

2 L'apport en industrie



**ORRICK
RAMBAUD MARTEL**

Sophie SCHILLER,

Professeur à l'université de Lille 2, membre du LERADP

Pascal ETAIN,

Maître de conférences à l'université Paris-Dauphine, membre de l'I2D

Pierre-Jean GAUDEL,

*Directeur du Master 2 Juriste Conseil d'Entreprise à l'université de Nancy II,
Associé de Paris Corporate Finance*

Bertrand DELAFAYE,

Avocat associé au Cabinet Orrick Rambaud Martel

Anne-Sophie KERFANT,

Avocat associé au Cabinet Orrick Rambaud Martel

Benoît ZAGDOUN,

Avocat au Cabinet Orrick Rambaud Martel



1. - LE RÉGIME GÉNÉRAL

- A. - L'état du droit
 - 1° Les apports en industrie
 - 2° Les parts ou actions d'industrie
- B. - Les dispositions à définir dans le contrat d'apport en industrie et les statuts
 - 1° Définition et répartition des droits et obligations
 - 2° Caractéristiques des parts ou actions d'industrie
- C. - Évaluation
 - 1° Incidence du contexte juridique sur l'évaluation
 - 2° Évaluation des apports en industrie
 - 3° Évaluation des actions d'industrie
- D. - Régime comptable

E. - Régime fiscal

- 1° Régime fiscal des apports en industrie au regard des droits d'enregistrement
- 2° Régime fiscal des apports en industrie au regard de l'impôt sur le revenu
- 3° Régime fiscal des apports en industrie au regard de l'impôt de solidarité sur la fortune

2. - APPLICATION DANS DIFFÉRENTS GROUPEMENTS

- A. - Groupements de nature civile
 - 1° Sociétés civiles
 - 2° Sociétés civiles professionnelles (SCP)
 - 3° Sociétés civiles de placement immobilier (SCPI)
- B. - Groupements de forme commerciale
 - 1° Sociétés à responsabilité indéfinie
 - 2° Sociétés à responsabilité limitée

L'apport en industrie est un outil très ancien qui permet à une personne physique ou morale de devenir associé d'une société en apportant uniquement son travail, un savoir-faire ou une influence. Il correspond ainsi tout à fait aux préoccupations actuelles qui cherchent à accroître la reconnaissance de l'humain et de l'immatériel dans les sociétés tout en facilitant la création de structures sociales. C'est pourquoi, le législateur tente de développer les apports en industrie. Il les a autorisés en dehors des sociétés de personnes où ils ont longtemps été cantonnés, tout d'abord dans les SARL en 2001, puis dans les SAS en 2008. Ce dossier présente les différents dispositions, tant juridiques que comptables et fiscales, du régime général des apports en industrie, ainsi que les spécificités de leur utilisation dans les différentes formes sociales où ils sont autorisés. Au-delà de cette présentation classique, l'exposé de nombreuses utilisations possibles ainsi qu'une proposition de formule d'apports en industrie dans une SAS, devraient convaincre les utilisateurs de recourir plus fréquemment à cet outil malheureusement trop souvent oublié.

1 - **Origine de l'apport en industrie.** – Le Code d'Hammourabi, rédigé par les babyloniens en 1750 avant Jésus-Christ, décrit le contrat conclu entre le négociant et son commis pour réaliser le trafic en pays éloigné. La qualification de ce contrat fut l'objet de vives discussions pour déterminer s'il fallait lui appliquer la réglementation très contraignante du contrat de prêt. Le négociant investissait une somme d'argent que le commis tentait de faire fructifier pendant son séjour temporaire. À son retour, le commis ne rendait pas l'argent, ce qui permit de conclure que ce contrat n'était pas un prêt. Pour le qualifier de contrat de société, il fallait définir les apports de chacun. L'apport du commis fut qualifié de « apport en industrie : il met à la disposition du négociant ses aptitudes commerciales, ses relations avec le pays où il va trafiquer, son expérience des voyages en caravanes. Il doit aussi avoir un certain crédit, puisqu'il est tenu de payer le double du capital reçu, s'il fait des spéculations sans profit »¹. Dès le projet de l'an VIII, le Code civil prévoyait qu'il est de l'essence du contrat de société « que chaque associé apporte ou s'oblige d'apporter à la société quelque chose d'appréciable, soit de l'argent, soit tout autre espèce de bien, soit son industrie »². L'article 1832, dans sa rédaction définitive, a repris l'idée lorsqu'il a cité l'apport en industrie parmi les éléments constitutifs possibles de la société et lui donnant ainsi sa place dans l'article le plus fondamental du droit des sociétés. Cette origine ancienne, loin de garantir le maintien de l'utilisation de cet outil, a au contraire contribué à sa critique, l'apport en industrie étant qualifié de « vieillot »³ et faisant l'objet d'une forte désu-

tude. Seules les sociétés civiles, regroupant des associés choisis pour leurs compétences, font un réel usage de ces apports.

2 - **Outil rarement utilisé bien qu'en phase avec les réalités actuelles.** – Il est regrettable que les apports en industrie soient si peu utilisés alors qu'ils correspondent tout à fait à l'évolution de notre société⁴. En effet, depuis le milieu du 20^e siècle, les économistes insistent sur l'émergence de l'importance du capital humain dans les sociétés. Des études ont montré que le capital humain est actuellement une ressource à la fois plus stratégique et plus difficile à attirer que le capital financier⁵. Ce phénomène est particulièrement exacerbé dans les pays développés où la principale source de compétitivité des entreprises est la valeur ajoutée de leur personnel. Par ailleurs, une autre réalité économique est que la valeur des entreprises n'est plus principalement fondée sur leur patrimoine et leur accumulation de richesses, mais elle repose essentiellement sur leurs perspectives futures⁶. Enfin, selon une réalité sociologique reconnue, notre société se caractérise par l'importance croissante de l'immatériel. Les principales richesses ne sont plus des bâtiments ou des terres, mais des marques, des brevets ou des droits⁷. Les apports en industrie prennent en compte toutes ces évolutions. Ils ont pour objet un travail ou un bien immatériel et supposent une perspective future.

Leur utilisation plus importante aurait également pour avantage d'appliquer des réalités juridiques nettement établies. En effet, dans

1. E. Cuq, *Les nouveaux fragments du code d'Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés* : Paris, 1918, p. 95.
 2. *Travaux préparatoires du Code civil*, Fenet, t. XIX, p. 570.
 3. M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés* : Litec 2009, 22^e éd., § 118, p. 58.

4. S. Schiller et P.L. Périn, *Les apports en industrie dans les SAS* : Rev. sociétés 2009, p. 59 et s.
 5. Théorie du capital humain développée en 1964 par Gary Becker, citée par Th. Massart, *La société sans apports* : in *Études de droit privé, Mélanges offerts à P. Didier* : Economica 2008, p. 289 et s., spéc. note 86, p. 310.
 6. S. Schiller, *L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés* : Rev. sociétés 2001, p. 47 et s., spéc. § 4.
 7. S. Schiller, *Droit des biens* : Dalloz 2009, coll. Cours, 4^e éd., § 3, p. 4.

les entreprises françaises, il existe depuis longtemps des « quasi-apports en industrie »⁸, en particulier dans les petites sociétés où l'associé unique ou l'associé dirigeant apporte toute son énergie à la structure en espérant être rémunéré lorsqu'elle sera prospère. Il existe également des « quasi-apports en crédit »⁹ qui assurent la même fonction que les apports en crédit, sans en avoir le statut juridique. Ainsi, l'engagement de payer les dettes de la personne morale est fréquent pour les dirigeants ou associés majoritaires de petites structures. Il prend la forme d'un cautionnement des dettes sociales ou d'un engagement de mettre à disposition son crédit pour permettre à la société d'obtenir les ressources dont elle a besoin pour fonctionner.

3 - Essor de l'outil. – Cette correspondance avec les réalités économiques, sociales et juridiques explique que le législateur ait tenté de renforcer l'utilisation des apports en industrie ces dernières années. Revenant sur l'interdiction générale de ces apports dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée, la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale a permis, dans une SARL, au conjoint co-exploitant d'un apporteur en nature d'apporter son industrie. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 a étendu cette possibilité en autorisant sans limitation les apports en industrie dans les SARL. Enfin, la loi n° 2008-776 « LME » du 4 août 2008 a autorisé les apports en industrie dans les SAS. Grâce à cette série de mesures, les apports en industrie pourraient connaître un nouvel essor. Étant autorisés dans la plupart des formes sociales, leur régime est pour l'essentiel commun dans toutes les sociétés. Néanmoins, chaque forme sociale connaît quelques règles spéciales.

1. Le régime général

A. - L'état du droit

4 - Sociétés ouvrant droit aux apports en industrie. – Le régime général des apports en industrie répond aux critères généraux des articles 1832 et suivants du Code civil pour les parts et au nouvel alinéa 4 de l'article L. 227-1 (modifié par l'article 59 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) pour les actions (cf. *infra* § 83 et s.). À ces bases légales, la jurisprudence est venue apporter quelques précisions et ajouts pour permettre au juriste d'organiser l'arrivée des apports en industrie sans trop encourir le risque de voir ces apports annulés et sa responsabilité engagée. Les apports en industrie ne sont pas possibles pour toutes les sociétés, même si aujourd'hui, l'impossibilité est devenue l'exception. En effet, seules les sociétés anonymes ne peuvent pas recevoir d'apports en industrie. Dans les sociétés en commandite, cette forme d'apport est possible sauf pour les actionnaires commanditaires. Il convient de distinguer l'apport en lui-même de son support titre qui peut être soit une part sociale soit une action.

1° Les apports en industrie

5 - Présentation. – Les apports dans les sociétés peuvent prendre trois formes, en numéraire, en nature ou en industrie. S'il est aisé de distinguer les apports en numéraire des apports en industrie, il est parfois plus délicat de distinguer ces derniers des apports en nature. Les apports en industrie, quels qu'ils soient, doivent répondre à des exigences générales, présenter certains critères, lesquels ne sont pas nécessairement communs à toutes les formes.

a) Exigences générales

6 - Personnes physiques ou personnes morales. – Les exigences générales attachées aux apports en industrie sont celles posées par la loi (Code civil en général et Code de commerce en particulier) et précisées par de nombreuses décisions jurisprudentielles. Parmi les exigences générales, il est primordial que les apports soient réalisés par des personnes indifféremment physiques ou morales. Il s'agit le plus souvent des personnes physiques qui réalisent cet apport dans le cadre d'une société en participation ou d'une société civile professionnelle ou encore d'une société d'exercice libérale. La plupart des litiges interviennent d'ailleurs dans le cadre de ces formes sociales. Mais il est également possible pour une personne morale de réaliser un apport en industrie. La loi ne l'interdit pas puisqu'elle vise l'apporteur en industrie sans préciser qu'il ne peut s'agir que d'une personne physique. Il est donc possible, en l'absence de précision légale, de penser que ce genre d'apport peut être le fait d'une personne morale. La doctrine le préconise¹⁰ sous certaines réserves fiscales¹¹ (cf. *infra* § 57 à 59) notamment dans le cadre de *joint venture* (cf. *infra* § 93) et la jurisprudence l'a admis¹². Aujourd'hui, avec la suppression de l'exigence d'un capital social minimum dans la plupart des formes sociales, on peut parfaitement concevoir un groupe de sociétés dans lequel les apporteurs seraient tous des personnes morales qui n'apporteraient que leur industrie à la filiale commune. Ainsi, on pourrait admettre la création d'un groupe de sociétés, constitué par une société avec personnalité morale le cas échéant, sans capital social. Toutefois, une telle conception présente un risque de requalification pour le juge qui pourrait y voir une fraude, même si les textes tendent aujourd'hui à permettre ce genre de réalisation. Les accords de recherche entre entreprises pourraient ainsi prendre la forme d'une société dans laquelle chacune apporterait son industrie. L'accord de recherches ainsi formalisé en société pourrait permettre d'éviter bien des conflits ultérieurs à la condition que les statuts aient été rédigés avec soins. (cf. Proposition de formule, *infra* l'ensemble des formules).

