisation de l'apport en industrie cesse d'être paisible pour devenir contentieuse.

⁶⁹ Cf. art 1843-3, al. 6 C. civ.

⁷⁰ Ce sont en effet les statuts sociaux qui définissent clairement l'objet social, et il est supposé donc qu'avant sa signature, l'objet social n'est pas encore clairement connu et délimité. Par conséquent, les actes et engagements pris antérieurement à cette signature peuvent ou non s'inscrire dans l'objet arrêté.

⁷¹ En cas de non reprise, les actes et engagements concernés engagent la responsabilité indéfinie et solidaire des fondateurs.

2 - La réalisation contentieuse de l'apport en industrie

37- La distinction faite habituellement entre l'évaluation et la libération impose d'étudier successivement le contentieux de l'évaluation (a), et celui de la libération de l'apport en industrie (b).

a- Le contentieux de l'évaluation de l'apport en industrie

38- La surévaluation et la sous-évaluation sont les deux cas possibles de contentieux d'évaluation de l'apport en industrie dont l'existence nécessitera qu'une solution soit entreprise.

39- D'abord, on peut aboutir à la surévaluation de l'apport en industrie dans deux situations différentes. La première peut intervenir préliminairement à tout fonctionnement de la société. Ses membres fixent alors, au moment de la signature des statuts, des objectifs que celle-ci devra atteindre par le truchement des compétences professionnelles de l'apporteur en industrie. Ce dernier y consent, et estime la valeur que représenteront ses services. Dès cet instant, la société peut décrier la surévaluation, et refuser par conséquent de valider l'estimation ainsi faite. La deuxième hypothèse de surévaluation peut survenir en cours de fonctionnement de la société, les autres associés estimant que la rentabilité projetée au départ n'est pas atteinte. C'est l'aptitude professionnelle de l'apporteur qui est ici remise en cause.

Sur ce second aspect, il y a bien surévaluation d'apport, d'une part parce que l'apporteur en industrie n'a pas pu satisfaire les promesses faites à la société, celles qui ont pourtant valu l'attribution à son profit d'un certain nombre de parts d'industrie. Du coup, lesdites parts se trouvent en surnombre, au regard de la contrepartie que la société tire de l'apporteur. Il y a surévaluation d'apport d'autre part parce que les effets auxquels on aboutit sont quasiment identiques à ceux qu'on peut avoir en cas de surévaluation d'apport en nature. Dans un cas comme dans l'autre en effet, la capacité productive de la société a été artificiellement gonflée. C'est évidemment la société qui en fait les frais, en ce sens qu'elle n'est pas à mesure de réaliser les objectifs qu'elle aura projetés. Eventuellement ses créanciers pourront également en souffrir⁷², parce que la lenteur dans le processus de production fera que la société ne soit pas toujours en mesure de les désintéresser dans les délais souhaités.

La constatation de la surévaluation a posteriori connaît un problème, c'est que sa révélation va intervenir après coup, parce que la société ne constate l'insuffisance de l'apporteur qu'en cours de son fonctionnement. D'ailleurs, les critères d'estimation des compétences professionnelles du travailleur⁷³ ne peuvent manquer d'être marqués des empruntes de l'aléa. Telle est, à n'en point douter, l'une des faiblesses de l'apport en industrie.

40- Ensuite, en ce qui concerne la sous-évaluation de l'apport en industrie, le problème ici se pose en sens inverse. C'est l'apporteur en industrie qui peut à son tour trouver que l'effort qu'il est appelé à fournir au profit de la société est supérieur à ce que représentent les parts d'industrie qu'on lui destine. Il estime par ce fait que son apport fait l'objet de sous-évaluation.

⁷² En matière d'apport en nature par contre, les créanciers sociaux sont les principales victimes de la surévaluation, parce que l'effet est direct sur leur gage général constitué par le patrimoine de la société ainsi dévalorisé.

⁷³ On pense ici aux éléments tels le niveau d'étude, l'expérience professionnelle et toute autre chose qui pourra servir à étoffer un *Curriculum Vitae*.

Contrairement à la surévaluation, la sous-évaluation ne devrait pas être soulevée en cours de vie sociale. La raison est empruntée à l'apport en nature dans le cadre duquel on ne peut appliquer la règle de la rescision pour cause de lésion. La justification en est que l'apporteur ne peut être assimilé à un propriétaire qui a vendu son bien par contrainte. Plutôt, il l'affecte à une exploitation commerciale et reçoit une part d'intérêt dont la valeur est, au départ, d'une appréciation impossible⁷⁴. De la même manière on dira que l'apporteur en industrie met son activité au service d'une entreprise commerciale et reçoit une part d'intérêt dont la valeur ne peut être au départ appréciée avec exactitude.

