



HAL
open science

L'association du travail au capital: de l'échec de l'intégration à la conversion

Karim El Kdim

► **To cite this version:**

Karim El Kdim. L'association du travail au capital: de l'échec de l'intégration à la conversion. Droit. Université de Limoges, 2023. Français. NNT : 2023LIMO0087 . tel-04540427

HAL Id: tel-04540427

<https://theses.hal.science/tel-04540427v1>

Submitted on 10 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Limoges

ED 655 - Gouvernance des Institutions et des Organisations (GIO)

Centre de Recherches sur l'Entreprise, les Organisations et le Patrimoine

Thèse pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Limoges
Droit privé, Sciences criminelles

Présentée et soutenue par

Karim El Kdim

Le 14 décembre 2023

L'association du travail au capital social : de l'échec de l'intégration à la conversion

Thèse dirigée par Monsieur Marcel Bayle, Professeur des Universités et Monsieur Thierry Leobon, Maître de conférences

JURY

Présidente

Madame **Gulsen Yildirim**, *Professeur des Universités, Université de Limoges*

Suffragant

Monsieur **Pascal Rubellin**, *Maitre de Conférences HDR, Université de Poitiers*

Rapporteurs

Madame **Sophie Prétot**, *Professeur des Universités, Université Clermont-Auvergne*

Madame **Françoise Le Fichant**, *Maîtresse de Conférences HDR, Vice-présidente de l'université de Nantes*



À mes parents

« *Comment gravirais-je le mieux la montagne ? Monte, et n'y pense pas* »

Frédéric Nietzsche

Remerciements

Je remercie infiniment mes codirecteurs de thèse le Professeur Marcel Bayle et Monsieur Thierry Leobon pour leur précieuse aide, leur disponibilité, leur apport scientifique à cette recherche et leur humanisme.

Je tiens également à remercier tous ceux qui ont participé de près ou de loin à la réalisation de cette thèse.

Droits d'auteurs

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :
« Attribution-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France »
disponible en ligne : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>



Liste des principales abréviations

A

Aff	Affaire
AJDA	juridique, droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique, droit pénal
al.	Alinéa
Ass. Plén.	Assemblée plénière

B

Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
------------	--

C

c.	Contre
CDE	Cahiers de droit européen
Cf.	Confère
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl	Conclusions
Cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de protection des droits de l'homme

	et de sauvegarde des libertés fondamentales
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme
C.E	Conseil d’État
D	
dir.	sous la direction de
Dr. soc.	Revue de Droit social
E	
éd.	Édition
F	
G	
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
I	
Ibid.	ibidem
infra	ci-dessous
J	
JCL	Jurisclasseur
JCP E	Semaine juridique Entreprises et affaires
JCP G	Semaine juridique Édition générale
JCP S	Semaine juridique Édition sociale
Jur.	Jurisprudence

L

LGDJ Librairie général de droit et de jurisprudence

LPA Les petites affiches

O

obs. Observations

op. cit. Opere citato /Œuvre citée

P

p. Page

pp. Pages

préc. Précité

pt. Point

R

RDC Revue des contrats

Rec. Recueil

Rép. Répertoire

req. Requête

RFDA Revue française de droit administratif

RFDC Revue française de droit constitutionnel

RIDC Revue international de droit comparé

RJC Revue de jurisprudence commerciale

RLDA Revue Lamy Droit des affaires

RLDI Revue Lamy Droit de l'immatériel

RLDC	Revue Lamy de la concurrence
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme

S

s.	Suivant
S.	Sirey
SCOP	Société coopérative à participation ouvrière
SAPO	Société anonyme à participation ouvrière
spéc.	Spécialement
suppl.	Supplément
supra	ci-dessus

T

t.	tome
----	------

U

UE	Union européenne
----	------------------

Sommaire

Introduction	11
Partie 1 - L'insuffisance des mécanismes d'association du travail au capital social	25
Titre 1 - L'impossible intégration de l'apport en industrie	26
Chapitre 1 - Le particularisme de l'apport en industrie	27
Chapitre 2 - Les critiques du régime juridique de l'apport en industrie et ses palliatifs ..	55
Titre 2 - Les imperfections des méthodes de conversion du travail salarié.....	131
Chapitre 1 - La conversion du travail salarié dans les sociétés commerciales	132
Chapitre 2 - La conversion du travail salarié dans les sociétés coopératives de travail .	171
Partie 2 - L'évolution des mécanismes de conversion du travail en capital social	203
Titre 1 - Le perfectionnement de la conversion du « travail salarié » en capital social	204
Chapitre 1 - Le modèle de conversion conventionnelle.....	206
Chapitre 2 - Le modèle de conversion institutionnelle	230
Titre 2 - Le perfectionnement de la conversion de l'apport en industrie en capital social .	249
Chapitre 1 - Les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « De lege lata »	250
Chapitre 2 - Les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « <i>De lege ferenda</i> »	277
Conclusion de la thèse :.....	312
Références bibliographiques	313

Introduction

1. « Je vis dès lors dans le principe d'association la notion de justice tant cherchée, et la solution du problème de l'équité de répartition des fruits du travail »¹.

La mobilisation des syndicats et les grèves auxquelles on assiste aujourd'hui tire le signal d'alarme pour nous alerter de la nécessité de proposer un modèle d'association du travail au capital capable de mutualiser les intérêts des travailleurs et ceux des investisseurs financiers.

La proposition de loi n° 5182² visant à créer un « dividende salarié » intervient dans des circonstances marquées par des crises socio-économiques et de tensions sociales entre la classe des travailleurs et les capitalistes. Cette proposition de loi émanant du Sénat s'aligne avec la promesse du président Macron faite à l'occasion de sa campagne électorale qui a été corroborée par les déclarations médiatiques récentes du ministre de l'Économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique Monsieur Bruno Le Maire.

Les motifs de cette proposition de loi sont centrés sur deux axes. D'une part, l'urgence sociale que suscitent les crises économiques et sanitaires récentes, rend nécessaire le partage de la valeur, comme l'avait esquissé le général de Gaule. D'autre part, la proposition vise à

¹ Propos de Charles Fourier cités par Jean Baptiste André Godin, « Solution sociales », éd. 1871. Voir aussi : Charles Fourier, « *Théorie des quatre mouvements et des destinées générales* », 3^{ème} éd., 1846, (1^{ère} éd., 1808), pp. 15-16, Discours préliminaire, IV, « Égarement de la raison par les sciences incertaines » : « Il n'est que trop vrai ! Depuis vingt-cinq siècles qu'existent les sciences politiques et morales, elles n'ont rien fait pour le bonheur de l'humanité ; elles n'ont servi qu'à augmenter la malice humaine, en raison du perfectionnement des sciences réformatrices ; elles n'ont abouti qu'à perpétuer l'indigence et les perfidies, qu'à reproduire les mêmes fléaux sous diverses formes. Après tant d'essais infructueux pour améliorer l'ordre social, il ne reste aux philosophes que la confusion et le désespoir. Le problème du bonheur public est un écueil insurmontable pour eux, et le seul aspect des indigents qui remplissent les cités ne montre-t-il pas que les torrents de lumières philosophiques ne sont que des torrents de ténèbres ?

Cependant une inquiétude universelle atteste que le genre humain n'est point encore arrivé au but où la nature veut le conduire, et cette inquiétude semble nous présager quelque grand événement qui changera notre sort. Les nations, harassées par le malheur, s'attachent avidement à toute rêverie politique ou religieuse qui leur fait entrevoir une lueur de bien-être ; elles ressemblent à un malade désespéré qui compte sur une miraculeuse guérison. Il semble que la nature souffle à l'oreille du genre humain qu'il est réservé à un bonheur dont il ignore les routes, et qu'une découverte merveilleuse viendra tout à coup dissiper les ténèbres de la civilisation »¹.

Tels furent les propos de l'éminent penseur Français Charles Fourier prononcés en 1808 mais qui demeurent d'actualité face aux crises sociales que nous vivons aujourd'hui. Cet honorable penseur est l'un des précurseurs de l'« association du travail au capital » qui a inspiré l'instituant du familistère de guise. Ces propos sont évoqués dans un contexte historique marqué par une mutation socio-économique qui accompagnait la révolution industrielle (1808) et qui ont donné naissance à certaines nouvelles classes socio-professionnelles : « les prolétaires » ou les « ouvriers ». Ces propos demeurent d'actualité dans notre contexte actuel.

² PPL n° 5182, relative au dividende salarié, enregistré par la Présidente de l'Assemblée nationale le 22 MARS 2023.

redonner de la force et de la crédibilité dans l'action collective et de réaliser un système social plus juste.

2. En dépit des motifs très ambitieux de cette proposition son impact ne saurait être à la hauteur, car elle n'apporte rien d'original, elle se contente d'étendre le champ d'application de l'obligation de mise en place d'un accord de participation aux sociétés employant au moins onze salariés. Actuellement, seules les sociétés employant au moins cinquante salariés leur incombent l'obligation de mettre en place un accord de participation. Les sociétés qui ne sont pas visés par l'obligation de mettre en place une participation peuvent y recourir facultativement.

Concernant la dénomination des « dividendes salariés », elle est inappropriée eu égard de la théorie du droit commercial et des sociétés car le terme dividende désigne une rémunération des parts sociales, parts d'industrie et actions. Donc nous pourrions parler de dividendes salariés que si on admettait que le travail soit apporté en société en contrepartie de parts sociales ou des actions. Comme c'est d'ailleurs le cas de l'apport en industrie qui donne droit aux dividendes en contrepartie d'un travail fourni dans le cadre d'un contrat d'apport. Le dividende est une rémunération d'associé même si ce dernier n'apporte que son industrie. Donc l'appellation « dividendes salariés » ne pourrait refléter son esprit que si elle permet aux salariés une association de leur travail au capital social de sorte qu'ils deviennent salariés associés³. La qualité de salarié ne peut, à elle seule, leur attribuer le droit à dividende. *In fine*, cette dénomination prête à confusion. Il est plus judicieux de désigner ce projet de loi par l'expression « l'obligation de la prime de participation dans les TPE », car au fond, ce projet de loi étend l'obligation de la mise en place d'une participation dans les entreprises employant au moins 11 salariés.

La proposition de loi demeure inachevée, ne permet pas de réaliser une association du travail au capital, elle se contente d'élargir le champ d'application de l'obligation de la mise en place d'un accord de participation. Par ailleurs, elle ne reflète pas son titre.

Nous regrettons que l'ordre du jour de cette proposition de loi se limite uniquement à la participation des salariés aux bénéfices sans évoquer l'association du travail au capital. Sachant que le législateur n'a pas encore déployés des moyens juridiques d'« association du travail au capital » dans les sociétés commerciales de personnes et la SARL, contrairement au cas des sociétés par actions dans lesquelles on autorise le recours à l'actionnariat salarié

³ Argument avancé notamment par le MEDEF, v. p. ex. <https://www.decideurs-magazine.com/finance/55037-le-dividende-salarie-est-mort-vive-le-partage-de-la-valeur.html>.

(stock-options, attributions gratuites d'actions, BSPCE, BSA⁴). Notre recherche permet de répondre à cette question de l'association du travail au capital dans les très petites entreprises (TPE).

3. Le 18 octobre 2023, le premier ministre a présenté à l'Assemblée nationale un projet de loi⁵ portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur dans l'entreprise. À partir du 1^{er} janvier 2025, les sociétés d'au moins onze salariés seront tenues de mettre en place au moins un mécanisme « légal de partage de la valeur »⁶.

Nous saluons ce projet de loi dans la mesure où il porte sur le volet de l'actionnariat salarié, en plus des autres moyens de partage de la valeur (prime de participation, intéressement). Ce projet de loi renforce la part du capital social détenue par les salariés. L'article L. 225-197-1, I, al. 2 du Code de commerce prévoit que la part des actions attribuées gratuitement ne doit pas excéder dix pour cent du capital social et quinze pour cent dans les très petites et moyennes entreprises (TPME)⁷. Le projet de loi augmente ce pourcentage de dix à quinze pour cent et de quinze à vingt pour cent du capital social, dans les micros, petites et moyennes entreprises⁸. Ledit projet de loi étend l'attribution gratuite d'actions aux mandataires de sociétés anonymes cotés en bourse⁹.

4. Par ailleurs, l'association du travail au capital englobe l'association du travail salarié¹⁰ et celle du travail fourni dans le cadre d'un apport en industrie.

L'association du travail « salarié » au capital social se traduit, dans notre droit positif, par la participation des salariés aux bénéfices sociaux ainsi que par l'actionnariat salarié.

⁴ Les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprises (BSPCE) se distinguent des bons de souscription d'actions (BSA). Les BSPCE ne sont pas cessibles en revanche une fois le droit de souscription est exercé par le porteur, il devient actionnaire et par conséquent les actions qu'en résulte devient cessible. Les bons de souscription d'actions (BSA), quant à elle, sont cessibles.

⁵ P. L., n° 1780, portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur dans l'entreprise, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2023, modifié par le Sénat.

⁶ Ibid. art. 1.

⁷ Art. L. 225-197-1, I, al. 2, C. com.

⁸ P. L., n° 1780, portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur dans l'entreprise, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2023, modifié par le Sénat, Art. 13, (4, 5).

⁹ P. L., n° 1780, portant transposition de l'accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur dans l'entreprise, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2023, modifié par le Sénat, Art. 13, (b 11).

¹⁰ R. Mabileau, L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise, thèse droit privé, Université de Nantes, 25 juin 2004, p. 31.

La participation des salariés aux bénéfices sociaux est une idée relativement ancienne qui remonte à la moitié du 19^{ème} Siècle afin de répondre à « une question sociale »¹¹ née avec l'essor de la société industrielle¹². Plusieurs réflexions ont alors vu le jour donnant naissance à deux grands courants : le catholicisme social¹³ et le courant utopiste.

Le courant du catholicisme social (René de Tour du Pin et Albert de Mun) soutenait que « l'ouvrier doit prétendre à un juste salaire susceptible de lui permettre de satisfaire ses besoins et ceux de sa famille. Il doit profiter des fruits de l'entreprise et, de fait, son contrat de travail doit devenir progressivement un véritable contrat de participation »¹⁴

Le courant utopiste (incarné notamment par Charles Fourier et Louis Blanc) propose de dépasser l'opposition entre capital et travail par une nouvelle organisation de la relation salariale fondée sur l'association¹⁵.

Louis Blanc soutenait l'idée de créer des ateliers sociaux financés par l'État et par les capitaux privés dans lesquels les bénéfices seraient répartis en trois parts : une première part pour les membres de l'association, une deuxième part à vocation sociale, et une troisième part est dédiée à la rémunération des capitaux propres¹⁶.

Pierre-Joseph Proudhon¹⁷, quant à lui, a proposé une idée mutualiste et fédéraliste de la propriété de sorte que les salariés devraient participer aux chances de perte et de gain de l'établissement, c'est-à-dire ils deviendront associés.

Emile Zola¹⁸ décrivait dans son ouvrage le travail, deux organisations parallèles : l'une représentant la société capitaliste classique et l'autre détenue entièrement par les salariés ; la seconde absorbera la première.

¹¹ Cette question sociale était relative au rapport entre le travail et le capital, car l'industrialisation de l'activité avait conduit à l'apparition d'une classe ouvrière ou « prolétaire » et une classe capitaliste.

¹² R. Mabileau, « l'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », Thèse, université de Nantes, 25 juin 2004, p. 263.

¹³ P. Rolland, « Le catholicisme social et la politique : à propos de la correspondance de Maurice Deslandres avec Maurice Blondel », *Revue Française d'Histoire d'Idées Politiques*, 2013/1(n°37), pp. 133-152.

¹⁴ J. M. LATTES, « Doctrine sociale chrétienne et droit du travail : tradition et modernité », *Toulouse Capitole Publications*, p. 3. Disponible sur « publications.ut-capitole.fr/id/eprint/8115/1/Lattes_8115.pdf ».

¹⁵ R. Mabileau, « l'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », thèse préc.

¹⁶ L. blanc, « l'organisation du travail en 1840 », Paris, Cauville et frères, 4^o éd., 1845, p. 125, cité par R. Mabileau. Thèse préc.

¹⁷ P. J. Proudhon, « œuvres complètes 2. Idée générale de la révolution au 19^o siècle, (polémique contre Louis Blanc et Pierre Leroux) », éd. Société des amis de Proudhon, 1982, p. 223., cité par R. Mabileau, thèse préc.

¹⁸ E. Zola, *Le travail*, 1979, 2d. Lagrasse /Verdier, p. 127, cité par Malibeau, thèse préc.

5. Le courant utopiste de Charles Fourier¹⁹ a inspiré Jean Baptiste André Godin²⁰, pour construire une structure de travailleurs, un genre de « palais d'employés », Cette idée s'est notamment concrétisée dans le familistère de Guise²¹, qui pouvait accueillir 1500 personnes. Godin a construit aussi des crèches, des économats et des écoles destinés aux familles et aux enfants des travailleurs.

Deux objectifs furent fixés par Godin : celui de la garantie d'un droit à un logement décent et celle de la participation de salariés aux bénéfices sociaux comme aux décisions politiques de l'entreprise même si une certaine oligarchie sociale bénéficiait de plus d'avantages que les autres catégories d'ouvriers et une possibilité de détention de parts de capital.

On assistait à deux catégories de travailleurs : les travailleurs « familistériens » et les travailleurs « non-familistériens » ou les travailleurs « de dehors ». Les premiers bénéficiaient de certains avantages comme celui du logement dans le familistère, de l'éducation et la scolarisation de leurs enfants et d'une retraite décente.

Les seuls phalanstères qui existent encore de nos jours sont les « kibboutz » d'Israël, malgré les crises qu'ils ont dû surmonter. Le kibboutz est « une unité de peuplement dont les membres sont organisés en collectivité sur la base de la propriété commune des biens, préconisant le travail individuel, l'égalité entre tous et la coopération de tous les membres dans tous les domaines de la production, de la consommation et de l'éducation »²².

6. Les kibboutz furent créés pour la première fois en octobre 1909 sur une terre appartenant à la Palestine ottomane que le mouvement sioniste avait acheté deux ans plutôt²³.

Le premier kibboutz fut celui de « Degania » crée par des juifs d'origine russe et polonaise²⁴.

¹⁹ Godin s'est inspiré du phalanstère de Charles Fourier. Godin est né en 1817 à Esquéhéries dans la Thiérache picard.

²⁰ J. D. Santos, « le Familistère de Guise : habitation collective et autonomie ouvrière », *Rev. du Nord* 2008/I, n° 374, pp. 63 à 76

²¹ Il faut distinguer le familistère de Guise de l'Aisne construit entre 1859 et 1884 et le familistère de Laeken construit à partir de 1880, en Belgique, ces deux familistères sont l'œuvre de Godin.

²² L. Bobot, « l'éco-tourisme : avenir des kibboutz ? », *MAGHREB-MACHREK*, 2013/2 (n° 216), pp. 41-52 ; L. Bobot, « le Kibboutz fête ses 100 ans : la fin d'un modèle coopératif ? », *Revue internationale de l'économie sociale* (RECMA), n° 320.

²³ Baratz, 1957, p. 47 à 54 cité par Philippe Broda, « un siècle de kibboutz : un regard institutionnaliste sur une institution atypique » <https://doi.org/10.4000/ei.470>.

²⁴ Y. Achouch et Yoann Morvan, « les utopies sionistes, des idéaux piégés par une histoire tourmentée : kiboutz et villes de développement en Israël », *justice spatiale-spatial justice*, déc. 2012 déc. 2013, voire : www://jssj.org/art/ / les utopies-sionistes-des idées ; voir aussi : L. Bobot, « l'éco-tourisme : avenir des kibboutz ? », *MAGHREB-MACHREK*, 2013/2 (n° 216), pp. 41-52 ; L. Bobot, « le Kibboutz fête ses 100 ans : la fin d'un modèle coopératif ? », *Revue internationale de l'économie sociale*, RECMA n° 320.

Les inventeurs du kibboutz envisageaient de mettre en place un modèle de société idéale. L'exemplarité tenait aux orientations idéologiques des pionniers de ce modèle. Le modèle est un pont entre l'idéologie socialiste et sioniste. Les moyens de productions des kibboutz sont la propriété collective.

Les décisions sont prises par l'assemblée générale qui doit se réunir au moins une fois par an. Dans les kibboutz, il existe des salariés « kibboutznikim »²⁵ et des travailleurs extérieurs au kibboutz ; seuls les travailleurs « kibboutznikim » ont le droit de vote aux assemblées.

Les « kibboutz » se sont orientés vers le libéralisme à partir de 1990 et ont renoncé à leur rôle révolutionnaire et idéologique. Les « kibboutz » ont alors connu une privatisation des logements en 1990 et certains kibboutz ont été transformés en « Mochavim », fermes coopératives qui reconnaissent la propriété privée. Le libéralisme des « kibboutz » fut une nécessité de leur adaptation à la sphère économique libérale qui dominait à cette époque.

Le paysage du « kibboutz » s'est progressivement transformé consacrant dorénavant la propriété privée, ressemblant de plus en plus à une petite banlieue cossue où chaque parcelle est bien délimitée par ses barrières et ses deux places de stationnement »²⁶.

Après avoir relaté des exemples historiques sur certaines formes d'association du travail au capital, il convient de citer, les exemples historiques qui ont contribué à l'instauration de notre droit positif. Il convient d'évoquer l'épargne salariale et l'actionnariat salarié.

7. La participation et l'actionnariat salarié sont deux notions relativement anciennes, souvent concurrencées par les théories marxistes qui opposent le travail au capital. Néanmoins, la participation des salariés au bénéfice et à la gestion de l'entreprise prospéra grâce au général de Gaulle qui, dans son discours aux mineurs de Saint-Etienne, en janvier 1948²⁷, présenta la participation des salariés comme le moyen d'améliorer la productivité des entreprises françaises et de parvenir à une « paix sociale » ou une solution pour unifier l'objectif et les intérêts des acteurs de l'entreprise.

D'abord, la valorisation du travail connut un essor avec la montée du capitalisme²⁸. Depuis lors, le contrat de travail constitue le support prédominant de la contractualisation de la

²⁵ « kibboutznik » une personne vivant dans un kibboutz, au pluriel « kibboutznikim »

²⁶ Y. Achouch et Yoann Morvan, « les utopies sionistes, des idéaux piégés par une histoire tourmentée : kibboutz et villes de développement en Israël », *justice spatiale-spatial justice*, déc. 2012 - déc. 2013, voir : www://jssj.org/art./les-utopies-sionistes-des-idees.

²⁷ Voir : <https://www.senat.fr>.

²⁸ Th. Rivet, *la force du travail : étude juridique*, thèse en droit privé, Montpellier 1, 1991, sou-dir. Bernard Teyssié.

relation entre employeur et employé. Différents paradigmes économiques tantôt libéraux (David Ricardo)²⁹ tantôt marxistes³⁰ ont attribué une valeur au travail. Ils considèrent que le travail crée une plus-value source de profit.

Ensuite, Le développement d'un capitalisme cognitif³¹ incita le législateur à consacrer au capital humain une place plus remarquable dans l'entreprise. Les connaissances, le travail, sont susceptibles de faire l'objet d'un contrat d'apport, avec l'apparition des apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles puis dans les sociétés commerciales. Donc, le passage d'un contrat de travail à un contrat d'apport d'industrie marque une ambition d'intégration du titulaire du travail et du savoir-faire dans l'entreprise en tant qu'associé et non pas en tant que salarié. Le travail, le savoir-faire, les compétences deviendront alors des moyens d'entrepreneuriat, à l'instar du capital.

8. Quant au capital social, il se caractérise par son ambivalence tenant à sa perception à la fois juridique et comptable³². Il n'existe pas de définition légale du capital social.

Le capital social est formé par l'ensemble des apports en numéraire et en nature fournis par les associés à la société. Cependant, la notion du capital ne doit pas être assimilée à celle des apports³³ dans la mesure où certains apports ne contribuent pas à la formation du capital social comme c'est le cas des apports en industrie et des apports des commandités dans la société en commandite par actions. De même le capital social peut être augmenté par incorporation des

²⁹ D. Ricardo, « des principes de l'économie politique et de l'impôt », 3^{ème} éd. Anglaise, 182, Ch. I à XVI ; C. Deleplace, C. Lavialle, « David Ricardo et les principes de l'économie politique et de l'impôt », *histoire de la pensée économique*, 2017, pp. 55-58.

³⁰ M. Postone, « quelle valeur a le travail ? », *Mouvements* 2011/4 (n° 68), pp. 59-68.

³¹ A. Negri, « capitalisme cognitif et fin de l'économie politique sur le livre édité par Carlos Vercellone sommes-nous sortis du capitalisme industriel ? », *Multitudes*, 2003/4 (n°14), PP. 197-205 ; P. Dieuaide, B. Paulré, C. Vercellone, « le capitalisme cognitif », *Hal open science*, 30 janv. 2018, pp. 4-5 disponible sur <https://shs.hal.science/halshs-00226409>: ces auteurs définissent le capitalisme cognitif ainsi « Nous appelons capitalisme cognitif un système d'accumulation associant un mode de production capitaliste, un régime d'accumulation privilégiant la connaissance et la créativité, et un mode de régulation caractérisé par des rapports sociaux fondamentaux et des comportements tournés vers l'innovation, la nouveauté et le partage des droits y afférent. Ce système implique une transformation majeure du rapport salarial et des formes de la concurrence. L'hypothèse du capitalisme cognitif se fonde sur l'observation que la connaissance se présente de plus en plus comme l'enjeu clé de la création de valeur et de l'accumulation du capital. Ce système d'accumulation accorde une place particulière à la connaissance, en un sens très général (cf. ci-dessous), à la science et à la technique. Il se signale par le développement des outillages et des outils techniques, mais ne se réduit ni ne se confond avec la période marquée par le décollage des NTIC.

³² A. Lecourt, « capital social », *Rép. soc.* Dalloz, juin 2020 (actualisation 2021) ; on ne peut voir un apport dans l'augmentation du capital par incorporation de réserves.

³³ A. Lecourt, « capital social », préc.

réserves³⁴. Le capital social est la dette de la société vis-à-vis des associés. Celui-ci devant en principe être remboursé par la société aux associés à l'occasion de sa dissolution, après apurement du passif. Par exception un remboursement anticipé peut intervenir en cas d'amortissement du capital³⁵.

Le capital social se distingue des capitaux propres, il est une composante de ceux-ci, mais les deux notions ne sont pas similaires.

Le capital social est présent dans les sociétés dotées de la personnalité juridique. Il n'est pas concevable dans les sociétés en participation et assimilées (sociétés créées de fait et sociétés de fait). Il est obligatoire dans les sociétés de capitaux et même dans les sociétés de personnes en vertu de l'exigence des apports par l'article 1832 du Code civil, mais théoriquement il est primordial dans les sociétés de capitaux car il est le socle du gage des créanciers. Il est moins important dans les sociétés à responsabilité illimitée car dans celles-ci le patrimoine des associés est aussi le gage des créanciers.

Le capital social se distingue également des capitaux permanents qui recouvrent à la fois les capitaux propres et les dettes à plus d'un an auxquels on admet l'intégration des comptes courants d'associés³⁶. L'évaluation des capitaux permanents prend nécessairement en considération le capital social, élément des capitaux propres, mais constitue un paramètre comptable pour l'analyse du financement de l'actif durable³⁷.

Le capital social joue trois rôles, il constitue à la fois le gage des créanciers même si on assiste à l'infléchissement de ce rôle dû aux modifications législatives supprimant l'obligation d'un capital social minimum dans certaines sociétés. Il est aussi un moyen de financement de la société, mais ce n'est pas un moyen exclusif car il existe d'autres moyens comme les emprunts bancaires et les comptes courants d'associés. Le capital social est considéré aussi comme la clé de répartition des bénéfices et des droits de vote, mais cela n'est pas valable en toutes circonstances car les statuts peuvent prévoir un autre mode de répartition (actions de préférence par exemple), sous réserve naturellement de l'interdiction des clauses léonines.

Objet de la thèse :

³⁴ A. Lecourt, « capital social », préc.

³⁵ L'amortissement du capital désigne, au sens d'une doctrine dominante, le remboursement anticipé du capital social aux actionnaires. Chez d'autres, l'amortissement du capital social est une distribution des réserves. L'amortissement du capital social donne droit à l'attribution d'actions de jouissance aux actionnaires bénéficiaires qui se substituent aux actions de capital.

³⁶ A. Lecourt, « capital social », préc.

³⁷ A. Lecourt, « capital social », préc.

9. Cette thèse porte sur la relation entre le travail et le capital en droit positif. Notre objectif est d'étudier la possibilité de la capitalisation du travail. Cela se heurte bien évidemment au caractère personnel de la prestation du travail, qui implique, par conséquent, l'impossibilité de son exécution forcée et de sa transmissibilité. Par ailleurs, les caractères aléatoire et successif de la libération de la prestation du travail conduisent à la difficulté de son évaluation en amont de son exécution.

Justification du sujet :

10. Sur le plan théorique, il s'agit de parfaire la conception classique des rapports entre le travail et le capital et de traduire juridiquement une certaine mutation du capital social.

Le rapport actuel du travail vis-à-vis du capital est un rapport complexe, mais ce qui est remarquable, c'est que le capital a toujours eu le « dernier mot », le travail n'étant appréhendé, sous l'angle du capitalisme, que comme un facteur de production abondant contrairement au capital ; c'est ici où réside la force du capital. N'étant pas détenu par le plus grand nombre, le capital se fait rare, ce qui en fait sa valeur. Cette domination du travail par le capital s'incarne encore dans notre droit positif, même lorsque le prestataire du travail n'est pas salarié mais apporteur en industrie (associé).

Nous assistons aujourd'hui au développement d'un capitalisme différent de celui du 19^{ème} Siècle, un capitalisme cognitif³⁸, « de connaissances », devenu nécessaire pour accompagner les mutations sociales, technologiques ou numériques. Par conséquent, le rapport travail/capital a changé, le marché du travail a plus besoin que jamais d'une main d'œuvre qualifiée et ayant un savoir-faire et des compétences particuliers. Nous avons alors besoin d'une nouvelle formule d'association de l'activité humaine au capital social.

11. Sur le plan pratique, la participation des salariés au capital social permet d'une part, d'instaurer une « paix sociale » entre travailleurs et capitalistes, d'autre part, elle permet aux entreprises de prospecter davantage de talents et de savoir-faire dans une situation de montée en puissance d'un capitalisme cognitif.

En outre, l'association du travail au capital social est un moyen de motivation qui implique naturellement une hausse de productivité ainsi qu'une meilleure compétitivité des entreprises.

³⁸ A. Negri, « capitalisme cognitif et fin de l'économie politique », *Multitudes* 2003/4/ (n°14), 197-205 ; P. Dieuaide, B. Paulré, C. Vercellone, « le capitalisme cognitif », *Hal open science*, 30 janv. 2018, pp. 4-5 disponible sur <https://shs.hal.science/halshs-00226409>.

Elle permet également une permanence d'emploi. Elle peut même être utilisée en tant qu'outil de gestion des ressources humaines. Mise à part son rôle d'accroissement de la productivité et de la performance de l'entreprise ainsi que celui de la réalisation d'une permanence d'emploi et de dénichement de talents ambitieux, l'association du travail au capital joue d'autres rôles, comme être un outil de résistance contre les offres publiques d'achat d'actions, ainsi qu'un moyen de survie des entreprises en liquidation judiciaire via le rachat de l'entreprise par ses salariés voire même un moyen de continuité de l'entreprise en cas de départs des associés fondateurs en retraite. L'association du travail au capital peut être un moyen de rémunération de certaines catégories de salariés ou de mandataires sociaux en bénéficiant d'un régime fiscal de faveur.

L'association du travail au capital permet aussi de constituer une alternative au salariat et une amorce vers le développement de l'activité indépendante. Certes, l'« ubérisation » a joué ce rôle en contribuant à l'accélération de l'auto-entrepreneuriat, néanmoins, on constate certaines failles juridiques : d'une part, la prestation de l'autoentrepreneur est susceptible d'être requalifiée en contrat de travail lorsque le lien de subordination est établi. D'autre part, Les autoentrepreneurs sont moins protégés que les salariés et cela est justifié par la théorie du risque. On peut même s'interroger sur la question du respect de l'ordre public social, notamment le respect du SMIC. La loi ne garantit pas à l'autoentrepreneur le droit à une rémunération minimale comme c'est le cas pour le salarié, car l'autoentrepreneur n'est pas un salarié et par conséquent il ne touche pas un salaire et il n'est pas protégé par le droit du travail sauf lorsque son activité est requalifiée en contrat de travail, c'est dire lorsqu'il est salarié déguisé.

In fine, le statut d'autoentrepreneur constitue une forme du développement de l'activité indépendante, mais qui se fait au détriment des conditions de travail de l'autoentrepreneur et de sa protection sociale.

Le champ disciplinaire de la thèse :

12. Dans le but de permettre une véritable conversion de l'activité en capital, nos recherches nous conduiront à mettre en lumière les insuffisances du droit positif au travers des mécanismes ou d'outils tels que : les apports en industrie, les sociétés coopératives de travail (SAPO, SCOP), les augmentations du capital réservées aux salariés, les augmentations obligatoires du capital dans les sociétés civiles professionnelles, les *stock-options* et l'attribution gratuite d'actions.

La place du capital humain en droit interne :

13. Notre droit interne offre plusieurs supports contractuels permettant de régir les relations du travail par rapport au capital. Parmi les plus répandus de ces supports juridiques figure le contrat de travail.

La capitalisation du travail, du savoir-faire et des compétences en droit positif est sujette à discussion ; d'abord, les parts d'industrie ne concourent pas à la formation du capital social. Ensuite, l'actionnariat salarié ne remplit plus son rôle d'association des salariés au capital social mais devient un mode de rémunération et de motivation des salariés (plus particulièrement des cadres) et des dirigeants sociaux. De même son champ d'application est limité aux sociétés anonymes et aux SAS. Enfin, le législateur n'impose aucun caractère impératif aux augmentations de capital en faveur des salariés.

Les thèses attachées à notre étude :

14. La doctrine proposait une nouvelle perspective d'analyse des apports en industrie. Selon le professeur Nurit-Pontier³⁹, on peut inclure les parts d'industrie dans la formation du capital social, attendu que cela ne nuirait pas aux intérêts des créanciers dès lors que l'actif social dépend étroitement de l'activité des associés. Il estime que leur gage en saurait d'autant accru.

D'autres considéraient dans ce sens que l'exclusion des parts d'industrie du capital social est illégitime dans la mesure où le capital social lui-même ne constitue plus nécessairement aujourd'hui le gage des créanciers sociaux (suppression du capital minimum dans la SARL et la SAS)⁴⁰.

De même, PIC et KREHER, C. LYON-CAEN et L. RENAULT⁴¹ admettaient que les apports en industrie soient rémunérés par des « actions industrielles » aux motifs, d'une part, qu'il n'est pas plus difficile de valoriser l'apport technique effectué par un ingénieur que de valoriser un apport en nature tel que celui d'un brevet par exemple ; d'autre part, l'apport en industrie procure à l'entreprise une plus-value susceptible d'être valorisée.

³⁹ N.-Pontier, « repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juillet 2002, p. 4.

⁴⁰ H. Le NABASQUE, « la fin de la connexion apport/capital ? » in *l'avenir du capital social*, éd. Dalloz 2004, pp. 103 et s ; Malecki, « l'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien aimé ? », *Bull Joly*. 2004. 1169 ; A. Lecourt, « le capital social », *Rép. soc.*, Dalloz, fév. 2014, p. 34 ; A. Couret, H. Le Nabasque, « quel avenir pour le capital social » éd. Dalloz, 2004.

⁴¹ C. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2-1, n° 560-2 cité par G. G. Callebaut, *Apport-apport en industrie*, juin 2011 (act. Sept. 2022).

Cependant, C. Houpin et H. Bosvieux, E. Escarra et J. Rault estimaient que le travail promis à la société ne permet pas de constituer un gage des créanciers, il ne saurait par conséquent former le capital social.

Concepts proposés et démonstrations :

15. L'association du travail au capital désigne la conjugaison du travail avec le capital dans l'objectif de permettre au travailleur ou à l'apporteur en industrie de bénéficier d'une part du résultat et/ou de détenir une part de son capital. Parmi les moyens d'association du travail au capital nous citons : l'intégration du travail au capital ainsi que sa conversion.

« L'intégration de l'apport en industrie au capital social » consiste à évaluer l'apport en industrie et à intégrer directement sa valeur au capital social. Tandis que la conversion consiste à convertir le fruit ou la plus-value de l'activité de l'apporteur en industrie ou du travailleur salarié⁴² en capital social.

L'intégration de l'apport en industrie n'est pas encore véritablement admise en droit positif mais nous pouvons songer à mettre en lumière quelques moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie ainsi que du travail salarié en capital social.

L'exclusion des parts d'industrie de la formation du capital social est justifiée, d'une part par des difficultés tenant à leur évaluation, d'autre part, par l'impossibilité d'exécution de l'apport en vertu de la liberté individuelle de l'apporteur en industrie. Cependant, si l'on parvient à surmonter ces considérations, ne pourrait-on songer à inclure les parts d'industrie dans la formation du capital social ?

D'une part, les parts d'industrie certes sont imprégnées d'« *intuitus-personae* » mais on constate que les parts sociales d'une société en nom ou de commandité ou même d'une société civile professionnelle le sont aussi. A titre d'illustration, l'associé d'une SCP exerçant une activité d'avocat ou de commissaire de justice désirant céder ses parts devrait trouver un associé qui remplit les conditions d'exercice de la profession réglementée et obtenir l'agrément des autres associés à la cession projetée.

⁴² Le « travail salarié » est la prestation du travail fourni à l'employeur dans le cadre d'un contrat de travail, contrairement au travail fourni dans le cadre d'un contrat d'apport. Le travail salarié se caractérise par l'existence d'un lien de subordination du salarié envers son employeur. Tandis que le travail fournis dans le cadre d'un apport en industrie est un travail effectué d'une manière autonome par l'apporteur sans l'existence d'un éventuel lien de subordination.

D'autre part, bien que l'apport en industrie ne soit pas passible d'une exécution forcée il est susceptible de faire l'objet d'une exécution au moyen par exemple de la faculté de remplacement, l'exception d'inexécution...etc.

Pourtant, en vertu de l'exclusion de l'apport en industrie de la formation du capital social nous proposerions un moyen indirect de capitalisation de l'apport en industrie déjà prévu par notre droit dans les sociétés civiles professionnelles de notaires et d'huissiers de justice qu'on pourrait transposer aux autres formes sociales ; il s'agit des augmentations obligatoires du capital en faveur de tous les associés, y compris l'apporteur en industrie, lorsque les réserves ou les plus-values d'industrie le permettent⁴³. Ce moyen de conversion du fruit de l'apport en industrie (la plus-value d'industrie) en capital social est tout à fait conforme à l'esprit de notre droit positif et au principe de l'extra-patrimonialité⁴⁴ de l'apport en industrie.

16. Outre l'association de l'apport en industrie au capital social, nous allons évoquer également l'association du travail salarié au capital social.

La conversion du travail salarié au capital social se fait en deux étapes : d'abord, la participation des salariés au résultat social, puis l'investissement des sommes ainsi perçues au capital social. Nous allons exposer les limites de ces deux phases de conversion.

En définitive, nous allons exposer l'intégration de l'apport en industrie au capital social, puis la conversion de l'apport en industrie et du travail salarié au capital social.

Problématique :

17. Notre droit positif offre un arsenal très diversifié en matière d'association du travail au capital et de la relation entre le travail et le capital.

En ce qui concerne, l'association du travail au capital, on assiste à la mise en place du régime juridique de l'apport en industrie, des coopératives de travail (SAPO, SCOP), du régime de la participation, d'intéressement et d'actionnariat salarié.

⁴³ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, art. 43 abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées par l'exercice de la profession de commissaire de justice, art. 52, JOR n° 0150, 30 juin 2022; Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 » ; Cass, 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.

⁴⁴ Les droits extrapatrimoniaux sont détenus à titre personnel en application générale du droit. Contrairement aux droits patrimoniaux, les droits extrapatrimoniaux ne peuvent être quantifiés, ni cédés, ni achetés, ni échangés, ils sont "hors commerce". Ils sont intransmissibles (sauf exceptions), imprescriptibles et insaisissables.

En somme, l'association du travail au capital est réalisée juridiquement soit par le biais d'un contrat d'apport ou bien par le biais d'un contrat de travail renvoyant à un accord de participation ou encore au moyen de deux contrats en même temps (cas des SAPO, SCOP).

Les différentes formes d'association du travail au capital qui excluent l'apport en industrie, sont marquées par l'existence d'un contrat de travail même si parfois ce dernier est concomitant à un apport⁴⁵.

À propos de la participation, le droit positif prévoit l'association du travail au capital par le biais d'un accord de participation accessoire à un contrat de travail.

Nous allons rechercher à associer au mieux le travail au capital social à travers l'aménagement des règles juridiques en vigueur. Nous allons analyser les différents moyens d'association du travail au résultat et au capital dans le but de convertir la plus-value du travail en capital. Les moyens offerts par le législateur en matière de l'association du travail au capital sont d'une part, l'apport en industrie car c'est le contrat de société qui permet d'associer le travail au capital. D'autre part, la participation et l'actionnariat salarié ainsi que les sociétés coopératives de travail (**SCOP, SAPO**). Nous allons évoquer l'insuffisance de l'association du travail au capital social dans notre droit (**partie 1**), puis, nous allons exposer les perspectives d'une évolution vers une conversion du travail au capital social (**partie 2**).

⁴⁵ Cet apport peut être soit en numéraire, comme c'est le cas dans la SCOP, le salarié coopérateur est à la fois salarié et associé en numéraire, soit en industrie (collectif et indirect) en contrepartie des actions de travail comme c'est le cas des SAPO.

Partie 1 - L'insuffisance des mécanismes d'association du travail au capital social

18. L'objet de la première partie de notre recherche se focalisera sur l'étude des difficultés d'association du travail au capital social dans notre droit positif.

L'association du travail au capital regroupe les deux concepts que nous avons évoqués en introduction, qui sont l'« intégration du travail au capital social » et la « conversion du travail en capital social ».

L'intégration consiste, dans notre analyse, à évaluer le travail par un commissaire aux apports afin d'incorporer sa valeur au capital social. Tandis que, la conversion consiste à convertir la rémunération du travail, quelle que soit la nature du contrat qui instrumente sa fourniture à l'entreprise (contrat d'apport en industrie ou contrat de travail), en capital social *via* une augmentation du capital social.

Nous allons, à cet effet, tenter de relever les difficultés d'intégration du travail au capital social (**titre 1**), puis les difficultés des méthodes de conversion du travail au capital social (**titre 2**)

Titre 1 - L'impossible intégration de l'apport en industrie

19. L'objet de ce chapitre est de présenter le particularisme de l'apport en industrie qui a façonné son régime juridique.

Il convient alors de présenter le particularisme de l'apport en industrie (**chapitre 1**) qui forme la première cause d'échec de son intégration au capital social, puis d'énumérer les critiques de son régime juridique et ses palliatifs (**chapitre 2**) dans une vision d'association du travail au capital social.

Chapitre 1 - Le particularisme de l'apport en industrie

20. L'objet de notre chapitre est celui d'étudier les caractères de l'apport en industrie ainsi que l'objet protéiforme de cet apport.

L'apport en société selon Blaise est « la mise en commun d'un bien moyennant l'attribution à l'apporteur de droits sociaux »⁴⁶. Or, l'article 1832 du Code civil définit la société comme « un contrat par lequel une ou plusieurs personnes affectent à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Donc, Blaise semblait exclure l'apport en industrie de sa définition. Aujourd'hui, la présentation pertinente est plus large : En somme, l'apport en société est la mise en commun d'un bien ou d'une somme d'argent ou d'un travail, des connaissances, d'une notoriété, des compétences, d'un savoir-faire, d'un crédit en contrepartie d'attribution de droits sociaux.

Blaise⁴⁷ constatait d'ailleurs l'existence des caractères propres à telle ou telle catégorie d'apport et des caractères généraux à tous les apports. Il admit que le caractère général de tous les apports, qu'ils soient en numéraire, en nature, en industrie, en propriété, en jouissance ou en usufruit, est l'attribution de droits sociaux.

L'apport est une caractéristique de la société. Il la distingue de l'entreprise individuelle dans laquelle on ne pourrait concevoir la notion d'apport que si l'entrepreneur individuel crée un patrimoine d'affectation. L'apport n'a une réelle signification que lorsqu'il s'accompagne d'un changement d'affectation juridique du bien qui en est l'objet⁴⁸.

L'apport est nécessaire dans toutes les sociétés. La Cour de cassation⁴⁹ affirme que « la constitution d'apport forme une des conditions essentielles du contrat de société ».

Avec d'autres auteurs⁵⁰, Blaise⁵¹ considéraient que l'apport est lié au concept de société et non pas à la personnalité morale. Dans ce sens, il admet que les apports sont nécessaires dans tous types de sociétés peu importe qu'elles soient ou non dotées de la personnalité juridique (sociétés en participation, sociétés créées de fait ou sociétés de fait).

⁴⁶ H. Blaise, « l'apport en société », Thèse, Rennes 1953.

⁴⁷ H. Blaise, « l'apport en société », Thèse, thèse préc.

⁴⁸ H. Blaise, « l'apport en société », Thèse préc., p. 3.

⁴⁹ Cass. Req., 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17, note Bourcart, cité par H. Blaise, thèse préc.

⁵⁰ Houpin et Bosvieux, soc. t. I, n° 5 et 10 ; J. Hardoin, « les apports aux associations de la loi de juillet 1901 », Thèse, Rennes, 1933, cité par H. Blaise.

⁵¹ H. Blaise, Thèse préc.

Chaque associé est dans l'obligation de réaliser un apport⁵². L'apport de chaque associé doit être prévu par les statuts ainsi le cas échéant que dans l'avant contrat de société⁵³. L'apport peut être en numéraire, en nature ou en industrie.

21. L'apport en industrie est le fait qu'une personne physique ou morale apporte à une société son travail, sa compétence, ses connaissances, son savoir-faire, sa notoriété ou sa garantie (son crédit).

Par ailleurs, l'apport en industrie ne concourt pas à la formation du capital social mais donne lieu à l'attribution de parts d'industrie ouvrant droit à une part de bénéfices et des actifs nets à charge de contribuer aux pertes⁵⁴. L'apporteur en industrie participe également aux décisions collectives par un droit de vote⁵⁵ et bénéficie, comme tout autre associé à un droit à l'information. Les statuts fixent les modalités d'exercice de ces droits financiers et politiques.

Ce type d'apport est prohibé dans les sociétés anonymes même celles d'exercice libérale. Il est également interdit pour les commanditaires des sociétés en commandite simple ou par actions. Par exception, dans la SAS, l'apport en industrie est possible (C. com. art. L 227-1, al. 4).

Les parts d'industrie sont caractérisées par l'inaliénabilité ou l'incessibilité, conséquences de leur caractère extrapatrimonial. leur inaliénabilité implique l'extinction de l'apport en industrie à l'occasion du décès de son titulaire. De plus, les caractères successif et permanent de l'apport en industrie marquent davantage son particularisme car ils mettent en jeu la liberté individuelle de son titulaire.

La jurisprudence pose certaines conditions pour admettre la qualification de l'apport en industrie. D'abord, le droit prétorien exige que l'apporteur participe à la direction effective de la société⁵⁶.

Ensuite, l'apport en industrie doit être prévu dans les statuts⁵⁷, sauf, bien entendu, s'il s'agit d'une société créée de fait. Dans ce cas, l'apporteur en industrie doit prouver l'existence de l'« *affectio-societatis* ». Un auteur souligne que « l'implication du conjoint dans la direction de l'entreprise et éventuellement dans d'autres tâches révèle donc non seulement un

⁵² Art. 1843-3, al. 1, C. civ.

⁵³ Cass. Req., 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17, note Bourcart ; Rabat 15 mars 1949, *JCP*. 1949. II. 5223, note Bastien citées par H. Blaise, Thèse, Rennes, p. 23.

⁵⁴ Art. 1843-2, C. civ.

⁵⁵ Art. 1844, al. 1, C. civ.

⁵⁶

⁵⁷ Cass. com., 14 décembre 2004, n° « 01-11.353 ».

« *affectio-societatis* » des époux mais aussi la présence d'apport en industrie si l'activité déployée est allée au-delà de ce qu'impose le devoir d'entraide conjugale »⁵⁸

22. Enfin, l'apport en industrie ne saurait être ramené à de simples tâches d'exécution matérielle et il exige que son auteur participe non seulement aux activités productives de la société, mais aussi à sa direction effective⁵⁹.

En outre, la jurisprudence conditionne la qualification de l'apport en industrie par l'existence de l'« *affectio-societatis* ». En effet, la Cour de cassation afin d'admettre la qualification d'un apport en industrie exige la volonté des parties d'exploiter le commerce sur un pied d'égalité, de partager les bénéfices et, le cas échéant, de contribuer aux pertes⁶⁰. En outre, la Cour écarte la présomption d'existence de l'« *affectio-societatis* ». Autrement dit, il incombe de prouver la volonté des associés de collaborer de façon effective à l'entreprise commune, sur un pied d'égalité et dans leur intérêt commun (en ce sens, Com. 3 juin 1986, Bull. civ., IV, n° 116).

Par ailleurs, en cas de dissolution d'une société de fait l'apport en industrie ne peut être ni remboursé ni repris⁶¹.

En revanche, l'apporteur en industrie a droit à une part de l'actif net à partager⁶². Après l'apurement des dettes et le remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clauses ou conventions contraires⁶³. Étant associé l'apporteur en industrie demeure responsable des pertes⁶⁴. Il s'expose à l'instar des autres associés aux poursuites des créanciers ou à une procédure collective⁶⁵.

23. L'apport en numéraire est la mise à disposition de la société d'une somme d'argent moyennant l'attribution de droits sociaux. Il présente de notables analogies avec le prêt à intérêt. Si la contrepartie de l'apport en numéraire consiste dans des droits sociaux donnant vocation aux bénéfices, le prêt à intérêt n'est en principe rémunéré que par un intérêt fixe. En outre, l'apporteur en numéraire ne récupère son apport qu'après désintéressement des

⁵⁸ Th. Leobon, l'exercice en commun d'une profession par deux époux, thèse droit privé, Université Toulouse 1, 6 déc. 2003, p. 249.

⁵⁹ Paris 2^{ème}, ch. A, 9 nov. 1992, n° « XP091192X ».

⁶⁰ Cass. 1^{re}, civ., 23 juin 1987, n° « 85-18.308 » ; voir aussi : Paris 2^{ème}, ch. A, 9 nov. 1992 n° « XP091192X ».

⁶¹ Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, n° « 01-17.226 ».

⁶² Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 ».

⁶³ Art. 1844-9, al. 1, C. civ.

⁶⁴ Art. 1843-3, al. 1, C. civ. "Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie"

⁶⁵ Rouen, 7 janv. 1986 : *BRDA* 1986, n° 20, p. 16)

créanciers à moins qu'il soit apporté en jouissance, Or, le prêteur récupère son argent nonobstant tout aléa. De même, il ne subit pas de perte en contrepartie de leur prêt.

24. L'apport en nature porte sur la propriété ou la jouissance d'un bien quelconque⁶⁶, immobilier ou mobilier, corporel ou incorporel. Il doit faire l'objet d'une évaluation afin de garantir les droits des associés et ceux des tiers. Les statuts de la SARL doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. L'évaluation est effectuée en considération d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports⁶⁷. En revanche, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si la valeur d'aucun des apports n'excède 30000 euros ou la valeur totale de l'ensemble des apports en nature n'excède pas la moitié du capital social⁶⁸. Le commissaire aux apports est nommé à l'unanimité par les associés, ou à défaut par le président du tribunal de commerce sur requête du futur associé le plus diligent⁶⁹. Le délit de surévaluation des apports est réprimé pénalement par des peines d'emprisonnement et d'amende⁷⁰. L'apport en nature quel que soit sa mise en œuvre, en propriété ou en jouissance, concourt à la formation du capital social. L'article L. 324-4 al.1 du Code rural en témoigne, il dispose que « *les apports en numéraire, les apports en nature qu'ils soient fait en plein propriété ou en jouissance, concourent à la formation du capital social de l'exploitation agricole à responsabilité limitée* ».

25. L'apport en propriété est le plus usité des apports c'est le cas où l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. À la liquidation de la société ou à l'occasion d'un retrait anticipé d'un associé l'apporteur en propriété ne peut être remboursé de son apport qu'après désintéressement des créanciers sociaux.

Par ailleurs, l'apport en nature est mis à la disposition de la société en propriété ou en jouissance ou même en usufruit ou quasi-usufruit.

26. L'apporteur en jouissance est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur⁷¹, sauf lorsque l'apport en jouissance porte sur une chose de genre ou sur tous les autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, l'apporteur en jouissance est garant dans ce cas comme un vendeur envers son acheteur (art. 1843-3, al. 4, C. civ.) à charge de lui rendre une pareille quantité, qualité et valeur.

⁶⁶ Y. Guyon, « Groupement d'intérêt économique », *Rep. soc.* mars 2003.

⁶⁷ Art. L. 223-9, al. 1, C. com.

⁶⁸ Art. L. 223-9, al. 2, art. D. 223-6-1, art. L. 227-1 al. 5, C. com.

⁶⁹ G.G Callebaut, « Apport », *Rép. soc.*, éd. Dalloz., juin 2011, 547.

⁷⁰ Art. L. 241-3, L. 242-2, 4°, et L. 244-1, C. com.

⁷¹ Art. 1843-3, al. 3 et 4, C. civ.

L'apport en numéraire faisait l'objet d'un débat doctrinal à propos de sa mise en œuvre. Certains⁷², n'admettaient pas l'apport numéraire en jouissance. A notre sens, ce courant s'avère contraire à la loi parce que l'article 1843-3 al.4 du Code civil admet l'apport en jouissance d'une chose de genre. En droit belge l'apport en numéraire peut être fait en jouissance en vertu des dispositions légales explicites⁷³.

D'autres⁷⁴, considéraient que l'apport en numéraire est susceptible de n'être qu'en jouissance en refusant à l'apporteur un droit de créance en restitution à l'égard de la société. Aux yeux de cette doctrine, le seul effet de l'apport numéraire en jouissance est de permettre à son titulaire de restituer le montant de son apport avant ses coassociés après désintéressement des créanciers sociaux, sinon, il n'y aurait pas une participation aux pertes sociales mais un simple manque à gagner. Cette conception a été consacrée par un arrêt de la cour d'Amiens du 26 mai 1906⁷⁵.

Pourtant, La jurisprudence dominante⁷⁶ contraires aux deux doctrines évoquées admet la validité de l'apport en numéraire en jouissance et reconnaît à son apporteur un droit de créance en restitution à l'égard de la société en considérant le manque à gagner comme une véritable perte sociale.

27. L'apport en usufruit se situe entre l'apport en jouissance et l'apport en propriété. À l'instar du premier il crée au profit de la société un droit de jouissance du bien apporté et à l'instar du deuxième il crée à son profit un droit réel. Celui-ci ne porte pas sur la propriété du bien mais sur son usufruit⁷⁷. L'apport en usufruit est réalisé pour une durée librement fixée par les parties qui ne peut excéder trente ans⁷⁸. La jurisprudence⁷⁹ a refusé la prorogation d'usufruit pour une période excédant trente ans. Aucun texte ne prévoit l'apport en nue-propriété mais rien n'empêcherait sa réalisation car ce n'est que la conséquence du

⁷² Amiens, 26 mai 1906. S. 1909. II. 9.

⁷³ L. 23 mars 2019, introduisant le Code des sociétés et des associations et portant dispositions diverses, Titre 2, art. 1 : 8, §3. Disponible sur <https://www.cnc-cbn.be/fr/node/2269>.

⁷⁴ D.P. 1907. II. 25, note. Ed. Thaller.

⁷⁵ Amiens, 26 mai 1906. S. 1909. II. 9.

⁷⁶ Cass. Req., 2 avr. 1889. S. 1909. II. 9. ; Cass. Req. 20 déc. 1893, DP. 1894. I. 224 ; cass. Req., 21 avr. 1915, S. 1922. I. 166, Cass. Req. 1^{er} fév. 1921. S. 1922. I. 166 cités par H. Blaise, « l'apport en société », thèse, Rennes 1953, p. 185 ; G. G.Callebaud, « apport », *Rep. soc.*, éd. Dalloz, juin 2011, pp. 226 et s.

⁷⁷ J. Mestre, D. Velardocchio, « apport en usufruit apport en nue-propriété », *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamyline, 279 ; G. Sousi, « apport en usufruit », *Lamy associations*, éd. Lamyline, sep. 2014, 117,

⁷⁸ Art. 619 C. civ.

⁷⁹ Cass. 3^{ème}, civ., 7 mars 2007, n° « 06-12.568 », Bull. civ. III, n° 36, *JCP G* 2007, I, 197, Note H. Périnet-Marquet, *Dr.et patr.* 2008, n° 167, p. 96, note J. –B. Seuve et Th. Revet, *JCP N* 2007, II, 1219, note H. Hovasse : cité par J. Mestre, D. Velardocchio, « apport en usufruit apport en nue-propriété », *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamyline, 279.

démembrement de la propriété, pourvu que celui-ci procure une valeur économique à l'entreprise. Il est évident que le bien apporté en nue-propriété ne permet à l'entreprise de réaliser des bénéfices qu'à l'échéance du terme de l'usufruit. Mais, l'apport en nue-propriété présente un intérêt pratique lorsque la société entend acquérir à terme la pleine propriété d'un bien qui lui sera ultérieurement utile. L'apport en nue-propriété et celui en usufruit sont très usités en vue des transmissions des sociétés familiales⁸⁰.

28. Il convient par ailleurs de dire que les apports ne sont pas toujours rémunérés par des droits sociaux. Nous distinguons :

L'apport pur et simple est rémunéré par des droits sociaux. Il est soumis à cet effet aux règles régissant l'apport.

L'apport à titre onéreux n'est pas rémunéré par des droits sociaux mais par une prise en charge d'un passif ou par des obligations ou d'autres formes de rémunération. Celui-ci est soumis aux règles régissant la vente⁸¹.

L'apport mixte : consiste à rémunérer l'apport en partie par des droits sociaux et en partie par une somme d'argent. Il s'agit là, d'un apport mixte. Il est soumis à la fois aux règles de l'apport et à celles de la vente⁸². Il concerne l'apport en numéraire et non l'apport en nature.

29. Par ailleurs, le cinquième des parts sociales d'une société à responsabilité limitée doivent être libérées immédiatement, le reste doit se faire dans un délai n'excédant pas cinq ans à compter de la date d'immatriculation de la société au registre de commerce et de sociétés⁸³.

Les actions des sociétés par actions y compris celles des SAS et les SCA doivent être libérées immédiatement pour la moitié de leur valeur nominale⁸⁴. Le surplus intervient, sur décision du conseil d'administration ou du directoire, dans un délai n'excédant pas cinq ans à compter de la date d'immatriculation de la société au RCS⁸⁵.

En somme, les règles de droit commun régissant la libération des apports dans la SARL et SAS ne s'appliquent pas a priori à l'apport en industrie du fait de son caractère successif.

⁸⁰ Gentilhomme, « apport de titres et démembrement de propriété », *JCP E* 1994, I, n° 311.

⁸¹ J. Derruppé, Th. de Ravel d'Escalpon, « Apport pur et simple et apport à titre onéreux », *Rep. Dr. Imm.* oct. 2016.

⁸² J. Derruppé, Th. de Ravel d'Escalpo, préc.

⁸³ Art. L. 223-7, C. com.

⁸⁴ Art. L. 225-3, al. 2, C. com.

⁸⁵ Paris, 19 sep. 1991, *Bull. Joly* 1991. 1019.

En ce qui concerne les sociétés à responsabilité illimitée, aucun texte n'oblige à libérer le capital immédiatement ni ne fixe de délai de libération. Le législateur laisse simplement place à l'autonomie de la volonté en concédant cette prérogative aux statuts⁸⁶.

30. Au-delà de ces catégories d'apports qui confèrent à leurs titulaires la qualité d'associé, le législateur n'a pas dénié à l'apporteur en industrie cette qualité. L'autonomie de l'apport en industrie est relevée en vertu de l'article 1832 C. civ. texte selon lequel « *la société est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes affectent à une entreprise commune des biens ou leur **industrie**...* ». Mais encore, la jurisprudence s'est ralliée à la vision du législateur qui prône l'autonomie de l'apport en industrie. La cour d'appel de Paris⁸⁷ avait admis, en vertu de l'article 1844-5 du Code civil, la dissolution d'une société au motif de la détention de la totalité des parts sociales par un seul associé en dépit de l'existence d'un apporteur en industrie. Dans l'espèce, les juges déniaient aux parts d'industrie la qualification de parts sociales. Cependant, cette position fut censurée par une décision de la Cour de cassation⁸⁸ au visa des articles 1844-5 du Code civil et 85 du décret n°69-1274, 13 décembre 1969 en refusant la dissolution d'une société civile professionnelle d'huissiers de justice regroupant un apporteur en numéraire disposant de la totalité des parts de capital et un apporteur en industrie.

Dans le même ordre d'idées, l'autonomie de l'apport en industrie ne cesse de gagner de place grâce à la jurisprudence⁸⁹ qui admet l'existence d'une société créée de fait entre deux associés l'un apportant son industrie et l'autre son influence. L'apport d'influence ne pourrait s'interpréter en tant qu'apport en industrie que si l'influence est licite.

31. L'apport en industrie marque des particularités par rapport aux autres types d'apports. Il est imprégné d'*intuitus-personae*, il s'agit d'une prestation à caractère successif et son objet est protéiforme.

⁸⁶ A. Lecourt, « sociétés par action », *Rép. soc.*, éd. Dalloz, mars 2015, p. 94.

⁸⁷ Paris, 6 juillet 2001, *Rec. Dalloz* 2001. p. 2975, obs. Lienhard.

⁸⁸ Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004, n° « 01-15.575 », *D.* 2004. 1088; *Rev. soc.* 2004. 855, note Poracchia ; *RTD com.* 2004. 550, note Monsérié-Bon.

⁸⁹ Cass. 1^{re}, civ., 7 juillet 1997, n° « 95-11.837 », *Rec. Dalloz* 1998, p. 391, note J. Claude Hallouin ; *Rev. soc.* 1998, p.71, note R. Baillod.

L'insécurité juridique marquant le régime des apports en industrie dissuaderait les entreprises d'accueillir de tels apports. La réforme du régime juridique de l'apport en industrie demeure souhaitable dans un contexte dans lequel l'économie cognitive⁹⁰ ne cesse de se développer.

En dépit du particularisme de l'apport en industrie son régime juridique ne prend pas en considération ses spécificités. Il en résulte pour l'apporteur en industrie une certaine vulnérabilité. En effet, les parts d'industrie ne concourent pas à la formation du capital social, de ce fait elles disparaissent sans que leur titulaire puisse prévaloir d'une créance à l'égard de la société dissoute. De même, l'apporteur en industrie risque de perdre son apport sans avoir aucune rémunération en cas de départ pour cause de maladie, ou pour autres causes (retraite).

Mais encore, les apports en industrie peuvent se « déprécier » à l'occasion d'une réduction du capital voire disparaissent lors d'une réduction du capital à zéro "coup d'accordéon".

Enfin, Il convient de se pencher sur l'étude de l'objet protéiforme de la prestation promise par l'apporteur en industrie (**section 1**), ainsi que les caractères propres et généraux de l'apport en industrie (**section 2**).

⁹⁰ Selon B. Paulré, « enjeux et dilemme de l'économie cognitive », 2001, <http://SHS.hal.science/halshs-00135486>, l'idée de l'économie cognitive ou de l'économie d'information et des connaissances désigne la place de l'information et de la connaissance dans le comportement et le fonctionnement de l'économie, l'historique de la notion remonte aux années cinquante ; A. Orléans, « le tournant cognitif en économie », *Rev. d'économie politique*, 2002/5, vol. 112, pp. 717 à 738.

Section 1 - L'objet protéiforme de l'apport en industrie

32. La notion de l'apport en industrie est protéiforme, elle recouvre plusieurs significations et suscite d'importantes controverses doctrinales. Les divergences se sont révélées sur son objet. D'un côté, Ripert et Roblot⁹¹ estimaient qu'il s'agit d'un travail dépourvu de tout lien de subordination. De l'autre, Guyon⁹² estimait qu'il peut s'agir d'un travail, d'un savoir-faire, d'un crédit ou même des démarches effectuées par les fondateurs. Il en résulte que Guyon par sa définition avait étendu l'objet de l'apport en industrie au savoir-faire, au crédit de l'apporteur et aux démarches effectuées par les fondateurs, contrairement à Ripert et Roblot qui limitaient l'objet de l'apport en industrie à une prestation de travail non subordonné.

Selon le dictionnaire latin⁹³ Gaffiot « *industria* » désigne : zèle, activité, soin, efforts. L'apport en industrie signifie aux termes du dictionnaire Littré un apport d'activité dans le cadre de la constitution d'une société⁹⁴. Il s'agit aussi selon le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant de « la puissance de travail et de création, l'habilité, le savoir-faire, l'activité, le labeur, l'ingéniosité au gain et à l'épargne que les associés doivent apporter à la société ».

Selon Ripert et Roblot⁹⁵, l'apport en industrie est « un travail à exécuter en qualité d'associé, donc un travail de direction ».

Désormais, la jurisprudence⁹⁶ et une partie de la doctrine⁹⁷ ont étendu la notion d'apport en industrie à l'apport en savoir-faire, à l'apport d'influence, à l'apport de présentation de la clientèle, et à l'apport constitué par les diligences et démarches faites par les fondateurs lors de la constitution de la société.

⁹¹ R.B. Goudet, « Théorie des apports », *JCS*, LexisNexis, p. 6 ; G. G. Callebaut, « apport en industrie », *Rép. soc. Dalloz*, n° 592.

⁹² Y. Guyon, « droit des affaires », Tome 1, éd. n° 7, p. 103.

⁹³ Gaffiot <https://gaffiot.fr/#industria>, Dictionnaire latin disponible sur l'adresse électronique : www.dictionnaire-latin.com.

⁹⁴ Le Petit Larousse, Grand Format, 1995, p. 547.

⁹⁵ R.B. Goudet, « Théorie des apports », *JCS Traité*, LexisNexis, p. 6 ; G. G. Callebaut, « apport en industrie », *Rép. soc.*, n°592.

⁹⁶ Cass. 1^{re}, civ, n° « 16-07-1997 », n° « 95-11.837 », *Rec. Dalloz*, 1998, p. 391, note. J-C. Hallouin ; *Rev. soc.* 1998, p. 391, note. R. Baillod ; *Bull. Joly*, 992, note Daigre ; *Dr. soc.* 1997, n° 170, obs. Bonneau.

⁹⁷ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, « Droit des sociétés », *LexisNexis* n° 29, p.70 ; Y. Guyon, « droit des affaires », Tome 1, éd. n° 7, p. 103. N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *Dalloz, AJ contrat*, 2015, p. 355. ; T. Massart, « contrat de société », *RDS*, avril 2006, §3, *Dalloz* ; C-T. Barreau, « société entre époux », *RDS*, éd. Dalloz avril 2005 ; A. Lecourt, « capital social », *RDS*, éd. Dalloz mars 2015 ; G. Goffaux-Callebaut, « apport », *RDS Dalloz*, juin 2011, p. 592.

Guyon⁹⁸ considérait que l'apport en industrie consiste à exécuter un travail pour le compte de la société ou de lui rendre un service : « l'engagement pris par un associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales en mettant à la disposition de la société son expérience, ses connaissances techniques ou professionnelles, son talent et sa notoriété ».

À cet effet l'objet de la prestation de l'apport en industrie peut prendre diverses formes.

L'objet de la prestation de l'apport en industrie est au sens strict un travail (§ 1), mais au sens large, il peut consister en un savoir-faire ou une notoriété (§ 2).

⁹⁸ Y. Guyon, droit des affaires, Tome 1, éd. n° 7, p. 103.

§ 1 - L'objet « *stricto-sensu* » de l'apport en industrie

33. Ripert et Roblot⁹⁹ limitaient la conception de l'apport en industrie à l'apport d'un travail de direction. Le travail de direction ne fait pas référence à la direction générale de l'entreprise sinon il serait concevable que pour ceux qui assument une tâche de gestion¹⁰⁰.

La notion de « travail de direction » renvoie à l'absence de lien de subordination entre l'apporteur en industrie et la société. L'existence d'un lien de subordination impliquerait la requalification de l'apport en industrie en contrat de travail. L'apporteur en industrie est celui qui exécute son travail en toute autonomie, est celui qui dirige son propre travail¹⁰¹.

Outre l'absence de subordination, l'apporteur en industrie doit participer à la direction effective de la société, dans ce sens, la Cour d'appel de Paris¹⁰² a refusé de reconnaître la qualité d'apporteur en industrie à une concubine qui n'a participé qu'à des tâches d'exécution. De même, la Cour d'appel de Rouen¹⁰³ a admis la qualité d'apporteur en industrie à une personne qui participe effectivement à la direction de la société et qui n'est liée par aucun lien de subordination.

La prestation fournie à la société dans le cadre de l'apport en industrie doit être exécutée, à défaut, l'apport en industrie est qualifié de fictif.

Dans ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁰⁴ a censuré un arrêt de la cour d'appel de Aix-en-Provence du 25 septembre 2007 reconnaissant la qualité d'apporteur en industrie à un architecte qui avait signé une convention de société et honoré des frais sans avoir exécuté sa part de prestation.

En l'espèce, L'architecte avait honoré des frais, désormais il n'avait pas exécuté la part des missions qu'on lui avait confiées. En effet, la chambre commerciale a décidé ainsi car aucun travail n'a été libéré pour donner lieu à l'existence d'un apport en industrie. L'apport en industrie est fictif¹⁰⁵. Une fois la prestation libérée l'apport en industrie devient réel.

L'associé lié à la même société par un contrat de travail et par une convention d'apport en industrie risque de voir ce dernier requalifier en contrat de travail du fait du lien de

⁹⁹ M. Germain, « Traité droit commercial », t. 1, vol. 2, 19^e édition, p. 40.

¹⁰⁰ R.B. Goudet, « Théorie des apports. -Apport en industrie », Fasc.10-20, *JCS Traité*, éd. LexisNexis, p. 6.

¹⁰¹ R.B. Goudet, préc.

¹⁰² Paris, 2^eme, ch., sect. A, 9 nov. 1992, n° « 1992-02319 ».

¹⁰³ Rouen, ch. soc., 18 déc. 2001, n° « 2001-173621 ».

¹⁰⁴ Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeart, *BJC*. éd. Lextenso, 1mai 2009, n° 5, p. 452,

¹⁰⁵ Besançon, 27 mars 1903, *D.* 1904. 2. 241, note Percero.

subordination qui le lie à son employeur. Or, il incombe aux membres de GAEC une obligation du travail en commun qui ne doit pas être confondue avec l'apport en industrie. L'apport en industrie est certes possible dans ce type de groupement mais son objet doit être distinct de l'obligation du travail communément exécutée par les exploitants. La prestation promise dans le cadre d'un apport en industrie exige une certaine qualification qui démarque l'apporteur des autres exploitants. Mais une partie de la doctrine¹⁰⁶ considère cette obligation de travail en commun comme étant une obligation pour tous les associés du groupement de faire des apports en industrie. D'autres auteurs¹⁰⁷, veillent bien à établir la distinction entre l'obligation du travail en commun et l'apport en industrie. Au sens de Bozec¹⁰⁸, l'apport en industrie ne peut être constitué par le travail quotidien des exploitants, conséquence de leur statut dans le GAEC, il doit donc s'agir d'une prestation de nature exceptionnelle.

Par analogie, on peut estimer qu'un apporteur en industrie puisse être parallèlement salarié de sa société ; tout au moins si son apport est une prestation de nature distincte de celle faisant l'objet de son contrat de travail et si son activité salariée ne l'empêche pas de mener à bien l'exécution de son apport en consacrant le soin et le temps nécessaires à l'activité apportée.

34. On soulignera néanmoins, que la qualité de commerçant de l'apporteur en industrie d'une société en nom collectif ou une société en commandite n'est pas cumulable avec celle de salarié du fait de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés de ces sociétés.

Or, dans la SARL la question du cumul de la qualité de commerçant et celle du salarié ne se pose pas, puisque ses associés n'ont pas la qualité de commerçant. La jurisprudence admet le cumul pour les associés non-gérants et les associés minoritaires des sociétés à responsabilité limitée¹⁰⁹.

En définitive, le cumul est concevable, sauf dans les sociétés commerciales de personnes, lorsque l'activité promise à la société à titre d'apport est distincte de celle faisant l'objet du contrat de travail sous réserve des modalités statutaires de l'exécution de son apport.

¹⁰⁶ Baillo, cité par R.B. Goudet, « Théorie des apports. -Apport en industrie », *JCS Traité*, éd. LexisNexis, p.6

¹⁰⁷ J. Bozec, « Le groupement d'exploitation agricole en commun », thèse, Rennes 1966, n° 83 : cité par R.B. Goudet, *Théorie des apports. -Apport en industrie*, JCS Traité, éd. LexisNexis, p.6

¹⁰⁸ Ibid. Bozec donne l'exemple d'un ingénieur agricole qui participe à la vie du groupement ou bien des heures supplémentaires effectuées par un membre du groupement.

¹⁰⁹ Cass. soc., 18 Avr. 2008, n° « 07/40.842 », *Bull. Joly 2008*, 873, obs. G. Auzero, voir cependant, Cass. soc., 7 fév. 1979, *Bull. civ. V*, n° 122, *D.* 1979. IR 367, obs. F. Derrida; *Rev. soc.* 1980.473, note. J. Hémar; 8 oct. 1980, *D.* 1981. 257, note. Y. Reinhard ; 31 mars 1982, n° « 81-10.488 », *Bull. civ. V*, n° 238 : cités par G. Auzero, « cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Rép. soc. Dalloz*, janvier 2010, 30.

35. Par ailleurs, l'obligation d'exclusivité qui incombe à l'apporteur en industrie fait obstacle au cumul de la qualité d'apporteur en industrie avec un contrat de travail dans une société tiers. Dans l'ancienne version de l'article 1847 du Code civil, l'apporteur en industrie n'était tenu à aucune obligation d'exclusivité¹¹⁰. Il pouvait fournir la même prestation, objet de son apport, à plusieurs sociétés. Quatre conditions devraient être remplies pour cela : en premier lieu, la prestation promise ne devait pas s'identifier avec l'objet social. En deuxième lieu, la réalisation de la prestation ne devait pas intervenir au profit d'une société concurrente. En troisième lieu, l'apporteur devait consacrer le temps nécessaire à la bonne exécution de l'apport promis à la société¹¹¹ sans négliger les affaires sociales.

Dans sa rédaction actuelle, le nouveau texte (article 1843-3 dernier alinéa) impose aux apporteurs en industrie une obligation d'exclusivité. Cependant, deux hypothèses doivent être distinguées :

Dans la première hypothèse, l'apporteur promet toute son industrie à la société, celui-ci doit alors lui rendre compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport même si celle-ci n'est pas en rapport avec l'objet social.

Dans la seconde hypothèse, l'apporteur en industrie apporte qu'une partie spécifique de son industrie. Dans ce cas, il existe deux cas de figure : si cette activité ne se rapporte pas à l'objet social de la société bénéficiaire de l'apport, l'obligation d'exclusivité ne pèse pas sur l'apporteur en industrie. Le cas échéant, il serait redevable des dommages et intérêts s'il était tenu par les statuts de travailler à temps plein dans la société¹¹² ou s'il a négligé les affaires sociales. A l'inverse, si l'activité déployée pour autrui se rapporte à l'objet social de la société bénéficiaire de l'apport, les gains réalisés par l'apporteur en industrie pour son compte ou pour le compte d'une autre société demeurent la propriété de celui-ci mais l'obligation de non-concurrence s'imposera à lui¹¹³.

En somme, les obligations d'exclusivité et de non-concurrence qui incombent à l'apporteur en industrie pourraient engager sa responsabilité s'il cumule son apport avec un contrat de travail conclu avec une autre entreprise.

¹¹⁰ Sous réserve des associés des sociétés civiles.

¹¹¹ Lyon, 18 juin 1856, *Ann. Propriété industrielle* 1856, 240 (Arrêt confirmant une sentence arbitrale) cité par : R. Baillo, thèse préc., p. 130.

¹¹² Mais il est bien certain que consacrer tout son temps à la société (à supposer que les statuts définissent en ces termes l'obligation de l'apporteur en industrie), ce n'est pas lui aliéner tous ses instants, mais seulement le temps qui d'après les usages doit être consacré au travail.

¹¹³ R. Baillo, thèse préc., p.131.

Par ailleurs, l'industrie est distincte du travail dans l'esprit du rédacteur du Code civil, en effet, l'article 1787 du Code civil énonce « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière », la formulation « son travail ou son industrie » nous laisse supposer qu'il existe une distinction entre les deux vocables ce qui justifie la recherche de la conception lato-sensu de l'industrie.

§ 2 - L'objet « lato-sensu » de l'apport en industrie

36. Le droit prétorien¹¹⁴ et une doctrine majoritaire¹¹⁵ ont étendu la notion de l'apport en industrie à l'apport en savoir-faire, à l'apport en garantie, à l'apport d'une clientèle et aux démarches effectuées par les fondateurs. Il convient de traiter succinctement les différentes variétés d'apport qualifiées d'apport en industrie.

A - L'apport en savoir-faire :

37. Le savoir-faire procure à l'entreprise une valeur économique¹¹⁶, Il constitue l'élément caractéristique des contrats de franchise. Pourtant, sa qualification juridique est encore débattue. Les auteurs partisans¹¹⁷ de l'idée selon laquelle le savoir-faire est juridiquement un bien admettent naturellement sa cession, sa concession ou son apport en nature. Le règlement européen 316/2014¹¹⁸ considère le savoir-faire en tant que bien intellectuel. La cour d'appel de Paris¹¹⁹ rejoint cette position en imposant une obligation de garantie d'éviction en présence d'une cession d'informations secrètes.