Il convient enfin de rappeler que si l'apport est réalisé dans une société au sein de laquelle les associés doivent avoir la qualité de commerçant, les apporteurs, même en industrie, devront avoir la capacité commerciale.

7 - Écrit probatoire ou condition de validité. – Que l'apport soit réalisé par une personne physique ou une personne morale, il est conseillé de préciser par écrit qu'il existe des apports en industrie et en quoi ils consistent. Cette seconde exigence permettra de faire face, en cas de litige, à la nécessité de prouver soit l'existence d'apports en industrie, soit leur portée politique, soit leur portée pécuniaire dans la société, voire enfin l'existence de la société elle-même.

À cet égard, il convient de distinguer deux situations, la société sans statuts, d'une part, et, d'autre part, la société dotée de statuts.

Dans les sociétés sans statuts, qui ne peuvent être que des sociétés créées de fait¹³ ou en participation, dans la mesure où l'article 1835 du Code civil ne s'applique pas à ces formes sociales¹⁴, il n'existe *a priori* pas d'écrit. Les sociétés créées de fait n'en ont pas par essence et les sociétés en participation n'en ont pas toujours. Les difficultés alors rencontrées sont d'ordre probatoire lorsqu'il est question de faire reconnaître en justice son droit d'associé en industrie ou/et de faire établir l'existence de la société.

10. S. Schiller et P.-L. Perrin, *Les apports en industrie dans les sociétés par actions simplifiées : un nouveau mode d'intéressement des salariés ?* : Actes prat. ing. sociétaire 2009, n° 104, idée nouvelle 2. – H. Hovasse, *Apports en industrie et groupes de sociétés* : Dr. sociétés 2009, repère 6.

11. H. Hovasse, *Apports en industrie et groupes de sociétés*, art. préc.

12. CA Paris, 3 nov. 1998 : Bull. Joly 1998, 359, note A. Couret (il s'agissait d'une société civile professionnelle).

13. Dans l'hypothèse de sociétés de fait, ayant eu une existence légale, il sera possible de se référer aux statuts de la société ayant perdu sa personnalité juridique pour retrouver traces d'éventuels apports en industrie.

14. B. Dondero : Rep. Dalloz, sociétés, La société en participation, n° 95.

8. Terminologie employée par Th. Massart, *La société sans apports*, art. préc., p. 310.

9. Terminologie employée par Th. Massart, *La société sans apports*, art. préc., p. 310.

Pour les sociétés créées de fait, il n'existe pas réellement de solution puisque les associés n'ont souvent pas conscience de l'être (associé). En revanche, pour les sociétés en participation, les associés ont la conscience d'être associés. Il convient alors, même s'ils ne souhaitent pas rédiger de statuts, de préconiser la rédaction d'un contrat d'apport qui servira de clef de répartition des droits pécuniaires des associés¹⁵. L'associé en industrie aura ainsi un écrit préconstitué très utile en cas de litige. Dans le cas contraire, il lui sera particulièrement difficile d'établir la preuve de sa qualité d'associé et le cas échéant de l'existence de la société. Il est donc conseillé de se ménager cette forme de preuve au risque de se voir débouté d'une demande tendant principalement à établir l'existence d'une société en participation ainsi que l'a jugé la Cour de cassation le 13 janvier 2009 sur le fondement combiné des articles 1832 et 1871 du Code civil¹⁶.

Dans les sociétés disposant de statuts, ces derniers devront préciser la nature des apports et les droits conférés par ceux-ci. L'absence de mention d'apports en industrie dans les statuts a comme conséquence de rendre impossible pour l'apporteur de se voir reconnaître la qualité d'associé¹⁷. Ce dernier ne pourra faire établir en justice, au mieux, qu'un contrat de travail. L'écrit constatant l'apport en industrie devra respecter non pas des exigences de forme, mais des exigences de fond qui seront étudiées par la suite lorsqu'il s'agira de distinguer notamment l'apport en industrie du contrat de travail (cf. *infra* § 14).

En conséquence, nous ne pouvons que conseiller vivement de toujours rédiger des statuts ou pour le moins un contrat d'apport afin de se pré-constituer une preuve écrite de l'existence des apports en industrie, voire de l'existence même de la société. À ce titre, il peut être important de rappeler que la preuve de la nature de la prestation, travail ou apport en industrie, pèse sur celui qui prétend être associé et que cette preuve n'est pas toujours aisée à apporter. Outre cette difficulté, une autre existe qui lui est liée, celle de définir parfaitement et avec la plus grande précision la consistance de l'apport en industrie.

8 - Définition claire et précise de l'apport. – Il est bien entendu important de déterminer en quoi va consister l'apport envisagé ainsi que sa durée (cf. *infra* § 10). La question peut s'avérer très délicate dans les sociétés dont les statuts sont parfois obscurs. La précision dans la rédaction des statuts permettra notamment d'éviter des conflits initiés par des tiers ou par d'autres associés. Ainsi, en précisant la nature et le contenu de l'apport, le rédacteur prendra garde de ne pas porter atteinte aux droits des tiers (concurrents...) ou à la réglementation de la concurrence pour ne pas faire échouer une importante opération de concentration¹⁸. Il évitera alors d'éventuelles actions en responsabilité sur les fondements de la concurrence déloyale¹⁹, de la contrefaçon²⁰, ou, dans le cadre d'un groupe de sociétés, l'éventuelle qualification d'entente²¹ (C. com., art. L. 420-1 et Règl. CE pour la dimension communautaire, art. 101, ancien art. 81) ou encore d'abus de position dominante collective (C. com., art. L. 420-2 et Règl. CE pour les abus de dimension communautaire, art. 102, ancien art. 82) sauf à bénéficier d'une exemption à la réglementation sur la concurrence (en matière de licence de marque ou d'accord de transfert de techno-

logie²²). Enfin, il conviendra de s'attacher à déterminer avec minutie la consistance de l'apport en industrie pour qu'il ne puisse pas être assimilé à un apport en nature²³ (cf. *infra* § 15), un contrat de travail (cf. *infra* § 14) ou encore qu'il ne puisse pas être considéré comme du trafic d'influence²⁴ ou de la corruption active ou passive.

b) Caractères des apports

9 - L'apport en industrie dans le temps. – « L'associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il lui a promis d'apporter en nature, en numéraire ou en industrie » (C. civ., art. 1843-3, al. 1). L'apporteur en industrie doit donc fournir ce qu'il a promis à la société comme tout autre apporteur. Toutefois deux questions se posent pour cet apport spécifique : la prestation constituant l'apport en industrie peut-elle être ponctuelle ou au contraire doit-elle être successive d'une part, et d'autre part, peut-elle être une activité passée, présente ou future ?

10 - Caractère successif ou ponctuel de l'apport. – La question du caractère successif ou ponctuel de l'apport en industrie est assez délicate. Il convient dans un premier temps de s'interroger sur la particularité de la prestation promise par référence aux autres apports. Ainsi, les apports en nature ou numéraire peuvent, dans la plupart des situations, être apportés soit en une, soit en plusieurs fois, sans que cela ne soit critiquable. Il suffit que l'apporteur fournisse ce qu'il a promis au moment prévu par les statuts ou par le contrat d'apport. Sur cette question, la loi ne réalise aucune distinction selon les formes d'apport et il ne nous semble pas qu'il soit nécessaire de distinguer. Dès lors, il apparaît envisageable que les apports en industrie puissent être successifs ou ponctuels²⁵. L'apport pourra présenter un caractère ponctuel notamment s'il s'agit d'une prestation de service unique comme la mise en œuvre de savoir-faire pour exécuter un brevet ou une autre invention. Dans ce cas, l'apport en industrie sera presque aussi ponctuel que l'apport d'une somme d'argent. Au contraire, et c'est l'hypothèse qui semble la plus courante, l'apport en industrie pourra se faire dans la durée, tout au long de la présence de l'associé dans la société²⁶. Il est possible alors de penser à l'apport d'une activité professionnelle dans une société en participation ou dans une société civile professionnelle.

Pour ce qui est de l'apport sous forme de travail, nous pensons que l'apporteur en industrie doit fournir son activité, et son travail, tout au long de sa présence en qualité d'apporteur en industrie au sein de la société.

Il peut encore s'agir de la renommée de l'apporteur, mais dans ce cas, il convient de se demander si la valeur de l'apport doit évoluer avec l'importance de la renommée de l'apporteur grandissante ou décroissante (cf. *infra* sur la renommée § 17, et clause prévoyant une variabilité des dividendes versés, *infra* formule art. 2.4, 4 et 6).

Dans un cas comme dans l'autre, il sera important de définir ce qui est dû par l'apporteur avec précision dans les statuts ou dans le contrat d'apport (cf. *supra*, § 8). Cette précision est cruciale à la fois pour le devenir de la société qui ne doit pas être lésée et pour l'intéressé qui bénéficie de la règle selon laquelle un associé ne peut pas voir augmenter ses engagements dans la société ni en quantité, ni en durée (C. civ., art. 1836). Ainsi, la quantité de travail fournie ne pourra pas être augmentée sans l'accord de l'apporteur,

15. Dernièrement Cass. com., 13 janv. 2009, n° 07-21704.

16. Cass. com., 13 janv. 2009, préc.

17. Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004 : RTD com. 2004 p. 512 et p. 550 ; Bull. Joly Sociétés 2004 n° 1001 note R. Baillois ; Rev. sociétés 2004, p. 855, note D. Poracchia.

18. Question soulevée à l'occasion de la dissolution d'une société en participation, Cass. com., 18 juin 1991, n° 90-11581 : Rép. sociétés, Société créée de fait, n° 106, et pour une entente prohibée, CA Paris, 5 déc. 2000, n° RG : 2000/11303.

19. Par ex., par un ancien salarié d'une entreprise concurrente lié par une clause de non-concurrence ne visant qu'un contrat de travail.

20. Il pourra s'agir d'apports de savoir-faire pour éviter une action en contrefaçon de marque ou brevet.

21. CA Paris, 5 déc. 2000, préc.

22. Par ex. dans le secteur de l'automobile la prorogation du règlement d'exemption CE n° 1402 du 31 juillet 2002.

23. Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 2005 : Rev. sociétés 2006. 111, note D. Poracchia ; D. 2005. 1230, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2005. 785, obs. L. Grosclaude et 527, obs. C. Champaud et D. Danet.

24. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, n° 95-11837 : Bull. civ. 1997, I, n° 247, ce qui ne fut pas le cas en l'occurrence à propos d'une société de fait constituée dans le domaine médical et de l'influence d'un professeur de médecine.

25. On retiendra toutefois la réserve de l'affectio societatis qui doit être présent tout au long de la présence de l'associé dans la société.

26. M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy : Droit des sociétés, op. cit., n° 122 et s., p. 58.

d'où l'importance de préciser les conditions de l'apport en industrie.