41- Enfin, que l'on soit en matière de surévaluation ou de sous-évaluation, la conséquence peut être le blocage du fonctionnement de la société, suite aux réclamations de l'une ou de l'autre partie. Il va donc falloir trancher l'incompréhension et remettre la société sur « *les rails* ». Le blocage des activités sociales suppose nécessairement que les associés n'ont pas pu trouver par eux-mêmes de consensus sur la valeur que doit représenter l'apport en industrie. Si le contentieux éclate au moment de la constitution de la société, aucun problème majeur ne se pose, car la solution facile taillée sur le consentement des parties commande à celui qui ne serait pas d'accord de se retirer. Si cette solution est également transposable lorsque le contentieux éclate en cours de vie sociale, toute cause qui affecte la qualité d'un associé, sauf stipulation contraire des statuts ou décision contraire des associés étant un motif d'extinction des sociétés de personnes dans lesquelles on sait que les apports en industrie trouvent un terrain fertile d'application, il peut être loisible de faire appel à un expert à qui on confiera la mission de procéder à l'évaluation. Cette mission consisterait à partir d'une analyse des facteurs tels le type de travail exigé, les conditions d'hygiène et de sécurité qui prévaudront lors de l'exécution du contrat, les risques encourus par l'apporteur. Il pourrait aussi prendre en compte les usages en la matière. A partir de ces éléments, il aboutirait à fixer une valeur qui satisferait les parties. A défaut, on pourrait assister à une procédure judiciaire d'évaluation de l'apport en industrie.

Le recours au juge pourrait être reconnu à quiconque présente un intérêt certain. La décision judiciaire à intervenir devra donc s'imposer aux parties qui seront tenues de l'appliquer comme telle, afin de relancer le fonctionnement de la société. Celle-ci pourrait même être dissoute s'il s'avère que l'apport de l'associé défaillant en constituait l'objet principal. Cette situation est aussi envisageable en cas de contentieux de la libération.

b - Le contentieux de la libération

42- Pour être à mesure de démêler le contentieux, il faut au préalable en connaître les termes.

43- D'une part, en ce qui concerne les termes du contentieux de la libération de l'apport en industrie, on peut penser qu'il naît lorsque la société reproche à l'apporteur en industrie de ne plus respecter son obligation de disponibilité. Celui-ci ne parvient plus à donner à la société toute la satisfaction qu'elle est en droit d'espérer de lui. Ses retards de plus en plus chroniques, ses suspensions de travail récurrentes, ou encore ses absences injustifiées davantage nombreuses, peuvent alors être les comportements imputés. Par suite de ses défaillances, il ne parvient plus à assurer sa présence permanente pour pouvoir servir la

⁷⁴ Req., 12 juin 1945, S. 1946, I, p. 32 ; J. Soc., 1946, p. 228 ; Seine civ., 7 juin 1928, Gaz. Pal., 1928, II, p. 291., toutefois, lorsque l'apport en société est nové en vente par l'exercice d'un droit de préemption, le titulaire du droit de préemption peut se voir opposer le caractère lésionnaire du prix qui était inopposable au cas d'apport (Bordeaux civ., 5 nov. 1979, J.C.P. 1982, II, p. 19718, note C. SAINT-ALARY-HOUIN), cité par RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *op. cit.*, p. 38, n° 1056-55.

société au mieux de ses qualités et compétences professionnelles pourtant avérées. Il en arrive en conséquence à ralentir considérablement le niveau de production de la société, préjudiciant par là même à l'accomplissement qualitatif, quantitatif et en temps opportun de l'objet social.

Le manque d'activité de la part de l'apporteur en industrie peut aller jusqu'à la paralysie de la société, ou même entraîner sa dissolution pure et simple. Il suffit pour cela d'imaginer une société dans laquelle l'exploitation de l'objet social repose essentiellement sur l'activité de l'apporteur en industrie, comme par exemple la sensibilité du poste qu'il occupe.

Cependant, d'énormes problèmes peuvent se poser lorsque l'apporteur en industrie n'a pas effectué sa tâche à la suite d'un cas de force majeure. Devra-t-on appliquer les dispositions de l'art. 1148 du Code civil, qui posent un principe de droit commun exonérant le débiteur de toute responsabilité lorsque la non-exécution de son obligation est consécutive à un cas de force majeure ? La réponse à cette question soulève indubitablement celle de la qualification de l'obligation de l'apporteur en industrie. Est-ce une obligation de moyen, de résultat ou de garantie⁷⁵? Cette question devra être réglée par les statuts de la société. Si les associés choisissent de faire de l'obligation de l'apporteur une obligation de moyen, cela veut dire qu'il devra simplement mettre son travail à la disposition de la société, sans garantir qu'il s'exécutera quelles que soient les circonstances. Si les associés décident d'en faire une obligation de résultat, alors l'apporteur en industrie sera garant de son exécution, et ne pourra être exonéré qu'en cas de force majeure. Par contre, si les associés décident d'en faire une obligation de garantie, alors même la force majeure ne saurait exonérer l'apporteur en industrie qui n'a pas exécuté son obligation. Quoique rien n'oblige les associés à pencher pour telle ou telle solution au moment où ils concluent le contrat de société, il serait préférable, pour tenir compte de ce qu'il s'agit d'un travail humain et comme tel imparfait, de pencher pour la solution médiane en faisant de l'obligation de l'apporteur en industrie une obligation de résultat. Seule la force majeure l'exonérerait.