Selon Messieurs Mestre et Velardocchio¹²⁰ si le savoir-faire consiste à un procédé de fabrication assortie de plans, de schémas, de dessins, matérialisé il s'agit d'un apport en nature, en revanche, dès lors qu'il porte sur des connaissances techniques, industrielles, présentes ou futures, il s'agit d'un apport en industrie. Les dires des deux auteurs sont corroborés par les dispositions du règlement européen (316/2014) qui définissent le savoir-faire en tant qu' « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est : i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou

¹¹⁴ Cass. 1^{re}, civ., 16-07-1997, n° « 95-11.837 », *Rec. Dalloz*, 1998, p. 391, note. J-C. Hallouin ; *Rev. soc.* 1998, p. 391, note. R. Baillod; *Bull. Joly*, 992, note Daigre ; *Dr. soc.* 1997, n° 170, obs. Bonneau.

¹¹⁵ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, « Droit des sociétés », LexisNexis, n° 29, p.70 ; Y. Guyon, « droit des affaires », Tome 1, éd. n°7, p. 103 ; N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat Dalloz*, 2015, p. 355. ; T. Massart, contrat de société, *RDS*, Dalloz, avril 2006; C-T. Barreau, « société entre époux », *RDS* Dalloz, avril 2005, ; A. Lecourt, « capital social », *RDS*, mars 2015, Dalloz. ; G. Goffaux-Callebaut, « apport », *RDS*, Dalloz, juin 2011.

¹¹⁶ S. Tigé, « Savoir-faire : une valeur réelle de l'entreprise », *I2D-Information, données et documents* 2017/2 vol. 54, pp. 42 à 43 ; J-P. Bouchez, « autour de « l'économie du savoir » : ses composantes, ses dynamiques et ses enjeux », *savoirs* 2014/I (n° 34), pp. 9 à 45.

¹¹⁷ N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat d'affaires*, 2015, p.355. ; R. Baillod, « l'apport en industrie », *Traité Joly*, § 9.

¹¹⁸ Art. 1^{er}, Règl. (UE) n° 316/2014, 21 mars 2014, relatif à l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à es catégories d'accords de transfert de technologie.

¹¹⁹ Paris, 11 avr. 2013, n°12/21643 : J. Passa, « Communication savoir-faire : « qualification du contrat et violation de l'obligation d'exclusivité », *RDC* déc. 2014, p. 739.

¹²⁰ Cité par T. Massart, « les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJS*. 01 déc. 2009, p. 1154, *Lamy Sociétés commerciales*, 2008, n° 264.

facilement accessible ; ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production de produits contractuels et iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité »

Guyon¹²¹ retenait qu'« en cas d'apport d'un savoir-faire, on peut se demander si l'apport a pour objet un bien et ce serait un apport en nature ou au contraire un service et ce serait alors un apport en industrie ». Il en découle que le savoir est susceptible d'avoir pour objet un bien ou un service. L'auteur désigne par ses propos le savoir-faire breveté qui est un bien intellectuel et celui non breveté qui suscite des débats doctrinaux à propos de sa patrimonialité.

Le Professeur Pollaud-Dulian¹²² considère que l'apport en savoir-faire ne peut pas constituer un apport en nature car celui-ci n'est pas juridiquement un bien. Goré¹²³ à l'instar de Mousseron réfute la qualification de cession ou concession au contrat transmettant un savoir-faire. Les partisans de cette doctrine¹²⁴ prônent l'idée selon laquelle l'objet essentiel du contrat relatif au savoir-faire est de donner naissance à une obligation de communication. Le contrat est qualifié de contrat d'entreprise, de louage d'ouvrage ou de contrat de prestation de service.

Par ailleurs, certains auteurs¹²⁵, sans faire la distinction entre l'apport en savoir-faire instantané et celui exigeant une collaboration continue de l'apporteur en industrie, affirment que l'apport en industrie du fait de son caractère successif et futur est difficilement évaluable¹²⁶. Une grande partie de la doctrine¹²⁷ évoque l'idée selon laquelle le savoir-faire

¹²¹ Y. Guyon, « Droit des affaires », tome 1, 11^e éd., Economica, 2001, n° 108, p. 106 cité par N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat d'affaires* 2015, p. 355. ; R. Baillod, « l'apport en industrie », *Traité Joly*, § 9; cité également par L. Nurit-Pontier, « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 03 juil. 2002, n° 132, p. 4.

¹²² F. Pollaud-Dulian, « propriété industrielle », *Economica*, 2011, n° 737 cité par N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat d'affaires*, 2015, p. 355 ; F. Goré, « la notion du capital social, mélanges rodière », D. 1981, p. 85,

¹²³F. Goré, « la notion du capital social, mélanges rodière », Dalloz, 1981, p. 85.

¹²⁴ J. Azéma, J. -C. Galloux, droit de la propriété industrielle, 7^e édition, Dalloz, 2012.

¹²⁵ T. Massart, « les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJS* 01 déc. 2009, p. 1154, *Lamy Sociétés commerciales*, 2008, n° 264, Selon J. Mestre et D. Velardocchio, « si le savoir-faire porte sur la transmission de connaissances techniques et industrielles, présentes ou futures, il s'agit d'un apport en industrie...en revanche, s'il s'agit d'un procédé de fabrication, assorti d'études, de notes, de plans, de dessins, de schémas, d'instruction au personnel, matérialisé et acquis en quelque sorte, l'apport en nature est, pour nous, possible » en se fondant sur une position de la Cour de cassation qui a admis un l'apport de procédés de fabrication dans une SARL à une époque où l'apport en industrie fut impossible, voir aussi: (Cass. com., 9 nov. 1955 : *Bull. civ.*, III, p. 266).

¹²⁶ Y. Guyon, « Droit des affaires », T. 1, *Economica*, 12^{ème} éd. 2003 cité par N. E. M Itsiembou, « l'utilité du capital social (étude de droit français) », thèse, université Clermont I, décembre 2010, p. 17.

breveté est un bien susceptible d'être qualifié d'un apport en nature. Or, dès lors qu'il ne l'est pas il suivra le sort de l'apport en industrie.

D'autres auteurs¹²⁸ soutiennent l'idée selon laquelle un certain apport en savoir-faire ne présente pas cette difficulté d'évaluation car son évaluation est instantanée et peut donc faire l'objet d'un apport en nature. Si le cas échéant, ce savoir nécessite une réactualisation, cette dernière devrait être conçue en tant qu'apport en industrie car il présentera l'inconvénient de son caractère futur et successif. En somme, ce courant doctrinal soutient l'idée de scinder l'apport en industrie en adoptant deux régimes : l'apport en savoir-faire instantané et l'apport en savoir-faire à caractère futur et successif exigeant une présence continue de l'apporteur en industrie.

B - L'apport en garantie :

38. Également dénommé apport du nom et du crédit commercial, apport en notoriété ou encore apport d'influence. Il s'agit d'apporter son crédit, sa notoriété, son nom, sa solvabilité à une société. En raison de sa notoriété dans un domaine particulier l'apporteur en garantie apporte sa « caution » aux dettes de la société. L'apport en garantie procure à l'entreprise une valeur économique se traduisant dans l'ouverture grâce à celui-ci de ligne de crédits et améliorer de la sorte sa capacité financière. Or, la personne apporteuse doit acquérir une réputation et une notoriété suffisantes qui permettent effectivement de rapporter une valeur économique à la société sans lesquelles l'apport peut être qualifié de fictif. Cet apport d'une nature particulière n'est valable que dans les sociétés de personnes, sinon, il n'y aurait pas d'intérêt pour l'entreprise et ses créanciers.

La controverse doctrinale sur la validité de ce type d'apport est ancienne, a ébauché lorsque que des réticences se furent manifestées à l'occasion de la discussion devant le Conseil d'Etat des dispositions du Code civil relatives au contrat de société. Au cours du 19^{ème} siècle, certains auteurs, en particulier Troplong¹²⁹, ont réfuté la validité de l'apport en garantie. Selon lui, pour être apporté en société l'apport en garantie « doit être appuyé d'une

¹²⁷ Cités par T. Massart, « les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJC*, 01. Déc. 2009 ; voir aussi « Le savoir-faire », *Rép. soc.*, éd. Dalloz, févr. 2009, n° 23 ; voir aussi : Paris, 3 juill. 1975 : *PIBD*, 1976, p. 170, III, p. 219 ; voir aussi : R. Bailloz, « L'apport en industrie », *Th. dact.*, Toulouse, 1980, p. 60 ; « L'apport du savoir-faire en société », thèse droit privé, Université Paris 2 en cotutelle avec l'Université Libanaise en droit, 2009.

¹²⁸ Cités par T. Massart, « les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJC*, 01. Déc. 2009, p. 1154.

¹²⁹ Troplong, Cité par H. Blaise, « l'apport en société », thèse, Rennes, 1953. P.202.

collaboration réelle qui rende efficace la responsabilité sur laquelle les tiers ont compté »¹³⁰. En effet, l'auteur considère que le crédit commercial constitue un bien présentant une valeur effective du fait que ce dernier permet à la société de lui faciliter ses opérations financières et commerciales avec les tiers créanciers¹³¹. Cependant, il n'admet pas le caractère principal de cet apport, il estime qu'il demeure l'accessoire d'un apport en industrie¹³². Deux auteurs¹³³ partagent la position de Troplong en confirmant le caractère accessoire d'un tel apport. En somme, l'apport en garantie devrait suivre le sort de l'apport en industrie en vertu de l'adage « *accessorium sequitur principale est* ». À cet effet le régime de l'apport en industrie lui est applicable.

En outre, l'apport du crédit commercial doit être licite, il ne doit pas se traduire par un trafic d'influence illicite passible le cas échéant de sanctions pénales. L'apport d'influence s'interprète en tant qu'un apport en industrie¹³⁴.

Ripert et Roblot¹³⁵ n'admettent pas la qualification de l'apport en industrie au crédit commercial promis par l'apporteur à la société. Certains¹³⁶ estiment que l'apport du crédit commercial constitue un apport en industrie. D'autres¹³⁷, vont admettre la qualification d'apport en industrie au crédit commercial dès lors qu'il s'agit d'un crédit qui dépasse celui d'un associé ordinaire.

Par ailleurs, la doctrine¹³⁸ est quasi-unanime sur le fait que l'apport en garantie ne présente pas un intérêt dans les sociétés à risque limité. En particulier, Troplong affirme qu'« afin que la garantie de solvabilité que représente cet apport offre une utilité le rendant susceptible de constituer une mise sociale, il est nécessaire qu'il soit effectué par une personne indéfiniment responsable »¹³⁹.

¹³⁰ Troplong, « du contrat de société », t. I, n° 114 à 116.

¹³¹ H. Blaise, thèse préc. p. 202.

¹³² H. Blaise, thèse préc.

¹³³ Aubry, Rau, « cours de droit civil », § 377, cité par H. Blaise, thèse préc.

¹³⁴ R. Baillod, l'apport d'« influence », *Rev. soc.* 1998, p. 71 ; J-C. Hallouin, « une simple influence, peut-elle constituer un apport en industrie », *Rec. Dalloz* 1998, p. 391.

¹³⁵ Ripert et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, t. 1, par M. Germain, 15^e éd., n°733, p. 600.

¹³⁶ Y. Guyon, « Droit des affaires », t. 1, 9^e éd., n° 107, p. 103 ; Cozian, Viandier, « Droit des sociétés », Litec, 10^e éd., 1997, n° 173, p. 68 ; H. Blaise, « apport », *Rép. soc. Dalloz*, n° 532.

¹³⁷ R. Baillod, « apport en industrie », *Dictionnaire Joly*, n° 7, cité par J-C. Hallouin, « une simple influence, peut-elle constituer un apport en industrie », *Rec. Dalloz* 1998, p. 391.

¹³⁸ H. Blaise, « l'apport en société », thèse, Rennes, 1953, p. 202.

¹³⁹ Troplong, « du contrat de société », t. I, n° 114 à 116, Cité par H. Blaise, thèse préc., p. 202.

C - L'apport du droit de présentation de la clientèle civile et commerciale :

39. Si l'apport du fonds de commerce et celui d'un fonds libéral ne suscitent pas de débats à propos de leur qualification d'apport en nature, il n'en est pas de même pour l'apport d'une clientèle civile et/ou commerciale.

Apport d'une clientèle commerciale :

40. Certains auteurs¹⁴⁰ considèrent le portefeuille d'une clientèle commerciale comme un bien qui a, indépendamment de l'activité de son représentant, une valeur estimable en argent. Or, d'autres¹⁴¹, ont constaté que c'est l'activité déployée par le représentant qui confère une valeur au portefeuille. Le caractère « *intuitu-personae* » de l'apport de présentation suppose qu'il soit rangé dans la catégorie des apports en industrie. La jurisprudence commerciale rejoint cette doctrine en affirmant que l'apport d'une présentation commerciale est un apport en industrie insusceptible de servir de gage de créanciers et par conséquent de constituer une partie du capital social¹⁴².

Apport d'une clientèle civile :

41. La qualification de l'apport du droit de présentation d'une clientèle civile en apport en industrie semble pertinente du fait du caractère personnel de la clientèle apportée. En revanche, Le caractère personnel de la clientèle est réfuté des lors que celle-ci est parfois attachée à l'enseigne et à la notoriété du cabinet et non pas à la personne.

La jurisprudence¹⁴³ admet la validité de cession de la clientèle civile. Le régime fiscal de mutation de fonds de commerce lui est applicable. Le droit fiscal, tout en lui reconnaissant implicitement le statut juridique de bien, lui applique, en cas de cession, le régime de mutation de fonds de commerce. Il en résulte que le droit de présentation d'une clientèle civile puisse être apporté en nature.

¹⁴⁰ Rousseau, « Traité des SARL : régime juridique et fiscal », librairies techniques, 1952, n°40, cité par : G. G. Callebaut, « apport en industrie », *Rép. soc. Dalloz*, n° 577 ; Cass. ch. Req., 15 fév. 1937, *DP*, 1938.13, note. Cordonnier ; H. Barbier, « clientèle », *Rép. dr. civ. Dalloz*. janv. 2016, p. 12.

¹⁴¹ G. G. Callebaut, « apport en industrie », *Rép. soc. Dalloz*, n° 577.

¹⁴² Lyon, 29 mars 1935, *JCP* 1935. 981 ; Amiens, 25 mars 1954, *JCP* 1954. II. 8372, note D.B ; Cass. com., 27 nov. *JCP (CI)*, 1962, n° 70694.

¹⁴³ Cass. 1^{re}, civ. 7 nov. 2000, n° « 98-17. 731 ».

En 1937, la chambre des requêtes¹⁴⁴, saluée par des arrêtiéristes,¹⁴⁵ considérait valable l'apport d'une clientèle civile dans une SARL¹⁴⁶. La chambre civile¹⁴⁷ quant à elle, proclamait que la contrepartie de l'apport du droit de présentation doit avoir une valeur patrimoniale et figurer dans le bilan de la société. Pourtant, La commission régionale d'inscription des commissaires aux comptes (18 juin 1991) conteste le fait de figurer la valeur d'un droit de présentation dans le capital social d'une SA de commissaire aux comptes tout en le qualifiant soit d'apport fictif, soit d'apport en industrie impossible d'exister dans une SA¹⁴⁸.

D - L'apport des démarches effectuées par les fondateurs :

42. Les fondateurs de la société se livrent à des démarches nécessaires à sa création. Sous l'emprise de la loi de 1924, les démarches effectuées par les fondateurs furent rémunérées dans les sociétés par actions au moyen des parts de fondateurs. Avec la réforme de 1966, Ces dernières furent supprimées dans les sociétés par actions (art L. 264). Mais il s'avère qu'une partie de la doctrine¹⁴⁹ étend l'interdiction des émissions des parts de fondateurs aux SARL.

Néanmoins le professeur Guyon¹⁵⁰ relayé par d'autres¹⁵¹ considérait les démarches effectuées par les fondateurs de la société comme une variété particulière d'apports en industrie.

Cette position n'en demeure pas moins contestée par une autre partie de la doctrine¹⁵² qui estimait que les diligences et démarches faites par les fondateurs ne peuvent constituer un apport en industrie, ils s'agissent à leur sens d'un apport fictif.

¹⁴⁴ Cass. ch. Req., 15 Fév. 1937, *DP*, 1938. 13, note. Cordonnier, cité par E. du Pontavice, « Le droit de présentation de la clientèle ne peut faire l'objet d'un apport dans le capital d'une SA de commissaire aux comptes », *Rev. soc. Dalloz*, 1993, p. 595.

¹⁴⁵ Cordonnier parle dans sa note de la prééminence de la clientèle, cité par : E. du Pontavice, préc.

¹⁴⁶ A cette date les apports en industrie furent interdits dans les Sarl.

¹⁴⁷ Cass. 1^{re}, civ., 7 mars 1956, *D.* 1956, p. 523, note Percerou ; Cass. 1^{re}, civ., 7 juin 1995 : *D.* 1995, p. 560, note Beignier, Cass. 1^{re}, civ., 29 avr. 1954 : *JCP*, 1954, éd. G, II, 8249, note Bellet ; 9 mai 1961 : *Gaz. Pal.* 1961, 1, p.423.

¹⁴⁸ E. du Pontavice, préc.

¹⁴⁹ G. G. Callebaut, « apport en industrie », *Rép. soc. Dalloz*, n° 576, voir cependant, Ripert, Roblot par Germain cité par le même auteur.

¹⁵⁰ Y. Guyon, « Droit des affaires », T. 1, 7^e éd., p. 103.

¹⁵¹ G. G. Callebaut, « apport », *Rép. soc. Dalloz*, juin 2011, n° 571.

¹⁵² T. civ. Besançon, 10 juillet 1902 ; Besançon, 27 mars 1903, *D.* 1904. 2.241, note Percerou, S. 1904. 2. 89, note Houpin ; Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeart, *BJC*, Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452, R. B. Goudet, « Théorie des apports- apport en industrie », *JCS Traité LexisNexis*, p. 77; M. Germain, « les sociétés commerciale », T. 1, Vol. 2, p. 40.

En effet, un tel apport serait entaché de fictivité du fait que la prestation apportée ne présente aucune valeur pécuniaire. La fictivité suppose que l'apport ne procure aucun avantage à la société¹⁵³.

Par ailleurs, l'apport en industrie est une prestation à caractère permanent et continue, il ne peut consister dans des simples tâches temporaires, interrompues. Or, les démarches effectuées par les fondateurs cessent à la constitution de la société. De ce fait, il n'est pas pertinent à notre sens de rémunérer ces démarches par des parts d'industrie.

En tout état de cause, même si l'on suppose qu'il s'agit d'un apport en industrie, il disparaîtrait naturellement lors de cessation de la prestation puisque une fois que celle-ci cesse d'être fournie pour cause de décès, de maladie, de retrait ou toute autre raison, cela impliquera juridiquement l'annulation totale ou partielle des parts d'industrie.

Nous admettons sans regret de nous conformer à la doctrine dominante¹⁵⁴. L'éviction d'une telle activité de la catégorie des apports en industrie doit être approuvée. Du reste, ce genre de prestation n'emprunte nullement les caractères propres de l'apport en industrie. Il consiste tout simplement à des tâches temporaires ne revêtant aucune continuité et permanence.

¹⁵³ Paris, 1^{re} déc. 1992.

¹⁵⁴ T. civ. Besançon, 10 juillet 1902 ; Besançon, 27 mars 1903 ; *D.* 1904. 2.241, note Percerou ; Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegart, *BJC*, Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452.

Section 2 - Les caractères généraux et propres de l'apport en industrie

43. La prestation fournie dans le cadre d'un apport en industrie peut prendre plusieurs formes : l'apport du travail, d'un savoir-faire ou d'une notoriété. Les différentes catégories d'apport en industrie possèdent des caractères propres (§ 2), mais elles possèdent aussi des caractères communs ou généraux (§ 1).

§ 1 - Les caractères généraux de l'apport en industrie :

A - Le caractère personnel de l'apport en industrie :

44. L'apport en industrie est indissociable de la personne de son apporteur quel que soit son objet. Ce caractère personnel lui confère une valeur aléatoire qui dépend notamment de l'état de santé de l'apporteur ou de la survenance de son décès ou bien encore de son manque de volonté. A l'évidence, cela rend son évaluation délicate.

Le caractère extrapatrimonial de l'apport en industrie n'est pas sans effets sur son sort juridique. En effet, le législateur énonce que les parts d'industrie sont incessibles et inaliénables, de même il prévoit que les parts d'industrie ne concourent pas à la formation du capital social.

En outre, l'apport en industrie peut également être fourni par une personne morale. En ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁵⁵ qualifie l'existence d'une société créée de fait entre trois sociétés ayant apporté chacune leurs connaissances et leurs compétences. Il a été admis qu'une société civile professionnelle pouvait apporter son industrie¹⁵⁶.

Il est concevable qu'une personne morale apporte un savoir-faire ou son crédit à une autre société. Mais la question se pose lorsqu'il s'agit d'apporter un travail à la société. Est-il possible qu'une personne morale apporte un travail en société ?

B - Les caractères continu et permanent de l'apport en industrie :

45. La prestation objet de l'apport doit être fournie d'une manière continue et permanente. De simples tâches temporaires ou ponctuelles ne peuvent faire l'objet d'un apport en industrie. Ainsi, une cour d'appel¹⁵⁷ a pu refuser la qualification d'apport en industrie à des aides ponctuelles. Si les juges réfutent tout caractère occasionnel à un apport en industrie, il s'avère même qu'une collaboration régulière et continue ne suffise ne puisse être qualifiée d'apport en industrie car il peut ne s'agir que d'une simple entraide normale entre concubins¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cass. com., 17 novembre 1970, *D.* 1971, p. 206 ; *Rev. soc.* 1971, p. 533.

¹⁵⁶ Paris, 8 nov. 1998, *Bull. Joly*, 1999, p. 359, note. A. Couret.

¹⁵⁷ Grenoble, 1^{er} ch. Civ., 29 janv. 2019, RG n° « 17/00864 ».

¹⁵⁸ Paris 2^e ch. A 09 nov. 1992 n° « XP091192X » : La concubine d'un restaurateur décédé ne saurait soutenir qu'une société créée de fait s'est établie entre eux, en soutenant que l'intention de s'associer résulte d'une collaboration voulue du couple pour le développement et la propriété des fonds de commerce à l'exploitation

Les démarches des fondateurs d'entreprises sont une prestation ponctuelle et ne doivent être qualifiées d'apports en industrie¹⁵⁹ D'ailleurs, une doctrine¹⁶⁰ leur réfute pour cette raison la qualification d'apport en industrie. Néanmoins, certains auteurs leur reconnaissent cette qualification¹⁶¹.

C - Les caractères incessible et inaliénable des parts d'industrie :

46. *L'intuitus-personae* imprégnant les parts d'industrie entrave leur transmissibilité. Toutefois, Aucun texte en droit positif français n'interdit la cession des parts d'industrie ou des actions de travail, excepté dans les SCP, GAEC, SAS. Pourtant, la question de l'incessibilité des parts d'industrie demeure non tranchée dans les SARL, les SNC et les sociétés civiles.

L'intuitus-personae qui justifie l'incessibilité des parts d'industrie caractérise également les parts sociales (en numéraire) des sociétés de personnes et des sociétés d'exercice des activités réglementées.

Dans certains types de société le retrait d'un associé quel que soit la nature de son apport exige la recherche par ce dernier d'un cessionnaire agréé à l'unanimité par la communauté des associés comme en témoigne le régime de cession des parts des SNC et des sociétés civiles professionnelle. En outre, l'associé désirant se retirer d'une société civile professionnelle dont l'objet est l'exercice d'une activité réglementée devrait rechercher un cessionnaire remplissant les conditions d'exercice de la profession et retenir l'agrément des autres associés.

desquels ils participaient ensemble, alors que l'apport en industrie ne saurait être ramené à de simples tâches d'exécution matérielle et qu'il exige que son auteur participe non seulement aux activités productives de la société, mais aussi à sa direction effective, condition non réalisée en l'espèce dans la mesure où cette concubine ne soutient qu'avoir exercé, parallèlement à son activité professionnelle et personnelle, des travaux de nettoyage, d'entretien et de comptabilité dans le cadre du fonds de commerce ;

Par ailleurs, il n'est pas davantage démontré qu'ait existé de la part des intéressés la volonté d'exploiter des commerces sur un pied d'égalité, de partager les bénéfices et, en cas de déficit, de contribuer aux pertes, étant précisé que cette volonté ne peut être présumée et résulter de la participation aux dépenses de la vie commune.

Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1987, n° « 85-18.308 ».

¹⁵⁹ Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07- 21709, note V. Allegeant, « apport en industrie : un simple financement ponctuel ne suffit pas », *BJS* 1^{er} mai 2019, n° 5, p. 452, éd. Lextenso.

¹⁶⁰ T. civ. Besançon, 10 juillet 1902 ; Besançon, 27 mars 1903, *D.* 1904. 2.241, note Percerou, *S.* 1904. 2. 89, note Houpin ; Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeant, *BJC*, Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452, R. B. Goudet, « Théorie des apports- apport en industrie », *JCS Traité* LexisNexis, p. 77; M. Germain, « les sociétés commerciale », T. 1, Vol. 2, p. 40.

¹⁶¹ Y. Guyon, « Droit des affaires », T. 1, 7^e éd., p. 103 ; G. G. Callebaut, « apport », *Rép. soc.* Dalloz, juin 2011, n° 571.

En effet, *l'intuitus-personae* qui justifie l'incessibilité des parts d'industrie caractérise également les parts sociales (en numéraire) des sociétés de personnes et des sociétés d'exercice des activités réglementées.

§ 2 - Les caractères propres à certaines catégories d'apport en industrie

47. La large variété de prestations faisant partie du champ d'application de l'apport en industrie, veut que chacune de ces variétés disposent de caractères propres et distincts.

A - Le caractère successif ou instantané de l'apport en industrie

48. Traditionnellement l'apport en industrie consiste à apporter une prestation à caractère successif. Or, l'apport en savoir-faire est une prestation à caractère instantané. Toutefois, il existe parfois un savoir-faire qui nécessite une collaboration à caractère successif. En effet, le savoir-faire est transmis par la levée du secret de celui-ci au bénéfice de son destinataire¹⁶². Mais il existe un savoir dont la transmission ne suffit pas à elle seule, mais elle est accompagnée par une collaboration. De ce fait la transmission du savoir-faire est une prestation instantanée quoique la collaboration qui en résulte soit successive.

En revanche, le caractère successif de la majorité des apports en industrie entrave son inclusion au capital social dans la mesure où sa réalisation sera incertaine dans le temps ; ce qui n'est d'ailleurs pas sans conséquence quant à sa valorisation. Ces objections ne concernent cependant pas l'apport en savoir-faire car celui-ci ne présente pas les inconvénients liés à un caractère successif. Pourtant, ce dernier peut aussi se voir déprécié si l'est secret et s'il est révélé ou même être considéré comme fictif lorsqu'il n'apporte aucune valeur économique à l'entreprise. La solution la plus simple permettant de surmonter cette difficulté consiste à breveter le savoir-faire pour qu'il puisse être protégé. Comme nous l'avons déjà évoqué, une partie de la doctrine estime que l'apport en savoir-faire doit être considéré en tant qu'apport en nature¹⁶³. Certes, le caractère instantané de ce type d'apport le permet, mais le risque de la disparition de sa valeur ne contribue pas à son intégration dans la catégorie des apports en nature, tout au moins lorsqu'il ne fait pas l'objet d'un brevet.

B - Les caractères permanent et ponctuel de l'apport en industrie :

49. Certes, l'apport en industrie consiste classiquement à l'exécution de tâches permanentes au profit de la société, c'est dans ce sens qu'il s'agit d'une prestation permanente. Or, nous

¹⁶² N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat d'affaires*, 2015, p.355. ; R. Baillod, « l'apport en industrie », *Traité Joly*, § 9.

¹⁶³ N. Binictin, « l'apport en société de savoir-faire », *AJ contrat d'affaires*, 2015, p. 355. ; R. Baillod, « l'apport en industrie », *Traité Joly*, § 9 ; Paris, 11 avr. 2013, n° « 12/21643 » : J. Passa, « Communication savoir-faire : « qualification du contrat et violation de l'obligation d'exclusivité », *RDC* déc. 2014, p. 739. Dans l'arrêt précité la cour d'appel de Paris qualifie le contrat de communication de savoir-faire non breveté de cession, justifiant la mise en œuvre de garanties attachées par la loi à un tel contrat.

relevons les caractères périodique et ponctuel de certaines variétés d'apports en industrie comme les parts de fondateurs qui rémunèrent les démarches de création d'entreprises ou l'apport en garantie (de son crédit) qui ne nécessite pas une présence permanente de l'apporteur dans la société.

Conclusion du chapitre 1^{er}

50. L'apport en industrie est une catégorie particulière d'apport qui en son sein même on constate l'existence de prestations de natures différentes et qui empruntent des caractères qui lui sont propres de sorte qu'il existe en sus des caractères généraux à toutes les prestations apportées en industrie ceux propres à chaque prestation.

En dépit des spécificités de l'apport en industrie tenant à son objet très variés et ses caractères qui divergent d'une prestation à l'autre, le législateur se contente d'évoquer des dispositions spéciales courtes et peu détaillées dont les effets juridiques méritent des critiques. De même, le législateur écarte les parts ou les actions d'industrie de la formation du capital social et paradoxalement détermine les droits et les obligations de leur titulaire en fonction de celui-ci en méconnaissant l'autonomie de tels apports. Voire même, le domaine d'application des apports en industrie est relativement limité d'une façon injustifiée dans les sociétés d'exercice libérale optant pour la forme de société anonyme malgré la nature de leur objet social qui s'accorde parfaitement aux apports en industrie. Mais encore, les obligations légales spécifiques à l'associé apporteur en industrie se confronte à sa liberté individuelle. En effet, son obligation de faire limite sa liberté individuelle. L'apporteur en industrie à l'opposé des autres associés consacre sa présence permanente dans la société pendant toute la durée de l'apport et en fonction du temps promis dans les statuts (à temps plein ou à temps partiel).

Chapitre 2 - Les critiques du régime juridique de l'apport en industrie et ses palliatifs

51. Les difficultés du régime juridique de l'apport en industrie découlent de son exclusion du capital social en raison de son caractère extrapatrimonial.

À cet effet, d'innombrables critiques peuvent être relevées à l'égard de la question de l'intégration de l'apport en industrie au capital social.

Ces critiques qui marquent les limites du régime juridique de l'apport en industrie invitent à envisager certaines solutions pour corriger les insuffisances de l'apport en industrie et partant à faire de lui un véritable outil d'association du travail au capital.

Nous allons donc, nous pencher sur les critiques ou limites du régime juridique de l'apport en industrie (**section 1**), avant de proposer certains palliatifs à ces insuffisances (**section 2**).

Section 1 - Les critiques du régime juridique de l'apport en industrie

52. Outre l'hétérogénéité de l'apport en industrie par rapport au capital social, il apparaît si diversifié quant à son objet que la doctrine le qualifie de catégorie « fourre-tout ». Comme indiqué précédemment, il existe plusieurs variétés d'apport en industrie le privant d'homogénéité. Ainsi, l'apport d'un travail est une prestation successive alors que l'apport en savoir-faire peut être libéré instantanément. Si la plupart des apports en industrie nécessite la présence permanente de son apporteur dans la société, l'apport en garantie qui est bel et bien une variété d'apport en industrie ne nécessite pas la présence de l'apporteur dans la société. Un autre cas de figure illustre encore le caractère hétéroclite de l'apport en industrie : il s'agit des démarches effectuées par les fondateurs qu'une partie de la doctrine¹⁶⁴ classe dans la catégorie de ces apports, sans qu'elles ne soient ni successives, ni permanentes. Les apports en industrie étant hétérogènes au capital, le législateur procède avec pragmatisme à les exclure de celui-ci.

Pourtant, nous avons déjà vu qu'en dépit de l'exclusion des parts d'industrie de la formation du capital social, les droits de son apporteur sont déterminés en fonction de celui-ci.

Par ailleurs, les caractères hétérogène et protéiforme de l'apport en industrie compliqueraient la tâche du législateur qui consiste à adapter la loi aux spécificités de chaque variété d'apport. D'une part, l'existence de plusieurs variétés d'apport en industrie tient à son objet protéiforme, ce qui emporte des difficultés pour appliquer des règles similaires à des prestations de natures distinctes. D'autre part, l'hétérogénéité de l'apport en industrie vis-à-vis des autres apports constitue une difficulté tant qu'on continue à appliquer à cet apport particulier les règles de droit commun des apports.

Il convient d'aborder, d'une part, l'exclusion des parts d'industrie du capital social (§ 1), d'autre part, nous allons nous pencher sur la critique de l'application du droit des sociétés aux apports en industrie (§ 2).

¹⁶⁴ Y. Guyon, « Droit des affaires », T. 1, 7^e éd., p. 103 ; G. G. Callebaut, « apport », *Rép. soc.* Dalloz, juin 2011, n° 571.

§ 1 - L'exclusion de l'apport en industrie du capital social

53. L'article 1843-2, al. 2 dispose que « les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donne lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes ». Le capital doit être réel, fixe et intangible. Être réel signifie que le capital doit être réellement apporté à la société, il faut qu'il présente une valeur économique pour l'entreprise. Le capital est fictif lorsque les associés ne libèrent par leurs apports¹⁶⁵ ou établissent une fausse déclaration de fonds ou bien reprennent ceux-ci après la constitution. Il est fixe dans la mesure où la modification du capital ne peut se faire que dans les conditions requises pour les modifications de statuts. Il est intangible puisqu'il ne peut être distribué entre les associés qu'après apurement du passif.

La doctrine est divisée sur le rôle du capital social. Certains affirment toujours son rôle de gage¹⁶⁶ et d'autres estiment qu'il ne s'agit pas d'un moyen approprié à la protection des créanciers car au moment où ils en auront le plus besoin, il aura disparu¹⁶⁷.

L'exclusion des apports en industrie du capital social est justifiée, dans la mesure où ces parts d'industrie présentent des difficultés d'évaluation du fait de leur libération successive et surtout leur caractère extrapatrimonial qui les rend incessibles et inaliénables. Il est vrai d'ailleurs qu'elles ne peuvent constituer un véritable gage pour les créanciers car elles sont insusceptibles d'exécution forcée.

A - Les difficultés d'évaluation de l'apport en industrie

54. A propos des difficultés liées à l'évaluation des parts industrie, il convient de préciser qu'il y a toujours un débat doctrinal sur la possibilité de leur évaluation entre ceux qui prônent l'idée selon laquelle le caractère successif de la prestation forme un obstacle à leur évaluation¹⁶⁸, et ceux qui considèrent que ces apports sont évaluables¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Les associés de la SARL et les actionnaires de la SAS peuvent libérer le capital social en partie, dans les sociétés civiles, la libération du capital n'est pas encadrée par la loi.

¹⁶⁶ N. E. M. Itsiembou, l'utilité du capital social : étude de droit français, thèse droit privé, 16 déc. 2010, Université de l'Auvergne p. 169.

¹⁶⁷ H. Hirte, A. Scall, « la société d'entrepreneur en droit allemand », *Rev. soc.* Dalloz, 2013. 198.

¹⁶⁸ Houpin et Bosvieux, *Traité générale théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 vol, 7^{ème} éd., 1935, t. 1, n° 365 ; J. et E. ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, t. 2, n° 656, cités par G. G. Callebaut, *Apport-apport en industrie*, juin 2011 (act. Sept. 2022).

Or, nous constatons qu'un savoir-faire peut être libéré instantanément ; aucune difficulté ne devrait donc se poser pour son évaluation. Mieux, lorsque la prestation consiste en un travail à fournir, elle est évaluable dans la mesure où la durée de l'apport en industrie, l'âge de l'apporteur, son état de santé, son niveau de compétence constituent des indicateurs déterminants dans son évaluation. On peut même songer à une évaluation a posteriori et périodique, à la fin de chaque exercice par exemple.

En outre, La difficulté d'évaluation d'apport n'est pas propre aux apports en industrie. Les apports en nature présentent également une difficulté d'évaluation en dépit de leur incorporation au capital social¹⁷⁰. Mais encore, les apports en nature ont tendance à se déprécier dans le temps ou à se survaloriser. Le législateur¹⁷¹ en vue de remédier à la volatilité de la valeur de ces apports, a prévu dans les sociétés anonymes, une réévaluation périodique par crainte du déséquilibre que cela impliquerait au détriment des droits des associés et notamment les intérêts des tiers créanciers.

Nous pourrions donc songer à procéder à une évaluation préalable de l'apport en industrie, puis, en cas de survenance d'événements particuliers ayant une incidence sur la valeur de la prestation à fournir¹⁷², il serait nécessaire de procéder à une réévaluation de l'apport en industrie.

B - Le caractère extrapatrimonial de l'apport en industrie

55. Le caractère extrapatrimonial de l'apport et des parts d'industrie semble empêcher leur cessibilité et leur aliénabilité. De ce fait, elles sont exclues du capital social. Or, le caractère personnel des parts sociales n'implique pas toujours leur incessibilité et a fortiori leur exclusion du capital. Ainsi en est-il dans les sociétés imprégnées *d'intuitus-personae* comme par exemple les sociétés civiles professionnelles. Dans ces sociétés de personnes, la cession des parts sociales est en principe soumise à l'agrément des associés par décision unanime. On observe enfin que le caractère *intuitu personae* ne caractérise pas uniquement les parts

¹⁶⁹ T. Massart, « les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJC*, 01. Déc. 2009 ; PIC et KREHER, *Des sociétés commerciales*, 3^{ème} éd., t. 1, 1940 ; C. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2-1, n° 560-2 cité par G. G. Callebaut, *Apport-apport en industrie*, juin 2011 (act. Sept. 2022).

¹⁷⁰ Dans les sociétés à responsabilité limitée, la loi prévoit toute une série de garde-fous pour que la valeur des apports en nature ne soit pas sous-évaluée (commissaire aux apports, responsabilité de l'apporteur, sanctions pénales).

¹⁷¹ Art. L. 225-8, C. com.

¹⁷² Il peut s'agir de circonstances liées à l'état de santé de l'apporteur en industrie...etc.

d'industrie incessibles mais aussi parfois les parts de capital cessibles. Il en résulte que le caractère personnel des parts d'industrie n'empêche pas leur incorporation au capital social.

Afin de répondre aux arguments de ceux qui soutiennent que les parts d'industrie ne peuvent représenter un gage aux créanciers, nous tenons à rappeler qu'il existe une variété d'apport en industrie dénommée « apport en garantie » qui consiste à ce que l'associé soit garant des dettes de la société en contrepartie des parts sociales. En outre, l'apporteur en industrie a droit à une partie des capitaux propres de l'entreprise (droits sur les bénéfices, les réserves et le report à nouveau). Parfois, la représentation des réserves et du report à nouveau dans les capitaux propres est équivalente ou supérieure à la part que représente le capital social dans les capitaux propres. Les capitaux propres comprennent principalement le capital social, les réserves et le report à nouveau. Ces derniers reflètent la situation économique de l'entreprise et représentent le véritable gage des créanciers.

En outre, la garantie qu'offre le capital social n'est souvent qu'illusoire en surtout depuis la suppression du capital minimum pour la SAS et la SARL. Dans le même sens, on peut relever qu'il existe des sociétés à capital variable dans lesquelles ce n'est pas le capital qui constitue le gage des créanciers mais plutôt les réserves, à condition qu'elles soient inaccessibles aux associés¹⁷³. Selon un auteur « c'est donc l'aspect inaliénable et le montant élevé des réserves qui constituent la protection la plus sûre des créanciers »¹⁷⁴.

Le rôle du capital s'efface également en présence d'une personne morale dont les associés sont tenus du passif sur leur patrimoine propre comme c'est d'ailleurs le cas des GIE et des sociétés en nom et en commandite ainsi que les sociétés civiles¹⁷⁵. Il en résulte que le problème de l'inclusion de l'apport en industrie au capital social ne pose pas de difficultés particulières dans les sociétés commerciales de personnes.

Ces éléments nous incitent à penser que les parts d'industrie devraient être incorporées au capital social.

56. L'inefficacité de l'exécution forcée en nature des obligations de l'apporteur en industrie figure parmi les causes d'exclusion des parts d'industrie du capital social. La portée limitée de l'exécution forcée de l'apport en industrie tient à sa nature personnelle. Toutefois, les apports en industrie sont susceptibles d'une exécution forcée en nature indirecte¹⁷⁶. En effet, l'article

¹⁷³ M. Hétail, coopérative de commerçants détaillants, *Rép. soc.*, sep.2006, éd. Dalloz. 185.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Y. Guyon, Groupement d'intérêt économique, *Rép. soc.*, 2018, éd. Dalloz, 21.

¹⁷⁶ V. Forti, « Exécution en nature », *RDC Dalloz*, octobre 2016, n° 48-49.

1221 du Code civil prévoit que « *le créancier d'une obligation après mise en demeure du débiteur peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son cout pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Tel n'était pas le cas sous l'empire de l'ancien article 1142 du Code civil. Ce texte prévoyait en effet que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». L'apport du nouveau texte est d'ériger le principe, jadis posé par l'article 1142 (ancien), en exception. Cela veut dire que les obligations de faire dépourvues d'*intuitus personae* sont susceptibles d'une exécution forcée en nature indirecte, tout au moins en l'absence d'impossibilité morale ou matérielle empêchant leur réalisation¹⁷⁷. Cet apport n'est pas nouveau puisque la doctrine¹⁷⁸ et la jurisprudence¹⁷⁹ ne voyaient pas un caractère absolu dans la règle de l'article 1142 du Code civil, elles admettaient que ce dernier ne s'appliquait qu'en cas d'impossibilité morale telles que l'*intuitus-personae*, l'« *affectio-societatis* », la liberté individuelle empêchant le créancier à procéder à l'exécution forcée en nature. L'apporteur en industrie étant débiteur d'une obligation de faire, peu importe la modification des termes de l'article 1142 du Code civil, l'exécution forcée n'est pas opérante en raison de l'« *intuitus-personae* » qui lie l'apporteur en industrie à la société. La jurisprudence s'est évertuée à répondre à la question de savoir s'il était possible de procéder à l'exécution forcée d'une œuvre de l'esprit et affirma le principe selon lequel les obligations de faire à caractère personnel ne peuvent être sujettes d'exécution forcée¹⁸⁰. Dans le même sens, la liberté individuelle constitue une impossibilité morale susceptible d'écarter l'exécution en nature des apports en industrie. Quelques arrêts témoignent de la consécration de la liberté individuelle en tant qu'obstacle à l'exécution forcée en nature. Ces décisions contestent la qualification de bail à nourriture ou requalifient celui-ci en contrat de rente viagère du fait qu'il prive la partie de sa liberté individuelle¹⁸¹.

¹⁷⁷ R. Baillod, thèse préc., p. 185 ; Carbonnier, droit civil, t. II, n° 226 ; A. Comaty, « du mode d'exécution forcée des obligations et des obligations de donner et de faire », thèse, Toulouse 1975, p. 135 ; V. Forti, « Exécution en nature », *RDC Dalloz*, octobre 2016, n° 48-49 ; 5 déc. 1990, *D.* 1991 ; Cass. 1^{re}, civ., 4 novembre 1993 ; Cass. 1^{re}, civ., 17 déc. 2002, n° « 99-220.762 », *Bull. civ I*, n° 306 ; *RTD civ.* 2003, 291, obs. Mestre et fages.

¹⁷⁸ Paris, 2 déc. 1897, *DP* 1898, 2, p. 465, note. Planiol ; Cass. civ, 14 mars 1900 ; l'exécution forcée en nature est écartée par la jurisprudence en cas de bail à nourriture : req 20 oct 1936, *DH* 1936, p.555 ; Paris, 2) ch. A

¹⁷⁹ Cass. 3^{ème}, civ., 19 février 1970, n° « 68-13.866 » ; Cass. 3^ociv. 30 nov. 2017, n° 15-23188 ; Paris, 2 déc. 1897, *DP* 1898, 2, p. 465, note. Planiol, Cass. civ, 14 mars 1900 ; l'exécution forcée en nature est écartée par la jurisprudence en cas de bail à nourriture : req 20 oct. 1936, *DH* 1936, p. 555.

¹⁸⁰ *Ibid*

¹⁸¹ Cass. civ, 14 mars 1900 ; l'exécution forcée en nature est écartée par la jurisprudence en cas de bail à nourriture : req 20 oct. 1936, *DH* 1936, p. 555.

L'article 1142 du Code civil disposait que l'inexécution d'une obligation de faire se résout en dommages et intérêts. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 assouplit sensiblement les dispositions de l'ancien article 1142, puisque désormais l'article 1221 du Code civil dispose que le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature. Donc, peu importe la nature de l'obligation (de faire, de donner ou de ne pas faire). Les deux hypothèses dans lesquelles l'exécution en nature est entravée sont son impossibilité et une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.

En définitive, l'exécution forcée en nature directe est inopérante en cas d'inexécution d'une obligation de faire à caractère personnel (l'obligation de libérer l'apport en industrie).

Néanmoins, l'article 1222 du Code civil vient préciser que « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. ». Cette disposition constitue le moyen d'exécution le plus adapté à la nature de l'apport en industrie. Il s'agit là de la faculté de remplacement que détient le créancier lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation. Elle consiste en exécution de l'obligation par le créancier qui peut faire appel à un tiers et se voir rembourser les sommes dépensées à cet effet. À l'évidence, la société peut utiliser ce moyen de droit afin de contraindre l'apporteur en industrie défaillant à libérer son apport.

En somme, l'inexécution de l'obligation de fournir l'apport en industrie peut être régie par une faculté de remplacement qui consiste à ce que le créancier fasse exécuter l'obligation aux frais du débiteur.

De même, L'article L. 1843-3, alinéa 5 du Code civil prévoit qu'en cas de défaut de libération de l'apport par les associés dans le délai imparti, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux mandataires sociaux de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire pour le faire.

L'astreinte est une sanction pécuniaire de l'inexécution d'une obligation, une mesure accessoire ordonnée par le juge. Elle se distingue de l'exécution forcée¹⁸² et des dommages et

¹⁸² Ph. Théry, « voies d'exécutions », *Rép. Dr. Inter.* Dalloz jan. 2013, p. 105. L'auteur dit que l'astreinte n'est pas une forme d'exécution forcée *stricto-sensu*.

intérêts¹⁸³, elle n'a pas vocation à réparer le dommage, elle s'agit d'un moyen de pression judiciaire permettant l'exécution de l'obligation car l'astreinte est due tant que l'obligation n'a pas été exécutée. Elle s'agit d'une mesure alternative à l'exécution forcée lorsque celle-ci est inconcevable eu égard de la nature de l'obligation notamment en cas d'obligation de faire. Elle est provisoire mais le juge peut la rendre définitive¹⁸⁴. Ce dernier ne peut ordonner une astreinte définitive, qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire pour une durée qu'il détermine¹⁸⁵.

57. L'exclusion de l'apport en industrie du capital social rend sa comptabilisation impossible au passif et à l'actif de la société. Les parts d'industrie n'apparaissent pas dans le bilan comptable, sont simplement stipulées dans les statuts (règle d'ordre public). De ce fait, l'apport en industrie n'est ni repris, ni remboursé¹⁸⁶. En revanche, les plus-values d'industrie figurent dans les actifs de la société c'est-à-dire dans la masse à partager. Mais, il n'y a pas lieu à confondre les plus-values d'industrie et les parts d'industrie. Les premières ne sont que les fruits des secondes.

¹⁸³ Art. L. 131-2, al.1, CPE.

¹⁸⁴ Art. Préc., al. 2.

¹⁸⁵ Art. Préc., al. 3.

¹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 2005, n° « 01-17.2266 », la Cour se prononce ainsi : "Lors de la liquidation d'une société créée de fait, il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie. Une cour d'appel qui a retenu l'existence d'une société créée de fait entre concubins et d'un apport en industrie consistant en des travaux effectués par le concubin dans la maison de sa compagne, décide exactement que cet apport, s'il donne vocation à une partie de la plus-value sur l'immeuble, ne peut être repris." Pour aller plus loin voir Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 », la Cour se prononce dans ces termes « Attendu qu'ayant constaté que les sept tapisseries avaient été réalisées dans le cadre des activités artisanales et traditionnelles développées par le Centre, c'est à bon droit, et sans méconnaître les droits de propriété incorporelle sur ces œuvres, que la cour d'appel a retenu que, matérialisant l'apport en industrie de Mme X... et relevant de ce fait de l'actif social, elles devaient être incluses dans la masse à partager, Mme X... ayant seulement la faculté, par application de l'article 1844-9 du Code civil, de se les faire attribuer à charge de soulte, dès lors qu'étant issues de son industrie, elles se retrouvaient en nature dans l'actif social ; que le moyen n'est pas fondé"

§ 2 - La critique de l'application du droit des sociétés aux apports en industrie

A - Le domaine d'application restreint de l'apport en industrie

58. En dépit de l'importance du capital humain dans le déroulement de l'activité de toute entreprise quelle que soit sa forme, l'apport en industrie n'est pas autorisé dans tout type de société. À l'origine, l'apport en industrie fut autorisé dans les sociétés civiles professionnelles et les sociétés commerciales de personnes mais fut prohibé dans les sociétés à responsabilité limitée. Le législateur s'est montré ambitieux à propos de l'élargissement du domaine d'application de l'apport en industrie qui au fil du temps l'a autorisé dans certaines sociétés à risque limité. Notamment dans la SARL et la SAS.

Les apports en industrie furent prohibés dans les SARL par la loi du 7 mars 1925¹⁸⁷. Or, sous l'empire de cette loi la doctrine admettait les parts de fondateurs dans les SARL. En effet, elle considérait que ces parts n'appartiennent pas à la catégorie des apports en industrie dans la mesure où elles n'étaient attribuées aux fondateurs qu'en contrepartie de la fourniture de prestations ponctuelles et discontinues.

La loi n° 82-596 du 10 juillet 1982¹⁸⁸ étend le champ d'application de l'apport en industrie aux conjoints de l'apporteur en nature d'une SARL exploitant un fonds de commerce ou artisanal.

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001¹⁸⁹ sur les nouvelles régulations économiques généralisa la possibilité d'apports en industrie dans toutes les SARL.

La loi n° 2008-676 relative à la modernisation de l'économie du 4 août 2008¹⁹⁰ autorisa les apports en industrie dans la SAS, concomitamment à la suppression de l'exigence du capital minimal, dans un but de souplesse.

L'apport en industrie est possible dans les SNC et les sociétés en commandite aux termes de l'article 1843-2 du Code civil. Cependant, les commanditaires en vertu de l'article L. 222-1 du Code de commerce sont interdits d'effectuer un apport en industrie.

Il est également autorisé dans toutes les sociétés civiles, excepté celles qui font publiquement appel à l'épargne au terme de l'article L. 214-57 du Code monétaire et financier.

¹⁸⁷ L. 7 mars 1925, relative à l'institution des SARL, JORF 8 mars 1925.

¹⁸⁸ L. n° 82-596, 10 juil.1982, relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

¹⁸⁹ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁹⁰ L. n° 2008-676, 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie, JORF 5 août 2008.

Les apports en industrie sont autorisés dans les groupements agricoles d'exploitation en commun par les articles L. 323-7, L. 323-8 et R. 323-30 du Code rural et de la pêche maritime. De même l'alinéa 3 de l'article L. 223-7 prévoit que « sauf disposition contraire, les associés d'un groupement doivent y exercer leur activité à titre exclusif et à temps complet ». Certains¹⁹¹ voient dans ce texte une obligation pour tous les adhérents du groupement d'effectuer des apports en industrie. D'autres¹⁹² considèrent que cette disposition impose à tous les associés une obligation de travail distincte de l'apport en industrie qui consiste quant à lui à une prestation de nature exceptionnelle.

Nous rejoignons la seconde opinion dans la mesure où le législateur prévoit par l'article L. 223-7 du Code rural et de la pêche maritime une dispense à cette obligation de travail en commun qui incombe à tous exploitant ; ce qui ne serait pas concevable dans le cas d'un apport en industrie. De même l'article R. 323-30 al 2 du Code rural et de la pêche maritime prévoit qu'on peut constituer un GAEC sans apport en industrie. De plus, les articles R.323-31 et R. 323-32 du même Code prévoient respectivement l'obligation de travail en commun et ses dispenses. Mais encore, les articles R. 323-9 et R. 23-36 prévoient une rémunération du travail en commun qui n'est pas fixée en fonction des résultats sociaux comme c'est d'ailleurs le cas des apports en industrie. La jurisprudence semble aller dans ce sens, a été jugé que l'associé d'un GAEC laitier n'a pas exécuté son obligation de travail en commun dès lors qu'il n'a pas participé à la production du lait¹⁹³.

Les sociétés civiles d'exploitation agricole sont soumises aux dispositions du Code civil sur les sociétés civiles. La jurisprudence admet donc la possibilité des apports en industrie dans ces sociétés¹⁹⁴.

En outre, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL)¹⁹⁵ ne fait aucune référence aux apports d'industrie. En l'absence de dispositions prohibant ce genre d'apport dans de telle forme sociale, nous devons recourir aux dispositions de droit commun des sociétés civiles. En somme, il est légitime de prévoir des apports en industrie dans les exploitations agricoles à responsabilité limitée. Un auteur considère que dans ce type de société l'apport en industrie est un apport accessoire qui doit

¹⁹¹ R. Baillod, thèse préc.

¹⁹² J. Bozec, « les groupements d'exploitation agricole en commun », thèse, Rennes, 1966, n° 83.

¹⁹³ CE. 3 mai 2002, n° « 222856 ».

¹⁹⁴ Cass. com., 14 déc. 2004, n° « 01-11.353 ».

¹⁹⁵ L. n° 85-697, 11 juillet 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

être adjoint à un apport en numéraire ou en nature. Il ne constitue pas à son sens un apport autonome¹⁹⁶.

Outre le domaine restreint de l'apport en industrie qui se traduit par sa prohibition dans certaines formes de sociétés, les règles spéciales régissant les parts d'industrie excluent celles-ci de la formation du capital social et déterminent paradoxalement les droits et les obligations de l'apporteur en industrie en fonction du capital social, notamment les droits aux bénéfices et aux actifs nets et l'obligation aux dettes¹⁹⁷ et aux pertes sociales.

B - Critiques des règles régissant la rémunération de l'apport en industrie

1 - Droit aux dividendes : rémunération de l'apporteur en industrie en fonction du capital

59. L'apporteur en industrie bénéficie de dividendes ainsi que du boni de liquidation. Les parts d'industrie ne participent pas à la formation du capital social. Paradoxalement, elles sont rémunérées en fonction de la part du capital détenue par l'associé qui a le moins apporté à la société et non en fonction de la plus-value dégagée par la valeur travail.

En outre, l'intégration de l'apporteur au contrat de société est partielle dans la mesure où il ne détient pas de parts sociales ou actions représentatives de sa portion au capital social. Par ailleurs, les parts d'industrie représentent la part de l'apporteur en industrie dans les dividendes de la société et dans le boni de liquidation. Or, lorsque les statuts ne définissent pas la part de l'apporteur en industrie dans les dividendes, ce dernier perçoit une part de dividende égale à celle de l'associé qui a moins apporté à la société. Cette règle posée par l'article 1844-1 du Code civil entraîne des difficultés pratiques susceptibles de compromettre les droits des associés y compris celles de l'apporteur en industrie. Soit, ce dernier sera lésé dans sa rémunération en cas d'existence d'un associé minoritaire détenant une part dérisoire dans le capital social et naturellement dans les dividendes ; soit les autres associés subiront un préjudice en l'absence de minoritaire. En définitive, la règle engendre une insécurité juridique tenant à l'imprévisibilité¹⁹⁸ des effets du contrat de société ; dans ce cas, ni l'apporteur en industrie, ni les autres associés ne peuvent prévoir le sort de leurs droits, de leurs intérêts ainsi

¹⁹⁶ R . B. Goudet, « Théorie des apports-apport en industrie », *JCS traité*, mai 2014, p. 36.

¹⁹⁷ Dans les sociétés civiles, elle est prévue par l'article 1857 du Code civil et dans les SNC, par l'article L 221-1 du Code de commerce.

¹⁹⁸ Lorsque la loi est imprévisible, elle porte atteinte à la sécurité juridique.

que l'étendue de leurs obligations. En pratique, il est donc essentiel de déterminer les droits de l'apporteur en industrie.

Une solution s'avère pertinente afin de surmonter cette difficulté, elle consiste à appliquer partiellement aux apports en industrie un régime similaire à celui des actions de travail usité dans les SAPO mais uniquement en matière de rémunération du fait qu'une partie de leur régime présente à notre sens certains désavantages que nous exposerons par ailleurs (dans le chapitre des limites des actions de travail).

Les actions de travail sont mises en réserves dès le début de l'exercice de la SAPO jusqu'à la fin de l'année¹⁹⁹, elles sont émises concurremment aux actions du capital²⁰⁰. Leur rapport avec le nombre des actions du capital est fixé librement par les associés fondateurs, il doit être au moins d'un quart si la société souhaite bénéficier de certains avantages fiscaux²⁰¹. Les parts d'industrie seront émises proportionnellement aux sommes mises en réserves. On pourrait donc concevoir que les dividendes rémunérant les « actions d'industrie » seront calculés en fonction de ce qu'elles représentent dans le capital social et non pas fonction de ce que représente la part du minoritaire dans le capital social. La mise en réserves desdites sommes pendant une durée déterminée permet d'évaluer l'apport en industrie puisqu'il s'agit d'une prestation à caractère successif. La partie du capital mise en réserves²⁰² en vue de créer des actions de travail sera rémunérée via le versement des intérêts au profit des porteurs d'actions en capital qui a servi à l'attribution des actions de travail²⁰³.

Néanmoins, les actions de travail ne sont pas attribuées à titre personnel aux ouvriers de la SAPO, il s'agit d'une propriété collective de la coopérative de main d'œuvre. Or, il serait inutile de transposer ce caractère collectif de propriété aux parts d'industrie.

60. Une seconde solution mérite d'être examinée est celle de savoir si on peut rémunérer l'apporteur en industrie en fonction des plus-values d'industrie.

A l'instar du capital, l'industrie permet de réaliser une plus-value ce qui fait d'elle une valeur évaluable économiquement.

¹⁹⁹ Art. L. 225-261, al. 2, C. com.

²⁰⁰ J. F. Artz, « action », *Rép. soc.* juin 2002, n° 252.

²⁰¹ V. MAGNIER, « société à participation ouvrière », *Rép. soc.*, n° 7.

²⁰² Il ne s'agit pas ici des réserves légales ou facultatives, il s'agit des réserves spécifiques aux SAPO et qui servent à englober les sommes bloquées par les actionnaires pour une durée déterminée. Ces sommes sont la contrepartie que représentent les actions de travail dans le capital social.

²⁰³ Art. L. 225-261, al. 3, C. com.

Le travail peut être rémunéré en fonction de sa valeur, celle-ci est représentée par la plus-value d'industrie dégagée. Si l'on envisage de le rémunérer en proportion du capital social, il faut prendre en compte la représentativité des plus-values d'industrie dans le capital social. Ce raisonnement nous conduit vers l'idée selon laquelle il est possible d'attribuer à la fin de l'exercice des parts ou actions d'industrie proportionnelles à la représentativité de celles-ci dans le capital social. À titre d'illustration, si les plus-values d'industrie représentent le 1/4 du capital social, on attribuera 4 actions d'industrie contre 1 action en capital. En définitive, la rémunération de l'apport en industrie serait en fonction de la plus-value et indirectement en fonction du capital social. Toutefois, la représentation des plus-values d'industrie dans le capital social est variable d'un exercice à l'autre, donc la contrepartie de ces actions d'industrie demeurera variable d'un exercice à l'autre. Donc, cette solution se heurte au principe de la sécurité juridique (notamment la prévisibilité des associés). On peut en outre s'interroger sur le paramètre permettant de fixer la contribution aux pertes et l'obligation aux dettes de l'apporteur en industrie ?

En principe, la part des associés dans les bénéfices sociaux est proportionnelle à leur participation au capital²⁰⁴, les associés peuvent convenir de clauses statutaires contraires appelées clauses de dérogation de répartition de bénéfices. Ces clauses déterminent en amont la part de chaque associé dans les bénéfices sociaux, il n'y aura pas d'aléa qui modifiera cette portion. Or, le montant des bénéfices variera d'un exercice à l'autre mais la part prédéterminée par la clause demeure constante et non aléatoire (ne dépend d'aucun aléa). En présence d'une rémunération en fonction de la part de la représentativité des plus-values dans le capital social, la situation serait-elle différente ? Puisque la part de chaque associé dans la répartition du bénéfice variera d'un exercice à l'autre. Aux yeux de la jurisprudence, la distribution conditionnelle des bénéfices est admise, même si cette condition ne dépend pas de la seule volonté des autres associés²⁰⁵.

La loi²⁰⁶ ainsi que la jurisprudence²⁰⁷ consacrent l'autonomie de la volonté des associés toute en condamnant la clause léonine²⁰⁸. L'interrogation sur le caractère léonin du mode de répartition de bénéfices évoqué se pose ?

²⁰⁴ Art. 1844-1, C. civ.

²⁰⁵ Cass. Req. 8 juil. 1885, *DP* 86. I. 301 ; voir aussi : D. Velardocchio, « Dividendes », *Rép. soc.* août 1996, n° 161.

²⁰⁶ Art. 1844-1, C. civ. dispose que « la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux dettes 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 celui qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire »

La Cour de cassation²⁰⁹ a admis une convention d'égalisation des actionnaires consistant à rémunérer les directeurs d'une société anonyme selon un pourcentage différent de leur participation au capital social.

Par ailleurs, certains modes de répartition de bénéfices entre associés sont usités dans les cabinets d'avocats britanniques dénommés « lock-step ». Cette approche consiste à répartir les bénéfices entre associés en fonction de leur ancienneté et de leur expérience. Les cabinets d'avocats américains quant à eux, mettent en œuvre le « eat what you kill ». Il s'agit de rémunérer l'associé avocat en fonction de son chiffre d'affaires. Les deux approches peuvent être transposées en tant que mode de rémunération de l'apporteur en industrie. En définitive, Ces deux modes de rémunération démontrent la faisabilité de la répartition des bénéfices en fonction de la valeur travail.

2 - Droit de l'apporteur en industrie aux réserves sociales

61. Les réserves sociales sont l'ensemble des sommes prélevées sur le bénéfice soit par obligation légale (les réserves légales) soit facultativement (les réserves facultatives ou statutaires). Le fait qu'elles soient prélevées sur les bénéfices, l'apporteur en industrie en bénéficie.

La société peut procéder à une augmentation du capital par incorporation de réserves, Parfois, une telle opération est obligatoire et le cas des SCP en témoigne. La loi²¹⁰ leur impose une augmentation du capital en faveur de tous les associés lorsque les réserves prélevées sur les bénéfices ou le dégagement de plus-values dues à l'industrie des associés le permettent. La Cour de cassation a déduit d'une telle disposition le caractère automatique de l'augmentation du capital par incorporation de réserves dans les SCP²¹¹. L'apporteur en industrie a droit sur les réserves. Par conséquent, dans l'hypothèse de leur incorporation au capital, l'apporteur en industrie obtiendra des parts sociales en subrogation de ses droits sur les réserves.

²⁰⁷ Cass. civ., 2 mars 1931, S. 1932.1.281, note. F. Gény : cité par D. Vellardocchio, *Rép. soc.* Dalloz, aout 1996, n° 159.

²⁰⁸ Art. 1844-2, C. civ.

²⁰⁹ Cass. com., 20 décembre 1971, n° « 69-11784 » ; D. Vellardocchio, « Dividendes », *Rép. soc.* aout, n° 161.

²¹⁰ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, relatif pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, Art. 43, abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées pour l'exercice de la profession, art. 52, JORF n° 0150, 30 juin 2022.

²¹¹ Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 » ; Cass, 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.

Dans certains cas, les réserves peuvent être distribuées entre associés y compris l'apporteur en industrie. Lors du retrait de l'apporteur en industrie, il bénéficie des droits sur les réserves sociales. Sur le plan comptable, les réserves et le capital social constituent une partie des capitaux propres de la société. Ils sont placés au passif du bilan. L'apporteur en industrie détient une partie sur les capitaux propres malgré l'exclusion de son apport du capital social. En effet, les créanciers trouvent un gage dans les réserves ce qui démontre que l'apporteur en industrie, en « suspendant la perception d'une partie de son bénéfice » parce qu'elle sera affectée à une composante des capitaux propres du bilan de la société, devient aussi légitime qu'un apporteur en numéraire, même si le droit commun des sociétés ne lui reconnaît pas cette qualité tant que les réserves ne sont pas incorporées dans le capital social.

3 - Le droit de l'apporteur en industrie à une part de l'actif net

62. Selon l'article 1843-2, al. 2 du Code civil prévoit que « les apports en industries ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage de bénéfice et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes ».

Lors de la dissolution de la société, ou du retrait de l'apporteur en industrie, ce dernier a droit à une part de l'actif net. Cependant l'apport en industrie n'étant pas un élément du passif ne peut être ni repris, ni remboursé. La plus-value d'industrie à l'instar de celle du capital est un élément de l'actif social. Elle est incluse dans l'actif social afin qu'elle soit partagée entre associés. C'est dans ce sens que la 1^{ère} chambre civile²¹² s'est prononcée dans une espèce relative à une société créée de fait entre époux dont l'épouse avait apporté un appartement et le mari son industrie en procédant à l'aménagement dudit appartement. La Cour de cassation décide que l'apport en industrie ne peut être ni repris, ni remboursé. La position de la Cour de cassation mérite d'être saluée. De prime abord, sur le plan comptable, les plus-values sont des éléments de l'actif et ne peuvent être ni repris, ni remboursé du fait qu'ils ne figurent pas dans le passif du bilan.

Par ailleurs, l'article 1844-9, al. 3, C. civ dispose que « *tout bien apporté qui se retrouve dans la masse à partager est attribué, à sa demande, et à charge de soulte s'il y'a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport* ». La 1^{ère} chambre civile²¹³ étend l'application de cette disposition aux biens constitués au cours de la vie sociale par le fait de l'apporteur en industrie. Sa

²¹² Cass. 1^{re} civ., 19 avril 2005, n° « 01-17.226 », *Rev. soc.* 2006, p. 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.

²¹³ Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 », *RTD civ.* 2006 p. 589, obs. T. Revet ; Cass. com. 17 déc. 2002, n° « 99-12.152 » ; Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 ».

position n'est pas en contradiction avec celle de l'arrêt du 19 avril 2005 qui affirme que les apports en industrie ne peuvent être repris²¹⁴. L'arrêt du 19 avril 2005 ne traite pas de la question de la part de l'apporteur en industrie dans les actifs à partager mais traite de la faculté de l'apporteur en industrie de se faire attribuer les biens issus de son industrie, à charge de soulte s'il y'a eu lieu. Cet arrêt reconnaît à l'apporteur en industrie une faculté d'user d'une sorte de droit préférentiel et ne lui donne absolument pas le droit de reprendre son apport et cela est conforme à l'article 1844-9 du Code civil qui s'applique dès lors que les passifs sont apurés, c'est-à-dire dès lors que les dettes sociales sont payées et les mises sociales remboursées. L'arrêt du 19 avril 2005 lorsqu'il dit que l'apport en industrie ne peut être repris, ne vise pas les fruits de cet apport, mais rappelle la spécificité de l'obligation de l'apporteur en industrie par rapport à celle découlant de l'apport en numéraire et l'apport en capital. L'apporteur en industrie a une obligation de faire (exécuter l'apport) et de ne pas faire (obligation d'exclusivité et de non-concurrence) qui est incompatible avec une situation de reprise mais celles-ci disparaissent lors du remboursement du capital social ou sa réduction à zéro (coup d'accordéon). Une fois les parts du capital disparues, les parts d'industrie s'anéantissent naturellement puisqu'elles ne sont qu'une fraction des premières (les parts du capital).

C - Les droits politiques de l'apporteur en industrie

63. L'apporteur en industrie en sa qualité d'associé dispose en principe d'un droit de vote dans les assemblées. Cette qualité d'associé qui est à l'origine de l'exercice du droit de vote est reconnue à l'apporteur en industrie aussi bien par la doctrine²¹⁵ que par la jurisprudence²¹⁶.

Les apporteurs en industrie sont des associés à part entière. D'abord il ressort de la définition légale de la société issue des propos de l'article 1832 du Code civil que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter

²¹⁴ Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, n° « 01-17-226 ». la Cour s'est prononcé dans ces termes « Mais attendu que lors de la liquidation d'une société créée de fait, il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie ; que la cour d'appel ayant retenu d'une part l'existence d'une société de fait entre les concubins, et relevé d'autre part que Jacques Y... avait par son travail sur l'immeuble appartenant à sa compagne fait un apport en industrie à hauteur de 84 500 francs, a exactement décidé que cet apport, s'il donnait vocation à une partie de la plus-value sur l'immeuble, ne pouvait être repris, de sorte que Jacques Y... ne détenait pas de créance du chef des travaux effectués ; que l'arrêt est légalement justifié »

²¹⁵ Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004: Rev. soc. 2004, p. 855, note D. Poracchia; *RTD com.* 2004, p. 550, obs. M.-H. Monsériébon; *RTD com.* 2004, p. 512, obs. C. Champaud et D. Danet; *Rec. Dalloz* 2004, p. 1088.

²¹⁶ Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004, Rev. soc. 2004, p. 855, note D. Poracchia ; *RTD com.* 2004, p. 550, obs. M.-H. Monsériébon ; *RTD com.* 2004, p. 512, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Rec. Dalloz* 2004, p. 1088.

de l'économie qui pourra en résulter ». Classiquement, en rémunération de leurs apports, les associés reçoivent des droits sociaux qui leur confèrent la qualité d'associé. Le droit de vote de l'apporteur en industrie n'est pas issu d'une disposition spéciale mais puise son fondement dans sa qualité d'associé ; d'ailleurs, l'article 1844, al. 1^{er}, du Code civil énonce que « tous associé a le droit de participer aux décisions collectives ²¹⁷».

L'alinéa 3 de l'article 1832 du Code civil énonce que « les associés contribuent aux pertes ». Dans le même ordre d'idées, d'autres dispositions abordent la question de la perte sociale : d'une part, l'alinéa 2 de l'article 1843-2 du Code civil prévoit que « les parts d'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 ». D'autre part, l'article 1844-1, al. 1^{er} prévoit que « la part de chacun dans les bénéfices et les pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital ».

Il ressort de la lecture de ces dispositions que l'apporteur en industrie contribue aux pertes sociales au même titre que l'associé en capital. Il en résulte alors que, de ce point de vue, le législateur considère bel et bien l'apporteur en industrie en tant qu'associé.

La jurisprudence affirme la qualité d'associé de l'apporteur en industrie à travers une jurisprudence constante. C'est donc à tort qu'une cour d'appel a prononcé la dissolution d'une société civile professionnelle en vertu de l'article 1844-5 du Code civil pour cause de détention de la totalité des parts sociales par un seul associé. En l'espèce, la société comprenait un associé détenant l'intégralité du capital social et un apporteur en industrie détenant des parts d'industrie. Dans une décision saluée par la doctrine, la Cour de cassation²¹⁸ a censuré la décision des juges de fond en considérant l'apporteur en industrie comme un véritable associé au visa de l'article 1844-5 du Code civil. Au fond, cet article n'a pour vocation que faire respecter l'idée de société, laquelle devrait en principe compter plusieurs associés, peu importe que les parts d'industrie soient exclues du capital social.

Outre la qualité d'associé de l'apporteur en industrie, l'exercice de son droit de vote demeure incertain lorsqu'il s'agit de décider d'une augmentation du capital social sans incorporation des réserves. L'incertitude tient au fait que les parts d'industrie ne concourent pas à la formation du capital social, donc l'apporteur ne devrait pas voter les résolutions relatives à la

²¹⁷ La participation aux décisions collectives n'est pas synonyme de droit de vote. V. le 3^{ème} alinéa du texte (en cas de démembrement, il y a dissociation du droit de participer aux décisions collectives et du droit de vote.

²¹⁸ Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004, n°01-15.575, Rev. soc. 2004, p. 855, note D. Poracchia ; *RTD. com.* 2004, p. 550, obs. M.-H. Monsériébon ; *RTD. com.* 2004, p. 512, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Rec. Dalloz* 2004, p. 1088.

modification du capital social. De même, on se demande si les apporteurs en industrie ne devraient pas exercer leur droit de vote en assemblée spéciale pour les décisions relatives aux parts d'industrie.

Au demeurant, une augmentation de capital social affectera les droits des associés en industrie, par exemple, une nouvelle répartition du capital social pourrait affecter la part du bénéficiaire de l'apporteur en industrie, ou bien une réduction du capital pourrait réduire la valeur des parts d'industrie jusqu'à leur extinction.

Pour ces raisons, nous considérons que l'exercice du droit de vote, par l'apporteur en industrie, lors d'une augmentation du capital social, est indispensable et légitime.

D - L'incertitude du régime de la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes et aux dettes : obligations incombant à tout associé

64. L'apporteur en industrie étant associé lui incombe deux principales obligations : la contribution aux pertes sociales ainsi que l'obligation aux dettes sociales, dans les sociétés à responsabilité illimitée²¹⁹.

1 - La contribution de l'apporteur en industrie aux pertes sociales :

65. La notion de contribution aux pertes sociales puise sa source dans l'équité naturelle²²⁰. La perte est la contrepartie du profit. Elle s'agit d'une application de l'adage *Ubi emolumentum, ibi onus*²²¹. Les classiques comptent celle-ci parmi les trois éléments constitutifs de la

²¹⁹ Sur cette distinction, V. P. Carceff, Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes, *Gaz. Pal.* 1976, 1, Doctr. p. 145 à 147 ; Y. Dereu, note sous Cass. 3^e civ., 6 juill. 1994, *Bull. Joly* 1994, § 307, p. 1105 ; B. Saintourens, *Rép. soc.* Dalloz, v^o Société civile, 1997, n^o 19 et 20, p. 4 ; D. Gibirila, L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles, *Defrénois* 1998, art. 36808, p. 625 à 650, spéc. n^o 1, p. 625 et 626 ; P. Merle avec la collaboration de A. Fauchon, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2001, n^o 40, p. 55 ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 11^e éd., Coll. « Droit des affaires et de l'Entreprise » dirigée par Y. Guyon, Série : Enseignement, *Economica*, 2001, n^o 123, p. 124 ; Pour une application jurisprudentielle, V. Cass. 3^e civ., 6 juill. 1994, où l'on voit un associé d'une SCI constituée en vue de la construction et la vente d'immeubles, vainement tenter d'invoquer son absence d'obligation aux dettes, aucun créancier social ne s'étant manifesté, pour refuser de contribuer aux pertes constatées lors de la liquidation de la société, *Bull. civ.* III, n^o 140 ; *RTD com.* 1994, p. 723, obs. C. Champaud et D. Danet

²²⁰ F. Kanderien, « la contribution aux pertes sociales », *Rev. soc.* Dalloz, 2002, p. 617.

²²¹ « Là où est l'émolument, là est la charge ».- Sur cet adage, V. H. Roland, et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n^o 452, p. 915 ; H. Roland *Lexique juridique, expressions latines*, Coll. Carré droit, Litec, 1999, p. 195 cité par F. Kanderien, préc.

société²²². En revanche, d'autres auteurs²²³ considèrent que la contribution aux pertes sociales n'est pas un critère de la qualification d'associé²²⁴.

La notion de contribution aux pertes doit être distinguée de celle de l'obligation aux dettes²²⁵. Les deux expressions se confondent en fait dans les sociétés à responsabilité indéfinie. Dans les sociétés à risque limités la distinction est digne d'intérêt dans la mesure où la responsabilité limitée des associés implique que la perte sociale ne puisse excéder le capital.

La contribution aux pertes intervient dans les rapports entre associés, l'obligation aux dettes quant à elle s'étend aux rapports avec les créanciers de la société. Par ailleurs, cette dernière s'exécute à tout moment de la vie sociale dès que la créance est exigible et certaine, or, la contribution aux pertes sociales a lieu, sauf cas exceptionnels²²⁶, à la liquidation de la société.

La perte notion non définie par le législateur²²⁷ recouvre plusieurs acceptions qui méritent d'être nuancées.

La perte comptable se distingue de l'acception de la perte sociale²²⁸. La première se matérialise à la fin de chaque exercice. Elle est constatée par comparaison de l'actif net et la

²²² J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Préf. J. Ghestin, Thèse LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311, 1999, n° 157, pp.152-153-154 ; F. Kanderien, « la contribution aux pertes sociales », *Rev. soc.* Dalloz, 2002, p. 617.

²²³ Cass. com., 4 janv. 1994, obs. F. Zénati, *RTD civ.* 1994, p. 644, n° 4 ; De la même façon qu'avant la modification de l'art. 8 CGI par la loi n° 98-546 du 2 juill. 1998 portant Diverses Dispositions d'Ordre Economique et Financier (DDOEF), le nu-proprétaire de parts d'une société relevant du régime fiscal des sociétés de personnes était en tant qu'associé, selon une réponse ministérielle, seul redevable de l'impôt sur le revenu à raison des bénéfices sociaux (V. Rép. min. budget n° 24606 à M. Valleix, *JOAN Q* 23 déc. 1996, p. 6735 ; *Dr. fisc.* 1997, n° 490, p. 612, obs. crit. R. Gentilhomme et J.-P. Louveau ; Defrénois 1997, art. 36514, p. 291). Cette position de l'administration avait été sévèrement critiquée en ce qu'elle conduisait à imposer le nu-proprétaire sur des revenus qu'il ne percevait pas et à exonérer l'usufruitier qui les percevait. (V. J. Derruppé, De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé, Defrénois 1997, art. 36514, p. 290 et 291 ; R. Gentilhomme et J.-P. Louveau, La taxation à l'impôt sur le revenu du nu-proprétaire de droits sociaux ou l'art fiscal de tondre un oeuf..., *JCP éd. N* 1997, *Prat.* n° 3999, p. 477 à 480). Ce résultat extravagant a été corrigé par l'art. 78-I de la loi du 2 juill. 1998 portant DDOEF qui a complété l'art. 8 CGI dans le sens d'un partage de l'imposition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Ce texte dispose désormais : « en cas de démembrement de la propriété de tout ou partie de parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote-part correspondant aux droits dans le bénéfice que lui confère sa qualité d'usufruitier. Le nu-proprétaire n'est pas soumis à l'impôt sur le revenu à raison du résultat imposé au nom de l'usufruitier ».