11 - Durée de l'apport. – Il en va de même de la durée et si l'apport est prévu pour une durée déterminée, cette durée ne pourra pas être augmentée sans l'accord de l'associé. Si l'apport est prévu pour une durée liée à celle de la société, il sera qualifié d'engagement perpétuel²⁷ ; de façon générale, dans toutes les hypothèses où l'engagement serait prévu pour une durée trop importante, l'associé pourrait se délier moyennant un délai raisonnable ou faire annuler la convention d'apport (cf. *infra*, sur la durée des titres § 34). Il semble donc prudent de déterminer, si ce n'est une durée raisonnable, au moins les conditions de séparation entre l'apporteur et la société afin d'éviter ou de limiter tous litiges sur ce point. Pour notre part, nous pensons qu'un terme fixe assorti d'une clause de reconduction tacite permettrait d'éviter les risques.

12 - Disparition de l'apport. – Il convient de fixer dans le contrat d'apport ou dans les statuts les causes et les conditions de départ de l'apporteur en cas de disparition de l'apport. Plusieurs hypothèses sont envisageables.

En premier lieu, les apports en industrie étant les plus présents dans les sociétés en participation et les sociétés civiles professionnelles, on peut penser à la perte de la qualité permettant d'exercer la profession, s'il s'agit d'une profession réglementée. Dans ce cas, si la loi ne le prévoit pas les statuts ou le contrat d'apport peuvent envisager le départ immédiat de l'associé (cf. *infra*, formules, art. 6).

Dès lors l'associé devra quitter la société sans délai sauf à ce qu'il détienne des parts ou actions autres qu'en industrie.

En second lieu, la jurisprudence et la doctrine, dans leur analyse de l'article 1843-3, alinéa 6 du Code civil qui dispose que « L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport », considèrent que celui qui apporte en industrie est tenu par une obligation de non-concurrence, voire d'exclusivité, au bénéfice de la société réceptrice de l'apport. Toutefois, il est judicieux de prévoir les conditions et les effets de l'apport relativement à cette obligation de non-concurrence, surtout à l'issue de l'exécution de la prestation en industrie mais également après la sortie de l'associé de la société. En effet, il convient d'être prudent, notamment, si l'apport correspond à du savoir-faire ou à la réputation inhérents à la personne de l'associé.

13 - Empêchement temporaire d'apporter son industrie. – Enfin, il peut être particulièrement utile de prévoir, lorsque l'apport consiste en la fourniture d'une prestation successive, les conséquences d'un empêchement temporaire d'accomplir la prestation. Il peut s'agir de la maladie ou de l'invalidité de l'apporteur ou encore d'une interdiction temporaire d'exercer dans le cas d'une profession réglementée. Dans ces hypothèses, une clause des statuts ou du contrat d'apport devrait permettre d'éviter un conflit en réglant les conséquences d'un éventuel empêchement temporaire de réaliser l'apport sous forme de travail. La société peut prévoir une compensation, lorsque cela est possible sous forme par exemple de travail supplémentaire ou d'une prestation complémentaire. Au cours de l'empêchement, il peut également être prévu une baisse de la rémunération des titres en industrie si la prestation n'est pas intégralement fournie (cf. *infra*, formules, art. 5, 6 et 7).

sous réserve du respect de l'interdiction des clauses léonines prévue par l'article 1844-1 du Code civil.

c) Description et caractéristiques des apports possibles

14 - Apport en industrie et contrat de travail. – L'apport en industrie sous forme de travail doit être défini de manière extrêmement claire et précise pour prévenir tout risque de requalification

de l'apport en contrat de travail avec obligation pour la société de payer les charges sociales, de respecter les obligations du Code du travail ainsi que celles des conventions collectives et, pour l'apporteur, de payer un impôt sur le revenu salarié. Le législateur favorise le développement des apports en industrie en particulier sous forme de travail, afin de permettre aux personnes n'ayant pas de fonds disponibles d'être associées dans une société civile ou commerciale (cf. *infra*, § 93).

Mettre en place ce type d'apport nécessite de prendre des précautions quant aux conditions et aux effets de cet apport. Ainsi, il importe avant tout de spécifier l'absence de lien de subordination entre la société et l'apporteur. Cet élément est en effet décisif aux yeux des magistrats pour apprécier l'existence d'un apport ou d'un contrat de travail. Plusieurs situations doivent être envisagées. L'apporteur peut être un ancien salarié que l'on souhaite voir devenir associé de la société, la question va alors se poser de savoir s'il peut conserver son contrat de travail en même temps que sa qualité d'associé. Certains auteurs considèrent que le cumul n'est possible que si le travail est un travail de direction²⁸. D'autres au contraire estiment que l'apporteur en industrie peut continuer à réaliser une simple tâche d'exécution dans l'exercice de son travail, l'important étant qu'il demeure autonome dans l'exercice de ses prérogatives d'associé. Certains enfin estiment que le cumul de la qualité de salarié et d'apporteur en industrie, pour la même prestation et au bénéfice de la même société, serait impossible²⁹.

Pour notre part, nous pensons que ce cumul est possible à l'instar du cumul des fonctions salariées et des fonctions de direction aux conditions que chaque fonction soit bien distincte l'une de l'autre, que les deux activités, de salarié et d'apporteur, soient bien réelles et enfin que le lien de subordination existe pour la fonction salariée mais soit absent pour la fonction d'apporteur.

La Cour de cassation n'a pas encore apporté de réponse à cette question, car elle n'a pas encore, à notre connaissance, eu à se prononcer sur le sujet. En revanche, concernant le seul lien de subordination, elle l'a recherché et a reproché aux juges du fond de ne pas avoir constaté son existence. Ainsi, elle a considéré à plusieurs reprises que, dès lors qu'un lien de subordination pouvait être établi, le travail fourni ne pouvait être considéré comme un apport en industrie par un prétendu associé en vue de la reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait³⁰ ou dans le cadre d'une société en participation³¹. Il semble donc primordial de vérifier si un lien de subordination existe avant même d'envisager un apport en industrie et de clairement l'exposer dans le contrat s'il existe.

15 - Apport en industrie et apport en nature. – Il est non seulement quelquefois difficile de distinguer les apports en industrie des apports en nature mais parfois plus intéressant de choisir d'appliquer le régime des apports en nature par rapport à celui des apports en industrie³², voire de cumuler les deux. En effet, si l'on prend l'hypothèse d'une société dont l'activité est commerciale, société en participation par exemple, alors que l'apporteur en industrie n'a, en principe, aucun droit sur le boni de liquidation³³, au contraire l'apporteur en nature y aura tout à fait accès. Un auteur précise en ce sens qu'il peut être préférable de facturer une prestation à la société et d'apporter la créance en nature afin de bénéficier d'un droit sur le boni de liquidation, avant d'écrire que la différence de traitement entre apport en industrie et apport en nature n'a plus réellement lieu d'être³⁴. Il semble que lorsque l'apport nécessite la présence de l'apporteur pour être poursuivi et mis en œuvre, il

27. Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620 et 07-10785 : JCP E 2008, 1280, § 5, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; D. 2007, p. 3016 ; Dr. sociétés 2008, comm. 10, obs. H. Hovasse ; Bull. Joly Sociétés 2008, p. 125, note X. Vamparys ; RJDA 2008, p. 149 ; JCP E 2008, 1829, comm. A. Constantin.

28. L. Nurit-Pontier, *Repenser les apports en industrie* : LPA 3 juill. 2002, n° 132, p. 4, n° 5. Contra, R. Baillod, *Joly Sociétés, Traité, 1, Apports en industrie*, n° 10 à 12.

29. L. Nurit-Pontier, *Repenser les apports en industrie*, art. préc., n° 132.

30. Cass. com., 5 avr. 2005, n° 04-10.628.

31. Cass. soc., 20 janv. 1999, n° 96-44.637.

32. Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 2005, préc.

33. R. Baillod : *Joly Sociétés, Traité, 1, Apports en industrie*, art. préc., n° 108.

34. D. Poracchia, note préc. sous Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 2005.

ne pourra alors s'agir que d'un apport en industrie. En revanche, s'il peut être dissocié de son créateur et être utilisé indépendamment de lui, il peut constituer soit un apport en nature, soit un apport en industrie, au choix de son titulaire et en fonction des caractéristiques de l'apport. Néanmoins, la frontière entre les deux formes d'apports étant parfois extrêmement ténue, il apparaît encore plus important de préciser dans le contrat d'apport qui apporte quoi, industrie ou nature, travail ou créance.

16 - Apport sous forme de savoir-faire. – Le savoir-faire désigne les connaissances techniques non brevetées³⁵ ou selon les textes, « un ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est secret » (Règlement d'exemption n° 772/2004, 27 avr. 2004 et A. 16 sept. 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels : JO 16 oct. 2009, p. 16946). Au regard de ces textes et définitions, nous pensons que le savoir-faire doit être analysé comme un apport en industrie³⁶, car, selon la jurisprudence, le droit privatif qui pourrait en faire un bien « ne peut être obtenu par un autre moyen que la demande de brevet »³⁷. Dès lors, n'étant pas un bien, il ne peut non plus être l'objet d'un apport en nature. Il peut être le complément utile et nécessaire d'un apport en nature de brevet par exemple. Même si l'apport de savoir-faire n'est pas toujours considéré comme un apport en industrie, les juges peuvent aussi l'analyser comme une activité salariée dès lors qu'il existe un lien de subordination dans l'exécution du savoir-faire³⁸. La Cour de cassation reconnaît depuis assez longtemps, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, que l'apport de brevet est fréquemment assorti d'un apport en industrie consistant dans le savoir-faire de l'apporteur³⁹. Dans ce cas, il sera important de spécifier la partie apport en nature pour le brevet et la partie apport en industrie pour le savoir-faire. En effet, les droits accordés sont différents et il est même envisageable de nier l'existence d'un apport en industrie si, en cas de litige, il est établi un lien de subordination entre l'apporteur et la société.

17 - Apport sous forme d'influence. – L'apport en industrie peut consister en l'influence ou la renommée apportée par une personne au bénéfice de la société. Toutefois, dans ce cas l'apporteur doit en déterminer très précisément les contours et le contenu au risque de voir l'apport disqualifié et l'apporteur considéré comme un tiers à la société et non comme un associé. Ainsi, la Cour de cassation a censuré des juges du second degré pour avoir admis cette forme d'apport en industrie sans avoir précisé dans leur arrêt en quoi l'influence d'un professeur de médecine pouvait constituer un apport en industrie⁴⁰. L'affaire concernait une société créée de fait, mais la solution est transposable aux sociétés en participation et plus généralement à toutes les sociétés où l'apport en industrie est possible. Par ailleurs, s'agissant d'influence, il convient de prendre garde, si elle est réelle, à ce qu'elle ne constitue pas une infraction pénale qui pourrait nuire à la société et à l'apporteur ; le trafic d'influence étant sévèrement sanctionné de 10 ans de prison et 150 000 euro d'amende (C. pén., art. 433-1), il conviendra donc de rédiger avec soin en quoi l'influence constitue un apport pour la société tout en ne tombant pas dans le cadre d'une

infraction pénale. En tout état de cause, il convient de toujours bien spécifier dans les statuts ou le contrat d'apport en quoi il consiste et les modalités d'exécution de l'apport de manière à protéger l'apporteur et la société en prévenant tout conflit futur.

d) Modalités d'exécution de l'apport

18 - Exécution volontaire de l'apport. – Les modalités d'exécution de l'apport devront être stipulées dans les statuts ou/et dans le contrat d'apport. L'exécution volontaire est l'hypothèse idéale des relations entre l'apporteur et la société qui participent à une entreprise commune dans une bonne entente. Dans ce cas, le contrat d'apport ou les statuts seront parfaitement respectés et il ne se posera aucune difficulté. En revanche, si l'exécution est partielle ou fait l'objet d'un refus, alors va se poser la question de l'exécution forcée ou de la résolution de l'apport avec ses répercussions possibles sur l'existence même de la société.