44- D'autre part, en ce qui concerne la solution au problème, l'AUSC prévoit, traitant de l'apport en numéraire, qu'en cas de retard dans le versement, les sommes restant dues à la société portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué, sans préjudice de dommages et intérêts s'il y a lieu⁷⁶. On peut logiquement penser que cette solution s'applique en matière d'apport en industrie lorsque le retard est observé dans la prise de fonction de l'apporteur. Le montant des intérêts moratoires en question sera alors calculé sur la base de la valeur de l'apport arrêtée au sortir de l'évaluation.

Mais lorsque la non libération incriminée fait suite à la violation de l'obligation de disponibilité, c'est-à-dire que l'apport a déjà connu un début de libération, la valeur correspondant au reste de l'activité due à la société n'est plus facilement déterminable, et la difficulté de fixer la base d'évaluation de l'intérêt moratoire va obliger à penser une solution différente. Même si « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »⁷⁷, on peut penser qu'à partir de ce moment, l'apporteur en industrie peut faire l'objet de poursuites qui pourront se matérialiser concrètement de différentes manières.

D'abord, l'utilisation de la contrainte pourra s'avérer nécessaire pour l'amener à s'exécuter. Mais dans ce cas, un problème majeur, relatif non seulement à la liberté de

⁷⁵ Voir art. 1147 du Code civil.

⁷⁶ Cf. art. 43 de l'AUSC.

⁷⁷ Art. 1142 du Code civil.

travailler⁷⁸, mais aussi à celle du commerce et de d'industrie reste posé. Ce dernier principe veut entre autre que toute personne puisse entrer ou sortir de toute société commerciale en toute liberté. Or, la contrainte susvisée ne peut dans toutes les mesures épargner lesdites exigences. Il se trouve alors qu'une personne acquiert la qualité d'associé par contrainte. Mais à la vérité, cette attitude ne doit pas s'apprécier comme une attribution forcée de la qualité d'associé à un individu. Celui-ci ayant déjà consenti à être membre de la société, il est simplement question de l'amener à tenir son engagement contractuel, en libérant son apport.

Ensuite, on peut envisager plutôt l'exclusion de l'apporteur en industrie de la société. En principe, l'associé a le droit de ne pas être exclu de la société sans justes motifs. Ayant un droit de propriété sur ses parts sociales, il est nécessaire qu'il n'en soit pas privé pour cause d'utilité privée⁷⁹. Ce serait contraire aux fondements mêmes du droit de propriété. Cependant, la question en l'espèce étant de sanctionner un comportement fautif de l'associé envers la société, ce motif exceptionnel justifie son exclusion⁸⁰, afin de préserver la discipline nécessaire à la bonne marche de la société⁸¹.

Enfin, l'apporteur en industrie est exposé à une condamnation à des dommages et intérêts, sur le fondement de sa responsabilité délictuelle⁸², et donc extracontractuelle. Il en sera ainsi s'il est établi que la société a souffert d'un préjudice du fait de son abstention. Alors, il sera tenu de réparer l'entier préjudice ainsi causé. Les sommes y afférentes peuvent être déduites de la part de bénéfices éventuels à lui destinés.

45- En somme, malgré sa nature immatérielle, l'apport en industrie doit pouvoir être exprimé en terme de valeur, afin de déterminer un seuil de mérite à son auteur. Cela passe par la double opération d'évaluation et de libération de l'apport qui peuvent chacune se faire avec ou sans contestation. Quoi qu'il en soit, la valeur une fois arrêtée et l'apport libéré, l'apporteur a droit à une contrepartie.

B – La contrepartie de l'apport en industrie

46- L'AUSC consacre le principe de la rémunération des apports en société par des titres sociaux en disposant que « *la société émet des titres sociaux en contrepartie des apports faits par les associés. Ils représentent les droits des associés et sont dénommés actions dans les sociétés par actions, et parts sociales dans les autres sociétés* »⁸³. Au regard des développements ci-dessus, il se dégage que l'apport en industrie est rémunéré par des parts sociales. Ces parts qui devront, sauf clause contraire des statuts, être proportionnelles au montant de l'apport en industrie, c'est-à-dire à la valeur issue de l'évaluation de celui-ci, constituent ce qu'il conviendrait d'appeler la rémunération des parts d'industrie (1). De la même manière, tout comme tout titre social, les parts d'industrie ont pour effet d'octroyer la qualité d'associé à l'apporteur en industrie (2).