²²⁴ J. Ledan, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Soc.* éd. Lexis 360, Octobre 2010, n° 10.

²²⁵ T. com. Vannes, 27 avr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, *Jur.* p. 610, Selon le tribunal, « la doctrine considère qu'il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables pertes sociales auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société. Il n'est pas possible de dégager une notion de perte sociale sur un seul exercice annuel s'il n'a pas été établi que le capital de la société a été entamé ».

²²⁶ Par exemple le cas du retrait de l'associé avant la dissolution de la société. La perte constatée à la fin de l'exercice est une perte comptable qui se distingue de la perte sociale qui intervienne en principe à la dissolution de la société.

²²⁷ F. Kenderian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc.* 2002, p. 640.

valeur nominale du capital, compensée par des réserves latentes²²⁹. Or, La seconde quant à elle est relevée, dans le cas d'une entreprise dotée de la personnalité morale²³⁰, en comparant les actifs nets et la valeur nominal du capital et elle a lieu à la dissolution de la société. La jurisprudence²³¹ affirme que la contribution aux pertes est reportée à la liquidation de la société. Il existe des cas exceptionnels où la perte sociale peut être conçue en amont de la dissolution de la société, nous citons à titre d'exemple : le retrait de de l'associé qui contribue à la perte avant la dissolution de la société, les réductions du capital motivées par des pertes, les contributions anticipées prévues par les associés, les contributions anticipées exigée par la loi Lorsque'en raison de pertes comptables, les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social. C'est donc une réduction de capital motivée par des pertes, comme évoqué précédemment .

L'article 1832, al.3, C. civ dispose que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Les clauses qui exonèrent totalement un associé de contribuer aux pertes sont réputées léonines sont réputées non écrites (C. civ. art. 1844-1).

En effet, l'apporteur en industrie détient la qualité d'associé, il lui incombe alors de contribuer aux pertes sociales. De même, l'article 1843-2 al.2 lui impose explicitement l'obligation de contribuer aux pertes sociales.

En outre, l'article 1844-, al. 1 détermine à quelle proportion les associés doivent contribuer aux pertes. Aux termes de cet article « 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 la part de celui qui a le moins apporté à la société, sauf stipulations contraires ».

²²⁸ F.-X. Lucas, Fasc. préc., note 18, n° 19, p. 6 ; J. Mestre, D. Velardocchio et C. Blanchard-Sébastien, Lamy sociétés commerciales, SNC, SARL, SA, sociétés particulières, Constitution et gestion, Groupes - Restructurations, Valeurs mobilières, Responsabilité, éd. 2002, n° 2609, p. 1161 ; F. kenderian, préc., p. 617.

²²⁹ R. Baillod, thèse préc., p.145.

²³⁰ Dans le dans d'une entreprise dépourvue de la personnalité morale une perte sociale apparait si les charges excèdent les produits voir dans ce sens, R. Baillod, thèse préc., p.144 ; T. Massart, « contribution aux pertes », *Rép soc.* Dalloz.

²³¹ T. com. Vannes, 27 avr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973. 2. 610 « il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables "pertes sociales" auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société ».

Nous admettons que la perte se distingue du manque à gagner²³². Le manque à gagner n'affecte pas la substance de l'apport.

Cependant, l'apporteur en jouissance et l'usufruitier des droits sociaux contribuent aux pertes sociales par un manque à gagner contrairement à l'apporteur en propriété qui se voit affecté son capital en substance. Qu'en est-il alors de l'apporteur en industrie ?

La doctrine est divisée sur la question. Certains auteurs²³³ estiment que l'apporteur en industrie devrait contribuer aux pertes sociales à proportion de la part du minoritaire dans le capital. De ce fait, il doit en sus de la perte de son apport, qui se traduit par la privation de sa liberté individuelle, participer aux pertes affectant le capital social.

D'autres²³⁴, soutiennent l'idée selon laquelle la contribution aux pertes de l'apporteur en industrie à l'instar de l'apporteur en jouissance porte sur leur apport, le premier devrait perdre la contrepartie de la privation de sa liberté individuelle pendant la durée de l'apport, le second perdra la jouissance de son bien durant la vie sociale.

Il nous semble utile d'analyser la question de la contribution aux pertes de l'apporteur en industrie à la lumière du régime applicable à l'usufruitier et celui propre à l'apporteur en jouissance.

Le titulaire de parts en d'industrie et l'usufruitier de droits sociaux, sont dépourvus de parts représentatives du capital social et sont rémunérés au moyen de dividendes, ces deux cas de figure semblent avoir des dénominateurs en commun.

Même si, l'apporteur en industrie à l'opposé de l'usufruitier²³⁵ a droit aux bénéfices distribuables et non distribuables incorporés en principe aux réserves. Désormais, cet élément de distinction n'est plus pertinent dès lors que l'usufruitier a droit aux dividendes distribués

²³²E. Thaller, note sous CA Amiens, 26 mai 1906, D. 1907, 2^e partie, p. 25, qui estime, p. 26, que « l'improductivité de l'argent n'est pas une perte, mais un simple manque à gagner ».

²³³ C. Hannoun, « liquidation et partage », *Rép. Soc.* Dalloz, avril 2007, n° 515-518.

²³⁴ Art. L. 223-7, C. soc. Commenté par J-p Valuet, A. Leinhard, *Rép. soc.* Dalloz.

²³⁵ Cependant l'usufruitier de droits sociaux n'a pas la qualité d'associé selon la Cour de cassation : la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un avis le 1^{er} décembre 2021 (n° 20-15.164), sur le fondement de l'article 578 du Code civil, qui rattache la qualité d'associé à celle de propriétaire des parts ou actions. (Nue-propriété = propriété). La Cour reconnaît néanmoins à l'usufruitier le pouvoir de provoquer une délibération des associés sur une question susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance.

Avis repris par Civ. 3^{ème} 16 février 2022, n° 20-15.164 (La 3^{ème} chambre civile avait saisi pour avis la chambre commerciale en vertu de l'article 1015-1 du code de procédure civile).

V. le commentaire de cette décision par R. Mortier à la revue *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2022, comm. 38.

sur les réserves²³⁶ à condition de lui appliquer le régime du quasi-usufruitier²³⁷, comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation²³⁸. Mais encore, il recouvre son usufruit sur la part du nu-proprétaire dans les actifs nets par principe de subrogation réelle²³⁹. La première chambre civile de Cour de cassation du 22 juin 2016²⁴⁰ attribue le droit aux réserves distribuées au nu-proprétaire. Mais ça ne serait pas de même, en présence d'une convention entre l'usufruitier des droits sociaux et le nu-proprétaire permettant la création d'un quasi-usufruit sur les réserves distribuées²⁴¹.

Sous cet angle, la comparaison entre l'usufruitier des droits sociaux et l'apporteur en industrie n'est pas inutile car elle nous permet de déduire a priori que la solution applicable à l'usufruitier en matière de contribution aux pertes, qui consiste à lui reconnaître un manque à gagner, peut par analogie s'appliquer à l'apport en industrie.

En outre, les droits de l'usufruitier sont plus renforcés que ceux de l'apporteur en industrie, lors d'une réduction du capital à zéro suivie de son augmentation (coup d'accordéon). Les droits de l'usufruitier des droits sociaux seront, par subrogation réelle, reportés sur les nouveaux titres. L'apporteur en industrie quant à lui verra son apport disparaître à l'occasion d'un coup d'accordéon. Nous constatons donc que l'usufruitier est plus protégé que l'apporteur en industrie, à l'occasion d'un coup d'accordéon, dans la mesure où les parts d'industrie disparaissent à l'occasion d'une réduction du capital à zéro, alors que l'usufruit des droits sociaux subsistera par principe de subrogation réelle. L'apporteur en industrie devrait "*lege ferenda* » bénéficier d'un régime de contribution aux pertes similaire à celui applicable à l'usufruit des droits sociaux.

²³⁶ Cass. com., 10 Févr. 2009, n° « 07-21.806 », note. Cadiou ; S. Taieb, L. Partner, « Le démembrement de propriété de titre », *Lamyline* 1er janvier 2012, n° 1081 ; A. C-Trapiers, « usufruit », *Rep. soc.* Sep. 2012, n° 334 ; voir aussi : l'art. L. 232-11, al. 2, C. com. considère les réserves distribuées comme des dividendes.

²³⁷ L'usufruitier des droits sociaux exerce de plein droit un quasi-usufruit sur les dividendes prélevés sur les réserves. La Cour de cassation a refusé de qualifier les mises en réserves des bénéfices de donation au nu-proprétaire. Mortier considère que toute distribution n'altérant pas la part du capital social (soit le nominal du titre) est un fruit et cela, indépendamment de l'origine des sommes distribuées (résultat courant, résultat exceptionnel, réserves).

²³⁸ Cass. com., 27 juil. 2015, n° 14-16. 246, *AJ famille*, note. C. Vernières ; Lyon 16 octobre 2017, *JCP E* 2008, 1647, note R. Mortier.

²³⁹ S. Taieb, L. Partner, « Le démembrement de propriété de titre », *Lamyline* 1er janvier 2012, n° 1081 ; F. Zenati, « l'usufruit des droits sociaux », *Rép. soc.*, janvier 2013, n° 413 ; La doctrine admet le report de l'usufruit sur la fraction du boni de liquidation attribuée au nu-proprétaire des droits sociaux par principe de la subrogation réelle.

²⁴⁰ Cass. 1^{re} civ, 22 juin 2016, n° « 15-19471 ».

²⁴¹ Cass. com., 27 juil. 2015, n° 14-16. 246, *AJ famille*, note. C. Vernières ; Lyon 16 octobre 2017, *JCP E* 2008, 1647, note R. Mortier.

Par ailleurs, l'apporteur en industrie à l'instar de l'apporteur en jouissance fournit une prestation à caractère successif. Par analogie, la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes sociales devrait être calquée sur le cas de l'apporteur en jouissance dont l'obligation à la contribution aux pertes consiste seulement à perdre sa mise sociale, c'est-à-dire perdre la contrepartie de la jouissance des biens concédée à la société.

Lorsque l'apporteur en industrie ou en jouissance effectue un apport à une société à responsabilité indéfinie, leur contribution aux pertes ne peut pas se limiter à un manque à gagner, mais doit être interprétée en tant que perte qui s'évalue au-delà de sa mise sociale²⁴² (la mise sociale de l'apporteur en industrie est la prestation promise).

En définitive, la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes sociales ne devrait pas être étendue à une perte sur ses biens personnelles, elle doit *de lege ferenda* se limiter à la perte de la valeur marchande de son travail, du moins dans les sociétés à responsabilité définie.

Certains peuvent réfuter ces propos en leur opposant le principe de l'égalité des associés. En soutenant que les apporteurs en capital perdent leurs apports en sus du manque à gagner.

A notre avis, il en va de même pour les apporteurs en industrie. En effet, à l'opposé des apporteurs en capital et eu égard aux spécificités de leur apport, les apporteurs en industrie perdent de la substance de leur apport ; laquelle se traduit par la privation de leur liberté individuelle pendant leur présence dans la société. Dans le même temps, Il n'incombe à l'apporteur en capital aucune obligation de présence à la société, la libération de son apport suffit. L'industrie est, en revanche, une prestation qui en principe exige la présence de son apporteur dans la société.

En outre, l'apporteur en industrie subit un manque à gagner qui se traduit par la perte de la valeur marchande de l'industrie apportée.

En effet, en dépit du caractère extrapatrimonial de la prestation du travail son caractère marchand demeure incontestable. L'apporteur en industrie à la dissolution de la société aurait perdu les revenus qu'il aurait perçus en tant que salarié, la quantité de travail qu'il aurait fourni à l'entreprise est une valeur qu'on peut largement évaluer en numéraire.

²⁴² C. Hannoun, « liquidation et partage », *Rép. soc.* Dalloz, avril 2007, n° 515.

Nous soutenons l'idée selon laquelle l'apporteur en industrie devrait contribuer aux pertes sociales à proportion de la valeur marchande de son apport²⁴³, à cet effet, il se trouverait que la valeur marchande de l'apport en industrie s'il avait été incluse au capital social ne se verrait affectée, dans certains cas, que partiellement, par des pertes. Dans ce cas, l'apporteur en industrie devrait *de lege ferenda* avoir droit au remboursement du reste de son apport. Pourtant, la jurisprudence²⁴⁴ affirme que les apports en industrie ne sont ni repris, ni remboursés.

La position de la jurisprudence est certes saluée, elle affirme le principe de l'exclusion des parts d'industrie du capital social. Les apports en industrie ne sont pas comptabilisés. Ils sont juste stipulés dans les statuts. Or, les plus-values d'industrie sont comptabilisées dans les éléments de l'actif. Les plus-values d'industrie se trouveraient dans la masse à partager et non pas en haut du passif pour être remboursés.

66. Comment alors l'apporteur en industrie peut-il perdre partiellement ou totalement son apport ?

Le caractère successif et futur de la libération de l'apport en industrie ainsi que sa nature extrapatrimoniaire ne semblent pas constituer un obstacle dans la détermination de la part de l'apporteur en industrie dans les pertes.

²⁴³ La valeur marchande de l'apport en industrie correspond à combien coûterait la prestation fournie par l'apporteur en industrie à la société (exemple : combien coûterait sa prestation si elle a été promise dans le cadre d'un contrat de travail)

²⁴⁴ Cass., civ. 1^{re}, 19 avril 2005, n° « 01-17.226 » : "Lors de la liquidation d'une société créée de fait, il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie. Une cour d'appel qui a retenu l'existence d'une société créée de fait entre concubins et d'un apport en industrie consistant en des travaux effectués par le concubin dans la maison de sa compagne, décide exactement que cet apport, s'il donne vocation à une partie de la plus-value sur l'immeuble, ne peut être repris."

Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 » : l'apporteur en industrie conserve, cependant, la faculté de reprendre le fruit de son apport après apurement du passif à charge de verser une soulte, si sa part dans la masse à partager ne lui suffit pas de reprendre son œuvre ou le produit de son apport, c'est dans ce sens que la jurisprudence de la cour de cassation s'est prononcée dans les termes suivants : "Attendu qu'ayant constaté que les sept tapisseries avaient été réalisées dans le cadre des activités artisanales et traditionnelles développées par le Centre, c'est à bon droit, et sans méconnaître les droits de propriété incorporelle sur ces œuvres, que la cour d'appel a retenu que, matérialisant l'apport en industrie de Mme X... et relevant de ce fait de l'actif social, elles devaient être incluses dans la masse à partager, Mme X... ayant seulement la faculté, par application de l'article 1844-9 du Code civil, de se les faire attribuer à charge de soulte, dès lors qu'étant issues de son industrie, elles se retrouvaient en nature dans l'actif social ; que le moyen n'est pas fondé".

Le caractère extrapatrimonial de l'industrie n'écarte pas sa nature marchande. Le travail a une valeur sur le marché, de ce point de vue elle devrait faire l'objet d'une évaluation comme c'est d'ailleurs le cas des apports en nature et le cas échéant d'une réévaluation périodique²⁴⁵.

67. Le caractère successif et futur de la libération de l'apport en industrie ne fait pas obstacle non plus à la détermination de la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes sociales dans la mesure où cette dernière intervient sauf cas exceptionnels lors de la dissolution de la société au préalable de laquelle l'apporteur en industrie aurait libéré une valeur déterminée de son industrie.

En revanche, la solution qui consiste à stipuler une clause pour limiter la contribution aux pertes de l'apporteur en industrie à un manque à gagner se heurte à l'alinéa 2 de l'article 1844-1 du C. civ interdisant les clauses léonines²⁴⁶. La question qui s'est posée²⁴⁷ est de savoir si le fait d'affranchir totalement l'apporteur en industrie des pertes sociales sur ses biens personnels tombe sous le coup de l'interdiction des clauses léonines ?

Nous souscrivons à la position de Madame Baillod qui considère la clause exonérant totalement l'apporteur en industrie de la contribution aux pertes sur ses biens personnels ne devrait point être léonine du fait de la particularité de cet apport. Cet auteur propose *de lege ferenda* d'ajouter une disposition à l'article 1844-1 prévoyant la validité d'une telle clause²⁴⁸. Madame Baillod s'appuie dans son analyse sur l'état du droit avant la loi du 4 janvier 1978²⁴⁹. La validité d'une telle clause était affirmée par le texte des travaux préparatoires du Code Napoléon²⁵⁰, admise par la jurisprudence²⁵¹ et validée par la doctrine. Deux arguments justifiaient sa validité d'abord, la rédaction de l'article 1855 (ancien) du C. civ qui ne condamnait que la stipulation affranchissante de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés²⁵². Ensuite, on faisait valoir

²⁴⁵ Art. L. 225-8, C. com.

²⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1994, n° 92-17231, Aurinc/Lapeyre, note, R. Baillod, « l'apport en industrie et la contribution aux pertes d'une SCP », BJS, 1 fév. 1995, n° 2, p.149, éd. Lextenso ; l'auteur se prononce ainsi : « Avant la réécriture de l'interdiction des clauses léonines par la loi du 4 janvier 1978, il était admis que l'apporteur en industrie puisse être exempté par les statuts de toute contribution aux pertes sur ses biens personnels, sa contribution étant jugée effective et suffisante du fait de la privation de sa rémunération consécutive à l'état de pertes.

²⁴⁷ R. Baillod, apport en industrie : déclin ou renouveau, Thèse, Université Toulouse 1, capitol, 1980, p. 150.

²⁴⁸ R. Baillod, Thèse préc., p. 155.

²⁴⁹ R. Baillod Thèse préc., p. 151.

²⁵⁰ R. Baillod, Thèse préc., p. 151.

²⁵¹ Req. 3 janv. 1917 (motifs), *Journ. soc.* 1918, 185, note H. Blaise.

²⁵² R. Baillod, apport en industrie : déclin ou renouveau, Thèse, Université Toulouse 1, capitol, 1980, p. 151.

qu'il n'y avait pas une exonération de la contribution aux pertes puisqu'il subit la privation de la rémunération de son apport toute en continuant à libérer son apport²⁵³.

Un arrêt²⁵⁴ de la première chambre de la Cour de cassation vient trancher la question en évoquant qu'il faut tenir compte des parts d'industrie en plus des parts sur le capital pour déterminer la répartition des pertes sociales.

En définitive, l'application du droit commun pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'apporteur en industrie aux pertes sociales souffre d'incertitudes et perd de vue des spécificités de l'apport en industrie.

2 - La contribution de l'apporteur en industrie aux dettes sociales

68. Dans les sociétés à responsabilité illimitée, l'obligation aux dettes sociales est une conséquence de la qualité d'associé et instituée au profit des tiers. Dans les sociétés civiles, elle est prévue par l'article 1857 du Code civil et dans les SNC, par l'article L 221-1 du Code de commerce. Les associés ne peuvent s'en prévaloir entre eux²⁵⁵. Cela constitue, à l'instar du moment du déclenchement de l'obligation²⁵⁶, un trait de distinction entre l'obligation aux dettes sociales et la contribution aux pertes sociales. Toutefois, la distinction entre les deux notions est illusoire dès lors qu'on est dans le cas de sociétés à responsabilité indéfinie car en cas de poursuite vaine de la société, les associés seraient responsables des dettes sociales. Dans le cas des sociétés à risques limités, c'est la société qui est responsable aux dettes sociales et non pas l'associé qui a déjà libéré sa mise (son apport).

L'obligation aux dettes sociales n'est pas régie par un régime général. En effet, chaque société est soumise à des règles propres. En effet, l'étendue de cette obligation ainsi que sa mise en œuvre varient en fonction des formes sociales. Les associés d'une société civile sont indéfiniment responsables des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de la cessation du paiement ou à celle de son exigibilité (article 1857 C. civ). Les associés en nom et les commandités sont indéfiniment et solidairement responsables des

²⁵³ R. baillod, thèse préc.

²⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1994, n° 92-17231, Aurinc/Lapeyre, note, R. Baillod, « l'apport en industrie et la contribution aux pertes d'une SCP », BJS, 1 fév. 1995, n° 2, p.149, éd. Lextenso ; M. Jeantin, « Influence de l'existence d'apports en industrie sur la répartition des pertes au sein d'une SCP », *RTD com.* Dalloz, 1995 p. 422.

²⁵⁵ Art. 1857, C. civ. ; art. L. 221-1, C. com.

²⁵⁶ En principe les pertes sociales, contrairement aux pertes comptables, interviennent à la dissolution de la société. Exceptionnellement les pertes sociales ont lieu lors du retrait d'un associé ou bien lorsque les dispositions statutaires conviennent ainsi à l'unanimité sinon cela peut constituer une augmentation des engagements des associés. Désormais, Les dettes sociales quant à elles ont lieu au cours de la vie sociale.

dettes sociales en raison de leur qualité de commerçant (art. L. 221- C. com.). La mise en œuvre de l'obligation aux dettes dépend également de la forme sociale. Les créanciers ne peuvent poursuivre les associés d'une société à responsabilité indéfinie qu'après avoir poursuivi vainement la société. Or, les créanciers des sociétés à risques limités poursuivent la société et non pas les associés.

L'article 1857 dans son alinéa 1er dispose que « les associés sont tenus des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à l'exigibilité ou à la date de la cessation de paiement ». L'apporteur en industrie dans une société civile est tenu des dettes sociales comme celui dont la participation est la plus faible (C. civ. art. 1857 al. 2).

Le fait que l'article 1857 figure dans le chapitre régissant les sociétés civiles sème un doute à propos de l'extension de l'application de cet article aux sociétés commerciales. L'exclusion de l'article 1857 des dispositions générales du Code civil démontre la volonté du législateur d'appliquer cet article exclusivement aux sociétés civiles.

Il ressort de l'inapplication de l'article 1857 aux sociétés commerciales²⁵⁷ qu'en cas du retrait de l'apporteur en industrie, serait-il tenu des dettes antérieures mais non exigibles à la date de son départ ? La réponse à cette question suppose, à la lumière de l'interprétation de l'article 1857 du Code civil et l'article L. 221-1 du Code de commerce, l'existence de deux régimes qui sont les suivants : le régime propre aux sociétés civiles et celui des sociétés commerciales de personnes.

En somme, l'obligation aux dettes de l'apporteur en industrie tient à la forme juridique de la société à laquelle est effectué l'apport. On est en présence de deux régimes distincts en matière de l'obligation aux dettes sociales. Les deux régimes influencent l'étendue de l'obligation aux dettes de l'apporteur en industrie. Il convient de traiter de prime abord l'étendue de l'obligation aux dettes d'un apporteur en industrie d'une société civile, puis celui d'une société commerciale de personnes.

a - L'étendue de l'obligation aux dettes sociales de l'apporteur en industrie d'une société civile :

69. L'article 1857 du Code civil, qui régit l'obligation aux dettes dans les sociétés civiles, figure dans le deuxième chapitre dédié à la société civile. Mais, l'obligation aux dettes des associés des sociétés commerciales est régie par l'article L. 221-1 du Code de commerce.

²⁵⁷ D. Gibirela, La société en nom collectif, droit des sociétés 2020, p. 287.

L'alinéa premier de L'article 1857 C. civ. dispose qu'à l'égard des tiers les associés sont indéfiniment responsables des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements. L'alinéa 2 du même article prévoit que « l'associé qui n'a apporté que son industrie est tenu des dettes sociales comme celui dont la participation au capital social est la plus faible ». Il ressort de ce texte que la règle s'applique uniquement aux apporteurs en industrie des sociétés civiles. En effet, l'apporteur en industrie d'une SNC ou d'une société en commandite, étant commerçant et solidaire, le second alinéa ne lui est point applicable car aux yeux des créancier sociaux, il n'y a pas lieu de considérer la portion de chaque associé dans la dette sociale.

Vis-à-vis des tiers, l'associé qui n'a apporté que son industrie à une société civile est tenu des dettes sociales comme celui dont la participation est la plus faible. Mais à quel moment ? Un auteur²⁵⁸ estime que le texte est formel « la contribution est fixée en considération de la participation la plus faible au jour de l'exigibilité ou à la date de la cessation de paiement ». À ses yeux, cette solution ne constitue pas une augmentation des engagements de l'apporteur en industrie. Il estime que l'article 1836 du Code civil n'est pas applicable aux engagements à l'égard des tiers ; il s'applique uniquement dans les engagements contractuels de l'associé envers la société.

En outre, en cas d'existence d'un associé titulaire à la fois de parts en capital et des parts d'industrie, comment alors calculer la part de contribution de l'apporteur en industrie aux dettes sociales ? Est ce qu'il est tenu doublement des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social et à proportion de la participation la plus faible au capital social ?

Un auteur considère que la contribution personnelle des associés aux dettes sociales va intervenir dans la même proportion que la contribution aux pertes, mais cela ne signifie pas que dette et perte sont synonymes²⁵⁹. Selon cet auteur « l'exemple le plus typique de non-concordance entre perte et dette provient des particularités de l'apport en industrie. Si l'exploitation est déficitaire, l'intéressé n'en continue pas moins à fournir des prestations non rémunérées. Par la même, il perd sa mise »²⁶⁰.

Ensuite, à propos des dettes antérieures au retrait de l'apporteur en industrie d'une société civile, l'article est bien clair, il prévoit expressément la date de l'exigibilité ou celle de la

²⁵⁸ J. Richard, « A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur de son industrie », *actualités droit et gestion*, p. 301.

²⁵⁹ J. Richard, préc. P. 302.

²⁶⁰ Houpin et Bosvieux, cites par J. Richard, préc. P. 302.

cessation des paiements pour fixer les dettes qui pèsent sur l'apporteur en industrie. Les juges du droit²⁶¹ se sont prononcés en ces termes « seuls les associés à la date à laquelle les paiements sont exigibles peuvent être recherchés par les créanciers ». En effet, la jurisprudence applique strictement l'alinéa 1er de l'article 1857. Cependant, la particularité de l'apport en industrie pose certaines difficultés qui tiennent à ses caractères incessible et inaliénable (impossibilité de retrait par cession de parts d'industrie, impossibilité de rachat des parts d'industrie par la société pour leur annulation). L'apport en capital contrairement à l'apport en industrie subsiste dans la société en dépit du départ de l'apporteur initial. Le cessionnaire subroge l'associé cédant dans ses droits et obligations. Les dettes non exigibles à son départ pèsent sur le cessionnaire. Or, les parts d'industrie étant imprégné d'*intuitus-personae*, disparaissent dès lors que leur titulaire cesse à apporter son activité à la société pour quelconques causes. Personne ne le subroge donc dans ses droits et obligations, ces derniers sont anéantis en même temps que la disparition de ses parts d'industrie. Il s'ensuit que les dettes non exigibles à son départ pèseront sur ses ex-associés.

En somme, la transposition de la solution de l'article 1857 du Code civil à l'apporteur en industrie d'une société civile portera préjudice à ses ex-associés.

Par ailleurs, l'application de cette solution à l'apporteur en industrie manquerait d'efficacité au cas où l'apporteur en industrie de mauvaise-foi cesse ses prestations en vue de provoquer la disparition de son apport pour qu'il puisse échapper aux dettes sociales déjà nées mais non exigibles à son départ de la société. Cependant, cette solution demeure raisonnable en cas du retrait de l'associé en capital car les règles de son retrait sont strictement définies par le législateur (retrait : par cession, par rachat de la société de ses propres actions, par décision judiciaires) en faisant en sorte de limiter les retraits abusifs des associés, notamment ceux de mauvaise-foi.

En définitive, une disposition législative spéciale arrêtant le sort des dettes non exigibles au départ de l'apporteur en industrie ainsi qu'une disposition légale imposant la notification aux créanciers du départ des associés apporteurs en industrie serait la bienvenue.

²⁶¹ Cass. 1^{re}, civ., 26 nov. 1991, *bull. civ. I*, n° 334. La Cour considère que « seuls les associés à la date à laquelle les paiements sont exigibles peuvent être recherchés par les créanciers »

b - L'entendue de l'obligation aux dettes sociales de l'apporteur en industrie d'une société commerciale de personnes :

70. Les associés en nom et les commandités sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales²⁶². L'article L 221-1 du Code de commerce à l'opposé de l'article 1857 du Code de commerce ne fait aucune référence à la quote-part respective de contribution de chaque associé aux dettes sociales. Certes, le législateur n'a pas omis ce constat car les associés étant solidaires vis-à-vis des créanciers, peu importe la contribution de chacun dans la dette. L'apporteur en industrie d'une société en nom ou en commandite étant commerçant, il est tenu solidairement des dettes sociales. Il n'y a pas lieu de se poser la question sur leur quote-part contributive dans la dette sociale vis-à-vis des créanciers. L'obligation aux dettes sociales intervient dans les rapports des associés envers les créanciers sociaux.

Dans le cas des sociétés commerciales de personnes, la question du moment de fixation de la quote-part contributive de chacun dans la dette à la date d'exigibilité ou à la date de la cessation du paiement n'est pas pertinente pour la raison précitée. Or, une disposition éclairant la date à laquelle l'associé est tenu des dettes sociales serait la bienvenue. Pour fixer la date à laquelle l'associé est responsable des dettes sociales, la jurisprudence commerciale²⁶³ retient la date de la naissance de la dette et non celle de son exigibilité ; autrement dit l'associé retrayant en dépit de la publication de l'acte de cession ainsi que l'actualisation des statuts demeure tenu des dettes envers les créanciers même celles non exigibles à son départ. Cette jurisprudence²⁶⁴ est saluée car elle prend en considération la particularité de chaque société pour déterminer l'étendue de l'obligation des associés. Ce n'est pas l'*intuitus-personae* qui justifie la solution de la Cour de cassation car les sociétés civiles sont également imprégnées d'*intuitus-personae*, mais l'article 1857, al. 1, du Code civil retient la date d'exigibilité. La solution de la cour qui consiste à retenir la date de la naissance de la dette est plutôt justifié par la solidarité des associés des sociétés de personnes. La solidarité compte aux yeux des créanciers, le retrait d'un associé solvable peut fausser la prévisibilité des créanciers et des coassociés. En effet, dans les sociétés commerciales de personnes, la perte de la qualité d'associé et par conséquent de commerçant ne suffit d'exonérer l'associé cédant des dettes déjà nées avant son départ mais non exigibles. Par analogie, l'apporteur en industrie retrayant

²⁶² C. com., art. L. 221-1 (pour les associés de la SNC et art. L. 222-1, al. 1er, pour les commandites simples et L. 226-1 pour les commandites par actions.

²⁶³ Cass. com., 13 avril 2010, n° « 07-17.912 ».

²⁶⁴ Cass. com., 13 avril 2010, n° « 07-17.912 ».

d'une société commerciale de personnes est responsable des dettes sociales qui sont nées avant son départ même lorsqu'elles ne sont pas exigibles.

E - La neutralité du capital dans la détermination des obligations spécifiques de l'apporteur en industrie : obligation de faire et obligation de ne pas faire

71. En plus des obligations incombant à tous les associés (obligation aux dettes dans les sociétés commerciales de personnes et l'obligation aux pertes) et qui sont déterminées en fonction du capital social, d'autres obligations spécifiques à l'apporteurs en industrie en raison de la nature particulière de l'apport en industrie. Ces dernières ne sont pas déterminées en fonction du capital social comme c'est le cas des obligations incombant aux autres associés. Il s'agit d'obligations de faire (de réaliser la prestation promise) et de ne pas faire (ne pas faire concurrence).

De prime abord, l'obligation de faire consiste à réaliser la prestation promise à la société. La libération de l'apport en industrie est successive à moins qu'elle porte sur un savoir-faire instantané. La jurisprudence²⁶⁵ considère qu'il y aura apport en industrie que lorsque débute la réalisation de la prestation objet de l'apport. L'apport en industrie pour qu'il existe il faut que sa réalisation prenne un point de départ. En effet, un associé ne peut prétendre à un apport en industrie qu'il a promis à la société mais qu'il n'a jamais réalisé.

Le caractère successif de la libération de l'apport en industrie accentue le risque de son inexécution.

La cessation de la prestation promise par l'associé pour quelque cause entraîne l'annulation des parts d'industrie. Cependant, la cessation de la prestation promise ne doit pas être temporaire. Dans ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcé dans ces termes « l'associée avait le droit de participer à la répartition des bénéfices, y compris au titre des périodes au cours desquelles elle avait suspendu son activité »²⁶⁶.

Ensuite, l'obligation de non-concurrence (obligation de ne pas faire) incombe à l'apporteur en industrie, en effet, il doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant objet de son apport²⁶⁷. L'apporteur en industrie ne peut alors exercer pour son compte personnel ou pour le compte d'autrui une activité similaire à celle promise à la société. L'apporteur est donc libre d'exercer une activité distincte de celle promise à la société à un groupement non

²⁶⁵ Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegart, *BJC*, éd. Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452

²⁶⁶ Cass. com., 15 mars 2017, n° « 14-29.448 ».

²⁶⁷ Art. 1843-3, al. 6, C. civ.

concurrent ou à son compte personnel pourvu que l'apport soit promis à temps partiel et que la nouvelle activité n'empêche pas l'apporteur de participer effectivement à l'activité sociale.

Certains auteurs²⁶⁸ estiment qu'à défaut d'une clause statutaire l'obligation de non-concurrence ne s'applique pas aux associés exceptés à l'apporteur en industrie. D'autres²⁶⁹ estiment que cette obligation incombe à tous les associés de sociétés de personnes.

La Cour de cassation²⁷⁰ a mis à la charge de l'associé une obligation de non-concurrence en raison de l'« *affectio-societatis* ». Mais certaines décisions²⁷¹ admettent que les associés des sociétés à risques limités puissent exercer une activité concurrente, pourvu qu'ils s'abstiennent des actes de concurrence déloyale.

Il s'ensuit que l'apporteur en industrie contrairement aux autres associés est tenu d'une obligation de non-concurrence peu importe la forme sociale du groupement dont il fait partie.

F - La cessation de l'apport en industrie

72. Les causes de la disparition de l'apport en société sont d'ordre volontaire et involontaire. Celui-ci peut cesser volontairement par l'associé désirant de se retirer de la vie sociale. Le procédé classique du retrait volontaire de l'associé dans notre droit positif est la cession des parts sociales. Parmi les causes involontaires de disparition de l'apport en industrie sont le décès de l'associé, l'interdiction d'exercer le commerce ou bien une liquidation judiciaire frappant l'un des associés.

Nous allons étudier le régime juridique de disparition des parts d'industrie consécutive au retrait volontaire de leur titulaire ou de la survenance d'un événement involontaire. À cet effet, en l'absence d'un régime de disparition propre aux apports en industrie, il convient d'appliquer le droit commun qui encore une fois perd de vue les spécificités d'un tel apport.

Le retrait volontaire de l'apporteur en industrie dans les mêmes conditions que l'apporteur en capital n'est pas concevable. Les parts d'industrie ne sont ni reprises, ni remboursées²⁷², ni cessibles à moins que la restitution de l'apport en industrie s'entende par la restitution de la

²⁶⁸ C. Lyon-Caen, L. Renault, traité de droit commercial, 5^e éd. Par amiaud, t. 1, n°249s ; Mémento Lefebvre Soc. Civiles 2009, n°20441, p. 476;

²⁶⁹ E.-E. Thaller, P.J. Pic, Traité général, théorique et pratique de droit commercial, A. Rousseau, 1911, n°376, p. 495.

²⁷⁰ Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-13.780, *Bull. civ. IV, Rev. soc.* 1991, n° 151, p. 760, note Y. Guyon.

²⁷¹ Cass. com., 15 Nov. 2011, n° « 10-15.049 », *Bull. civ. IV*, n° 188; *RLDA* 2012/67, n° 3810.

²⁷² Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, n° « 01-17.226 », *Rev. soc.* 2006, note, D. Poracchia, p. 111.

liberté d'exercer l'activité considérée sans la contrainte d'une obligation de non-concurrence ou d'exclusivité²⁷³.

Le régime juridique du droit de retrait des associés ainsi que celui régissant les événements involontaires entraînant la disparition de l'apport dépend de la forme sociale.

1 - Le régime de disparition des parts d'industrie dans les sociétés de personnes SNC et sociétés en commandite

73. Les SNC et les sociétés en commandites sont des groupements dans lesquels la personne de l'associé est primordiale. Le rapport entre les associés de ces sociétés est imprégné d'« *intuitus-personae* ». Les associés de ces sociétés commerciales de personnes sont responsables indéfiniment et solidairement aux dettes sociales de sorte que le législateur prévoit la dissolution de la société en cas de décès de l'un de ses associés, sous réserve d'une clause de continuation. Mais encore, le législateur soumet la cession des parts sociales à l'accord unanime des associés²⁷⁴. La règle de l'unanimité est d'ordre public dans les SNC mais supplétive dans les sociétés en commandite.

Il convient d'abord d'étudier l'effet du décès et de l'incapacité de l'associé sur le sort de ses parts d'industrie. L'incapacité peut résulter notamment d'une maladie ou d'une interdiction d'exercer le commerce.

Le décès de l'un des associés constitue l'une des causes de dissolution des sociétés commerciales de personnes²⁷⁵, sous réserve que les statuts stipulent une clause de continuation avec l'héritier, le conjoint, toutes personnes désignées dans les statuts ou bien les associés survivants²⁷⁶.

La question qui se pose est celle de savoir si le décès de l'apporteur en industrie entraîne la dissolution de la SNC ou la société en commandite et si la clause de continuation est applicable en cas de décès de l'apporteur en industrie ?

Un auteur considère que la convention de continuation est privée d'effet, excepté lorsque les statuts prévoient la continuation de la société avec les seuls associés survivants, si l'associé décédé n'apportait que son industrie²⁷⁷. Dans ce sens, la chambre civile de la Cour de

²⁷³ Cette conception de la reprise de l'apport en industrie a été proposée par R. baillod dans sa thèse préc.

²⁷⁴ Art. L. 222-8, C. com.

²⁷⁵ Art. L. 221-15, al. 1, C. com.

²⁷⁶ Art. L. 221-15, al. 2 et 3, C. com.

²⁷⁷ Cass. civ, 9 fév. 1955, Bull. civ. I, p. 63.

cassation²⁷⁸ a jugé que si la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé empêche la dissolution de plein droit de la société, il ne peut en être ainsi qu'autant que cet associé a fait un apport qui subsiste à son décès, et tel ne peut être le cas d'un apport en industrie. Cette jurisprudence repose sur l'inaliénabilité des parts d'industrie. Néanmoins, les effets de celle-ci conduiront à la dissolution de plein droit de la société en cas du décès de l'apporteur en industrie et cela malgré la présence d'une clause de continuation. Par ailleurs, cette décision va à l'encontre du principe de l'autonomie de volonté lorsqu'elle est contredite par une clause statutaire.

Pourrait-on admettre l'efficacité d'une clause de continuation dans un cas particulier : lorsque l'héritier a la capacité et l'intention de fournir la même prestation que l'apporteur décédé. Néanmoins, cette proposition se heurterait au principe d'extinction des droits personnels avec le décès de leur titulaire.

La doctrine évoque, sans précision, que les parts d'industrie disparaissent avec le décès de leur apporteur²⁷⁹. Cette règle n'est prévue par aucun texte et elle est valable que dans le cas du décès d'un apporteur en industrie d'une société à responsabilité limitée ou d'une société de capitaux mais rien ne justifie son application à l'apporteur de l'industrie d'une société en nom ou en commandite, car le décès de l'apporteur en industrie entraînera, la dissolution de société, notamment si les statuts n'ont pas prévu une clause de continuation.

En définitive, le sort des parts d'industrie lors du décès de l'apporteur dépend de la forme sociale du groupement auquel est apporté.

74. Par ailleurs, l'incapacité de l'apporteur en industrie due à une faillite, à une liquidation judiciaire ou à une interdiction d'exercer le commerce figure parmi les causes de dissolution de la SNC et la société en commandite en vertu de l'article L. 221-16, al. 1, du Code de commerce ; à moins que la continuation soit stipulée dans les statuts ou décidée à l'unanimité par la communauté des associés.

²⁷⁸ Cass. civ, 9 fév. 1955, Bull. civ. I, p. 63.

²⁷⁹ R. Baillod, thèse préc. ; G. G-Callebaut, « L'apport en industrie », *Rép. soc.*, 2018, 596 : « Le caractère successif de l'apport en industrie a comme conséquence que les risques sont pour l'apporteur. Si donc celui-ci est dans l'obligation d'interrompre sa collaboration pour une cause quelconque, telle que maladie, accident, absence prolongée, ses droits dans la société s'en trouveront affectés. Il serait utile de prévoir, dans les statuts, à partir de quelle durée l'interruption accidentelle entraîne des modifications aux droits de l'apporteur en industrie. L'interruption pourrait alors conduire à une réduction du droit au bénéfice distribuable au titre de l'exercice au cours duquel elle s'est produite. Une interruption très prolongée pourrait même aboutir à une annulation des parts attribuées à l'apporteur en industrie, mais en tenant compte de ses droits sur les réserves existantes ».

En cas de continuation de la société, l'associé frappé d'incapacité est exclu en contrepartie du remboursement de ses droits sociaux²⁸⁰. Il est alors utile de se demander quel est le sort de la société si l'apporteur en industrie est frappé d'une quelconque incapacité ? Et si la clause de continuation est efficace lorsque l'associé frappé d'interdiction est apporteur en industrie ?

La doctrine suggère que la participation de l'apporteur devrait cesser, faute pour lui de pouvoir exécuter la prestation convenue²⁸¹.

Si on transpose la solution retenue par la jurisprudence relative au décès de l'apporteur en industrie au cas où ce dernier serait frappé d'interdiction, on devrait conclure à la dissolution de plein droit de la société puisque la clause de continuation est, dans ce cas, privée d'effet. Pourtant, en se référant à la motivation de la Cour on en déduit que la clause de continuation n'est pas privée d'effet en cas d'interdiction frappant l'apporteur en industrie dans la mesure où ses parts devraient subsister puisqu'il ne cesse pas son activité.

On pourrait même songer à préserver la qualité d'associé de l'apporteur en industrie d'une société en commandite frappé d'interdiction en lui attribuant le statut d'associé commanditaire afin d'éviter son exclusion.

75. Le retrait volontaire prend généralement la forme d'une cession de parts sociales. Or, les parts d'industrie sont incessibles. Cette affirmation, est certes, justifiée par le fait que les parts d'industrie ne participent pas à la formation du capital social.

La cession des parts sociales de SNC et de commandité est subordonnée à l'agrément de tous les associés donnés à l'unanimité. L'agrément doit être exprès²⁸², le silence d'un associé ne peut suffire pour exprimer son acquiescement à la cession. La cession de parts sociales doit être constatée par écrit et notifiée à la société dans les conditions de l'article 1690 du Code civil ou, dans les sociétés commerciales de personnes, déposé au siège social contre la remise par le gérant d'une attestation de dépôt²⁸³.

En cas de refus d'agrément, les associés ou la société ne sont pas tenus d'acheter les parts mises en ventes, contrairement à ce qu'il en est dans les SARL²⁸⁴, SA et SAS. L'application d'un tel régime de cession aux parts d'industrie dans les sociétés de personnes conduit à des

²⁸⁰ Art. L. 221-16, al. 2, C. com.

²⁸¹ R. Baillod, thèse préc., p. 166.

²⁸² Rouen, 27 nov. 1966, *Gaz. Pal.* 1987. 1.335, *Bull. Joly.* 1987. 4591.

²⁸³ Art. L. 221-14, C. com. ; G. G-Callebaut, « part sociale », *Rev. soc.* Dalloz, sep. 2004, p. 71.

²⁸⁴ Art. L. 223-14, al. 3, C. com.

situations de blocage en raison de l'exigence d'un agrément à l'unanimité dans ces formes sociales.

Nous pourrions porter notre réflexion sur la clause de rachat des parts sociales ou actions.

Pourtant, les clauses de rachat sont parfois stipulées dans les statuts. La validité de ces clauses demeure discutée en doctrine²⁸⁵. La jurisprudence antérieure à 1966 admettait pourtant leur validité, comme certains auteurs d'ailleurs²⁸⁶.

Comme indiqué précédemment, l'entrée de nouveaux associés dans une société de personnes est étroitement contrôlée par une procédure d'agrément, en raison de l'*intuitus-personae* caractérisant ces sociétés. La difficulté de trouver un cessionnaire de parts sociales ayant des qualités et des compétences agréées par tous les associés n'est pas un argument pertinent pour réfuter la cessibilité des parts d'industrie dans les SNC et les sociétés en commandite car l'associé apporteur en capital doit également rechercher un cessionnaire sur lequel s'accordent tous les associés. L'exigence d'un agrément pour les cessions de parts de sociétés de personnes pourrait être avancée comme argument pour admettre la cessibilité des parts d'industrie

Comme nous l'avons déjà évoqué aucun texte en droit positif français n'interdit la cessibilité des parts d'industrie excepté dans les SCP, GAEC et SAS²⁸⁷. On peut alors songer, en l'absence de disposition d'ordre public, interdisant la cession de parts d'industries dans les sociétés commerciales de personnes, de prévoir dans les statuts la cessibilité des parts d'industrie dans les conditions de l'article L. 221-13 du Code de commerce ; le cédant recevant la contrepartie financière de ses droits sociaux et le cessionnaire le subrogeant dans ses droits politiques et financiers.

Au soutien de la cessibilité des parts d'industrie, un auteur²⁸⁸ évoque la pratique de cessions de parts d'industrie dans les SNC révélée par un sondage effectué auprès du greffier du tribunal de Toulouse.

²⁸⁵ Th. De Revel D'escapion, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », LPA 7 nov. 2008, n° PA200822402, p. 4.

²⁸⁶ M. DE Juglart, B. Ippolito, « cours de droit commercial », t. 2, les sociétés commerciales, par J. Dupichot, 10^e éd. 1999, Montchrestien., n°201 ; P. Merle et A. Fauchon, sociétés commerciales, 9^e éd., 2003, Précis Dalloz, n°156 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, n° 1059 : cité par G.G-Callebaut, préc.

²⁸⁷ R. Baillod, thèse, préc.

²⁸⁸ R. Baillod, thèse, préc. p. 174.

2 - Le régime de disparition des parts d'industrie dans les SARL

76. Depuis l'autorisation des apports en industrie dans la SARL et la SAS, se pose la question des sorts des parts d'industrie ou d'« actions de travail » à l'occasion du décès de leur titulaire.

La SARL n'est pas dissoute par le décès d'un associé, sauf stipulation contraire des statuts²⁸⁹. Les parts sociales sont librement transmissibles par voie de succession, sauf clause contraire des statuts. A peine de nullité, la clause doit respecter les conditions de majorité et de délais prévues par l'article L. 223-14 du Code de commerce, c'est-à-dire pour les cessions à titre onéreux. Si la cession n'a pu intervenir dans les délais impartis, l'agrément est réputé acquis. Lorsque l'agrément a été refusé à l'héritier, celui-ci a droit à la valeur de ses droits sociaux fixée conformément aux dispositions du troisième et quatrième alinéa de l'article L. 223-14 du Code de commerce.

Quel est alors l'incidence du décès de l'apporteur en industrie sur ses droits sociaux ? Nous savons déjà que le décès de l'apporteur en industrie n'entraîne pas la dissolution de la SARL en application de l'alinéa 2 de l'article L. 223-14 du Code de commerce. Mais les effets du décès de l'apporteur en industrie sur ses parts suscitent des questions ?

Le régime de droit commun ne nous permet pas de répondre à cette question car il méconnaît les spécificités des parts en industrie. L'inaliénabilité des parts d'industrie empêcherait l'application de l'article L. 223-13 du Code de commerce, celui-ci semble régir uniquement le sort des parts de capital en cas du décès de l'associé.

77. L'inaliénabilité des parts d'industrie dans une SARL ne résulte pas d'une disposition légale mais découle du principe selon lequel un droit personnel s'éteint par le décès de son titulaire. Par ailleurs, une jurisprudence²⁹⁰ précitée prive d'effet les clauses de continuation d'une SNC à l'occasion du décès d'un associé apporteur en industrie au motif que ces clauses ne sont valables que si l'apport subsiste au décès de son titulaire.

Il est alors naturel de suggérer l'annulation des parts d'industrie dans une SARL en cas du décès de leur apporteur sans que la société soit dissoute.

En outre, la SARL n'est pas dissoute lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire, d'interdiction de gérer ou une mesure d'incapacité a été prononcée à l'encontre de l'un des

²⁸⁹ Art. L. 223-13, al. 1 et 2, C. com.

²⁹⁰ Cass. civ., 9 fév. 1955, *Bull. civ.* I, p. 63.

associés²⁹¹. Cela nous conduit vers l'exclusion de l'associé frappé d'interdiction ou d'incapacité. La doctrine est réticente sur la question de l'exclusion de l'apporteur en industrie²⁹². La jurisprudence²⁹³ interdit aux juges, à défaut de base légale, d'obliger un associé demandant la dissolution de la société à accepter l'offre de rachat de ses parts sociales par ses coassociés. Cette solution n'est pas transposable aux sociétés à capital variable est aux SAS²⁹⁴.

La doctrine n'est pas hostile aux clauses d'exclusion dans les SNC dès lors que son motif est conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public²⁹⁵. La Cour de cassation²⁹⁶ l'admet également surtout en cas de faute.

La 1^{ère} chambre civile avait jugé que l'associé d'une société de moyens, qui exerçait son activité dans un cabinet personnel, commettait une infraction grave de nature à justifier son exclusion et ce indépendamment même de la lettre des statuts²⁹⁷. Le droit prétorien admet également l'exclusion d'un associé en raison de la perte par celui-ci de sa qualité de salarié d'une société de groupe²⁹⁸. L'article L. 223-14 est applicable à l'associé apporteur en industrie d'une SARL frappé d'une interdiction ou d'une incapacité. Par conséquent, il se verrait exclu de la société contre le versement de ses droits sur les bénéficiaires et les actifs nets puisque cet article écarte explicitement la possibilité d'une éventuelle dissolution de la société.

78. S'agissant de la cession des parts sociales de SARL, rappelons qu'aux termes de l'article L. 223-13 du Code de commerce les parts d'une SARL sont librement cessibles entre conjoint et entre ascendant et descendant à moins que les statuts stipulent des clauses d'agrément ou de continuation avec les associés survivants. A l'inverse, la cession des parts sociales à un tiers est subordonnée à l'agrément des associés à la majorité représentant au moins la moitié du

²⁹¹ Art. L. 223-41, al. 1, C. com.

²⁹² J. Sikora, « l'exclusion des membres de groupement de droit privé », thèse, Université Robert Schuman, 2007.

²⁹³ Cass. com., 12 mars 1996, « n° 93-17.813 ».

²⁹⁴ Art. L. 227-16, C. com.

²⁹⁵ R. Mortier, « Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé », *Dr. Sociétés*, n° 3, mars 2016, 43.

²⁹⁶ Cass. com., 13 déc. 1994, n° « 93-11.569 », *D.* 1995. IR19, *BJS* 1995.152, note Le canu ; *JCPE* 1995. II. 705, note Paclot ; *Rev. soc.* 1995, p. 298, note Raudous ; Cass. Com., 12 oct. 2022, n° 22-40-93

²⁹⁷ Cass. 1^{re}, civ., 4 janv. 1995, n° « 92-20.005 », *D.* 1995, IR28, *Rev. soc.* 1995. 525. Note jeandin ; *Dr. Soc.* 1995, n° 70, note Bonneau.

²⁹⁸ Cass. com., 20 mars 2012, n° « 11-110.855 » : *D.* 2012, p. 1584, note. Laroche ; *Ibid. Actu.*, p. 875, obs Lienhard ; *Rev. soc.* 2012, p. 435, note Couret ; *RTD. com.* 2012, p.348, Obs Constantin ; *Ibid.* 355, Obs. Mouserié-bon ; *JCP E* 2012, p. 1310, note Mortier ; *Dr. soc.* 2012, n° 77, note Hovasse ; *Gaz. Pal.* Mai 2012, p. 28, obs. Hovasse.Gros ; *RJDA* 2012, n° 603 ; *BJS* 2012, p. 538, note. F-X. CLucas ; *RLDA* juin 2012. p. 10, Obs. Favario ; *dr et patr.* mai 2013, p. 94, obs. Poracchia.

capital social à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte²⁹⁹. En revanche, les apports réalisés à l'occasion d'une fusion-scission n'exigent aucun agrément³⁰⁰.

Le projet de cession doit être notifié à la société et aux associés. Si la société n'a pas fait connaître sa position dans un délai de 3 mois, l'agrément est réputé acquis³⁰¹. En cas de refus de celui-ci, sauf dans le cas de succession, de liquidation de communauté de bien entre époux, de donation ou au profit d'un conjoint, d'ascendant ou descendant, l'associé cédant oblige ses coassociés à acheter ses parts pourvu qu'il en soit propriétaire depuis au moins deux ans³⁰². Ces parts peuvent également être rachetées par la société, avec le consentement de l'associé cédant, en vue de leur annulation.

Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut il n'existe aucune disposition légale explicite interdisant la cession des parts d'industrie dans les SARL. Les textes ne nous éclairent absolument pas sur le retrait volontaire de l'apporteur en industrie au cas où la durée de son apport est indéfinie ou non stipulé dans les statuts.

En définitive, nous considérons que si l'on admet la cessibilité des parts d'industrie, il serait aussi possible d'organiser le retrait. Si l'apporteur en industrie ne trouvait pas un cessionnaire remplissant aux yeux de ses coassociés les compétences et les qualifications espérées, la société rachèterait les parts d'industrie en vue de leur annulation. Dans ce cas il n'y aurait pas de réduction du capital social comme c'est le cas à l'occasion du rachat par la société de ses propres parts en capital, mais juste une modification des clauses de statuts prévoyant l'apport en industrie et puis un remboursement des droits sociaux qui en découlent : bénéfices et actif net.

3 - Le régime de disparition des parts d'industrie dans la SAS

79. La question du droit du retrait de l'apporteur en industrie d'une SAS demeure posée depuis que les apports en industrie sont autorisés dans cette forme sociale³⁰³.

Les actions de travail de la SAS sont incessibles et inaliénables³⁰⁴. Il en résulte que l'associé désireux de se retirer de la société à l'arrivée du terme de son apport doit cesser sa prestation

²⁹⁹ Art. L. 223-14, C. com.

³⁰⁰ Cass. com., 19 avril. 1972, *D.* 1972. 538 : cité par B. Lecourt, « Cession de droits sociaux », *Rép. soc.*, avr. 2017.

³⁰¹ Art. L. 223-14, al. 2, C. com.

³⁰² Art. L. 223-14, al. 4 et 6, C. com.

³⁰³ *Infra*.

³⁰⁴ Art. L. 227-1, al. 4, C. com.

définitivement sans qu'il y ait lieu de demander l'agrément des associés, si on veut s'inspirer des règles qui régissent la cession des actions de la SAS. Lorsque le retrait de l'apporteur en industrie intervient à la fin de la durée prévu pour cet apport, il n'y a pas de difficulté dans la mesure. L'apporteur en industrie aura droit à sa part de bénéfices et d'actif net. La situation est différente en cas d'un retrait pour faute, avant l'échéance du terme stipulé pour cet apport.

Une autre hypothèse surgit dès lors que l'apporteur en industrie cesse l'activité promise à la société avant le terme de la durée de l'apport ou bien lorsque celle-ci est indéterminée. Le retrait fautif de l'associé entraîne également la disparition des actions d'industrie mais les effets de cette disparition ne sont pas les mêmes car la société peut priver l'associé de ses droits en invoquant l'exception d'inexécution à condition de continuer de libérer son apport.

Le décès est une cause de disparition des apports en industrie dans la SAS, d'abord parce qu'il existe un texte légal, à la différence des SNC, SC et SARL, prévoyant explicitement que les apports en industrie sont inaliénables³⁰⁵. De même, le décès d'un actionnaire de la SAS, contrairement à celui d'un associé de SNC, n'entraîne pas la dissolution de la société.

Donc, la société doit annuler les actions en industrie et procéder à une modification des statuts. Les héritiers n'auront aucun droit sur les actifs nets et les bénéfices dus au défunt car les droits attachés aux parts d'industrie ou aux actions de travail sont des droits personnels qui sont inaliénable par voie de succession ou de cession (incessibles).

La maladie de longue durée d'un apporteur en industrie d'une SAS implique l'annulation des actions d'industrie. La question qui demeure posée est celle de savoir quels sont les effets de la cessation de longue durée de l'activité de l'apporteur en industrie sur les droits pécuniaires de l'apporteur en industrie qui n'a pas exécuté son apport pendant la durée promise à cause d'une maladie professionnelle ?

80. Une disposition précisant les effets du retrait fautif de l'apporteur en industrie comme de la cessation de son activité pour cause de maladie de longue durée sur les droits pécuniaires à l'égard de la société serait la bienvenue.

Il conviendrait alors de suspendre les droits aux dividendes, de l'apporteur en industrie qui ne peut exécuter la prestation promise pour cause de maladie, jusqu'au moment où il reprendra son activité. En revanche, pour le retrait fautif de l'apporteur en industrie, il est judicieux de considérer les parts d'industrie ou les actions d'industrie comme étant supprimées.

³⁰⁵ Art. L. 227-1, al. 4, C. com.

4 - Les limites de la conjonction de l'apport en industrie avec le capital social

81. On désigne par la « conjonction de l'apport en industrie avec le capital social », l'interférence ou l'interaction entre le travail et le capital social.

L'apport en industrie, en dépit de son exclusion du capital social, n'est pas déconnecté de ce dernier. En effet, les parts d'industrie disparaissent proportionnellement à la réduction du capital social. Un « coup d'accordéon »³⁰⁶, entraînera la disparition totale des parts d'industrie. Cette même solution doit-elle être retenue lors d'une opération d'amortissement du capital ? Là encore, les textes du droit positif sont muets sur toutes les interrogations que suscitent la conjonction entre apport en industrie et modification du capital social. Il arrive parfois que l'associé apporte à la fois son industrie et une somme d'argent ou tout autre bien. Là aussi, il existe une interaction entre le capital humain et le capital social. Quelles sont alors les règles de droit positif applicables à ce genre d'apport ? Les régimes applicables à ces deux types d'apport se cumulent-ils ou bien faut-il en privilégier un ?

Le droit positif fixe les droits et obligations de l'apporteur en industrie en fonction de la part du minoritaire dans le capital social. Cette règle supplétive, influence le régime de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie ainsi que sa participation aux bénéfices sociaux et aux décisions collectives. Elle démontre par conséquent la dépendance des parts d'industrie par rapport au capital social et à sa répartition. Il y'a là aussi un aspect d'interaction du capital humain avec le capital social.

Il convient de traiter les questions tirées des effets de cette interaction sur le régime de l'apport en industrie, d'une part, à l'occasion d'une opération sur le capital (augmentation, réduction, amortissement), d'autre part, lors de la répartition des droits et obligations de l'apporteur en industrie.

a - Le sort de l'apport en industrie lors d'une augmentation du capital

82. L'augmentation du capital est l'opération par laquelle l'assemblée générale extraordinaire procède à l'augmentation du capital social de la société par de nouveaux apports (en numéraire ou en nature ou par l'incorporation de capitaux propres . Une augmentation de capital peut donner lieu à l'émission de nouvelles parts ou actions (soit au profit des anciens actionnaires ou de nouveaux actionnaires) ou à l'élévation de la valeur nominale des droits

³⁰⁶ Il s'agit d'une réduction du capital social à zéro, suivie d'une augmentation dans l'intérêt d'absorber les pertes sociales.

sociaux. Une augmentation de capital peut donc résulter de la capitalisation de sommes inscrites dans un plan d'épargne entreprise (PEE). On soulignera également qu'une augmentation du capital peut résulter d'une obligation légale, c'est le cas dans les sociétés par actions ; lesquelles sont tenues, dans certaines hypothèses de se prononcer sur une résolution tendant à une augmentation du capital réservée aux salariés.

Aucun texte législatif ne se prononce sur les droits de l'apporteur en industrie à l'occasion d'une augmentation du capital. Le seul texte à disposition est l'article L. 225-132 du Code de commerce qui prévoit que « les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations du capital. Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions en numéraire émises pour réaliser une augmentation du capital ».

83. Le droit préférentiel de souscription est la prérogative attribuée à chaque associé de souscrire en priorité lors d'une augmentation du capital des actions à proportion de celles détenues antérieurement³⁰⁷.

L'article L.225-132, al. 1^{er} du Code de commerce prévoit que les actions englobent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital. Le législateur n'a pas prévu de droit préférentiel de souscription attaché aux parts sociales. La jurisprudence quant à elle nie à juste titre son existence dans les SARL. Dans les sociétés autres que les sociétés par actions, un droit préférentiel de souscription peut être prévu par les statuts.

Le droit préférentiel de souscription est donc en principe réservé aux associés des sociétés par actions. Ceux des sociétés de personnes et des SARL ne bénéficient pas de ce droit³⁰⁸. Par ailleurs, les associés disposent d'un droit d'agrément du cessionnaire ou d'un nouveau souscripteur de parts sociales exprimé soit à l'unanimité dans les SNC et les sociétés en commandite simple³⁰⁹, soit à la majorité au moins de la moitié des parts dans les SARL³¹⁰. L'absence d'agrément de cession d'actions ou de souscription de nouvelles actions par augmentation de capital explique l'utilité du droit préférentiel de souscription dans les sociétés de capitaux. Il s'ensuit que dans les sociétés de personnes et dans les SARL³¹¹ n'existe pas de droit préférentiel de souscription.

³⁰⁷ Art. L. 225-132, C. com.

³⁰⁸ Cass. Com., 18 avril 2000, n° « 97-21.569 », Inédit.

³⁰⁹ art. L. 221-13, al. 2, C. com.

³¹⁰ Art. L. 223-14, al. 1, C. com.

³¹¹ Les statuts de la SARL peuvent stipuler un droit préférentiel de souscription au bénéfice des associés.

Le droit préférentiel de souscription peut être supprimé par l'assemblée générale extraordinaire au bénéfice des salariés à l'occasion d'une augmentation du capital réservée aux salariés ou aux adhérents d'un plan épargne entreprise (PEE) ou d'une attribution gratuite d'actions ou de stock-options. Dans une telle situation, la suppression du droit préférentiel de souscription doit, à peine de nullité, être inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée et faire l'objet d'une résolution soumise à un vote à l'assemblée décidant l'augmentation du capital³¹².

Les anciens actionnaires peuvent renoncer à leur droit préférentiel de souscription à titre gratuit ou bien à titre onéreux. On distingue l'hypothèse où l'assemblée décide une augmentation du capital social réservée aux salariés dans ce cas la suppression est à titre gratuit. Elle est à titre onéreux dans l'hypothèse où la société émet des bons de souscription ou d'achat d'actions (stock-options). Ces bons permettent à leur détenteur de souscrire les actions à une période ultérieure. Le prix de ces bons ne représente que la contrepartie de la renonciation des anciens associés à leur droit préférentiel de souscription. L'action a une valeur nominale qu'on obtient en divisant le capital social par le nombre des actions. Or, la valeur d'émission de l'action est supérieure à la valeur nominale en prenant en compte les autres capitaux propres de la société et les plus-values non comptabilisées de l'actif social.

Depuis l'autorisation des apports en industrie dans la SAS en 2008, la question du droit préférentiel de l'apporteur en industrie d'une SAS se pose. Certains auteurs³¹³ estiment que l'apporteur en industrie ne dispose pas de droit préférentiel de souscription dans la mesure où le législateur édicte que « les actions englobent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital », ils considèrent que l'action est un titre sur le capital cessible et aliénable or les actions d'industrie ne revêtent pas les caractéristiques d'une valeur mobilière. Or, le texte admet une seconde interprétation qui mérite d'être exposée. Le législateur ne vaudrait-il pas utiliser le vocable action dans sa globalité pour contenir également les actions travail sachant que lui-même leur a attribué cette dénomination ? Il est légitime de s'interroger sur le sens que le législateur a entendu donner au vocable action. Les deux hypothèses souffrent d'incertitudes ; afin de corroborer la deuxième, il faudrait s'interroger sur la raison d'existence du droit préférentiel de souscription.

³¹² Cass. civ., com, 25 sept. 2012, « 11-17-256 », publié au Bull.

³¹³ S. Shiller, P-L. Périn, « les apports en industrie dans la SAS », *Rev. soc.* 2009, p. 59.

84. L'article 1843-2, C. civ dispose que « les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donne lieu à l'attribution de parts ouvrant droit aux bénéfices et aux actifs nets à charge de contribuer aux pertes »

Traditionnellement l'apporteur en industrie a droit aux bénéfices sous forme de dividendes, aux réserves constituées d'anciens bénéfices et au report à nouveau, quand il est constitué de bénéfices en attente d'affectation. L'apporteur en industrie de ce fait détient une part sur les réserves qui lui attribue légitimement un droit préférentiel de souscription.

L'augmentation du capital par incorporation des réserves influe sur les droits de l'apporteur en industrie, en cas d'existence d'un associé ou actionnaire qui est à la fois apporteur en numéraire et en industrie. Par conséquent, cette dualité d'apports par le même associé ou actionnaire, posent certaines limites de sorte qu'il s'avère difficile de calculer la part de chaque associé dans les pertes ainsi que dans les bénéfices sociaux.

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 celui qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ». Donc, le texte ne désigne pas l'associé qui a apporté à la fois son industrie et une somme d'argent. L'expression « qui n'a apporté que son industrie » laisse croire que la règle est applicable exclusivement à celui qui n'a apporté que son industrie.

Certains auteurs estiment que la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes sociales dans les conditions fixées par l'article 1844-1 n'intervient que lorsque l'intéressé n'a point effectué d'apport en capital³¹⁴.

Il en résulte qu'en cas d'apport en capital et en industrie par la même personne, la question de détermination de sa part aux bénéfices ainsi que celle de sa contribution aux pertes suscite un débat. De même, en présence de deux apporteurs en industrie dont l'un d'eux apporte à la société bien en capital (en numéraire ou en nature), il serait également difficile de déterminer les droits de chacun d'eux.

La part de l'apporteur en industrie va dépendre de la part de l'associé qui a le moins apporté, naturellement, en capital. Nous Supposons trois associés A, B et C, le premier (A) détient une part majoritaire, le second (B) est à la fois apporteur en industrie et en capital (minoritaire) et

³¹⁴ V. F. Terré, A. Viandier, « la vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes », *J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc 17, n° 101, cité par J. Richard, « à propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie », *actualités droit et gestion*, chron. 9157, p. 302.

le troisième (C) apporte seulement son industrie. Les droits de C correspondent à ceux de B. le problème se poserait pour déterminer les droits de B. On peut envisager deux solutions : B doit participer doublement, aux bénéfices et aux pertes ? Appliquer la règle édictée par l'article 1844-1 du Code civil et admettre, avec certains auteurs³¹⁵, que les droits de l'apporteur en industrie (B) égalerait deux fois l'apport de (C) en capital ? Ou comme Houpin et Bosvieux³¹⁶ considéraient que les droits de l'associé (B) seraient « mixtes » et déterminés par le juge selon les circonstances. Cependant, la solution casuistique, proposée par Houpin et Bosvieux³¹⁷, est loin de former une règle générale. Certes, le juge peut apporter une réponse à la question mais l'évolution jurisprudentielle exige l'écoulement d'un certain temps pour former une règle de principe, d'autant plus que la quasi-totalité des affaires soumises aux tribunaux en la matière portent sur l'hypothèse particulière de l'apport en industrie par un concubin.

La seconde solution, d'ailleurs rejetée par une jurisprudence ancienne³¹⁸, est inégalitaire dans la mesure où elle permettra à un apporteur en industrie de détenir un droit sur les bénéfices dans la même mesure qu'un associé ayant à la fois procédé à un apport en industrie et à un apport en capital.

85. Depuis l'entrée en vigueur de la loi autorisant les apports en industrie dans la SAS, d'autres limites apparaissent quant à la conjonction des règles applicables en SAS avec cette variété d'apport. En SAS, il est possible de souscrire des actions gratuites ou bien des stock-options qui impliqueraient à terme la modification du pourcentage du minoritaire et donc des droits de l'apporteur en industrie, notamment que les parts attribués dans le cadre de l'actionnariat salarié ne sont pas assez significatives. Ajoutons à cela les obligations légales qui existent en SAS lors d'une augmentation du capital. A cet égard, nous distinguerons l'obligation permanente de l'obligation périodique ou triennale :

D'une part, l'obligation permanente instituée par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-129-6 du Code de commerce qui se distingue de l'obligation périodique³¹⁹, oblige l'assemblée générale extraordinaire, lors de toute augmentation du capital en numéraire, à se prononcer sur une résolution visant une augmentation du capital réservée aux adhérents d'un PEE, lorsque la société a des salariés.

³¹⁵ Aubrey et Rau, Cours de droit civil français, 4^e éd., t. IV, § 381 cités par J. Richard, *op. cit.*

³¹⁶ Houpin et Bosvieux, Traité général théorique et pratique des sociétés, 7^e éd., 1935 t. I, n. 193.

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ Cass. civ., 14 juin 1865 : DP. 1866, 1, 132 ; S. 1866, 1, 207 citée par J. Richard, *op. cit.*

³¹⁹ L'obligation triennale a été supprimée par la loi PACTE n°2019-744 du 19.07.2019, art 20.

Depuis la loi modificative du 19 mai 2011³²⁰, sont dispensées de l'obligation permanente les sociétés contrôlées par une société qui a mis en place un dispositif visant une augmentation du capital dont peuvent bénéficier les salariés des sociétés contrôlées³²¹.

86. Le législateur³²² prévoit l'obligation de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariés adhérents d'un PEE lors de toute augmentation de capital en numéraire sauf si celle-ci résultent d'une émission préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital.

D'autre part, L'obligation périodique, supprimé par la loi PACTE du 19 juin 2019, est l'obligation « triennale » qui incombait aux SA et SAS dont la part du capital détenue par ses salariés est inférieure à une portion de 3%. L'assemblée générale extraordinaire devait se prononcer sur une résolution visant une augmentation du capital réservée aux salariés. Depuis la loi modificative du 22 mars 2012³²³, le législateur avait repoussé le délai triennal à 5 ans, si une assemblée générale extraordinaire s'est prononcée depuis moins de trois ans sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés³²⁴.

En définitive, la cohabitation des apports en industrie avec l'obligation permanente de se prononcer sur une augmentation du capital social en faveur des salariés et loin d'être aisée. Car la réalisation de l'augmentation du capital social en faveur des salariés conduirait à une nouvelle répartition du capital social, il s'ensuit que l'associé qui a le moins apporté en capital serait probablement le salarié bénéficiaire de l'actionnariat salarié, cela risquerait d'affecter les droits de l'apporteur en industrie si on ne prenait pas en compte la date de la stipulation de l'apport en industrie au statut pour la détermination de la part du minoritaire au capital social.

b - Le sort de l'apport en industrie lors d'un « coup d'accordéon »

87. La réduction du capital à zéro est souvent motivée par des pertes. Lors d'une réduction de ce dernier à zéro, les associés réduisent leur capital afin de combler les pertes, ensuite libèrent de nouveaux apports en vue d'augmenter le capital social. Il en résulte que le coup d'accordéon impliquera une disparition de l'ensemble des parts d'industrie en dépit de la non-cessation de son titulaire de la prestation promise. L'explication tient au fait qu'une réduction

³²⁰ L. n° 2011-525, 17 mai 2011, relative à la simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 20.

³²¹ Art. L. 225-129-6, al. 3, C. com.

³²² Art. L. 225-129-6, al. 1, C. com.

³²³ L. n° 2012/387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20.

³²⁴ Art. L. 225-129-6, al. 2, C. com.

de capital par imputation des pertes est une façon de contribuer aux pertes et que l'apporteur est tenu, comme tout autre associé, de contribuer aux pertes.

Cette solution ne devrait être concevable que dans le cas d'industrie apportée à une société à responsabilité limitée dans la mesure où ses associés sont tenus à hauteur de leurs apports. Mais, elle n'en demeure pas moins logique dans les sociétés civiles et commerciales de personnes. En somme, il faudrait, du moins dans les sociétés à responsabilité limitée, que l'apporteur en industrie contribue aux pertes sociales via la perte de son apport. Cette dernière se traduisant par le manque de rémunération due au titre de la prestation déjà fournie. Tant que la réduction du capital à zéro n'implique pas l'extinction de la personne morale et que l'apporteur en industrie ne cesse pas sa prestation en dépit de sa non-rémunération son apport subsiste déjà dans la société au moment où l'apport en capital a disparu. Plus généralement, ne faudrait-il pas considérer que ce sont les droits de l'apporteur en industrie qui disparaissent et non l'apport qu'il continue à fournir ?

c - Le sort de l'apport en industrie lors d'un amortissement du capital

88. Depuis que les apports en industrie sont autorisés dans la SAS les questions juridiques ne cessent de surgir à propos de sa conjugaison avec l'amortissement du capital social du fait que cette dernière pratique est propre aux SA et aux SAS.

L'amortissement du capital est conçu chez une partie de la doctrine³²⁵ en tant que distribution des bénéfices et des réserves. D'autres³²⁶, le considèrent comme un remboursement anticipé de la valeur nominale des actions. L'amortissement du capital social anéantit les actions sur titres et donne droit à des actions de jouissance.

Selon l'article L. 225-198 « l'amortissement du capital est effectué en vertu d'une stipulation statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire et aux moyens des sommes distribuables au sens de l'article L. 232-11 c.com ».

L'amortissement du capital, valable dans les sociétés anonymes, résultant d'une disposition statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire qui consiste au remboursement anticipé du capital social aux associés en remplaçant les titres amortis par des actions de jouissance³²⁷. Cette opération n'entraîne pas une réduction du capital. Les actions

³²⁵ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, n° 1224 cités par N. E. M. Itsiembou, *l'utilité du capital social : étude de droit français*, thèse droit privé, 16 déc. 2010, Université de l'Auvergne p. 318.

³²⁶ N. E. M. Itsiembou, thèse préc, p. 319.

³²⁷ Art. L. 225-198, C. com.; N. E. M. Itsiembou, thèse préc., p. 317.

de jouissances à l'instar des actions sur titre donnent droit aux bénéfices, au droit préférentiel de souscription, au droit de vote, au droit au superdividende. Or, il ne dispose pas du droit au premier dividende, ni au remboursement de sa mise.

Les actions en jouissance peuvent cependant se convertir en actions sur titre en vertu d'une décision de l'assemblée général extraordinaire. La conversion s'effectue à travers des prélèvements obligatoires sur les bénéfices ou des prélèvements autorisés par les associés concernés en vue du remboursement du capital.

Les apports en industrie sont désormais autorisés dans la SAS, là où la conjonction entre apport en industrie et amortissement du capital est probable. Nous avons pu observer que l'apport en industrie était en relation de dépendance vis-à-vis de l'apport en numéraire. La modification du premier est susceptible d'impliquer celle du second. Or, l'amortissement du capital n'a pas vocation à modifier la valeur nominale du capital ou de le faire disparaître sinon il se confronterait au principe de l'intangibilité du capital. L'amortissement du capital n'étant pas considéré comme une réduction de celui-ci, il préserve l'apporteur en industrie contre la réduction de ses parts d'industrie.

Le législateur étant muet sur la question, il convient d'énoncer qu'une disposition législative serait la bienvenue en vue de résoudre le sort des parts d'industrie lors d'un amortissement du capital.

G - Incertitude du régime fiscal de l'apport en industrie

89. Il n'existe nulle part un régime fiscal spécial consacré aux apports en industrie. Le droit commun leur demeure applicable.

Le régime fiscal des apports s'applique pour l'imposition des actes qui les constatent. En outre, les sommes perçues par l'apporteur en industrie sont imposées dans des catégories distinctes (traitement, remboursement de frais, dividendes) en fonction de leur nature et celle de l'apporteur en industrie (personne physique ou morale, soumise à l'IR ou à l'IS).

Si les sommes perçues par l'apporteur en industrie sont des dividendes, ils sont imposés dans la catégorie des revenus des capitaux mobiliers. Si les sommes perçues par l'apporteur sont considérées comme des traitements ou remboursement de frais, ils sont imposés dans la catégorie des valeurs mobilières lorsque l'apporteur en industrie est un gérant majoritaire ou bien imposés dans la catégorie des traitements et salaires dès lors que l'apporteur est un gérant égalitaire ou minoritaire ou associé non-gérant.

S'agissant de l'imposition de l'apport en lui-même, il convient d'évoquer que les parts d'industrie sont incessibles et inaliénables, aucune plus-value de cession n'est alors concevable. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu de taxation de plus-value.

Concernant le droit d'enregistrement, le droit fiscal assimile les apports en industrie à des apports pur et simple. De ce fait, ils seront exonérés de droits d'enregistrement lorsqu'ils sont apportés à la constitution de la société, or, en cours de vie sociale, ils sont soumis à des droits fixes de 375 euros (500 euros si le capital de la société après apport est supérieur à 225000 euros)³²⁸. Désormais, certains auteurs estiment que les apports en industrie ne devraient pas être soumis aux droits fixes prévus par l'article 810 CGI car cet article s'applique aux apports en capital en raison de son augmentation alors que l'apport en industrie devrait être exonéré du fait qu'il est exclu du capital social.

Pour cette raison, certains³²⁹ suggèrent qu'on leur applique le droit fixe des actes innommés prévu par l'article 680 CGI. Ce droit fixe est appliqué à tous les actes des lors qu'ils ne sont ni exonérés et ne sont prévu par aucun texte du Code général des impôts et ne peuvent donner droit à une imposition proportionnelle ou progressive.

90. L'apporteur en industrie a droit aux bénéfices, à cet effet, l'imposition des sommes perçues par l'apporteur en industrie doit être traitée :

Afin de traiter la question, il convient d'envisager deux hypothèses : en premier lieu, lorsque l'apport est effectué au profit d'une société soumise à l'IR. En second lieu, lorsque l'apport est réalisé au profit d'une société soumise à l'IS.

En ce qui concerne les deux hypothèses, il convient encore de distinguer deux situations, celle dans laquelle l'apporteur en industrie est une personne physique, ensuite, celle où il s'agit d'une personne morale.