19 - Exécution partielle ou inexécution de l'apport. – L'hypothèse de l'inexécution ou de la mauvaise exécution soulève la question de l'exécution forcée et de ses conséquences sur l'entrée ou le maintien de l'apporteur dans la société. Concernant l'exécution forcée, il est difficile de concevoir une exécution forcée en nature pour deux raisons.

En premier lieu, il s'agit d'une obligation de faire qui, se résout en principe par des dommages et intérêts en application de l'article 1142 du Code civil. Il serait donc nécessaire de prévoir une clause de renonciation à l'application de l'article 1142 du Code civil par l'apporteur. Ce dernier pourrait y voir une certaine défiance à son encontre, néfaste à la bonne marche des affaires. Ainsi, il pourrait être envisageable de demander une exécution forcée en nature ou de prévoir une clause pénale (cf. *infra*, formule art. 6.2 et 16).

En second lieu, même si la Cour de cassation juge que l'exécution forcée directe en nature peut être ordonnée lorsqu'elle est possible⁴¹, il semble qu'en matière d'apport en industrie, l'*intuitu personae* soit tel que cette exécution forcée en nature, si elle possible en théorie, ne soit pas applicable en pratique⁴². Toutefois, dans certains cas particuliers, et par exception, l'exécution forcée devrait pouvoir être mise en œuvre, notamment dans l'hypothèse où l'apport peut se faire en une seule fois.

Exemple : Il pourrait en être ainsi dans l'hypothèse où l'apport est constitué par une transmission de savoir-faire, un transfert de technologie ou encore un secret de fabrique. Toutefois, dans ce dernier cas, il conviendra d'éviter, au moment de la rédaction, tout risque de requalification d'apport en nature.

20 - Sanction de l'inexécution. – L'inexécution fait subir un préjudice non seulement à la société mais également aux associés. Dès lors deux hypothèses sont envisageables, soit l'inexécution et ses conséquences avaient été prévues dans le contrat d'apport, soit rien n'a été envisagé en ce sens.

Dans le premier cas, il est possible de prévoir une clause pénale en cas d'inexécution de ses obligations par l'apporteur en industrie. Il convient de conserver à l'esprit que le juge dispose d'un pouvoir modérateur en vertu de l'article 1152 du Code civil s'il estime que la clause est manifestement excessive ou dérisoire.

35. J.-M. Mousseron : *Cah. dr. entr.* 1972, n° 1, p. 6 et *Traité des brevets*, 1984, n° 12 p. 18. – F. Magnin, *Know how et la propriété industrielle* : Litec 1974.

36. En ce sens, B. Edelman, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006 : D. 2006, p. 2470. Contra, T. Massart, *Les apports de savoir-faire dans la SAS* : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1154 ; il nous semble qu'apporter en nature un savoir-faire pourrait être risqué dans la mesure où l'évaluation d'un tel savoir-faire est

compliqué à réaliser et est dès lors générateur d'incertitude. Une telle incertitude peut en effet amener une certaine insécurité juridique puisque la libération de l'augmentation de capital au moment de l'apport pourrait être de ce fait incertaine.

37. Cass. com., 24 janv. 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 27. – CA Besançon, 12 janv. 1994 : PIBD 1994, 565, III, 248.

38. CAA Douai, 2^e ch., 18 janv. 2005, inédit, rejet, n° 01DA00052, n° de rôle 05001.

39. Cass. com., 18 janv. 1971 : Bull. civ. 1971, IV, n° 14, p. 14.

40. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, préc.

41. Cass. 3^e civ., 11 mai 2005 : Bull. civ. 2005, III, n° 103 ; D. 2005, inf. rap. p. 1504 ; JCP G 2005, II, 10152, note Bernheim-Desvaux ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 187, note L. Leveneur ; RDI 2005, p. 299, obs. Ph. Malinvaud ; *ibid.* 2006, p. 307, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages. – Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2007 : Bull. civ. 2007, I, n° 19 ; D. 2007, p. 1119, note B. Gout ; *ibid.* ; JCP G 2007, I, 161, n° 6 s., obs. M. Mekki ; Contrats conc. consom. 2007, comm. 144, note L. Leveneur ; RDC 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud, et 741, obs. G. Viney ; RTD civ. 2007, p. 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

42. D. Poracchia, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, préc.

Dans la seconde hypothèse, la société et semble-t-il les associés⁴³ disposent des recours classiques du droit des contrats pour obtenir réparation de leur préjudice. On peut également imaginer une autre forme de sanction par équivalent. Le débiteur de l'apport en industrie pourrait être obligé de verser une somme égale à la valeur des parts ou actions qu'il aurait reçu en contrepartie de son apport en industrie. Toutefois, cette solution n'est satisfaisante que si la somme versée est une sanction dissuasive et qu'elle ne concourt pas à la formation du capital, l'apporteur en industrie étant simplement exclu de la société. L'on retombe alors dans la qualification de clause pénale assortie du pouvoir modérateur du juge.

Du point de vue du bon sens, il est difficile de concevoir que l'apporteur en industrie puisse être intégré d'une manière ou d'une autre après des relations avec les autres associés si dégradées. On ne peut que conseiller à ses coassociés de l'exclure définitivement et de demander alors en plus une réparation en équivalent, afin de lui « faire payer le prix », selon l'expression du professeur Viandier, c'est-à-dire au portefeuille de l'apporteur de mauvaise volonté et peut-être même de mauvaise foi.

Les conséquences pour la société peuvent être particulièrement lourdes, spécialement si l'apport en industrie constituait un des apports essentiels.

Exemple : Ainsi, s'il s'agissait d'un apport de savoir-faire lié à un apport en nature de brevet dont l'exploitation constituait l'objet de la société, la conséquence serait la disparition de la société. Cette hypothèse est tout à fait concevable dans le cas d'une joint-venture formalisée par une société en participation au sein de laquelle une société apporterait le droit de propriété industrielle et l'autre le savoir-faire. Afin d'éviter ce genre de désagrément, nous ne saurions trop inviter le rédacteur d'acte (contrat d'apport ou des statuts) à prévoir les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'un refus d'exécution de l'apport en nature, qu'ils soient volontaires ou involontaires.

2° Les parts ou actions d'industrie

21 - **Les parts confèrent une véritable qualité d'associé.** – Avant la loi LME, le régime des titres en industrie paraissait assez clairement établi et réglé. Aujourd'hui le débat est relancé avec la création d'actions en industrie (cf. *infra*, § 83 et s.). La grande particularité des parts et actions en industrie est qu'elles ne concourent pas à la formation du capital social. Pourtant, la présence d'un associé en industrie modifie les droits des autres associés par rapport au capital social. Ainsi, il viendra se greffer dans le partage des dividendes, le droit au boni de liquidation et, le cas échéant, il disposera de droits de vote. Il vient contredire l'article 1844-1 du Code civil par le jeu de l'exception posée à l'article 1843-2 du même code. Les détenteurs de parts et actions en industrie sont donc bien des associés et actionnaires à part entière. La Cour de cassation l'a d'ailleurs jugé à propos d'une société d'huissiers⁴⁴. Sous le visa de l'article 1844-5 du Code civil, la première chambre civile a refusé de prononcer la dissolution d'une société civile d'huissiers de justice en retenant que la demande de dissolution est recevable seulement s'il ne reste qu'un associé. Or, en l'espèce, la cour d'appel avait précisé qu'il n'y avait plus qu'un associé en capital et avait fait droit à sa demande de dissolution tout en précisant qu'il existait également un associé en industrie. La Cour de cassation a censuré les juges d'appel en décidant que la demande de dissolu-

tion était irrecevable, car l'associé en industrie constitue un véritable associé⁴⁵.

Il convient donc de considérer les titulaires de parts en industrie comme de véritables associés au vu de la loi et dans l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation. Cette solution doit être également retenue pour les titulaires d'actions en industrie dans les sociétés par actions simplifiées.

22 - **Émission des titres en industrie.** – L'émission de parts et actions en industrie entraîne des conséquences directes tant sur les droits patrimoniaux que sur les droits politiques de l'ensemble des associés. Il peut même arriver que les apporteurs en industrie soient privilégiés par rapport aux autres apporteurs. On peut penser par exemple à celui qui apporte un savoir-faire indispensable à l'exploitation d'un droit de propriété industrielle⁴⁶. Dans ce cas il est extrêmement important de préciser dans le contrat d'apport ou dans les statuts les droits de chacun après la réalisation de l'apport en industrie. L'information de l'apporteur et de ses associés est alors primordiale afin que chacun prenne conscience de ses droits propres. L'acte doit préciser les droits et obligations de chacun. Ensuite, il convient de respecter la procédure d'émission de titres en industrie, parts ou actions. Plusieurs hypothèses sont envisageables en fonction de la forme sociale choisie pour réaliser l'activité. Nous n'envisagerons ici que les règles générales d'émission de parts en industrie. L'émission est possible soit au moment de la création de la société, à l'occasion d'une *joint venture* par exemple, soit pendant la vie sociale. Dans les deux cas, les statuts devront mentionner cet apport d'un genre particulier qui ne concourt pas à la formation du capital social. Si l'émission a lieu au moment de la création de la société, alors on devra obtenir l'accord unanime des autres associés qui signent les statuts. Si l'émission a lieu au cours de la vie sociale, alors il sera nécessaire de réunir une assemblée générale extraordinaire pour statuer sur la modification des statuts et l'arrivée d'un associé titulaire de droits financiers et politiques. Dans certains cas, il sera même nécessaire de réunir les conditions propres à l'attribution des avantages particuliers (cf. *infra*, § 83). L'émission de titres en industrie doit suivre la procédure applicable à toutes les émissions de titres et impose de prendre également des précautions particulières pour évaluer ces titres.

23 - **Questions juridiques soulevées par l'évaluation des titres en industrie.** – En premier lieu, l'évaluation de ces parts *ab initio* apparaît délicate et aléatoire, car il est alors question de la plus souvent d'évaluer une activité future et successive (cf. *supra*, § 10). Pourtant, il sera nécessaire de procéder à cette évaluation au moment de l'émission pour déterminer les droits pécuniaires de l'apporteur en industrie notamment. Toutefois, l'évaluation peut s'avérer vaine dans la mesure où la Cour de cassation a jugé en cas de cessation de l'apport, qu'« il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie »⁴⁷. On réservera cependant l'hypothèse où une valeur aurait été attribuée aux parts et actions en industrie et inscrite dans les statuts dans la limite de l'interdiction des clauses léonines visées à l'article 1844-1 du Code civil. En effet, attribuer une valeur à des parts ou actions qui n'en ont pas a priori risque d'entraîner la sanction par le juge. Cependant, un argument de poids vient plaider en faveur d'une évaluation : l'article 227-1 du Code de commerce l'impose pour les sociétés par actions simplifiées (cf. *infra*, § 84). Deux analyses sont alors possibles, soit, on considère que le législateur a prévu une procédure d'exception pour les SAS et que dans les autres sociétés, l'évaluation *ab initio* n'est ni envisagée ni même possible. Soit, seconde hypothèse, il

43. D. Poracchia, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, préc. qui estime que les créanciers sociaux devraient pouvoir faire supporter à l'apporteur défaillant leur préjudice personnel né de l'inexécution de sa prestation, dans la mesure où la jurisprudence admet que l'inexécution d'un contrat peut constituer à l'égard des tiers une faute délictuelle.

44. Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, note D. Poracchia préc.

45. Les termes de la Cour de cassation étaient les suivants : Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait qu'il co-existait un associé, fut-il titulaire de parts en industrie, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles susvisés.

46. Cf. pour un exemple Cass. com., 18 janv. 1971, préc.

47. Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 2005, préc. Solution rendue à l'occasion de la liquidation de la société, mais qui peut être généralisée à toute disparition des apports.

faut voir dans cette précision du législateur une obligation pour les SAS d'une procédure qui n'est que facultative dans les autres formes sociales où l'apport en industrie est possible. Nous préférons opter pour cette seconde hypothèse plus souple et intéressante pour les apporteurs et les associés, prévenant ainsi les conflits qui pourraient naître d'une évaluation tardive, au moment du départ de l'associé. L'évaluation peut n'être qu'une méthode de calcul à utiliser au moment du départ de l'apporteur en industrie et pourrait par exemple être proportionnelle au montant des dividendes perçus ou des bénéfices tirés par la société de l'apport en industrie (sur l'évaluation, cf. *infra*, § 39 et s.).

24 - Obligations à la charge de l'associé en industrie. – La détention de parts ou actions en industrie crée quelques obligations à la charge de l'associé ou de l'actionnaire qui doit notamment rendre des comptes à la société. Ainsi, l'article 1843-3 alinéa 6 prévoit que « L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport ». Cette obligation imposée à l'apporteur en industrie est fréquemment regardée par la pratique et la jurisprudence comme une obligation de non-concurrence ou comme une clause d'exclusivité pesant sur l'apporteur en industrie⁴⁸. Toutefois, en dépit de cette règle, une mention prévoyant une obligation d'exclusivité et de non-concurrence de l'apporteur en industrie dans le contrat d'apport ou les statuts ne sera jamais superflue. Cette clause pourra en outre prévoir les modalités de l'exclusivité et étendre l'obligation de non-concurrence après le départ de l'associé ou actionnaire apporteur en industrie. Elle devra naturellement être limitée dans le temps et l'espace et pourra prévoir, par précaution face à une éventuelle extension de la jurisprudence relative au contrat de travail, une rémunération des obligations d'exclusivité et de non-concurrence. Pour garantir l'effectivité de la non-concurrence consécutive à la sortie de l'associé, il pourra être utile de prévoir en outre une clause pénale dans le contrat d'apport.

B. - Les dispositions à définir dans le contrat d'apport en industrie et les statuts

25 - Contrat d'apport et statuts. – Le contrat d'apport en industrie et les statuts constituent les éléments essentiels à la fois pour l'apporteur, pour la société et pour les coassociés de l'apporteur puisque ce sont eux qui vont devoir déterminer avec le plus de précisions possible les clefs de répartition du pouvoir et des finances dans la société. En outre, ce ne seront pas seulement les droits et obligations pécuniaires et politiques qui y seront définis, ce sont également les caractéristiques des parts et actions ainsi que les conséquences de la sortie de l'associé sur les parts ou actions détenues.

1° Définition et répartition des droits et obligations

26 - Nécessité d'une rédaction minutieuse. – La définition des droits et obligations pécuniaires et politiques attachés aux parts et actions en industrie est particulièrement importante, car elle sera lourde de conséquences pour les autres associés. La rédaction doit être des plus minutieuse pour prévenir tout litige ultérieur entre les associés en capital et en industrie.

a) Droits et obligations pécuniaires

27 - Dispositions légales. – Les droits et obligations pécuniaires auxquels peut prétendre ou est soumis l'associé en industrie en l'absence de précision contractuelle ou statutaire sont définis par le Code civil. Ainsi, l'article 1844-1 dispose que « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de

l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. ». Dans toutes les formes sociales, si rien n'est prévu contractuellement, l'associé en industrie percevra une part de dividendes égale à celle de l'associé qui a apporté le moins. Les SAS suivent un régime doublement particulier (cf. *infra*, § 89). D'une part les droits lors de la liquidation sont régis par l'article L. 237-29 du Code de commerce. D'autre part, il sera possible d'aménager pour cette forme sociale des droits particuliers grâce aux actions de préférence qu'il est possible de créer dès l'origine mais qui devront nécessairement figurer dans les statuts⁴⁹.

L'alinéa 2 de l'article 1843-2 du Code civil prévoit que « Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes ». En revanche, dans les SAS, l'article L. 237-29 l'exclut de ce partage (cf. *infra*, § 90). Ces dispositions sont supplétives et les statuts peuvent en décider autrement. Il conviendra donc, si l'on souhaite associer l'apporteur en industrie au partage du boni de liquidation prévoir le pourcentage de ses droits par une clause des statuts et non dans le contrat d'apport.

28 - Questions. – Quelques questions viennent alors à l'esprit, qu'en est-il d'une société au sein de laquelle le ou les associés n'ont réalisé que des apports en industrie ? Qu'en est-il encore d'une société au sein de laquelle il n'existe que deux associés, l'un en industrie et l'autre en nature ou en numéraire et qu'en sera-t-il d'une société où l'un aura apporté en numéraire et l'autre en nature et en industrie ? La loi n'apporte pas nécessairement une solution satisfaisante en prévoyant une répartition égale à la part de celui qui a apporté le moins. C'est notamment pourquoi il est important de régler ces difficultés contractuellement ou statutairement tout en prenant soin qu'il n'y ait pas d'opposition entre les dispositions du contrat d'apport et celles des statuts. Dans ce cas ce sont les statuts qui priment sur le contrat d'apport dans la mesure où ils régissent les rapports contractuels des associés entre eux et des associés avec la société. À cet égard, au moment de la création de la société, il peut être important d'ajouter aux statuts le contrat d'apports pour lui donner une valeur plus grande et pouvoir s'y reporter. Toutefois il est préférable d'éviter la contradiction entre ces deux documents, car en cas de conflit cela donnerait lieu à interprétation et concourrait à de l'insécurité juridique.

29 - Solutions statutaires. – En principe l'apporteur en industrie n'a droit ni à reprise ni au remboursement de ses apports en industrie⁵⁰. Ce principe s'applique *a priori* aux droits sur les réserves. Toutefois, comme en matière de boni de liquidation ou de distribution de dividendes, les statuts peuvent envisager une répartition différente de ce que prévoit la loi, laquelle est supplétive sur ce point. Les statuts peuvent ainsi décider d'une attribution à l'apporteur en industrie des droits sur les réserves en prévoyant soit une incorporation de réserves, soit une augmentation de capital par incorporation de réserves réservée à celui-ci. De cette manière, l'apporteur en industrie peut bénéficier d'un droit particulier sur une augmentation de capital par incorporation de réserves. Ce droit se fera à concurrence des droits de vote et des droits aux dividendes (cf. *infra*, formules art. 12.1.1).

Si les associés souhaitent réserver l'augmentation de capital à l'apporteur en industrie, il sera nécessaire de réunir une assemblée générale extraordinaire et, dans certains cas, de respecter la procédure des avantages particuliers. La procédure dépendra pour partie de la forme sociale choisie et sera plus lourde s'il s'agit d'une société par actions où l'intervention d'un commissaire aux avantages particuliers sera parfois nécessaire (cf. *infra*, § 83).

30 - Solutions jurisprudentielles. – La jurisprudence a organisé un droit pour l'apporteur en industrie de récupérer des avantages pécuniaires en cas de sortie de la société. Ainsi, dans une décision

48. R. Baillod : *Joly Sociétés, Traité, 1, Apports en industrie, art. préc.*, n° 49 s.

49. R. Baillod : *Joly Sociétés, Traité, 1, Apports en industrie, art. préc.*, n° 49 s.
50. Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 2005, préc.

du 6 décembre 2007, la Cour de cassation a considéré que « le dégagement d'une plus-value de la clientèle due à l'industrie de M^{me} X..., au jour de son retrait, lui conférerait le droit à l'attribution d'une quote-part de cette plus-value, auquel la simple signature du procès-verbal de l'assemblée générale, ne faisant pas état de la cession de clientèle, ne pouvait valoir renonciation »⁵¹. La plus-value due à l'industrie d'un associé doit lui profiter si la société est cédée par la suite. Il s'agit là d'une faculté intéressante qu'il est possible de prévoir dans les statuts pour répartir une éventuelle plus-value de la société au moment de la cession de la société entre tous les associés ayant concouru à la réalisation de cette plus-value (cf. *infra*, § 36). Parmi les différents droits pécuniaires, il est également nécessaire d'envisager les opérations sur le capital. Ainsi, les statuts peuvent envisager les clauses de relution ou de dilution automatique à l'occasion d'une augmentation ou d'une réduction de capital en vue de maintenir et conserver la proportion de la répartition des droits pécuniaires de l'associé apporteur en industrie (cf. *infra*, formules art. 12).

Il s'agira ici encore essentiellement d'une opération portant sur les réserves (cf. *supra*, § 29). S'il s'agissait d'une augmentation de capital sans lien avec les réserves, une autre rédaction contractuelle devrait être envisagée pour désigner l'apporteur en industrie comme bénéficiaire de l'augmentation de capital grâce à une utilisation, une suppression ou une renonciation du droit préférentiel de souscription⁵².

Concernant la contribution aux pertes, la loi prévoit que la contribution est égale à celle de l'associé en capital qui a apporté le moins. En fonction de l'importance de l'apport en industrie, il pourra être prévu une répartition différente sous la réserve des clauses léonines de l'article 1844-1 du Code civil. L'interdiction des clauses léonines vise non seulement les statuts, mais également les clauses contenues dans des actes postérieurs⁵³. Ainsi, il sera prudent, que ce soit dans les statuts ou le contrat d'apport, de ne pas prendre le risque d'une qualification léonine de la clause de répartition des bénéfices ou de contribution aux pertes.

On peut également noter que l'associé peut détenir simultanément des droits en capital et en industrie. Dans ce cas, il percevra des dividendes et contribuera aux pertes au titre des deux catégories de titres qu'il détiendra. En outre, qu'il soit question de récupérer une plus-value à l'occasion du départ de l'associé ou à l'occasion d'une opération sur le capital ou encore de la contribution aux pertes, l'ensemble s'appliquera respectivement aux titres d'industrie et aux titres de capital.

Si l'évaluation des parts en industrie a été prévue de manière récurrente indépendamment d'une modification du capital (elle n'entre pas dans la formation du capital social), il est indispensable de prévoir une clause de variation (cf. *infra*, formules art. 1, 4.2, 6.2, 7.2, 8, 10).

En effet, sans cette clause, il sera nécessaire d'obtenir l'accord de l'apporteur en industrie pour chaque modification et son accord sera d'autant plus difficile à obtenir que ses droits seront parfois revus à la baisse. Il convient encore de prendre garde à ce que la clause de variation envisage des critères objectifs d'évaluation ou le recours à un tiers indépendant. Dans le cas contraire, la clause risquerait d'être qualifiée de potestative et d'être jugée non écrite en cas de litige.