⁷⁸ L'apporteur en industrie obligé de travailler peut en effet choisir de mal travailler, même si sa responsabilité civile serait engagée.

⁷⁹ CAILLAUD (B.) : *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, Thèse, Paris 1966 ; MARTIN (D.) : « L'exclusion d'un actionnaire », *Rev. jurisp. com.*, n°spéc. nov. 1990, p. 94 ; STORK (J.P.) : « La continuation de la société par l'exclusion d'un associé », *Rev. soc.* 1982, p. 233.

⁸⁰ CHARTIER (Y.) : *Droit des affaires t. 2 Sociétés commerciales*, coll. Thémis, 3^e éd., Paris, Puf 1992, n° 52.

⁸¹ Caen, 11 avr. 1927, D. 1928, II, p. 65, note LEPARGNEUR.

⁸² Arts. 1382 et s. du Code civil.

⁸³ Cf. art. 51 de l'AUSC.

1 – La rémunération des parts d’industrie

47- Leur montant nominal n’est l’objet d’aucun problème, car rien n’amène à dire qu’elle sera différente de celle des autres titres émis par la même société. En effet, l’égalité de valeur nominale des titres est expressément prescrite par l’AUSC⁸⁴. En revanche, elles se singularisent par leur nature originale (**a**), à laquelle sont attachées des conséquences spécifiques (**b**).

a – L’originalité des parts d’industrie

48- Cette originalité réside dans le fait que les parts d’industrie ne représentent pas une fraction du capital social. On se souvient en effet, que l’apport en industrie, ne contribue pas à la constitution du capital social. Aucune surprise donc, que les titres émis en contrepartie de cet apport ne puissent pas représenter une fraction de ce capital. Il s’agit d’une simple conséquence logique de la nature immatérielle de la force de travail de l’apporteur en industrie. On peut plus clairement élucider cela dans l’exemple concret suivant : Dans une société donnée, **A** apporte un équipement évalué à 300 000 F CFA, **B** apporte des espèces d’un montant de 500 000 F CFA, et **C** apporte sa main-d’œuvre évaluée à 200 000 F CFA. Les parts sont de 10 000 F CFA l’une. Le capital de la société sera de 800 000 F CFA, somme des apports de **A** et de **B**, seuls apports en capital. Mais **C** recevra 20 parts représentant la valeur de son apport⁸⁵.

b - Les conséquences liées à l’originalité des parts d’industrie

49- La problématique du regroupement de toutes les parts en une seule main rejaillit face à l’interdiction de considérer les parts d’industrie comme une fraction du capital social. Parce qu’elles rémunèrent une activité par nature immatérielle, elles ne peuvent pas non plus donner lieu à transmission.

50- Pour ce qui est de la problématique de la détention des titres sociaux par un seul associé, l’AUSC sanctionne par la dissolution toute société dans laquelle tous les titres sociaux sont détenus par un seul associé, quoique cette sanction ne soit pas d’intervention automatique⁸⁶. Ainsi, pour qu’elle s’opère, il faut non seulement que la société ne soit pas l’une de celles qui autorisent la forme unipersonnelle (SARL ou SA), mais aussi qu’une personne présentant un intérêt certain l’ait demandée en justice. On s’accorde alors pour dire que dans une société comportant deux associés dont un a apporté en industrie, toutes les parts représentant le capital social sont attribuées à celui qui l’a constitué. Dès lors, il y a inévitablement détention de la totalité des titres sociaux par un seul associé. L’AUSC précise qu’une régularisation est nécessaire dans un délai d’un an, en plus duquel le tribunal peut accorder six mois supplémentaires. Le texte ajoute même que le juge ne peut prononcer la dissolution si au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu⁸⁷. Il n’est d’ailleurs pas impossible qu’au bout de plusieurs prorogations de délai, pareille société se retrouve enfin à fonctionner pendant plusieurs années, comme on a dû le constater dans le contexte français⁸⁸. Mais en principe, le juge se doit de prononcer la dissolution si, passé le délai légal augmenté le cas échéant de la prorogation judiciaire, la régularisation n’a toujours pas eu lieu.

⁸⁴ Cf. art. 56 de l’AUSC.

⁸⁵ GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.) : Droit des Sociétés, des autres groupements et des entreprises en difficulté, 8^e éd. DUNOD 2001, p. 15.

⁸⁶ Art. 60 de l’AUSC.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, aff. Mme GIROD-CHATAIGNIER c/ M. CABOUR. Dans cette affaire, la société se trouvait au bout de 9 ans de fonctionnement.