De prime abord, lorsque l'apport en industrie est effectué par une personne physique au profit d'une société soumise à l'IR, l'ensemble des sommes perçues sont considérées comme des bénéfices imposables au nom de l'associé à l'IR dans la catégorie correspondant à la nature de l'activité exercée par la société : BIC, BNC, BA, revenu foncier³³⁰.

³²⁸ H. Zapf, « régime fiscal des apports en industrie », *RFP*, mars 2013

³²⁹ H. Zapf, « régime fiscal des apports en industrie », *RFP*, mars 2013, n° 3 ; R. B. Goudet, « Théorie des apports : apport en industrie », *JCI*. Contrat-distribution, JCS traité.

³³⁰ H. Zapf, préc.

Par ailleurs, au cas où l'apport en industrie est réalisé par une personne morale au profit d'une société soumise à l'IR, l'ensemble des sommes perçues en contrepartie de son apport constitue un résultat d'exploitation imposée dans les conditions de droit commun³³¹ : si l'apporteur en industrie est une société soumise à l'IR, les sommes perçues sont considérées comme un résultat d'exploitation imposé dans la catégorie correspondant à la nature de l'activité. Si la personne morale est soumise à l'IS, les sommes perçues constituent un résultat d'exploitation imposé à l'IS avec le bénéfice d'un abattement.

Ensuite, dès lors que l'apport est réalisé par une personne physique au profit d'une société soumise à l'IS les sommes perçues à titre de rémunération de l'activité déployée à la société comme les traitements, les remboursements de frais sont imposés dans la catégorie de traitements et salaires lorsque l'apporteur en industrie est gérant égalitaire ou minoritaire ou associé non-gérant. En revanche, l'article 62 du CGI est applicable dans le cas où l'apporteur en industrie est gérant majoritaire. Cette solution est le fruit d'une réponse ministérielle³³² à propos du gérant de SARL et SELARL et elle est transposable selon les auteurs³³⁴ aux SAS.

À propos des dividendes ils sont imposables dans la catégorie revenue de capitaux mobiliers selon les règles de droit commun.

En outre, lorsque l'apporteur est une personne morale qui apporte son industrie à une société soumise à l'IS, les sommes perçues par la personne morale à titre de traitements ou de remboursement de frais constitue pour elle un résultat d'exploitation imposable dans la condition du droit commun, tantôt à l'IS tantôt à l'IR selon le régime qui lui est applicable³³⁵.

Quant aux dividendes, ils constituent également un résultat d'exploitation imposable à l'IS ou à l'IR selon le cas³³⁶. Si la personne morale est soumise à l'IS, bénéficie d'un abattement. En ce qui concerne les associés de la personne morale apporteuse en industrie sont imposés lors de la distribution des bénéfices dans la catégorie des revenus immobiliers.

Enfin, les actions d'industrie ne permettent pas d'accéder au régime de société mère et filiale (article 145 CGI), car ce ne sont pas des titres au sens de l'article précité. Ce régime est

³³¹ H. Zapf, préc.

³³² Rép. min. 15 août 2006, JO. 15 août 2006, p. 8562 : cité par H. Zapf, « régime fiscal des apports en industrie », *RFP*, mars 2013, n° 3.

³³³ Rép. min. 15 août 2006, JO. 15 août 2006.

³³⁴ H. Zapf, « régime fiscal des apports en industrie », *RFP*, mars 2013.

³³⁵ H. Zapf, « régime fiscal des apports en industrie », *RFP*, mars 2013

³³⁶ H. Zapf, « régime fiscal des apports en industrie », *RFP*, mars 2013.

applicable aux sociétés qui détiennent aux moins 5 pour cent du capital de la société émettrice³³⁷.

³³⁷ A.Theimer, « les apports en industrie dans une SAS », *Dr. Soc. nov.* 2009, n° 11, étude 14.

Section 2 - Les palliatifs aux limites du rapport entre l'apport en industrie et le capital social

91. En dépit de l'exclusion des parts d'industrie de la formation du capital social, la modification de celui-ci pourrait dans certaines situations avoir des conséquences négatives sur le sort des parts d'industrie.

En l'absence de solutions légales et jurisprudentielles satisfaisantes, il convient de proposer des palliatifs tant en ce qui concerne les limites de la conjonction du capital social et de l'apport en industrie (§ 1), que des limites de l'exclusion des parts d'industrie du capital social (§ 2).

§ 1 - Les palliatifs aux limites de la conjonction du capital social avec l'apport en industrie

92. Comme nous l'avons déjà observé l'apport en industrie n'est pas en totale déconnexion avec le capital. Il existe des interactions, source de difficultés et d'inconvénients en cas d'opérations sur le capital : lors de son augmentation, de sa réduction ou lors de son amortissement.

La modification du capital peut s'opérer soit par sa réduction ou bien par son augmentation. Lors d'une réduction du capital ou de son augmentation les droits de l'apporteur en industrie se voient affectés. En effet, une réduction du capital à zéro entraînerait une disparition des apports en industrie. Une augmentation de celui-ci nous conduit à nous interroger sur le droit préférentiel de souscription de l'apporteur en industrie ainsi que sur son droit aux titres du capital émis lors d'une incorporation des réserves au capital. Il convient alors de proposer certains palliatifs aux problèmes nés de la conjugaison de l'apport en industrie avec les opérations sur le capital social.

A - Proposition de palliatifs aux limites de la conjonction de l'augmentation du capital social avec l'apport en industrie

93. Comme nous l'avons déjà constaté les augmentations du capital social affectent les droits de l'apporteur en industrie. Le fait de faire coïncider la part de l'apporteur en industrie à la part du minoritaire telle qu'elle est stipulée dans les statuts le jour où il a effectué l'apport de son industrie permet d'éviter la variabilité des droits de l'apporteur en industrie. En effet, l'entrée de nouveaux associés minoritaires, à l'occasion d'une augmentation du capital (facultative ou obligatoire) impacte les droits de l'apporteur en industrie, notamment sa part sur les bénéfices et son droit de vote.

Il faut cependant distinguer deux situations : d'une part, en cas de modification de la répartition des parts sociales due à une augmentation du capital par souscription de nouvelles actions, la part de l'apporteur en industrie aux pertes et aux bénéfices risque de ne plus correspondre à la part du minoritaire au jour de l'établissement de l'apport en industrie.

94. D'autre part, lorsque le capital n'est pas augmenté mais voit sa répartition modifiée par la cession de l'intégralité de parts sociales d'un associé à une personne tiers de la société, la fixation de la part de l'apporteur en industrie à celle du minoritaire au jour de l'apport ne poserait pas de difficulté.

À l'opposé, on aurait pu songer à fixer la part du minoritaire non pas au jour de l'apport en industrie mais lors de l'exercice sociale ; or cette solution présente des inconvénients dans les deux cas précédemment précités.

À quel moment alors peut-on déterminer la part de l'apporteur en industrie aux pertes et aux bénéfices sociales dans les conditions de l'article 1844-1 du Code civil ?

Le législateur n'apporte pas une réponse claire à cette question. Le seul texte exploitable à cet égard est l'article 1857, al. 1, du Code civil, lequel prévoit qu'« à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ».

Le texte est clair en ce qui concerne le moment de détermination de la part de chaque associé aux dettes sociales. En revanche, le législateur ne vise pas ici les pertes et les bénéfices mais uniquement les dettes. Est-ce possible de transposer cette solution aux cas de pertes ?

Mise à part dans les sociétés à responsabilité indéfinie où les dettes sociales se confondent de fait avec les pertes sociales, ces deux notions se distinguent. L'obligation aux dettes sociales intervient dans les rapports avec les tiers alors que la contribution aux pertes sociales a lieu dans les rapports entre associés ; de plus les pertes sociales interviennent sauf cas exceptionnels à la dissolution de la société.

L'article 1857 figure dans le chapitre 2 livre III du Code civil, développements dédiés à la société civile. Cela démontre la volonté du législateur de n'appliquer ces dispositions qu'à cette dernière. De même, l'article L.221-1 du Code de commerce est applicable aux sociétés commerciales de personnes du fait de la responsabilité solidaire de leurs associés. Par ailleurs, les associés des SARL et des SAS ne sont pas responsables des dettes sociales mais c'est la personne morale qui en est tenue.

En somme, une disposition légale précisant le moment de la fixation de la part de l'apporteur d'industrie aux pertes et aux bénéfices au jour de l'établissement de l'apport serait la bienvenue. Il serait en effet préférable de fixer la part de l'apporteur en industrie à la date de l'apport en vue de garantir la prévisibilité juridique.

95. Par ailleurs, il est des augmentations du capital ayant un effet positif sur les droits de l'apporteur en industrie. Il s'agit des augmentations du capital par incorporation des réserves ainsi que les augmentations périodiques du capital social au profit de tous les associés dans les

sociétés civiles professionnelles³³⁸. Ces deux modes d'augmentation de capital permettent à l'apporteur en industrie d'obtenir des parts de capital et emportent de la sorte capitalisation de l'apport en industrie.

B - Proposition de palliatifs aux limites de la conjonction de la réduction du capital social avec l'apport en industrie

96. Nous avons déjà constaté que la réduction du capital à zéro implique la disparition des parts d'industrie même si leur titulaire ne cesse de fournir la prestation promise³³⁹. Voire même, dans les sociétés à responsabilité limitée, on oblige l'apporteur en industrie à reconstituer le capital en cas de sa réduction à zéro³⁴⁰. Pourtant, l'annulation des parts d'industrie est inéquitable dans cette hypothèse dans la mesure où l'apporteur en industrie continue de fournir la prestation promise à la société sans être rémunéré. Une telle solution reflète le degré de dépendance de l'apport en industrie à l'égard du capital social dans notre droit positif. Il est classiquement admis que l'apporteur en industrie étant associé doit contribuer aux pertes sociales. L'article 1844-1, al.1, C. civ, 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 ». L'alinéa 1^{er} du texte n'est pas d'ordre public, les associés peuvent stipuler des clauses contraires. En revanche, par le second alinéa le législateur interdit toute clause léonine. La jurisprudence³⁴¹ considère léonine l'exonération d'un apporteur en industrie de la totalité des pertes, bien évidemment sur ses biens personnels. La Cour de cassation³⁴² admet donc, à juste titre, la prise en compte des parts d'industrie dans la

³³⁸ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, art. 43 abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées par l'exercice de la profession de commissaire de justice, art. 52, JOR n° 0150, 30 juin 2022; Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 » ; Cass, 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.

³³⁹ Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 7^e éd., 1935 t. I, n° 261, cités par J. Richard, « à propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie », *actualités droit et gestion*, chron. 9157, p. 302

³⁴⁰ Cass. 1^{re} civ, 29 nov. 1994, n° « 92-17231 », note R. Baillod, « l'apport en industrie et la contribution aux pertes dans la SCP », *BJS*, 1^e fév. 1995, n° 2, p. 149.

³⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1994, n° 92-17231, Aurinc/Lapeyre, note, R. Baillod, « l'apport en industrie et la contribution aux pertes d'une SCP », *BJS*, 1 fév. 1995, n° 2, p.149, éd. Lextenso ; l'auteur se prononce ainsi : « Avant la réécriture de l'interdiction des clauses léonines par la loi du 4 janvier 1978, il était admis que l'apporteur en industrie puisse être exempté par les statuts de toute contribution aux pertes sur ses biens personnels, sa contribution étant jugée effective et suffisante du fait de la privation de sa rémunération consécutive à l'état de pertes.

³⁴² Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1994, n° 92-17231, Aurinc/Lapeyre, note, R. Baillod, « l'apport en industrie et la contribution aux pertes d'une SCP », *BJS*, 1 fév. 1995, n° 2, p.149, éd. Lextenso ; M. Jeantin, « Influence de

répartition des pertes sociales puisque l'interdiction des clauses léonines, prévue par l'alinéa 2 de l'article 1844-1, est d'ordre public. La qualité d'associé de l'apporteur en industrie, et son droit sur les bénéfices, lui impose de contribuer aux pertes sociales.

97. Néanmoins, on peut concevoir que l'apporteur en industrie ne devrait perdre que son apport qui se traduirait par la privation de sa liberté individuelle. Car à la différence des autres associés en capital, il lui incombe une obligation de présence dans la société pour exécuter la prestation promise, à moins que ce soit dans les sociétés à risque indéfini car les pertes se confondent de fait avec les dettes. Dans ce cas seulement, on considère que l'apporteur en industrie doit contribuer aux pertes sociales sur ses biens personnels.

L'apporteur en industrie subit également une perte de rémunération de son activité déjà fournie à la société. Sur le plan juridique, la règle ne nous paraît pas si cohérente. En principe, lorsqu'on apporte une somme d'argent ou un bien à une société à responsabilité définie, en cas de perte, les associés perdront partiellement ou totalement leur apport mais rien en sus. Sur le plan de l'équité, l'apporteur en industrie subit à l'instar de l'associé en capital un manque à gagner en plus de la perte réelle (la privation de sa liberté individuelle à la suite de son temps de présence dans la société), le fait de lui imposer l'obligation de contribuer aux pertes sur ses biens personnels dans les sociétés à risque limité ne semble pas équitable. En pratique, une telle solution pourrait s'avérer dissuasive pour les apporteurs en industrie ; ce qui aboutirait à priver une société d'un apport de compétences et/ou savoir-faire potentiels.

Dans, les sociétés à risque défini, l'apporteur en industrie devrait perdre la rémunération de son apport et la contrepartie de son temps de présence et de son effort. La perte de l'apporteur en industrie devrait affecter la consistance de son apport.

Ainsi, l'apporteur en industrie d'une société à risque défini au cas où il ne cesse pas de fournir sa prestation lors d'une réduction du capital, devrait conserver ses parts d'industrie sans être obligé de verser une soulte au titre de sa participation aux pertes.

l'existence d'apports en industrie sur la répartition des pertes au sein d'une SCP », *RTD com.* Dalloz, 1995 p. 422.

C - Proposition de palliatifs aux limites de la conjonction de l'amortissement du capital social avec l'apport en industrie :

98. Comme nous l'avons vu précédemment, depuis que les apports en industrie sont autorisés dans la SAS les questions juridiques ne cessent de surgir à propos de leur conjugaison avec l'amortissement du capital³⁴³.

Selon l'article L. 225-198 C. com., « l'amortissement du capital est effectué en vertu d'une stipulation statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire et aux moyens des sommes distribuables au sens de l'article L.232-11 C. com. ». En effet, l'amortissement du capital social est au sens du législateur une distribution de bénéfices et non une réduction du capital. L'amortissement du capital s'effectue au moyen des sommes prélevées sur les bénéfices distribuables et sur les réserves destinées à être distribuées. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine³⁴⁴ considère, à juste titre, l'amortissement du capital comme une distribution des bénéfices et/ou des réserves.

Les conséquences de la qualification de l'amortissement du capital influenceront sur l'analyse des droits de l'apporteur en industrie.

D'abord, si on assimile l'amortissement du capital à un remboursement anticipé du capital social, l'apporteur en industrie ne détiendra de ce fait aucun droit sur les sommes versées à ce titre. En revanche, si on assimile l'amortissement du capital d'une distribution des bénéfices et/ou de réserves, nous pouvons en déduire que l'apporteur en industrie dispose naturellement des droits sur les sommes distribuées lors de l'amortissement du capital. De ce fait, l'apporteur en industrie pourra accéder au capital social, à l'occasion d'une conversion de ses actions de jouissance en actions sur titres, au moyen de prélèvements sur sa part de profits sociaux³⁴⁵ ou de versements augmentés, le cas échéant, du premier dividende ou de l'intérêt statutaire pour la période écoulée de l'exercice en cours et, éventuellement, pour l'exercice précédent³⁴⁶.

On ne peut pas déduire des propos de l'article L.232-11 C. com., que l'amortissement du capital est une distribution de bénéfices. Dans ce sens, l'apporteur en industrie a droit aux sommes distribuables à l'occasion d'un amortissement du capital. Alors que l'amortissement

³⁴³ L'amortissement du capital est une pratique propre aux SA et aux SAS.

³⁴⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, n° 1224 cités par N. E. M. Itsiembou, thèse préc., p. 318.

³⁴⁵ Art. L. 225-200, C. com.

³⁴⁶ Art. L. 225-201, C. com.

du capital intervient sur les actions du capital et non pas sur les actions d'industrie qui ne participe pas à la formation du capital social.

L'amortissement du capital consiste à rembourser un apport en société au moyen de bénéfices et/ou des réserves distribuables, sans réduction de capital. Les actions d'industrie qui ne dépendent pas du capital social ne se verraient pas affectées par cette opération. Donc l'apporteur en industrie se trouvera dans la même situation que les associés qui n'ont pas procédé à l'amortissement de leurs actions.

§ 2 - Les palliatifs aux limites de l'exclusion des parts d'industrie du capital social

99. Les limites d'exclusion des parts d'industrie du capital social sont justifiées par les difficultés qui tiennent à l'exécution et à l'évaluation de l'apport en industrie. Donc le législateur, dans le souci de protéger les intérêts de la société, des associés et des créanciers contre des apports mal évalués ou difficilement libérés, choisit de les exclure de la formation du capital social. L'« incorporation directe » de l'apport en industrie au capital social pourrait s'avérer séduisante et opportune mais suppose de trouver des solutions à leur évaluation et à leur exécution pendant toute la durée de l'apport..

Une seconde possibilité, différente de l'« intégration directe » peut être envisagée, il s'agirait d'intégrer indirectement l'apport en industrie dans le capital social, c'est-à-dire ultérieurement par la souscription des parts ou d'actions, notamment à l'occasion d'une augmentation du capital par incorporation de réserves.

Nous examinerons successivement ces deux solutions :

A - L'incorporation directe des parts d'industrie au capital social

100. Comme évoqué précédemment, l'exclusion des parts d'industrie de la formation du capital social est justifiée par les difficultés tenant à l'exécution ainsi que l'évaluation de l'apport en industrie.

Il convient dans un premier temps, d'analyser les moyens d'exécution de l'apport en industrie à la lumière de ceux offerts par le droit civil afin d'en déduire les conséquences de l'exécution de l'apport en industrie en cas de retrait fautif de l'apporteur ou plus généralement de la cessation de sa prestation.

Dans un second temps, nous évoquons les alternatives aux limites d'évaluation de l'apport en industrie (2).

1 - Les alternatives aux limites d'exécution de l'apport en industrie

101. Il convient de vérifier la possibilité d'exécution de la prestation promise à la société à titre d'apport en industrie à la lumière des moyens offerts par notre droit positif.

La faculté de remplacement est prévue par l'article 1222, al. 1 du Code civil (ancien art. 1144). Il s'agit de la faculté légale permettant au créancier, dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation. Le créancier peut demander au débiteur le paiement des sommes engagées à cet effet. Avant que ne soit promulguée l'ordonnance n°

2016-131 du 10 février 2016, les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil, soumettaient la faculté de remplacement à l'autorisation du juge. Un arrêt ancien³⁴⁷, confirmé par une constante³⁴⁸ répond à la question du recours ou non à l'autorisation du juge pour exercer cette faculté de remplacement en affirmant que sauf en matière commerciale ou en cas d'urgence, l'exercice de la faculté de remplacement requière une autorisation judiciaire. Après la réforme du droit des contrats, les choses ont évolué et la faculté de remplacement n'est plus soumise à une autorisation judiciaire aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale sauf pour se faire rembourser les sommes déboursées dans l'exécution de l'obligation ou bien si le créancier désire contraindre le débiteur à verser les avances nécessaires à l'exécution de l'obligation³⁴⁹.

Pour la doctrine³⁵⁰, la faculté de remplacement serait opérante pour contraindre l'apporteur en industrie à libérer son apport mais elle demeure une mesure provisoire surtout lorsque la durée de l'apport en industrie est relativement longue. Elle doit être mise en œuvre dans un délai et à un coût raisonnables.

En somme, on peut considérer que rien n'empêcherait la société de recourir à un tiers en vue de l'exécution de l'apport en industrie au frais de l'apporteur défaillant.

102. La réduction du prix est une autre mesure d'exécution du droit des contrats prévue par l'article 1223 du Code civil. En cas d'exécution imparfaite d'une obligation, elle permet au créancier après une mise en demeure du débiteur de réduire de manière proportionnelle le prix de la prestation inexécutée. Si le débiteur est d'accord, l'accord doit être constaté par écrit. Si le créancier a déjà payé, il peut demander au juge la réduction du prix.

La transposition de ces mesures dans le cas d'inexécution d'un apport en industrie implique la réduction des parts d'industrie et par conséquent les droits de l'apporteur. L'avantage de la réduction du prix en cas de libération imparfaite de l'apport en industrie consiste dans le maintien de la convention (du contrat) d'apport.

103. La stipulation d'une clause pénale, aujourd'hui prévue par l'article 1231-5 du Code civil (C. civ. art. 1152 anc.), oblige le débiteur défaillant d'une obligation à payer au créancier de celle-ci une somme à titre dommages et intérêts.

³⁴⁷ Cass. Req., 18 fév. 1858, *DP 1903*, I, 487.

³⁴⁸ Cass. 3^{ème}, civ., 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *bull. civ. III*, n° 9; D. 2006. 248, obs. Rouquet, v. aussi, Cass. 3^{ème}, civ., 29 sept. 2015, n° 1417.913, *AJDI* 2006. 359, obs. Castela.

³⁴⁹ Art. 1222, al. 1, C. com.

³⁵⁰ R. Baillod, thèse préc.

Un arrêt ancien³⁵¹ a jugé valable la clause privant, à titre de pénalité, l'associé n'ayant pas totalement libéré son apport, d'une partie de sa part sur les bénéfices sociaux.

Ces clauses sont très usitées dans les coopératives. Il faut que celles-ci soient limitées dans le temps, sous peine de se heurter à l'interdiction des engagements perpétuels.

Le juge dispose du pouvoir de diminuer la peine lorsque l'obligation a été exécutée en partie sans préjudice de son pouvoir de révision si la peine est manifestement excessive ou dérisoire³⁵². En outre, le créancier n'est pas tenu de mettre en demeure le débiteur pour se prévaloir de la clause pénale sauf si l'inexécution de son obligation est définitive³⁵³.

Selon un auteur³⁵⁴, la clause pénale n'est adaptée qu'à une inexécution provisoire par l'associé. Ainsi, la clause pénale ne constituerait qu'un moyen provisoire d'exécution de l'apport en industrie en cas de carence volontaire de son titulaire.

104. L'exception d'inexécution est prévue par les articles 1219 et 1220 du Code civil. Le créancier d'une obligation inexécutée peut suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur n'exécute pas son obligation ; tout au moins si l'inexécution est suffisamment grave. L'article 1220 étend l'exception d'inexécution aux risques d'inexécution ce qui n'était pas le cas avant l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats.

La jurisprudence et en l'absence de précisions dans la loi pose des conditions de fond et de mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Son champ est naturellement limité aux contrats synallagmatiques. La gravité de l'inexécution est une condition déterminante pour déclencher l'exception d'inexécution prévue par l'article 1219 du Code civil, La jurisprudence ajoute à cette condition la proportionnalité de la riposte. L'exception d'inexécution est mise en œuvre unilatéralement par le créancier et sans devoir recourir au juge sauf lorsqu'elle est mise en œuvre que pour risque d'inexécution. Dans ce cas, la suspension de l'exécution de l'obligation du créancier doit être notifiée au débiteur dans les meilleurs délais.

L'exception d'inexécution peut-elle être mise en œuvre contre un apporteur en industrie défaillant ? La réponse est positive en cas d'existence d'un rapport synallagmatique entre les associés et la société. Un auteur³⁵⁵ considèrerait qu'il n'y a pas de rapports contractuels d'obligations entre les associés eux-mêmes, mais un faisceau de relations entre chaque associé

³⁵¹ Cass. Req., 16 nov. 1858, *D.* 1859, I, 39.

³⁵² Art. 1231-5, C. civ.

³⁵³ Art. 1231-5, al. 6, C. civ.

³⁵⁴ R. Baillod, thèse préc.

³⁵⁵ R. Baillod, thèse préc., p. 188.

et la personne morale. Les associés sont débiteurs de leur apport vis à vis de cette dernière en contrepartie de leur participation à sa vie et à ses résultats. Par conséquent, il en déduit le rapport synallagmatique.

Encore faut-il que l'inexécution soit grave afin de justifier l'exception d'inexécution. Une cessation prolongée et sans motifs de l'activité de l'apporteur en industrie semble justifier la mise en œuvre de cette sanction d'inexécution sans une préalable mise en demeure de l'apporteur en industrie.

La riposte de la société peut se traduire par la privation de l'apporteur en industrie de ses droits sur les bénéfices pendant la période d'inexécution. La doctrine est néanmoins hostile à une privation de l'associé de son droit de vote, notamment dans les sociétés de personnes dans lesquelles les décisions sont en principe prises à l'unanimité³⁵⁶.

105. En revanche, d'autres moyens d'exécution s'avèrent inopérants au cas de l'apport en industrie en vertu du respect de la liberté individuelle de l'apporteur en industrie qui est à la différence des autres associés est tenu d'une obligation de présence à la société. Il convient à cet égard d'évoquer l'astreinte, sanction d'origine prétorienne reprise par la loi du 5 juillet 1972³⁵⁷ et dont le régime fut modifié à l'occasion de la création du Code des procédures d'exécution (art.131-1 à 131-4).

L'astreinte n'est pas une mesure d'exécution forcée³⁵⁸, c'est un moyen de vaincre la résistance à une condamnation³⁵⁹. Elle prend la forme d'une sanction pécuniaire consistant à verser une certaine somme d'argent au créancier, tant que l'obligation n'a pas été exécutée. Cette sanction se distingue du versement de dommages et intérêts³⁶⁰ et des intérêts moratoires³⁶¹.

En cas de défaillance de l'apporteur en industrie, la société peut-elle saisir le juge afin de le condamner sous astreinte de prêter la collaboration à laquelle elle était engagée ?

106. La jurisprudence³⁶² admet l'application de l'astreinte aux obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Or, elle prononce l'astreinte à l'encontre de débiteurs de l'obligation

³⁵⁶ Baillod, thèse préc.

³⁵⁷ L. n° 72-626, 5 juil. 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

³⁵⁸ Cass. 2^{ème}, civ., 17 décembre 1997, n° « 96-13.658 », *Bull. civ. II*, n° 319.

³⁵⁹ Cass. 3^{ème}, civ., 17 février 1976, n° « 74-12.562 ».

³⁶⁰ Cass. 2^{ème}, civ., 2 déc. 1999, n° « 91-16.618 », *Bull. civ. II*, n° 289.

³⁶¹ Art. L. 131-2, al. 1^{er}, CPE.

³⁶² Cass. soc., 24 juin 2014, n° 12-24.623, *Bull. civ. V*, n° 156; Procédures 2014, n° 271, obs. Bugada; Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 10-18.874; Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-10.839, *Bull. civ. II*, n° 114; *RTD. civ.* 2008. 552,

susceptible d'exécution quasi instantanée. Certaines obligations ne sont cependant pas susceptibles de faire l'objet d'une astreinte il s'agit par exemple de l'obligation pour un artiste de réaliser une œuvre qu'il s'est engagé à produire³⁶³. Dans un ancien arrêt³⁶⁴, la Cour de cassation a refusé la possibilité pour un auteur de solliciter la condamnation sous astreinte d'un auditeur à poursuivre leur collaboration.

Selon Madame Baillod, « la nature particulière de l'obligation de travail de l'apport en industrie impliquant une coopération active et le plus souvent de longue durée, [...] paraît quant à elle rendre inadmissible au regard de la liberté humaine la pression que constituerait une condamnation sous astreinte ».

En définitive, l'astreinte ne serait pas un moyen opérant pour inciter à l'apporteur en industrie d'exécuter son obligation de libérer la prestation objet de son apport en industrie.

2 - Les palliatifs aux limites d'évaluation de l'apport en industrie

107. Une partie de la doctrine³⁶⁵ était hostile à l'idée de la possibilité d'évaluation de l'apport en industrie. D'autres auteurs³⁶⁶ estimaient que les apports en industrie sont susceptibles d'évaluation.

En principe, ce sont les apports en nature qui font l'objet d'une évaluation par les associés au regard d'une évaluation faite par un commissaire aux apports .

L'évaluation est obligatoire et doit refléter la valeur réelle de l'apport afin d'éviter toutes atteintes aux droits des associés ainsi qu'à ceux des créanciers. Les apports en nature font l'objet d'une évaluation lors de leur libération³⁶⁷.

obs. Perrot ; Cass. soc., 19 juin 2007, n° 06-44.570. – 6 déc. 2006, n° 05-43.614; Cass. 2^{ème}, civ., 22 mars 2006, n° 04-18.029; Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-41.689; Cass. 2^{ème}, civ., 6 déc. 2001, n° 99-17.697; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-46.342 et n° 99-43.356, *Bull. civ. V*, n° 148; Cass. 2^{ème}, civ., 11 mars 2010, n° 09-13.636, *Bull. civ. II*, n° 51; Cass. Com. 16 juin 1998, n° 96-20.182, *Bull. civ. IV*, n° 192; Cass. 3^{ème}, civ., 11 févr. 2016, n° 15-21.949, *D.* 2016. 2336; Cass. crim. 24 mars 2015, n° 14-84.154, *Bull. crim.* n° 92. – Cass. 3^{ème}, civ., 21 oct. 1975, n° 74-13.752, *Bull. civ. III*, n° 303; Civ. 3^e, 21 nov. 1969, *Bull. civ. III*, n° 763; V. égal. Angers, 12 déc. 2006, RG n° 2006/00157; Reims, 22 mars 2006, RG n° 2005/00322, Versailles, 2 mai 1984, *Gaz. Pal.* 1986. 1. Pan. 27; Com. 28 mars 1995, n° 92-17.805, *Bull. civ. IV*, n° 103; *RJDA* 1995, n° 1152; *RTD com.* 1996. 338, obs. Martin-Serf; Cass. com., 3 nov. 2004, n° 01-17.036; 5 oct. 2004, n° 02-17.375; 18 déc. 2001, n° 00-12.446.

³⁶³ Cass. 1^{ère}, civ., 24 oct. 1973, *D.* 1975. 724, note Bénabent ; Paris, 19 mars 1947, *DH* 1949. 20, note Desbois ; Cass. civ. 14 mars 1900, *DP* 1900. 1. 497, rapp. C. Rau, concl. Desjardins ; S. 1900. 1. 489 ; Paris, 2 déc. 1897, *DP* 1898. 2. 465, note Planiol.

³⁶⁴ Cass. civ., 18 février 1903, *DP* 1903, I, 487 cité par Baillod, « apport en industrie », thèse, Toulouse, 1983, p.186.

³⁶⁵

³⁶⁶ T. Massart, « les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJC*, 01. Déc. 2009.

En revanche, le régime de l'évaluation des apports en nature ne s'applique pas à l'apport en industrie.

L'apport en industrie ne fait l'objet d'aucune évaluation en amont de sa libération en vue de l'incorporer au capital social. Il est mentionné dans les statuts et donne droit à des parts d'industrie qui ne participent pas à la formation du capital social³⁶⁸.

Avant la modification opérée par la loi du 19 juillet 2019³⁶⁹, dans la SAS, les actions d'industrie étaient implicitement soumises à une obligation de réévaluation périodique³⁷⁰. Il s'agissait d'une évaluation ex-post et ne commandait aucunement l'incorporation des apports en industrie au capital social. Il semble que le législateur avait introduit cette exigence d'évaluation des actions d'industrie dans l'objectif, purement formel, d'adapter les actions d'industrie aux règles régissant la SAS, car cela aurait été peut-être une ébauche vers une intégration des actions de travail au capital social.

Pour cette raison nous regrettons que la loi du 19 juillet 2019³⁷¹ ait supprimé l'obligation de réévaluation des actions d'industrie, prévu par l'article L. 227-1, al. 4 du Code de commerce³⁷². Le législateur a manqué l'occasion de parfaire le régime des apports en industrie dans les SAS mais aussi dans les sociétés de personnes.

Les apports en industrie dégagent une plus-value. Celle-ci est comptabilisée dans l'actif du bilan. L'apporteur en industrie ne peut se prévaloir lors de la dissolution de la société de la reprise ou du remboursement de son apport. Or, les plus-values d'industrie se trouveraient dans l'actif net à partager. La jurisprudence opte pour une vision comptable et affirme cette position à plusieurs reprises à l'occasion de sociétés créées de fait entre concubins³⁷³.

En outre, certains apports en industrie sont dépourvus de caractère successif comme c'est le cas, nous l'avons vu, du savoir-faire qui ne nécessite pas la collaboration durable de

³⁶⁷ Art. L. 225-8, C. com.

³⁶⁸ L'évaluation à posteriori de l'apport en industrie est prévue uniquement dans la SAS en vertu de l'art. L. 225-8, C. com.

³⁶⁹ L. n° 2019-744, 19 juil. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, JORF, n° 0167, 20 juil. 2109.

³⁷⁰ Art. L. 227-1, al. 4, C. com., modifié par ord. n° 2023-393, 24 mai 2023, portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales, art 12 (V), JORF n° 0120, 25 mai 2023.

³⁷¹ L. n° 2019-744, 19 juil. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, JORF, n° 0167, 20 juil. 2109.

³⁷² Art. L. 227-1, al. 5, C. com., modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 27.

³⁷³ Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, n° « 01-17.226 », *Rev. soc.* 2006, note, D. Poracchia, p. 111.

l'apporteur en industrie. Si les caractères successif et aléatoire de l'apport en industrie entravent son évaluation, ils ne caractérisent pas l'apport en savoir-faire. Il en résulte que rien ne justifie la difficulté de son évaluation.

En somme, les apports en industrie pourraient faire l'objet d'évaluation ex-post et être incorporés au capital social. Nous restons néanmoins réservés sur la possibilité d'une évaluation de l'apport en industrie avant sa libération dans la mesure où cette évaluation se heurterait au caractère successif et aux aléas qui gouvernent son exécution. En outre, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce que le savoir-faire libéré d'une façon instantanée soit évalué en amont et incorporé au capital social.

En définitive, Il semble ambitieux d'évaluer le savoir-faire et l'incorporer au capital social car la libération de certains savoir-faire est instantanée.

B - L'incorporation indirecte des parts d'industrie au capital social

108. Le droit positif nous offre quelques exemples de capitalisation du travail ou de l'apport en industrie. On peut citer : les augmentations obligatoires et automatiques du capital social pratiquée dans les SCP, l'obligation permanente³⁷⁴ des sociétés par actions de se prononcer sur une résolution visant une augmentation du capital social au bénéfice des salariés ainsi que les augmentations du capital en faveur des adhérents d'un plan d'épargne entreprise prévues par le Code de travail³⁷⁵.

Nous les avons qualifiés de moyens indirects de capitalisation du travail parce qu'ils ne donnent droit à la formation du capital social qu'à travers une participation pécuniaire de l'apporteur en industrie ou du salarié résultant soit des réserves sociales ou des plus-values d'industrie, soit des versements effectués par les salariés dans le cadre d'un plan d'épargne entreprise.³⁷⁶

Il convient d'abord d'exposer ces moyens juridiques d'intégration du capital humain dans les sociétés commerciales, d'étudier leur efficacité. Certains de ces moyens sont destinés aux associés y compris l'apporteur en industrie d'une société civile professionnelle. D'autres moyens juridiques visent les salariés mais on peut songer à les transposer aux apporteurs en

³⁷⁴ L'obligation périodique a été modifiée par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, entrée en vigueur le 21 juillet 2019.

³⁷⁵ Art. L. 3332-18, C. trav.

³⁷⁶ Sur l'ensemble de la question voir R. Mortier, « opérations sur capital social », LexisNexis, 2016.

industrie. En somme, aucune de ces moyens n'est destinée spécifiquement à la capitalisation de l'apport en industrie³⁷⁷.

109. L'augmentation du capital est l'opération par laquelle la société augmente son capital social soit par apport de ressources nouvelles ou sans apport de ressources nouvelles. L'augmentation du capital par apport de ressources nouvelles implique une augmentation des capitaux propres. Tandis que, l'augmentation du capital sans apport de ressources nouvelles n'entraîne en aucun cas l'accroissement de son actif net social³⁷⁸ du fait que les réserves existent déjà dans les capitaux propres de la société au préalable de leur incorporation.

On considérerait que l'augmentation du capital par incorporation de réserves consiste en deux opérations distinctes, d'une part une distribution de réserves suivie d'une augmentation par apport en numéraire d'autre part³⁷⁹.

Eu égard aux difficultés juridiques et fiscales entraînées par cette décomposition de l'augmentation de capital par incorporation de réserves, la doctrine moderne tend à définir l'opération comme une augmentation de capital sans apport³⁸⁰. Le législateur s'est rallié à cette approche en considérant celle-ci comme un mode particulier d'augmentation du capital³⁸¹. La jurisprudence s'est aussi inscrite dans cette logique en considérant qu'un virement du compte « réserves » au compte « capital », n'est qu'un simple jeu d'écriture³⁸².

La souplesse de la procédure d'incorporation des réserves au capital social fait des augmentations du capital social par incorporation des réserves un moyen efficace de capitalisation indirecte de l'apport en industrie. D'abord, les règles de majorité et de quorum sont assouplies, puisqu'il n'y a pas lieu d'extension des engagements des associés, car l'augmentation du capital par incorporation de réserves, de bénéfiques ou de primes d'émission n'entraîne aucun accroissement des ressources de la société, il s'agit tout simplement d'une augmentation du capital sans apport de ressources nouvelles. On notera à ce propos que dans les sociétés par actions, la décision d'augmenter le capital par incorporation de réserves est

³⁷⁷ *Infra*.

³⁷⁸ Ph. Merle, A. Fauchon, « Droit commercial, sociétés commerciales », Dalloz, coll. Précis, 19^e éd., 2016, p. 738, n^o 648 cité par R. Mortier, « augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission », *JCS traité*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017 ; exception à la capitalisation d'un compte courant d'associé qui n'est pas une ressource nouvelle.

³⁷⁹ A. Lecourt, une augmentation du capital social assouplie, *Rép. soc.*, mars 2015, 222, éd. Dalloz.

³⁸⁰ A. Lecourt, « une augmentation du capital social assouplie », *Rép. soc.* Dalloz, mars 2015, p. 222.

³⁸¹ Art. L. 225-127, L. 225-129 C. com. ; A. Lecourt, « une augmentation du capital social assouplie », *Rép. soc.* Dalloz, mars 2015, p. 222.

³⁸² Cass. com, 16 déc. 1969, *RTD com.*, 1970. 437, n^o 16, note Houin.

votée selon le quorum et la majorité prévus pour les assemblées ordinaires³⁸³. Ensuite, le fait que l'incorporation des réserves bénéficie à tous les associés à proportion de leurs parts dans le capital social ainsi que l'absence d'arrivée de nouveaux associés rendent l'exercice du droit préférentiel de souscription inutile.

Toutes les réserves sont en principe incorporables au capital social pourvu qu'elles aient une contrepartie réelle à l'actif. Cependant et parce que le report à nouveau déficitaire doit être apurer par les réserves, la jurisprudence³⁸⁴ considère comme irrégulière une augmentation du capital par incorporation de réserves alors que ces dernières étaient entièrement absorbées par une charge qui n'avait pas été comptabilisée.

L'incorporation peut viser la réserve statutaire, la réserve légale, la réserve facultative et la réserve spéciale de réévaluation excepté la réserve de participation qui n'est pas une véritable réserve, puisqu'elle a la nature d'une dette de la société envers ses salariés (et non ses associés) ; elle n'est donc pas susceptible d'incorporation. L'apporteur en industrie, en vertu de sa qualité d'associé, a un droit sur les réserves, les bénéfices et plus généralement l'actif net de la société et c'est en cela qu'il bénéficie légitimement d'une augmentation du capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission à l'instar de tout associé. Nous allons exposer succinctement les différentes réserves incorporables afin d'en déduire celles qui confèrent à l'apporteur en industrie des droits sur le capital social à la suite d'une augmentation de celui-ci.

L'augmentation du capital par incorporation de réserves peut viser la réserve spéciale de réévaluation³⁸⁵ ; laquelle sert à l'ajustement des valeurs comptable et réelle du capital social. Or, l'incorporation de cette réserve fut vivement discutée en doctrine. Certains³⁸⁶, contestèrent la licéité de l'opération. D'autres³⁸⁷, estimaient l'opération licite pour les plus-values d'immobilisation pourvu qu'elle soit assortie d'un rapport d'expertise et d'une publicité. La

³⁸³ Art. L 225-130, al. 1, C. com.

³⁸⁴ Nancy, 20 oct. 1976: *RJ com.* 1977, p. 216.- Cass. com., 16 oct. 1978 : *JCP G* 1978, IV, p. 352 cité par R. Mortier, « augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission », *JCS traité*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017.

³⁸⁵ Art. L. 232-11 al.4, C. com.

³⁸⁶ C. Houpin, « de la constatation des plus-values d'actifs dans les bilans des sociétés par actions et de leur incorporation au capital », *journal. soc.* 1923, p. 48 ; A. Wahl, « effet des fluctuations du change sur la constitution et le fonctionnement des sociétés », *journal. soc.* 1920, p. 107 : cités par R. Mortier.

³⁸⁷ J. Percerou, « la transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social », *journal. soc.* 1921, n° 1455, p. 150 ; voir aussi, J. Hamel, « la réévaluation des bilans : *journal. soc.* 1929, pp. 123 et s : cités par R. Mortier.

chambre criminelle de la Cour de cassation ³⁸⁸ était hostile à l'incorporation de la réserve de réévaluation au capital social au motif que cela risquait de créer un capital illusoire. Une juridiction du fond admit néanmoins la licéité de l'incorporation de la réserve de réévaluation au capital social et, c'est cette position qui fut adoptée par la loi du 24 juillet 1966, puis codifiée au Code de commerce (art. L. 232-11, al. 4).

L'écart de réévaluation ne peut être distribué aux associés, mais il est susceptible d'incorporation au capital social. En somme, la licéité de l'incorporation n'est plus contestable, notamment parce que cette opération ne porte atteinte ni aux créanciers, ni aux associés mais, au contraire, permet aux premiers d'accroître leur gage qui réside dans le capital social pourvu qu'elle soit sérieuse, justifiée et prudente³⁸⁹.

Lorsque l'augmentation du capital social s'opère à travers l'incorporation de la réserve spéciale de réévaluation, l'apporteur en industrie serait susceptible de bénéficier des droits sociaux résultant de celle-ci. Si l'augmentation a été effectuée par émission de nouvelles parts ou actions. En effet, la valeur historique de certains éléments de l'actif immobilisé est susceptible d'accroître, l'écart de réévaluation doit être comptabilisé dans le compte « écart de réévaluation libre », il permet d'ajuster la valeur comptable et la valeur réelle du capital social³⁹⁰. La réserve spéciale de réévaluation n'est que la contrepartie comptable de la plus-value d'actif immobilisé. Bien que la réserve spéciale de réévaluation ne soit pas constituée par des bénéfices non distribués, le droit de l'apporteur en industrie sur les actifs nets lui confère un droit sur les plus-values d'actif et ipso facto sur les réserves de réévaluation.

En somme, l'augmentation du capital par incorporation de la réserve spéciale de réévaluation peut être employée pour attribuer des droits à l'apporteur en industrie dans le capital social. Or, l'augmentation du capital par incorporation de n'importe quelle réserve est libre, sauf dans les sociétés civiles professionnelles de notaires et de commissaires de justice où elle est obligatoire et automatique dès lors que les réserves ou les plus-values d'industrie le permettent³⁹¹. De même, la réévaluation s'opère souvent à l'initiative de la société. À

³⁸⁸ Cass. crim., 18 déc. 1956, *D.* 1957, p. 705, note Crit, A. Dalsace.

³⁸⁹ A. Lecourt, « une augmentation du capital social assouplie », *Rép.soc.* Dalloz, mars 2015.

³⁹⁰ R. Mortier, « augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission », *JCS traitée*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017.

³⁹¹ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, art. 43 abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées par l'exercice de la profession de commissaire de justice, art. 52, JOR n° 0150, 30 juin 2022; Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 » ; Cass, 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-

l'opposé, existe la réévaluation légale³⁹² qui est beaucoup moins usitée que la réévaluation dite libre. Il est alors souhaitable de rendre cette réévaluation obligatoire aux sociétés qui intègrent des apporteurs en industrie.

Quant à la réserve spéciale de participation, dette de la société envers ses salariés, elle est constituée par la prime de participation versée aux salariés au titre de leur participation aux résultats sociaux. N'étant pas une véritable réserve, elle n'est pas susceptible d'incorporation au capital social³⁹³. En pratique les réserves de participation servent à financer les augmentations de capital au bénéfice des salariés adhérents d'un plan épargne entreprise.

S'agissant de l'augmentation du capital par incorporations de bénéfices, l'article L. 225-128 al. 2 prévoit que les bénéfices peuvent être directement incorporés dans le capital sans devoir transiter par un autre compte « réserve ». Ces bénéfices capitalisables doivent résulter d'un exercice arrêté et non d'un état de synthèse reflétant une situation transitoire³⁹⁴. L'augmentation du capital par incorporation de bénéfices constitue un moyen souple de capitalisation de l'apport en industrie du moins dans les sociétés à risque limité pour deux raisons. D'une part, parce que l'apporteur en industrie a évidemment un droit sur les bénéfices, d'autre part, parce que l'opération est simple à réaliser ; elle se résume à un simple jeu d'écriture sans qu'il soit besoin de passer par un compte transit.

On notera également que le report à nouveau peut également être incorporé au capital car la loi le considère comme un bénéfice distribuable. En effet, L'article L. 232-11, al. 1^{er} dispose que « le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve, en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report à nouveau ».

Concernant la réserve légale, est obligatoire dans les SARL et es SA (art. L. 232-10, al.2, C. com.). La constitution de la réserve légale cesse d'être obligatoire jusqu'à qu'elle atteigne dix pour cent du capital social. Un prélèvement du 1/20 est effectué sur le bénéfice de l'exercice diminué le cas échéant des pertes antérieures. La réserve légale est librement incorporable au

17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.

³⁹² Art. L. 123-18, C. com.

³⁹³ Cass. soc., 30 janv. 2013, n° « 12-11.875 » ; régime juridique d'augmentation du capital par incorporation de réserve assoupli », *Rép. soc.*, 221 ; R. Mortier, « augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission », *JCS traité*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017, 24.

³⁹⁴ Paris, 20 fév. 1998, SARL université services c/ Legrand : *Dr. Stés* 1999 ; *Bull. Joly* 1998, p.613, note H. Pisani

capital social d'abord parce qu'elle empreinte la fixité du capital et son indisponibilité. Elle ne peut être distribuée aux associés. La doctrine la dénomme de « quasi-capital » ou « antichambre du capital »³⁹⁵, il est alors cohérent qu'il soit incorporable au capital social.

Enfin, après son incorporation au capital social, la réserve légale doit être reconstituée à hauteur du seuil légale fixé à 10 pour cent du capital social.

S'agissant de l'incorporation de primes d'émission est prévu par l'article L. 225-128 al. 2 du Code de commerce. La prime d'émission est égale à la somme des réserves et des plus-values non comptabilisées divisée par le nombre d'actions anciens. En pratique, la valeur d'une prime d'émission peut largement dépasser la valeur nominale d'une action comme l'illustre la fameuse affaire Château Giscours dans laquelle la Cour de cassation a validé une prime d'émission égale à 51 fois la valeur nominale de l'action, dès lors qu'elle est justifiée par le montant des réserves, le montant du chiffre d'affaires et la valeur des stocks³⁹⁶. Il en résulte que l'incorporation de primes dans le capital social n'est pas anodine, elle permet de rendre le capital social beaucoup plus crédible aux yeux des créanciers qui peuvent alors voir en lui un véritable « gage ». En outre, le fait que l'augmentation du capital social par incorporation de primes d'émission bénéficie à tous les associés permet à l'apporteur en industrie de se voir attribuer une partie importante dans le capital social lorsque le montant de la prime est beaucoup plus élevé que celui du nominal de l'action. Néanmoins, une prime excessive et sans justifications réelle financière peut entraîner l'annulation de l'augmentation du capital³⁹⁷

L'incorporation de primes d'émission peut être directe ou indirecte. Dans la majorité de cas, elle est indirecte. Dans ce cas, les primes d'émission transitent par un compte « réserve » par une décision de l'assemblée générale ordinaire³⁹⁸. Il serait souhaitable que cette incorporation puisse se faire directement, dans un souci de simplification, comme c'est le cas pour les réserves.

En somme, l'apporteur en industrie, en vertu de sa qualité d'associé, va pouvoir acquérir des parts ou actions de capital à l'occasion d'une augmentation du capital par incorporation de réserve, bénéfices ou primes d'émission.

³⁹⁵ S. Dama-Demaret, thèse, Lyon 3, 1989, p. 222, n° 208.

³⁹⁶ Cass. com. 22 mai 2001 : n° « 2001-009870 » ; *D. stés*, 2001, note F.-X. Lucas cité par R. Mortier.

³⁹⁷ A. Lecourt, « un régime juridique de l'augmentation du capital par incorporation de réserves assoupli », *Rép. soc.*, éd. Dalloz, 205.

³⁹⁸ A. Amiaud, « traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par action » : sirey, 2° éd. 1920, p. 148 et s ; C. Houpin, « du caractère et de l'affectation de la prime d'émission d'actions », *jour. Soc.* 1920, p. 154.

La situation est nettement plus délicate lorsque l'augmentation du capital par incorporation de capitaux propres se réalise par élévation de la valeur nominale des parts ou actions. Dans ce cas, comment peut-on alors faire bénéficier l'apporteur en industrie de ses droits issus d'une telle opération ? À mon avis, cela empêche la capitalisation de la part de réserve revenant à l'apporteur en industrie.

L'augmentation du capital par incorporation des réserves, de bénéfices ou de primes d'émission est opérée en principe par les sociétés à risque limité parce qu'elle vise à stabiliser le gage des créanciers sociaux³⁹⁹.

Dans les sociétés à risque indéfinie, le gage des créanciers sociaux ne consiste pas dans le capital social mais plutôt dans la responsabilité indéfinie et éventuellement solidaire des associés.

L'augmentation du capital par incorporation des réserves n'a pas uniquement comme fonction de stabiliser le gage des créanciers sociaux. Elle peut aussi permettre la capitalisation de l'apport en industrie.

De notre point de vue, l'intérêt de l'augmentation du capital par incorporation des réserves est de permettre la participation de l'apporteur en industrie au capital social d'une manière indirecte. Or, le législateur ne consacre aucune disposition relative à l'augmentation du capital social par incorporation de réserves dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite.

S'agissant des conditions procédurales d'incorporation, l'AGE est compétente en la matière selon les règles de majorité et du quorum exigés aux délibérations d'une AGO. Mais, il est toujours loisible de prévoir une majorité plus élevée pourvu qu'elle n'excède pas le seuil de majorité fixé pour la modification des statuts (2/3 dans les SARL et l'unanimité moins une voie dans les SA puisque la règle de l'unanimité est interdite).

La délibération de l'assemblée générale extraordinaire en matière d'augmentation du capital selon les règles prévues pour l'AGO est écartée lorsque des conditions de délibération plus rigoureuses ont été stipulées par les associés. Les dispositions de l'article L.225-130 ne sont pas d'ordre public⁴⁰⁰. C'est dans ce sens que la Cour de cassation jugea valable la clause

³⁹⁹R. Mortier, « augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission », *JCS traité*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017.

⁴⁰⁰ R. Mortier, « augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission », *JCS traité*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017.

prévoyant une augmentation du capital selon les règles de majorité et de quorum appliquées aux AGE et avec approbation de l'assemblée générale des porteurs de parts bénéficiaires⁴⁰¹.

110. Mise à part l'augmentation du capital par incorporation de réserves, il existe un moyen très efficace permettant également la capitalisation de l'apport en industrie. Il s'agit du paiement de dividendes en actions institué par la loi n°83-1 du 3 janvier 1983 et repris par la loi du 24 juillet 1966. L'article 351 alinéa 1^{er} de cette loi prévoit que « dans les sociétés par action les statuts peuvent prévoir que l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie du dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividende, une option entre le paiement du dividende ou des acomptes sur dividende en numéraire ou en actions ». Cette possibilité est aujourd'hui inscrite à l'article L. 232-18 du Code de commerce.

111. Certes, depuis que l'apport en industrie est autorisé dans les SAS, le paiement d'action en dividende permet d'intégrer les apporteurs en industrie en tant qu'associé au capital sous réserve d'assimiler l'associé à un actionnaire car le terme actionnaire désigne le détenteur de titres sur le capital. Que voulait désigner le législateur par le terme actionnaire ? Est-ce qu'il considère l'apporteur en industrie en tant qu'actionnaire ? Autrement dit est-ce que les actions de travail sont des véritables actions ? Le doute est permis car les actions sont des titres négociables, ce qui n'est pas le cas des actions de travail. En revanche, le législateur a dénommé les « parts » représentatives des apports en industrie dans la SAS par « actions de travail » en dépit de leurs natures incessible et inaliénable. Il se peut alors que le législateur ait voulu inclure les « actionnaires en industrie » dans le bénéfice du dispositif du paiement des dividendes en actions. Néanmoins, la doctrine est divisée sur la question, certains considèrent qu'en vertu de l'al 1^{er} de l'article 351 de la loi du 24 juillet 1966 seules les actionnaires peuvent bénéficier du dispositif du paiement des dividendes en actions, or, les porteurs de certificats d'investissement ou de parts bénéficiaires ne pourront en bénéficier⁴⁰². D'autres estiment que l'opération devrait bénéficier à tous les « associés »⁴⁰³.

Par ailleurs, ce dispositif doit être transposé dans les sociétés de personnes et dans les SARL notamment parce que cela ne heurte aucunement les principes généraux de droit des sociétés. L'opportunité de cette transposition ou extension serait évidente. D'une part, elle donnerait

⁴⁰¹ Cass. com. 20 fév. 1978, n° « 1978-799070 », *Rev. soc.* 1978, p. 756, note B. Bouloc-*contra* ; TGI Avesnes-sur-Helpe, 6 déc. 1973, *D.* 1974, p. 48 décidant que « les statuts ne peuvent prévoir des conditions plus sévères ».

⁴⁰² D. Velardocchio, « paiement en actions », *Rép. soc.* août 1996, 236.

⁴⁰³ P. Richard, « paiement du dividende en actions », *JCP*, éd. E, 1985. II. 14436.

accès à l'apporteur en industrie au capital social, tout en évitant les formalités habituelles de souscription des actions. D'autre part, elle permettrait le renforcement des capitaux de la société.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

112. Eu égard aux spécificités de l'apport en industrie, son étude nécessite un exposé des différentes catégories d'apport en industrie dans l'objectif de relever les particularités de chaque variété d'apport en industrie.

Le législateur a exclu avec pragmatisme les parts d'industrie de la formation du capital social pour les raisons liées aux difficultés leur évaluation, à leur caractère extrapatrimonial. L'*intuitus-personae* attaché aux parts d'industrie, le caractère successif de la libération de la prestation promis par l'apport en industrie, l'impossibilité de l'exécution forcée de la prestation et l'incessibilité des parts d'industrie sont les raisons pour lesquelles les parts d'industrie ne contribuent pas à la formation du capital social.

Cependant, cela ne va pas sans inconvénient, car le droit des sociétés, notamment le droit des apports ne prend pas en considération les particularités de l'apport en industrie. À cet égard nous avons formulés quelques critiques liées à l'application du droit de société à l'apport en industrie parmi lesquelles figurent le domaine restreint de l'apport en industrie (il est prohibé dans les sociétés anonymes), les incertitudes relatives aux droits économiques, politiques et obligations (aux pertes et/ou aux dettes) de l'apporteur en industrie.

Nous avons essayé de réfléchir des palliatifs aux limites nées du rapport entre l'apport en industrie et le capital social, en l'occurrence en cas d'augmentation, de diminution ou d'amortissement du capital social.

Conclusion du titre 1^{er}

113. L'apport en industrie est une catégorie particulière d'apport couvrant des prestations de natures très différentes.

En dépit des spécificités de l'apport en industrie tenant à son objet très variés et ses caractères qui divergent d'une prestation à l'autre, la loi n'encadre ce type d'apport que par des dispositions sommaires et lacunaires dont les effets juridiques suggèrent la critique.

Les droits de l'apporteur en industrie se trouvent affectés à l'occasion des opérations sur le capital social, notamment son augmentation, sa réduction et son amortissement.

En cas d'augmentation du capital social, l'entrée de nouveaux associés minoritaire peut impacter les droits de l'apporteur en industrie dans la mesure où l'article 1844-1 du Code civil prévoit que la part de l'apporteur en industrie dans les bénéfices et les pertes est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté à la société. Il se trouverait que la part du minoritaire fixé le jour de l'établissement de l'apport en industrie soit modifiée par l'arrivée de nouveaux associés. Nous avons alors proposé de fixer la part de l'apporteur en industrie aux bénéfices et aux pertes au jour de l'établissement de l'apport en industrie pour éviter la volatilité de ses droits et obligation lors d'une augmentation du capital social.

En cas de réduction du capital, l'apporteur en industrie pourrait voir ses parts disparaître au fur et à mesure de la réduction du capital. Il devrait alors reconstituer le capital, pour recouvrer ses parts d'industrie. Nous proposons que l'apporteur en industrie d'une société à responsabilité définie ne devrait contribuer aux pertes qu'à hauteur de sa mise sociale (la perte de la rémunération du travail promis à la société). L'apporteur en industrie à l'opposé des autres associés consacre sa présence dans la société pendant toute la durée de l'apport et en fonction du temps promis dans les statuts (à temps plein ou à temps partiel).

L'apporteur en industrie de SAS ne pourrait en bénéficier de l'amortissement du capital, car cette opération s'effectue sur les actions en capital. En revanche, si l'amortissement du capital est interprété par certains auteurs en tant que distribution de réserves, nous pourrions soutenir l'idée selon laquelle l'apporteur en industrie pourrait bénéficier d'une telle opération.

114. L'exclusion des parts d'industrie de la formation du capital social est justifiée par le caractère personnel et la libération successive de l'apport en industrie. La libération successive des parts d'industrie pose le problème de son évaluation. Cependant, nous proposons une évaluation à posteriori à la fin de chaque exercice comptable. Le caractère personnel n'est pas

exclusif aux parts d'industrie, il existe bel et bien des parts sociales imprégnées *d'intuitu-personae* notamment les parts sociales de SNC, de société en commandité et de SCP, mais qui sont susceptibles de former le capital social.

Après avoir expliqué les difficultés d'intégration des parts d'industrie dans le capital social, nous allons rechercher dans un second titre les imperfections de la conversion du travail salarié et celui fourni dans le cadre d'un apport en industrie.

Titre 2 - Les imperfections des méthodes de conversion du travail salarié

115. L'objet est ici de relever les imperfections des méthodes de conversion du travail salarié⁴⁰⁴ en capital social.

Nous distinguerons, à cet effet, deux conceptions : le « travail salarié » est celui fourni à un employeur en contrepartie d'un salaire dans le cadre d'un contrat de travail et le travail fourni dans le cadre d'une convention d'apport (l'apport en industrie). Après avoir relevé l'impossibilité d'intégration des parts d'industrie au capital social. Nous allons analyser les imperfections des méthodes de conversion du « travail salarié » en capital social.

Cela implique de relever les imperfections des méthodes de conversions du travail salarié dans les sociétés commerciales (**chapitre 1**), puis dans les sociétés coopératives de (**chapitre 2**), plus particulièrement les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP) et les sociétés anonymes ouvrières de production (SAPO).

⁴⁰⁴ Nous définissons le travail salarié par une prestation de travail fournie dans le cadre d'un contrat de travail.

Chapitre 1 - La conversion du travail salarié dans les sociétés commerciales

116. L'objet de ce chapitre est de relever les difficultés tenant à la capitalisation de l'épargne salariale dans les sociétés commerciales. Autrement dit, nous allons rechercher les limites tenant à la conversion des primes de participation en capital social. Pour ce faire, nous allons procéder en deux temps : d'abord nous allons rechercher les contraintes liées à la participation financière des salariés au résultat de l'entreprise, ensuite nous allons relever les limites liées aux différents modes de capitalisation de l'épargne salariale.

Nous allons alors constater des limites dans les deux phases du processus de capitalisation du travail ; tantôt, au niveau de la participation, tantôt, au plan de la conversion de l'épargne salariale en actions.

Nous allons étudier les limites du régime de la participation (**section 1**) qui forme un préalable indispensable à la conversion du travail des salariés ; puis nous allons nous pencher sur la recherche des difficultés tenant aux augmentations du capital réservées aux salariés (**section 2**).

Section 1 - Les limites de la participation des salariés aux résultats sociaux

117. L'objet est de démontrer que le régime juridique actuel de la participation souffre de quelques imperfections.

Le régime de participation des salariés aux résultats sociaux de l'entreprise figure au Code du travail dans ses articles L. 3322-1 et suivants.

Conformément au premier de ces textes, la participation des salariés « prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation ».

La participation s'applique aux sociétés de droit privé ainsi qu'aux entreprises publiques ayant une vocation industrielle ou commerciale et aux sociétés et groupements dont plus de la moitié du capital est détenu directement par l'État⁴⁰⁵.

Actuellement, la participation est obligatoire dans les sociétés employant au moins cinquante salariés⁴⁰⁶. Elle est facultative pour les autres sociétés quelle que soit leur forme sociale.

Lorsqu'une entreprise ayant conclu un accord d'intéressement vient à employer cinquante salariés, l'obligation de participation n'intervient qu'au 3^{ème} exercice clos après le franchissement de ce seuil d'assujettissement, si l'accord d'intéressement a été appliqué sans discontinuité pendant cette période⁴⁰⁷. Dans les entreprises nouvelles et dont la création ne résulte pas d'une fusion, partielle ou totale, d'entreprises préexistantes, les accords de participation sont conclus à partir du 3^{ème} exercice clos après leur création⁴⁰⁸.

Par ailleurs, le législateur laisse aux salariés et aux employeurs, à travers la conclusion d'un accord de participation, le soin de fixer la base, les modalités de calcul ainsi que les modalités d'affectation et de gestion de la participation⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ JO aout, p. 13317 ; *Rec. Cons. Const.* ; 918 ; *D.* 2013. 1967 ; *Dr. Soc.* 2013. 968, Chron. Dumortier, Florès, Lallet, Vialettes et Struillou ; *RFDA* 2013. 1255, chron. Roblot-troizier ; *Constitutions* 2013. 592, obs. Radé et Gervier ; *RTD. civ.* 2014. 71, OBS. Deumier ; *JCP Adm.* 20134, n° 36, p. 10 ; *JCP* 2013, n° 37, p. 1640, chron. Mathieu ; *RD publ.* 2014. 207, chron. Rousseau, Gahdoun et Bonnet.

⁴⁰⁶ Art. L. 3322-2, C. Trav., modifié par l'art. 155 (V) de la Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 ; Depuis de 8 aout 2015, date d'entrée en vigueur de la Loi n° 2015-990 du 6 aout 2015, « les entreprises employant habituellement au moins cinquante salariés pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois derniers exercices, garantissent le droit de leurs salariés à participer aux résultats de de l'entreprise au titre du troisième exercice ». Auparavant, la participation était obligatoire dès l'atteinte du seuil de cinquante salariés pendant six mois consécutifs ou non, au cours de l'exercice Art. R. 3323-1, C. trav.

⁴⁰⁷ Art. L. 3322-3, C. trav.

⁴⁰⁸ Art. L. 3322-5, C. trav.

⁴⁰⁹ Art. L. 3322-2, al. 2, C. trav.

Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier des dispositifs de participation mis en place dans chacune des entreprises adhérentes au groupement⁴¹⁰.

La durée de la non-négociabilité et d'indisponibilité des sommes constituant la réserve spéciale de participation⁴¹¹ permet la réalisation d'une épargne sur cinq ans. Cela présente déjà une ébauche à l'actionnariat salarié durable. Durant ce délai, les sommes affectées en réserve peuvent être employées par l'entreprise ce qui renforce sa capacité d'autofinancement. Or, Le législateur permet aux salariés dans certains cas le versement anticipé des sommes issues de la prime de participation⁴¹². Tel serait le cas, par exemple, pour un mariage.

En principe, la participation est mise en place par la conclusion d'un accord de participation. Ce dernier peut être conclu selon l'une des modalités suivantes : soit par convention ou accord collectif de travail ; soit par accord entre l'employeur et les représentants des syndicats représentatifs dans la société ; soit par accord conclu au sein du comité économique et social ; soit enfin par ratification du projet d'accord par une majorité de 2/3 du personnel⁴¹³. L'accord de participation de groupe est conclu, par dérogation à l'article L. 3322-6, selon l'une des modalités suivantes : soit par accord conclu entre les mandataires des sociétés de groupes concernées et les représentant des organisation syndicales représentatives dans l'une des entreprises de de groupes ; soit par accord entre les mandataires des sociétés et les représentants des comités sociales et économiques de la société ; soit par ratification du projet de l'accord de participation proposé par le mandataires des sociétés de groupe concernées⁴¹⁴.

L'accord de participation détermine les conditions dans lesquelles les salariés sont informés de l'application du régime de la participation et la nature et les modalités de gestion des droits reconnus aux salariés sur les sommes constituant la réserve spéciale de participation⁴¹⁵.

Les accords de participation doivent être déposés auprès de l'autorité administrative⁴¹⁶.

Les entreprises prévoyant une participation volontaire peuvent choisir de se soumettre aux règles légales régissant la participation obligatoire.

⁴¹⁰ Art. L. 3322-2, al. 3, C. trav.

⁴¹¹ Art. L. 3324-1, C. trav., mod. L. n° 2021-1900, 30 déc. 2021, JORF n° 0304, 31 déc. 2021 ; la réserve spéciale de participation est obligatoire pour les sociétés qui sont tenues de mettre en place un accord de participation ou qui ont en fait recours facultativement.

⁴¹² Art. L. 3324-11, C. trav., mod. L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008.

⁴¹³ Art. L. 3322-6, C. préc.

⁴¹⁴ Art. L. 3322-7, C. préc.

⁴¹⁵ Art. L. 3323-2, C. préc.

⁴¹⁶ Art. L. 3323-4, C. préc.

En cas d'échec de négociations, l'employeur peut mettre unilatéralement en place un régime de participation conforme aux règles applicables à la participation volontaire. Cet acte unilatéral établissant la participation doit être consulté par le comité économique et social au moins 15 jours avant le dépôt du projet unilatéral auprès de l'autorité administrative.

En outre, l'accord de participation peut prévoir l'affectation des sommes issues de la réserve de participation à des comptes ouverts au nom des intéressés en application d'un plan épargne salariale⁴¹⁷. L'épargne salariale peut être investie à l'occasion d'une augmentation du capital social en faveur des salariés. Elle peut aussi être employée pour l'acquisition de parts de FCPE ou d'actions de SICAV.

Cette présentation sommaire du régime de la participation, nous permet d'en souligner les limites. Nous allons évoquer les limites tenant au plafond de salaire qui sert de base de répartition de la réserve spéciale de participation (§ 1), puis nous allons présenter les limites liées au seuil de la participation (§ 2).

⁴¹⁷ Art. L. 3323-2, C. trav.

§ 1 - Les limites tenant au plafond sur les salaires qui servent de base de répartition de la réserve spéciale de participation :

118. Le législateur plafonne le salaire qui sert de base de répartition de la réserve spéciale de participation. En effet, La répartition de la participation est proportionnelle aux salaires perçus dans la limite de trois fois le plafond de la Sécurité sociale⁴¹⁸. Dans ce sens, l'article D. 3324-10 du code du travail modifié par le décret n° 2020-795 du 26 juin 2020⁴¹⁹, précise l'assiette du salaire servant de base à la répartition proportionnelle de la réserve spéciale entre les salariés bénéficiaires. En effet, ce salaire est égal au total des revenus d'activité, tels qu'ils sont pris en compte pour la détermination de l'assiette de cotisations définie à l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale, perçus par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice considéré⁴²⁰.

La répartition du supplément de la réserve spéciale⁴²¹ de participation s'opère proportionnellement à un salaire plafonné dans la limite de 3 fois le plafond de la Sécurité sociale.

L'article L. 3324-9 du Code du travail dispose que les organes de direction peuvent décider de verser un supplément de la réserve spéciale de participation au titre de l'exercice clos, dans le respect des plafonds mentionnés à l'article L. 3324-5, al. 1. De même, ce texte exige dans ses deuxième et troisième alinéas le respect d'un plafond en cas d'inexistence d'accord de participation ou lorsqu'il est conclu en fixant d'autres modalités de calcul et de répartition de la participation.

Certes le plafond du salaire qui sert de base de répartition de la participation permet, au cas où le salaire est fixé comme critère de répartition de la RSP entre les salariés, de réduire les disparités entre les sommes attribués aux salariés ouvriers et les cadres salariés. Cependant, les sommes qui subsiste dans la RSP à l'occasion de l'application du plafond, ne peuvent être affectées

⁴¹⁸ Art. L. 3324-5, al. 1, C. trav.

⁴¹⁹ D. n° 2018-821, 27 septembre 2018, portant mise en conformité des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2018-474 du 12 juin 2018 relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale, art. 3.

⁴²⁰ Art. D. 3324-10, C. trav.

⁴²¹ Le supplément de la réserve spéciale de participation est prévu par l'article L. 3324-9 du Code du travail, le conseil d'administration, le directoire ou le chef d'entreprise peut en décider le versement aux salariés au titre de l'exercice clos.

Les sommes qui subsistent après la répartition de la réserve spéciale de participation peuvent faire l'objet d'une répartition aux cours des exercices ultérieures⁴²². Cependant, ces sommes ne peuvent ouvrir droit au déductions et exonérations prévues à l'article L. 3325-1 et L. 3325-2 du Code du travail. En effet, ces sommes ne bénéficient pas au titre de l'article L. 3325-1 de la déduction de l'assiette d'imposition de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés et ne sont pas exclues de l'assiette des cotisations sociales⁴²³, de même, ces sommes ne sont pas exonérées d'impôt sur le revenu, en vertu de l'article L. 3325-2⁴²⁴.

⁴²² Art. L. 3324-7 al.2, C. trav.

⁴²³ Art. D. 3324-14, C. trav.

⁴²⁴ Art. D. 3324-14, C. trav.

§ 2 - Les limites tenant au seuil de la participation :

119. Le législateur impose un seuil que la participation ne doit pas excéder à peine de perdre le bénéfice des avantages fiscaux⁴²⁵.

Pour que l'accord de participation bénéficie du régime fiscal préférentiel, la réserve de participation ne doit pas excéder la moitié du capital social. L'accord peut prévoir également, au choix des parties, que celle-ci ne peut excéder le bénéfice net comptable diminué de cinq pour cent des capitaux propres ou le bénéfice net fiscal diminué des capitaux propres, ou la moitié du bénéfice net fiscal⁴²⁶. La perte du bénéfice du régime fiscal préférentiel en cas de franchissement du seuil de participation empêcherait la mise en place d'une participation significative des salariés au résultat social et réduirait du même coup le montant de leur épargne salariale. Il en résulterait alors un actionnariat salarié non significatif.

Par ailleurs, il convient de relever certaines interrogations portant sur le critère de répartition de la réserve spéciale de participation entre les salariés.

Selon certains économistes⁴²⁷, l'existence d'une clef de répartition stable semble être une des caractéristiques de la participation aux résultats. Ce qui la distingue de la gratification ou les parts de bénéfices qui sont réparties suivant des principes variables chaque année⁴²⁸, c'est-à-dire selon la volonté de l'employeur.

En effet, le législateur garantit l'existence de la répartition stable de la participation en fixant un critère à celle-ci. Donc, cela évite qu'elle soit répartie en fonction du libre arbitre de l'employeur ou des dirigeants. À cet effet, il prévoit que la répartition de la participation entre les salariés se fait proportionnellement à leurs salaires⁴²⁹. Toutefois, l'accord de participation

⁴²⁵ Les sommes versées dans le cadre de la participation sont déduites du bénéfice imposable. Les sommes affectées à la réserve spéciale de participation peuvent faire l'objet d'une provision pour investissement à concurrence de 50 % de leur valeur.

⁴²⁶ Art. L. 3324-2, C. trav.

⁴²⁷ M. Capet, « Les incidences de la participation des salariés aux bénéfices de l'entreprise, ou les raisons de son peu d'extension », *Rev. éco.* 1966, volume 17, n° 1, p.38.

⁴²⁸ M. Capet, « les incidences de la participation des salariés aux bénéfices de l'entreprise, ou les raisons de son peu d'extension », *Rev. éco.* 1966, volume 17, n° 1, pp. 34-54.

⁴²⁹ Art. L. 3324-5, al. 1, C. trav.

peut décider d'une répartition uniforme et/ou proportionnelle à la durée de présence⁴³⁰ dans l'entreprise au cours de l'exercice⁴³¹.

En l'absence d'accord de participation, les critères de répartition ne dépendent pas de la seule volonté de l'employeur car les règles prévues à l'article L. 3324-5 s'applique dans ce cas de manière impérative.

Il s'ensuit que les critères de répartition de la participation des salariés dépendraient des négociations entre les salariés et l'employeur. Or, la difficulté des négociations tient à l'existence d'un conflit d'intérêts, non entre les salariés et l'employeur, mais plutôt entre les différentes catégories de salariés, ce qui risque d'entraver les négociations. Autrement dit, chacune des catégories préféreraient le critère le plus favorable pour elle.

120. En Belgique, une proposition de loi⁴³² suggère que le plan de participation ne peut prévoir aucune distinction dans la répartition de la participation entre les salariés en fonction de la rémunération, du grade ou de l'ancienneté⁴³³.

La proposition de loi fût soumise, après examen par la commission des finances et des affaires économiques du Sénat, à l'avis du Conseil national du travail⁴³⁴ et du Conseil central de l'économie⁴³⁵. La représentation patronale s'est montrée critique quant à cette proposition en considérant qu'elle privait l'employeur de la possibilité de fixer des critères objectifs de répartition de la participation tels que l'ancienneté ou les catégories de personnel.

Néanmoins, en dépit du pragmatisme « militant » des syndicats patronaux, la fixation des critères de répartition de la réserve spéciale de participation par l'employeur ne saurait être protectrice de l'ordre social. L'accord de participation serait en mesure de déterminer les critères objectifs de répartition de la réserve spéciale de participation ou de prévoir une répartition uniforme.

121. Le Code du travail français prône une solution plus progressiste, d'abord, le législateur a fixé le salaire comme critère de répartition de la réserve spéciale de participation entre les

⁴³⁰ Art. L. 3324-6 : « Quel que soit le mode de répartition retenu, les périodes de congé de maternité et de congés d'adoption ainsi que les périodes de suspension de contrat consécutives à un accident de travail ou à une maladie professionnelle sont assimilées à des périodes de présence »

⁴³¹ Art. L. 3324-5 al. 2.

⁴³² Senat, Doc. Parl. (1996-1997), 1-624 cité par E. Arcq, A. Van Melkebecke, « participation financière des travailleurs et concertation sociale », *courrier hebdomadaire CRISP* 2003/28, n° 1813, p. 15.

⁴³³E. Arcq, A. V. Melkebecke, « participation financière des travailleurs et concertation sociale », *courrier hebdomadaire CRISP*, p.15.

⁴³⁴ Avis CNT n° 1230, 16 juin 1998.

⁴³⁵ Ibid., p.16. ; avis CCE n° 447, 16 juin 1998.

salariés. Ensuite, il a laissé, en parallèle, place aux négociations tout en déterminant des critères objectives de répartition. La seule hypothèse à notre connaissance dans laquelle le Code du travail français permettrait implicitement un plan de participation fixé unilatéralement par l'employeur c'est dans le cas d'un échec de négociations. Dans une telle situation le plan de participation doit être (seulement) soumis au CSE et constaté par l'inspecteur du travail. Un tel contrôle est seulement destiné à prévenir de tout abus.

En droit belge, lors des travaux préparatoires des groupes de travail (groupe De Grauwe) qui ont précédé l'adoption de la loi du 22 mai 2001 relative au régime de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés, il a été soutenu la revendication de ceux qui voulaient mettre en place un avantage de participation identique pour tous les travailleurs. Ce groupe de travail a alors défini douze principes qui ont recueilli l'assentiment de tous afin de créer un cadre légal pour la participation des travailleurs. Parmi ces principes, figure celui de l'égalité des avantages qui découlent de la participation, ils doivent être identiques pour tous les salariés. Or, l'accord de participation peut déroger à cette règle et opter pour le salaire en tant que critère de répartition de la participation entre les salariés⁴³⁶.

On observe que le principe posé par le groupe du travail belge inverse la règle de répartition prévue par le droit français. En effet, selon ce groupe du travail, la répartition de la participation entre les salariés, en l'absence d'une clause contraire est uniforme c'est-à-dire identique pour tous les salariés, alors qu'en droit positif français la clef de répartition est en principe le salaire, sauf accord contraire.

Nous considérons que, contrairement au droit français, le principe de répartition de la participation entre les salariés, proposé par le groupe du travail belge, est de nature à prévenir les conflits d'intérêts susceptibles de surgir entre les différentes catégories de salariés. Malheureusement le critère d'uniformité proposé par le groupe du travail belge n'a pas été retenu par la loi la loi du 22 mai 2001 relative au régime de participation du salarié au capital et aux bénéfices des sociétés, qui a laissé à l'arrêté Royale le soin de fixer ces critères (ancienneté, grade, fonction, niveau barémique, niveau de rémunération, niveau de formation)⁴³⁷

⁴³⁶ E. Arcq, A. V. Melkebecke, « participation financière des travailleurs et concertation sociale », *courrier hebdomadaire CRISP*, pp .22-23.

⁴³⁷ E. Arcq, A. V. Melkebecke, « participation financière des travailleurs et concertation sociale », *courrier hebdomadaire CRISP*, pp .22-23.

Dans notre droit, la répartition de la réserve spéciale de participation s'opère proportionnellement aux salaires perçus au cours de l'exercice, sauf stipulations contraires de l'accord de participation, dans les limites du plafond annuel des revenus de la Sécurité sociale. L'accord de participation peut opter pour une répartition uniforme ou selon le temps de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice concerné ou bien en fonction de ces critères conjointement.