En outre, il pourra, et cela s'avère fort utile en pratique, être prévu une clause de remboursement des frais engagés par l'apporteur en industrie, de préférence dans le contrat d'apport moins public que les statuts. Ces frais pourront être de toute nature, depuis les frais de représentation jusqu'aux frais de déplacement en passant par le remboursement des frais de restauration. L'on notera avec inté-

rêt qu'il ne devra s'agir que de remboursement et non d'avance pour éviter tout contentieux ultérieur et en se référant aux règles concernant les comptes courants d'associés qui ne doivent jamais être débiteurs pour l'associé. Enfin, pour accorder une valeur initiale aux titres en industrie et s'assurer de l'effectivité de l'apport, il est possible d'insérer une clause pénale dans le contrat d'apport. Par ailleurs, il est également conseillé de prévoir des clauses de reporting ou de rédition des comptes dans le contrat d'apport. Ces rapports pourraient être confiés à trois personnes, l'apporteur lui-même, un expert indépendant⁵⁴ ou enfin au dirigeant de la société qui présentera en tout état de cause le rapport à l'assemblée générale. La régularité des rapports peut constituer une base saine de départ et de poursuite des relations entre l'associé apporteur en industrie et la société. Si le rapport doit être établi par l'apporteur lui-même, il peut être utile, le cas échéant, de prévoir une clause pénale pour s'assurer de l'effectivité et de la réalité du reporting dans les délais prévus dès l'origine (cf. *infra*, formules art. 4).

Cette obligation s'inscrit alors dans ses droits et obligations à caractère politique.

b) Droits et obligations politiques

31 - Droits et obligations légales. – Le Code civil prévoit pour les droits politiques de l'apporteur en industrie des droits identiques à ceux de l'associé qui a apporté le moins sous réserve d'aménagements statutaires. L'apporteur dont l'industrie serait fondamentale pour la société, savoir-faire par exemple, pourrait obtenir en contrepartie de son apport une participation supérieure au minimum légal. L'associé en industrie est un véritable associé, il a donc le droit de voter et de participer aux décisions collectives ou encore d'être informé. Une telle possibilité est prévue par la loi à l'article 1844 du Code civil en ces termes « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». En interprétant cet article, la Cour de cassation a ajouté que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi* »⁵⁵. Dès lors, à l'occasion de l'arrivée de l'apporteur en industrie dans la société, il devra être prévu dans les statuts ou le contrat d'apport une condition suspensive de validation des stipulations par l'assemblée générale en présence de l'associé apporteur. Si la société envisage de déterminer les conditions de l'apport, la présence de l'apporteur pourrait être un élément déterminant pour obtenir son acceptation définitive et prévenir un éventuel conflit relatif à l'exécution forcée de l'apport.

32 - Aménagements contractuels. – La présence de titres en industrie doit nécessairement figurer dans les statuts (cf. *supra*, § 7). Des clauses statutaires pourront préciser et compléter les droits et obligations des associés en industrie. Il pourra notamment s'agir d'une obligation de confidentialité (cf. *infra*, formules art. 15), et ou d'une obligation d'exclusivité (cf. *infra*, formules art. 14.2).

En effet, même si, en principe, confidentialité et exclusivité font partie des obligations de l'associé en industrie, l'absence d'exclusivité est en revanche de la nature de l'association.

Remarque : Ainsi, si l'on envisage une *joint venture* mettant en œuvre une concession de licence de brevet et un apport de savoir-faire, il est évident que le concédant devra pouvoir apporter du savoir-faire à un autre éventuel concessionnaire de licence de brevet, lequel pourra être une autre société. Aussi, il sera parfois utile de prévoir les obligations tenant à la confidentialité et à l'exclusivité tant pour l'apporteur en industrie que pour la société bénéficiaire de l'apport, le rapport d'obligation de confidentialité pouvant jouer dans les deux sens.

51. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, n° 05-17.090.

52. Avec la réserve dans les SAS et SCA du droit préférentiel de souscription des associés présents.

53. Jurisprudence constante, cf. notamment CA Paris, 22 oct. 1996 : JCP G 1997, I, 4012, n° 3, obs. J.-J. Caussain et A. Viandier.

54. Solution à préférer dans l'hypothèse d'une *joint-venture* importante.

55. Cass. com., 23 oct. 2007, d'Hem c/ Lacquay : Rev. sociétés, n° 4/2007 p. 814, note P. Le Cannu ; D. 2008, n° 23 p. 1563 note J. Paillusse ; Bull. Joly Sociétés, 2008, § 23, p. 101 note D. Schmidt ; JCP E 2008, 22 nov. 2007, n° 2433 note A. Viandier ; RJDA 1/08, p. 3, note J.-P. Dom.

Les statuts peuvent aménager les droits non prévus par le Code civil. Ainsi, il sera intéressant, le cas échéant, de prévoir des droits de vote double ou un droit de veto pour les décisions concernant les délibérations touchant aux apports en industrie (cf. *infra*, formules art. 2.3) ou encore aux caractéristiques négociées des parts ou actions en industrie.

2° Caractéristiques des parts ou actions d'industrie

33 - **Plan.** – Quatre aspects des actions ou parts en industrie doivent être abordés pour éviter les conflits relatifs à la sortie de l'associé apporteur en industrie : la durée des titres pour lesquels il conviendra selon la forme de la structure choisie de préférer soit une durée déterminée, soit une durée indéterminée ; l'inaliénabilité et les conséquences y afférent et notamment la possibilité de créer une sureté sur les titres ; le sort accordé à ces titres en cas d'opération complexe sur la société les ayant émis (fusion, acquisition, joint-venture...) et enfin, la sortie volontaire ou non de l'apporteur.

a) Durée

34 - **Durée des titres.** – La durée des titres doit être envisagée dès la création des actions ou parts en industrie. En premier lieu, il convient de prendre garde à la durée prévue dans les statuts ou dans le contrat d'apport. En effet, dans cette hypothèse et dans certaines formes de société, la jurisprudence pourrait y voir un engagement perpétuel prohibé notamment dans les pactes d'actionnaires⁵⁶. Toutefois, une analyse de la pratique permet de considérer deux hypothèses en fonction de la forme sociale choisie. Si la société est une société civile professionnelle, la pratique de ces sociétés tend à privilégier les apports et titres en industrie à durée indéterminée, mais dans ce cas, il convient de prévoir les conditions et modalités de sortie de l'associé apporteur en industrie. Si, au contraire, la société est une société par actions voire une SARL, alors la pratique conseille de prévoir une durée déterminée pour les parts ou actions en industrie. En effet, l'apport en industrie et les titres ne dureront que le temps du projet industriel et au plus jusqu'à la fin de l'exercice suivant. La durée envisagée pour le projet industriel visé devrait correspondre à celle des parts ou actions en industrie (cf. *infra*, formules art. 1).

Ainsi, et pour beaucoup, la durée des titres dépendra de la cause et de l'objet de l'apport en industrie. Il sera par ailleurs possible, lorsque la durée est indéterminée, de se référer pour la durée de vie des titres au reporting réalisé régulièrement et considérer que si le reporting soulève l'ineffectivité de l'apport à un certain moment, il sera alors possible de mettre fin à l'apport en industrie par destruction de ces titres inaliénables par nature.

b) Place des titres dans le commerce juridique

35 - **Aménagement de l'inaliénabilité.** – Les parts et actions en industrie sont par nature inaliénables. Toutefois, il est possible de concevoir en dépit de l'inaliénabilité une sorte de garantie, saisie conservatoire et nantissement au moins partiel, sur les titres en industrie. Ainsi, il serait possible de donner en garantie des parts en industrie avec une possibilité pour le créancier d'en récupérer les fruits comme en matière par exemple de saisies sur salaire. Les fruits des titres en industrie pourraient de la même manière que le salaire être saisis. La valeur de cette sureté dépendrait naturellement de la nature de l'apport en industrie et notamment de son effectivité et de l'importance qu'il représente dans la société (cf. *infra*, § 86). Pour prévenir une éventuelle intervention des tiers au sein de la société, il peut être prévu à l'inverse une clause interdisant tout nantissement sur les titres en industrie. Dans cette hypothèse, l'associé est dépossédé de ses droits aux dividendes mais conserve la propriété de ses parts ou actions en industrie, ne dérogeant pas au principe d'inaliénabilité des parts ou actions en indus-

trie. On pourrait même envisager pour les titres autres que les actions une interdiction de sortie de la société accompagnée d'une clause pénale. À partir de l'instant où cette option est limitée dans le temps on ne peut pas invoquer un engagement perpétuel. La saisie et le nantissement seraient limités aux droits financiers accordés à l'apporteur. En effet, si on les étendait aux droits politiques, il apparaîtrait un risque lié à la dépossession totale des parts en industrie pouvant s'analyser comme une aliénation interdite. Pourtant si les titres sont inaliénables, il est possible de prévoir le sort de l'apporteur en industrie en cas d'opération complexe affectant la société émettrice des parts ou actions.

c) Conséquences des opérations complexes

36 - **Conséquences d'une fusion ou acquisition.** – Il est possible par convention d'aménager les conséquences d'une fusion ou d'une acquisition pour l'apporteur en industrie. Deux hypothèses doivent être envisagées, soit la société émettrice est absorbante, soit elle est absorbée. Si la société émettrice est l'absorbante, les statuts ou le contrat d'émission ont pu prévoir une clause de relution permettant à l'apporteur en industrie de conserver sa participation dans la nouvelle structure. Si au contraire la société émettrice est absorbée, la situation est un petit peu plus complexe pour l'apporteur en industrie. En premier lieu, il pourra appartenir aux associés, actionnaires, majoritaires de négocier le sort de l'apporteur en industrie si cela est prévu par les statuts ou le contrat d'apport. Il est préférable de le mentionner dans le cas d'apport et le cas échéant de l'assortir d'une clause pénale. Si rien n'est prévu dans le contrat d'apport ou dans les statuts, la situation de l'apporteur sera précaire car l'absorbant pourra l'exclure sans indemnité. En second lieu, lorsque les majoritaires ne pourront pas négocier avec l'absorbante, les statuts pourront prévoir seulement une clause d'indemnisation comprenant deux éléments, l'indemnisation d'une part et la parité des changes, d'autre part. Si l'opération consiste en une cession de contrôle, les statuts ou le contrat d'apport peuvent prévoir une clause de sortie commune qui aura pour effet de créer une situation favorable pour l'apporteur mais pas toujours pour les autres associés. Cette clause aura pu envisager soit l'annulation des parts en industrie avec une compensation pour l'apporteur, soit une conservation des parts de l'apporteur avec maintien de l'apporteur dans la société cédée, ce dernier pouvant, au contraire préférer quitter la société.

d) Sortie de l'apporteur

37 - **Sortie volontaire de l'apporteur.** – L'associé en industrie peut choisir de quitter volontairement la société après avoir apporté son industrie pendant une durée prédéterminée ou simplement parce qu'il ne souhaite plus être associé. Deux hypothèses sont alors envisageables, soit il part alors que rien n'était prévu, il n'a en principe droit à rien et ses parts ou actions sont supprimées, soit son départ était prévu par une clause de retrait volontaire.