Sur la base de cette argumentation, la doctrine a accueilli favorablement⁸⁹ la décision de justice prononçant la dissolution, à la demande de l'associé ayant effectué l'unique apport en capital, d'une société comportant deux associés dont un apporteur en industrie⁹⁰. A l'opposé, la Cour de cassation dans la même affaire portée devant elle en pourvoi, a rendu trois années plus tard une décision contraire en annulant l'arrêt de dissolution de la société rendu par le premier juge⁹¹. Ce faisant, il a réintégré l'apporteur en industrie dans les comptes de la société malgré la nature immatérielle de son apport. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence qui remet en cause certains mécanismes des apports en société. Cette décision tend en effet à uniformiser le régime juridique des apports en société ; surtout, elle reconnaît implicitement le caractère d'apport en capital à l'apporteur en industrie qui désormais ne s'éloigne plus assez de l'apporteur en nature. En attendant de voir si cette position sera confirmée ou pas, il convient de tirer les dernières conséquences du caractère immatériel de l'apport en industrie qui s'expriment en terme d'intransmissibilité des parts d'industrie.

51- Sur cette question, la mise à l'écart du nantissement des parts d'industrie obéit au principe posé en amont par l'AUSC qui n'autorise cette éventualité que dans les sociétés de capitaux, et à des conditions précises⁹². Quant au reste, l'art. 57 de l'AUSC pose que les parts sociales sont cessibles. A comprendre aussi laconiquement les dispositions de ce texte, on pourrait dire qu'en tant que parts sociales, les parts d'industrie sont également cessibles. Cependant, une analyse logique nous permettra de dire qu'il n'en est rien. C'est l'avocat français Marc-Etienne SEBIRE qui trouve les termes justes permettant de résumer cela, lorsqu'il affirme que « *comme l'apport en industrie est étroitement lié à l'activité de l'apporteur, il prend fin avec le décès de l'apporteur, sans transmission aux héritiers ou aux ayants droit. Pour la même raison, les parts rémunérant un apport en industrie ne peuvent être cédées* »⁹³.

Ainsi, la non reconnaissance du droit de transmission de ses parts à l'apporteur en industrie se justifie-t-il par l'*intuitu personae* qui s'attache à son activité, mais aussi par l'absence de valeur patrimoniale réelle reconnue à cet apport. L'impossibilité de céder les parts d'industrie entraîne inévitablement l'impossibilité pour la société de les racheter. De même la convention de croupier serait difficilement envisageable au sujet de l'apport en industrie. En effet, cette dernière suppose que l'apporteur en industrie s'associe un tiers relativement à ses parts, sans que ce tiers (croupier), n'ait la possibilité de s'immiscer dans la gestion de la société⁹⁴. Autrement dit, il ne sera pas connu, du moins pas à titre officiel, des autres associés. Or l'apporteur en industrie étant un travailleur, nul ne peut le remplacer dans l'exercice de sa tâche sans violer la règle de la protection de la société contre l'entrée incontrôlée en son sein des tiers. Ce principe mérite d'être respecté tant qu'une exception n'a pas été envisagée par les associés à travers les statuts sociaux⁹⁵. Cette exception peut même être relevée par l'apporteur en industrie, du moment où sa qualité d'associé ne se discute pas.

2 – La qualité d'associé de l'apporteur en industrie

52- La qualité d'associé se juge sur les droits reconnus à la personne en cause, et sur les devoirs mis à sa charge. Les droits et devoirs des associés sont consacrés par l'art. 53 de

⁸⁹ Dictionnaire permanent Droit des affaires, p.3355, www.droitdesaffaires.com.

⁹⁰ Paris, 25^e ch., 6 juill. 2001, n° 00-22884, GIROD-CHATAIGNIER c/ CABOUR.

⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, GIROD-CHATAIGNIER c/ CABOUR.

⁹² Cf. art. 322 (SARL), et 747 (SA), de l'AUSC.

⁹³ SEBIRE (M-E.) : Les apports en industrie dans les SARL, sur www.netpme.com

⁹⁴ Cf. art. 1861 du C. civ.

⁹⁵ Cf. TALLA Charles : Mémoire de DEA *op. cit.*, pp. 59 et s.

l'AUSC qui dispose que : « *Les titres sociaux confèrent à leur titulaire : 1°) un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; 2°) un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; 3°) le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société ; 4°) le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés (...)* ». Cet article traite sans aucune distinction de tous les associés, contrairement au Code civil qui s'occupe particulièrement du cas de l'apporteur en industrie en disposant que « *les apports en industrie (...) donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes* »⁹⁶. En résumant, on retient que la qualité d'associé de l'apporteur en industrie se fonde aussi bien sur les droits **(a)** que sur les devoirs **(b)** qui sont les siens.

a- Les droits de l'apporteur en industrie

53- Une interprétation des textes susvisés permet de spécifier ses droits patrimoniaux et ses droits extrapatrimoniaux.

54- D'une part, en ce qui concerne ses droits patrimoniaux, ils portent, selon l'art. 53 susvisé, sur la participation au partage des bénéfices et sur la participation au partage du boni de liquidation éventuel.