En revanche, malgré l'importance de la notion du « salaire perçu », sa définition demeure ambiguë. Les dispositions légales du Code de la Sécurité sociale auxquelles renvoie le Code du travail propose une liste très large des « revenus d'activités », d'où l'existence de certaines catégories de revenus qui ne sont pas nécessairement la contrepartie du travail du salarié dans l'entreprise.

Il se trouve que la liste des revenus d'activité prévoit même des indemnités de mandats représentatifs ou celles dues à l'exercice par le salarié de la fonction de membre du conseil économique et sociale...etc.⁴³⁸

Il en résulte que si on concevait ainsi « le salaire perçu » qui sert de base de répartition de la RSP, il ne refléterait pas la qualification professionnelle ou l'ancienneté ou la durée du travail ou bien le temps de présence dans l'entreprise. Le législateur doit alors faire preuve de clarté Il pourrait ajouter à l'article D. 3324-10 du Code du travail, les salaires perçus par le biais de l'entreprise directement ou indirectement afin de faire la nuance sur l'exclusion de l'assiette des salaires perçus des revenus d'activité qui peuvent avoir une autre origine que celle de l'entreprise qui a mis en place le plan de participation. Cela éviterait que se développe un contentieux en matière d'égalité entre les salariés à l'occasion de de la répartition de la prime de participation.

Le salaire perçu qui sert de base de calcul dans la répartition de la réserve spéciale de participation exclut les sommes issues de l'intéressement, de la participation, ou celles affectées à un PEE mais également celles provenant de stock-options ; ce qui permet de diminuer l'écart de salaires entre les cadres et les salariés peu qualifiés. Ce correctif de salaire est corroboré par le plafond fixé par la loi pour la répartition de la réserve spéciale de participation.

⁴³⁸ L'art. D. 3324-10 du C. trav. a fait le renvoi à l'art. L. 242-1 du code de la sécurité sociale qui fixe l'assiette qui sert de base de calcul de la cotisation de la sécurité sociale qui lui-même renvoie à l'art. L. 136-1-1 du même code qui fixe l'assiette qui sert de base de calcul des cotisations des revenus d'activité ; or, ces textes sont très larges ils regroupent un grand socle de revenus de différentes catégories dont l'origine n'est pas nécessairement une contrepartie du travail que le salarié a fourni à l'entreprise qui a mis en place le plan de participation.

A notre avis, le salaire qui sert de base dans le calcul de la répartition de la RSP devrait être constitué de toute rémunération (en argent ou en nature) et tout avantage (primes ou gratification) qui forment la contrepartie du travail fourni directement ou indirectement à l'entreprise qui a mis en place le plan de participation.

Nous ne pouvons que saluer la position du législateur, notamment, parce qu'il exclut les sommes issues de la participation dans le calcul du salaire de base. Mais pour mieux assurer une sécurité juridique il conviendrait que la loi soit claire sur l'assiette du salaire perçu et prévoir une disposition dans le Code du travail dans laquelle le législateur listerait les différentes composantes du salaire perçu. Car en l'état actuel du droit, les articles L. 242-1 et L. 136-1-1 du CSS ont une portée très large en matière de revenus afin de constituer une assiette le plus large possible aux cotisations de la Sécurité sociale et à la cotisation sociale des revenus d'activité⁴³⁹.

Donc si le salarié exerce plusieurs activités à la fois en disposant de différents revenus, son salaire perçu au cours de l'exercice augmentera, si ce dernier est alors pris en compte dans le calcul de la répartition de participation, il augmentera les écarts de salaires entre ces salariés et ceux qui disposent d'autres revenus d'activité.

Pourtant, la Cour de cassation⁴⁴⁰ exige, pour la détermination du salaire perçu servant de base de calcul de la répartition de la RSP, que les rémunérations versées figurent dans les comptes de la société et dans la déclaration annuelle des salaires. Ces rémunérations ne peuvent être retenues comme des charges de personnel prévues à l'article R. 442-2 et être prises en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation.

122. Au-delà des difficultés inhérentes à la participation des salariés au résultat social, il existe par ailleurs des inconvénients tenant à la conversion de cette participation en capital social à travers les différents mécanismes d'actionnariat salarié.

⁴³⁹ La contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) sont prélevées sur les revenus d'activité.

⁴⁴⁰ Cass. soc. 1 juil. 1998, n° « 96-17.076 », n° « 96-17.524 », Publication : Bulletin 1998, n° 356 p. 269.

Section 2 - Les difficultés tenant aux augmentations du capital social réservées aux salariés

123. L'objet est de rechercher les difficultés inhérentes à l'actionnariat salarié.

L'association d'un salarié au capital social crée chez celui-ci un sentiment d'appartenance et de responsabilité qui se traduit positivement sur sa productivité et par conséquent sur la performance de l'entreprise. Parallèlement, l'entreprise tire l'avantage de financer l'augmentation du capital grâce à la créance salariale.

Pour permettre l'association du travail salarié au capital social, le législateur s'appuie, sur les coopératives (SCOP et des SAPO) ou sur des techniques du droit des sociétés, comme celle du rachat de société par ses salariés ou celle de l'augmentation de du capital réservées aux salariés (soit directement soit indirectement par le biais de FCPE).

Les deux premiers moyens (SCOP et SAPO) seront envisagés dans des développements spécifiques. La présente section, sera centrée sur l'étude et les limites des augmentations du capital réservées aux salariés. Ces limites sont liées à la forme sociale de l'entreprise (§ 1) et à l'affectation de l'épargne salariale (§ 2).

§ 1 - Les limites des augmentations du capital réservées aux salariés liées à la forme sociale

124. Il s'agit ici de relever les limites du régime juridique applicable aux augmentations du capital social en faveur des salariés dans la SARL⁴⁴¹, les sociétés de personnes et les sociétés anonymes, y compris la SAS.

A - Les obstacles à l'augmentation de capital en faveur des salariés de SARL

125. À l'instar d'une SA ou d'une SAS, une SARL peut augmenter son capital selon un régime qui lui est propre. Mais à la différence de ces sociétés par actions, la SARL n'est pas soumise aux procédures obligatoires d'augmentations de capital réservées aux salariés.

Le Code de commerce ainsi que le Code du travail consacrent des dispositions très détaillées en matière d'augmentations du capital réservées aux salariés dans les sociétés anonymes. Les salariés de SARL sont exclus de ce dispositif. Certes, le Code de commerce prévoit des textes régissant les augmentations du capital social dans les SARL mais ces dispositions ne sont pas spécifiques à l'association des salariés au capital social ; elles ont une portée globale, contrairement à celles prévues pour les sociétés anonymes.

Nous allons rechercher alors, en l'absence de dispositions légales traitant spécialement des augmentations du capital réservées aux salariés de la SARL, si l'application du droit commun des augmentations de capital dans la SARL permet sans difficulté de procéder à une augmentation de capital réservée aux salariés.

Quelques obstacles se posent, lorsqu'on songe à définir le régime juridique des augmentations du capital réservées aux salariés de la SARL, qu'il convient de citer :

D'une part, l'interdiction des attributions gratuites de parts sociales ou de « stock-options » dans les SARL reflète la frilosité du législateur quant à l'association des salariés au capital de SARL. Cette remarque concerne aussi les sociétés de personnes.

D'autre part, le Code de commerce ainsi que le Code du travail ne prévoient pas de règles régissant l'agrément des associés lors de la souscription des parts sociales par les salariés. Dans le même temps, l'augmentation du capital social réservée aux salariés dans les sociétés anonymes exige la renonciation des actionnaires à leurs droits préférentiels de souscription.

⁴⁴¹ La SARL est une société hybride, entre la société de personnes et la société de capitaux. Les parts d'une telle société ne sont pas librement cessibles (ce qui marque un certain degré d'intuitu personae) mais la responsabilité de ses associés est limitée, comme dans les sociétés de capitaux.

Ce qui n'est pas le cas dans la SARL car, à l'opposé des actions, la loi n'attache pas un droit préférentiel de souscription aux parts sociales, mais celui-ci peut être créé par les statuts ou par une décision collective des associés⁴⁴².

Dans les sociétés anonymes, le droit préférentiel de souscription des actionnaires doit être supprimé par l'assemblée générale extraordinaire, selon des règles strictes et à peine de nullité de l'augmentation de capital (mention de la suppression du DPS à l'ordre du jour, dans le rapport du conseil d'administration et du commissaire aux comptes notamment)⁴⁴³.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de transposer à la SARL les principes applicables à l'ordre du jour dans la SA, notamment le principe de l'intangibilité de l'ordre du jour⁴⁴⁴.

En effet, l'article L. 225-129-2, al. 3 du Code de commerce prévoit que les émissions d'actions avec suppression de DPS ou l'émission de stock-options et l'attribution gratuite d'actions ainsi que les actions de préférence doivent faire l'objet de résolutions particulières.

De lege ferenda et dans l'objectif de transposition des règles d'augmentation du capital réservées aux salariés de sociétés par actions à la SARL, l'exercice du droit d'agrément par les associés de la SARL doit être inscrit à l'ordre du jour, et faire l'objet de résolutions particulières, à peine de nullité de l'assemblée.

Dans l'état actuel de notre droit, les dispositions régissant les modalités d'émission et de souscription de parts sociales sont insuffisantes et méritent d'être amendées.

Rien n'empêche les tiers de souscrire des parts sociales de SARL, pourvu que cela soit voulu par les anciens associés.

Donc, lors d'une augmentation du capital réservée aux salariés d'une SARL, ces derniers étant tiers à la société devraient être agréés par les associés. Le législateur devrait alors préciser les modalités constatant l'exercice par les associés de leur droit d'agrément à l'occasion d'une augmentation du capital réservées aux salariés adhérents d'un PEE. Par exemple, il faudrait imposer des résolutions particulières qui doivent faire l'objet d'un vote et

⁴⁴² Cass. com., 18 avr. 2000, n° « 97-21569 », Meyer c/SA Inbiomed International, note G. Baranger, « augmentation de capital », *Joly Société Traité*, n°17-27.

⁴⁴³ Cass. Com., 25 sept. 2012, n° «11-17. 256, F+P+B», Ch. Lefaillet, « en cas d'augmentation de capital réservée, l'indication de la suppression du DPS des actionnaires dans l'ordre du jour de l'assemblée est indispensable », *Revue option finance*, CMS Francis Lefebvre.

⁴⁴⁴Cass. com., 4 fév. 2018, n° « 15-16-525 », *RTD com.* 2018, p.383, A. Lecourt ; Cass. Com. 25 avr. 1989, n° « 87-15. 208 », *bull. Joly* 1989. 531, note M. Jeantin ; T. Com. Paris, ord. Réf. 26 avr. 1999, *JCP E* 1999, p. 1237, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *JCP* 1999. II. 10115, note J.-J. Daigre, qui précise « qu'une fois l'ordre du jour arrêté, le juge des référés ne peut pas le modifier ».

être inscrites à l'ordre du jour de l'assemblée décidant de l'augmentation du capital réservée aux salariés.

126. Dans les SARL les modalités de souscription des parts en cas d'augmentation du capital par apport en numéraire sont régies par l'article L. 232-32 du Code de commerce. Ce texte renvoie aux dispositions de l'article L. 232-7 du même Code relatif aux modalités de souscription lors de la constitution de la société.

L'article L. 223-32 du Code de commerce prévoit qu'à l'occasion d'une augmentation du capital, le quart des apports en numéraire doit être libéré immédiatement et le surplus dans un délai de cinq ans maximum.

Cette disposition est propice à l'extension des augmentations du capital social réservées aux salariés de la SARL. Car ceux-ci peuvent libérer leurs apports dans un délai de cinq ans ce qui leur permet en pratique de financer leur prise de participation. Une telle solution permet aussi aux entreprises de verser les abondements d'une façon échelonnée dans le temps.

Un autre problème surgit à propos des sommes de participation qui devrait financer l'augmentation du capital social au bénéfice des salariés de SARL. Les sommes de participation sont destinées à alimenter un PEE, il ne serait pas théoriquement possible d'investir ces sommes dans l'augmentation du capital social de la SARL. Le PEE est destiné à l'achat des actions de la société, des titres de sociétés d'investissement collectif à capital variable (SICAV) ou des parts de fonds communs de placement (FCP).

B - Les obstacles à l'augmentation de capital en faveur des salariés de sociétés de personnes

127. Comme nous l'avons déjà indiqué, la participation constitue souvent en pratique, une étape préalable pour permettre la souscription de parts par les salariés. L'objet de notre analyse est d'établir un pont entre la participation des salariés au résultat et leur association au capital social.

En dépit de l'extension du champ d'application de la participation à toutes les formes sociales, son prolongement dans les sociétés commerciales de personnes est inachevé, le dispositif en lui-même est insuffisant. On relève trois obstacles juridiques :

D'abord, les attributions gratuites d'actions ainsi que les stock-options sont prohibées dans les sociétés commerciales de personnes et dans les SARL.

Ensuite, La notion du capital social n'est pas primordiale dans les sociétés commerciales de personnes pour la simple raison que c'est la solidarité résultant de la qualité de commerçant de ses membres ainsi que l'importance de leur patrimoine personnel qui constituent le véritable gage des créanciers. L'absence du régime juridique des augmentations du capital dans les sociétés commerciales de personnes emporte une difficulté supplémentaire à l'actionnariat salarié dans ces formes de sociétés. En effet, le Code du commerce se contente à prévoir les augmentations du capital uniquement dans les sociétés par actions et la SARL.

Ce laconisme légal tient encore une fois au fait que le capital social n'est pas fondamental dans les sociétés commerciales de personnes⁴⁴⁵.

Enfin, l'incompatibilité entre la qualité de commerçant d'associé d'une société en nom collectif ⁴⁴⁶ et la qualité de salarié peut former un empêchement supplémentaire à l'association d'un salarié dans ces sociétés⁴⁴⁷.

Donc, afin de permettre la participation des salariés des sociétés de personnes au capital social, il faut songer à investir les sommes de la réserve spéciale de participation dans l'achat de titres ou de parts sociales des autres sociétés, notamment les sociétés par actions ou les FCP et SICAV.

En somme, et compte tenu de tous ces obstacles, il faut se résoudre à admettre que le salarié ne pourra pas en pratique devenir associé de sa société.

C - Les limites de l'augmentation de capital réservée aux salariés de sociétés anonymes

128. Il est opportun d'évoquer les limites portant sur les différents mécanismes juridiques mis en place par le législateur afin d'associer les salariés des sociétés anonymes au capital social. Ces mécanismes sont divers ; on cite principalement : les attributions gratuites d'actions et les stock-options. Ces mécanismes sont prohibés dans la SARL et les sociétés de personnes.

Il convient d'envisager les limites tenant aux régimes juridique et fiscal des attributions d'actions gratuites (1) ainsi que les limites tenant au régime juridique des stock-options (2).

⁴⁴⁵ N. E. M. Itsiembou, « l'utilité du capital social (étude de droit français) », thèse, 16 déc. 20101, Université d'Auvergne, sous dir. M. Nicolas Mathey p.7. ; voir aussi : R. Saleilles, « étude sur l'histoire des sociétés en commandite », annales de droit commercial 1897, p. 42.

⁴⁴⁶ La même règle est applicable au commandité de la société en commandite simple.

⁴⁴⁷ Cass. soc., 14 oct. 2015, n° « 14-10960, FS-PB », note J. Icard, *Cah. soc.* déc. 2015, n° 280, p. 639.

1 - Les limites aux régimes juridique et fiscal des attributions gratuites d'actions :

129. L'attribution gratuite d'actions (AGA) est l'un des mécanismes les plus récents d'actionnariat salarié. Il a été institué en 2005 par l'article 83 de la loi de finance n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 afin notamment de le substituer à celui des stock-options⁴⁴⁸ qui présentent certaines insuffisances.

L'AGA est fort logiquement caractérisée par l'absence de contrepartie financière. Toutefois, on peut prévoir une contrepartie financière symbolique lorsqu'une législation étrangère l'exige. Il importe de ne pas confondre l'AGA avec la distribution d'actions gratuites à l'ensemble des actionnaires prévues par l'article L. 225-130 du Code de commerce.

Ce mécanisme consiste pour la société à attribuer des actions à ses salariés et mandataires sociaux ou à certaines catégories d'entre eux. Ces derniers deviennent propriétaires d'un droit de créance jusqu'au terme de la période d'acquisition. À l'échéance de cette période, le transfert de propriété des actions est effectué au bénéfice des attributaires. Ensuite, les actions doivent rester incessibles jusqu'au terme d'une période de conservation.

L'attribution gratuite d'actions vise les membres du personnel de la société émettrice ou certaines catégories d'entre eux. Le personnel englobe les salariés et les mandataires sociaux. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, l'attribution gratuite d'actions s'étend aux membres du personnel des GIE et des sociétés dans lesquels elles détiennent une participation.

Toutefois, l'attribution gratuite d'actions ne peut bénéficier aux salariés et mandataires sociaux détenant pour chacun d'entre eux plus de dix pour cent du capital social. Cette limite ne s'applique pas aux stock-options.

L'assemblée générale extraordinaire autorise le conseil d'administration, sur le rapport de ce dernier et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, à procéder à une attribution gratuite d'actions au profit des membres du personnel ou de certaines catégories d'entre eux.

Le nombre total des actions attribués ne doit pas excéder dix pour cent du capital social au jour de l'attribution des actions par le conseil d'administration. En revanche, lorsque la société n'est pas cotée et si sa taille ne dépasse pas le seuil des PME⁴⁴⁹, le nombre total des

⁴⁴⁸ Les stock-options ont été introduites dans les entreprises françaises depuis les années soixante-dix.

⁴⁴⁹ Entreprise employant moins de 250 salariés, réalisant soit un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros, soit un total de bilan inférieur à quarante-trois millions d'euros. Un dépassement de seuil n'a d'effet qu'après deux exercices consécutifs.

actions attribuées ne doit pas excéder quinze pour cent du capital social au jour de l'attribution. Ces pourcentages sont portés à trente pour cent lorsque la société offre le bénéfice de l'attribution gratuite d'actions à l'ensemble du personnel de la société⁴⁵⁰.

Le délai de l'autorisation délivrée au conseil d'administration par l'assemblée générale extraordinaire est fixé par cette dernière. Il ne peut excéder trente-huit mois⁴⁵¹.

Lorsque l'attribution gratuite d'actions porte sur des actions à émettre, elle emporte de plein droit renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription au profit de salariés et des mandataires sociaux ou une certaine catégorie d'entre eux⁴⁵².

L'augmentation du capital est réalisée du seul fait de l'attribution définitive des actions, c'est-à-dire au terme de la période d'acquisition dont la durée minimale ne peut être inférieure à un an⁴⁵³. Cependant, l'AGE peut attribuer définitivement les actions aux salariés avant l'expiration de la période d'acquisition en cas d'invalidité des bénéficiaires.

L'AGE peut également imposer une période de conservation. La durée cumulée des périodes d'acquisition et de conservation ne doit être inférieure à deux ans⁴⁵⁴.

Lorsque les actions sont attribuées au président du conseil d'administration, au directeur général, aux directeurs généraux délégués, aux membres du conseil d'administration ou du directoire sont soit incessibles jusqu'à la cessation de leur fonction, soit fixe la quantité des actions qui vont être conservées dans le nominatif jusqu'à la cessation de leurs fonctions⁴⁵⁵. Les informations relatives à ces actions sont mentionnées au rapport du conseil d'administration dans lequel il est également rendu compte de la participation des salariés au capital social.

⁴⁵⁰ Art. L. 225-197-1, I, al. 3, C. com., mod. ord. n° 2020-1142 du 16 sept. 2020, art.3.

⁴⁵¹ Art. L. 225- 197-1, I, al. 4, C. com., mod. ord. n° 2020-1142, 16 sept. 2020, art. 3.

⁴⁵² Art. L. 225- 197-1, I, al. 5, C. com., mod. ord. n° 2020-1142, 16 sept. 2020, art. 3.

⁴⁵³ Art. L. 225- 197-1, I, al. 6, C. com., mod. ord. n° 2020-1142, 16 sept. 2020, art. 3.

⁴⁵⁴ Art. L. 225- 197-1, I, al. 8, C. com., mod. ord. n° 2020-1142, 16 sept. 2020, art. 3.

Certains auteurs considèrent que la principale innovation de la Loi macron en matière d'attribution gratuite d'actions est la suppression de la période de conservation (L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0381, 7 août 2015, art. 135 V). Or, cette affirmation est non fondée, en effet, le nouveau texte législatif ne supprime pas explicitement l'obligation de conservation, mais supprime l'obligation pour l'AGE de fixer un délai de conservation. La loi Macron a remplacé l'expression « l'AGE fixe » par « l'AGE peut fixer ». La règle de fixer la durée minimale de la période de conservation par l'AGE est supplétive. Mais la durée légale de la période de conservation ne doit pas être inférieure à 2ans. Il en résulte que lorsque l'AGE n'a pas fixé la durée de cette période, on devrait, peut-être, dans ce cas, appliquer le délai légal et faire subsister l'obligation de conservation.

⁴⁵⁵ Art. L. 225- 197-1, II, al. 4, C. com., mod. ord. n° 2020-1142, 16 sept. 2020, art. 3.

130. Il convient par ailleurs de distinguer le droit à l'attribution gratuite d'actions⁴⁵⁶ des actions attribuées au regard de leur cessibilité⁴⁵⁷. En effet, le droit à l'attribution gratuite d'actions (le droit de souscription) est en principe incessible jusqu'au terme de la période d'acquisition.

Toutefois, en cas de décès du bénéficiaire du droit de souscription, ses héritiers peuvent solliciter l'attribution d'actions offertes dans un délai de six mois à compter du décès. La période d'acquisition se voit réduite en cas de décès.⁴⁵⁸

Les actions sont quant à elles cessibles, au terme de la période de conservation. Cette dernière ne peut être inférieure à deux ans. Cependant en cas d'invalidité de l'attributaire, les actions sont immédiatement cessibles.

Il faut analyser les deux périodes afin de relever le statut des salariés bénéficiaires lors de chaque période. Pendant la période d'acquisition les salariés sont détenteurs d'un droit de créance envers la société. À la fin de cette période, ils deviennent associés de la société avec toutes les conséquences qui en découlent. C'est-à-dire le droit aux bénéfices, le devoir de contribuer aux pertes, , le droit à l'actif net, le droit à l'information et le droit de vote. Pourtant, les actions issues de ce dispositif ne sont disponibles et négociables qu'au terme d'une période de conservation.

Il en découle deux observations :

D'une part, durant la période d'acquisition les salariés bénéficiaires ne sont pas encore considérés comme des associés, donc, ils ne disposent pas des prérogatives des associés pendant cette période. Ce qui supposerait l'examen de la protection juridique des salariés pendant cette période car ils ne disposeraient, pendant celle-ci, que d'un droit de créance envers la société. Autrement dit, pendant cette période, ils sont réputés être des tiers créanciers de la société. Néanmoins, on ignore la nature de cette créance ; peut-on la qualifier de créance salariale ?

La nature de la créance qui découle de l'attribution gratuite d'actions n'est pas sans conséquence. Elle déterminera si les salariés porteurs sont protégés lors d'une procédure de redressement comme ils le sont pour leurs salaires.

⁴⁵⁶ Art. L. 225-197-3, C. com.

⁴⁵⁷ Art. L. 225-197-1, C. com., mod. ord. n°2020-1142, 16 sept. 2020 - art. 3.

⁴⁵⁸ Art. L. 225-197-3, C. com.

Il faut alors rechercher si les sommes qui servent à financer l'attribution gratuite d'actions sont des créances salariales garanties par le régime de garantie des salaires (AGS⁴⁵⁹).

On peut avancer en ce sens l'idée que l'attribution gratuite d'actions est financée provient de la participation *via* un PEE . Et il est acquis que les sommes issues de la participation et de l'intéressement sont considérées comme une créance salariale garantie par l'AGS⁴⁶⁰ lorsqu'elles sont exigibles le jour du jugement de l'ouverture de la procédure du redressement.

D'autre part, dès le lendemain de la fin de la période d'acquisition, le salarié attributaire advient un associé de la société. À partir de cet instant, il disposerait de toutes les prérogatives d'associés. Pourtant, à la différence des autres actionnaires, le salarié actionnaire n'est pas en droit de céder ses titres avant l'écoulement d'une période de conservation. Il s'ensuit qu'il est exposé à supporter le risque comme les autres actionnaires mais il ne dispose pas des mêmes possibilités de retrait qu'eux ; les actionnaires non-salariés peuvent à tout moment minimiser le risque de pertes en cédant leurs actions. En revanche, les salariés actionnaires, ne le peuvent pendant la période de conservation.

La période de conservation peut être justifiée par les avantages que la société offre aux salariés bénéficiaires (exemple : renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription en leur faveur) ainsi que par l'objectif d'un actionnariat salarié durable.

Par ailleurs, les AGA, à l'instar des stock-options, ne bénéficient pas forcément à la totalité des salariés, elles peuvent être affectées seulement à une catégorie d'entre eux⁴⁶¹. Donc, à la différence du dispositif de la participation qui demeure ouvert à tous les salariés remplissant les conditions d'ancienneté, le dispositif de l'actionnariat salarié (AGA, stock-options) est parfois restreint à certaines catégories de salariés⁴⁶². Cela peut conduire à la naissance de conflits d'intérêts entre les différentes catégories de salariés ; les salariés qui ne bénéficieraient pas d'une AGA pourraient nourrir un sentiment d'injustice par rapport aux salariés bénéficiaires et se défaire de tous sentiments d'appartenance à l'entreprise, se désinvestir dans leur travail, ce qui aurait un effet contreproductif pour l'entreprise.

⁴⁵⁹ Le régime de la garantie de salaire (AGS : association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés) permet de garantir le paiement des sommes dues aux salariés.

⁴⁶⁰ Art. L. 3253-10, C. trav. : « sont également couvertes, lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, les sommes dues aux titres de l'intéressement, de la participation des salariés aux fruits de l'expansion ou d'un fonds salarial »

⁴⁶¹ Art. L. 225-177, al 1 et Art. L. 225-197-1, C. com., mod. ord., n° 2020-1142, 16 sept. 2020, art. 3.

⁴⁶² Art. L. 3221-3 C. trav.

L'AGE ou le CA ne sont pas obligés de faire bénéficier la totalité des salariés de l'attribution gratuite d'actions⁴⁶³. Cela tient à la volonté du législateur de préserver la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, Néanmoins, la question de la discrimination en matière de rémunération demeure posée, lorsque l'attribution gratuite d'actions bénéficie à certaines catégories de salariés car une catégorie ou une autre catégorie peut se trouver discriminée lorsque l'attribution d'actions ne repose pas sur des critères objectifs.

131. Afin de vérifier l'existence ou l'absence de discrimination dans la rémunération, il faut d'une part, analyser la notion de rémunération (sa nature, sa composition, sa portée) pour savoir si l'attribution gratuite d'actions constitue une rémunération au sens de notre droit ou bien constitue un avantage financier qui échappent à la question de la discrimination en matière de rémunération.

Les attributions gratuites d'actions sont considérées comme une rémunération au sens de l'article L. 3221-3 du Code du travail⁴⁶⁴. D'une part, parce que l'attribution gratuite d'actions découle d'un contrat du travail. D'autre part, les actions acquises de la sorte sont un avantage particulier⁴⁶⁵. Ce dernier est considéré comme un élément de rémunération soumis à cotisations. Nous constatons que l'avantage offert par l'AGA est la décote opérée par rapport au cours de l'action, il s'agit bien d'un avantage financier en nature.

Après avoir admis que l'avantage découlant de l'attribution gratuite d'actions constitue une rémunération, qui n'est pas réservé aux salariés mais qui peut être affectée aux mandataires sociaux qui ne sont pas des salariés, on peut rechercher les hypothèses d'une éventuelle discrimination entre les différentes catégories salariales selon qu'ils ont bénéficié ou non du dispositif de L'AGA. L'existence d'une discrimination implique la nullité de la décision de l'attribution gratuite d'actions⁴⁶⁶.

La Cour de cassation⁴⁶⁷, dans l'idée qu'« à travail égal, rémunération égale », décide que « ne constitue pas une mesure discriminatoire le fait pour un employeur de subordonner l'octroi

⁴⁶⁴ Art. L. 3221-3 C. trav. : « constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ».

⁴⁶⁵ BOI-RSA-ES-20-10-20-50 ; RM Baeumler n° 50871, JOAN, 14 mai 2001, p. 2810.

⁴⁶⁶ Art. L. 3221-7, C. trav. : « est nulle de plein droit toute disposition figurant notamment dans un contrat de travail, une convention ou accord collectif de travail, un accord de salaires, un règlement ou barème de salaires résultant d'une décision d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs et qui, contrairement aux art. L. 3221-2 à L. 3221-6, comporte, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle de salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale.

⁴⁶⁷ Cass. soc., 18 mai 199, n° « 98-40.201 », *Dr. Soc.* 199. 747, obs. Radé.

d'un avantage en nature, résultant d'un engagement unilatéral de sa part, à des conditions particulières, dès lors que tous les salariés de l'entreprise peuvent bénéficier, dans les mêmes conditions, de l'avantage accordé ». Les règles gouvernant l'octroi de ces avantages doivent être préalablement définies et contrôlables⁴⁶⁸.

Le législateur incite les entreprises désireuses d'affecter une partie significative (jusqu'à trente pour cent) du capital à leurs salariés à condition que celles-ci fassent bénéficier l'ensemble des salariés du plan de l'AGA.

Dans la loi, l'employeur n'est pas tenu de s'appuyer sur des critères objectifs pour déterminer les bénéficiaires de l'AGA. Il suffit qu'il fixe des conditions particulières d'octroi de l'attribution gratuite d'actions pourvu qu'elles soient préalablement définies et contrôlables. Dans ce cas les critères de la qualification professionnelle et l'ancienneté ne sont pas les seuls critères (conditions) légitimes de détermination des bénéficiaires de l'attribution. Il peut s'agir aussi du temps de présence dans l'entreprise. Mais dans cette hypothèse, il pourrait y avoir un risque de discrimination indirecte vis-à-vis des salariés à temps partiel. En effet, poser des conditions particulières arbitraires pourrait s'avérer contraire aux critères objectifs, imposés par le droit national et européen applicable à la détermination du salaire, La CJCE opère, pour caractériser une discrimination indirecte, une analyse casuistique en tenant en compte des circonstances socio-économiques. C'est ainsi qu'elle a pu constater que la différence de rémunération entre les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe, dès lors qu'elle relevait que la majorité des emplois à temps partiel étaient occupés par des

Nous craignons que l'attribution gratuite d'actions à une catégorie professionnelle notamment celle des cadres puisse accentuer la différence de rémunération globale entre les hommes et les femmes.

132. En outre, en cas de fusion de sociétés on peut s'interroger sur le devenir des droits de créances des salariés attributaires d'actions gratuites sur la société pendant la période d'acquisition. Si ces créances salariales sont personnelles et incessibles, il faudrait en conclure qu'elles devraient être remboursées par la société avant toute opération de fusion. On pourrait également admettre de lever l'incessibilité de ces créances pendant la période d'acquisition ; dans ce cas, le salarié perd le bénéfice des avantages sociaux et fiscaux.

⁴⁶⁸ Cass. soc., 18 janv. 2000, n° « 98-44.745 », *D.* 2000, IR 118 ; *Dr. Soc.* 2000. 436, obs. Radé.

Ainsi, la créance des salariés ne s'exercerait plus contre la société absorbée mais contre la société absorbante.

133. Par ailleurs, les sociétés non cotées se heurtent au problème d'évaluation du prix de la part sociale et le contrôle de sa valeur comme c'est le cas des actions cotées dont la valeur des titres est contrôlée par une réglementation stricte et par une institution de contrôle des marchés financiers, l'AMF. Ce problème est transposable au PME mais on peut surmonter cette difficulté si les salariés adhérents au PEE acquièrent des titres de SICAV, car ces derniers sont des sociétés anonymes qui investissent en valeurs mobilières négociables sur un marché réglementé.

134. En outre, l'obligation de représentation des actionnaires salariés dans les organes de direction forme une contrainte à l'actionnariat salarié. Elle peut dissuader certains associés d'y procéder.

Lorsque les salariés actionnaires détiennent plus de trois pour cent du capital, il incombe à la société de désigner un mandataire social dans ses organes de direction. La nullité frappant la violation de cette obligation n'est pas prévue expressément par le législateur. Les délibérations du conseil d'administration dans lequel aucun actionnaire salarié n'aurait été désigné sont nulles⁴⁶⁹. Les associés soucieux d'être contraints à désigner des actionnaires salariés en tant qu'administrateurs se dissuadent d'intégrer le salarié dans le capital de la société.

Une attribution gratuite d'actions (AGA) pourrait conduire à faire siéger des salariés dans les conseils d'administration. Cette crainte pourrait donc s'avérer dissuasive.

Nous serions donc tentés de suggérer la suppression de ce seuil de trois pour cent ou bien de le remplacer par un seuil qui ne porte pas sur le pourcentage de la part du capital détenue par les salariés. On peut fixer ce pourcentage en fonction de la taille de l'entreprise (du nombre de salariés de l'entreprise).

Cette solution permettrait de concilier l'association des salariés au capital de la société et leur représentation au sein des organes de direction.

135. Il existe néanmoins des mécanismes d'incitations fiscales et des aménagements destinés à ne pas faire perdre le bénéfice de l'intégration fiscale à l'occasion d'augmentations du capital réservées aux salariés.

⁴⁶⁹ S. Le men-tenailleau, *LPA* 08 fév. 2007, n° 29 - p. 17.

Du point de vue fiscal, les AGA bénéficient de certains avantages :

À l'égard de la société :

Sur le plan social, il est institué au profit de la caisse nationale des allocations familiales, une contribution due par les employeurs sur les actions gratuite d'actions et sur les stock-options⁴⁷⁰ mais les sociétés mettant en œuvre une attribution gratuite d'actions bénéficient de la déductibilité des charges et des moins-values résultant de cette opération⁴⁷¹.

L'attribution gratuite d'actions à émettre ne peut être susceptible de dégager une moins-value déductible du résultat fiscal⁴⁷².

Sont admises comme charges déductibles pour la détermination du résultat imposable de la société⁴⁷³ :

Les frais de rachat des titres destinés à être remis aux salariés ;

Les frais de l'augmentation du capital lorsque l'attribution porte sur des actions à émettre ;

Les frais de gestion des actions rachetées ou émises jusqu'à la date de leur attribution définitive aux salariés ;

Les charges exposées du fait de l'acquisition définitive des titres par les salariés, rémunération des intermédiaires, impôt sur les opérations de bourse, frais entraînés par les inscriptions au registre des opérations.

À l'égard des salariés et mandataires sociaux bénéficiaires de l'AGA :

Sur le plan social, il est institué au profit de la caisse nationale des allocations familiales (CNAF) une contribution salariale de dix pour cent assises sur le montant des avantages⁴⁷⁴.

L'impôt sur le revenu :

Lorsque les deux périodes d'acquisition des droits et de conservation d'actions ne sont pas effectivement respectées, les avantages qui résultent pour les salariés et mandataires sociaux bénéficiaires de l'attribution gratuite d'actions constituent un complément de salaires imposables dans les conditions de droit commun⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Art. L. 137-14, CSS.

⁴⁷¹ Art. 217, quinquies, CGI.

⁴⁷² Instr. préc.

⁴⁷³ Instr. préc.

⁴⁷⁴ Art. L. 137-14, CSS.

⁴⁷⁵ Rép. min. n° 149 : JOAN Q 14 mai 2001, p. 2810.

En ce qui concerne l'avantage résultant de l'attribution gratuite d'actions, le 6 bis de l'article 200, A, du Code général des impôts prévoit que l'avantage résultant de l'attribution est assujéti au taux forfaitaire de trente pour cent, sauf lorsque le contribuable opte pour le barème de l'IRPP. L'imposition selon l'option est sans incidence sur la nature des prélèvements sociaux auxquels le bénéficiaire est assujéti⁴⁷⁶.

L'avantage est soumis aux prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine, à la contribution au remboursement de la dette sociale, au prélèvement social et à la contribution additionnelle⁴⁷⁷.

Signalons enfin que les moins-values réalisées le cas échéant en cas de cession des actions gratuites sont déductibles de l'assiette imposable selon les règles du 6 bis art 200 A CGI.

Régime des taxes et participations assises sur les salaires :

136. Sur le plan social, l'avantage « gain d'acquisition » est exclu de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale si l'attribution gratuite d'actions est effectuée conformément aux dispositions des articles L 225-197-1 à L 225-197-1 du Code de commerce et si l'employeur notifie à l'URSSAF l'identité des salariés et mandataires sociaux bénéficiaires de l'AGA, ainsi que le nombre et la valeur des actions attribuées à chacun d'entre eux, à défaut, l'employeur est tenu au paiement de la totalité des cotisations sociales, y compris pour leur part salariale⁴⁷⁸.

Cet avantage n'est pas soumis à la taxe sur les salaires, à la taxe d'apprentissage et aux participations des employeurs au développement de la formation professionnelle continue et à l'effort de construction.

L'intégration fiscale :

137. Les conditions de l'intégration fiscale pourraient dissuader les holdings et les groupes de société à procéder à une augmentation du capital réservée aux salariés.

L'intégration fiscale est possible dès lors que la société mère détient quatre-vingt-quinze pour cent ou plus du capital de ses filiales⁴⁷⁹. Il en résulte qu'une détention importante des actions par les salariés de la société peut priver les groupes de société de bénéficier de l'intégration fiscale qui leur est incontestablement avantageuse.

⁴⁷⁶ Instr., 10 novembre 2006, BOI 5F-17-06.

⁴⁷⁷ Instr. préc.

⁴⁷⁸ Instr. préc.

⁴⁷⁹ Art. 223 A, CGI.

En 2007⁴⁸⁰, Le législateur conscient de la question, a mis en place un dispositif permettant d'exclure les titres détenus par les salariés dans le cadre de l'actionnariat salarié du calcul du pourcentage de détention de quatre-vingt-quinze pour cent⁴⁸¹. Le pourcentage de détention s'entend de la détention en pleine propriété de quatre-vingt-quinze pour cent des droits à dividendes et de 95% des droits de vote⁴⁸².

Néanmoins, afin que les titres attribués aux salariés soient exclus du calcul du pourcentage de détention, ils ne doivent pas excéder dix pour cent du capital social⁴⁸³. Les titres visés par le législateur sont les ceux attribués aux salariés dans le cadre d'un PEE, de stock-options et d'attribution gratuites d'actions.

Les BCE devraient également être exclue du calcul du pourcentage de la détention, tout au moins si l'intention du législateur est d'encourager l'actionnariat salarié par le biais de ces bons.

Toutefois, la doctrine fiscale⁴⁸⁴ considère que ceux-ci doivent être pris en compte pour l'appréciation du seuil de détention de quatre-vingt-quinze pour cent.

Plusieurs raisons justifient néanmoins cette position. En effet, les BCE sont des valeurs mobilières donnant accès au capital⁴⁸⁵ et ne sont par conséquent pas des titres de capital, ce qui les exclut du pourcentage de détention. En outre, les titres à exclure du calcul du pourcentage de détention sont limitativement énumérés par la loi⁴⁸⁶.

2 - Les limites du régime juridique des stock-options :

138. Il convient de prime abord de présenter les stock-options avant de relever leurs limites.

Les stock-options sont une pratique ancienne aux États-Unis. En France, la loi du 31 décembre 1970⁴⁸⁷ et le décret du 7 juin 1971⁴⁸⁸ présentaient les premiers traits du régime des options.

⁴⁸⁰ D. n° 2007-484, 30 mars 2007, portant incorporation au CGI de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce Code, art 1, JORF 31 mars 2007.

⁴⁸¹ Art. 223 A, CGI.

⁴⁸² Art. 223 A, al. 6, CGI.

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ Dictionnaire permanent gestion fiscale. Intégration fiscale, disponible sur la base de données ELNET.

⁴⁸⁵ Art.163 bis G, CGI; art. L. 228-91 et L. 228-92 C. com.

⁴⁸⁶ Dictionnaire permanent gestion fiscale. Intégration fiscale, disponible sur la base de données ELNET.

⁴⁸⁷ L. n° 70-1322, 31 déc. 1970, relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'action au bénéfice du personnel des sociétés.

Il faut distinguer deux types de stock-options : l'option de souscription d'actions et l'option d'achat d'actions. L'option de souscription d'actions est un droit individuel permettant à un salarié ou un mandataire social de souscrire une action nouvellement émise. En revanche, l'option d'achat d'actions permet d'acquérir des actions anciennement souscrites et préalablement créées par la société émettrice.

L'option de souscription et d'achat d'actions ne porte pas sur des valeurs mobilières ; les droits qu'elle confère ne sont pas négociables. Elle ne constitue pas une forme de prime calculée à partir de l'évolution des cours de bourse. Elle se distingue des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise, des valeurs mobilières donnant accès au capital ainsi que de l'attribution gratuite d'actions.

L'assemblée générale extraordinaire est à l'origine de la mise en œuvre des options de souscription d'actions. Elle peut autoriser, sur le rapport du conseil d'administration et sur le rapport spécial du commissaire au compte, le conseil d'administration ou le directoire à consentir au bénéfice des salariés des options donnant droit à la souscription d'actions⁴⁸⁹. Elle fixe un délai pendant lequel cette autorisation peut être utilisée, ce délai ne pouvant être supérieur à 38 mois au lieu de 5 ans antérieurement à 2001⁴⁹⁰.

Le conseil d'administration fixe les conditions dans lesquelles seront consenties les options et le prix de souscription au jour où l'option est consentie⁴⁹¹. Si les actions de la société ne sont pas admises en négociation sur un marché financier le prix est déterminé conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions en tenant compte de certains critères. À défaut, le prix de souscription est déterminé en divisant par le nombre de titres existants le montant de l'actif net réévalué d'après le bilan le plus récent. Si les actions de la société sont admises en négociation sur un marché réglementé, le prix de souscription ne peut être inférieur à quatre-vingts pour cent de la moyenne des cours cotés à la vingtième séance de bourse précédant ce jour.

⁴⁸⁸ D. n° 71-418, 7 juin 1971, relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'action au bénéfice du personnel des sociétés.

⁴⁸⁹ Art. L. 225-177, C. com.

⁴⁹⁰ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n° 13, 16 mai 2001.

⁴⁹¹ L. préc.

L'autorisation donnée par l'assemblée générale extraordinaire comporte, au profit des salariés, renonciation expresse des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription d'actions⁴⁹².

L'augmentation du capital résultant de ces levées d'options n'exige ni la mise en œuvre des formalités de publicité, ni la libération obligatoire du montant de la souscription à hauteur du ¼ de la valeur nominale et la totalité de la prime d'émission. Elle est définitivement réalisée par la déclaration de levée d'option, accompagnée du bulletin de souscription et du paiement en numéraire ou par compensation avec les créances, de la somme correspondante⁴⁹³.

Particularité de l'émission de stock-options : L'AGE est le seul organe compétent pour décider une augmentation du capital⁴⁹⁴, or, ledit organe peut déléguer cette compétence au conseil d'administration ou au directoire⁴⁹⁵. Lorsque l'AGE décide seule l'augmentation du capital, sans déléguer cette compétence à l'organe de direction, elle peut déléguer à ce dernier le pouvoir de fixer les modalités d'émission de titres⁴⁹⁶. Néanmoins, dès lors que l'AGE délègue sa compétence pour décider de l'augmentation de capital au CA, elle fixe la durée de la délégation (qui ne doit pas en principe excéder 26 mois) et le plafond global de l'augmentation⁴⁹⁷.

L'augmentation du capital par émission d'options de souscription et d'achat d'actions figure parmi celles qui doivent faire l'objet de résolutions particulières lorsque l'assemblée générale extraordinaire a délégué sa compétence à cet effet⁴⁹⁸. En sus de la délégation de la compétence globale applicable aux augmentations du capital par émission de stock-options, l'autorisation du pouvoir de consentir des stock-options doit faire l'objet d'une résolution autonome de l'assemblée⁴⁹⁹ ; en revanche, lorsque les dispositions du Code de commerce relatives à certaines résolutions particulières prévoient des dispositions spécifiques contraires à celles de l'article L. 225-129-2, ces dispositions spécifiques s'imposent⁵⁰⁰.

⁴⁹² Art. L. 225-178, al. 1, Ibid.

⁴⁹³ Art. L. 225-178, al. 2, Ibid.

⁴⁹⁴ Art. L. 225-129, Ibid.

⁴⁹⁵ Ibid.

⁴⁹⁶ Art. L. 225-129-1, Ibid.

⁴⁹⁷ Art. L. 225-129-2 al. 1, Ibid.

⁴⁹⁸ Art. L. 225-129-2 al. 2, Ibid.

⁴⁹⁹ Art. L. 225-129-2, al. 3, Ibid.

⁵⁰⁰ P.Y. Chabert, « Les augmentations de capital après l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *BJC*, Lextenso 01 août 2004, n° 8, p. 1023.

Par exception, lorsque l'AGE délègue sa compétence d'augmenter le capital, par émission de stock-options, au conseil, le délai de vingt-six mois ne s'applique pas⁵⁰¹. Si le délai (5ans) prévu au second alinéa de l'article L. 225-129 du C. com. ne s'applique pas aux augmentations du capital par émission de stock-options, rien ne nous permet de déduire que le délai de 26 mois est inapplicable à la délégation globale de compétence pour émettre des stock-options.

En revanche, il est évident que le délai pendant lequel le conseil CA use de l'autorisation de consentir des stock-options ne doit être supérieur à 38 mois⁵⁰².

À l'issue de cette présentation des stock-options, il convient de citer quelques limites :

139. Comment les actionnaires devraient renoncer à l'exercice de leur droit préférentiel de souscription en cas d'émission des stock-options ?

Les modalités de la renonciation au droit préférentiel de souscription suscitent des questions de mise en œuvre auxquelles la jurisprudence a apporté quelques réponses.

L'article L. 225-178 prévoit que l'autorisation donnée par l'AGE au conseil d'administration de consentir des options au bénéfice du personnel ou d'une catégorie de celui-ci emporte renonciation au droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires⁵⁰³.

La question qui se pose porte sur les modalités de suppression du droit préférentiel de souscription ?

La question a fait l'objet d'une réponse de la part de la jurisprudence à l'occasion d'un litige portant sur une augmentation du capital réservée aux salariés Dans cette espèce, l'annulation de l'augmentation de capital a été prononcée car la suppression du droit préférentiel de souscription n'était pas à l'ordre du jour bien qu'elle ait fait l'objet d'un vote dans une résolution autonome⁵⁰⁴.

Au fond, l'augmentation du capital réservée aux salariés implique la suppression du droit préférentiel de souscription au sens de l'article L. 228-138.

Le droit prétorien exige donc que la question de se prononcer sur la suppression du droit préférentiel de souscription soit, à peine de nullité, inscrite à l'ordre du jour. On peut

⁵⁰¹ Art. préc.

⁵⁰² Art. L. 225-177, al. 1, C. com.

⁵⁰³ Art. L. 225-178, C. com.

⁵⁰⁴ Cass. com., 25 sept. 2012, n° « 11-17256 », SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F, voir aussi : note R. Mortier, « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC* 01 déc. 2012, n° 12, p. 847 ; « Rappel de l'importance de l'ordre du jour », *Gaz. Pal.* 26 janvier 2013, n° 026, note B. Dondero.

néanmoins s'interroger sur la portée de cette exigence. En effet, l'article L. 225-178 prévoit que lorsque l'AGE autorise le conseil d'administration à attribuer des options, cela emporte renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription.

Quoique, l'expression « l'AGE peut supprimer le droit préférentiel de souscription » employée par l'article L.228-138 révèle l'obligation de l'AGE de se prononcer sur la suppression du DPS dans une résolution indépendante. Il nous semble que lorsque l'AGE autorise le conseil d'administration d'attribuer des options, cela emporte automatiquement renonciation des actionnaires à leur DPS.

Il en résulte que l'AGE n'est pas tenu de se prononcer sur la suppression de leur DPS car le vote de l'attribution gratuite d'actions suffit à démontrer la volonté des associés de renoncer à leur droit préférentiel de souscription. Dans ce cas, l'inscription de la question de cette suppression à l'ordre du jour imposée par la jurisprudence ne devrait plus se poser.

Il n'est cependant pas anodin d'inviter le législateur à préciser les conditions de renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription afin d'éviter le risque de nullité susceptible de frapper l'augmentation du capital via l'attribution de stock-options.

On constate des difficultés d'évaluation du prix de l'offre de cession des actions résultant des options lorsqu'elles sont consenties par une société non cotée, et cela pour deux raisons : d'une part, il est difficile de déterminer le cours des actions en l'absence de cotation en bourse ; d'autre part, les salariés peuvent se voir prisonniers de leurs titres si la société ne prévoit pas un engagement de rachat⁵⁰⁵.

Les stock-options à la différence de l'attribution gratuite d'actions sont attribuées aux salariés à un prix fixé d'avance et généralement avantageux. On ne peut exclure, notamment lorsque les actions acquises ne peuvent être cédées dès la levée d'option, un risque de dépréciation ou de moins-value pour les salariés bénéficiaires de stock-options.

Les stock-options à l'instar des attributions gratuites d'actions ne sont pas attribuées à la totalité des salariés mais à une catégorie d'entre eux et essentiellement aux cadres et dirigeants sociaux.

⁵⁰⁵ R. Foy, « options de souscription et d'achat d'actions : stock-options », *Rép. soc.* janvier 2015, 21.

On notera également que la situation des attributaires pourrait être compromise par un coup d'accordéon. Un auteur propose que les porteurs doivent exercer les droits de souscription par anticipation⁵⁰⁶.

La qualification de l'avantage tiré par les salariés de la souscription ou de l'achat de l'action est sujet de discussion.

La jurisprudence⁵⁰⁷ et le Code général des impôts qualifient les plus-values résultant de la cession des « actions sous-option » de complément de salaires, de ce point de vue, on peut assimiler les options à une rémunération.

D'autres⁵⁰⁸, affirment que l'option n'est pas un complément de rémunération, car elle ne serait pas la contrepartie d'un travail effectué mais la chance d'un gain futur, reposant sur la valorisation des actions acquises de la sorte. Cet aléa ne permet pas de qualifier les stock-options de rémunération

L'option de souscription d'actions est l'équivalent en droit commun d'une promesse unilatérale de vente, cette promesse accorde un droit strictement personnel non cessible portant sur l'acquisition d'une action⁵⁰⁹.

Si initialement, la pratique des stock-options été réservée aux cadres d'entreprise et mandataires sociaux. Celle-ci s'est aujourd'hui généralisée et profite à une partie importante des salariés. Cela change complètement la nature de ce mécanisme.

L'association des salariés au capital de la société à travers l'attribution des stock-options est limitée par le législateur. Ainsi les actions détenues par les salariés à l'occasion de l'attribution des stock-options ne doivent pas représenter plus de dix pour cent du capital social.

140. La protection des porteurs en cas d'émission d'option d'achat d'actions : L'option d'achat est distincte de l'option de souscription d'actions. La première n'entraînerait pas une modification des statuts. La société procède au rachat de ses propres actions en vue de les céder aux porteurs de stock-options, sans émettre de nouvelles. Cette opération n'implique pas

⁵⁰⁶ J. DEVESE, A. COURET, « titres et marchés ingénierie financière paiement crédit garanties du crédit », *Le Lamy droit du financement*, éd. Lamyline, 564.

⁵⁰⁷ Paris, 17 nov. 1992, *Bull. Joly* 1993. 443, note Caussain ; *Rev. soc.* 1993. 813, note Le Cannu ; CAA Versailles, 3^{ème} ch., 21 juil. 2015, n° 12VE02703, Inédit au recueil Lebon.

⁵⁰⁸ R. Foy, « Option de souscription et d'achat d'actions », *Rép. soc.* janvier 2015 (actualisation avril 2015).

⁵⁰⁹ Réponse ministr. JOAN 18 juin 2001, p. 3530 à la Q. n° 58031, JOAN 19 fév. 2001.

une augmentation du capital et par conséquent n'engendre absolument pas une éventuelle modification des statuts.

Cependant, l'article R. 225-138 C. Com prévoit, lorsque le prix d'acquisition est supérieur au cours de bourse, un ajustement du nombre d'actions au cas où la société rachète ses propres actions. Malheureusement, ledit article n'a réellement pas une vocation protectrice des porteurs des options d'achat d'actions des sociétés non cotées.

141. La protection des porteurs de stock-options en cas d'émission d'options de souscription de: L'article R. 225-138 du Code de commerce prévoit en cas d'existence de stock-options, l'ajustement d'actions en cas de rachat de la société de ses propres actions à un coût d'acquisition supérieur aux cours de bourse. À la vérité, ledit article ne protège pas les porteurs de stock-options dans la mesure où l'OPRA⁵¹⁰ entraîne en principe une hausse de la valeur nominale de l'action. L'ajustement est alors une conséquence logique de l'opération d'OPRA.

⁵¹⁰ Offre publique de rachat d'actions consiste en ce qu'une société rachète ses propres actions.

§ 2 - Les limites de l'actionnariat salarié en fonction de l'affectation de l'épargne salariale

142. Le plan épargne d'entreprise peut être investi directement dans l'augmentation du capital de la société qui a mis en place le plan ou bien il peut être investi indirectement dans l'acquisition de parts ou de titres des FCP et des SICAV.

Le fonds d'épargne salariale est classé parmi les fonds d'investissement alternatifs, il est le complément indispensable d'un plan d'épargne salariale. C'est un instrument de gestion des sommes affectées aux réserves de participation, celles affectés à un plan épargne salariale ainsi que celles issues des abondements de la société employeur. Il existe deux formes de fonds d'épargne salariale : les fonds communs de placement d'entreprise (FCPE) et les sociétés d'investissement à capital variable d'actionnariat salarié (SICAVAS).

La SICAVAS (créées par la Loi n° 2001-152, 19 fév. 2001 : JO, 20 fév.) se distingue du FCPE sur trois points :

D'abord, celui du capital social minimum et la taille de la société. En effet, le capital minimum requis pour la création d'une SICAV ne peut être inférieur à trois cent mille euros⁵¹¹, contrairement au capital minimum prescrit pour les FCP qui est de 400.000 euros.

Ensuite, Les sociétés d'investissement à capital variable émettent des actions qui donnent à leurs titulaires la qualité d'actionnaires ayant un droit de vote dans les assemblées des sociétés incluses dans le portefeuille de la SICAV. A l'opposé de ces dernières, les FCP émettent des parts aux porteurs. Ces derniers ne sont pas des actionnaires, sont par conséquent copropriétaires du portefeuille des valeurs mobilières que le fonds de placement gère.

Enfin, le FCP, contrairement à la SICAV, se spécialise dans une activité spécifique ou un pays en particulier, ce qui fait dépendre la valeur de ses parts de la prospérité ou le déclin de l'activité ou le marché dans lesquels s'est spécialisé.

Dans les deux structures, l'intérêt des investisseurs est de réaliser une plus-value lors de la cession de leurs titres à une valeur plus élevée que leur valeur d'achat.

Or, la « capitalisation du travail » devrait permettre aux salariés de détenir une fraction du capital social de leur société ou des parts du FCP et des titres de la SICAV.

⁵¹¹ Art. D. 214-3, CMF.

La « capitalisation directe » de l'épargne salariale correspond à l'augmentation du capital social de l'entreprise par l'acquisition ou la souscription par les salariés des titres de leur entreprise, sans un éventuel recours à l'achat de titres d'OPCVM.

La « capitalisation indirecte » consiste à l'achat par les salariés de parts des fonds communs de placements ou des titres des SICAV qui seront destinés à être investis tantôt, dans l'acquisition ou la souscription d'actions de l'entreprise qui a mis en place le plan ; tantôt, dans la souscription ou l'achat de titres d'autres entreprises.

L'investissement dans les actions de l'entreprise qui a mis en place le plan dépend de la nature du plan de placement auquel a été affectée la participation des salariés. En effet, dans le cas d'une affectation des sommes de participation à un plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO), celui-ci ne sera destinée ni à une « augmentation directe » du capital de la société qui a mis en place le plan, ni à une « augmentation indirecte » du capital social à travers la détention de titres d'OPCVM destinés à être investis dans le capital social de la société, hormis dans une faible proportion. Alors que le PEE peut être partiellement investi dans l'acquisition ou la souscription de titres de l'entreprise qui a mis en place le plan.

Le PEE permet un « actionnariat salarié interne » tandis que le PERCO vise simplement à permettre un investissement, ou plus concrètement des placements sur des titres à faibles rendements et dont le taux de volatilité boursière assez constant.

En outre, même dans l'hypothèse d'une « capitalisation indirecte »⁵¹² nous relevons certaines limites liées à la nature des parts sociales de la SARL ou de Sociétés commerciales de personnes. En effet, ces parts sociales ne sont pas des valeurs mobilières au sens du Code monétaire et financier. Certes, certains fonds communs de placement d'actionnariat salariés ou de fonds communs de placement à risque ou bien les sociétés de capital-risque et les sociétés unipersonnelles d'investissement à risque peuvent détenir le capital des PME notamment des parts de SARL. Mais, la majorité des OPCVM ne peuvent détenir les parts sociales de la SARL et des sociétés commerciales de personnes.

143. En dépit de l'exhaustivité des règles régissant le régime juridique de la participation financière des salariés au résultat social, celui-ci ne facilite pas l'association du travail des salariés au capital social de leurs entreprises.

⁵¹² C'est l'hypothèse d'une augmentation du capital social à travers l'achat par les salariés des parts de FCPE ou de titres de SICAV destinés à être investies dans le capital de la société.

En effet, Le PEE et le PERCO sont investis dans l'acquisition des titres des véhicules de placement et d'investissement notamment les fonds communs de placement et les SICAV, ce qu'on dénomme communément les OPCVM. Le PEE peut également, dans une moindre mesure, être investi dans l'achat des titres de l'entreprise qui a mis en place le plan.

Donc, l'épargne salariale n'est pas forcément destinée à être investie dans le capital de la société qui a mis en place le plan, et lorsque c'est le cas, cet investissement intervient dans une moindre mesure. En somme, l'association des salariés au capital social de leurs entreprises se trouve affaiblie.

Certes, le législateur permet aux entreprises d'affecter le PEE à une augmentation du capital social de l'entreprise. Cependant, cela n'est pas possible en toutes circonstances. C'est le cas lorsque les sommes de participation sont affectées à un PERCO destiné à acquérir des titres et parts d'OPCVM. Il faut d'ailleurs souligner que, lorsque le salarié ne demande pas le versement en tout ou partie des sommes dans un délai légal ou qu'il ne décide pas de les affecter dans un PEE, la moitié est affectée à un Perco et l'autre moitié est affectée dans les conditions prévues par l'accord de participation⁵¹³.

La fraction de la quote-part affectée à un PERCO est investie⁵¹⁴ dans les organismes de placement collectif en valeurs mobilières présentant différents profils d'investissement.

En principe, le PERCO est investi dans l'acquisition :

- de titres émis par des SICAV (régies par l'article L. 214-7 du CMF) ;
- d'actions émises par les sociétés constituées exclusivement pour le rachat de tout ou partie du capital d'une entreprise à condition que la société rachetée et la société créée soient soumises à l'IS⁵¹⁵ et que la société rachetée exerce une activité industrielle, commerciale, professionnelle ou agricole possédant au moins dix salariés au cours de chacune des deux années qui précèdent le rachat. Les droits de vote attachés aux actions ou aux parts de la société nouvelle doivent être détenus pour plus de la moitié par les personnes qui, à la date du rachat, sont salariés de la société rachetée ;
- d'actions émises par des sociétés constituées exclusivement pour le rachat de tout ou partie du capital d'une société.

⁵¹³ Art. L. 3324-12, C. trav.

⁵¹⁴ Selon les conditions de l'art. L. 3334-11, C. trav.

⁵¹⁵ Art 220, quater A, II, CGI.

Alors, deux problèmes de nature à compromettre l'association des salariés au capital de leur entreprise se posent.

En premier lieu, l'affectation des sommes issues de la participation des salariés à un PERCO ne facilite pas leur association au capital de leurs entreprises puisque le PERCO est dédié, sauf dans une mesure, à être investi dans l'acquisition des titres ou parts d'OPCVM dont le portefeuille est composé de valeurs mobilières très diverses et donc différentes de celles de l'entreprise qui a mis en place le plan.

De surcroît, le plan épargne pour la retraite collective ne peut pas prévoir l'acquisition de parts de fonds commun de placement d'entreprise dont plus du 1/3 de l'actif serait composé de parts ou titres émis par l'entreprise ou de toute entreprise liée à elle⁵¹⁶, ni d'actions de sociétés d'investissement à capital variable d'actionnariat salarié (SICAVAS)⁵¹⁷.

Lorsque le plan prévoit l'acquisition de parts de fonds commun de placement, ces fonds ne peuvent détenir plus de dix pour cent de titres non cotés sur le marché financier ou dix pour cent de titres de l'entreprise qui a mis en place le plan ou des sociétés qui lui sont liées.

En revanche, cette limitation n'est pas valable lorsque le fonds est investi dans l'acquisition des titres des fonds ouverts à des investisseurs non professionnelles comme le fonds d'investissement à vocation générale, le fonds de capital investissement, organisme de placement collectif immobilier, fonds de fonds alternatifs ou bien des titres des fonds ouverts à des investisseurs professionnelles⁵¹⁸.

Certes, la diversification des portefeuilles des FCP est justifiée par la volonté de minorer les risques d'investissement. Pour mieux contrôler ces risques, les FCP investissent dans l'achat des actions cotées sur le marché financier lequel est contrôlé par une autorité de contrôle (AMF). Cependant, le taux de rentabilité des placements dans ces véhicules financiers est médiocre et entraîne des frais de gestion.

En somme, le PERCO n'est pas destiné à la participation des salariés au capital social de leurs entreprises, il est destiné principalement à être investi sur le marché financier. Étant donné que les salariés ne sont pas forcément des actionnaires de l'entreprise qu'elle les emploie, il est difficile d'aboutir à une corrélation positive entre cette forme d'investissement salarié et la performance de l'entreprise.

⁵¹⁶ Art. L. 3334-12 et L. 214-165, CMF.

⁵¹⁷ Art. L. 3334-12, al. 1, C. trav.

⁵¹⁸ Art. L. 3334-12, al. 2, C. trav.

Pour en terminer sur ce point, ajoutons que l'entreprise qui offre ce type de placement à ses salariés n'en profite pas directement dans la mesure où les sommes investies ne sont pas dédiées à l'acquisition ou la souscription des parts sociales ou actions de la société qui a mis en plan le plan.

144. En second lieu, l'article L. 3324-12 du Code du travail prévoit, au cas où le salarié n'opte ni pour le versement immédiat des sommes de la participation, ni pour leur affectation à un PEE, que la moitié de ces sommes est affectée à un PERCO et l'autre moitié est affectée dans les conditions prévues par l'accord de participation.

Certes, le législateur a laissé place à l'autonomie de la volonté, mais il est rare que la deuxième moitié soit affectée à l'« augmentation directe » du capital de la société pour que celle-ci en tire avantage et permette une économie de frais de gestion.

Cela dit, les sommes issues de la participation peuvent être affectées à un PEE. Le Code du travail prévoit que l'employeur peut procéder à une augmentation du capital réservée aux adhérents d'un PEE⁵¹⁹.

Un constat s'impose, les règles qui régissent les PEE et les PERCO ne sont pas de nature à faciliter l'association des salariés au capital de leurs entreprises.

Une autre limite à l'association des salariés au capital de la société qui a mis en place le plan, doit être signalée. La loi prévoit en effet une période d'indisponibilité des sommes de participation relativement longue en l'absence d'accord de participation puisque les salariés demeurent pendant huit ans porteurs de parts d'intérêts et non pas des associés de l'entreprise.

Le Code du travail prévoit une période d'indisponibilité des droits attachés à la participation dans l'objectif de permettre un actionariat salarié durable. Les droits à la réserve de participation sont négociables ou exigibles à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du premier jour du sixième mois suivant l'exercice au titre duquel les droits sont nés sauf si le salarié demande le versement de tout ou partie des sommes correspondantes⁵²⁰. Cette demande doit être formulée dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une lettre recommandée avec accusé de réception l'informant du montant qui lui est attribué et du montant dont il peut demander en tout ou partie le versement⁵²¹.

⁵¹⁹ Art. L. 3332-18, C. trav.

⁵²⁰ Art. L. 3324-10, C. trav.

⁵²¹ Art. R. 3324-21-1, C. trav.

Le délai légal d'indisponibilité des droits, en l'absence d'accord de participation, est de huit ans. Lorsque ces droits à participation sont affectés, au cours ou à l'issue de la période de blocage, à un PEE, ce délai d'indisponibilité commun de ces sommes au moment de l'affectation s'impute sur la durée de blocage prévue par le PEE.

Nous sommes en présence de deux hypothèses :

Première hypothèse : en présence d'accord de participation :

Soit le salarié opte pour la disponibilité immédiate des sommes issues de la participation ; soit le délai légal de cinq ans s'applique.

Les droits des salariés (sur les primes de participation) seront exigibles ou négociables à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du premier jour du sixième mois suivant l'exercice au titre duquel les droits sont nés, sauf si le salarié demande un versement anticipé de tout ou partie de sa participation⁵²². En effet, les salariés peuvent opter pour un paiement anticipé dans les cas suivants : mariage ou pacs, naissance ou adoption dès lors que le foyer compte déjà au moins 2 enfants à charge, divorce ou séparation, ou dissolution d'un Pacs, l'invalidité de l'intéressé ou de ses enfants ou de son conjoint ou de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, le décès de l'intéressé ou de son conjoint, ou de son partenaire lié par un Pacs, la rupture du contrat de travail⁵²³.

La demande du salarié de la liquidation anticipée de la prime de participation est présentée dans un délai de six mois à compter de la survenance du fait générateur, sauf dans le cas de rupture de contrat de travail, décès, invalidité et surendettement ou il peut intervenir à tout moment⁵²⁴ car ce sont des événements imprévisibles. La levée anticipée de l'indisponibilité intervient sous forme d'un versement unique qui porte, au choix du salarié, sur tout ou partie des droits susceptibles d'être débloqués⁵²⁵.

La levée anticipée de l'indisponibilité intervient également à la suite d'un jugement arrêtant un plan de cession totale de l'entreprise ou le prononcé d'une liquidation judiciaire⁵²⁶.

Deuxième hypothèse : en l'absence d'accord de participation, le législateur a prévu des règles particulières :

⁵²² Art. L. 3324-10, C. trav.

⁵²³ D. n° 2009-350, 30 mars 2009, portant diverses mesures en faveur des revenus du travail, art. R. 3324-22.

⁵²⁴ D. préc., art. R. 3324-23.

⁵²⁵ D. préc., art. R. 3324-23.

⁵²⁶ D. préc., art. R. 3324-24.

La participation des salariés aux résultats de l'entreprise se déclenche en principe lors du premier exercice suivant les cinq exercices consécutifs clos pendant lesquelles l'entreprise employait au moins cinquante salariés. Lorsque, passé un délai d'un an à partir du premier exercice clos au titre duquel les droits des salariés à la prime de participation sont nés, aucun accord n'a été conclu, cette situation est constatée par l'inspecteur du travail⁵²⁷.

Les sommes attribuées aux salariés au titre de la participation sont versées dans un compte courant que l'entreprise doit consacrer à des investissements et bloquées pendant huit ans sauf si le salarié est en mesure de demander le déblocage immédiat de ces sommes⁵²⁸.

Les sommes sont investies par l'entreprise en contrepartie du versement d'intérêts aux salariés. *In fine*, les salariés, bénéficiaires de ce dispositif, ne sont pas des associés car ils ne reçoivent ni droits sociaux, ni dividendes mais seulement des intérêts.

Conclusion chapitre 1^{er}

Ce chapitre a été consacré à l'étude de la conversion d'une partie de la rémunération des salariés, notamment celles afférentes à leur participation au résultat, en capital social dans les sociétés commerciales.

La conversion exige deux étapes, d'une part, la phase de la participation des salariés au résultat pour constituer les fonds nécessaires au financement de la souscription des parts sociales ou actions à l'occasion d'une augmentation du capital social réservées aux salariés. D'autre part, la seconde phase du processus de conversion est la capitalisation des sommes de participation, souvent injectées dans des PEE, par le biais d'une augmentation du capital social réservées aux salariés.

Il existe des limites à la conversion du travail en capital au niveau de la phase de participation, ainsi que celle de l'augmentation du capital social réservée aux salariés.

Les limites du régime actuel de conversion du travail en capital, nous ont permis, par ailleurs de réfléchir le perfectionnement du régime actuel de conversion dans le but de renforcer l'association du travail en capital.

⁵²⁷ Art. L. 3323-5, al. 1, C. trav.

⁵²⁸ Art. L. 3323-5, al. 2, C. trav.

Chapitre 2 - La conversion du travail salarié dans les sociétés coopératives de travail

145. Il existe deux formes sociales dans notre paysage juridique qui pourraient être qualifiées de coopératives de travail ; d'une part, les sociétés coopératives de production (SCOP) et, d'autre part, les sociétés anonymes à participation ouvrière (SAPO).

Les sociétés coopératives sont une tradition ancienne qui, dans des circonstances de crises, reviennent à la « mode ». Elles doivent permettre l'intégration des salariés au capital. Elles sont considérées comme des sociétés commerciales, toute en gardant leur nature coopérative. Bien que très particulières, elles demeurent assujetties au droit commun des sociétés. Des dispositions spéciales, notamment la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération s'appliquent à elles. Il convient de distinguer les différents types des sociétés coopératives ayant comme vocation le travail de leurs membres, on cite les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP) et les sociétés anonymes à participation ouvrière (SAPO).

146. Les SCOP sont régies par la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, la loi du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production⁵²⁹ et par les dispositions du chapitre premier du titre III du livre II de la partie législative du Code de commerce. Outre ces règles légales, divers décrets d'application s'appliquent également à ces sociétés : le décret n° 79-67 du 18 janvier 1979 relatif aux parts sociales émises par les SCOP, le décret n°79-376 du 10 mai 1979 fixant les conditions d'établissement de la liste des SCOP abrogé et remplacé par le décret n° 93-1231 du 10 novembre 1993, le décret n°79-558 du 27 juin 1979 relatif à l'application du titre II, chapitre III de la loi du 19 juillet 1978 portant statut des SCOP et concernant la souscription des parts sociales réservées aux salariés, le décret n°93-455 du 23 mars 1993 relatif à la sortie du statut coopératif, et le décret n°2015-800 du 1^{er} juillet 2015 fixant les seuils au-delà desquels les sociétés coopératives sont soumises à la procédure de révision et adaptant la révision coopérative aux sociétés coopératives de production.

Les coopératives de travail (SAPO, SCOP) devraient permettre une parfaite conversion du travail au capital. Néanmoins, certaines imperfections doivent être soulignées à cet égard, tant en ce qui concerne les SCOP (section 1) que les SAPO (section 2).

⁵²⁹ L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut des sociétés coopératives de production, art. 2.

Section 1 - L'échec de la conversion du travail dans les sociétés coopératives de production (SCOP)

147. Les SCOP sont formées par des travailleurs de toutes catégories ou qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun une activité professionnelle dans une entreprise qu'ils gèrent, directement ou par l'intermédiaire des mandataires désignés par eux⁵³⁰. Cette formule est bien plus large que celle de l'ancien article 27 du livre III du Code de travail qui ne visait explicitement que les employés et les ouvriers. L'ouverture de la structure de la SCOP à toutes les catégories de travailleurs permet à ces sociétés de bénéficier de toutes les compétences nécessaires à l'exercice de leurs activités.

Ces coopératives sont des sociétés à capital variable, instituées sous la forme soit de société anonyme, soit de SARL⁵³¹, ou encore de société par actions simplifiée depuis la modification apportée par la loi du 31 juillet 2014⁵³².

Les textes anciens offraient aux SCOP la possibilité d'opter pour la forme de société anonyme ou de société en commandite par actions. Cette dernière était inutilisée car la dualité des associés, commanditaires et commandités, contrevenait à l'esprit coopératif, marqué par l'égalité entre tous les coopérateurs, sauf à réserver la qualité de commanditaire aux associés non coopérateurs⁵³³.

148. Un principe fondamental gouverne le droit de la coopération. Ce principe est celui « de la double qualité ». Mais celui-ci n'a pas été respecté dans la loi du 19 juillet 1978 portant statut des SCOP. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte les SCOP peuvent employer des personnes qui n'ont pas la qualité d'associé⁵³⁴. Les SCOP peuvent donc admettre en qualité d'associé, des personnes physiques (ou morales) non employées dans l'entreprise. Deux catégories d'associés peuvent donc coexister : les associés coopérateurs et les associés non coopérateurs. Le contrôle de la SCOP est néanmoins réservé aux associés coopérateurs. La seconde catégorie d'associés étant destinée à permettre l'entrée au capital d'investisseurs dans le but de financer la coopérative.

149. En dépit de la coexistence des associés coopérateurs et non coopérateurs, les salariés associés occupent une place prépondérante dans l'esprit de la loi du 19 juillet 1978. Leur

⁵³⁰ L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut des sociétés coopératives de production, art. 1.

⁵³¹ F. Kessler, « rémunération des dirigeants : régime sociale sociétés », *Rép. soc.*, Dalloz, janvier 2018, 48.

⁵³² Loi préc., art. 3.

⁵³³ N. Olszak, « coopérative ouvrière de production », *Rép. trav.* mai 2009 (actualisation : avril 2015).

⁵³⁴ N. Olszak, « coopérative ouvrière de production », préc.

participation au capital de la coopérative doit représenter, en principe, plus de 50 pour cent du capital. En outre, ils doivent disposer de 65 pour cent des droits de vote. Toutefois, la loi Hamon⁵³⁵ a instauré un nouveau dispositif appelé « SCOP d’amorçage », il a pour objectif de favoriser la reprise par les salariés d’une entreprise saine via sa transformation en une SCOP. Il permet à des investisseurs extérieurs de posséder plus de 50 pour du capital de la SCOP, mais pour un temps donné (7 ans), tout en laissant aux associés coopérateurs la majorité des voix. En application de ce dispositif, les associés non coopérateurs s’engagent à céder ou à obtenir le remboursement d’un nombre de titres permettant aux associés salariés de détenir la majorité du capital au bout de 7 ans⁵³⁶.

150. Cependant, la conversion du travail en capital social dans la SCOP présente des limites qui sont liées à la fois aux méthodes de conversion (§1) et à la prohibition des stock-options (§2).

⁵³⁵ L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l’économie sociale et solidaire.

⁵³⁶ L. préc., art. 49 ter.

§ 1 - L'échec de la conversion issue du statut de la SCOP

151. Contrairement à une croyance répandue, la SCOP n'est pas un idéal d'association du travail au capital. Sa double qualité de société commerciale et de coopérative façonne son fonctionnement en pratique et fait d'elle une société qui ne se démarque pas suffisamment des autres sociétés dans l'association du travail au capital.

Certes, dans les SCOP les salariés détiennent plus de la moitié du capital social et plus de soixante-cinq pour cent de droit de vote⁵³⁷ mais cela n'empêche pas les SCOP d'être détenue par peu de salariés, par une « élite oligarchique de salariés capitalistes ».

Notre législation n'impose aucune limite à la concentration du pouvoir et du capital dans la main de quelques salariés, les seules contraintes posées par le législateur tiennent d'une part, à ce que la SCOP à responsabilité limitée doit être détenue salariés et la SCOP anonyme par au moins sept salariés⁵³⁸ ; d'autre part, un seul salarié ne peut détenir un maximum fixé par les statuts et au plus la moitié du capital de la SCOP⁵³⁹. Pourtant, ces limites ne sont pas suffisantes car la plupart du temps ce sont les associés fondateurs qui « s'emparent » de la SCOP et empêchent les salariés non associés de d'entrer au capital de celle-ci.

Cela tient, en premier lieu, au régime juridique dual de la SCOP qui est à cheval entre la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978, portant statut des sociétés coopératives de production (SCOP) et la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de coopération d'une part, et les dispositions du Code de commerce relatives aux sociétés commerciales d'autre part. Cette dualité de régime a influencé la philosophie même de la loi du 19 juillet 1978 qui confère aux associés en place un pouvoir arbitraire dans la décision de l'association des travailleurs à la SCOP. La SCOP est très loin d'être une structure démocratique⁵⁴⁰ ;

En second lieu, la liberté statutaire reconnue aux associés de la SCOP, permet sans doute de détourner l'objectif de l'institution et d'occulter les principes de coopération.

Nous allons, dans ce paragraphe, analyser les difficultés d'association du travail au capital telles qu'elles résultent de la loi du 19 juillet 1978 portant statut de la SCOP.

Il convient d'abord d'expliquer le mécanisme d'association du travail au capital dans la SCOP afin de relever les difficultés qui surgissent.

⁵³⁷ L. n° 75-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP, art. 24.

⁵³⁸ L. n° 75-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP, art. 5, al. 2.

⁵³⁹ L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut de SCOP.

⁵⁴⁰ N. Olszak, « Coopérative ouvrière de production », *Rép. Trav.* Mai 2009 (actualisation : janvier 2017), 132.

Les SCOP, à la différence des sociétés commerciales, dégagent en fin d'exercice un excédent net de gestion qui remplace la notion de bénéfice dans les autres sociétés. L'excédent net de gestion est la clef de répartition des résultats financiers de la SCOP.

Initialement, l'excédent net de gestion, défini par l'article 32 de la loi du 19 juillet 1978, était constitué des produits nets de la société, déduction faite des frais généraux et des charges divers (y compris provisions et amortissements), des pertes antérieures, des plus-values à long terme ayant données lieu à la constitution des réserves, des réévaluations pratiquées sur les actifs immobilisés⁵⁴¹. Cependant, selon l'article 26 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, modifiant l'article 32 de la loi portant statut des SCOP, la fraction de l'excédent net de gestion distribuée aux salariés ne comporte plus les pertes antérieures, les plus-values à long terme ayant données lieu à la constitution des réserves, la réévaluation pratiquées sur les actifs immobiliers comme c'était le cas auparavant. Ces sommes sont affectées à la réserve légale et au fonds de développement (la réserve statutaire)⁵⁴².