Dans la première hypothèse, si rien n'a été prévu dans les statuts concernant la date de départ, il faut alors considérer que l'associé doit respecter un délai raisonnable pour quitter la société. En effet, un départ trop rapide risque de causer un préjudice à la société. D'ailleurs, il peut être prudent au moment de la conclusion du contrat d'apport ou de la rédaction des statuts de prévoir une clause pénale sanctionnant un départ trop brusque de l'associé en industrie. Il convient de ne pas perdre de vue que l'associé en industrie pourra prétendre à une éventuelle plus-value si la société est cédée⁵⁷ (cf. *supra*, § 30).

Il est plus prudent de prévoir une clause de retrait volontaire, ce qui constitue la seconde hypothèse, prenant en considération la durée des parts. Il convient alors de distinguer encore une fois le départ volontaire lorsque le contrat prévoit une durée déterminée, d'une part, ou lorsqu'il prévoit une durée indéterminée d'autre part.

56. Cass. com., 6 nov. 2007, préc.

57. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, préc.

En effet, il est alors possible de prévoir dans les statuts toutes les conséquences du départ que l'associé soit présent pour une durée déterminée ou non.

Exemple : Si l'associé apporte à la fois un brevet (apport en nature) et le savoir-faire (apport en industrie) permettant l'exploitation industrielle de l'invention, il est possible d'envisager que l'apporteur en industrie conservera ses titres en industrie le temps de la mise en service du brevet et qu'à l'issue de cette période, déterminée ou non, il perdra sa qualité d'apporteur en industrie mais conservera celle d'apporteur en nature. Le départ pourra également être lié à l'obligation de reporting envisagée précédemment (cf. *supra*, § 30).

Les droits de l'apporteur en industrie à l'occasion de sa sortie sont quasiment inexistantes si rien n'a été prévu par le contrat d'apport ou les statuts et ce n'est qu'à l'occasion d'une action en justice allant jusqu'à la Cour de cassation⁵⁸ qu'il pourra éventuellement obtenir une indemnisation. La solution est encore plus incertaine lorsque la sortie lui est imposée par une clause de retrait forcée.

38 - Retrait imposé. – La clause de retrait forcée pourrait être analysée comme une clause d'exclusion. Si une telle clause ne pose pas de problème de principe, son utilisation nécessite de respecter certaines conditions.

Exemple : À titre d'exemple, il est envisageable de prévoir le retrait forcé d'un associé qui aurait apporté son savoir-faire et dont ce savoir-faire serait dépassé. Il est également possible de prévoir le retrait forcé d'un associé qui perdrait la qualité justifiant sa qualité d'associé tel que l'aptitude à une profession. Dans cette hypothèse de retrait forcé, il sera également prudent de prévoir les conditions financières de la sortie.

En outre, si l'associé en industrie est également associé au capital, les conséquences de l'exclusion en sa qualité d'apporteur en industrie sur sa qualité d'apporteur en capital devront aussi être envisagées. En effet, il semble délicat de conserver comme associé en capital une personne exclue comme associé en industrie. La clause de retrait doit être insérée dans les statuts, les raisons de l'exclusion doivent être objectives et devront être appréciées par l'AGE, celle-ci doit respecter le principe du contradictoire et entendre l'associé à exclure. En effet, il convient d'être prudent et de respecter les principes de procédure s'appliquant en matière de sanction. Les conséquences de la mise en œuvre de cette clause d'exclusion sont d'une part, l'annulation des parts ou actions en industrie et, d'autre part, une obligation de modifier les statuts. La liquidation de la société implique également une sortie forcée. Dans cette hypothèse, l'associé pourra participer au boni de liquidation si cela a été prévu par les statuts (cf. *supra*, § 27).

C. - Évaluation

39 - Formes sociales étudiées. – La question de l'évaluation se pose en présence d'apports en industrie dans toutes les formes de société où ceux-ci sont envisageables : principalement dans une société en commandite par actions⁵⁹, une société à responsabilité limitée ou, plus récemment, dans une société par actions simplifiée. C'est dans ce dernier contexte que nous inscrivons nos analyses.

1° Incidence du contexte juridique sur l'évaluation

40 - Évaluation des actions ou des apports en industrie ? – Lors de l'émission d'actions résultant d'apports en industrie dans une

société par actions simplifiées, l'article L. 227-1 du Code de commerce précise que : « Les statuts déterminent les modalités de souscription et de répartition de ces actions. Ils fixent également le délai au terme duquel, après leur émission, ces actions font l'objet d'une évaluation dans les conditions prévues à l'article L. 225-8. ». D'après plusieurs auteurs, il semble que ce texte, qui prévoit l'évaluation des actions, ne serait pas correctement rédigé : il s'agirait vraisemblablement de l'évaluation des apports⁶⁰. En effet, il ne semble pas pertinent de viser l'évaluation des actions d'industrie⁶¹ car, de façon générale, la valeur d'actions émises en rémunération d'apports (au sens large) dépend uniquement des caractéristiques de ces actions, à savoir des perspectives de dividendes futurs, du droit sur l'éventuel boni de liquidation, de l'éventuelle plus-value future (non applicable en cas d'actions d'industrie en raison de leur caractère inaliénable), etc. La valeur des actions émises ne dépend donc pas de la valeur des apports effectués. C'est le nombre d'actions émises qui dépend de la valeur des apports.

Exemple : Si, d'une part, la valeur des apports est de 100 et si, d'autre part, la valeur des actions à émettre est de 5, il faudra alors émettre 20 actions pour que la rémunération des apports soit équitable.

L'article L. 227-1 renvoie à l'article L. 225-8 qui précise les conditions et la nature de la mission du ou des commissaires aux apports en cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers. Dans ce type de mission, les commissaires aux apports ne se prononcent que sur la valeur des apports⁶². L'article L.227-1 semble donc bien viser à tort l'évaluation des actions. Pour autant, la question de la valeur des actions d'industrie est essentielle et fait l'objet de développements (cf. *infra*, § 47 et s.).

41 - L'évaluation nécessaire, en pratique, des apports et des actions d'industrie lors de leur émission. – L'article L. 227-1, alinéa 4, renvoie à l'article L. 225-8 pour préciser que l'évaluation doit intervenir dans un délai défini par les statuts, c'est-à-dire nécessairement après l'émission. Le terme « évaluation » semble peu approprié ici car l'article L. 225-8 évoque la mission du commissaire aux apports dont le rôle est d'apprécier la valeur des apports. Son rôle n'est pas d'évaluer mais de contrôler la valeur des apports. L'évaluation incombe aux parties en présence, à savoir, d'un côté, l'apporteur et, de l'autre, les dirigeants de la société bénéficiaire des apports en industrie. On conçoit mal que, en pratique, ces parties s'engagent dans une opération d'apports sans connaître, au moins approximativement, d'une part, la valeur des apports et, d'autre part, la valeur des actions d'industrie représentant ces apports, au risque de s'engager dans une opération potentiellement très déséquilibrée. Serait-il raisonnable d'attribuer des actions d'industrie conférant un droit à dividende significatif sans apprécier le montant de revenus futurs que peut générer l'apport d'un savoir-faire ? La valeur de l'apport en industrie doit correspondre au total.

42 - Évaluation ultérieure des apports en industrie et, selon nous, des actions en industrie. – L'apport en industrie étant le plus souvent un apport à exécution successive, cela a probablement incité le législateur à prévoir une évaluation des apports à un terme défini par les statuts, étant précisé que les statuts peuvent aussi prévoir le renouvellement de cette évaluation (par exemple tous les deux ans). Cette exigence d'actualisation de valeurs pourrait aussi trouver son origine dans un principe du droit commun des apports en industrie prévu par l'article 1843-3, dernier alinéa, du Code civil : « L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la

60. V. par exemple, T. Massart, *La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus* : Bull. Joly Sociétés 2008, p. 638.

61. Le terme d'« actions d'industrie » n'a pas d'existence légale. Il permet de distinguer ces actions des actions de capital, et de s'inspirer de la terminologie des « parts d'industrie » utilisée dans les sociétés à responsabilité limitée et les SARL.

62. À la différence des commissaires à la scission ou à la fusion qui se prononcent aussi sur le caractère équitable de la rémunération des apports.

58. Les juridictions du fond refusant le plus souvent une quelconque indemnisation.

59. En cas d'apport par les associés commandités uniquement, V. S. Schiller, *L'évaluation de la préférence* : Rev. sociétés 2006, p. 703 et s.

société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport. ». Cette actualisation permet d'ajuster ensuite, après l'émission des actions, le nombre de droits à dividendes que représentent les actions en cause ou le nombre d'actions émises.

Exemple : Prolongeons l'exemple exposé *supra*, § 40 :

- lors de l'apport en industrie, les parties en présence estiment la valeur des apports à 100 et la valeur des actions d'industrie à émettre à 5, il est donc décidé d'émettre 20 actions pour que la rémunération des apports soit équitable, du moins en première approche, avant l'intervention du commissaire aux apports prévue deux ans après l'émission ;

- deux ans après l'émission, les parties en présence évaluent, sous le contrôle du commissaire aux apports, la valeur des apports à 300 et la valeur des actions d'industrie (évaluée séparément, cf. *infra*, § 43 et s.) à 10. En théorie, il conviendrait d'émettre 30 actions d'industrie pour que la rémunération des apports soit équitable. Il peut donc être décidé, selon ce qui a été prévu dans les statuts (et sans que les solutions proposées ci-dessous ne soient exhaustives) :

* d'émettre 10 actions d'industrie supplémentaires au profit de l'apporteur ;

* d'émettre 10 actions d'industrie supplémentaires et, en plus, d'octroyer une indemnité (indemnité considérée juridiquement comme une rémunération, pour le traitement fiscal, cf. *infra*, § 54 et s.) à l'apporteur pour compenser l'insuffisance de rémunération qu'il a subie pendant les deux premières années ;

* d'augmenter les droits à dividendes que représentent les 20 actions d'industrie actuellement détenues par l'apporteur afin de porter leur valeur unitaire de 10 à 15, afin que leur valeur globale ($20 \times 15 = 300$) corresponde à la valeur des apports (300).

Cet exemple illustre la nécessité, lorsque la société procède à l'actualisation de l'évaluation initiale, réalisée lors de l'émission des actions, d'effectuer à la fois l'évaluation des apports et celle des actions d'industrie.

2° Évaluation des apports en industrie

43 - **La pertinence d'une approche multicritères lors de l'évaluation initiale, au moment de l'apport en industrie.** – Comme en matière d'évaluation d'entreprises, il est recommandé de mettre en œuvre plusieurs approches d'évaluation pour apprécier la valeur des apports en industrie.

44 - **L'approche d'évaluation intrinsèque** repose sur l'idée qu'un bien vaut ce qu'il rapporte. Dès lors, l'appréciation de la valeur des apports passera par la mise en œuvre de la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie futurs (*Discounted Cash Flows ou DCF*), que connaissent bien les praticiens⁶³. Elle consiste à estimer les flux de trésorerie futurs générés par les apports et à les actualiser à un taux déterminé en tenant compte du niveau de risque associé à la réalisation des flux. Ceux-ci doivent être diminués de l'éventuelle rémunération salariale versée par la société à l'apporteur (sur la possibilité de combiner un statut de salarié et d'apporteur en industrie, cf. *supra*, § 14). Une telle situation, combinant des revenus sous forme de dividendes et de salaires, se rencontre parfois et a d'ailleurs été évoquée, sur le plan fiscal, lors d'une réponse ministérielle⁶⁴.

45 - **L'approche d'évaluation analogique** consiste à estimer combien l'entreprise aurait dû dépenser d'argent pour obtenir des avantages similaires à ceux procurés par les apports en industrie.