Les bénéfices ici visés désignent le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve, en application de la loi ou des statuts⁹⁷. C'est donc dire que le terme renvoie à la fois aux dividendes proprement dits mis en partage, et aux réserves constituées par la société. L'apporteur en industrie a donc vocation, comme tout autre associé, à ces bénéfices. Cela signifie qu'il ne reçoit rien s'il n'y a pas de bénéfices, et même s'il y en a, la société peut décider de les mettre en réserve pour s'autofinancer⁹⁸. Sa participation aux réserves particulièrement, peut se faire en espèce si la société décide enfin de les mettre en partage, ou par l'attribution de parts sociales en capital, si la société décide de les incorporer pour l'agrandir.

Le droit au boni de liquidation éventuel de l'apporteur en industrie s'inscrit dans le cadre des droits des associés à la dissolution de la société. A ce moment l'apporteur en industrie comme les autres associés aura des chances de recevoir quelque chose, selon que la liquidation de la société se fait en dehors⁹⁹ ou dans le cadre d'une procédure collective de liquidation des biens¹⁰⁰. Dans la première hypothèse, la société conserve quelques chances de parvenir à un boni de liquidation, parce que la liquidation intervient à un moment où la société est en bonne santé financière. Il peut s'agir par exemple de l'arrivée du terme statutaire, de la réalisation de l'objet social, etc. Le boni est alors constitué par ce qui reste de l'actif de la société après le désintéressement des créanciers et la reprise de leurs apports par les associés qui ont réalisé des apports en numéraire ou en nature¹⁰¹. Cette deuxième opération ne concerne pas l'apporteur en industrie dont l'apport n'est pas matériel. Les termes doctrinaux préfèrent dire qu'à ce moment précis, il reprend sa liberté¹⁰². Par contre, il est clair que dans la

⁹⁶ Cf. art. 1843-2 du C. civ.

⁹⁷ Cf. art. 143 de l'AUSC.

⁹⁸ ANOUKAHA (F.) et autres, *op. cit.*, p. 80, n° 125.

⁹⁹ Voir arts. 203 et s. de l'AUSC.

¹⁰⁰ Voir arts. 146 et s. de l'AUPC.

¹⁰¹ ANOUKAHA (F.) et autres, *op. cit.*, p. 80, n° 126.

¹⁰² *Ibid.*

seconde hypothèse, le boni de liquidation sera rarement constitué. La justification tient à ce que l'ouverture d'une procédure collective de liquidation des biens contre la société emportera la plupart du temps ouverture de la même procédure contre les associés¹⁰³, du fait de leur responsabilité indéfinie et solidaire à la dette sociale¹⁰⁴. En pareille situation, il est d'évidence que la société et les associés parviendront difficilement à faire face à leurs difficultés. A fortiori, le boni de liquidation sera difficile à constituer.

Sur la proportion de participation, l'apporteur en industrie prendra la part proportionnelle à l'évaluation faite de son apport¹⁰⁵. Cela correspond à ce que l'art 54 al. 1 de l'AUSC appelle dispositions statutaires plus favorables, qui ne sauraient, faut-il le préciser, se transformer en clauses léonines¹⁰⁶. A défaut d'évaluation expresse, il prendra autant que l'associé qui a effectué l'apport en nature ou en numéraire le plus petit¹⁰⁷.

55- D'autre part, en ce qui concerne les droits extrapatrimoniaux, on peut évoquer au moins trois droits reconnus à l'apporteur en industrie.

D'abord, tout comme tout autre associé, il a le droit de se maintenir dans la société, afin que ne soit pas violé à travers une quelconque expulsion, le droit de propriété qu'il détient sur ses titres sociaux. De même, il a aussi la garantie de ne pas se voir obligé de quitter la société, parce que la majorité lui impose des obligations nouvelles¹⁰⁸. Ainsi, une modification des statuts ne doit pas être un prétexte pour augmenter ses engagements sociaux sans son consentement exprès.

Ensuite, il a un droit à l'information qui se manifeste à travers le contrôle de gestion qu'il exerce sur le gérant de la société. Il a le pouvoir de lui demander périodiquement les comptes rendus de sa gestion. De même, il a le droit que lui soit communiqué avant l'assemblée générale annuelle, le rapport de gestion, l'inventaire, les états financiers de synthèse, ainsi que, le cas échéant, le texte des résolutions proposées et le rapport du commissaire aux comptes. Il peut également en prendre copie à ses frais, s'il le désire. L'exercice de son droit à l'information peut se faire avec représentation ou assistance au choix de l'apporteur en industrie.