La provision pour investissement définitivement libérée à l'expiration d'un délai de 5 ans n'entre pas non plus dans le calcul de l'excédent net de gestion. Celle-ci est affectée à un compte de réserves exceptionnelles⁵⁴³.

L'excédent net de gestion est réparti en tenant compte des règles suivantes : une fraction de 15 pour cent est affectée à la réserve légale⁵⁴⁴, une fraction est affectée au fonds de développement⁵⁴⁵ et une portion qui ne peut être inférieure à 25 pour cent est attribuée aux salariés, associés ou non dans l'entreprise. Cette règle est d'ordre public mais les statuts peuvent prévoir un pourcentage plus élevé. La répartition des excédents nets de gestion est effectuée selon les dispositions statutaires, soit en tenant compte des critères liés au temps de travail fourni durant l'exercice en cours, soit au prorata des salaires touchés pendant celui-ci, soit d'une façon égalitaire, soit en combinant ces différents critères. Les statuts peuvent prévoir d'appliquer aux droits des bénéficiaires de cette répartition un coefficient proportionnel à leur ancienneté dans la SCOP⁵⁴⁶. Les critères de la répartition de la fraction

⁵⁴¹ L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut de SCOP, art. 32, al. 1.

⁵⁴² L. préc., art. 32.

⁵⁴³ L. préc., art. 32, al. 2.

⁵⁴⁴ L. préc., art. 33.

⁵⁴⁵ L. préc., art. 32, 2°.

⁵⁴⁶ L. n° 78-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP, art. 33, 3°.

attribuée aux salariés sont raisonnables au regard des principes démocratiques de coopération, tout stimulant la productivité des salariés de la SCOP.

Le législateur laisse le choix entre les différents critères de répartition. Il est légitime de prendre en considération (dans les statuts) les efforts déployés par chaque salarié comme leur ancienneté. Ces critères permettent de fidéliser les salariés de la coopérative afin de conserver dans l'entreprise leurs compétences. C'est une disposition originale dont on ne peut que se féliciter.

La répartition d'une fraction qui ne peut être inférieure à 25 pour cent de l'excédent net de gestion aux salariés forme la participation des salariés aux résultats de la SCOP. Mais cette participation n'est pas forcément affectée au capital social de la SCOP. Il faut distinguer entre participation aux résultats et « actionnariat ». Si le mécanisme de participation des salariés aux résultats de la SCOP ne peut qu'être approuvé, il n'en va pas de même des mécanismes permettant leur entrée au capital .

Dans les SCOP et même si les stipulations de leurs statuts jouent un rôle important, la participation des salariés est avant tout est légale, elle ne nécessite aucun accord de participation entre les salariés et les associés ou dirigeants de la société. Nous savons qu'il en va différemment de la participation de droit commun qui est d'origine conventionnelle. Le seul statut de SCOP entraîne la participation des salariés au résultat social. Mais le statut de SCOP permet également l'entrée des salariés au capital social.

Les sommes distribuées aux associés au titre de leur participation sur l'excédent net de gestion peuvent être converties en parts sociales par une simple décision de l'assemblée des associés ou de l'assemblée générale ordinaire⁵⁴⁷.

La transformation des sommes distribuées aux salariés associés au titre de leur contribution s'opère selon les conditions de l'article 34 de la loi n° 78-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP sur décision de l'assemblée générale ou de l'assemblée des associés.

152. Il existe deux manières pour convertir la participation des salariés non associés de la SCOP en droits sociaux : les sommes distribuées aux salariés au titre de leur contribution dans l'excédent net de gestion peuvent être transformées en parts sociales⁵⁴⁸ sur décision de l'assemblée des associés selon les dispositions de l'article 34 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978, portant statut des sociétés coopératives de production ou selon l'article L. 3323-3 du

⁵⁴⁷ L. préc., art. 34, al. 1.

⁵⁴⁸ L. préc., art. 35, al. 2.

Code du travail⁵⁴⁹, en présence d'un accord qui ressemble à l'accord de la participation prévu par le Code du travail⁵⁵⁰.

153. L'admission en qualité d'associé ne peut être subordonnée à l'engagement de souscrire ou d'acquérir plus d'une part sociale. Toutefois, les statuts peuvent imposer aux salariés associés de souscrire ou d'acquérir un nombre déterminé de parts sociales sans que ces versements dépassent le plafond de 1/10^{ème} du montant des salaires exigibles⁵⁵¹. Cette solution paraît critiquable, car elle est susceptible de réduire l'association des salariés au capital de la SCOP, et paradoxalement, d'encourager l'arrivée des investisseurs extérieurs.

L'admission en qualité d'associé des employés de la société est subordonnée à la décision, à la majorité, de l'assemblée générale ordinaire ou, selon le cas, de l'assemblée des associés. Les salariés habiles à présenter leurs demandes d'admission en qualité d'associé doivent être majeurs et employés depuis au moins un an dans l'entreprise⁵⁵². En cas de rejet, leurs demandes peuvent être renouvelées chaque année. Le législateur oblige l'assemblée des associés ou, selon le cas, l'assemblée générale ordinaire, à statuer sur la demande d'admission des employés de la coopérative en tant que salariés associés. Cependant, rien n'oblige l'assemblée d'accepter ses employés en qualité d'associé. L'unique tolérance est de leur permettre de réitérer leur demande chaque année, en cas de rejet.

Par ailleurs, l'article 8 de loi du 19 juillet 1978 assouplit la rigidité de l'article 7 de la même loi sur ce point, puisqu'il permet aux SCOP, par le biais d'une stipulation statutaire, de prévoir que toute personne majeure ayant été employée dans l'entreprise pendant un délai d'un an qu'elle soit admise, de plein droit, en qualité d'associé salarié. Le législateur est allé plus loin, en permettant aux SCOP de stipuler dans leurs statuts que le contrat de travail conclu avec ses employés fera l'obligation à l'intéressé de demander son admission comme associé dans un délai déterminé est au plus tôt à sa majorité, à défaut, celui-ci sera réputé démissionnaire à l'expiration de ce délai⁵⁵³. En revanche, face à cet engagement unilatéral de la part du salarié de demander à l'entreprise de devenir associé, l'assemblée générale ordinaire ou, selon le cas, l'assemblée des associés peut lui accorder la qualité d'associé, soit de plein droit, soit à la majorité retenue pour la modification des statuts.

⁵⁴⁹ L. n° 78-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP, art. 35.

⁵⁵⁰ Art. L. 3323-3, C. trav.

⁵⁵¹ Art. L. 3251-3, C. trav.

⁵⁵² L. n° 78-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP, art. 37.

⁵⁵³ L. n° 78-763, 19 juil. 1978, portant statut de SCOP, art. 9.

En somme, les pouvoirs de l'assemblée des associés dépendent de la liberté statutaire prévue par la loi. L'intérêt de la SCOP s'en trouve réduit, car le législateur n'impose pas l'association des salariés désireux de devenir associés. De facto, on est vraiment loin de l'objectif de l'abolition du simple salariat dans les SCOP.

154. Cette consécration de la volonté des associés (la liberté statutaire), en dépit du fait qu'elle est légitimée par le droit de préférence, par le droit d'agrément, par le droit de propriété, par la liberté d'entreprendre, par « *l'affectio-societatis* », voire par la liberté contractuelle, peut traduire une exclusion du salarié de la SCOP.

Cela crée une sorte de clivage entre les deux catégories de salariés (ceux qui sont associés et ceux qui ne le sont pas) et alimente en conséquence les risques d'un conflit d'intérêts entre les membres du personnel de la SCOP. Pire, les salariés-associés pourraient s'accaparer le capital de la SCOP. Le « climat social » pourrait alors être devenir pire que dans les sociétés commerciales⁵⁵⁴ de droit commun.

En Somme, l'association du travail au capital social peine à trouver son chemin dans la SCOP, entravé par la philosophie libérale qui imprègne le droit des affaires.

Cette philosophie libérale exige le respect des grands principes juridiques, tels que la liberté contractuelle, le caractère absolu (ou presque) du droit de propriété, la liberté d'entreprendre. Ces grands principes qui ne sont pas suffisamment tempérés par ceux de la coopération, empêchent la SCOP de se distinguer véritablement de la société commerciale classique. Et l'association du travail au capital dans ces deux types de groupement pourrait s'avérer très (trop) proche. D'ailleurs, la participation de droit commun et l'intéressement illustrent ce rapprochement.

La liberté statutaire laissée aux associés de la SCOP efface donc dans une large mesure les principes de coopération dans cette structure. Mais il reste néanmoins possible de rétablir l'objectif coopératif en abolissant le statut de simple salarié, sans pour autant porter atteinte ni à la liberté contractuelle, ni à la liberté d'entreprendre. Il s'agit juste de réinterpréter ces principes.

L'idée serait de substituer à la coexistence possible de deux statuts dans la SCOP (celui de simple salarié et celui de salarié-associé), un statut unique : celui de salarié-associé. Pour cela, il suffirait de limiter au maximum la liberté dont dispose l'assemblée des associés pour admettre de nouveaux associés.

⁵⁵⁴ C. Champaud, « Société créée de fait, définition, *Affectio societatis* », *RTD com.* 1992, p. 812.

À notre avis, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété des associés ne seraient pas remis en cause dès lors que l'option pour un statut plus impératif, celui de la SCOP réformée, est exercée de manière libre et réfléchie par ces fondateurs et que d'autres structures sociales leurs sont accessibles et permettent une association facultative des salariés au capital.

Il suffit alors de reconstruire un nouveau modèle de SCOP qui ne neutralise pas les principes de coopération mais qui, au contraire, les affirme. N'oublions pas que la souscription des actions ou de parts sociales par les salariés renforce la capacité de financement de la société, notamment si la société est de très grande taille. Les prélèvements sur salaires, les parts des salariés dans l'excédent net de gestion, ainsi que leurs versements volontaires peuvent constituer des ressources utiles à l'entreprise qui pourra notamment lui éviter de faire appel à des investisseurs extérieurs. L'objectif de ce nouveau modèle est de démarquer davantage la SCOP des sociétés commerciales classiques.

Par ailleurs, le coût parfois élevé des parts de SCOP, au regard des revenus des salariés, peut en pratique freiner leur accès au capital. Seuls les mieux rémunérés d'entre eux (ou les plus économes) pourront accéder à la qualité de salarié-associé.

Il ne faut pas oublier que l'association du travail au capital dans la SCOP se réalise par la souscription de parts sociales à un prix déterminé. Autrement dit, le salarié devient apporteur en numéraire, car son travail est fourni au titre d'un contrat de travail et non au titre d'un apport en industrie)⁵⁵⁵.

La doctrine rappelle fréquemment que les SCOP rencontrent des difficultés financières en raison de la frilosité des investisseurs extérieurs, dissuadés d'entrer au capital de telles sociétés par le fait qu'ils seront nécessairement minoritaires et privés d'un véritable pouvoir de décision. Il faut sans doute s'y résigner mais l'association systématique des salariés, en tant qu'apporteurs en numéraire, pourrait pallier cet inconvénient. Rappelons en outre que la variabilité du capital dans la SCOP est de nature à faciliter l'association des salariés au capital social en ce qu'elle réduit le coût et les formalités d'une augmentation de capital.

L'association de tous les salariés dans la SCOP créerait également un sentiment d'appartenance ne pouvant que stimuler la productivité des coopérateurs, également motivés par la crainte de perdre leurs apports. Serait aussi considérablement limité le risque de conflits d'intérêts au sein de la SCOP.

⁵⁵⁵ R. Baillod qui considère qu'il s'agit d'un type d'apport en industrie indirecte.

155. Le statut de la SCOP laisse à notre avis une place trop large à la participation salariale, au détriment de « l'actionnariat salarié ». Normalement la participation des salariés devrait constituer une épargne salariale vouée à financer l'actionnariat salarié. La part de l'excédent net de gestion (ENG) attribuée aux salariés devrait servir dans, une large mesure, à financer leur association. Certes, cela est prévu par la loi du 19 juillet 1978 mais l'actionnariat, à l'opposé de la participation des salariés à l'ENG, n'est pas de droit mais dépend de la volonté des associés de la SCOP exprimées au sein de de l'assemblée générale. Bref, si la participation des salariés de la SCOP est obligatoire et automatique, leur association ne l'est pas.

En effet, l'article 34 de la loi du 19 juillet 1978 dispose que seulement les sommes de l'excédent net de gestion attribuées aux associés peuvent être transformées en parts sociales par une simple décision de l'assemblée des associés ou l'assemblée générale. Donc par une décision unilatérale des associés. Mais, lorsque la transformation porte sur la part de l'excédent net de gestion attribuée aux salariés, la décision d'acceptation de l'assemblée ne suffit pas, il faut un accord qui ressemble à l'accord de participation. Ce qui est normal puisqu'on est en présence d'une part d'associés et d'autre part de salariés. La rencontre de leurs volontés suppose un accord.

Cet accord est similaire à l'accord de participation et n'est pas encadré par des règles spécifiques aux SCOP. D'ailleurs c'est le Code du travail (article R. 3323-10) et non pas une disposition de la loi du 19 juillet 1978 qui prévoit la nécessité d'un accord de participation afin de transformer la part de l'excédent net de gestion attribué aux salariés en parts sociales. Cela démontre une fois de plus que « l'actionnariat salarié » dans les SCOP est imprégné par le droit commun de la participation, alors que la participation à l'ENG obéit à des règles propres.

Il conviendrait à notre avis de repenser l'actionnariat salarié des SCOP par des règles exclusives, plus efficaces que celles du droit commun.

Il convient alors de s'appuyer sur les principes de la coopération, comparés à ceux, libéraux du droit des sociétés, afin d'associer aux mieux le travail au capital au sein de la SCOP. La prééminence actuelle des principes libéraux du droit de sociétés sur les principes de coopération ne va pas sans poser difficultés pour associer travail et capital.

§ 2 - La prohibition des stock-options et des attributions gratuites d'actions dans la SCOP

156. Si la participation de droit commun est comme nous venons de le voir possible dans la SCOP, les moyens juridiques proposés pour investir cette participation de ceux admis classiquement pour favoriser l'actionnariat salarié (stock-options et attribution gratuite d'actions).

À l'opposé du régime de la participation de droit commun (découlant du droit du travail) qui est applicable à la SCOP concurremment au régime de participation découlant de son statut (de la loi de 1978), le régime d'actionnariat salarié ne lui est pas applicable car la SCOP quel que soit sa forme sociale (SARL, SAS, SA, SCA) n'émet pas d'actions mais des parts sociales non négociables.

Le Code du travail a consacré une sous-section 6 (articles L3323-9 et s.) afin d'adapter les dispositions de la participation des salariés à la particularité de la SCOP.

La notion de profit n'existe pas dans les SCOP ou du moins son appellation est remplacée dans cette structure par l'excédent net de gestion.

Dans les sociétés commerciales de droit commun, la RSP est affectée à des comptes ouverts au nom des intéressés (salariés) en application d'un plan d'épargne salariale.

Néanmoins, dans les SCOP, les accords de participation peuvent prévoir l'emploi de la RSP à l'acquisition de parts sociales ou son affectation en comptes courants bloqués. Au cas où la RSP est affectée en comptes courants, les associés qui sont employés de l'entreprise peuvent utiliser leur créance pour libérer leurs apports. Les parts ainsi acquises restent soumises à la même période d'indisponibilité⁵⁵⁶.

L'article L. 3323-3 dote la SCOP d'un avantage dans la mesure où ce texte permet de convertir la participation des salariés directement en capital et non en transitant par un PEE, lequel n'est d'ailleurs pas toujours affecté à la souscription d'actions ou de parts sociales de l'entreprise employeur.

Il en va différemment dans la SCOP. Sa philosophie devrait être celle de « l'association interne du travail au capital » .

⁵⁵⁶ Art. L. 3323-3, C. trav.

Par ailleurs, nous pouvons déduire de l'article L. 3323-3 du Code du travail que la mise en place d'un PEE n'est pas indispensable pour pouvoir transformer la RSP en parts sociales dans les SCOP. Cette souplesse procédurale et comptable permettra l'économie des frais de gestions inhérents à tout PEE. Le processus raccourci d'association du travail au capital sera donc à cet égard bénéfique.

Cependant, les stock-options et les attributions gratuites d'actions sont prohibées dans la SCOP quel que soit sa forme sociale.

Le capital de la SCOP est représenté par des parts sociales souscrites par les associés⁵⁵⁷.

Les parts de la SARL et de la SCOP quel que soit sa forme sociale, sont obligatoirement nominatives⁵⁵⁸.

157. Cela justifie-t-il fondamentalement l'interdiction des stock-options dans la SCOP ?

Pour pouvoir répondre à cette question, il convient de rappeler les règles relatives à la cession des parts sociales de SCOP. Cela nous permettra de proposer une adaptation de ces règles pour permettre l'attribution de stock-options dans les SCOP, ce qui est en l'état actuel du droit prohibé.

Selon Monsieur Olszak, « le caractère *intuitus-personae* de la SCOP impose une réglementation spécifique des cessions de parts sociales, particulièrement utile lorsque la SCOP est constituée sous forme d'une société anonyme »⁵⁵⁹.

La SCOP constituée sous la forme de SA ne peut émettre des actions négociables. Selon l'auteur précité⁵⁶⁰, le principe de la double qualité des membres de la SCOP s'oppose à la création d'actions au porteur. Néanmoins, il existe, comme le rappelle Monsieur Olszak, des associés non coopérateurs c'est-à-dire associés non-salariés de la SCOP.

La véritable cause de la non-négociabilité des parts sociales de la SCOP tient à l'*intuitus-personae* qui caractérise la SCOP, quelle que soit sa forme d'ailleurs. Le législateur, afin de réglementer les parts sociales de la SCOP, même lorsqu'elle est constituée sous la forme de société anonyme, a emprunté les règles applicables aux parts sociales de la SARL et leurs

⁵⁵⁷ L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut de SCOP, art 21, al. 1^{er}.

⁵⁵⁸ L. n° 78-763, ibid., art 21, al. 4.

⁵⁵⁹ N. Olszak, « coopérative ouvrière de production sociétés », *Rép. trav.* Dalloz Mai 2009, 87.

⁵⁶⁰ N. Olszak, art. préc.

modalités de cession⁵⁶¹. Ce qui est évident puisque « *l'intuitus-personae* » marque aussi bien la SARL que la SCOP.

Les parts sociales de la SCOP sont nominatives. Leur cession est soumise à l'agrément soit des associés ou de l'assemblée générale, soit des gérants, des membres du conseil d'administration ou du directoire, ou des membres de l'organe de direction lorsque la forme de société par actions simplifiée a été retenue, dans les conditions fixées par les statuts⁵⁶².

La cession des parts sociales aux salariés dans la SCOP ne poserait pas de difficulté, on peut envisager l'hypothèse où les associés autoriseraient cette cession.

La doctrine⁵⁶³ considère que les clauses de préemption et de préférence marquent au sein des sociétés anonymes un « *intuitus-personae* » négatif permettant l'éviction de nouveaux arrivants indésirables. Ces clauses sont admises par la jurisprudence⁵⁶⁴, même si cette dernière rappelle le principe de la libre négociabilité des actions dans les sociétés anonymes. Pourtant, l'admission des clauses de préférence et des clauses de préemption demeurent très encadrées par le droit prétorien.

Il en résulte que la *summa divisio* entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux ne doit pas se faire en fonction de la négociabilité des actions car on ne voit d'une part ou d'autre des imprégnations de la « libre cession des parts sociales » en présence des clauses statutaires le stipulant, et des imprégnations de l'« *intuitus-personae* » dans les sociétés de capitaux limitant par conséquent le principe de la libre négociabilité des titres qui est l'essence même des sociétés anonymes. La dichotomie entre les sociétés de personnes et celles des capitaux devrait s'opérer en fonction de l'admission de l'anonymat des titres et de la cotation de la société en bourse. Ainsi, la COB interdit aux sociétés cotées d'inclure des clauses d'agrément dans leurs statuts, ainsi les titres aux porteurs sont autorisés uniquement dans les SA cotées en bourse.

Donc à notre sens, il n'existe pas de raisons objectives ou des contraintes juridiques empêchant la mise en place d'une promesse unilatérale de vente ou de souscription de parts

⁵⁶¹ Voir L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut de SCOP, art. 21, al. 3, en comparaison avec l'art. L. 223-12 et art. L. 223-14, al. 1, C. com.

⁵⁶² L. n° 78-763, 19 juil.1978, portant statut des SCOP, art. 21, al. 3.

⁵⁶³ M. Hajar, *L'intuitus personae* dans les sociétés de capitaux, thèse droit privé, Université de Paris 2, 3 sept. 2012.

⁵⁶⁴ T. com, Roanne, 23 oct. 1935; Cass. com., 26 avr. 1994, n° 983; Cass; Cass. com., 15 fév.1994, n° 92-12.330: Bull. Joly, 1994, p. 508, note D. Velardocchio.

sociales au bénéfice des salariés de la SCOP, fondamentalement les stock-options reposent sur une promesse unilatérale de vente.

Cette proposition vise à faire bénéficier principalement les dirigeants sociaux non-salariés de la SCOP des parts sociales de l'entreprise. Car au fond, l'actionnariat salarié issu du statut propre à la SCOP permet une transformation de la participation des salariés (en l'occurrence leur part sur l'excédent net de gestion) en capital social mais ce type d'actionnariat ne bénéficie qu'aux salariés associés et les salariés non associés, donc si le dirigeant ne dispose pas de l'une ou de l'ensemble de ces deux qualités, il sera exclu du dispositif d'association au capital social de la SCOP. Contrairement à l'actionnariat salarié issu du Code de commerce, est étendu également aux dirigeants sociaux même lorsqu'ils ne disposent pas de statut de salarié.

Section 2 - L'échec d'association du travail au capital social des SAPO

158. Il convient de préciser au préalable que l'association du travail au capital peut s'opérer soit par l' inclusion d'un travail valorisé au capital social, c'est ce que nous dénommerons « l'intégration du travail ou de la connaissance » ; soit par « la conversion du travail ou de la connaissance » qui consiste à l'emploi d'une partie de la rémunération du travail fourni (participation, intéressement, abondement) par un salarié au capital social.

La conversion à la différence de l'intégration porte sur la capitalisation du fruit, ou de la rémunération du travail déjà effectué par le salarié, alors que l'intégration procède d'une évaluation à priori de la valeur du travail fourni et son inclusion immédiate dans le capital social. Donc, l'intégration porte sur la valeur du travail futur car en procédant par une évaluation de ce travail on lui attribue une valeur monétaire et on l'inclut au capital. L'idée est ici de s'inspirer du procédé d'évaluation des apports en nature par un commissaire aux apports et de transposer cette procédure à l'évaluation du travail fourni ou à fournir. L'opération pourrait s'opérer par le biais d'un commissaire aux « apports d'activités ».

Pourtant, nous avons déjà constaté la difficulté d'intégration de l'apport en industrie au capital pour des difficultés d'évaluation.

L'étude des « actions de travail » dans les sociétés anonymes à participation ouvrière (SAPO) nous conduira à démontrer que ces actions ne constituent ni un mécanisme d'intégration du travail et/ou de la connaissance, ni un dispositif de conversion, mais un simple moyen de participation collective des salariés au résultat social et à la gestion de la SAPO.

Il conviendra alors de compléter ce mécanisme de participation collective par la capitalisation des sommes y afférentes, soit par le biais de la conversion du travail en capital social en affectant aux salariés des véritables actions gratuites financées par les dividendes des « actions de travail » ; soit, en envisageant l'intégration des « actions de travail » au capital social à l'issue de leur évaluation. Cependant une telle intégration nous semble se heurter à d'insurmontables contraintes juridiques.

159. L'intégration se heurte à l'extra-patrimonialité du travail ainsi qu'à la difficulté de son exécution forcée, pour des raisons tenant évidemment à la liberté individuelle du travailleur. Le caractère successif du travail constitue également une entrave à son évaluation notamment lorsqu'il est question d'évaluer un travail futur dont l'exécution dépend de certains aléas, tenant notamment à la santé de l'intéressé.

160. Les SAPO constituent un remarquable champ d'étude de l'association du travail au capital social. Cette association s'opère dans les SAPO par le biais de l'attribution d'« actions de travail » aux salariés organisés dans une coopérative de main d'œuvre. Le procédé s'apparente à une intégration du travail au capital social.

Pourtant, la nature des « actions de travail » gêne l'intégration du travail au capital social ou même la conversion de la rémunération du travail en capital social.

Nous allons constater que « les actions de travail » sont une participation collective des salariés aux résultats et à la gestion de la SAPO. Il ne s'agit ni d'une conversion, ni d'une intégration du travail au capital social.

Nous allons ensuite soulever les caractères discrétionnaire et collectif de cette forme d'association qui peut engendrer la fragilisation des droits des salariés des SAPO.

Nous allons aborder à travers ce chapitre l'échec de l'intégration du travail au capital social de la SAPO (§ 1), puis les limites de la conversion du travail en capital dans la SAPO (§ 2).

§ 1 - L'échec d'intégration du travail au capital social des SAPO

161. On entend par intégration du travail au capital l'inclusion de sa valeur dans le capital social après son évaluation.

Avant d'appréhender les limites d'intégration du travail au capital social de la SAPO, il convient au préalable d'étudier cette structure sociale originale mais souvent méconnue. Cela permettra de mieux comprendre les enjeux d'association du travail au capital en son sein. Avant toute chose, il faut comprendre que le procédé s'apparente à une association des salariés au résultat financier ou à leur association au capital social et à la gestion de la SAPO.

Il convient alors de comparer la SAPO avec des notions voisines pour mieux cerner les limites d'intégration des actions de travail au capital social. Puis, nous allons rechercher si cette structure permet une « intégration du travail » au capital social.

Dans les SAPO, on est en présence de deux structures : d'une part, la SAPO et d'autre part, la société commerciale coopérative de main d'œuvre (SCMO). La première détient les actions de capital, la seconde dispose d'actions de travail.

Les auteurs ont critiqué la dénomination de « société commerciale coopérative de main d'œuvre », d'ailleurs, ce n'est pas une véritable société, puisqu'elle n'a pas reçu d'apports de ses membres, ne possède donc pas de capital. Au surplus l'adhésion de ses membres n'a rien de volontaire, puisqu'elle résulte d'une disposition de la loi. De même, elle ne tend pas à réaliser de bénéfices par elle-même, mais doit seulement répartir des dividendes qui lui sont attribués, elle n'a donc aucune activité commerciale. En outre, La société coopérative commerciale de main d'œuvre n'est pas non plus une coopérative, bien que depuis la loi de 1977, on y pratique le vote par tête⁵⁶⁵, parce que ses membres n'y entrent pas spontanément.

Dans les deux coopératives étudiées (la SAPO et la SCOP), la qualité de salarié confère aux travailleurs des droits sur le résultat.

Néanmoins, la philosophie n'est pas la même, dans la SCOP l'association des salariés peut s'y opérer individuellement et confère des droits sociaux notamment une part du capital ainsi qu'un droit de vote exercé directement. Elle permet une véritable conversion du travail des salariés en capital social. Tandis que, dans les SAPO, l'association des salariés se fait collectivement par le biais d'une coopérative de main d'œuvre (dotée de la personnalité

⁵⁶⁵ B. Dondero, « Participation ouvrière », *Rép. soc.* août 1977 (actualisation déc. 2010).

juridique) détenant des « actions de travail », sur lesquelles les salariés⁵⁶⁶ ne disposent d'aucun droit individuel. De plus, les « actions de travail » ne forment pas le capital social de la SCMO. On est donc loin d'une forme d'intégration des salariés au capital social. Mieux encore, on peut douter de la nature même de société de la société coopérative de main d'œuvre en l'absence d'apports.

162. Les « actions de travail » sont la propriété collective des associés de la société coopérative de main d'œuvre.

Ces actions de travail sont inaliénables pendant toute la durée de la société à participation ouvrière (SAPO), nominatives c'est-à-dire inscrite au nom de la Société coopérative de main d'œuvre, donnent droit à une représentation au conseil d'administration et à la gestion de la SAPO, aux bénéfices et au boni de liquidation. Elles ne sont pas intégrées dans le capital social de la SAPO et sont attribuées gratuitement et « collectivement ». Dès sa création les statuts de la SAPO doivent prévoir la mise en réserve d'une somme d'argent en contrepartie des actions de travail, jusqu'à la fin de l'année. A la fin de ce délai, les actions de travail sont remises à la société coopérative de main d'œuvre constituée⁵⁶⁷.

163. Les dividendes distribués au titre des « actions de travail » sont répartis entre les salariés faisant partie de la société coopérative de main d'œuvre conformément aux stipulations des statuts de la SAPO. Toutefois, ceux-ci doivent prévoir que, préalablement à toute distribution de dividendes, une somme sera prélevée sur les bénéfices au profit des porteurs d'actions en capital équivalente à la contrepartie que produirait le capital versé⁵⁶⁸. Un commentaire de l'administration fiscale du 10 février 1999⁵⁶⁹ sur le régime fiscal des dividendes attachés aux « actions de travail » indique que leur régime est similaire à celui des traitements et salaires. En effet, les dividendes sont soumis à l'impôt sur le revenu ou bien au régime spécial de l'intéressement dans les limites des conditions de ce dispositif⁵⁷⁰. Ces dividendes se voient parfois exonérés lorsqu'ils sont affectés à un plan d'épargne⁵⁷¹. Ils sont exonérés des taxes et contributions assises sur les salaires⁵⁷².

⁵⁶⁶ La société coopérative commerciale de main d'œuvre comprend obligatoirement et exclusivement tous les salariés liés à la société depuis au moins un an et âgés de plus de 18 ans.

⁵⁶⁷ Art. L. 225-261, C. com.

⁵⁶⁸ Art. L. 225-261, al. 3, Ibid.

⁵⁶⁹ Commentaire de l'administration fiscale, 10 fév. 1990, le régime fiscal de dividendes des actions de travail, éd. LexisNexis.

⁵⁷⁰ Art. 80 nonies, CGI.

⁵⁷¹ Art. 81, 18° bis C-4, Ibid.

⁵⁷² Art. 231 bis, Ibid.

À l'occasion d'un litige opposant des salariés intérimaires mis à disposition par la société « Air polynésie » au profit de la SAPO « Uta » et cette dernière. Ces salariés, au titre de l'article 74 de la loi du 26 avril 1917 relative aux SAPO⁵⁷³, demandaient le bénéfice des dividendes des actions de travail.

La question était, dès lors, très simple : peut-on considérer que les salariés détachés auprès d'une SAPO sont liés à celle-ci au sens de l'article 74 de la loi du 26 avril 1917 ? Le contrat de mise à disposition fait apparaître le lien de subordination avec l'entrepreneur d'origine, il en résulte logiquement que l'on ne peut considérer que des salariés simplement mis à disposition sont liés à la SAPO et peuvent dès lors bénéficier des droits attachés à la participation à la coopérative de main d'œuvre. C'est cette analyse que retenait la cour d'appel de Paris et que la Cour de cassation a confirmée.

La chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁷⁴ estime que la prise en compte de l'ancienneté acquise au service de la filiale au moment de la reprise des contrats de travail ne dispense pas les salariés de devoir justifier d'une présence d'au moins un an en qualité de membres de la société mère pour pouvoir prétendre participer au bénéfice de cette dernière.

La perte de l'emploi prive le salarié, sans indemnité, de tous ses droits dans la coopérative ouvrière de main d'œuvre.

A - L'avantage des « actions de travail »

164. La propriété intermédiaire des actions de travail présente l'avantage d'écarter les causes personnelles de cessation de la prestation « travail », (comme la maladie d'un salarié) qui pourraient s'opposer à l'intégration des actions de travail au capital social . En effet, lorsqu'un salarié est malade, le travail fourni par les autres salariés ne cesse pas. Par conséquent les actions de travail ne disparaissent pas, contrairement aux parts d'industrie qui disparaissent en raison de l'arrêt du travail de l'apporteur, pour peu qu'il soit significatif.

La propriété intermédiaire et collective des actions de travail offre en cela une garantie d'exécution de la prestation par les travailleurs.

B - Les limites d'intégration des actions de travail au capital social de la SAPO

165. Les limites d'intégration des actions de travail au capital social de la SAPO sont de plusieurs ordres.

⁵⁷³ L. 26 avril 1917, sur les sociétés à participation ouvrière, JORF n°0115 du 28 avril 1917, art. 74.

⁵⁷⁴ Cass. soc., 23 fév. 1994, n° « 92-11442 » publié au bulletin, *bull. Joly* 1994, 834, note. Le Cannu.

1 - Les limites liées à l'impossibilité de détention du capital par la SCMO

166. Comme indiqué précédemment, l'intégration des actions de travail au capital social se heurte au problème du passage d'une propriété collective de celles-ci à une propriété individuelle car la SCMO n'est pas une société au sens propre du terme, puisqu'elle n'a pas reçu d'apports, ne possède donc pas de capital, et qu'au surplus l'adhésion de ses membres n'a rien de volontaire. De même, elle ne tend pas à réaliser de bénéfices par elle-même, mais doit seulement répartir des dividendes qui lui sont attribués, elle n'a aucune activité d'ordre commercial. Il est donc évident qu'en l'absence de capital, il ne peut y avoir aucune association du travail au capital, ni intégration, ni conversion.

En outre, La société coopérative commerciale de main d'œuvre n'est pas non plus une coopérative parce que ses membres n'y entrent pas spontanément, bien que depuis la loi de 1977, on y pratique le vote par tête⁵⁷⁵.

En somme, les « actions de travail »⁵⁷⁶ ne pourraient faire l'objet d'une répartition individuelle selon le droit de société. Autrement dit, on ne peut concevoir une société coopérative de main d'œuvre qui possède des actions négociables d'une autre SA sans pouvoir posséder un capital

2 - Les limites liées à la nature des « actions de travail »

167. Nous avons déjà précisé que la terminologie « l'intégration du cognitif au capital social » désigne l'inclusion de la valeur attribuée à un travail ou à une connaissance au capital social après son évaluation. Or, afin d'intégrer une valeur au capital social celle-ci doit revêtir une nature patrimoniale et être aisément évaluable. Les parts d'industrie ne contribuent pas à la formation du capital social car le travail a un caractère extrapatrimonial et présente des difficultés d'évaluation comme d'exécution forcée.

De même, pour qu'une valeur soit incluse au capital social, il faut au préalable l'existence d'un apport en société. L'objet de l'apport doit revêtir un caractère patrimonial et être évaluable par un commissaire aux apports.

Pour qu'une valeur soit incluse au capital social, il faut remplir les conditions suivantes :

L'existence d'une convention d'apport, en nature, soit en numéraire ;

⁵⁷⁵ B. Dondero, « Participation ouvrière », *Rép. soc.* août 1977 (actualisation déc.2010).

⁵⁷⁶ À ne pas confondre avec les « actions de travail » de la SAS qui désigne la contrepartie de l'apporteur en industrie dans cette forme sociale.

L'objet de l'apport doit avoir un caractère patrimonial évaluable ;

Nous examinons succinctement si les « actions de travail » remplissent ces conditions.

Une convention d'apport implique un transfert de droits à la société (tout au moins quand elle a la personnalité juridique) rémunéré par l'attribution de parts sociales ou d'actions à l'apporteur.

Dans le cas de la SAPO, les « actions de travail » sont attribuées unilatéralement par les statuts de la SAPO, l'attribution ne fait l'objet d'aucune convention d'apport. La SAPO est une institution « discrétionnaire ». Ce caractère discrétionnaire se manifeste à trois niveaux :

D'abord, sur le plan de l'institution de la société coopérative de main d'œuvre, cette dernière n'est pas un contrat, son existence résulte de la loi⁵⁷⁷. De même, les salariés y sont associés d'une manière automatique, sans qu'ils n'aient à exprimer leur volonté d'adhésion dès lors qu'ils remplissent les conditions d'ancienneté requises (1an).

Ensuite, le caractère discrétionnaire se manifeste à travers le pouvoir de l'assemblée générale de la SAPO pour déterminer le rapport entre les actions de travail et les actions de capital.

Enfin, le démantèlement de la SCMO s'opère par une décision encore une fois discrétionnaire de l'assemblée générale.

En dépit de la participation des salariés de la coopérative d'une façon collective dans les bénéfices et le boni de liquidation ainsi que dans la décision sociale, la pérennité de la coopérative de main d'œuvre est fragile et son anéantissement dépend d'une décision unilatérale de l'AG de la société anonyme lorsque ses capitaux propres représentent la moitié de son capital social.

Après la dissolution de la société coopérative de main d'œuvre, l'actif social de la société ne peut être réparti entre les participants qu'après l'amortissement intégral des actions de capital. Les sommes correspondantes aux actions de travail sont réparties entre participants et anciens participants comptant au moins dix ans d'ancienneté dans la coopérative ou une durée de services sans interruption pendant une durée équivalente à la moitié de la vie de la coopérative et l'avoir quitté pour les raisons suivantes : retraite, maladie ou invalidité, licenciement motivé pour une suppression d'emploi⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ L. 26 avril 1917, sur les sociétés à participation ouvrière, JORF n°0115 du 28 avril 1917.

⁵⁷⁸ Art. L. 225-269, C. com.

La dissolution de la société anonyme à participation ouvrière entraîne la dissolution de la société coopérative de main d'œuvre. Cela résulte de l'article 18 de la loi du 8 août 1994 qui a introduit un article 79-1 dans la loi du 26 avril 1917⁵⁷⁹. Le conseil constitutionnel a d'ailleurs confirmé la constitutionnalité de cette disposition ⁵⁸⁰.

La doctrine considère néanmoins que cet article est un texte de circonstance. Comme l'évoque certains auteurs⁵⁸¹, il était très directement destiné à permettre la suppression de la société coopérative de main d'œuvre de la compagnie Air France. Dans les faits, la compagnie Air France ne pouvait pas absorber une SAPO sans l'autorisation de la société coopérative de main d'œuvre car il s'agissait d'une modification des droits attachés aux actions de travail. Alors la société Air France et la SAPO « UTA » ont en quelque sorte inversé leurs rôles : la première devenant, à l'occasion d'une opération de fusion, la société absorbée. Ensuite, la société absorbante « UTA » a changé sa dénomination sociale pour devenir Compagnie Air France tout en changeant sa forme sociale pour devenir une SA. L'opération a eu pour effet, d'évincer la coopérative de main d'œuvre⁵⁸². En effet, l'article 18 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 permet à l'assemblée générale extraordinaire de la SAPO de déclarer la dissolution de la société coopérative de main d'œuvre au cas où les capitaux propres de la SAPO représentent la moitié de son capital social⁵⁸³. Le législateur⁵⁸⁴ prévoit néanmoins l'indemnisation des participants et anciens participants. Le montant des indemnités est en principe fixé par l'assemblée générale extraordinaire de la SAPO après consultation des mandataires de l'assemblée générale de la SCMO et au vu du rapport d'un expert indépendant⁵⁸⁵ désigné par le président du tribunal de commerce⁵⁸⁶. Pourtant, il a pu être affirmé, à l'occasion d'une réponse à une question parlementaire⁵⁸⁷, que le prix des indemnités des participants à la SCMO d'Air France a été fixé par le ministre de l'Économie après avis de la commission de privatisation. Il ajoute, par ailleurs ; que la SCMO une fois dissoute n'avait pas intérêt à agir pour former un recours contestant le montant des indemnités. Il s'agit ici d'une atteinte au droit d'accès au juge.

⁵⁷⁹ L. n° 94-679, 8 août 1994, relative portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ; L. n°, 26 avr. 1917, sur les sociétés anonymes à participation ouvrière, JORF : 0115, 28 avril 2017.

⁵⁸⁰ C. const., décision 94-347 DC, 3 août. 1994.

⁵⁸¹ M. Jeantin, « SAPO. Qualité de membre de la SCMO. Avenir de la formule des SAPO », *RTD com.* 1994, p. 741.

⁵⁸² Art. L. 225-270, I, al. 1, C. com.

⁵⁸³ Art. L. 225-270, I, C. com.

⁵⁸⁴ Art. L. 225-270, II, Ibid.

⁵⁸⁵ Art. L. 225-270, II, al. 2, Ibid.

⁵⁸⁶ Art. R. 225-171, Ibid.

⁵⁸⁷ Question parlementaire écrite n°38236 publiée au JO du 6 décembre 1999.

L'assemblée générale extraordinaire peut décider que l'indemnité prendra la forme d'une attribution d'action réservée aux participants et anciens participants⁵⁸⁸. Après la dissolution de la société coopérative de main d'œuvre, l'actif social de la société ne peut être réparti entre les participants qu'après l'amortissement intégral des actions de capital. Les sommes correspondantes aux actions de travail sont réparties entre participants et anciens participants, sous certaines conditions⁵⁸⁹.

Par ailleurs, l'apporteur est un associé alors que le salarié bénéficiaire des actions de travail ne l'est pas.

168. Néanmoins, il existe des similitudes entre les parts d'industrie et les actions de travail. D'une part parce que toutes les deux représentent la rémunération d'un travail fourni à la société à travers des supports juridiques différents (d'ordre conventionnel ou d'ordre unilatéral). D'autre part, la rémunération des parts d'industrie est pratiquement la même que celle des actions de travail, elle consiste à des droits sur les bénéfices et sur le boni de liquidation.

Par ailleurs les « actions de travail » à l'instar de parts d'industrie ne contribuent pas à la formation du capital social.

Un auteur qualifie d'ailleurs les « actions de travail » comme la contrepartie d'un apport en industrie indirect fourni par les salariés groupés dans la SCMO à la SAPO⁵⁹⁰.

Au demeurant, si les « actions de travail » ne correspondent pas à un apport en industrie au sens strict du terme, elles présentent les mêmes difficultés d'évaluation et d'exécution forcée. Les caractères extrapatrimonial, *intuitu-personae* du travail ainsi que son exécution successive empêchent l'inclusion des « actions travail » au capital social de la SAPO.

À cet effet, les « actions de travail » sont, à l'instar des parts d'industrie, inaliénables et disparaissent avec le décès du salarié membre de la coopérative ou de l'apporteur en industrie.

In fine, il est évident que les actions de travail ne sont pas la contrepartie d'un apport et ont un caractère extrapatrimonial, alors elles ne peuvent contribuer à la formation du capital social.

On constate en somme un échec d'intégration des actions travail au capital social.

⁵⁸⁸ Art. L. 225-270.III, Ibid.

⁵⁸⁹ Les anciens participants doivent compter au moins 10 ans d'ancienneté dans la coopérative ou avoir une durée de services sans interruption pendant une durée équivalente à la moitié de la vie de la coopérative. Ils doivent en outre l'avoir quitté pour les raisons suivantes : retraite, maladie ou invalidité, licenciement motivé pour une suppression d'emploi ; Art. L. 225-269, Ibid.

⁵⁹⁰ R. Baillod, thèse préc.

169. Il est plus rationnel de qualifier les actions de travail en tant que participation collective des salariés, à travers une SCMO, au résultat et à la gestion de la SAPO.

Cette participation est différente de celle prévue par le droit du travail. Le droit du travail protège l'ordre public social alors que le Code de commerce qui régit les SAPO et les actions de travail est protecteur de l'ordre public économique. La participation de droit commun est obligatoire pour les entreprises employant au moins cinquante salariés.

Certes, il existe des similitudes et des distinctions entre la participation de droit commun et l'attribution des actions de travail.

Les distinctions sont de plusieurs ordres : la participation et l'intéressement de droit commun sont attribués individuellement aux salariés alors que les actions de travail sont la propriété collective des salariés par l'intermédiaire de leur SCMO.

Par ailleurs, la participation de droit commun est uniquement d'ordre financier alors que les « actions de travail » donnent droit tantôt à une participation financière et tantôt à une participation à la gestion. En effet, les salariés de la SCMO sont représentés aux assemblées générales de la SAPO par des mandataires qu'ils élisent au sein de la l'assemblée générale de la coopérative (SCMO)⁵⁹¹.

En outre, le Code du travail prévoit un accord de participation conclu entre l'employeur et les salariés alors que l'attribution des actions du travail est stipulée unilatéralement par les statuts.

Seules les sociétés anonymes peuvent se constituer en SAPO et attribuer des actions de travail, donc cette forme de participation a un champ très restreint contrairement à la participation de droit commun applicable à toutes les sociétés.

Les actions de travail, à l'opposé de la participation de droit commun, ne peut être attribuées aux chefs d'entreprises, à leurs conjoints ou aux mandataires sociaux, elles sont attribuées exclusivement et collectivement aux salariés âgés plus de plus de 18 ans at ayant 1 ans d'ancienneté.

Pourtant, en dépit de ces distinctions entre les actions de travail et la participation de droit commun, certaines similitudes s'imposent : les dividendes des actions de travail à l'instar de l'intéressement et de la participation sont considérés comme un complément de rémunération et sont attribués dans le cadre d'un contrat de travail.

⁵⁹¹ Art. L. 225-263, al. 1, C. com. ; R. Daviau, M. Lulek, « la société anonyme à participation ouvrière (SAPO), entre centenaire et nouvel horizon », *RECMA* 2017/4, n°346, pp. 42 à 57.

Les deux formes de participation sont attribuées aux salariés après versement de l'intérêt du capital. En effet, s'agissant de la participation de droit commun, la réserve spéciale de participation est calculée après déduction de cinq pour cent des capitaux propres à titre de rémunération d'intérêt sur le capital. De même, les dividendes des actions du travail, sont distribués après le versement d'un premier dividende aux apporteurs en capital à titre d'intérêt remboursant la partie du capital bloquée.

§ 2 - Les limites de conversion du travail en capital social de la SAPO

170. Nous avons déjà relevé que les « actions de travail » ne sont qu'une participation collective des salariés au résultat et à la gestion de l'entreprise. Mais cette participation est sans prolongement ; elle n'aboutit pas dans l'état actuel du droit au financement de la souscription d'actions par les salariés de la SAPO.

On constate, à la lecture de la loi régissant la SAPO, l'absence de dispositions légales permettant la conversion des dividendes des « actions de travail » en titre de capital de l'entreprise, sauf dans le cas où la coopérative de main d'œuvre est démantelée, la société anonyme convertie peut attribuer des actions à ses salariés⁵⁹².

Lorsqu'une société anonyme à participation ouvrière vient à se trouver dans une situation où ses capitaux propres affectées par ses pertes, excèdent la moitié du capital social et que sa dissolution est prononcée, l'assemblée générale extraordinaire peut décider une modification des statuts de la société entraînant la perte de la forme de société anonyme à participation ouvrière et, par la même, la dissolution de la société coopérative de main d'œuvre⁵⁹³. Dans cette situation, la décision de la dissolution de la société coopérative ouvrière de production n'est pas soumis à une ratification de l'assemblée générale de celle-ci⁵⁹⁴.

Si la société coopérative de main d'œuvre est dissoute en application des dispositions du I de l'article L. 225-270 du code de commerce, il est attribué aux participants et anciens participants une indemnisation⁵⁹⁵.

Sur décision de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société anonyme, l'indemnisation peut prendre la forme d'une attribution d'actions au bénéfice exclusif des participants et anciens participants mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 225-269⁵⁹⁶.

Les actions ainsi distribuées ne peuvent être cédées qu'à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date de la dissolution de la société coopérative de main d'œuvre⁵⁹⁷.

⁵⁹² Art. L. 225-270, III, C. com.

⁵⁹³ Art. L. 225-270, I, C. com.

⁵⁹⁴ Art. L. 225-167, al. 2. C. com.

⁵⁹⁵ Art. L. 225-270, II, C. com.

⁵⁹⁶ Art. L. 225-270, III, C. com.

⁵⁹⁷ Art. L225-270, III, C. com. : L'AGE des actionnaires de la SAPO peut décider de confier la gestion de ces actions à un fonds commun de placement d'entreprise. Dans ce cas les parts du fonds et les actions qui en constituent l'actif ne peuvent être cédées qu'à l'expiration d'un délai de trois ans. Le règlement de ce fonds est approuvé par voie d'un accord collectif de travail.

Donc, la conversion se fait ici au détriment de la vie de la société coopérative de main d'œuvre à travers laquelle les salariés participent aux résultats de l'entreprise.

La conversion n'intervient que dans un cas bien spécifique, lorsque la SAPO n'est pas viable. Autrement dit la conversion n'est pas envisageable en temps normal. Cette forme de conversion du travail en capital est dépourvue de continuité car l'association des salariés au capital est conditionnée par l'anéantissement du dispositif qui a servi à cette association. Il s'agit d'un flagrant recul de la volonté d'association du travail au capital des SAPO.

Certes, la conversion du travail en capital serait concevable dans les SAPO, mais cela serait grâce à l'application de l'intéressement, de la participation et de l'augmentation du capital réservée aux adhérents du PEE⁵⁹⁸ et non pas grâce au régime spéciale des SAPO qui ne permet la conversion des dividendes des « actions de travail » en actions de capital que suite à l'anéantissement de la collectivité indivisible des salariés.

Par ailleurs, compte tenu de la taille importante des sociétés anonymes, la majorité d'entre elles sont assujetties à l'obligation de mettre en place un accord de participation. Ce qui implique, certes, une double participation des salariés au résultat de l'entreprise.

171. Outre l'absence de régime juridique permettant la conversion des dividendes des « actions travail » en actions de la SAPO, cette conversion, si elle était admise, se heurterait à certaines règles juridiques.

D'une part, la conversion, dans notre droit positif, s'opère essentiellement à travers l'institution d'un PEE et le Code du travail indique avec précision les sommes susceptibles d'être versées sur un PEE⁵⁹⁹. Or, il ne prévoit pas que les dividendes des « actions de travail » puissent en faire partie. D'autre part, le PEE est alimenté par des versements plafonnés notamment les sommes de participation et d'intéressement, l'abondement de l'entreprise, les versements volontaires⁶⁰⁰, les actions gratuites attribués par la société à l'échéance de la période d'acquisition⁶⁰¹, le partage des plus-values de cession de titres avec les salariés de la société⁶⁰², le montant des droits inscrits sur un compte épargne temps⁶⁰³.

⁵⁹⁸ Circ. Intermin., 14 sept. 2005, JO 1^{er} nov. : « les dividendes des actions travail n'acquièrent pas la nature juridique de l'intéressement. Une SAPO peut alors mettre en place un accord d'intéressement distinct de l'actionariat de travail. »

⁵⁹⁹ Art. R. 3332-9, C. com.

⁶⁰⁰ Art. L. 3332-11, C. trav.

⁶⁰¹ Art. L. 3332-14, C. trav.

⁶⁰² Art. L. 3332-11, 2^o, C. trav.

⁶⁰³ Art. L. 3332-10, al. 3, C. trav.

Paradoxalement, une circulaire ministérielle⁶⁰⁴ précise contrairement à ce qui vient d'être dit que les dividendes des « actions de travail » peuvent alimenter un PEE.

Au fond, cette circulaire milite indirectement en faveur de la constitution d'une épargne salariée qui pourrait être investie dans l'association des salariés au capital social de la SAPO.

La circulaire, contrairement à la loi qui ne prévoit pas l'alimentation du PEE par les dividendes des « actions de travail », permet une conversion des dividendes des « actions travail » en actions de la SAPO.

Cette circulaire, de portée fiscale, pourrait être *contra-legem* et par conséquent la sécurité juridique ne serait assurée. La circulaire prévoit que les dividendes des « actions de travail » sont affranchis d'impôt lorsqu'ils sont affectés à un PEE. Or, la loi est précise sur les versements qui peuvent alimenter un PEE.

Les circulaires et réponses ministérielles sont dépourvues de toute valeur normative⁶⁰⁵.

Cette circulaire pourrait être utile à l'association des salariés au capital de la SAPO mais il nous semble qu'elle ajoute à la loi et pourrait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ce qui est source d'insécurité juridique.

En définitive, le PEE ne peut, à notre sens, être alimenté par les dividendes des « actions de travail ».

Il en résulte que les SAPO ne sont pas un moyen autonome de conversion des dividendes du travail en capital car elles ont besoin d'être accompagnées par la mise en place d'un dispositif de participation de droit commun, d'un PEE et d'une augmentation du capital réservée aux salariés.

Or, comme nous l'avons vu, l'assemblée générale extraordinaire de la SAPO ne peut décider d'octroyer des actions aux salariés qu'à titre d'indemnité⁶⁰⁶,

Le régime des augmentations du capital réservées aux salariés est régi par le Code du travail ainsi que par le Code du commerce.

Certes, la SAPO est une société anonyme dans laquelle l'actionnariat salarié est permis. Néanmoins, les dispositions de ces deux codes ne se réfèrent pas aux organes propres aux SAPO. Il serait salutaire qu'une adaptation législative intervienne sur ce point.

⁶⁰⁴ Circ. Intermin. Préc.

⁶⁰⁵ Cass. 1^{re}, civ., 15 janv. 2020, n° « 18-22.503 » ; Cass. 1^{re}, civ., 3 mai 2018, n° « 17-10.520 ».

⁶⁰⁶ Art. L. 225-270, III, C. com.

En somme, il faudrait métamorphoser le régime des SAPO pour permettre à ces sociétés de bénéficier d'un moyen autonome de conversion du travail en capital.

172. La SAPO dispose de toutes les qualités pour convertir les dividendes issus des « actions de travail » en titre du capital.

D'une part, la SAPO est une société anonyme donc il lui serait possible de recourir à l'actionnariat salarié, il suffit que le législateur autorise des augmentations du capital par incorporation des dividendes des « actions de travail » dans ce type de société.

D'autre part, les dividendes des « actions de travail », qui ne sont jusqu'à lors qu'un complément de rémunération, après leur conversion, constitueront un moyen de financement pour la SAPO.

Hélas, le législateur ne manifeste pas autant de volonté qu'à propos de la participation et de l'actionnariat salarié, pour encourager et adapter le recours à cette forme sociale .

Par ailleurs, le champ d'application de l'attribution des « actions de travail » est restreint aux sociétés anonymes et SAS ; les SARL ne peuvent mettre en place ni des « parts de travail » l'équivalent des « actions travail » dans les SA, ni une société coopérative de main d'œuvre détenant ces parts.

En dépit de l'existence d'autres mécanismes juridiques de participation et d'intéressement distincts des « actions de travail », ces dernières demeurent, en l'absence d'intéressement ou d'obligation de mise en place d'une participation, un mécanisme apte à permettre une association du travail au capital.

Le fait de limiter le système des « actions de travail » aux SA et SAS est une occasion manquée pour faciliter l'association du travail au capital dans les petites et moyennes entreprises, notamment les SARL et les sociétés commerciales de personnes. Car les formes sociales adaptées aux PME ne disposent pas de outils légaux leur permettant d'associer simplement le travail au capital social. Elles ne peuvent mettre en place qu'un intéressement ou une participation mais ne peuvent attribuer à leurs salariés des parts sociales gratuites, des « stock-options » ou encore des actions de travail.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

Les SCOP et les SAPO disposent de leurs propres règles d'association du travailleur au capital ou au résultat social qui sont d'ailleurs distinctes des règles de participation et d'actionnariat salarié utilisées dans les sociétés commerciales à responsabilité limitée.

La philosophie d'association du travail au capital dans la SCOP est différente de celle de la SAPO, chacune de ces formes coopératives disposent de ses propres règles d'association des salariés au capital ou au résultat de la société coopérative.

Néanmoins, la conversion du travail salarié dans les sociétés coopératives de travail souffre de quelques limites du point de vue de l'association du travail au capital social.

Dans la SCOP, on assiste à un échec des méthodes de conversion issues du statut de la SCOP, d'une part, les salariés associés fondateurs de la SCOP peuvent exercer des abus de blocage de décisions de l'assemblée visant le vote d'une augmentation du capital réservée aux salariés de la SCOP. Il y a toujours le risque de la constitution d'une catégorie de salariés oligarchiques, des « travailleurs-capitalistes », qui détiendront la SCOP et cessant toute tendance coopérative ou d'association des salariés au capital social.

D'autre part, la SCOP émettent des parts sociales peu importe qu'elle soit constituée en société par action ou en SARL. Il en découle que les stock-options sont prohibées dans cette forme sociale.

Concernant la SAPO, nous l'avons qualifié de participation collective des salariés au résultat social, il ne s'agit absolument pas d'une intégration du travail au capital, car les actions de travail de la SAPO se heurtent à l'instar des parts d'industrie à des difficultés théoriques tenant à la nature extrapatrimoniale, les rendant insusceptible d'intégration au capital social. Mais encore, les actions de travail ne sont pas attribuées en contrepartie d'un apport, elles ne sont pas le résultat d'une convention d'apport, mais elles sont attribuées par le statut de la SAPO.

Nous soulignons également des difficultés de conversion des dividendes attachées aux actions de travail en actions car elles sont attribuées collectivement aux salariés regroupés dans une société coopérative de main d'œuvre.

Toutefois, la SAPO marque quelques avantages, comme la permanence de la prestation du travail grâce au caractère collectif de l'attribution des actions de travail.

Conclusion du titre 2

173. Après avoir souligné l'impossibilité de l'« intégration » du travail au capital social par le biais d'apport en industrie, nous avons consacré ce second titre aux limites des méthodes de la « conversion » du travail en capital social..

Concernant les sociétés commerciales de droit commun, nous constatons, d'une part, que dans les sociétés par actions, les moyens de parvenir à une conversion du travail en capital sont très limités, l'apport en industrie est interdit dans la SA, on est alors loin d'associer le travail fourni dans le cadre d'un apport au résultat ou au capital. De même, les stock-options et l'attribution gratuite d'actions ne permettent pas la détention d'une part importante du capital social. D'autre part, que dans les sociétés commerciales de personnes et la SARL, la prohibition des stock-options et des attributions gratuites de parts sociales constitue un frein tout aussi puissant à cette conversion.

Concernant les SCOP, nous relevons également l'impossibilité d'attribuer des stock-options des actions gratuites car les SCOP émettent des parts sociales non négociables et non des actions, même lorsqu'elles sont constituées sous la forme juridique d'une société par actions. Par ailleurs, en dépit de l'existence des moyens juridiques d'association du travail au capital dans la SCOP, les parts de la SCOP pourraient être détenues dans certaines hypothèses par une catégorie socioprofessionnelle oligarchique comme les cadres ou les salariés fondateurs de la SCOP (les travailleurs capitalistes). De surcroît, la conversion du travail au capital de la SCOP est confrontée également au pouvoir discrétionnaire de l'assemblée générale extraordinaire qui peut refuser ou accepter la conversion des droits des salariés sur une partie de l'excédent net de gestion en capital social.

Concernant les SAPO, elles ne disposent pas de moyens juridiques de conversion propre à elles. Nous avons qualifié la SAPO comme un support juridique qui établit un rapport entre le travail et le bénéfice et non pas entre le travail et le capital social, car la loi sur les SAPO n'offre aucun moyen de conversion du travail en capital social sauf lorsque la coopérative de main d'œuvre est démantelée. En revanche, la SAPO dispose d'autres moyens lui permettant de convertir le travail en capital social au moyen de l'actionnariat salarié (stock-options-attributions gratuites d'actions).

Face aux difficultés d'intégration et de conversion qu'on a pu relever et dans l'objectif d'évolution des mécanismes de conversion, il convient alors de parfaire l'association du travail au capital moyennant le perfectionnement de la conversion.

Partie 2 - L'évolution des mécanismes de conversion du travail en capital social

174. Nous avons relevé précédemment⁶⁰⁷ les difficultés d'intégration et de conversion du travail en capital. À cet effet, l'objet de notre partie est de proposer des modèles de conversion du travail salarié et du travail fourni dans le cadre d'un apport en industrie dans l'intérêt de faire évoluer les perspectives d'association du travail au capital et peu importe le support juridique de la prestation du travail (contrat de travail ou contrat d'apport).

Le « travail salarié » est lorsque la prestation du travail est fournie dans le cadre d'un contrat de travail. Le travail salarié est caractérisé par l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et son employeur. Le travail salarié est rémunéré par un salaire.

Tandis que, le travail fourni dans le cadre d'un contrat d'apport en industrie donne à son titulaire la qualité d'associé, d'où l'absence du lien de subordination, donc l'apporteur exerce son travail en toute autonomie. Ainsi, les parts d'industrie sont rémunérées par des dividendes et non pas par un salaire.

Nous allons, à cet effet, évoquer le perfectionnement de la conversion du « travail salarié » en capital social (**titre 1**), puis nous allons nous pencher sur l'étude de la conversion de l'apport en industrie en capital social (**titre 2**).

⁶⁰⁷ Supra. Partie 1

Titre 1 - Le perfectionnement de la conversion du « travail salarié » en capital social

175. Nous avons relevé précédemment que les mécanismes actuels mis en place en vue d'associer le travail au capital social souffrent de quelques imperfections les rendant inefficaces ou bien inachevés pour ne pas dire boiteux.

En outre, le pouvoir exclusif de l'AGE de voter une augmentation du capital social réservée aux salariés et l'absence dans notre positif des augmentations obligatoires du capital en vertu du droit des associés de disposer de leurs actions ou parts sociales rend la conversion du travail en capital social plus complexe.

Pourtant, dans les SCP, on assiste à des augmentations obligatoires du capital social qui sont conditionnées par l'existence de réserves ou des plus-values d'industrie suffisantes, mais cette augmentation du capital social intervient en faveur des associés y compris l'apporteur en industrie et non pas au bénéfice des salariés.

Le législateur a également prévu l'obligation de se prononcer sur une augmentation du capital social en faveur des salariés dans la SA et la SAS, mais l'assemblée générale extraordinaire n'est pas obligée de voter cette augmentation en faveur des salariés, ce qui rend le procédé de conversion incertain, dépendant de la volonté de l'AGE.

Par ailleurs, les mécanismes d'association du travail au capital social sont nombreux dans notre droit positif mais leurs champs d'application sont parfois limités à certaines formes sociales, par exemple l'apport en industrie est interdit dans les SA, de même que l'actionnariat salarié (les stock-options et les attributions gratuites) est autorisé uniquement dans les sociétés par actions.

176. L'objet de ce titre est de réfléchir deux modèles de conversion du travail en capital qui peuvent être utilisés dans les formes sociales les plus usitées, notamment les sociétés commerciales de personnes et la société hybrides.

Les modèles que nous proposons doivent faire l'équilibre entre l'impératif d'association du travail au capital ainsi que le principe de la liberté des associés de disposer pleinement de leur capital.

Afin d'atténuer le pouvoir exclusif de l'AGE de décider une augmentation de capital social réservée aux salariés, sans toutefois léser les associés ou leur imposer une augmentation obligatoire du capital social, nous allons proposer deux modèles : l'un est conventionnel (**chapitre 1**), le second est institutionnel (**chapitre 2**).

Dans les deux modèles la volonté des associés est consacrée concomitamment avec une conversion effective du travail en capital.

Chapitre 1 - Le modèle de conversion conventionnelle

177. L'actionnariat salarié est autorisé uniquement dans les sociétés par actions. Notre modèle se bornera alors à l'examen de la conversion du travail en capital dans les sociétés de personnes et la SARL, société hybride. Car c'est dans ces formes sociales que l'association du travail au capital social demeure non règlementée par des dispositions spéciales.

Nous parlons beaucoup de l'actionnariat salarié mais nous ne parlons jamais de l'association du travail au capital dans les sociétés de personnes et la SARL. Ce qui nous conduit à la recherche d'un moyen juridique d'association du travail au capital dans ces formes sociales.

Le seul moyen d'association du travail au capital qui existe dans les sociétés de personnes et la SARL est l'apport en industrie. Mais, en matière d'association du travail salarié au capital social nous constatons une absence de moyen juridique d'association du travail au capital social dans ces formes sociales. Nous considérons que la participation n'est qu'un moyen d'association des salariés au résultat sociale et non pas au capital social.

178. L'objet de ce modèle est de convertir le travail en capital social par le moyen d'un accord conclu entre les représentants des salariés et la société, il s'agirait d'un « accord de conversion du travail en capital social ».

Nous avons préféré cette appellation à l'appellation « actionnariat salarié » car cette dernière renvoie seulement au procédé d'attribution des actions aux salariés et non pas au procédé d'attribution de parts sociales aux salariés. Il en résulte que le terme « conversion du travail en capital social » est d'une portée plus générale lorsqu'on veut appliquer l'« accord de conversion du travail en capital social » aux sociétés de personnes ou à la SARL.

L'accord permettrait à la fois de consacrer la liberté des associés ainsi que celle des salariés et ça nous permet d'éviter le débat sur la légitimité des augmentations obligatoires du capital social.

L'esprit de l'« accord de conversion du travail en capital » serait de remplir deux impératifs centraux sans lesquelles la conversion du travail en capital social serait non significative ou ineffective ou bien elle porterait atteinte aux droits des associés.

Il s'agit, d'une part, de l'impératif de l'association du travail au capital social (**section 1**), d'autre part de l'impératif de consécration des droits des associés et des salariés porteurs (**section 2**).

Section 1 - L'impératif d'association du travail en capital

179. Le premier impératif est celui de l'association du travail au capital social qui se traduit par la mise en place d'un « accord de conversion du travail en capital social » convenu entre la société et les salariés.

Les crises énergétique et économique actuelles accompagnées par une vague de grèves salariales et de tensions sociales au sein de l'entreprise, nous incitent à réfléchir un modèle de conversion du travail en capital social qui permettra d'atténuer les conflits d'intérêt et rétablir la paix sociale au sein de l'entreprise.

La part du capital social détenue par les salariés dans le cadre de l'actionnariat salarié est peu significative, du fait des seuils imposés par le législateur, d'où l'intérêt de réfléchir un modèle permettant une meilleure association du travail au capital social.

L'échec de l'actionnariat salarié, dans l'association du travail au capital, est fulgurante et tient au fait qu'il a été vidé de son objectif pour advenir un moyen de rémunération des grands cadres d'entreprises.

Donc, nous songerions de convertir le travail en capital social par le biais d'un « accord de conversion du travail en capital » rendant l'accès des salariés au capital social certain et effectif, car les mécanismes d'association du travail au capital social déployés jusqu'à lors par le législateur sont insuffisants comme ce fût le cas du PEE qui est rarement réinvesti dans l'acquisition des actions de l'entreprise qui a mis en place le plan. De même, l'actionnariat salarié est autorisé que dans les sociétés par actions.

L'« accord de conversion du travail en capital » devrait définir les modalités de calcul de la participation des salariés au résultat social ainsi que les modalités de gestion des sommes de participation et leur conversion en capital social.

Cet accord devrait instaurer une réserve dédiée à recevoir les sommes de participation.

Les sommes de participations devraient être utilisées par la société en contrepartie d'un intérêt versé aux salariés. En l'état actuel de notre droit positif, les sommes de participations sont gérées par des sociétés de placement comme les FCP et les SICAV ce qui induit à un faible taux de rendement ainsi qu'un investissement de ces fonds dans des actions n'appartenant pas à la société qui mis en place le dispositif de participation, cela veut dire que les salariés perdent le sentiment d'appartenance.

L'augmentation du capital social réservée aux salariés devrait être préalablement consentie par les associés lors dudit accord, faute de quoi, la conversion deviendrait incertaine du fait de l'impossibilité des augmentations du capital social contre le gré de l'assemblée générale extraordinaire. En effet, notre droit positif n'admet pas les augmentations obligatoires du capital excepté dans les SCP, mais encore ces augmentations sont conditionnées par la suffisance des réserves ou des plus-values d'industrie, néanmoins ces augmentations ne sont pas en faveur des salariés, elles sont destinées aux associés, y compris l'apporteur en industrie.

L'accord doit être voté par les organes de la société dans les conditions de majorité et de quorum appliquée à une augmentation du capital social avec même un vote d'une résolution valant renonciation des associés à leur droit préférentiel de souscription.

Qu'il soit exposé aux salariés pour signature après délibération.

En effet, la conversion du travail au capital via l'« accord de conversion du travail en capital social » devrait se conformer aux règles régissant les augmentations du capital social.

Il est judicieux d'examiner l'application de l' « accord de conversion du travail en capital social », aux sociétés commerciales de personnes (§ 1) ainsi qu'à la SARL (§ 2).

§ 1 - L'application de « l'accord de conversion du travail en capital social » aux sociétés de personnes : SNC, SCS, SCP

A - L'application de l'« accord de conversion du travail en capital » à la société en nom collectif et la société en commandite

180. L'association du travail salarié au capital social demeure théoriquement impossible dans les sociétés commerciales de personnes en raison de la philosophie de cette forme sociale.

Les sociétés commerciales de personnes prônent la personne de l'associé, à la différence des sociétés de capitaux dans lesquelles on assiste à une prédominance du capital social ; il est le gage des créanciers.

Nous allons lister les quatre causes d'incompatibilité de l'association des salariés au capital social avec les règles régissant les sociétés commerciales de personnes :

En premier lieu, sauf stipulations statutaires, la société en nom collectif est dissoute par le décès de l'un des associés. Il en résulte qu'une association de plusieurs salariés pourrait augmenter le risque de dissolution de la société en nom collectif, notamment lorsque l'effectif du personnel est considérable.

En second lieu, l'*intuiti-personae* qui imprègne la philosophie des sociétés de personnes explique la prédominance de la personne de l'associé dans les SNC et SC en considération de leur patrimoine ou des rapports de confiance qui pourrait exister entre les associés, car au fond, ils sont solidaires vis-à-vis des tiers. La cession des parts sociales requiert l'unanimité de tous les associés, donc l'accession des salariés au capital social exige que les associés solidaires veuillent associer les salariés qui n'ont pas forcément un patrimoine suffisant pour garantir les dettes de la société vis-à-vis des tiers.

En troisième lieu, le nombre limité d'associés des SNC et SCS, figure parmi les causes de l'impossibilité d'association des salariés au capital social dans ce type de société. Car les potentiels salariés associés pourraient largement dépasser le nombre d'associés autorisé dans ces sociétés.

En quatrième lieu, l'incompatibilité entre la qualité de commerçant et la qualité de salarié entrave l'association des salariés au capital social de la société en nom collectif. La chambre

sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette incompatibilité par un arrêt du 14 octobre 2015⁶⁰⁸.

181. Face aux contraintes juridiques qui se poseraient en matière d'association du travail au capital social de la SNC, nous considérons que la société commerciale de personnes n'est pas une forme adaptée à l'association des salariés au capital social. Mais, nous pourrions nous contenter d'une participation des salariés au résultat social des SNC et des SCS.

L'impératif de l'association du travail au capital social ne pourrait être réalisé dans ces formes sociales, qu'à travers l'apport en industrie. La conversion de l'apport en industrie en capital social est théoriquement plus faisable puisque la question de l'incompatibilité entre la qualité de commerçant et la qualité de salarié ne se pose pas, l'apporteur en industrie demeure un associé.

Nous pourrions alors suggérer une augmentation du capital en faveur de tous les associés, y compris l'apporteur en industrie. Ce procédé est obligatoire dans les sociétés civiles professionnelles lorsque les réserves ou les plus-values d'industrie le permettent.

B - L'application de l'« accord de conversion du travail en capital » à la société civile professionnelle :

182. Nous allons analyser la possibilité d'application de la conversion du travail en capital dans la société civile professionnelle.

La société civile professionnelle constitue-t-elle un terrain propice à l'association des salariés au capital social ?

Plusieurs facteurs expliquent les difficultés d'association du travail au capital social dans les sociétés civiles professionnelles, parmi ces facteurs figure celui de la réglementation de la profession.

Dans la société civile professionnelle les associés exercent des professions réglementées, donc la loi régissant la profession exige une capacité d'exercice des associés. Pourtant, tout salarié d'une société civile professionnelle ne remplit pas les conditions d'exercice de la profession, donc à priori nous ne pourrions pas associer tous les salariés au capital de la SCP. À titre d'exemple un secrétaire d'un cabinet d'avocat ne serait pas à pied d'égalité avec ses collègues avocats salariés en matière de conversion du travail au capital social dans la SCP.

⁶⁰⁸ Cass. soc., 14 oct. 2015, n° « 14-10960 » : J. Icard, « incompatibilité entre la qualité d'associé d'une société en nom et la qualité de salarié », les *Cah. Soc.* 1er déc. 2015, n°280.

183. Dans cette perspective, afin que l'« accord de conversion du travail en capital » puisse bénéficier aux salariés dépourvus de la capacité d'exercice de la profession réglementée, nous pourrions créer un statut similaire aux statuts d'associé non coopérateur de la SCOP ou du commanditaire d'une société en commandite ou de porteur d'intérêts, pour déroger à l'incapacité d'exercice de la profession qui pourrait empêcher certains salariés de la SCP de devenir associé.

§ 2 - L'application de l'« accord de conversion du travail en capital » à la SARL

184. Nous allons d'abord examiner l'application de l'accord d'actionnariat salarié à la SARL :

Nous avons déjà évoqué que l'« accord de conversion du travail en capital » permettrait l'accès des salariés au capital de la SARL, donc, il est évident d'examiner les modalités d'accession des salariés au capital de la SARL.

L'accession des salariés à la qualité d'associé de SARL peut se faire par deux façons soit par voie de cession des parts sociales ou bien via l'émission de nouvelles parts sociales en faveur des salariés après l'agrément des associés. Dans les deux situations, l'agrément de cession est requis lorsque la cession ou l'augmentation du capital s'opère au bénéfice d'un tiers.

Les règles de majorité applicables diffèrent selon qu'on est en présence d'une cession de parts sociales ou d'une augmentation du capital à titre onéreux.

Afin de qualifier juridiquement la nature de l'augmentation du capital qui interviendrait au bénéfice des salariés, il est nécessaire de qualifier la nature juridique des sommes de participation, voire même rechercher la nature de cette créance, est-elle une créance salariale ou une créance de droit commun ?

A - Qualification de la nature juridique des sommes issues de la participation :

185. En matière de prescription triennale, la Cour d'appel de Paris a considéré que la créance issue de la participation des salariés est une créance soumise à la prescription quinquennale⁶⁰⁹. En même temps que l'action en paiement des salaires est soumise à la prescription triennale.

La Cour d'appel⁶¹⁰ de Paris a appliqué la prescription de droit commun de 5 ans à la créance issue de la participation, cela démontre la nature non salariale de la créance de la participation.

Avant la réforme⁶¹¹ le délai de prescription de droit commun était fixé à 30 ans. Mais, on appliquait au salaire la prescription quinquennale. Après la réforme, Le délai de prescription de droit commun est fixé à 5 ans, alors que celui des actions en paiement des salaires est réduit à 3 ans.

⁶⁰⁹ Art. 2224, C. civ.

⁶¹⁰ Paris, 7 avril 2016, n° « 15/03431 ».

⁶¹¹ Modification de la Loi n° 2008-561, 17 juin 2008, art.1.

Avant la réforme la chambre sociale de la Cour de cassation⁶¹² appliquait déjà la prescription de droit commun à la demande des primes de participation, à une époque où le délai de prescription était fixé à 30 ans.

En sommes, peut-on déduire de cette position jurisprudentielle, en matière de droit de la prescription, la nature non salariale de la créance due à la participation ? Néanmoins, est ce que la Cour partage la même vision lorsqu'il s'agit de savoir si les créances dues aux sommes de la participation sont couvertes par la garantie AGS ?

En matière du bénéfice de la garantie AGS, la Cour de cassation par un arrêt⁶¹³ du 30 septembre 2004 ayant considéré qu' « il résulte des articles L. 442-1 et suivants du Code de travail que les droits constitués au profit des salariés au titre de la participation aux résultats de l'entreprise en exécution du contrat de travail et du statut collectif qu'il implique la forme d'un droit de créance sur l'entreprise quel que soit leur emploi pendant le temps de leur indisponibilité »⁶¹⁴.

Pourtant, en 2007, la Cour de cassation ne faisait bénéficier de cette garantie les sommes dues au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion que si elles revêtaient la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, ce qui n'est pas le cas de celles qui sont affectées à un fonds commun de placement dont les salariés sont devenus copropriétaires⁶¹⁵.

Une circulaire du 14 septembre 2005 fait bénéficier de la garantie AGS les sommes de participation qui ont été affectées à un compte courant bloqué pendant la période de leur indisponibilité. C'est-à-dire une fois ces sommes sont placées dans un PEE, elle n'aurait plus forme d'un droit de créance sur la société. Et cela peu importe l'affectation du PEE.

En sommes, les sommes issues de la participation, pendant leur période d'indisponibilité, ne constituent plus un droit de créance à l'égard de la société, contrairement à ce qu'elle a pu affirmer l'arrêt du 3 septembre 2004, si elles sont affectées à l'acquisition de parts de fonds commun de placement⁶¹⁶.

⁶¹² Cass. soc. 14 avril 1988, n° « 85-46.027 P ».

⁶¹³ Cass. soc., 30 sept. 2004, n° « 02-16.439 ».

⁶¹⁴ G. Auzero, « épargne salariale et assurance garantie des salaires : des rapports délicats », *Lexbase* 7 oct. 2010 ; Cass. soc. 28 novembre 2007, n° « 05-45.354 ».

⁶¹⁵ G. Auzero, art. Préc. ; *ibid*, n° « 05-45.354 ».

⁶¹⁶ G. Auzero, art. préc. ; *ibid*, n° « 05-45.354 ».

Nous pourrions admettre la qualification de créance aux sommes issues de la participation lorsqu'elles sont affectées à un compte courant bloqué pendant la période de leur indisponibilité.

Dans notre modèle d'« accord de conversion du travail en capital », les sommes de participation seraient destinées à la souscription ou l'acquisition des parts sociales de la SARL, donc seraient elles considérées comme une créance couverte par la garantie de l'AGS. Nous pensons que la réponse est positive si les sommes seraient affectées à un compte courant bloqué. La réponse est néanmoins incertaine si ces sommes sont affectées à un PEE.

B - Qualification juridique de l'augmentation du capital social au bénéfice des salariés

186. Nous allons rechercher à qualifier l'augmentation du capital financée par les sommes issues de la participation. Il en résulte deux questions :

1^{ère} question : L'augmentation du capital financée par les sommes de participation est-elle une augmentation par apport en nature ou en numéraire ?

La réponse à cette question doit être formulée en fonction de la nature de la créance apportée à la société. Si la participation est considérée comme une créance, le débat sur l'apport en créance se poserait.

Dans le cadre d'une association du travail au capital, il est judicieux de qualifier l'apport par les salariés, des sommes de participation en vue de l'acquisition ou la souscription de parts sociales, d'apport en numéraire si la créance est liquide et exigible.