Exemple : Si les apports portent sur un apport de savoir-faire technique, l'entreprise considérera qu'elle aurait dû embaucher des ingénieurs, payés à un certain niveau de salaire et pendant une certaine durée. La détermination de la valeur actuelle de ces dépenses donnera une estimation de valeur de l'apport.

46 - **Lorsque l'évaluation intervient postérieurement aux apports**, il convient de déterminer, d'une part, le montant des bénéfices réellement procurés par les apports depuis la date de l'apport, et, d'autre part, la valeur des bénéfices futurs que ceux-ci généreront, en l'estimant grâce aux méthodes employées lors de l'évaluation initiale des apports.

3° Évaluation des actions d'industrie

47 - **L'évaluation des droits pécuniaires attachés aux actions d'industrie** s'effectue idéalement grâce à la méthode d'actualisation des flux de trésorerie (DCF). Cette méthode permet d'estimer la valeur actuelle de chaque paramètre caractérisant les droits pécuniaires : les dividendes futurs surtout mais aussi, du moins si la probabilité de leur versement est forte, le droit sur le boni de liquidation et/ou l'éventuelle indemnité d'annulation qui sera versée en cas de retrait ou d'exclusion de l'apporteur en industrie. Cette méthode, répandue, permet d'évaluer les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote ou les titres participatifs ; elle permet aussi aujourd'hui d'évaluer les droits pécuniaires attachés aux actions de préférence.

48 - **L'évaluation des droits politiques, le droit de vote notamment, attachés aux actions d'industrie** est plus délicate. La seule solution pour évaluer cette composante consiste à mettre en œuvre des méthodes inductives, fondées sur l'extrapolation de situations (opération publique de retrait, opération publique d'échange, opération publique d'achat...) où des titres assortis de prérogatives politiques particulières (par exemple des titres d'associés commandités et commanditaires) ont dû faire l'objet d'une évaluation⁶⁵. De même, l'extrapolation des valeurs de marché des certificats d'investissement et de droit de vote d'une part, et des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote d'autre part, lorsque de tels titres étaient cotés, jusqu'à l'ordonnance de 2004 instaurant les actions de préférence, permet une évaluation du droit de vote. En effet, en évaluant l'avantage pécuniaire attaché aux actions à dividendes prioritaires par la méthode des DCF, il est possible de déduire la valeur des droits de vote par observation du cours des actions ordinaires sur le marché⁶⁶.

49 - **Incidence de l'inaliénabilité sur la valeur.** – Les actions d'industrie sont caractérisées notamment par leur inaliénabilité. Une décision de la Cour de Cassation portant sur l'incidence d'une clause d'inaliénabilité sur la valeur de titres non cotés a été publiée⁶⁷. Selon cette décision, « la limite apportée par le donateur à la liberté de disposer des titres donnés n'affecte pas leur valeur vénale réelle ». Cette décision, peut-être motivée par la crainte de la fraude, a été critiquée par plusieurs commentateurs⁶⁸. Elle diverge de la position des praticiens qui, en pareille situation, appliquent une décote d'illiquidité pouvant représenter 20 à 30 %.

D. - Régime comptable

50 - **Faible incidence comptable.** – Dans toutes les formes de société où les apports en industrie sont envisageables, ceux-ci ne

63. V. à ce sujet les travaux de la Société française des évaluateurs : www.sfev.org

64. Rép. min. Éco. Fin. et Ind. n° 74869 à M^{me} Marguerite Lamour : JOAN Q, 15 août 2006, p. 8562.

65. Ces situations sont rares ; il y est parfois fait référence pour l'évaluation d'actions de préférence. Citons par exemple : la fusion-absorption de la SCA Yves Saint Laurent par Sanofi, l'OPA de Kingfisher sur la SCA Castorama en 2002, l'OPR sur les actions à dividende prioritaire Legrand en 2003.

66. Sur cette base, des auteurs ont estimé la valeur du droit de vote à 20 % de la valeur de l'action ordinaire, V. S. Schiller, *L'évaluation de la préférence*, art. préc.

67. Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-12.939 : Rev. sociétés 2008, p. 184, note S. Schiller.

68. V. S. Schiller, *Commentaire de l'arrêt du 6 février 2007* : Rev. sociétés 2008, p. 184 et s.

concourent pas à la formation du capital d'après l'article 1843-2 du Code civil. Il en résulte qu'un apport en industrie donne lieu à l'émission d'actions mais n'a pas d'incidence comptable.

Exemple : Le processus peut être illustré de la manière suivante : une SAS ayant un capital composé de 900 actions de numéraire d'une valeur nominale de 10 euros chacune dispose d'un capital de 9 000 euros. Si cette SAS émet par ailleurs 100 actions rémunérant des apports en industrie, le capital social restera de 9 000 euros, mais les droits aux dividendes et les droits de vote seront calculés sur la base de 1 000 actions.

E. - Régime fiscal

51 - **Un régime qui mérite d'être précisé.** – Le régime des apports en industrie reste, à ce jour, peu ou pas encadré au plan fiscal. En effet, à l'exception de quelques textes isolés qui abordent sommairement la question, comme c'est le cas en matière de droits d'enregistrement, ni le législateur, ni l'administration fiscale ne se sont prononcés sur le régime fiscal des parts ou actions en industrie. Si, en matière d'impôt sur le revenu, cette absence de prise de position pouvait se comprendre à l'époque où ce type d'apport n'intervenait qu'au profit de sociétés relevant du régime des sociétés de personnes, il en va autrement depuis que ces apports ont été étendus aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Or, force est de constater qu'à l'exception d'une réponse ministérielle⁶⁹ dont la portée reste en pratique limitée, l'administration fiscale n'a toujours pas clarifié le régime d'imposition des bénéfices revenant à l'apporteur en industrie ou encore la situation des apporteurs personnes physiques au regard de l'impôt de solidarité sur la fortune. Au vu des éléments établis et sur la base de notre analyse des différentes situations, le régime fiscal des apports en industrie au regard des droits d'enregistrement, de l'impôt sur le revenu et de l'impôt de solidarité sur la fortune appelle de notre part les réflexions suivantes.

1° Régime fiscal des apports en industrie au regard des droits d'enregistrement

52 - **L'apport en industrie, une catégorie de l'apport à titre pur et simple.** – Aux termes de la doctrine administrative (7 H 2213 du 1^{er} septembre 1999), les apports en industrie représentent, au même titre que les apports en espèce ou en nature, une catégorie d'apports à titre pur et simple. En effet, l'apport à titre pur et simple est défini par la doctrine administrative comme celui « (...) qui confère à l'apporteur, en échange de sa mise, de simples droits sociaux, exposés à tous les risques de l'entreprise et notamment à la perte de cette mise ».

L'administration ajoute que l'apport à titre pur et simple doit être soumis au droit fixe, sans plus de précision. Dès lors toutefois que l'apport en industrie exclut toute participation au capital, la question qui se pose est celle de savoir de quel droit fixe il s'agit. En effet, le droit fixe applicable aux apports en société réalisés en cours de vie sociale est codifié sous l'article 810 du Code général des impôts. Le droit fixe dont il est question dans ce cas est dû à raison de l'augmentation, par la société, de son capital social à l'occasion et en conséquence de l'apport dont elle bénéficie. Or, dans le cas d'un apport en industrie, la société ne va pas augmenter son capital social mais seulement émettre des parts ou actions qui, en contrepartie de l'engagement pris par l'apporteur d'apporter son « industrie », confèrent à ce dernier un droit de vote et un droit aux dividendes. Dans ces conditions, il nous semble que l'apport, s'il doit être soumis au droit fixe, comme le préconise l'administration, ne peut l'être en application de l'article 810 du Code général des impôts, mais en application de l'article 680 du Code général des impôts, qui prévoit que « tous les actes qui ne se trouvent ni exoné-

rés, ni traités par un autre article du présent code et qui ne peuvent donner lieu à une imposition proportionnelle ou progressive sont soumis à une imposition fixe de 125 € ». Sur la base de cet article, le contrat d'apport devrait être présenté à l'enregistrement et donner ouverture au paiement du droit fixe de 125 €.

2° Régime fiscal des apports en industrie au regard de l'impôt sur le revenu

53 - Au regard de l'impôt sur le revenu, le régime fiscal des sommes reçues par l'apporteur à raison de sa qualité d'associé, de même que les sommes éventuellement perçues, à titre d'indemnité, lors de son retrait de la société, dépend de la qualité de l'apporteur et, si celui-ci est ou non une personne physique, de la forme et du régime fiscal de la société bénéficiaire de l'apport.

a) Apporteur personne physique

54 - **L'apport en industrie : outil de rémunération du travail.** – L'apport en industrie se traduit généralement par un travail effectué par l'apporteur pour le compte de la société bénéficiaire de l'apport. Fréquemment utilisés dans les structures qui exercent une activité de conseil, de services ou une profession libérale, les apports en industrie ont vocation à réunir, au sein d'une société, les compétences et l'expérience de chacun des apporteurs en industrie.

Cet apport, d'une nature bien spécifique, ne soulève pas de question particulière lorsqu'il est consenti au profit d'une société de personnes (généralement une société civile professionnelle), dans la mesure où la rémunération des fonctions exercées au sein de l'entreprise n'est pas soumise à un régime différent du bénéfice réalisé par la structure et réparti entre les associés. Il en va autrement lorsque l'industrie est apportée à une société de capitaux. Dans cette hypothèse, en effet, une distinction doit être faite entre la rémunération du « travail » et la rémunération de l'investissement en « capital », – bien que cette terminologie soit, *stricto sensu*, inadaptée si l'on considère le fait que l'apport en industrie ne donne pas lieu à une augmentation de capital de la société bénéficiaire – dès lors que ces rémunérations sont soumises à un régime fiscal propre.

Au-delà de la forme sociale de la société à laquelle les apports en industrie sont consentis, c'est le régime fiscal de la société bénéficiaire de l'apport qui va dicter le régime d'imposition de l'apporteur en industrie personne physique.

1) Apport au profit d'une société de personnes

55 - **La translucidité fiscale au service d'un régime sans équivoque.** – Aux termes de l'article 8 du Code général des impôts, les associés de sociétés de personnes sont personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part des bénéfices sociaux qui leur reviennent. Les bénéfices sociaux (ou les pertes, selon le cas), s'ils sont déterminés au niveau de la société, sont, au plan fiscal, automatiquement attribués aux associés à la clôture de chaque exercice et fiscalisés entre leurs mains de la même manière que s'ils avaient été réalisés à titre individuel. Les rémunérations servies aux associés sont donc prises en compte pour la détermination du bénéfice qui est réparti entre eux. Les bénéfices (ou pertes) sont déterminés selon les règles applicables aux exploitants individuels, en appliquant les règles propres à la catégorie de revenus dont relève l'activité de la société. Partant, si l'activité de la société est une activité libérale, le bénéfice revenant à l'associé sera déterminé selon les règles applicables en matière de bénéfices non commerciaux et la quote-part de bénéfices lui revenant sera soumise à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices non commerciaux.

Lors de son retrait de la société, l'associé, s'il perçoit une indemnité pour compenser la perte de revenus jusqu'au terme prévu de son association, sera imposé sur le montant perçu, selon le même régime que ses autres revenus d'activités.

69. Rép. min. Marguerite Lamour, 15 août 2006 (AN n° 74869) préc. relative à la situation des SARL soumises à l'impôt sur les sociétés.