Enfin, il a le droit de participer aux décisions collectives de la société. Ce droit s'exprime à travers le droit de prendre part aux assemblées et le droit de vote. La participation aux assemblées a de tout temps été une prescription obligatoire pour les associés¹⁰⁹. L'AUSC l'a compris, lui qui consacre ce droit en son art. 125. En participant aux assemblées, l'apporteur en industrie a la possibilité d'exprimer son point de vue sur les décisions

¹⁰³ Sauf exceptionnellement l'apporteur en industrie d'une SARL.

¹⁰⁴ Cf. art. 33, al. 3 de l'AUPC, aux termes duquel « La décision qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit des effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce contre chacun d'eux soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens ».

¹⁰⁵ Cf. art. 54 al. 1 de l'AUSC.

¹⁰⁶ Cf. art. 54, al. 2 de l'AUSC.

¹⁰⁷ Cf. art. 1844-1 du C. civ.

¹⁰⁸ GUYON (Y): *Traité des contrats, les sociétés: Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 3e éd., Paris LGDJ, p. 86, n° 50.

¹⁰⁹ Dans l'esprit du législateur de 1867, l'assemblée apparaît comme « l'âme même de la personne morale », car c'est elle qui veille à la sauvegarde des intérêts de la société. Cf. en ce sens, DENIS-OUINSOU (C.): « Les sociétés commerciales en droit positif béninois », in *Common Law et droit des sociétés d'Afrique et d'Haïti*, Troisième rencontre de droit comparé du CICLEF, Moncton Canada, 1998, p. 21 et s. ; MEISSONNIER, *Droit des sociétés en Afrique*, Paris, LGDJ, 1978, p. 325, spéc. n° 298, cité par ANOUKAHA (F) et autres, *op. cit.*, p. 75, n° 117.

importantes relatives à l'orientation de la vie sociale ou à la modification des statuts. De même, il peut participer à l'arbitrage des conflits susceptibles d'opposer les intérêts particuliers des associés aux intérêts généraux de tous les associés¹¹⁰. Tout comme dans l'exercice de son droit à l'information, l'apporteur en industrie peut se faire représenter par un mandataire choisi parmi ses coassociés, ou même un tiers si les clauses statutaires en ont prévu la possibilité¹¹¹. Quant au droit de vote, il est bel et bien reconnu à l'apporteur en industrie, sur la base des parts d'industrie qui rémunèrent son apport. Ainsi, il serait illusoire de croire à l'absolutisme de l'art. 129 de l'AUSC, qui attribue le droit de vote proportionnellement à la participation des associés au capital social. A notre sens, à défaut de précisions statutaires, l'apporteur en industrie devra pouvoir voter dans les mêmes proportions de voix que l'associé qui a effectué le plus petit apport en numéraire ou en nature. Il doit en être ainsi afin qu'une fois de plus soient harmonisés leurs traitements comme l'ont voulu les rédacteurs du Code civil¹¹².

b - Les devoirs de l'apporteur en industrie

56- L'obligation au passif social de la part de l'apporteur en industrie, met en œuvre la participation aux dettes, et la participation aux pertes sociales.

57- Par participation aux dettes, on entend la responsabilité indéfinie et solidaire de l'apporteur en industrie. Cette responsabilité pèse sur l'apporteur en industrie à titre de principe, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il en sera autrement, comme dans une SARL. La responsabilité indéfinie et solidaire porte sur les dettes sociales, c'est-à-dire celles qui ont été contractées au nom et pour le compte de la société par le gérant de la société dans le cadre de l'objet social.

La mise en œuvre de la responsabilité indéfinie et solidaire nécessite que la société n'ait pas voulu ou n'ait pas pu payer ses dettes, car il ne faut pas que les créanciers exercent des poursuites contre une société qui est à mesure de payer ses dettes, et qui ne manifeste aucune résistance à s'exécuter s'il y a demande¹¹³. La poursuite des créanciers est donc subordonnée à une mise en demeure restée infructueuse¹¹⁴. En plus, la poursuite doit s'appuyer sur un titre exécutoire tenu en bonne et due forme par le créancier poursuivant contre l'apporteur en industrie. C'est la consécration du caractère subsidiaire de l'engagement de ce dernier, dont la jurisprudence a plusieurs fois tiré les conséquences¹¹⁵.

Lorsque la mise en demeure est régulièrement faite, le créancier peut, à l'expiration du délai, poursuivre l'apporteur en industrie pour l'intégralité de la dette. La solidarité passive qui existe entre lui et les autres associés permet au créancier de le poursuivre sans accomplir d'autres formalités¹¹⁶, notamment celles relatives à la mise en demeure individuelle. Si le créancier a choisi de procéder ainsi et que l'apporteur en industrie a payé seul la totalité de la dette, son recours va s'exercer contre ses coassociés proportionnellement à l'apport de chacun¹¹⁷.

¹¹⁰ DENIS-OUINSOU (C.), *op. cit.*, p. 38.

¹¹¹ Cf. art. 126 al 1 de l'AUSC.