La littérature juridique s'est posée la question de savoir est ce que l'apport en créance est un apport en nature ou en numéraire ? Nous avons traité cette question dans le titre 2 de la partie 2 de notre recherche.

Il résulte de l'article L 225-128 C.com que la créance est apportée en numéraire, dans le cadre d'une augmentation du capital social par compensation avec des créances, lorsqu'elle est liquide et exigible.

La jurisprudence⁶¹⁷ ainsi que les réponses ministérielles⁶¹⁸ admettent l'augmentation du capital social par compensation dans la SARL.

⁶¹⁷ Cass. com., 7 fév. 1972 ; Versailles, 25 octobre 1990.

⁶¹⁸ Rép. min. n° 7675, JO sénat Q. 17 juillet 1969 ; Rép. min. JOAN Q. 31 octobre 1969 ; Rép. min. n° 9365 JOANQ, 7 mai 1970.

La cour d'appel⁶¹⁹, dans une affaire relative à une SARL a qualifié l'augmentation du capital social par incorporation de la créance de compte courant d'associé par une augmentation en numéraire.

Une fois de plus l'accord ne devrait pas affecter les sommes de participation à un PEE, il est préférable, en vue de se conformer à la jurisprudence et à la circulaire du 14 septembre 2015, d'affecter ces sommes à un compte bloqué courant pendant leur période d'indisponibilité pour qu'elles soient qualifiées de créance à l'égard de la société, donc elles pourraient légitimement se voir incorporées au capital social.

2^{ème} question : L'augmentation du capital financée par les sommes de participation sont-elles des augmentations à titre gratuit (par incorporation des réserves) ou à titre onéreux ?

L'augmentation du capital social dans la SARL peut se faire à titre gratuit ou bien à titre onéreux. Lorsque l'actif de la société n'est pas augmenté, tel est le cas de l'augmentation du capital social par incorporation des réserves, l'augmentation est réputée à titre gratuit. Lorsque l'actif de la société est augmenté, l'augmentation est à titre onéreux, il faut dans ce cas procéder à une augmentation du capital social selon les règles de majorité requise pour la modification des statuts.

L'augmentation du capital social par incorporation des sommes de participation ne peut pas être désignée par un apport à titre gratuit. Et cela pour deux raisons qui sont étroitement liées, l'une tient au fait que l'augmentation du capital par incorporation de réserves n'est pas admises, car la réserve spéciale de participation ne fait pas partie des réserves éligibles à former l'assiette de l'augmentation du capital social.

L'autre raison tient au fait que la réserve spéciale de participation est une créance des salariés à l'encontre de la société, elle ne fait pas partie de l'actif de la société, son incorporation au capital social augmentera l'actif de la société, donc l'apport des sommes de participations par les salariés à la société représente un apport à titre onéreux puisque elle contribue à augmenter l'actif de l'entreprise.

Donc pour convertir les sommes de participation en capital social, on devrait procéder selon la procédure de l'augmentation du capital social à titre onéreux.

⁶¹⁹ CA Versailles, 13^{ème} ch, 25 oct. 1990.

Section 2 - La consécration des droits des associés et des salariés

Nous allons nous interroger dans la présente section sur la protection des droits des associés (§ 1) ainsi que ceux des salariés (§ 2) à la suite d'une association du travail au capital social.

§ 1 - La consécration des droits des associés

187. Cet impératif consiste, dans le cadre d'association du travail au capital, d'atténuer le pouvoir d'opposition de l'assemblée des associés ou de l'assemblée générale à l'association du salarié au capital toute en consacrant les droits politiques et économiques des associés.

Certes, l'atténuation du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire dans un but d'association du travail au capital permet l'abolition du salariat et le renforcement des capitaux propres de la société, car en soi le salarié associé est un apporteur en numéraire, donc il apportera des fonds en numéraire à la société. Toutefois, cette limitation du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire ne devrait pas porter atteinte aux droits des associés.

Les détracteurs de cette hypothèse peuvent prétendre qu'elle porte atteinte même à l'équilibre du contrat ou au droit des associés à cause d'une potentielle immixtion du législateur aux décisions de l'assemblée générale notamment lorsqu'il résulte de cette ingérence une augmentation des engagements des associés. Fut-ce alors le cas lorsque le législateur imposait des augmentations obligatoires du capital ?

188. La question qui demeure posée est de savoir est ce qu'il ne s'agirait pas d'une ingérence du législateur dans la décision de l'assemblée générale de sorte à augmenter l'engagement des associés, à porter atteinte à leur droit de propriété protégé par le protocole n°1 de la convention européenne des droits de l'homme ?

Certes, il existe dans notre droit positif une obligation de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariés mais l'assemblée générale garde toujours le droit de refuser ou d'accepter cette augmentation du capital. Les associés expriment leur volonté, la loi leur impose uniquement le fait de se prononcer sur l'augmentation du capital réservée aux salariés.

Ce fut le cas de l'obligation incombant aux SA de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariées. L'augmentation du capital réservée aux salariés adhérents d'un PEE est prévue par l'ancien article 443-5 du Code de travail abrogé par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007⁶²⁰. Il fut désormais remplacé par les articles L. 3332-18 à L. 3332-24 du Code de travail.

Selon le Code de travail, les sociétés peuvent procéder à des augmentations du capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne entreprise, mais rien ne les oblige à se prononcer sur le projet de résolution concernant une augmentation de capital réservé aux salariés.

⁶²⁰ Ordon. n° 2007-329 du 12 mars 2007, JORF 13 mars 2007.

En revanche, c'est le Code de commerce qui impose aux SA l'obligation de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariés.

Du point de vue fiscal, les titres attribués à l'occasion d'une augmentation du capital réservée aux salariés bénéficient des avantages fiscaux.

Il convient de distinguer d'une part, l'obligation permanente⁶²¹, d'autre part, l'obligation périodique⁶²². L'obligation permanente instituée par l'alinéa 1 de l'article L. 225-129-6 du Code de commerce se distingue de l'obligation périodique prévue par le second alinéa du même article.

L'AGE lors de toute augmentation du capital en numéraire doit se prononcer sur une résolution visant une augmentation du capital réservée aux adhérents d'un PEE, lorsque la société a des salariés.

Depuis la loi modificative du 19 mai 2011⁶²³, sont dispensées de l'obligation permanente les sociétés contrôlées des lors que la société qui les contrôle a mis en place un dispositif visant une augmentation du capital dont peuvent bénéficier les salariés des sociétés contrôlées.

Quant à l'obligation périodique, elle s'agit de l'obligation triennale qui incombe aux SA dont la part du capital détenue par ses salariés est inférieure à une portion de 3 pour cent. L'AGE doit se prononcer sur une résolution visant une augmentation du capital réservée aux salariés. Depuis la loi modificative du 22 mars 2012⁶²⁴, le législateur repousse le délai triennal à 5 ans, si une assemblée générale extraordinaire s'est prononcée, depuis moins de trois ans sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés⁶²⁵. L'obligation périodique a été supprimé par la loi de simplification de droit des sociétés du 19 juillet 2019⁶²⁶.

189. En somme, l'obligation de se prononcer sur une augmentation du capital réservée au salarié, telle qu'elle est prévue par le législateur ne porte pas atteinte aux droits des associés, ni au protocole 1 de la Conv.EDH car elle n'augmente pas les engagements des associés.

⁶²¹ Art. L. 225-129-6, al.1, C. com.

⁶²² Art. L. 225-129, al. 2, C. com.

⁶²³ L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 20. JORF n°0115 du 18 mai 2011.

⁶²⁴L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.

⁶²⁵ Art. L. 225-129-6, al. 2, C. com.

⁶²⁶ L. n° 2019-744, 19 juil. 2019, de la simplification du droit de sociétés, JORF n° 0167, 20 juil. 2019.

190. Toutefois, ces dispositions ne garantissent pas l'accès du salarié au capital, car l'assemblée générale a uniquement l'obligation de se prononcer sur l'augmentation du capital réservée aux salariés mais elle n'est pas obligée d'accepter l'accès du salarié au capital social. De ce fait le texte légal qui prévoit ces deux obligations devient inutile de sorte qu'on aurait laissé aux associés la faculté d'associer le travailleur au capital de la société. Nous pensons que le législateur en ne voulant pas s'ingérer dans les décisions de l'assemblée générale, il n'a pas été très ambitieux ; donc l'effet de cet article été médiocre, voire même, il provoque l'annulation des décisions d'augmentations du capital lorsque l'assemblée générale extraordinaire omet de se prononcer sur l'augmentation du capital réservée aux salariés qui est de même que formelle et sans effets sur l'association du travail au capital.

Mais, si le législateur osait à imposer à l'assemblée d'accepter l'augmentation du capital réservée au salarié cela conduirait-il à une augmentation des engagements des associés ?

La CEDH à l'occasion de l'arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* 25 juillet 2002, 48553/999 a prononcé la violation de l'article 1 du protocole 1 de la convention par une décision d'un organe municipal investi par la loi Ukraine tendant à homologuer la décision de modification statutaire (augmentation du capital social) opérée par une société en méconnaissance des droits de la requérante.

La prééminence de la convention EDH par rapport à la loi nationale empêcherait tout statut social tendant à une augmentation du capital social imposée aux associés.

Néanmoins, l'association du travail au capital nous semble un objectif susceptible de justifier une telle ingérence car l'ordre juridique national offre des formes juridiques variées pour ceux qui désirent d'exercer pleinement leur droit de propriété. A contrario, il existe bel et bien des personnes qui souhaitent renoncer à une prérogative sur leur droit de propriété, ceux qui renoncent à leur droit préférentiel de souscription en faveur des salariés, ceux qui ne s'opposent pas à une augmentation du capital obligatoire en faveur des salariés car ils trouvent dans cela un moyen de management et de valorisation du capital humain permettant une pérennité et une sérénité dans l'entreprise, ce fut le cas du Familistère de Guise.

§ 2 - La consécration des droits des salariés porteurs

191. Nous allons démontrer l'utilité de la promesse unilatérale de souscription ou d'achat d'actions dans la protection des droits des salariés porteurs. Une protection qui serait offerte par le droit civil des contrats en cas de rupture du contrat de travail. Nous allons comparer quelques formes d'attribution des titres de capital aux salariés afin de mieux relever l'intérêt de la mise en place d'une promesse unilatérale de souscription ou d'achat d'actions. On étudiera la protection des salariés porteurs des stock-options et celle des salariés de la SCOP. Pour aboutir à ce que la promesse unilatérale de souscription ou d'achat d'action est plus protectrice des salariés en cas de rupture de contrat de travail.

Cependant, nous allons relever que l'attribution des stock-options aux salariés garantit la réalisation d'une plus-value à l'occasion de la levée d'option par le salarié porteur.

A - L'intérêt de suggestion d'une promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales

192. La promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales permet de renforcer la garantie des droits des salariés.

En cas de licenciement ou de démission du salarié pendant la période d'indisponibilité des sommes de participation, le salarié pourrait perdre le droit d'être bénéficiaire de l'augmentation du capital social prévu par l'« accord de conversion du travail en capital ».

Nous allons démontrer comment la promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales au bénéfice des salariés pourrait être plus protectrice de ces derniers.

Il existe deux situations, la première est celle de l'absence de stipulation d'une promesse unilatérale de cession ou souscription de parts sociales par l'« accord de conversion du travail en capital ». La seconde est celle de l'existence d'une promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales.

Dans la première situation, en l'absence d'une promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales pendant la période d'indisponibilité des sommes de participation, le salarié est considéré comme créancier de la société, il bénéficiera à cet effet des garanties des porteurs de créance.

Tandis que dans la seconde situation, le salarié est à la fois créancier de la société et bénéficiaire d'une promesse de cession ou de souscription de parts sociales. Donc, il est protégé également en vertu de sa qualité de bénéficiaire de la promesse.

Notre droit positif en témoigne de l'avantage que lui confère sa qualité de bénéficiaire de la promesse.

En effet, la jurisprudence antérieure⁶²⁷ à la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, n'admettait pas l'exécution en nature de l'obligation en cas de rétractation de la promesse unilatérale de vente par le promettant, elle se contentait alors à admettre le versement de dommages et intérêts au titre de la responsabilité personnelle du promettant.

Désormais, l'article 1124 nouveau du Code civil, modifié par l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit l'exécution forcée de l'obligation en cas de rétraction de la promesse.

À cet effet, la jurisprudence⁶²⁸ a effectué un revirement de sa position antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, elle admet depuis lors l'exécution en nature de l'obligation.

L'apport le plus important de ce revirement est d'étendre, en dépit du principe de la non-rétroactivité, l'application de l'article 1124 nouveau du Code civil aux situations antérieures à la réforme du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016.

En somme, sous l'égide de la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 23 juin 20121, si le salarié bénéficiait d'une promesse unilatérale de cession de parts sociales, il aurait pu lever l'option dans le cadre de l'exécution en nature de l'obligation.

Cependant, La chambre commerciale de la Cour de cassation⁶²⁹ abandonne la jurisprudence de la chambre civile du 23 juin 2021⁶³⁰.

⁶²⁷ Avant l'ordonnance du 10 février 2016 modifiant le Code civil, la jurisprudence civile, en faisant application de l'article 1142 du Code civil n'admettait pas l'exécution en nature de l'obligation à l'occasion de la rétractation par le promettant d'une promesse unilatérale car il s'agit d'une obligation de faire qui se résout en dommage et intérêts, les magistrats se livreraient à une interprétation littérale de l'article 1142. Désormais, le nouvel article 1124 Code civil permet l'exécution en nature de l'obligation.

⁶²⁸ Cass., 3^{ème}, civ, 23 juin 2021, n° « 20-17.554 ».

⁶²⁹ Cass. com., 15 mars 2023, n° « 21-15.393 » ; S. Tisseyre, « Promesse unilatérale de vente : la chambre commerciale réalise un revirement avec motivation enrichie », *D.* 2023, p. 985 ; H. Barbier, « Les termes d'un contrat s'interprètent-ils selon le sens qu'ils avaient au moment de sa formation ? », *RTD civ.* 2023, p. 345. ; G. Pillot, « Promesse unilatérale de cession des titres sociaux : un revirement pour le passé qui engage l'avenir, *Rev. Sociétés* 2023, p. 517, M. Fabre-magnan, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 826.

⁶³⁰ Cass., 3^{ème}, civ, 23 juin 2021, n° « 20-17.554 ».

Pendant la période d'indisponibilité, les sommes de participation sont versés dans un compte courant bloqué, les salariés ne sont que titulaires d'un droit de créance sur la société, ils ne sont pas encore associés. Par conséquent, ils ne bénéficieraient pas de la protection des associés. À cette phase de conversion, la protection des droits des salariés se pose, en cas de licenciement ou de rupture de contrat de travail. Si à cette phase d'indisponibilité des sommes de participation, l'accord de conversion du travail au capital prévoit une promesse unilatérale de vente de parts sociales, les salariés pourraient bénéficier de la protection du bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente selon les dispositions du droit civil.

À la phase d'augmentation du capital social la question du sort des droits du salarié associé à la SARL pourrait se posait en cas de rupture de contrat de travail.

Nous allons analyser la jurisprudence en matière de la rupture du contrat de travail des salariés bénéficiaires des stock-options afin de relever le degré de consécration des droits des salariés.

La jurisprudence semble protéger les porteurs qui ont fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Aucune disposition légale n'interdit l'exercice des droits d'option lorsque leurs bénéficiaires ont quitté la société. Les organes sociaux ont cependant la possibilité d'assortir l'attribution des plans de conditions plus restrictives et une modification de ces conditions ne pouvant intervenir qu'après une nouvelle délibération du conseil d'administration de la société⁶³¹.

Le salarié qui, à la suite de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, n'a pas pu lever les options attribuées par le plan de stock-options prévoyant que le départ de l'entreprise pour une cause autre que le décès, la maladie ou la retraite ferait perdre le droit de lever l'option, a subi un préjudice qui doit être réparé⁶³². La chambre sociale garantit le droit du salarié porteur en lui octroyant une indemnisation fondée sur la responsabilité civile en dépit des stipulations du plan de stock-options qui prévoit que les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, ne peuvent exercer leur option.

⁶³¹ Paris, 23 sept. 1999 : *D.* 1999. AJ 38, obs. A. L ; *Rev. soc.* 1999. 872, obs. Guyon; *BJS* 2000. 227, note Velardocchio; *JCP E* 2000, n° 20, p. 797, obs. Viandier et Caussain; *Dr. Soc.* 2000, n° 79, note Vidal; *RDBF* 2000, n° 242, obs. Frison-Roche, Germain, Marin et Pénichon.

⁶³² Cass. soc. 29 sept. 2004 : *D.* 2004. AJ 2656 ; *JCP E* 2004, n° 52-53, p. 2081, note Grandvilllemin ; *ibid.* 2005, n° 4, p. 125, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; *BJS* 2005. 95, note Daigre ; *RJ. com.* 2005. 32, obs. Desbarats ; *JCP* 2005. I. 122, n° 12, obs. Morvan ; *Rev. soc.* 2005. 396, note Saintourens 16 mars 2005 : *JCP E* 2005, n° 22, p.904, note Grandvilllemin.

La jurisprudence clarifie encore sa solution en ajoutant que le salarié qui n'a pas pu lever son option du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse a droit à réparation et non au maintien des options⁶³³.

Certes que cette jurisprudence est saluée car elle permet une indemnisation du salarié porteur, néanmoins, au point de vue du droit de la promesse unilatérale de vente, le vendeur ne peut pas se rétracter pendant le délai de l'exercice de l'option ou le cas échéant doit respecter un délai raisonnable. Mais, nous regrettons que la jurisprudence se limite à réparer le préjudice subi par le salarié sans lui permettre de maintenir les options.

193. Par ailleurs, il est aussi opportun d'analyser les droits des salariés des sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP), en cas de rupture de contrat de travail. Nous allons voir que les règles ne sont pas similaires à celles appliquées aux salariés porteurs des stock-options, et cela tient à la double qualité des adhérents de la SCOP.

Avant les modifications apportées par la loi du 31 juillet 2014, l'article 10 de la loi du 19 juillet 1978 disposait que « sauf stipulations contraires des statuts, la démission ou le licenciement pour cause réelle et sérieuse entraîne la perte de la qualité d'associé ».

Actuellement, le même article est rédigé ainsi : « sauf stipulations contraires des statuts, à l'exception des cas mentionnés à l'article 11, toute rupture du contrat de travail entraîne la perte de la qualité d'associé ».

En effet, les cas prévus à l'article 11 sont la mise en retraite, le licenciement pour cause économique ou l'invalidité rendant l'intéressé inapte au travail.

Ledit article exclut le cas du licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui n'était pas le cas sous l'égide de l'article 10 avant la modification intervenue via la loi du 31 juillet 2014.

On regrette que le législateur fasse tourner l'hélice en sens inverse. Le second alinéa de l'article 10 ajoute que la renonciation volontaire à la qualité d'associé entraîne la rupture du contrat de travail, le présent alinéa n'a connu aucune modification. Le principe de liaison entre la qualité d'associé et celle de salarié est discutable.

⁶³³ Cass. soc., 1^{er} déc. 2005 : *RDBF* 2006, n° 41, obs. Vatinet ; *RJDA* 2006, n° 284 ; *BJS* 2006. 507, note Auzero ; 2 fév. 2006 : D. 2006. IR 530 ; *BJS* 2006. 811, note Scholer ; *JCP E* 2006, n° 26, p. 1174, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; *Ibid.*, n° 31-34, p. 1387, note Vatinet, Paris, 6 mars 2007 : *BJS* 2007. 864, note Auzero ; *RJDA* 2007, n° 851, Cass. com., 13 sept. 2011, n° « 10-19.526 » ; Cass. 3^{ème}, civ., 11 mai 2011, n° « 10-12.875 ».

Il pouvait, en effet, exister des associés non employés dans la coopérative, c'est le cas des associés non coopérateurs. Cet argument pouvait être invoqué pour justifier le maintien de la qualité d'associé d'un salarié licencié. Des hésitations jurisprudentielles se manifestent sur la question. Un arrêt de la cour d'appel⁶³⁴ de Paris avait ainsi affirmé que la cessation du travail des associés coopérateurs implique leur départ de la société.

La même juridiction décidait, toutefois, par la suite, que les SCOP ne comprennent pas uniquement des associés employés dans la coopérative, mais des sociétaires qui n'étant ni ouvriers ni employés de l'entreprise ou même de la profession⁶³⁵.

La solution de la première juridiction paraît confuse, elle considère la cessation du travail de salarié associé comme l'expression de sa volonté de s'exclure de la vie de la coopérative, alors même que le licenciement pour cause réelle et sérieuse intervient sans la volonté du salarié, et que l'« *affectio societatis* » n'a pas été mis en cause par le salarié licencié.

Donc, en théorie, le vouloir de quitter la société ne devrait être justifié qu'en cas de démission ou de renonciation expresse à la qualité d'associé. En revanche, la renonciation volontaire à la qualité d'associé implique la rupture du contrat de travail du fait même du coopérateur. La Cour de cassation⁶³⁶ a, en effet, estimé que la renonciation volontaire à la qualité d'associé conduit à considérer que la rupture du contrat du travail résulte du fait même du coopérateur et qu'il ne s'agit pas d'une forme de licenciement propre aux SCOP.

Or, on peut en théorie considérer que le salarié coopérateur licencié sans cause réelle et sérieuse devient un associé non coopérateur s'il éprouve encore un *affectio-societatis*.

L'intérêt de la solution, apportée par la jurisprudence et par l'article 1124 du Code civil à l'issue de la modification de l'ordonnance de 10 février 2016, qui admet l'exécution en nature, est ample. Elle permet aux salariés de conserver leur qualité d'associé en dépit de leur licenciement ou révocation réciproque.

Donc, si on met on place, dans le cadre de l'« accord de conversion du travail en capital », une promesse unilatérale de cession de parts sociales au bénéfice des salariés, à la lumière des stock-options, cela va garantir la conservation par le salarié licencié de son droit de lever l'option en vertu de l'article 1124 du Code civil, en même temps, cette promesse garantirait

⁶³⁴ Paris, 22 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1974.1. 401, note J. Viatte.

⁶³⁵ Paris, 8 janv. 1976. 1.316, concl. Talagrand.

⁶³⁶ Cass. soc., 6 mars 2001, n° « 98-46.078 », *Dr. soc.* 2001. 677, note J. Mouly.

au salarié l'accès au capital, avec peu de risque de renonciation à l'augmentation du capital social au bénéfice des salariés.

La solution de l'exécution en nature offerte aux salariés par l'article 1124 du Code civil est saluée, car elle est protectrice à l'égard du salarié.

Par ailleurs, les stock-options en dépit de leur qualification de promesse unilatérale de cession d'actions, elles se démarquent d'elle sur la question de la réalisation d'une plus-value d'acquisition et de cession. Le Code civil régissant la promesse unilatérale ne met pas à la charge du promettant l'obligation de garantir la réalisation d'une plus-value au profit du bénéficiaire de la promesse unilatérale de cession de parts sociales.

B - La question de l'absence de l'obligation de la réalisation d'une plus-value dans la promesse unilatérale de cession de parts sociales :

194. L'émission des stock-options passe par deux étapes, il faut de prime abord que le salarié se procure le bon de souscription ou d'achat d'actions en contrepartie du versement du prix du bon qui lui permet de souscrire l'action. Ensuite, le salarié peut lever l'option moyennant le paiement du prix de l'action au moment de la levée d'option.

La doctrine analyse les stock-options comme une promesse unilatérale de vente faite par une société à certaines de ses salariés en vue d'acquérir un nombre déterminé d'actions dans un délai donné et moyennant un prix définitivement fixé⁶³⁷

Il convient de distinguer « la promesse unilatérale de cession de parts sociales » et la stock-option.

Certes, la stock-option est analysée en doctrine comme une promesse unilatérale de vente. Pourtant, la cause de la levée d'option par le bénéficiaire de la stock-option est la réalisation par le salarié cessionnaire des plus-values d'acquisition et de cession que ce dernier estime réaliser lors de l'acquisition de l'action. La plus-value d'acquisition est réalisée lors de l'acquisition de l'action par le salarié (à la levée d'option) à un prix décoté. Par ailleurs, la plus-value de cession est réalisée dès lors que le salarié bénéficiaire cède l'action à un prix supérieur au prix de cession.

⁶³⁷ V. M.-L. Coquelet, J.-CI Banque, fasc 1865, cité par : A. Chamoutau Trapiers, « communauté légale : dissolution », *RDC*, juin 2010, 166.

Donc, les effets escomptés par le salarié ne lui sont pas toujours bénéfiques en l'absence d'une réalisation d'une plus-value car son complément de rémunération serait nul, voire négatif.

Dans ce sens, le droit prétorien exige la réalisation d'une plus-value par le salarié.

195. Le droit civil de la promesse unilatérale de vente n'est pas toujours adapté aux particularités du droit de société et du droit commercial. Car les effets de la promesse unilatérale de vente, tels qu'ils sont suggérés par le droit civil, ne mettent pas à la charge du cédant une garantie supplémentaire, autre que celles déjà connues en droit civil (garanties d'éviction, de vice caché, de conformité) garantissant au cessionnaire la réalisation d'une plus-value d'acquisition et de cession.

En principe, en droit civil, sauf clause contraire, les risques sont immédiatement transférés au cessionnaire (salarié dans notre cas de figure) à la levée de l'option. Aucune garantie légale ne lui est conférée en vertu du Code civil au cas où le salarié ne réaliserait pas des plus-values d'acquisition et de cession.

Néanmoins, la jurisprudence dégage une solution à une question qui demeure absente aux Codes (civil, du travail, de commerce), est celle de savoir comment protéger le droit du salarié porteur des stock-options en cas de non-réalisation d'une plus-value de cession ou en cas de difficulté de cession des actions souscrites à la levée d'option ?

En revanche, cette solution prétorienne n'est applicable que dans le cadre des sociétés non cotées car dans ces dernières la valeur des actions n'est pas contrôlée par l'autorité du marché financier, ainsi que l'action n'est pas caractérisée par une certaine fluidité dans le processus de cession, c'est-à-dire contrairement au marché boursier dans lequel la cession peut se faire d'un moment à l'autre, on se trouve moins dans l'embarras de trouver un cessionnaire que si on l'était dans une société non cotée. Car au fond, si le salarié se trouve emprisonné de ses actions en l'absence de potentiels cessionnaires, il ne peut alors réaliser des plus-values de cession une fois la valeur de l'action aurait grimpé.

On peut évoquer à ce sujet d'autres clauses qui peuvent alourdir le processus de cession des actions des sociétés anonymes, en l'occurrence les clauses d'agrément qui sont d'ailleurs interdites dans les sociétés cotées en bourses. Cette rigidité de cession, qui peut être due à la nature de l'action ou des clauses limitant la cession, amoindrit les occasions de réaliser une plus-value de cession par le salarié.

La société s'étant engagée à procéder à la mise en œuvre du mécanisme destiné à offrir, le moment venu, la contrepartie permettant la cession des actions souscrites, nécessaire à l'absence d'une cotation en bourse, et ayant demandé, à cet effet, l'aide de son groupe, elle assume ainsi une responsabilité personnelle à l'égard de ses collaborateurs ou anciens collaborateurs dans la mise en œuvre du mécanisme de contrepartie adopté, quand bien même la contrepartie serait une autre société du groupe, ou toute autre société que celle-ci se substituerait, personne morale distincte, et faute par elle de faire en sorte que l'un de ses collaborateurs bénéficie de la contrepartie en cause, elle lui en doit réparation.⁶³⁸

Cette solution jurisprudentielle est applicable qu'aux sociétés non cotées en bourse, ainsi elle se limite à engager la responsabilité personnelle de la société qui n'a pas respecté la contrepartie permettant la cession des actions souscrites.

La jurisprudence⁶³⁹ commerciale garantit les droits aux porteurs (en l'occurrence les salariés). Selon cette jurisprudence, la promesse d'option d'achat d'actions consentie au salarié était inconditionnelle et qu'il appartenait donc à la société de prendre les mesures nécessaires pour lui donner satisfaction, ce dont il résulte, que sa faute était établie dès lors qu'elle n'alléguait pas en avoir été empêchée par un cas de force majeure. Le préjudice subi par le salarié ne peut consister en une perte de chance d'être un jour actionnaire de la société à concurrence du nombre d'actions dont il aurait pu disposer, au jour de la signature de son contrat, mais ne peut être que la contrepartie du bénéfice qu'il aurait pu retirer de la négociation sur le marché des actions dont il pouvait alors disposer⁶⁴⁰.

La jurisprudence a mis à la charge de la société une présomption de faute en cas du non-respect par celle-ci d'honorer la contrepartie promise au salarié, sauf force majeure.

Nous pourrions transposer le régime juridique des stock-options à la « promesse unilatérale de souscription ou d'achat de parts sociales » en ce qui concerne la mise à la charge de la société de l'obligation de la réalisation d'une plus-value à l'occasion de la levée d'option.

En somme, on devrait conclure un « accord de conversion du travail en capital » stipulant une promesse unilatérale de souscription ou d'achat de parts sociales et une clause garantissant la

⁶³⁸ Paris, 8 juin 2001 : *JCP E* 2001, n° 31-35, p. 1308 ; *RJDA* 2001, n° 97 ; *Dr. Soc.* 2001, n° 165, note F.-X. Lucas ; *BJS* 2001. 1153, note Velardocchio ; *RTD com.* 2001 : 926, obs. Chazal et Rienhard.

⁶³⁹ Cass. com. 13 mai 1997, n° « 94-40.329 » ; Paris, 12 juin 1998, *D.*1998, IR 236 ; *BJS* 1998. 1263, note le Cannu ; *RTD com.* 1998. 854, obs. Champaud et Danet.

⁶⁴⁰ Paris, 12 juin 1998.

réalisation d'une plus-value à l'occasion de la levée d'options et facilitant la cession des parts sociales dans la SARL.

196. En matière fiscale, l'option de souscription d'actions même si elle se matérialise sous la forme d'une promesse unilatérale de vente, doit être regardée comme un complément de rémunération, au moins tant que l'option n'est pas levée⁶⁴¹. Dès lors, l'indemnité perçue par le bénéficiaire de l'option constitue pour l'intéressé une somme destinée à compenser exclusivement la perte d'une rémunération⁶⁴².

Le conseil d'État confirme le juge civil en affirmant que la somme perçue par un salarié, en contrepartie de la renonciation à la levée des options sur des actions qui lui ont été consenties n'a pas le caractère ni d'une opération en capital, ni de la réparation d'un préjudice, mais relève du choix de recevoir immédiatement un avantage plutôt que de conserver la perspective d'un gain potentiel. Dès lors cette somme doit être regardée, en l'absence de disposition particulière, comme une indemnité imposable selon les règles applicables aux traitements et salaires⁶⁴³.

Si la jurisprudence voit dans les stock-options une technique de « salaire différé », la doctrine est loin de s'aligner à cette qualification.

Selon certains auteurs⁶⁴⁴, outre les inconvénients pratiques, fiscaux et sociaux que suscitent cette qualification, le caractère aléatoire du gain et la nature de ce que l'on veut rémunérer rendent cette analyse peu pertinente.

Selon ces auteurs, les stock-options entrent, par nature, dans la catégorie des intéressements salariaux. Néanmoins, ils considèrent que cette qualification est contredite par le statut fiscal et social des profits engendrés par la levée d'option et par les techniques du droit des sociétés qui fournissent le cadre de cette institution originale⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ TA Versailles, 16 nov. 2004, n° 3801 : *RJF* 2005.555, cité au CGI, art. 80 bis.

⁶⁴² TA Versailles, 16 nov. 2004, *Ibid.*, voir dans ce sens CA Douai, 31 janv. 2007, n° « 05DA1270 » : *Dr. Fisc.* 2007. 727, note Gagneur ; CA Paris, 25 mai 2007, n° 04PA1521/RJF 2008. 42, CAA Nantes, 17 déc. 2007, n° « 07NT397 », *RJF* 2008 ; CAA Versailles, 28 déc. 2007, n° « 04VE2397 » : *DSF* 2008, note Pierre.

⁶⁴³ CE, 23 juillet 2010, n° « 313445 » : *RJF* 2010.1016 ; *Dr. Fiscal.* 2010.560, concl. Hédary.

⁶⁴⁴ C. Champaud, D. Danet, « option de souscription de droit sociaux. Stock-options, nature et portée des techniques sociétaires mises en œuvre », *RTD. com.*1998, p.854.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

Conclusion du 1^{er} chapitre

197. Nous avons proposé un modèle conventionnel de conversion du travail salarié qui repose sur deux impératifs, d'une part, l'impératif d'association du travail au capital, d'autre part, l'impératif de consécration des droits des intéressés, notamment les associés et les salariés.

L'impératif d'association du travail au capital suppose la conclusion d'un accord de conversion des dividendes de travail en parts sociales ou actions tout en respectant les règles impératives du droit de sociétés et celui du travail.

Nous avons examiné l'application de cet accord aux différentes formes sociales (SNC, SCS, SCP, SARL). Le dispositif est inapplicable en théorie aux SNC, SCS et aux SCP. Dans les sociétés commerciales de personnes (SNC, SCS), la qualité de commerçant des associés de ces structures est incompatible avec la qualité de salarié. Dans les SCP dont les membres exercent une activité réglementée, ne peuvent associer des salariés ne remplissant pas les conditions d'exercice de la profession réglementée (exemple : les secrétaire ou assistant de cabinet d'avocat ou de commissaire de justice...etc.).

Néanmoins, l'accord de conversion est possible dans la SARL, pourvu que l'augmentation du capital en faveur du salarié s'opère à titre onéreux.

L'accord de conversion grâce à sa nature conventionnelle il permet la consécration des droits des associés contre toutes ingérences du législateur dans les décisions de l'assemblée générale et contre les atteintes au droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.

Nous avons proposé en parallèle avec l'accord de conversion, une promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales au bénéfice des salariés qui permet de garantir les droits de ces derniers en cas de rupture du contrat de travail.

Chapitre 2 - Le modèle de conversion institutionnelle

198. Le modèle de « conversion institutionnelle du travail en capital » est un modèle qui exige l'existence de deux entités ayant la personnalité morale, une société détenant des parts sociales ou actions et d'un « groupement de travailleurs » détenant des « parts sociales de travail » ou « actions de travail ». Le « groupement de travailleurs » ne détiendrait pas un capital social.

Nous désignons par « société à vocation salariale » une structure détenant la personnalité morale, qui pourrait être une SARL, et qui détiendrait le capital social, puis un « groupement de travailleurs » qui ne détient que des « actions de travail » qui donnent droit à un bénéfice.

Les « parts sociales de travail » ou « actions de travail » représenteraient un pourcentage des parts sociales ou des actions. À titre d'exemple une action représente 5 actions de travail.

Les sommes qui représentent les actions de travail doivent être bloquées, et les associés perçoivent un intérêt sur le capital.

Les « actions de travail » sont la propriété collective des salariés regroupés dans une structure qu'on dénommera « groupement de travailleurs ». En dépit de leur appellation, les « actions de travail » ne sont ni cessibles, ni négociables.

199. Il ne faut pas confondre les « actions de travail » d'une « société à vocation salariale » présentées par notre modèle avec les actions de travail d'une SAS qui représentent la contrepartie de l'apport en industrie.

Les actions de travail de la SAS sont la contrepartie d'un apport en industrie, c'est-à-dire il résulte d'un contrat d'apport, tandis que, les « actions travail » de la « société à vocation salariale » sont une participation conséquente d'un contrat de travail. La philosophie n'est pas la même. En effet, l'apporteur en industrie d'une SAS est un associé, alors que la « société de travail » ou les salariés n'ont nullement la qualité d'associé. De même le lien de subordination entre les salariés et la société est incompatible avec le contrat d'apport en industrie. En dépit de cette distinction, ces actions de travaux ont un point en commun, en effet, elles sont rémunérées via des dividendes.

200. Il faut, en outre, établir la distinction entre les « actions de travail » de la « société à vocation salariale » et les « actions de travail » attribuées à la société coopérative de main d'œuvre lorsque la société anonyme opte pour le statut de la participation ouvrière (SAPO). En effet, les actions de travail de la SAPO ne peuvent être convertie en actions que lorsque la

coopérative de main d'œuvre est démantelée. Donc, dans la SAPO on assiste à une absence du prolongement de la participation collective au résultat social à une association des salariés au capital social.

201. L'intérêt d'instituer une « société à vocation salariale » est ample, d'une part, elle pourrait grâce à sa personnalité morale détenir les « actions de travail », d'autre part, elle permettrait une permanence de la prestation fournie à la société (permanence d'emploi), mais encore elle apaise le climat social dans l'entreprise.

Le groupement des salariés permet aussi de faire des salariés, regroupés en masse, d'importants investisseurs avec une détention significative de parts de capital. Cela pourrait se concilier avec les attentes des entreprises à la recherche de nouveaux capitaux.

Grace aux dividendes des « parts sociales de travail » ou « actions de travail » nous pourrions augmenter le capital social en faveur des salariés.

L'objet de ce chapitre est d'exposer un modèle de conversion du travail salarié en capital social à travers la conversion des droits attachés aux « parts sociales de travail » ou actions de travail (**section 1**). Nous allons également analyser l'application de ce modèle à la SARL et aux sociétés commerciales de personnes (**section 2**).

Section 1 - La conversion des droits attachés aux « parts sociales de travail » en capital social

202. Nous avons déjà constaté que la conversion telle qu'elle est conçue par notre droit positif débouche sur une participation constituée préalablement à la formation d'une épargne salariale dédiée à l'achat ou à la souscription des actions de l'entreprise ou des parts de FCPE ou des actions de SICAV.

L'objet de notre section est d'exposer un schéma de conversion des « dividendes travail » en capital social. Au préalable nous allons d'abord présenter la structure juridique de la société qui servira de terrain à cette association du travail au capital.

La forme de société qu'on songe de proposer est inspiré de la philosophie de la SAPO, avec une dose d'accession des salariés au capital social.

Le modèle proposé est différent de celui de la SAPO qui ne permet pas une conversion des actions de travail en actions. En effet, la participation collective des salariés de la SAPO ne permet pas aux salariés de la SCMO d'accéder au capital social, hormis au moment de la dissolution de cette dernière l'AG de la SAPO peut attribuer des actions aux salariés à titre de liquidation de leur droit attachés aux « actions travail »⁶⁴⁶. Néanmoins, cette possibilité de conversion n'est prévue par le législateur qu'en cas de démantèlement de la SAPO. Il en résulte qu'en est en présence d'une participation qui ne contribue absolument pas à l'association des salariés au capital de la SAPO⁶⁴⁷.

Dans notre modèle les dividendes des « actions ou parts sociales de travail » seraient converties en actions par la mise en place d'une participation collective des salariés au résultat social à travers les actions de travail donnant droit à des dividendes de travail. Les dividendes constitueraient la participation collective des salariés au résultat social, à l'appui de laquelle nous allons financer l'achat ou la souscription par les salariés des actions ou des parts sociales, selon le cas.

Cette participation collective des salariés au résultat social est distincte de la participation de droit commun prévue par le Code du travail.

⁶⁴⁶ Art. L. 225-270, III, C. com.

⁶⁴⁷ Contrairement à la participation de droit commun qui est dotée d'un régime juridique lui permettant d'être investie, à travers le PEE et le Perco, dans le capital de la société ou bien dans les titres ou parts de FCP et de SICAV.

En somme, notre modèle ne s'agit pas d'une participation de droit commun prévue par le Code du travail mais d'une participation collective à travers le bénéfice par les salariés des droits attachés « aux parts sociales de travail ».

À la différence de la participation de droit commun, la participation collective n'est pas prévue par un accord de participation, dans la SAPO, par exemple, on constate une absence de négociations dans la détermination des droits des salariés.

En dépit des différences de régimes juridiques et de philosophies entre la participation financière de droit commun et celle issue des droits attachés aux « actions de travail », les deux participations marquent certaines similitudes, excepte le caractère collectif de la deuxième, elles attribuent aux salariés le droit à une participation aux résultats de la société.

En vue de convertir les dividendes des parts sociales ou action de travail en capital, nous poursuivrons les étapes suivantes :

203. La première étape est celle de la mise en place d'une participation des salariés aux résultats sociaux. C'est un régime de participation collective qui est exclusive à « la société de travail », il s'agit de la participation financière issue des « actions de travail ».

Nous allons de prime abord nous intéresser à la participation issue des « actions de travail ». À ce sujet, d'innombrables interrogations se posent, notamment en ce qui concerne le calcul des droits attachés aux actions de travail, la répartition des droits attachés aux actions de travail entre les salariés, la durée d'indisponibilité des droits, le cumul de la participation de droit commun et celle résultant de l'attribution des actions de travail, la disparition des droits attachés aux « actions de travail ».

Le cumul du régime de la participation des salariés au résultat social et celui d'attribution des « parts sociales ou actions de travail » ne va pas sans inconvénients. Et cela sur deux niveaux, le premier consiste à distribuer doublement les bénéfices en faveur des salariés, ce qui déplairait aux associés capitalistes. Le second tient à l'incertitude portant sur les modalités de répartition de la participation et des dividendes des « parts sociales ou actions de travail ». Logiquement les dividendes sont distribués après la mise en réserve des sommes de participation, c'est-à-dire après déduction de leur valeur. Donc, le calcul de la RSP doit avoir lieu avant la distribution des dividendes attachés aux actions de travail.

Les dividendes distribués au titre des actions de travail sont répartis entre les salariés faisant partie de la « société de travail » conformément aux stipulations du statut de la « société de travail ». Toutefois, le statut de la société doit prévoir que, préalablement à toute distribution

de dividende, une somme sera prélevée sur les bénéfices au profit des porteurs d'actions en capital équivalente à la contrepartie que produirait le capital versé⁶⁴⁸.

Dans les SAPO, les dividendes des « actions de travail » sont assimilés à des salaires et traitement. Le régime fiscal des dividendes attachés aux actions de travail explique que leur régime est similaire à celui des salaires et traitement. En effet, les dividendes sont soumis à l'impôt sur le revenu ou bien au régime spécial de l'intéressement dans les limites des conditions de ce dispositif⁶⁴⁹. Ces dividendes se voient parfois exonérés lorsqu'ils sont affectés à un plan d'épargne⁶⁵⁰. Elles sont exonérées des taxes et participations assises sur les salaires⁶⁵¹.

204. En seconde étape, Nous suggérons une réserve de participation collective (RPC) à laquelle on affecterait les sommes issues des dividendes des « actions de travail ». L'intérêt de cette suggestion est la mise en réserves des sommes de dividendes de travail afin de réaliser une épargne salariale qui serait destinée à financer une augmentation du capital réservée aux salariés de la « société de travail ». En définitive, La conversion des dividendes des « parts sociales ou actions de travail » en actions exige la mise en place d'un RPC.

Par ailleurs, dans l'objectif de réaliser un actionnariat salarié durable, une permanence d'emploi et une fidélisation du personnel, *De lege ferenda*, il serait sage d'imposer une période d'indisponibilité des droits mis en RPC. A l'instar du régime de la participation de droit commun, les dividendes des « actions de travail », qui ne feraient pas l'objet d'un versement immédiat à la demande du salarié, feront l'objet d'indisponibilité. Pourtant, ces sommes pourraient faire l'objet d'un versement anticipé dans des cas bien limités : la retraite d'un associé, une maladie, l'acquisition d'un logement, le mariage, le surendettement.

Ces sommes pourraient être utilisées par la « société à vocation salariale » en contrepartie du versement d'un intérêt aux salariés. Les salariés disposeraient d'un droit de créance sur la « société de travail ».

En outre, la répartition des dividendes des « actions de travail » (RPC), est fixée par le statut du « groupement de travailleurs ». Ce sont les statuts qui fixent les critères de répartition des dividendes des actions de travail. Nous suggérons de prôner le critère d'uniformité dans la

⁶⁴⁸ Cette règle est applicable dans les SAPO en vertu de l'article L 225-261, al. 3, C. com.

⁶⁴⁹ Art. 80 nonies, CGI.

⁶⁵⁰ Art. 81. 18° bis C-4, Ibid.

⁶⁵¹ Art. 231 bis, Ibid.

répartition des dividendes des « actions travail » afin d'atténuer les conflits d'intérêts entre les différentes catégories sociaux-professionnelles.

Le salarié pourrait opter soit pour un versement immédiat de la participation à la fin de l'exercice, soit pour le blocage des sommes dans une réserve. Il faudrait consacrer la liberté des salariés de disposer de leur participation comme cela leur semble bon.

Par ailleurs, notre objectif est de permettre une association interne c'est-à-dire destiner le plan à acquérir les actions de l'entreprise et non pas les titres d'autres sociétés afin de tendre vers la corrélation entre l'association des salariés au résultat de l'entreprise et la performance de cette dernière.

Nous savons déjà que « le PEE est un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide d celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières »⁶⁵².

Le PEE peut être établi à l'initiative de l'employeur ou par un accord avec le personnel en vue de recevoir les versements effectués au titre de l'intéressement et de la participation des salariés⁶⁵³. Or, est ce que le PEE peut être alimenté par les dividendes des « actions de travail » ?

Au sujet de la SAPO, L'alinéa 2 de l'article 8 de la loi n° 90-002 du 7 novembre 1990⁶⁵⁴ assujettit les dividendes des « actions de travail » aux règles fiscales et sociales des traitements et salaires dans la limite des plafonds prévus par l'article L 3314-18 Code du travail. La jurisprudence estime que les dividendes des « actions de travail » présentent le caractère d'un élément de salaire⁶⁵⁵. Le deuxième alinéa du même article prévoit que les dividendes des « actions de travail » sont soumis au régime fiscal et social applicable à l'intéressement.

Néanmoins, en dépit des dispositions de l'article 8 de la loi du 7 novembre 1990, on ne peut songer à appliquer aux dividendes des « actions de travail » la majorité des règles régissant l'intéressement. Car en soi, l'intéressement est distinct des « actions de travail ». L'intéressement est mis en place par accord contrairement aux dividendes des « actions de

⁶⁵² Art. L. 3332-1, C. trav.

⁶⁵³ Art. L. 3332-3, C. trav.

⁶⁵⁴ L. n° 90-1002, 7 nov. 1990, modifiant l'ordon. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat salarié, J.O 11 nov. 1992.

⁶⁵⁵ Cass. soc., 27 juin 1974, n° 73-14.336, *Bull. civ.* V, n° 395, *JCP G* 1974, IV, p. 293 ; J. Mestre, « introduction en droit de sociétés », *le Lamy sociétés commerciales*, 5258.

travail », de même les règles régissant le calcul de la prime d'intéressement ainsi que celles régissant sa répartition entre les salariés (al. 2 art. 3 loi du 7 nov. 1997) ne s'imposent pas aux dividendes des actions de travail mais rien n'empêche les statuts de la SCMO d'opter pour les mêmes critères de répartition de l'intéressement entre les salariés, mais ils ne sont pas tenus. L'administration fiscale considère que les dividendes des « actions travail » n'acquiescent pas la nature juridique de l'intéressement⁶⁵⁶.

Sinon, on pourrait instituer un « plan épargne des parts sociales ou d'actions de travail » qui engloberait les versements des sommes issues des « dividendes de travail ». Après la création du « Plan d'épargne des parts sociales ou actions de travail », celui-ci peut être investi dans l'acquisition ou la souscription des parts sociales ou actions de la société de travail.

À la différence du PEE⁶⁵⁷ le « Plan d'épargne des actions de travail » doit être investi intégralement dans l'achat des actions de la société de travail afin de renforcer l'association interne du travail au capital de la société qui a mis en place le plan et éviter les frais de gestion des FCP. Car lorsque le PEE est affectée intégralement à l'acquisition des actions de la société ou celle des sociétés qui lui sont liées, la mise en place d'un FCP n'est pas obligatoire⁶⁵⁸.

Certes, la diversification du portefeuille du PEE permet de répartir les risques d'investissement des salariés. Mais, l'investissement du PEE est destiné, dans la majorité des cas, à travers les FCP et les SICAV, à l'acquisition de portefeuilles des sociétés autres que celles qui les emploient ; cela amoindrit à notre sens le sentiment d'appartenance des salariés en tant qu'associés de leur propre société.

Le modèle que nous proposons permettra une association interne du travail au capital social et épargnera les salariés des frais de gestion des FCP et des SICAV. De surcroît, lorsque les sommes du « plan d'épargne des parts sociales ou actions de travail » sont investies dans l'acquisition des parts sociales ou des actions, la capacité de financement des entreprises se trouve renforcée.

205. La dernière étape, est celle d'augmenter le capital social en faveur des salariés.

⁶⁵⁶ BOI-BIC-PTP-20-10, 3 fév. 2016, n°80.

⁶⁵⁷ Art. L. 3332-15, C. trav.

⁶⁵⁸ Ibid.

Dans l'objectif de réaliser un actionnariat salarié durable, il convient de prévoir « de lege ferenda » une durée d'indisponibilité des droits des salariés au « plan d'épargne d'actions de travail ».

Les sommes versées au « plan d'épargne d'actions travail » serviraient à l'augmentation du capital réservée aux salariés membres du « groupement des travailleurs ». À cette occasion, la « société à vocation salariale » peut proposer à ses salariés des parts sociales ou actions.

Nous pouvons par ailleurs tenter d'examiner la possibilité de conversion des dividendes des actions de travail en capital social à travers le mécanisme du paiement des dividendes en actions.

Il convient d'évoquer brièvement ce mécanisme afin d'en déduire la possibilité de son application aux dividendes des actions de travail.

206. Le paiement des « dividendes de travail » en actions ou en parts sociales :

Le paiement des dividendes en actions consiste à rémunérer les dividendes des actionnaires en actions sur le capital. Ce mécanisme permet de renforcer la trésorerie de l'entreprise.

Au sens du législateur ce mécanisme est réservé aux sociétés par actions⁶⁵⁹.

Les statuts peuvent prévoir que l'assemblée statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie du dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividendes, une option entre le paiement du dividende ou des acomptes sur dividende en numéraire ou en actions⁶⁶⁰.

Lorsqu'il existe des catégories différentes d'actions, l'assemblée générale a la faculté de décider que les actions souscrites seront de la même catégorie que les actions ayant donné droit au dividende ou aux acomptes sur dividende⁶⁶¹.

L'offre de paiement des dividendes en actions doit être faite simultanément à tous des salariés⁶⁶².

Après avoir présenté brièvement le mécanisme de distribution des dividendes en actions qui permet aux associés de détenir d'avantage d'actions, nous constatons que celui-ci se heurte à des difficultés théoriques si on songe l'appliquer aux « dividendes des parts sociales de travail » pour permettre l'association des salariés membres du « groupement de travailleurs » au capital social de la « société à vocation salariale »

⁶⁵⁹ Art. L. 232-18, C. com.

⁶⁶⁰ Art. L. 232-18, C. com.

⁶⁶¹ Art. L. 232-18, al. 2, Ibid.

⁶⁶² Art. L. 232-18, al. 2, Ibid.

Les difficultés tiennent au fait que ni les salariés, ni le « groupement des travailleurs » ne peuvent percevoir des véritables dividendes car ils ne sont pas des associés de la « société à vocation salariale ». Les dividendes rémunèrent le capital or les dividendes de travail rémunèrent le travail.

Les dividendes des actions de travail ne rémunèrent pas des droits sociaux. Donc, théoriquement les articles L.232-18 et suivants ne leur sont pas applicables. Le régime du paiement des dividendes en actions prévu par les articles précités est applicable uniquement aux dividendes distribués aux actionnaires en capital c'est-à-dire ceux rémunérant le capital.

La conversion des « parts sociales de travail » en capital social à la lumière du mécanisme du paiement des dividendes en actions, pratiqués dans les SA, se heurte à des difficultés théoriques, ce qui nous conduit à l'examen de la nature de l'augmentation du capital social, la plus adaptée à la théorie juridique, qui nous permettra de convertir les dividendes de travail en parts sociales.

207. Nous allons examiner l'hypothèse de l'augmentation du capital par incorporation des réserves :

Il faut distinguer entre les augmentations du capital à titre onéreux qui conduisent à augmenter l'actif de la société et celles à titre gratuit qui n'entraînent aucune augmentation de l'actif de la société.

L'augmentation du capital par incorporation des réserves est une augmentation qui n'accroît pas l'actif de la société, donc c'est une augmentation à titre gratuit.

Mais est-ce que l'augmentation du capital par incorporation des dividendes de travail peut s'apparenter à une augmentation du capital par incorporation des réserves ?

Afin de répondre à cette question nous allons distinguer deux hypothèses :

La première hypothèse : si on considère les dividendes de travail comme étant des bénéfices, on peut décider de les mettre en réserve afin de procéder à une augmentation du capital social par incorporation des réserves. Néanmoins, les « dividendes de travail » sont la « propriété du groupement du travail » qui n'a pas la qualité d'associé de la « société à vocation salariale ». Donc, on ne peut qualifier les dividendes de travail de bénéfices car les dividendes de travail ne rémunèrent pas un capital social.

La seconde hypothèse : si on considère les « dividendes de travail » comme étant une participation collective au résultat social, il deviendrait illogique d'admettre une augmentation du capital par incorporation de réserve, puisque, c'est une créance salariale qui n'est pas éligible d'être incorporée au capital social.

Reste alors à examiner la possibilité de l'augmentation du capital à titre onéreux :

Nous considérons que l'augmentation du capital par apport nouveau est plus adaptée à la conversion des « dividendes de travail » en parts sociales de la « société à vocation salariale » car l'actif de la société s'accroîtra. Cette augmentation est soumise aux règles de majorité requises pour les modifications des statuts.

Par ailleurs, la conversion des « dividendes de travail » en parts sociales peut également s'opérer par la voie de cession de parts sociales des associés de la « société à vocation salariale », dans ce cas l'actif de la société ne subit aucune modification car il n'y a pas lieu d'émission de parts sociales.

Il en résulte que la conversion des « dividendes de travail » en parts sociales peut s'opérer via les augmentations du capital par apports nouveaux ou bien par le biais de souscription de parts sociales.

Section 2 - L'analyse du champ d'application de la « société à vocation salariale »

208. Il convient d'analyser succinctement la possibilité pour la SARL et les sociétés commerciales de personnes de se constituer en « société à vocation salariale ».

Nous allons évoquer l'hypothèse de l'application de la « société à vocation salariale» à la SARL (§ 1), puis, aux sociétés commerciales de personnes (§ 2)

§ 1 - L'application de la « société à vocation salariale » à la SARL

209. L'extension de la « société à vocation salariale » à la SARL serait-elle heurtée au problème de la représentation du « groupement des travailleurs » dans les assemblées des associés et dans la gestion de la SARL.

Il faudrait alors concilier les règles de représentation du « groupement des travailleurs » avec celle régissant la gestion et le fonctionnement de la SARL.

Dans notre hypothèse, inspirée de la SAPO, les salariés sont réunis en assemblée générale du « groupement des travailleurs ». Ils élisent des mandataires qu'ils les représentent dans la gestion de société. Le nombre de ces mandataires est fixé dans les statuts de la SARL. Ils détiennent un nombre de voix proportionnelle au nombre de voix dont disposent leurs représentés au titre des actions de travail, en respectant la portion entre les voix représentatives des actions en capital et les actions de travail. Les mandataires partagent entre eux le nombre de voix, les voix restantes sont attribuées au mandataire ayant plus d'ancienneté dans l'entreprise.

Chaque participant dispose d'une voix dans le « groupement des travailleurs », à moins que les statuts stipulent autrement. L'assemblée du « groupement des travailleurs » peut être composée de collègues. Chaque collègue peut élire son mandataire.

La modification du statut du « groupement des travailleurs » exige un accord de chaque collègue à une majorité fixée par les statuts. L'assemblée générale du « groupement de travailleurs » se réunit annuellement dans un délai fixé par les statuts. Les règles de quorum sont fixées à 2/3 sur première convocation. Les statuts fixent le quorum sur seconde convocation, à défaut, le quorum est de la moitié des participants présents ou représentés. Pour modifier les statuts le quorum ne peut être inférieur à la moitié des participants à l'assemblée générale du « groupement des travailleurs ». La majorité retenue pour la même question est du 2/3 des participants. En cas de scrutin, les bulletins blancs ne sont pas pris en compte. En cas d'action en justice, les mandataires sociaux de la « groupement de travailleurs » désignent parmi eux un mandataire qui la représente devant les tribunaux. Dans le cas où il n'a pas été élu un mandataire, il est procédé à l'élection de mandataires spéciaux.

En parallèle, la direction de la SARL est assurée par un ou plusieurs gérants qui doivent être obligatoirement des personnes physiques⁶⁶³, ainsi si l'un des associés est une personne morale

⁶⁶³ Art. L. 223-18, Ibid.

et qu'elle souhaite exercer la gérance de la SARL, il faudra désigner un représentant personne physique.

En cas de pluralité de gérants, leur nomination et leurs pouvoirs respectifs doivent être fixés soit par les statuts soit par le PV de l'assemblée générale des associés.

Il en résulte qu'il est largement possible d'adapter les règles de représentation des mandataires du « groupement des travailleurs » à celles du fonctionnement et de la gestion de la SARL.

Certes le fonctionnement de la SARL est beaucoup moins complexe que celui de la SA. La gestion de la SARL est assurée par un ou plusieurs gérants il n'y pas nécessairement lieu de deux ou plusieurs gérants.

Les SA ne peuvent être administrées par une seule personne, plusieurs mandataires sociaux constituent le conseil d'administration parmi lesquelles on peut facilement faire participer un mandataire des salariés qui donnera sa voix lors de la prise des décisions.

Les SARL peuvent aussi faire participer les mandataires des salariés membre du « groupement des travailleurs » dans la gestion de la SARL car les statuts de la SARL peuvent désigner plusieurs gérants parmi lesquelles figureront le ou les mandataires des salariés ainsi que leurs pouvoirs respectifs.

En somme, la SARL dispose de tous les moyens pour pouvoir se constituer en tant que « société à vocation salariale ».

Reste à analyser la possibilité d'application de la « société à vocation salariale » aux sociétés commerciales de personnes.

§ 2 - L'application de la « société à vocation salariale » aux sociétés commerciales de personnes

210. L'application de la société à vocation salariale aux autres SARL et aux sociétés commerciales de personnes n'est pas anodine.

Étendre la « société à vocation salariale » aux sociétés de personnes permet de leur donner la possibilité d'user d'un dispositif d'association des salariés au capital social.

Nous allons rechercher si l'application des « société à vocation salariale » aux sociétés commerciales de personnes ne se heurte pas à des principes juridiques ou à des règles juridiques.

La transposition de la « société à vocation salariale » aux sociétés commerciales de personnes nécessite l'examen deux potentiels obstacles :

A - De l'ordre de l'adaptation entre la prise de décision dans les sociétés commerciales de personnes et le fonctionnement du « groupement de travailleurs » :

211. Dans les sociétés commerciales de personnes tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur⁶⁶⁴.

Si une personne morale est gérant, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent⁶⁶⁵.

Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société⁶⁶⁶.

En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle soit conclue⁶⁶⁷.

Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Art. L. 221-3, al. 1, C. com.

⁶⁶⁵ Art. L. 221-3, al. 2, C. com.

⁶⁶⁶ Art. L. 221-4, al. 1, Ibid.

⁶⁶⁷ Art. L. 221-4, al. 2, Ibid.

En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent⁶⁶⁹.

L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance⁶⁷⁰.

Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers⁶⁷¹.

Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés⁶⁷².

Toutefois, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent⁶⁷³.

Les statuts peuvent également prévoir que les décisions sont prises par voie de consultation écrite, si ma réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés⁶⁷⁴.

Nous distinguons deux situations :

Celle de la participation des mandataires élus par les salariés du « groupement des travailleurs » dans la gestion de la société en nom ou dans la société en commandite simple.

Et celle de la participation des mandataires élus par les salariés du « groupement de travailleurs » dans l'assemblée des associés.

212. Concernant la première situation, afin de faire participer les mandataires du « groupement de travailleurs » dans la gestion de la société commerciale de personnes, il faudrait désigner un gérant parmi les mandataires du « groupement de travailleurs » en plus du seul gérant ou des autres gérants. Mais les conflits d'intérêt entre les gérants désignés par les associés et ceux désignés parmi les mandataires du « groupement de travailleurs » sont susceptibles de perturber l'exercice du droit d'opposition par les gérants. Dans le même temps, l'opposition n'est pas opposable aux tiers ce qui va conduire la société à honorer les engagements pris envers eux par le gérant élu parmi les mandataires du « groupement de

⁶⁶⁸ Art. L. 221-5, al. 1, Ibid.

⁶⁶⁹ Art. L. 221-5, al. 2, Ibid.

⁶⁷⁰ Art. L. 221-5, al. 3, Ibid.

⁶⁷¹ Art. L. 221-5, al. 4, Ibid.

⁶⁷² Art. L. 221-6, al. 1, Ibid.

⁶⁷³ Art. L. 221-6, al. 2, Ibid.

⁶⁷⁴ Art. L. 221-6, al. 3, Ibid.

travailleurs ». Les salariés étant des tiers de la société pourraient user malhonnêtement de leur pouvoir afin de se faire attribuer des avantages par le gérant mandataire du « groupement de travailleurs » au détriment du choix des autres gérants défendant l'intérêt de la société. Dans ce cas l'opposition serait sans effet à l'égard des salariés et le droit d'opposition sera vidé de son contenu. Le droit d'opposition des autres gérants est mis en œuvre par le législateur dans un rapport purement et simplement entre associés d'une société imprégnée d'*intuitus-personae*, de sorte que le conflit d'intérêt n'existe qu'entre associés et non entre eux et des salariés.

En somme, nous ne recommandons pas une cogestion d'une société commerciale de personne par des mandataires élus par les salariés du « groupement de travailleurs ». Cependant, une participation consultative des mandataires élus par les salariés sur la gestion de la « société à vocation salariale » serait souhaitable.

213. Concernant la seconde situation, en vue de faire participer les mandataires de du « groupement de travailleurs » dans la prise de décision au sein de l'assemblée des associés d'une société commerciale de personnes, il faudrait d'abord réfléchir du point de vue de l'équité si une personne qui engage sa responsabilité indéfinie et solidaire désirerait partager sa prise de décision avec d'autres personnes qui ne sont pas associés. D'un autre point de vue, il faudrait relever que la prise de décision dans les sociétés commerciales de personnes requière en principe l'unanimité des associés sauf si ces derniers fixent une autre majorité. De ce fait, si les mandataires du « groupement de travailleurs » sont représentés dans l'assemblée des associés de la société commerciale de personnes, nous risquons une situation de blocage de décisions notamment en présence d'un conflit d'intérêt entre les associés et les salariés qui s'ajoutent à celui des associés entre eux.

En somme on peut envisager que les mandataires du « groupement de travailleurs » soient représentés dans l'assemblée des associés pourvu qu'ils aient un rôle consultatif sans pouvoir procéder à un vote. De cette façon on peut assurer une représentation des salariés dans l'assemblée générale des associés sans compromettre la prise de décision et le caractère *intuitus-personae* qui marque cette forme sociale.

B - De l'ordre de la non-conformité entre la qualité de commerçant et celle de salarié :

214. Un autre obstacle s'impose à l'extension du statut de la « société à vocation salariale » aux sociétés de personnes est celui de la non-conformité entre la qualité de commerçant de

l'associé de la SNC et la qualité de salarié⁶⁷⁵. Mais cet obstacle n'interviendrait qu'à la dernière étape de la conversion, au moment où le salarié deviendrait associé, c'est-à-dire à l'issue de l'augmentation du capital en faveur des salariés du « groupement des travailleurs ».

Cependant, la question de la non-conformité entre le statut de commerçant et celui du salarié ne se pose pas par l'attribution des « parts sociales de travail » aux salariés membres du groupement des travailleurs, car les salariés ne sont pas des associés commerçants à ce stade de conversion, ils ne détiennent pas encore des parts sociales, l'attribution de « parts sociales de travail » au « groupement des travailleurs » ne fait pas de ce dernier un associé à la société à vocation salariale. Nous avons déjà qualifié cette attribution par une participation collective des salariés au résultat sociale.

En sommes, vu la non-conformité entre la qualité de commerçant des sociétés en nom et celui du salarié empêche l'extension du statut de la « société à vocation salariale » aux sociétés de personnes.

⁶⁷⁵ Cass. soc., 14 oct. 2015, n° « 14-10960 » : J. Icard, « incompatibilité entre la qualité d'associé d'une société en nom et la qualité de salarié », *les Cah. Soc.* 1^{er} déc. 2015, n°280.

Conclusion du 2^{ème} chapitre :

215. Nous avons exposé dans ce chapitre le modèle de « la société à vocation salariale » composée de deux structures, une société détenant les parts sociales et un groupement de travailleurs qui détiennent les actions de travail. Grâce aux dividendes des parts sociales de travail nous pourrions songer à augmenter le capital social en faveur des salariés.

Nous avons supposé l'existence de deux étapes de conversion : dans un premier temps, établir un régime de participation collectives des salariés aux bénéfices sociaux à travers la l'attribution des dividendes de travail.

Dans un second temps, nous allons procéder à l'augmentation du capital en faveur des salariés constitués dans un groupement de travailleurs, parmi les augmentations du capital qui présente le moindre de difficultés théoriques en vue d'associer les salariés au capital de la société à vocation salariale. S'agissant du paiement des dividendes en actions, n'est pas possible car le groupement des salariés n'est pas associé à la société à vocation salariale, il ne peut alors bénéficier du paiement des dividendes de travail en actions. L'augmentation du capital par incorporation du capital en faveur du groupement de salariés n'est pas envisageable car le groupement de salariés ne disposent pas de la qualité d'associé pour pouvoir bénéficier de l'augmentation du capital par incorporation des réserves. De plus, les dividendes de travail ne sont pas éligibles d'être incorporées au capital social.

Il est alors plus judicieux de procéder à une conversion des dividendes attachées aux actions de travail par le biais d'une augmentation du capital à titre onéreux.

Conclusion titre 1

216. Dans une perspective du perfectionnement des moyens juridiques d'association du travail au capital, notamment la conversion du travail salarié en capital social, nous avons proposé dans ce titre, un modèle conventionnel de conversion du travail en capital social pour combler le vide juridique qui marque notre législation en matière d'association du travail au capital social dans la SARL et les sociétés commerciales de personnes (dont la majorité sont des PME et des TPE).

Ce modèle conventionnel de conversion du travail en capital devrait être né d'un accord entre l'employeur et la collectivité des salariés qui donnerait aux salariés le droit d'accéder au capital social moyennant les sommes issues de la participation.

L'accord de conversion devrait respecter à la fois deux principes directeurs : d'une part, l'impératif d'association du travail au capital social, d'autre part, la consécration des droits des parties à l'accord.

Concernant le modèle institutionnel de conversion du travail au capital, se caractériserait par l'existence de deux entités juridiques, d'une part, une société détenant des actions ou des parts sociales, d'autre part un groupement de salariés détenant des actions de travail ou des parts d'industrie. Nous avons alors proposé de convertir les droits attachés aux parts d'industrie ou actions de travail en capital social à travers la mise en place d'une participation collective sous forme d'actions de travail ou de parts d'industrie attribuées collectivement aux salariés, et converties en actions ou parts sociales. Nous avons, par ailleurs, étudié la possibilité d'application de ce modèle aux formes sociales les plus utilisés par les PME et les TPE, notamment la SARL et les sociétés commerciales de personnes.

Titre 2 - Le perfectionnement de la conversion de l'apport en industrie en capital social

217. L'apporteur en industrie en tant qu'associé jouit des mêmes prérogatives que les apporteurs en nature et en numéraire. Il dispose du droit sur les réserves parce qu'il a contribué à leur constitution. Donc toute augmentation du capital social par incorporation des réserves devrait lui permettre d'accéder au capital social.

À côté du droit spécial des augmentations du capital social par incorporation des réserves appliqué aux SCP, il y'a lieu d'évoquer le droit commun des augmentations du capital social par incorporation des réserves. Nous constatons une dualité de régimes applicables en la matière : un régime spéciale applicable aux SCP prévu par les décrets régissant chaque profession et un autre régime de droit commun prévu par le Code de commerce est applicable en fonction de la forme sociale.

En matière d'augmentation du capital social, le Code de commerce prévoit des règles relativement différentes selon qu'on est en présence d'une SARL ou d'une SAS ou d'une SA.

Par ailleurs, il y a absence de règles destinées à régir les augmentations du capital dans les sociétés commerciales de personnes, d'où la difficulté d'associer, par le biais des augmentations du capital social, un apporteur en industrie au capital de la SNC et de la société en commandite.

Ensuite, le paiement des dividendes en actions pourrait constituer un moyen de conversion des dividendes de l'apporteur en industrie en capital social. Ce mécanisme de conversion est réservé aux sociétés anonymes et aux SAS. Mais ce moyen de conversion des dividendes en actions pourrait en théorie bénéficier aux apporteurs en industrie de la SAS car l'apport en industrie est admis dans la SAS.

Enfin, l'intraprenariat serait susceptible de constituer un véritable moyen de conversion de l'apport en industrie en capital social.

Nous étudierons les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « *De lege lata* » (**chapitre 1**), puis nous aborderons les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « *De lege ferenda* » (**chapitre 2**).

Chapitre 1 - Les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « De lege lata »

218. En dépit des difficultés, liées à l'intégration des parts d'industrie dans la formation du capital social⁶⁷⁶, le droit positif offre des mécanismes qui peuvent théoriquement permettre et favoriser une association de l'apport en industrie au capital social à travers la conversion du fruit de cet apport.

Nous désignons ce procédé par la « conversion de l'apport en industrie » qui se distingue de « l'intégration de l'apport en industrie ». Cette dernière consiste à évaluer la valeur économique de l'apport en industrie puis l'inclure au capital social ; ce dernier procédé est interdit car les parts d'industrie ne contribuent pas à la formation du capital social.

Parmi les mécanismes de conversion de l'apport en industrie en capital social offerts par notre droit, figure les augmentations du capital étant donné qu'elles bénéficient à tous les actionnaires, y compris l'apporteur en industrie. Ces augmentations de capital peuvent être obligatoires (**section 1**), ou facultatives (**section 2**), voire parfois assouplies de certaines formalités comme le paiement de dividende en actions.

⁶⁷⁶ En raison de la particularité des parts d'industrie (caractère extrapatrimonial, prestation successive, incessible, intransmissible, non négociable).

Section 1 - La conversion de l'apport en industrie via les augmentations obligatoires du capital

219. Les augmentations du capital social qui peuvent bénéficier aux associés y compris l'apporteur en industrie permettent une conversion du travail ou du savoir-faire de ce dernier en capital social. Ces augmentations peuvent être obligatoires ou facultatives dépendant de la volonté des associés.

Les augmentations obligatoires du capital social sont limitées en droit positif, tantôt, dans leur nombre, tantôt, dans leur champ d'application. Le droit commun ne prévoit aucune augmentation obligatoire du capital social en faveur des associés notamment l'apporteur en industrie.

Ils existent certes des dispositions qui s'apparentent comme une source d'obligation d'augmenter le capital social mais il s'agit tout simplement de dispositions réglementant la reconstitution du capital social, dans un but de protection des créanciers, lorsque les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social.

Le droit positif s'oppose à toute augmentation de capital imposée sans délibérations des organes sociaux⁶⁷⁷.

Concernant les sociétés anonymes, la CJCE interdit toute augmentation du capital autoritaire privant les organes d'actionnaires de leurs attributions notamment le droit de décider de se prononcer sur une augmentation du capital social⁶⁷⁸.

En revanche, les décrets régissant certaines professions libérales prévoient une augmentation obligatoire du capital en faveur des associés. Hélas, ces textes sont applicables uniquement aux associés des sociétés civiles professionnelles.

De ce fait, la conversion de l'apport en industrie en capital social à travers le mécanisme des augmentations obligatoires du capital social demeure limitée sous l'emprise de notre droit positif, que ce soit dans son domaine d'application ou à propos du nombre des augmentations obligatoires du capital prévu par le texte.

À notre connaissance aucun texte du droit commun ne prévoit une augmentation obligatoire du capital social, hormis les cas de la transformation de la société en une autre forme sociale

⁶⁷⁷ J-F. Barbièri, « l'apporteur en industrie a, de plein droit, accès aux plus-values d'actif : sanction d'obstruction à une augmentation du capital « automatique » dans une société civile professionnelle », *Rev. soc.* 1998, p.778.

⁶⁷⁸ J-F. Barbièri, préc.

ou celui de la reconstitution du capital par son augmentation mais dans lequel les associés disposent du droit de dissoudre la société ou de réduire le capital.

Or, l'augmentation du capital social peut être vue comme instrument d'association du capital humain et du capital social. Un moyen de conversion des plus-values d'actif d'industrie en part social à travers leur incorporation au capital d'une façon périodique.

Il serait judicieux que le législateur prévoie des augmentations obligatoires du capital en faveur de l'apporteur en industrie en considération de l'exclusion de ses parts de la formation du capital social et en vertu de sa participation dans la réalisation de la plus-value d'actif. Certes, la proposition s'apparente à une augmentation des engagements des associés. Quoique, ici l'augmentation est à titre gratuit. Elle est financée par l'incorporation des réserves, elle n'entraîne pas, par conséquent, la hausse des actifs de l'entreprise. Donc, les engagements des associés sont loin d'être augmentés.

Dans un but d'association du capital humain et du capital social, l'objectif de notre analyse est d'examiner la portée législative, réglementaire et jurisprudentielle de l'augmentation obligatoire du capital social dans les SCP.

Nous observons à première vue que le mécanisme d'augmentation obligatoire du capital social est, à la fois, attractif du point de vue de l'association de l'apporteur en industrie au capital social et égalitaire dans le sens que l'apporteur en industrie a droit au bénéfice et au plus-value de son apport à l'instar des autres associés. Corrélativement l'assiette de l'augmentation se limite aux bénéfices non distribués et mis en réserves ainsi qu'aux plus-values dues à l'industrie.

Mais plusieurs questions se posent à propos de sa mise en œuvre, ainsi que de la portée de l'obligation, ainsi qu'aux refus de notre droit positif de toute augmentation du capital social imposée sans une délibération au préalable de l'organe des associés.

220. D'abord, l'augmentation obligatoire du capital dans les SCP n'est prévue, comme nous venons de le citer, par aucune disposition du droit commun. Pourtant, le droit spécial, notamment les décrets réglementant certaines professions libérales d'huissiers, de notaires⁶⁷⁹, de médecins...etc. prévoient une augmentation périodique et obligatoire du capital social

⁶⁷⁹ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, art. 43 abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées par l'exercice de la profession de commissaire de justice, art. 52, JORF n° 0150, 30 juin 2022

lorsque les bénéfices non distribués et mis en réserve ou les plus-values d'industrie le permettent.

D'ailleurs, il n'existe pas de droit commun d'augmentation du capital social pour les SCP, leur régime juridique est dessiné par des dispositions éparpillées figurant dans les décrets d'application réglementant les professions libérales. Cela s'explique par le fait que dans les sociétés de personne le rôle du capital n'est pas principal car le gage des créanciers ne se trouve pas dans le capital mais dans le patrimoine des associés qui répondent personnellement par celui-ci à hauteur de leur apport dans le capital social. Le capital social devient, dans ces sociétés, uniquement un paramètre de détermination des obligations, ainsi qu'un moyen de financement qui peut être remplacé par n'importe quel fonds de roulement. Donc, son augmentation a moins d'effet à l'égard des tiers que dans les autres sociétés de capitaux et les sociétés hybrides.

On constate d'ailleurs que les décrets d'application ne contiennent pas de dispositions consacrées aux augmentations du capital social proprement dite, qu'elle soit à titre onéreux ou bien à titre gratuit.

Les dispositions des décrets d'application évoquent exclusivement les augmentations obligatoire et périodique du capital en faveur de tous les associés y compris l'apporteur en industrie. Donc, il n'existe pas de droit commun des augmentations du capital des SCP.

Un véritable droit spécial autonome s'établit, c'est le droit des augmentations du capital obligatoire et périodique que la jurisprudence lui y a ajouté, en cas d'obstruction à cette augmentation, le caractère automatique. Mais cette autonomie est relative dans la mesure où les dispositions spéciales ne sont pas exhaustives et le recours aux textes applicables à d'autres formes sociales deviendrait indispensable.

Les augmentations du capital dans les SCP ne sont pas régies par des dispositions communes mais chaque profession dispose de règles propres. Ces dernières sont quasi-similaires excepte les divergences portant sur les formalités spécifiques à chaque profession. Une unification des régimes est alors plausible. On est en présence d'un droit spécial édicté principalement par décret d'application, il s'agit d'un droit réglementaire.

Notre objectif serait alors de solliciter un régime juridique des augmentations du capital commun dans toutes les SCP. Il s'agirait tout simplement de prévoir dans un but de sécurité juridique un seul régime général des augmentations du capital qui serait appliqué à toutes les professions libérales. L'ébauche d'un régime juridique commun mérite d'être énoncée. Dans

le cas d'existence des dispositions spéciales des décrets d'application pris aux différentes professions, le droit civil trouverait alors une application limitée notamment au moment où les décrets sont silencieux sur la question or ce n'est pas le cas dans notre situation.

Les différents décrets d'application applicables aux différentes professions libérales prévoient des dispositions quasi-similaires régissant les augmentations du capital notamment celles concernant les quorums de la réunion des assemblées, les modalités de la convocation de l'assemblée des associés et la majorité fixée pour les modifications du capital. Cette similitude des règles justifie l'instauration d'une ébauche de régime juridique commun des augmentations du capital dans les SCP.

L'augmentation obligatoire et périodique du capital s'applique aux professions libérales exercées au sein d'une SCP, notamment aux huissiers de justices, aux notaires⁶⁸⁰, aux commissaires-priseurs⁶⁸¹, aux commissaires aux comptes⁶⁸², aux administrateurs judiciaires⁶⁸³, aux médecins⁶⁸⁴, aux avocats⁶⁸⁵, aux conseils en propriété intellectuelles⁶⁸⁶. Elle ne s'applique à aucune autre forme sociale.