¹¹² Notamment l'art. 1844-1 de ce texte, selon lequel la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'apporteur en nature ou en numéraire qui a le moins apporté.

¹¹³ ANOUKAHA (F) et autres, *op. cit.*, p. 336, n° 657.

¹¹⁴ Cf. art. 271 AUSC, (cas de la SNC).

¹¹⁵ Paris, 1^{ère} ch. A, 12 déc. 1995, RJDA, 1996, n° 358, p. 254 ; Cass. civ. 2^e, 19 mai 1998, D., Affaires 1998, p. 1089.

¹¹⁶ ANOUKAHA (F) et autres, *op. cit.*, p. 338, n° 660.

¹¹⁷ Cass. com., 12 oct. 1976, Bull. civ., 1976, n° 258.

La participation de l'apporteur en industrie à la dette se fait sur la base des stipulations statutaires si les statuts l'ont voulu ainsi. A défaut de dispositions spécifiques, elle se fait sur la base des dispositions combinées des arts. 54, al.1^{er} de l'AUSC et 1844-1 C. civ. Ainsi, sa part sera égale à celle de l'apporteur en numéraire ou en nature le plus petit, exactement comme en matière de participation aux pertes sociales.

58- Quant à la participation aux pertes sociales, c'est le Code civil qui prévoit que l'apporteur en industrie reçoit des parts qui lui confèrent le droit de contribuer aux bénéfices, à charge pour lui de contribuer aux pertes¹¹⁸. Il oppose de ce fait les pertes sociales aux bénéfices, une manière de dire que l'apporteur en industrie ne fait pas que profiter de la société quand elle est en bonne santé financière, mais qu'il doit aussi pouvoir contribuer à son sauvetage quand elle connaît une situation moins confortable.

La notion de pertes sociales est foncièrement distincte de celle de dettes sociales¹¹⁹. Il ne peut y avoir véritablement pertes sociales que si le capital de la société est réellement entamé¹²⁰. Etant donné qu'il n'est pas possible à partir des comptes d'un seul exercice d'établir que le capital est entamé, c'est seulement à la liquidation de la société que se déterminera la participation de chaque associé aux pertes éventuelles ; en cours de vie sociale, c'est en effet à la société de prendre en charge les pertes sur son actif propre¹²¹. Comme dans le partage des bénéfices, l'apporteur en industrie participera aux pertes comparativement à la contribution de l'apporteur en nature ou en industrie le moins important, si les statuts n'ont pas prévu une participation différente. C'est donc à bon droit que la Cour de cassation a décidé que « *dès lors qu'il est établi que les associés ont entendu répartir les pertes dans la proportion de leurs droits aux bénéfices, les parts représentatives d'apport en industrie doivent être prises en compte dans le calcul des pertes auxquelles les associés sont tenus de contribuer* »¹²².

CONCLUSION

59- Parvenu au terme de cette réflexion, une question reste saillante, celle de savoir si l'apport en industrie n'est pas finalement une institution pour rien dans le contexte de l'OHADA. Nargué par la pratique parce que les éventuels apporteurs tout comme les autres associés s'en méfient et s'en défient, négligé ou parfois simplement oublié par le législateur, l'apport en industrie dans le contexte de l'OHADA est resté une simple hypothèse de l'école. Pour le moment, il ne serait donc pas erroné d'affirmer que c'est une institution pour rien.

Pourtant, son utilisation efficiente permettrait d'agrandir l'assiette de la garantie des créanciers sociaux dans les sociétés dans lesquelles les associés sont tenus solidairement et indéfiniment du passif social. En plus, elle permettrait aux personnes indigentes, mais nanties d'un savoir faire, de s'associer au même titre que ceux qui ont des biens en nature ou en numéraire. Il est donc urgent pour le législateur de l'OHADA de colmater le vide juridique dont souffre l'apport en industrie, ce qui encouragerait son usage effectif dans la pratique et le sortirait de la léthargie dans laquelle il baigne actuellement.

¹¹⁸ Cf. art. 1843-2 du C. civ.

¹¹⁹ CARCREFF : « La notion de pertes sociales et l'obligation des associés d'y contribuer », Gaz. Pal., 1973 2^e doctr., p. 56 ; V. également CARCREFF : « Sur les confusions de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », Gaz. Pal., 1976 1^{er} doctr., p. 145, cité par MERLE (Ph.) : *Droit commercial : Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 3^e éd., 1991, p. 47, n° 40.*

¹²⁰ DEREU : Juris. Cl. Sociétés, Fasc. 57, n° 41.

¹²¹ ANOUKAHA (F) et autres, *op. cit.*, p. 339, n° 667.

¹²² Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n° 1586, D., aff. AURIN c/ LAPEYRE, note BAILLOT (R.), *in* Bull. Joly N° 2, fév. 1995, p. 149 à 152.