L'article 43 du décret n° 69-1274 du 31 décembre 1969, abrogé par l'article 52 du décret n° 2022-950, 29 juin 2022⁶⁸⁷ réglementant la profession d'huissiers de justice dispose dans ses termes que « si la constitution de réserves au moyen de bénéfices non distribués ou le dégagement de plus-values d'actif dues à l'industrie des associés le permet, il est procédé

⁶⁸⁰ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, art. 43 abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées par l'exercice de la profession de commissaire de justice, art. 52, JORF n° 0150, 30 juin 2022

⁶⁸¹ D. n° 69-763, 24 juil. 1969, pris pour l'application à la profession de commissaire-priseur judiciaire de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 43.

⁶⁸² D. n° 69-810, 12 août 1969, relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes, art. 46.

⁶⁸³ D. n° 86-1176, 5 nov. 1986, portant application aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire liquidateur de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 35.

⁶⁸⁴ D. n° 77-636, 14 juin 1977, pris pour l'application aux médecins de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 38.

⁶⁸⁵ D. n° 92-680, 20 juil. 1992, pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 39.

⁶⁸⁶ Art. R. 422-37, CPI.

⁶⁸⁷ D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles, art. 43 abrogé par D. n° 2022-950, 29 juin 2022, relatif à certaines sociétés constituées par l'exercice de la profession de commissaire de justice, art. 52, JORF n° 0150, 30 juin 2022; Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 » ; Cass. 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.

périodiquement à l'augmentation du capital social et les parts sociales ainsi créés doivent être attribuées à tous les associés y compris ceux qui n'ont apporté que leur industrie.»

À l'instar des autres augmentations du capital, l'augmentation obligatoire et périodique du capital ne peut intervenir qu'après libération totale des apports.

221. Ensuite, celle-ci n'intervient que lorsque les bénéfices non distribués mis en réserve ou les plus-values d'actif dues à l'industrie le permettent. Ce qui suppose une évaluation périodique du bilan de la société au préalable de toute augmentation et un rapport d'évaluation, présenté lors de la réunion de l'assemblée décidant de l'augmentation du capital social.

222. Enfin, les parts ainsi créés à l'occasion de cette augmentation sont attribuées à tous les associés y compris les apporteurs en industrie. En effet, l'apporteur en industrie ne fait que jouir de ses droits sur les bénéfices non distribués et la plus-value d'actif due à son industrie.

L'augmentation du capital est déclenchée par deux faits de prime abord, la suffisance de l'assiette de l'augmentation ; ensuite, par l'arrivée de la période fixée par les statuts. Nous recommandons, que cette période doit commencer à l'issue d'un intervalle de temps assez suffisant pour permettre à l'entreprise de réaliser une surévaluation du bilan.

Nous partirions d'un régime spécial d'augmentation particulier à chaque profession à un régime général. Le maintien du régime spécial ne serait indispensable qu'à propos des règles de forme spécifiques à chaque profession.

Il s'agirait tout simplement de regrouper les règles communes édictées séparément par les différents décrets dans une seule loi réglementant les augmentations du capital dans les SCP. Pour ce faire, il convient d'analyser les différents décrets d'application afin de relever les règles communes (concernant les décisions collectives, la modification des statuts ainsi que la convocation et la tenue de l'assemblée) et déduire un régime général des augmentations du capital social dans les SCP.

Notre objectif est d'établir une ébauche du régime juridique des augmentations du capital commun à toutes les SCP. Deux choses doivent être considérées, d'une part, la volonté unanime des associés dans la prise de la décision collective comme c'est prévu par les articles 1836 et 1844 du C. civ combinés. D'autre part, la forme de l'expression de cette volonté peut prendre la forme d'un acte comme cela est prévu par l'article 1854 du Code civil.

§ 1 - Les conditions de mise en œuvre de l'augmentation du capital

223. Il convient de prévoir dans un premier temps, les conditions de forme, ainsi que les conditions de fond de la mise en œuvre d'une augmentation du capital social dans les SCP.

A - Les conditions de forme

224. L'article 38 du décret d'application pour la profession d'avocat dispose que « si l'entrée du nouvel associé dans la société se traduit par une augmentation du capital social les dispositions de l'article 4 à 9 du même décret sont applicable ». Cela renvoie aux conditions de forme que doit remplir une augmentation du capital dans les sociétés civiles professionnelles d'avocat. L'article 9 du décret dispose que les articles 4 à 6 et 8 sont applicables en cas de modification du statut donc la demande de modification des statuts résultant de l'augmentation du capital est notifiée à l'ordre des avocats par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle est accompagnée d'un dossier qui doit comprendre, sous peine de recevabilité de la demande :

Primo, un exemplaire des statuts de la société et l'acte de l'augmentation, si l'augmentation implique l'entrée d'un nouvel associé, il est judicieux que celui-ci fournisse un certificat d'inscription au tableau. Secundo, une demande de chaque associé sollicitant du conseil de l'ordre la modification des statuts⁶⁸⁸. La modification du capital ne peut être refusée par l'ordre des bâtonniers que si la modification des statuts est réglementaire⁶⁸⁹. La décision du refus peut être déférée devant la cour d'appel⁶⁹⁰.

Les articles 4 à 6 et 8 du décret sont spécifiques à la profession d'avocat et ne peuvent être appliqués aux autres professions libérales. Tandis que l'article 38 impose des formalités qui sont en principe valable pour les autres professions libérales. Ces formalités devraient être considérer comme commune à toutes les augmentations du capital décidée par une SCP.

« Un des originaux de l'acte modificatif des statuts si celui-ci sous seing privé, ou une expédition de cet acte, s'il a été établi en la forme authentique est déposé au greffe chargé de la tenue du registre du commerce et des sociétés par le gérant dans le délai de 15 jours, et versé au dossier. Jusqu'à l'accomplissement de ses formalités la modification des statuts n'est pas opposable aux tiers qui peuvent toutefois s'en prévaloir. Une copie de l'acte modificatif

⁶⁸⁸ D. n° 92-680, 20 juil. 1992, pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 4.

⁶⁸⁹ D. préc., art. 6.

⁶⁹⁰ D. préc., art. 8.

des statuts est déposée au secrétariat du barreau du siège de la société et, le cas échéant, des barreaux autres que celui de la société dont relèvent les associés »⁶⁹¹.

B - Les conditions de fond :

225. Le capital social ne peut être augmenté qu'après libération totale des apports. L'article 39 al.3 du décret n° 92-680, 20 juil. 1992 régissant la profession d'avocat et l'article 43 al.3 du décret d'application n° pour la profession du notaire, l'article 36 al.3 du décret d'application pris pour la profession d'architecte évoquent cette règle qui est en principe imposée par le législateur à toutes les sociétés désireuses de procéder à une augmentation du capital.

La majorité des décrets d'application pris à l'exercice des professions libérales, fixe le nombre des associés qui sont en mesure de convoquer une assemblée. L'assemblée peut être convoquée sur la demande de 1 ou plusieurs associés représentant au moins le 1/2 du nombre de ceux-ci ou le 1/4 du capital social.

La convocation de l'assemblée semble exiger un nombre minimum d'associé susceptible de neutraliser l'unique apporteur en industrie de son pouvoir de convoquer une assemblée statuant sur une augmentation du capital et dans ce cas les actions en justice pour abus de majorité se multiplieront devant la machine judiciaire. Nous allons voir que l'opération est compromettante dans la mesure où l'apporteur en industrie ne pourrait saisir son droit de convoquer une assemblée décidant d'une augmentation du capital si les autres associés s'abstiennent. Il est difficile dans ce cas d'associer l'apporteur en industrie au capital social. Le législateur semble pallier cet inconvénient en imposant par les décrets d'application une augmentation du capital périodique et obligatoire dont bénéficie l'apporteur en industrie. Mais il est préférable de baisser ce seuil car si on prend par exemple une SCP créée entre 3 associés, le premier étant apporté la moitié du capital social et son industrie, le second, étant apporté l'autre moitié du capital et son industrie et le troisième étant apporté que son industrie. Ce dernier lui serait impossible de convoquer une assemblée des associés car le seuil minimum est la moitié du nombre des associés. De même, l'augmentation obligatoire du capital n'est pas une parfaite alternative dans la mesure où la convocation demeurera soumise aux mêmes seuils, certes elle est déclenchée par l'arrivée de la période mais au cas où les majoritaires s'abstiennent à la convoquer, il serait difficile d'imposer sa convocation si ce n'est pas avec le recours à l'application d'un abus de majorité sanctionné par des dommages et

⁶⁹¹ D. préc., art. 38.

intérêts ou par une ordonnance judiciaire ordonnant la convocation d'une assemblée et la tenue d'une assemblée ou bien par une augmentation obligatoire et automatique du capital dont la jurisprudence ne nous éclaire pas les modalités de sa mise en œuvre. On se retrouve face à une situation qui exigerait au minoritaire désireux de convoquer une assemblée de saisir le juge pour abus de majorité.

La majorité des décrets d'application prévoient un quorum de $\frac{3}{4}$ des voix sur première convocation et deux associés minimum sur deuxième convocation pour tenir une assemblée.

Si on appliquait le Code civil l'augmentation du capital devrait être prise par décision collective unanime de tous les associés (article 1836 C. civ.). Les statuts peuvent prévoir la majorité au lieu de l'unanimité car l'article 1836 du Code civil laisse la possibilité aux associés de déroger à l'unanimité par une clause statutaire. Il dispose en effet que « la modification des statuts sauf clause contraire doit être prise à l'unanimité ». Cependant, en présence de textes spéciaux, ces dispositions de droit civil ne sont pas applicables aux augmentations du capital dans les SCP. L'augmentation du capital devrait alors être prise à la majorité de $\frac{3}{4}$ exigée pour la modification des statuts en applications des décrets d'application régissant les différentes professions libérales et les associés peuvent prévoir l'unanimité par une clause statutaire. Hormis, Quelques décrets prévoyant une majorité fixée à la moitié des voix pour voter les décisions collectives mais une majorité plus élevée pour le vote des modifications des statuts fixée à $\frac{2}{3}$ des voix. C'est cette dernière majorité qui sera requise pour le vote des augmentations du capital car cette dernière impliquerait une modification des statuts. Donc, le principe de l'unanimité du Code civil devient l'exception aux yeux des décrets d'application qui prévoient une majorité de $\frac{3}{4}$ comme de principe.

Le caractère obligatoire de l'augmentation du capital est relevé des propos suivants de l'article 43 du décret « ...et les parts ainsi créées doivent être attribuées à tous les associés y compris ceux qui ont apporté que leur industrie », sinon l'expression « il est procédé à une augmentation périodique » ne met expressément à la charge de la société aucune obligation d'augmenter le capital. Donc selon nous l'obligation porte sur l'attribution des parts à tous les associés y compris ceux qui n'ont apporté que leur industrie. Et pour qu'il y ait attribution des parts il faut au préalable l'existence d'une augmentation. Ce qui supposerait que la réunion de l'assemblée générale périodique est obligatoire et au cours de cette assemblée on présente le rapport de réévaluation du bilan, si ce dernier constate une surévaluation l'augmentation deviendrait obligatoire et l'exercice de droit de vote est exercé en faveur de cette augmentation. A ce moment-là, on se pose la question à propos de l'exercice de droit de vote

des associés. Dans notre hypothèse, le refus de vote à l'augmentation du capital est interprété en tant qu'abus de majorité sanctionné par une augmentation automatique du capital. Même lorsque le demandeur se prévalait que des dommages et intérêts les magistrats rétablissent la licéité par le fait de rendre l'augmentation automatique. En tout cas, le refus de l'augmentation est de l'ordre de l'illicite dans la mesure où l'augmentation est obligatoire, les magistrats doivent rétablir la loi.

Une cour d'appel approuvée par la Cour de cassation⁶⁹² a eu l'occasion de trancher un litige opposant un minoritaire apporteur en industrie détenant la moitié des parts d'industrie et une part symbolique du capital social et un majoritaire détenant l'autre moitié des parts d'industrie et environ 99% du capital social qui est constitué principalement de portefeuilles de clientèles. L'objet du litige fut le refus de l'officier public (huissier de justice) majoritaire de procéder à l'augmentation du capital en application de l'article 43 du décret du 31 décembre 1969 réglementant la profession d'huissier.

La Cour de cassation⁶⁹³ nous enseigne que lorsque les bénéfices non distribués et mis en réserve ou les plus-values d'industries le permettent il est procédé à une augmentation du capital automatique en faveur de tous les associés y compris l'apporteur en industrie.

Le caractère « automatique » n'est point prévu par le législateur mais les magistrats l'ont imposé à titre de sanction à l'obscurité d'une augmentation du capital en ajoutant que les statuts ne peuvent le rendre facultatif. L'arrêt précité en se contentant d'approuver le caractère automatique de l'augmentation relevé par les juges de fond ne nous explique pas comment puisse être mis en œuvre.

Une doctrine⁶⁹⁴ imminente propose deux façons de mises en œuvre de cette automaticité de l'augmentation, d'une part, soit les statuts prévoient qu'il y'a lieu d'un réajustement périodique du capital à partir d'un seuil de réserves accumulées ou de plus-values constatées et même lorsque les statuts prévoient une délégations directe aux dirigeants en vue de réaliser l'augmentation du capital la réunion d'une assemblée générale devient de pure forme puisque elle ne saurait repousser le projet de résolution correspondante. D'autre part, au cas où les statuts sont silencieux, la réunion d'une assemblée est indispensable. Le refus par les dirigeants relève de l'abus comme le confirme l'arrêt précité.

⁶⁹² Cass., 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96-16-247 ».

⁶⁹³ Cass., 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96-16-247 » ; Cass., 1^{re}, civ., 16 mai 2013, n° « 12-17-814 ».

⁶⁹⁴ -F. Barbièri, « l'apporteur en industrie a, de plein droit, accès aux plus-values d'actif : sanction d'obstruction à une augmentation du capital « automatique » dans une société civile professionnelle », *Rev. soc.* 1998, p.778.

Au-delà du fait que l'augmentation obligatoire du capital dans les SCP lorsque les bénéfices non distribués ou les plus-values d'industrie le permettent forme un moyen efficace d'association du fruit de l'apport en industrie au capital social à travers « une conversion de l'apport en industrie en parts sociales », il est peut-être judicieux de généraliser ce type d'augmentation du capital aux autres formes sociales englobant des associés apporteurs en industrie.

L'analyse de cette section doit apporter deux enseignements d'abord, en dépit de l'éparpillement du régime juridique des augmentations du capital dans les SCP, l'augmentation obligatoire du capital dans les SCP est un moyen de conversion de la plus-value d'industrie en parts sociales au bénéfice des associés y compris l'apporteur en industrie. La société civile professionnelle est une structure propice à l'épanouissement de l'apport en industrie et à sa conversion en capital social. Ce schéma devrait être appliqué aux autres sociétés ayant des apporteurs en industrie.

Le caractère automatique de l'augmentation garantit les droits de l'apporteur en industrie en cas d'obstruction à l'augmentation obligatoire du capital lorsque ses conditions sont remplies.

En somme, le régime juridique de cette augmentation spécifique aux SCP est parfait pour l'association de l'apporteur en industrie au capital social.

Loin des augmentations obligatoires du capital social spécifiques à la SCP, il existe d'autres augmentations facultatives du capital social soit par incorporation de réserves, soit par la conversion de dividende en actions.

Section 2 - La conversion de l'apport en industrie via les augmentations facultatives du capital social

226. Il convient d'évoquer les deux mécanismes permettant d'associer l'apporteur en industrie au capital social en vertu de sa qualité d'associé. De prime abord, celui de l'augmentation du capital par incorporation de réserves (§ 1), ensuite, celui du paiement des dividendes en actions (§ 2).

§ 1 - L'augmentation du capital par incorporation des réserves

227. L'augmentation du capital par incorporation des réserves est une forme volontaire d'association de l'apporteur en industrie au capital social notamment par incorporation des réserves et des plus-values d'actif dues à l'industrie. Nous ne disposons pas d'un régime juridique formant droit commun des augmentations du capital applicable à toutes les formes sociales. Désormais, le régime juridique des augmentations du capital est fonction de la forme juridique de la société. Pourtant, à propos de certaines sociétés commerciales de personnes le législateur n'a prévu aucun régime juridique d'augmentation du capital en vue de la solidarité de ses membres qui se substitue au rôle du capital. Les augmentations du capital doivent alors être étudiées dans les sociétés de capitaux et dans la SARL.

Nous allons limiter notre étude aux augmentations du capital par incorporation des réserves car celles-ci permettent la conversion des réserves et des plus-values d'actif en capital et par conséquent convertit le fruit du travail de l'apporteur en industrie en capital social.

L'augmentation du capital à titre onéreux ne joue aucun rôle de « conversion » donc elle est écartée à cet égard de notre champ d'étude. Même si elle permettait à l'apporteur en industrie de souscrire des parts dans la société, l'augmentation ne lui bénéficierait pas de droit, et il devrait effectuer un apport en numéraire ou un apport en nature.

A - L'augmentation du capital par incorporation des réserves dans les SARL :

228. Le régime juridique de l'augmentation du capital dans la SARL est régi par l'article L223-32 du Code de commerce.

Afin d'associer l'apporteur en industrie au capital social de la SARL, on peut exploiter une augmentation du capital au bénéfice de tous les associés y compris l'apporteur en industrie. L'augmentation peut être financée par incorporation des réserves (augmentation à titre gratuit) ou par l'injection de nouveaux fonds (augmentation à titre onéreux). Dans les deux cas l'apporteur en industrie a le droit de souscrire à ce type d'actions en vertu de sa qualité d'associé. De même l'apporteur en industrie n'étant pas tiers de la société, l'augmentation du capital social se fera alors entre associés, il n'y a pas lieu alors de la procédure d'agrément.

Pourtant, on n'assiste pas dans la SARL, à la différence de la SCP, à des augmentations obligatoires du capital social en faveur des associés lorsque les réserves ou les plus-values

d'industrie le permettent. Donc, les augmentations du capital se fera en toutes circonstances à la guise de la société.

Il en résulte que le droit commun des augmentations du capital dans la SARL n'est pas un terrain opportun d'association de l'apport en industrie au capital social à cause du manque des outils juridiques.

B - L'augmentation du capital par incorporation des réserves dans les SAS :

229. Nous excluons de notre analyse les augmentations du capital dans les SA car les apports en industrie sont interdits dans cette forme sociale. Nous allons nous contenter à l'exposé des augmentations du capital dans la SAS.

Par ailleurs, une question pourrait se poser en cas d'augmentation du capital dans les SAS est celle de savoir est ce que l'apporteur en industrie dispose d'un droit préférentiel de souscription à l'instar des autres actionnaires ordinaires ? car en l'absence d'un droit préférentiel de souscription attaché aux actions de travail, l'apporteur en industrie ne pourrait souscrire des actions que lorsque les actionnaires ordinaires renoncent à leur droit préférentiel de souscription.

Dans une telle situation, l'association de l'apporteur en industrie à travers l'augmentation du capital social se verrait entravée car cette dernière ne bénéficiera pas à l'apporteur en industrie.

Il convient alors d'analyser si le droit préférentiel de souscription intervient lorsque l'augmentation du capital social s'opère entre actionnaires et qu'il n'y a pas lieu de tiers souscripteurs.

Un auteur considère que le droit préférentiel de souscription n'a pas lieu d'exister en cas d'augmentation du capital bénéficiant aux seuls actionnaires de la société. On en déduit que cet auteur limite le droit préférentiel de souscription au rôle de dissuasion d'entrée de nouveaux actionnaires, alors que le droit préférentiel de souscription remplit plusieurs fonctions. D'abord, il garantit aux actionnaires majoritaires la conservation du contrôle de la société, il permet de faire face à la dilution du capital et de garantir le droit des anciens actionnaires aux réserves déjà constitués à proportion de leurs parts dans le capital⁶⁹⁵. Si on suppose que l'idée de cet auteur n'est pas entachée d'illogique, la conséquence de l'absence

⁶⁹⁵ J. J. Daigre, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. soc.* 2004, p. 479.

de l'exercice du droit préférentiel de souscription susciterait des interrogations sur le nombre d'actions qui devraient être souscrites par chacun des associés et dans quelle proportion. De même le droit préférentiel de souscription préserve le droit de chacun des associés sur les réserves déjà constituées à proportion de sa part dans le capital donc l'exercice de droit préférentiel de souscription est inéluctable afin de surmonter ces paradoxes.

Une autre doctrine soutient l'opinion selon laquelle le droit préférentiel de souscription a lieu d'être exercé par les actionnaires même lorsque l'augmentation du capital bénéficie aux seuls actionnaires de la société.

230. Il convient alors de se demander est-ce que les actions de travail sont assorties d'un droit préférentiel de souscription ?

L'alinéa 1 de l'article L225-132 du Code de commerce prévoit que les actions sont assorties d'un droit préférentiel de souscription. Mais cette disposition est ambiguë car on ne sait pas si elle exclut ou non les actions de travail.

Le Nabsque considère que le droit préférentiel de souscription est attaché aux actions ordinaires, aux actions de préférence, aux actions de priorité, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote⁶⁹⁶. Mais l'auteur ne se prononce pas sur les actions de travail vu que l'apport en industrie n'était pas encore autorisé dans la SAS comme c'est le cas aujourd'hui.

En tout état de cause, l'action de travail en dépit de sa dénomination, elle n'est pas une véritable action car l'action est un titre sur le capital, elle doit être librement cessible et négociable, donc il n'est pas soutenable que les actions de travail seraient attachées à un droit préférentiel de souscription de ce point de vue. Mais au même temps, nous ne pouvons pas admettre que l'apporteur en industrie de la SAS soit privé de son DPS car il a contribué, à l'instar des autres associés, à la constitution des réserves, et il n'est pas tiers de la société. Sauf que le droit préférentiel de souscription joue ainsi le rôle de protection des actionnaires contre une dilution du capital.

Il en résulte que la participation de l'apporteur en industrie à une augmentation du capital dans la SAS peut se voir entravée par l'exercice des actionnaires en capital de leur droit préférentiel de souscription. Mais les associés pourraient toujours renoncer à leur DPS au

⁶⁹⁶ H. Le Nabsque, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations du capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires », *Rev. soc.* 2004, p. 491.

bénéfice d'un apporteur en industrie dans le cadre du renforcement de l'association du cognitif et du travail dans l'entreprise.

§ 2 - La conversion de l'apport en industrie via le paiement de dividendes en actions

231. Le paiement de dividendes en actions peut être exploité afin d'associer un ou plusieurs apporteurs en industrie dans une société. Pourtant, ce mécanisme n'est autorisé que dans les sociétés anonymes cotées ou non.

Le paiement des dividendes en actions est un dispositif introduit dans la loi du 24 juillet 1966 par la loi n°83-1 du 3 janvier 1983. Ce dispositif permet de renforcer les capitaux propres de la société sans que cette dernière soit assujettie aux formalités habituelles de la souscription d'actions en numéraire⁶⁹⁷.

Le paiement des dividendes en actions est prévu par l'article 351 de la loi du 24 juillet 1966 codifié par l'article L232-18 du Code de commerce.

L'article L232-18 dispose que « dans les sociétés par actions les statuts peuvent prévoir que l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie de dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividendes, une option entre le paiement du dividende ou des acomptes sur dividende en numéraire ou en actions »

Le dispositif consiste à ce que les statuts stipulent que l'assemblée générale extraordinaire statuant sur le compte de l'exercice offre la possibilité aux actionnaires des sociétés anonymes de percevoir leurs dividendes ou acomptes sur dividendes sous forme d'actions de la société ou en numéraire.

Le procédé est intéressant car il permet, outre le renforcement des capitaux propres de la société, l'association de l'apport en industrie au capital social.

Ce dispositif offre également une certaine souplesse car il n'est pas soumis à certaines formalités d'augmentation du capital. Néanmoins, il présente l'inconvénient de la dilution du capital et de l'incertitude juridique et doctrinale sur certaines questions se rattachant au bénéficiaire de ce dispositif, demeurant non tranchée.

Après avoir présenté ces difficultés, il n'est pas anodin de proposer des perspectives permettant d'associer l'apporteur en industrie au capital social à travers le déploiement du dispositif du paiement des dividendes en actions.

⁶⁹⁷ D. Velardocchio, « dividendes-répartition des dividendes », *Rép. soc.* août 1996 (actualisation janvier 2021), 232.

232. La première difficulté de conversion de l'apport en industrie en capital social via le paiement des dividendes en actions est celle de l'interdiction de l'apport en industrie dans les sociétés anonymes. De sorte que la conjugaison des deux paramètres (l'apport en industrie et le paiement des dividendes en actions) ne devient possible que dans la SAS, même si quelques difficultés subsistent.

Une question qui demeure posée est celle de savoir est ce que l'apporteur en industrie d'une SAS devrait à l'instar des autres actionnaires bénéficier du dispositif du paiement des dividendes ou des acomptes sur dividendes en actions ?

L'article L. 232-18 al.2 du Code de commerce sème le doute concernant la possibilité de l'apporteur en industrie de bénéficier de la faculté de paiement des dividendes en actions. Car lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté de décider que les actions souscrites seront de la même catégorie que les actions ayant donné droit au dividende ou aux acomptes sur dividendes⁶⁹⁸.

Donc, par déduction le texte suppose que l'apporteur en industrie devrait alors bénéficier du paiement de ses dividendes en actions de travail, ce qui rend cette interprétation inopportune car dans ce cas on convertit les dividendes de l'apporteur en industrie en actions de travail qui ne sont ni négociables, ni cessibles.

In fine, on devrait adapter le texte au cas de l'apporteur en industrie de la SAS, en prévoyant que l'apporteur en industrie bénéficierait d'actions en capital en contrepartie des dividendes distribués.

233. Seconde difficulté entravant le bénéfice par l'apporteur en industrie du paiement des dividendes en actions découle de l'article 351 al 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966 codifié par l'article L232-18 al.2 du Code de commerce.

Un auteur⁶⁹⁹ estimait que seuls les actionnaires peuvent bénéficier de l'offre de paiement du dividende en actions. Ainsi les porteurs de certificats d'investissements ou de parts bénéficiaires ne pourront en bénéficier.

En revanche, une doctrine⁷⁰⁰ considérait que le terme « actionnaire » désigne l'actionnaire titulaire aussi bien d'actions ordinaires avec droit de vote, privilégiées ou non, que d'actions à dividendes prioritaire sans droit de vote.

⁶⁹⁸ Art. L. 232-18, C. com.

⁶⁹⁹D. Velardocchio, « répétition des dividendes », *Rép. soc.* aout 1996 (actualisation janvier 2021), 236.

⁷⁰⁰ J. Richard, JCP E.A, n° 11, 14 mars, 1985, 14436 ; B. Mercdal et P. Janin cités par F. Zenati.

J. Richard admettait également que les titulaires de certificats d'investissement devraient bénéficier du dispositif de paiement de dividendes en actions car ces certificats sont représentatifs des droits pécuniaires attachés à l'action, au nombre desquels figure celui de choisir le mode de paiement du dividende dans la mesure où ce choix est laissé aux actionnaires.

En résumé, à ses yeux, toutes ces personnes sont concernées dès lors qu'elles ne sont pas privées du droit de percevoir leurs dividendes, ce qui serait le cas, par exemple, des titulaires qui n'auraient pas libéré leurs titres dans les délais impartis (L1966, art 283), à moins bien entendu qu'ils n'effectuent les versements de la libération dans le délai de souscription des actions nouvellement offertes⁷⁰¹.

Un auteur⁷⁰² considérait que l'exercice de l'option de percevoir des dividendes en actions par l'usufruitier ne découle pas du droit aux dividendes mais de l'exercice de son pouvoir d'administration sur la chose. A cet effet, selon cet auteur, cette analyse ne fait pas la distinction entre le droit à l'option et le droit aux dividendes.

Mais il convient plutôt de dire que l'analyse critiquée peut être interprétée comme faisant le lien entre le droit de dividende et le droit à l'option, c'est-à-dire que l'option découle du droit aux dividendes. Sinon sur quelles bases nous pouvons attribuer l'option si ce n'est que sur la base du droit aux dividendes. Car en soi, les titulaires d'actions de préférence sans droit aux dividendes ou d'actions à double droit de vote malgré le fait qu'ils exercent un pouvoir d'administration sur leurs actions (la chose) ils ne disposent pas du droit aux dividendes et par conséquent ne peuvent bénéficier de l'option du paiement des dividendes en actions.

Un autre auteur⁷⁰³ a relié l'exercice de droit de l'option à la qualité d'associé, en considérant que l'option doit être exercée par le nu-proprétaire car il est le véritable associé. Cette doctrine s'accorde avec la position jurisprudentielle⁷⁰⁴ qui refuse d'admettre à l'usufruitier la qualité d'associé mais elle se livre à une interprétation littérale de l'article L. 232-18 qui ne tient pas en considération certaines situations comme le démembrement ou la location des

⁷⁰¹ J. Richard, JCP E.A, n° 11, 14 mars, 1985, 14436.

⁷⁰² F. Zenati, « usufruit de droits sociaux-exercice de l'usufruit de droit sociaux », *Rép. soc.* janvier 2003, 299-300.

⁷⁰³ A. Lecourt, « les effets orthodoxes de la location de parts sociales ou d'actions », *Rép. soc.* déc. 2017, p. 52.

⁷⁰⁴ Amiens, 3 mai 2005 ; Aix-en-Provence, 22 janvier 2015 ; Cass. com, 10 fév. 2009, n° « 07-21.806 » et Cass. com. 10 fév. 2009, n° « 07-21.807 » : la Cour de cassation avait effectué un rapprochement entre la qualité d'usufruitier et celle d'associé sans pour autant affirmer qu'un usufruitier est véritablement un associé.

droits sociaux. Cette analyse priverait l'usufruitier de sa prérogative sur les dividendes notamment celle de choisir la façon de leur perception.

Pourtant, la question de la dilution du capital qu'implique le dispositif du paiement de dividendes en actions nous rend perplexe mais ce n'est qu'une question de gestion des actifs de la société et des pouvoirs des actionnaires au sein de celle-ci, donc il s'agit d'un choix de la société qui dépendrait de sa stratégie de management et de gestion. On pourrait par exemple proposer un paiement de dividendes en actions sans droit de vote (actions à dividende prioritaire sans droit de vote). Dans ce cas les statuts peuvent stipuler que le paiement de dividendes en actions bénéficie à l'apporteur en industrie mais que les actions attribuées seraient privées du droit de vote en contrepartie d'un autre avantage comme des dividendes prioritaires.

Que l'option soit attachée à la qualité d'associé ou au pouvoir d'administration de la chose ou au droit aux dividendes, l'apporteur en industrie remplit toutes ces qualités pour pouvoir prétendre au bénéfice de l'option.

Pourtant, un autre paramètre vient briser l'analyse, est celui de la nature des parts en industrie, notamment que l'article L. 232-18, al. 2, prévoit que lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté de décider que les actions souscrites seront de la même catégorie que les actions ayant donné droit au dividende ou aux acomptes sur dividendes.

En somme, la doctrine qui rattache l'exercice de l'option au droit aux dividendes peut constituer une ébauche à la reconnaissance du droit de l'apporteur en industrie à l'exercice de l'option du paiement de dividendes en actions. A cet effet, tous actionnaires qui ne sont pas privés de leur droit aux dividendes peuvent percevoir des dividendes sous forme d'actions. En effet, l'apporteur en industrie n'est qu'un titulaire d'actions de travail et dispose des droits sur les bénéfices et les actifs nets. Le droit prétorien reconnaît à l'instar du droit codifié la qualité d'associé à l'apporteur en industrie. Pourtant cette reconnaissance ne suffit pas à lui reconnaître le droit à l'exercice de l'option du paiement des dividendes en actions dans la SAS. Car c'est la seule forme qui admet à la fois l'apport en industrie et le paiement des dividendes en actions.

Un autre argument peut être avancé afin de soutenir le droit de l'apporteur en industrie de bénéficier du paiement des dividendes en actions, il s'agit du fait que ce dernier participe à

l'instar des autres associés actionnaires à la constitution des réserves, il ne peut alors être écarté de la souscription d'actions.

En revanche, les formes sociales dans lesquelles on assiste à une prohibition du paiement des dividendes en parts sociales se verraient dépourvues de la possibilité de mise en œuvre de ce dispositif qui présente certains avantages, notamment il permet l'association graduelle de l'apport en industrie en capital social en plus de son intérêt du renforcement des fonds propres de la société en réinvestissant les bénéfices distribuables dans l'augmentation du capital social. Cette double utilité nous conduit à songer d'adapter ce mécanisme aux SARL.

L'hypothèse n'est pas anodine car il n'existe pas d'argument rationnel qui légitime l'exclusion du paiement des dividendes en « parts sociale » dans les SARL, car en soi la notion du capital social est importante dans la SARL, c'est le gage des créanciers. Elle emprunte sur ce point les caractéristiques des sociétés de capitaux, donc vis-à-vis des tiers, l'augmentation du capital social, accroît sa crédibilité, de même elle permettra une pérennité et une continuité de l'apport en industrie dans l'entreprise.

234. Pour quelles raisons ce dispositif n'est pas étendu à la SARL ?

Nous pouvons examiner l'hypothèse des difficultés liées à la pratique de la décote de l'action dans la SARL.

Le prix d'émission d'actions émises à l'occasion du paiement des dividendes en actions ne peut être inférieur au nominal.

Dans les sociétés cotées en bourse le paiement des dividendes en actions permette au titulaire de l'option de bénéficier d'une décote sur le prix de l'action, le prix d'émission de l'action ne doit pas être inférieur à 90% de la moyenne des cours cotés aux vingt séances de bourse précédant le jour de la décision de mise en distribution diminuée du montant net du dividende ou des acomptes sur dividende⁷⁰⁵.

Dans les sociétés non cotées le prix de l'émission est fixé au choix de la société, soit en divisant le montant de l'actif net calculé d'après le bilan le plus récent par le nombre de titres existants, soit à dire d'expert désigné en justice à la demande du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Art. L. 232-19, al. 2, C. com., modifié par l'art. 20 (V), L. n° 2019-486, 22 mai 2019.

⁷⁰⁶ Ibid. al.3.

L'application des règles de détermination du prix d'émission est vérifiée par le commissaire aux comptes, s'il en existe, qui présente un rapport spécial à l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice. Cette vérification par le commissaire aux comptes demeure supplétive.

In fine, les règles d'évaluation du prix de l'émission des actions issu de l'option applicables dans les sociétés non cotées pourraient « *De lege ferenda* », sans poser de difficultés, être étendues aux SARL.

235. Par ailleurs, le paiement de dividendes en « parts sociales » ne remettrait pas en cause le droit d'agrément car l'augmentation du capital bénéficie aux seuls associés de la société ; il faut uniquement, en vertu du principe d'égalité des associés, offrir l'option du paiement des dividendes en actions à chaque associé. En outre, le procédé du paiement de dividendes en « parts sociales » ne porterait pas atteinte à l'« *intuitus-persona* » qui imprègne les SARL. Il serait plus intéressant du point de vue de l'association de l'apport en industrie en capital, de tolérer le paiement des dividendes en « parts sociales ».

Ce dernier mécanisme permet également une augmentation du capital escompte de certaines formalités et un renforcement du capital social et des fonds propres de la société.

L'intérêt du renforcement du capital social de la société serait moindre dans les sociétés en nom et en commandite car le capital n'est pas le gage des créanciers, donc le renforcement du capital social n'importe pas mais c'est celui des fonds propres de la société qui importe, notamment si l'option porte sur des dividendes non distribués. Pourtant, du point de vue de l'association de l'apport en industrie au capital social, le dispositif de paiement des dividendes en actions s'avère très utile en l'occurrence dans les sociétés commerciales de personnes qui constituaient avec les sociétés civiles le sillage historique de l'apport en industrie. Et que même certains apports en industrie comme l'apport en crédit ou au nom ne sont concevables que dans les sociétés à responsabilité indéfinie.

On peut certainement opposer à cette proposition le concept de la dilution du capital car les parts sociales seront distribuées sur un plus grand nombre s'associé auquel s'ajoute l'apporteur en industrie.

En principe, la dilution du capital ne peut se réaliser que lorsque nous sommes en présence de nouveaux actionnaires ou bien dès lors que les anciens actionnaires, même lorsque l'augmentation s'opère seulement au bénéfice des anciens actionnaires, n'ont pas souscrit les nouvelles actions émises à proportion de leur part dans le capital social.

Dans le cas du paiement des dividendes en actions un autre paramètre intervient en-sus de ceux déjà évoqués ci-dessus, il s'agit de l'existence de certaines catégories d'actions qui impliquent une distribution de dividende différente à celle qui aurait dû s'appliquer si ces actions étaient ordinaires. Les actions à dividendes prioritaires ancêtres des actions de préférence présentent certaines particularités.

236. L'ordonnance du 24 juin 2004⁷⁰⁷ a modifié le régime juridique applicable aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions⁷⁰⁸. L'apport majeur de cette réforme est celui de la création des actions de préférence⁷⁰⁹.

Les actions de préférence trouvent leurs traces dans les pratiques du pays anglo-saxons sous la dénomination de « preferred shares » ou « preferred stock ». Avant l'ordonnance de 2004 on assistait à des dénominations variées en pratique, on peut citer les « actions préférentielles », les « actions privilégiées », et les « actions de catégorie » ou encore l'appellation « d'actions de priorité » retenu par le Code de commerce⁷¹⁰.

Les actions de priorité se distinguent des actions de préférence dans la mesure où cette catégorie d'action, à l'opposé des actions de priorité, ne peut être assortie d'un droit à vote multiple excepté dans les SAS. Les sociétés ne peuvent plus émettre des actions de priorité depuis l'ordonnance de 2004. Pourtant, celles qui sont émises antérieurement à l'ordonnance sont encore d'effet.

Les actions de préférence pourraient jouer un rôle très important dans l'association de l'apporteur en industrie dans le capital social : premièrement, elles permettraient de gérer les dilutions du pouvoir politique des actionnaires car lors de l'association de l'apport en industrie au capital social, on assisterait à une dilution du capital et du pouvoir politique.

Deuxièmement, les actions de préférence inciteraient les associés à intégrer les apporteurs en industrie au capital social.

Troisièmement, le paiement des dividendes en actions de préférence permet à l'apporteur en industrie d'intégrer le fruit de son apport au capital social et en cas de son départ, la société

⁷⁰⁷ Ord. n° 2004-604, 24 juin 2004, JO n° 26 2004 ; D. d'application n° 2005-112, 10 février 2005.

⁷⁰⁸ R. Arkelian, « action de préférence », *Rép. soc.* juil. 2015, (actualisation juillet 2019), 65.

⁷⁰⁹ Art. L228-11 à L. 228-20 du C. com. : ce dernier article est abrogé par l'ordonnance n° 2008-1145 du 6 nov. 2008.

⁷¹⁰ Monod, « les actions de priorité », *traité Joly*, juin 2000 : cité par R. Arkelian, « action de préférence », *Rép. soc.* juillet 2015, (actualisation juillet 2019).

procède au rachat de ces actions et les règles de fixation du prix du rachat est en fonction de la cotation ou non de la société en question.

Quatrièmement, la possibilité de conversion des actions de préférence en actions ordinaires ou en une autre catégorie d'actions de préférence permet en cas de volonté de la société de renforcer le pouvoir politique de l'apporteur en industrie, de restituer le droit de vote jadis suspendu en contrepartie de certaines avantages particuliers.

237. Les actions de préférence se distinguent en plusieurs catégories, nous citons ici les actions de préférence sans droit de vote et les actions de préférence à vote multiple qui sont possibles uniquement dans les SAS. Ainsi avec ces catégories d'actions la société peut adapter sa stratégie d'association de l'apport en industrie au capital social. Si elle désire donner à l'apporteur en industrie davantage de pouvoir politique, elle peut lui proposer le paiement des dividendes en actions de préférence à double droit de vote mais sans dividendes, en respectant toutefois le principe d'interdiction des clauses léonines. Si au contraire, nous envisageons de donner plus de part de capital à l'apporteur en industrie nous pouvons lui proposer le paiement des dividendes en actions de préférence sans droit de vote mais avec des dividendes prioritaires qui peuvent à leur tour être rémunérés en actions à l'occasion d'une potentiel distribution afin d'accélérer son association.

Il est fort de constater que les actions de préférence sans droit de vote permettent à faire face à la dilution du droit de vote des autres actionnaires ordinaires (non bénéficiaires) voire même renforcer leur droit de vote. Mais le fait que ces actions sont souvent attachées à certains avantages pécuniaires on pourrait assister à une dilution du capital au détriment des actionnaires ordinaires si on procède au paiement de ces avantages pécuniaires aux bénéficiaires de ces actions en actions de la société, le capital se verrait dilué au détriment des non bénéficiaires. Le raisonnement est valable en ce qui concerne les actions de préférence sans dividendes dans leur relation corrélative avec la dilution du pouvoir des autres actionnaires.

En somme, afin d'éviter la dilution du pouvoir de décision, il convient alors de prévoir de « *De lege ferenda* » au bénéfice de l'apporteur en industrie un paiement de dividende en actions de préférence sans droit de vote.

Dans la SARL, le droit de vote ne peut être modulé⁷¹¹. Mais la quote-part du bénéfice est modulable⁷¹². Donc on pourrait supposer une distribution de dividende prioritaire à

⁷¹¹ Art. L. 223-28, C. com.

l'apporteur en industrie pour qu'on puisse les rémunérer ultérieurement par des parts sociales. Cela renforcerait l'association de l'apport en industrie au capital social, mais au détriment de l'exercice du droit de vote.

Par ailleurs, dans les Sociétés anonymes qu'elles soient SA ou SAS, il peut-être créer des actions de préférence lors de la création de la société (*ab-initio*) par les statuts, ou au cours de la vie de la société par une décision de l'assemblée générale extraordinaire⁷¹³. Mais cette privation du droit de vote est assortie de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent au bénéfice du titulaire de ces actions⁷¹⁴.

En dépit, des avantages déjà évoqué que procure les actions de préférence à l'association des apports en industrie en parts sociales, notamment lorsqu'elle est conjuguée avec le paiement de dividendes en actions. La doctrine est abondante en matière d'actions de préférence mais sont rares ceux qui voient dans ces actions de préférence un moyen d'association des apports en industrie au capital social, d'autant plus qu'ils voient en elles un outil de transmission d'entreprise progressif et efficace⁷¹⁵.

En tout cas, l'application des actions de préférence ne peut être transposée aux SARL sous la désignation de « parts sociales de préférence », et cela pour deux raisons :

L'une, dans la SARL le droit de vote n'est pas modulable⁷¹⁶, donc elle ne peut naturellement émettre « parts sociales sans droit de vote ». La disposition de l'article L223-28 est justifiée par « *l'intuitus-personae* » présent dans la SARL. Mais elle pourrait contrairement « *De lege ferenda* » émettre des « parts sociales de préférence avec droit de vote » si on s'inspire des règles gouvernant les actions de préférence dans les sociétés anonymes.

L'autre, l'impossibilité de rachat par les SARL de ses propres parts sociales mise à parts dans le cas d'une réduction du capital. Et dans la plupart du temps dans les sociétés anonymes la société rachète dans la limite de 10% les actions de préférences.

Le rachat par la SARL des « parts sociales de préférence » poserait il des difficultés dans la mesure où la procédure de rachat organisé dès l'émission des actions de préférence est la

⁷¹² Art. 1844-1, C. civ.

⁷¹³ Art. L. 228-11, C. com.

⁷¹⁴ Art. L. 228-11, C. com

⁷¹⁵ R. Gaudet, « Droit et patrimoine », juin 1997, p. 35.

⁷¹⁶ Art. L. 223-28, C. com.

garantie de liquidité des investisseurs titulaires de ces « parts sociales » surtout très apprécié dans les sociétés dont les titres ne se trouvent pas sur un marché négocié⁷¹⁷

238. Par ailleurs, l'association de l'apporteur en industrie au capital social via le paiement des dividendes en actions implique une dilution du capital quel que soit la forme sociale de la société dans laquelle est pratiquée.

Néanmoins, l'option du paiement de dividende en actions est conventionnelle et résulte des statuts, donc la société décidera d'opter ou non à cette option en fonction des objectifs stratégiques et sa volonté d'association de l'apporteur en industrie au capital social.

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'apport en industrie est de prime abord né dans les sociétés civiles professionnelles, puis, il s'est développé dans les sociétés commerciales exceptes dans les SA. L'apport en industrie occupe une place importante dans les SCP, parallèlement à cela, on constate un manque remarquable de moyen d'association de l'apport en industrie au capital social dans ce type de société comparée aux sociétés anonymes.

⁷¹⁷ R. Arkelian, « action de préférence », *D.* juillet 2015, (actualisation juillet 2019), 65.

Conclusion du chapitre 1^{er} :

239. Nous avons traité dans ce chapitre les moyens de conversion de l'apport en industrie *De lege lata*.

Dans les SCP la loi a prévu des augmentations obligatoires de capital social en faveur de tous les associés, y compris l'apporteur en industrie, lorsque les plus-values d'industrie ou les réserves le permettent.

Dans les SAS, on peut songer au paiement des dividendes attachées aux actions de travail en actions sur le capital.

Nous pourrions également procéder à la conversion de l'apport en industrie en opérant une augmentation du capital par incorporation des réserves, sachant que l'apporteur en industrie dispose des droits sur les réserves sociales.

Chapitre 2 - Les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « *De lege ferenda* »

240. Nous avons relevé précédemment⁷¹⁸ la difficulté d'intégration de l'apport en industrie dans le capital social. Cette difficulté est liée à l'extra-patrimonialité et la libération successive de la prestation promise à la société dans le cadre de cet apport.

Sont, plutôt, les dividendes et la plus-value d'industrie qui pourraient être réinvesties dans le capital social, c'est ce qu'on dénommerait « la conversion de l'apport en industrie »

Nous allons évoquer les moyens juridiques existantes dans notre droit mais qui pourrait, combien même servir en tant que moyen de conversion de l'apport en industrie en capital social.

En outre, l'intrajuste serait susceptible de nous permettre une conversion de l'apport en industrie en capital social. Nous considérons que l'intrajuste, en dépit des difficultés théoriques, demeure un terrain propice à la conversion de l'apport en industrie.

Il convient, alors, de se pencher sur l'analyse de la conversion de l'apport en industrie en société (**section 1**), et en intrajuste (**section 2**).

⁷¹⁸ *Supra*. Partie I.

Section 1 - La conversion de l'apport en industrie en société

241. La conversion de l'apport en industrie en société n'est pas uniforme dans toutes les formes sociales. Nous avons déjà vu que dans les sociétés civiles professionnelles, le législateur a prévu une augmentation « obligatoire » du capital social lorsque les réserves ou les plus-values d'industrie le permettent, que la jurisprudence lui a conférée un caractère automatique.

À notre connaissance, ce dispositif, en plus de son champ d'application limité au SCP, il demeure un moyen de conversion de l'apport en industrie en capital social.

Le législateur n'offre pas un large éventail de règles juridiques permettant la conversion de l'apport en industrie en capital social.

Néanmoins, le législateur prévoit en matière de conversion du travail salarié de nombreux moyens juridiques notamment les augmentations du capital destinées à associer le salarié au capital social à travers les stock-options, les attributions gratuites d'actions, les OBSA...etc.

Nous pourrions songer à appliquer ces moyens juridiques à la conversion de l'apport en industrie.

Nous commençons par l'extension des moyens de conversion de l'apport en industrie déjà existant dans notre législation (les augmentations obligatoires du capital social au bénéfice de tous les associés y compris l'apporteur en industrie dans les SCP) aux autres formes sociales **(§ 1)**.

Ensuite nous allons analyser l'extension du bénéfice des augmentations du capital social réservées aux salariés dans les SAS à l'apporteur en industrie **(§ 2)**, car c'est la seule forme sociale dans laquelle on admet à la fois les augmentations du capital réservées aux salariés et les apports en industrie. L'apporteur en industrie devrait bénéficier, dans la SA, des augmentations du capital réservées aux salariés du fait qu'il fournit une prestation similaire à celle du salarié (le travail) dans des conditions de subordination et de rémunération différentes

§ 1 - L'extension des augmentations obligatoires du capital social aux autres formes sociales

242. Le modèle que nous allons proposer permet à l'apporteur en industrie de convertir les plus-values de son apport en capital social. Notre modèle est inspiré des augmentations obligatoires du capital social dans les SCP au bénéfice de tous les associés y compris l'apporteur en industrie.

Nous allons exposer brièvement le régime des augmentations obligatoires du capital social au bénéfice de tous les associés y compris l'apporteur en industrie. Puis nous allons essayer d'étendre le champ d'applications de ces augmentations obligatoires du capital social, jusqu'à lors, pratiquées uniquement dans les SCP, aux autres formes sociales.

L'apport en industrie n'est pas autorisé dans les sociétés anonymes, excepté dans la SAS donc dans l'état actuel de notre droit positif, nous ne pourrions pas songer à convertir l'apport en industrie en capital social avant de repenser la possibilité d'existence d'un apport en industrie dans les sociétés par actions.

Le débat de la prohibition des apports en industrie dans les sociétés par actions a fait couler beaucoup d'encre entre les détracteurs de la prohibition de l'apport en industrie et les conformistes au choix du législateur. La primordialité du capital social dans ces formes sociales ainsi que la cessibilité et la négociabilité des actions et son inadéquation avec la nature extrapatrimoniale de l'apport en industrie.

Dans ce paragraphe nous allons nous contenter à étudier l'extension des augmentations du capital social dans les formes sociales les plus usitées, sans évoquer la question du champ d'application de l'apport en industrie, car le débat doctrinal n'est pas clos et que cette question a été abordé dans notre première partie.

L'extension des augmentations obligatoires du capital social en faveur de tous les salariés y compris l'apporteur en industrie déjà pratiqué dans les SCP serait sans intérêt dans les sociétés anonymes en vertu de la législation actuelle car l'apport en industrie n'est pas admis dans cette forme sociale.

En revanche, la prohibition de l'apport en industrie dans les sociétés anonymes freine l'association du travail au capital dans cette forme sociale.

Afin de mieux consacrer l'association du travail au capital et multiplier les supports juridiques de la prestation du travail en entreprise, le législateur devrait admettre que le travail soit fourni également sous forme d'un contrat d'apport en industrie dans les sociétés par actions.

En effet, il n'est pas inconcevable d'admettre les apports en industrie dans les sociétés par actions, il y avait d'ailleurs des parts de fondateur d'entreprise dans les sociétés anonyme, désormais supprimées dans ces formes sociales.

De même, il est possible, de songer à étendre l'augmentation obligatoire du capital social en faveur des associés, y compris l'apporteur en industrie, pratiquée dans les SCP (voir section1, ch1, part2), aux autres formes sociales.

Nous allons procéder à l'analyse de l'extension du champ d'application des augmentations obligatoires du capital social aux autres formes sociales en fonction de la spécificité de chacune d'elles.

A - Dans les sociétés par actions :

243. Le droit préférentiel de souscription est attaché à l'action (le titre financier) et non pas à la personne de l'associé dans les SAS. Le droit préférentiel que détient chaque actionnaire empêcherait l'apporteur en industrie de bénéficier de l'augmentation du capital. Car le droit préférentiel de souscription est attaché à l'action sur le capital et non pas à « l'action travail ». Afin de remédier à cette situation, il faudrait absolument que les actionnaires sur le capital renonceraient à leur droit préférentiel de souscription.

Cette situation marquerait toutes les sociétés par actions y compris la SAS.

En revanche, dans la SARL le problème ne se poserait pas car il y a le droit d'agrément qui bénéficie à tous les associés.

Dans les sociétés anonymes l'augmentation obligatoire du capital n'est pas d'acuité car l'apport en industrie est prohibé excepté dans la SAS.

Notre modèle engloberait aussi le cas de la SA en supposant l'existence d'un apport en industrie en son sein. Mais il écarte le dispositif d'augmentation obligatoire du capital dans les sociétés qui n'emploient pas d'apport en industrie car l'obligation d'augmenter le capital social serait justifiée par deux choses, le premier est l'impératif d'association du travail au capital social, la seconde est celui de la suffisance des plus-values d'industrie ou bien les bénéfices non distribués ou mis en réserves.

Nous pourrions, à la lecture des différents textes régissant les augmentations obligatoires du capital dans les SCP, relever une volonté du législateur de bafouer la liberté des associés en capital, en vue d'une répartition équitable du capital social en fonction des plus-values d'industrie. Justement la forme sociale ainsi que les professions réglementées se caractérisent par la prédominance et la nécessité d'un apport en industrie, ainsi que par l'importance des plus-values dues à cet apport.

Désormais, l'importance du capital humain qu'impose l'évolution technologique, numérique et digital, ainsi que la valorisation et la mondialisation des talents et des professions juridiques, nous assistons à une évolution des formes sociales, et la SEL est une démonstration à cette valorisation des apports en industrie.

In fine, pour que l'extension du champ d'application des augmentations obligatoires du capital social remplit son rôle d'association du travail au capital et justifie de la sorte l'atteinte au droit des actionnaires, deux conditions doivent cumulativement être remplies : l'existence d'un apport en industrie, la suffisance des plus-values d'industrie ou des bénéfices non-distribués.

Actuellement l'apport en industrie est autorisé dans les sociétés civiles professionnelles, les sociétés commerciales de personnes, la SARL, la SAS, donc nous pourrions étendre le champ d'application des augmentations obligatoires du capital social aux formes sociales précitées lorsqu'il figure dans leur statut un apport en industrie ou lorsque les plus-values dues à l'industrie ou les bénéfices non distribués le permettent.

B - La SAS, la SASU

244. L'apport en industrie est admis dans la SAS et la SASU par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008⁷¹⁹ nous pourrions alors en vue d'associer l'apporteur en industrie au capital social et à conditions de la suffisance des plus-values d'industrie et des bénéfices mis en réserve, élargir le champ d'application des augmentations obligatoires du capital social à la SAS et à la SASU. Il faudrait en outre l'existence d'un apporteur en industrie dans la SAS pour que l'augmentation obligatoire du capital soit réalisée en vue d'associer l'apporteur en industrie au capital social.

⁷¹⁹ L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie (LME), JORF n°0181 du 5 août 2008.

C - La société d'exercice libéral

245. Les sociétés d'exercice libérale, créée par la loi n°90-1258 de 1990, peut prendre plusieurs formes juridiques, elle peut être créée sous forme de SARL ou de SA, SAS ou en commandite par actions.

Les apports en industrie sont autorisés dans les sociétés d'exercice libéral sauf lorsqu'elle prend la forme de société anonyme ou en commandite par action.

La société anonyme d'exercice libéral pourrait légitimement, en vertu de l'importance des apports en industrie en son sein, être assujettie à l'obligation d'augmenter son capital social lorsque les plus-values d'industrie ou les bénéfices non distribués le permettent. On devrait étendre le champ d'application des augmentations obligatoires du capital social aux SEL.

D - Dans les sociétés en nom et les sociétés en commandite simple

246. Dans les sociétés commerciales de personnes l'apport en industrie est admis, donc lorsque les plus-values d'industrie ou les bénéfices non distribués le permettent, et qu'il existe un apport en industrie dans la société, celle-ci pourrait suivant notre modèle être assujettie à l'obligation d'augmenter son capital social au bénéfice de tous les associés, y compris les apporteurs en industrie. Nous ne serions pas confrontés au droit préférentiel de souscription, comme c'est d'ailleurs le cas dans les sociétés par actions.

E - Dans la SARL

247. L'apport en industrie est autorisé dans la SARL. Donc à l'instar des sociétés de personnes constitue un terrain propice aux augmentations obligatoire du capital social en faveur de tous les associés y compris l'apporteur en industrie lorsque les plus-values d'actif ou les bénéfices non distribués le permettent.

§ 2 - L'extension des augmentations du capital réservées aux salariés à l'apporteur en industrie

248. L'augmentation du capital réservée aux adhérents d'un PEE est prévue par l'ancien article 443-5 du Code de travail abrogé par l'article 12 de l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007⁷²⁰. Désormais, remplacé par les articles 3332-18 à L3332-24 du Code de travail.

Selon le Code de travail, les sociétés peuvent procéder à des augmentations du capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne entreprise, mais rien ne les oblige à se prononcer sur un projet de résolution concernant une augmentation de capital réservé aux salariés.

En vertu du Code de commerce les SA ont l'obligation de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariés. Il importe de distinguer d'une part, l'obligation permanente (article L.225-129-6, al.1), d'autre part, l'obligation périodique (article L.225-129, al.2).

A- L'obligation permanente

249. L'obligation permanente instituée par l'alinéa 1 de l'article L225-129-6 du Code de commerce, se distingue de l'obligation périodique (triennale) prévue par le second alinéa du même article. Cette dernière est désormais abrogée par la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2017⁷²¹.

L'AGE lors de toute augmentation du capital en numéraire doit se prononcer sur une résolution visant une augmentation du capital réservée aux adhérents d'un PEE, lorsque la société a des salariés.

Depuis la loi modificative du 19 mai 2011⁷²², sont dispensées de l'obligation permanente les sociétés contrôlées des lors que la société qui les contrôle a mis en place un dispositif visant une augmentation du capital dont peuvent bénéficier les salariés des sociétés contrôlées⁷²³.

L'alinéa premier dudit article prévoit l'obligation de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariés adhérents d'un PEE lors de toutes augmentations de capital en numéraire sauf celles qui résultent de l'émission des valeurs mobilières donnant accès au capital.

⁷²⁰ Ordon. n° 2007-329, 12 mars 2007, JORF 13 mars 2007.

⁷²¹ L. n° 2019-744, 19 juil. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art.20, JORF n° 0167, 20 juillet 2019.

⁷²² L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 20, JORF n° 0115, 18 mai 2011.

⁷²³ Art. L. 225-129-6, al. 3, C. com.

L'obligation permanente s'applique même si la société ne dispose pas de PEE. Si l'assemblée générale se prononce favorablement sur une telle augmentation de capital, il appartiendra alors au chef d'entreprise de négocier un PEE ou d'en établir un unilatéralement⁷²⁴.

250. Il importe de s'interroger sur l'exception instituée par le législateur qui exempte les AGE opérant une augmentation du capital en numéraire, via l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, de l'obligation permanente de se prononcer sur un projet de résolution visant une augmentation du capital réservée aux salariés adhérent d'un PEE.

Il s'agirait peut-être d'une volonté du législateur à encourager les augmentations du capital qui résulte de l'émission des valeurs donnant accès au capital ? Ou Peut-on penser que le législateur adopte un esprit instigateur de l'actionnariat salarié ?

Ce qui est évident, c'est le fait que les valeurs mobilières donnant accès au capital ont une vocation similaire à celle de l'obligation permanente : le législateur étant pragmatique s'en est aperçu que l'objectif consiste à permettre un accès des salariés au capital de leurs entreprises.

En effet, l'obligation permanente est une restriction portée au droit préférentiel de souscription d'actions. Les associés seront contraints, lors de toute augmentation du capital en numéraire, de se prononcer sur leur volonté de renoncer ou non à leur droit préférentiel de souscription d'actions au profit des salariés.

Parallèlement, l'émission de valeur mobilière donnant accès au capital emporte une renonciation des associés à leurs droits préférentiels de souscription⁷²⁵.

251. Il convient de se pencher sur la nature des valeurs mobilières touchées par l'exception, on peut penser aux BSPCE, aux options de souscription d'actions, aux OBSA et aux ABSA ?

Les valeurs mobilières donnant accès au capital sont prévues par les articles L.228-91 à L.228-106 du Code de commerce.

La doctrine⁷²⁶ estime que les OBSA et ABSA bénéficieront du régime de la dérogation, contrairement aux options de souscription d'actions qui ne sont pas des valeurs mobilières ainsi que les BSA qui sont assimilés à des valeurs mobilières et ne le sont pas *stricto sensu*. L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 supprima les BSA en faveur du régime général des valeurs mobilières donnant accès au capital.

⁷²⁴ Circ. 14 septembre 2005, relative à l'épargne salariale, JORF n° 255, 1 novembre 2005.

⁷²⁵ Art. L. 225-132, al. 6, C. com.

⁷²⁶ Voir dans ce sens, J-P. DOM, *Rev. notariat Defrénois* 30 nov. 2003, n° 22, p. 1443 ; voir aussi dans ce sens : Instr. Fisc. n° 270, 12 aout 2014, BOI-RSA-ES-20-40-20140812.

Les BSPCE ne sont pas également des valeurs mobilières. Le renvoi par le Code général des impôts aux dispositions du Code de commerce régissant les valeurs mobilières donnant accès au capital notamment les articles L 228-91 et L 228-92 est inadéquat. Les BSPCE sont un droit strictement personnel, en effet, la doctrine administrative considère que Les BSPCE, en raison de leur inaccessibilité, ne sont pas des valeurs mobilières. En revanche, elle affirme que les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprises sont soumis aux dispositions qui régissent les valeurs mobilières⁷²⁷.

252. Il est également judicieux de s'interroger sur les conséquences d'une inexécution de cette obligation permanente.

L'obligation permanente fut renforcée sous l'ancienne rédaction de l'article L225.129. Le dernier alinéa dudit article frappe de nullité toutes les décisions contraires aux règles d'augmentation de capital définies par les alinéas précédents. C'est d'ailleurs dans ce sens que la cour d'appel de bordeaux⁷²⁸ a considéré nulle l'augmentation du capital opérée sans se prononcer sur le projet de résolution visant une augmentation de capital réservée aux salariés. Le tribunal relève que cette obligation « a été instituée par le législateur dans un intérêt général et que le non-respect de cette règle est sanctionné par la nullité absolue ».

L'ancien article L.225-129 VII fut modifié par la loi du 26 juin 2004 et celle du 31 décembre 2006. Ces derniers textes modificatifs ne prévoient plus une nullité des décisions intervenues en violation des dispositions de l'article L.225-129. Sur un intervalle d'environ 8 ans, le législatif français demeura silencieux sur la sanction de l'omission de l'obligation permanente. Ce silence est justifié par le souci d'éviter toutes dissuasions des sociétés à augmenter leur capital. L'inaction du législateur explique sa volonté de dépenaliser le droit des augmentations du capital⁷²⁹. Cependant, depuis 2012, sont réputées nulles les augmentations de capital intervenues en violation de l'obligation permanente⁷³⁰.

Par ailleurs, depuis 2004 la sanction de l'inexécution de l'obligation périodique consistait à une injonction de faire (article L.225-149-3, al.1), elle est désormais anéantie par le législateur en 2012⁷³¹.

⁷²⁷ Instr. Fisc. n° 270, 12 aout 2014, BOI-RSA-ES-20-40-20140812.

⁷²⁸ T. com. Bordeaux, 15 nov. 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 197, note B ; voir aussi : T. com. Paris, 25 nov. 2003 : *Bull. Joly Sociétés* ; T. com., Versailles, 30 avr. 2004 : *RJDA*, 2004/8-9, n° 995.

⁷²⁹ Voir dans ce sens, J –P. DOM, *Rev. notariat Deffrénois* 30 nov. 2003, n° 22, p. 1443.

⁷³⁰ Art L. 225-149-3, al. 2, C. com.

⁷³¹ L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.

Toutefois, 6 années plus tard, le législateur se ressaisit en modifiant l'article L.225-149-3 al.2⁷³², il impose désormais aux SA une sanction de nullité frappant toute décision d'augmentation de capital en numéraire, sauf celle qui résulte de l'émission des valeurs mobilières donnant accès au capital, sans avoir à se prononcer sur le projet de résolution d'augmentation de capital réservée aux salariés.

253. Par ailleurs, une épineuse question se pose est celle de savoir si l'obligation permanente s'applique également aux SAS. En effet, les réponses ministérielles sont hésitantes, or la plus récente est en faveur de l'application de l'article L225-129-6 aux SAS⁷³³, Ce qui ne fut pas le cas en 2004⁷³⁴.

En effet, l'article L.227-1 n'exclut pas de son champ d'application l'article L.225-196-6, il en résulte alors que les règles concernant les SA demeurent applicables aux SAS.⁷³⁵

Toutefois, un autre argument semble œuvrer contre l'application de l'obligation permanente aux SAS, porte sur l'organe compétent. En effet, le texte désigne explicitement l'AGE en tant qu'organe compétent à se prononcer sur la résolution tendant à l'augmentation du capital réservée aux salariés. Ledit organe est inexistant dans l'organisation de la SAS. En dépit de cette critique l'article L.227-9 donne un sens à l'application de l'alinéa 1 de l'article L.225-129-6 aux SAS.

En dépit des imprécisions législatives, en la matière, provocatrice d'insécurité juridique, la SAS qui procède à toute augmentation du capital en numéraire en omettant l'obligation permanente s'expose au risque de la nullité de sa décision d'augmentation du capital conformément à l'article L.225-149-3 al.2.

B- L'obligation périodique

254. Désormais abrogée par la loi de simplification du droit des sociétés Elle s'agissait de l'obligation triennale qui incombe aux SA dont la part du capital détenue par ses salariés est inférieur à une portion de 3^o/. L'AGE doit se prononcer sur une résolution visant une

⁷³² L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.

⁷³³ Rép. min. n°58 : JO Sénat 3 janvier 2008, p. 38.

⁷³⁴ Rép. min. n° 20179 : JOAN 30 mars 2004, p. 2570.

⁷³⁵ Art. L. 227-1, al. 3, C. com.

augmentation du capital réservée aux salariés. Depuis la loi modificative du 22 mars 2012⁷³⁶, le législateur repousse le délai triennal à 5 ans, si une assemblée générale extraordinaire s'est prononcée, depuis moins de trois ans sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés⁷³⁷.

Cependant son application aux SAS demeure contestable⁷³⁸, en effet, l'article L.227-1.al.3 n'exclut pas l'application de l'article L.225-129-6 al.2 aux SAS. Quoique, la question subsiste dans le fait que l'article L. 225-102 ne s'applique pas aux SAS, ce dernier porte sur le rapport qui détermine la portion du capital détenue par les salariés d'une société et ses filiales.

La compagnie des CAC a exprimé, à cet égard, deux avis contradictoires : l'un est intervenu pour l'application de l'article L. 225-129-6 aux SAS⁷³⁹, l'autre⁷⁴⁰ se contenait à retenir la position exprimée dans la réponse ministérielle de 2004.

Le droit positif est peu pragmatique dans sa façon d'encourager l'augmentation du capital réservée aux salariés. Donc, avant de proposer l'extension de cette dernière à l'apporteur en industrie il convient de présenter les augmentations du capital social réservées aux salariés.

En dépit des incitations législatives (A), le régime juridique de l'augmentation du capital réservée aux salariés marque quelques incertitudes évoquées sans cesse par la doctrine (B)⁷⁴¹.

C- Les manifestations d'incitations à l'augmentation du capital réservée aux salariés

1 - Exclusion des titres détenus dans le cadre d'une augmentation du capital du calcul du pourcentage de détention du capital de la société filiale par la société mère

255. Le but est d'éviter aux groupes de sociétés de se priver de l'intégration fiscale à cause de l'implication des salariés dans le capital de la société. Du point de vue fiscal, Les conditions du bénéfice de l'intégration fiscale pourraient dissuader les groupes de sociétés à procéder à une augmentation de capital réservée aux salariés. L'intégration fiscale est possible dès lors que la société mère détient 95 % ou plus du capital de ses filiales⁷⁴². Il en résulte qu'une

⁷³⁶ L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.

⁷³⁷ Art. L. 225-129-6, al. 2, C. com.

⁷³⁸ Voir dans ce sens, J-P. DOM, *Rev. notariat Defrénois*, 30 nov. 2003, n° 22, p. 1443.

⁷³⁹ Bull- CNCC, juin 2002, p. 281.

⁷⁴⁰ Bull- CNCC, déc. 2004, p.714.

⁷⁴¹ G. Baranger, « augmentations de capital : attention danger » *BJC*, éd. Lextenso, 1 avril 2001, n° 4, p. 459. voir aussi : V. Tandeau de Marsac, A-E. Combes, « salariés actionnaires : un délicat mélange des genres », *Gaz. Pal.*, éd. Lextenso, 27 mai 2004, n° 148, p. 24.

⁷⁴² Art. 223 A, CGI.

détention massive des actions par les salariés de la société peut priver les groupes de sociétés du bénéfice du régime de l'intégration fiscale qui leur est incontestablement avantageux.

En 2007⁷⁴³, Le législateur conscient de la question, met en place un dispositif permettant d'exclure les titres détenus dans le cadre de l'actionnariat salarié du calcul du pourcentage de détention de 95%⁷⁴⁴. Le pourcentage de détention s'entend de la détention en pleine propriété de 95% des droits à dividendes et de 95% des droits de vote⁷⁴⁵.

Néanmoins, afin que les titres attribués aux salariés soient exclus du calcul du pourcentage de détention, ils ne devraient pas excéder 10% du capital social⁷⁴⁶.

Les titres visés par le législateur sont les titres attribués aux salariés dans le cadre d'un PEE, de stock-options et l'attribution d'actions gratuites.

L'intention du législateur à encourager l'actionnariat salarié nous laisse croire que les BCP, en tant qu'outil ou moyen de cette dernière, seraient susceptibles de se voir appliquer ce dispositif. Toutefois, la doctrine fiscale⁷⁴⁷ considère que ceux-ci doivent être pris en compte pour l'appréciation du seuil de détention de 95%.

Cette affirmation est valable dans la mesure où les BCE sont régis selon les règles régissant les valeurs mobilières donnant accès au capital⁷⁴⁸(articles L. 228-91 et L. 228-92 C. com) auxquelles le législateur n'a pas consacré de dispositif d'exclusion du calcul du pourcentage de détention. En outre, les titres à exclure du calcul du pourcentage de détention sont limitativement énumérés par la loi⁷⁴⁹.

Il est également judicieux de s'interroger sur la sanction d'inexécution de l'obligation permanente qui suscite beaucoup de questions.

2 - La sanction d'inexécution de l'obligation permanente

256. L'obligation permanente fut renforcée sous l'ancienne rédaction de l'article L. 225.129 C. com. L'alinéa VII dudit article frappe de nullité toutes les décisions contraires aux règles d'augmentation de capital définies par les alinéas précédents. Sur ce fondement, la cour

⁷⁴³ D. n° 2007-484, 30 mars 2007, portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code, art.1, JORF 31 mars 2007.

⁷⁴⁴ Ibid., al. 6.

⁷⁴⁵ Art. 223 A, al. 6, CGI.

⁷⁴⁶ Ibid.

⁷⁴⁷ Dictionnaire permanent gestion fiscale. Intégration fiscale, disponible sur la base de données ELNET.

⁷⁴⁸ Art.163 bis G, CGI.

⁷⁴⁹ Dictionnaire permanent gestion fiscale. Intégration fiscale, disponible sur la base de données ELNET.

d'appel de bordeaux⁷⁵⁰ a considéré nulle l'augmentation du capital opérée sans se prononcer sur le projet de résolution visant une augmentation de capital réservée aux salariés. La cour affirme que cette obligation « a été instituée par le législateur dans un intérêt général et que le non-respect de cette règle est sanctionné par la nullité absolue ».

257. L'ancien article L.225-129 VII fut modifié par la loi du 26 juin 2004 et celle du 31 décembre 2006. Ces derniers textes modificatifs ne prévoient plus une nullité des décisions intervenues en violation des dispositions de l'article L.225-129. Pendant huit ans, le législateur français demeura silencieux sur la sanction de l'omission de l'obligation permanente. Ce silence est justifié par le souci d'éviter toutes dissuasions des sociétés à augmenter leur capital. L'inaction du législateur explique sa volonté de dépenaliser le droit des augmentations du capital⁷⁵¹. Cependant, depuis 2012, le législateur se ressaisit en modifiant l'article L.225-149-3 al. 2⁷⁵². Sont réputées nulles les augmentations de capital intervenues en violation de l'obligation permanente⁷⁵³.

3 - L'information des salariés à l'occasion d'une augmentation du capital réservée aux salariés

258. La Cour de cassation⁷⁵⁴ a affirmé la décision des juges d'appel qui consiste au paiement d'une société à son salarié des dommages et intérêts pour refus de souscription à l'augmentation du capital social de laquelle il n'a pas été informée. Cet arrêt nous enseigne que le refus de souscription à une augmentation de capital à un salarié adhérent à un plan épargne entreprise lui donne droit à des dommages et intérêts. De même, il nous éclaire sur l'existence d'une obligation d'information des salariés à l'occasion d'une augmentation du capital réservée aux salariés. On devra que saluer la cour des sages de sa protection des intérêts des salariés dans le cadre des augmentations du capital.

⁷⁵⁰ T. com. Bordeaux, 15 nov. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 197, note B ; voir aussi : Paris, 25 nov. 2003, *Bull. Joly Sociétés* ; T. com., Versailles, 30 avr. 2004, 2004/8-9, *RJDA*, n° 995, voir aussi Amiens, ch. com., 24 mai 2016, n° 15/03362.

⁷⁵¹ J-P. DOM, *Rev. notariat*, 30 nov. 2003, n° 22, p. 1443.

⁷⁵² L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.

⁷⁵³ Art L. 225-149-3, al. 2, C. com.

⁷⁵⁴ Cass. soc., 10 nov. 2009, 08-41.497, publié au bulletin.

D- Les manifestations d'infléchissement de l'augmentation du capital réservée aux salariés

259. En dépit des efforts du législateur à renforcer l'obligation permanente, se manifeste en pratique des effets secondaires et une insécurité juridique qui marquent les textes en vigueur.

4 - La nullité imprévisible de l'augmentation du capital réservée aux salariés

Le célèbre arrêt « *Lioser* »⁷⁵⁵ nous enseigne qu'une augmentation du capital réservée aux salariés est nulle dès lors que la question de suppression des DPS ne soit pas inscrite explicitement à l'ordre du jour. Au fond, l'article L. 225-138 C. com prévoit le vote par l'assemblée de la suppression de DPS, or il ne prévoit pas une inscription à l'ordre du jour. Or, La Cour de cassation applique à la lettre l'article L. 225-105 C. com selon lequel L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Aux yeux de la cour l'inscription de la décision d'augmentation du capital réservée à l'ordre du jour ne suffit pas à exprimer qu'il y ait suppression des DPS. Pourtant cela va de soi.

Les dégâts qu'engendre l'arrêt « *Lioser* » sont catastrophiques au détriment des entreprises et des salariés⁷⁵⁶.

En pratique, la nullité d'augmentation du capital entraîne des difficultés financières indésirables au sein de l'entreprise⁷⁵⁷. À l'égard des salariés, il s'agit d'un désespoir d'annuler une augmentation du capital réservée.

L'objectif du législateur étant d'inciter l'obligation permanente, pourquoi une fois exécutée, la jurisprudence y renonce ? On assimile que le caractère d'ordre public des règles régissant le DPS impose à l'AGE de voter une résolution portant sur la suppression des droits préférentielles. Pourtant, la jurisprudence ne s'est pas contentée du vote de la suppression des DPS mais il fallait que la question sur laquelle porte le vote soit inscrite à l'ordre du jour. Bien que, en dans l'affaire « *Lioser* » le vote de la suppression de DPS a fait l'objet d'une résolution distincte et séparée de celle concernant le vote de l'augmentation du capital réservée aux salariés, il a fallu inscrire à l'ordre du jour la décision du vote de la suppression du DPS. Pourtant, cela va de soi, puisqu'une décision d'augmentation du capital réservée est indissociable avec une suppression des DPS. C'est naturel que les associés sachent déjà qu'il

⁷⁵⁵ Cass. com., 25 sept. 2012, n° « 11-17256 » ; voir aussi : « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC*. 1 déc. 2012 - n° 12, p. 847, note Renaud Mortier ; « Rappel de l'importance de l'ordre du jour », *Gaz. Pal.* 26 janv. 2013, n° 26, note B. Dondero.

⁷⁵⁶ « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC*. 01 déc. 2012, n° 12, p. 847, note R. Mortier.

⁷⁵⁷ « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC.*, note préc.

s'agit de renoncer à leur DPS lorsqu'ils réservent une augmentation du capital à leurs salariés. En outre, le vote de la suppression des DPS n'est que consécutives à l'augmentation du capital réservée. D'ailleurs dans ce sens, un arrêt en date du 25 avril 1989 de la chambre commerciale de la Cour de cassation avait clairement affirmé que l'assemblée peut délibérer valablement sur des questions non expressément inscrites à l'ordre du jour qui ne sont que la « conséquence directe » d'autres résolutions y figurant, à condition qu'elles ne posent « aucun problème nouveau »⁷⁵⁸.

Le reproche qu'on puisse adresser à notre haute juridiction c'est le fait de négliger la mise en balance des intérêts des parties et ne pas respecter la volonté de l'assemblée.

5 - La représentation des salariés actionnaires aux organes de direction

260. On s'accorde sur l'idée que la représentation des salariés aux organes de direction est une initiative très osée de la part du législateur qu'on devra que saluer. Toutefois, certains textes législatifs produisent des effets pratiques inattendus. Le législateur, sollicitant renforcer la représentation des actionnaires salariés, tombe dans le piège de limiter l'attraction des entreprises à opter pour l'actionnariat salarié. Ce mode de participation des salariés actionnaires a connu un échec⁷⁵⁹.

La représentation des actionnaires salariés aux organes de direction fut prévue, pour la première fois, par la Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à la participation des salariés dans l'entreprise. Sous l'égide de ladite loi, le seuil à partir duquel la représentation d'un mandataire parmi les actionnaires salarié est obligatoire fut fixé à cinq pour cent. Sous la pression des revendications associatives, la loi du 19 février 2001 relative à l'épargne salariale a abaissé ce seuil à 3 pour cent dans le souci de renforcer la représentation des salariés mais sans se préoccuper de la réaction des actionnaires qui ne désirent pas renoncer à leur pouvoirs politiques dans l'entreprise.

Lorsque la part du capital détenue par les salariés excède trois pour cent du capital, les SA doivent élire parmi les actionnaires salariés un ou plusieurs mandataires sociaux dans leurs

⁷⁵⁸ Cass. com., 25 avr. 1989, n° « 87-15208 », *BJS*, juin 1989, n° 191, p. 531, , note M. Jeantin ; *JCP E*, 1989, I, 18551 : « Mais attendu qu'après avoir relevé que la question régulièrement inscrite à l'ordre du jour sur laquelle l'assemblée générale extraordinaire avait été appelée à délibérer concernait la dissolution anticipée de la société, l'arrêt a énoncé que les résolutions supplémentaires adoptées par ladite assemblée, relatives aux problèmes de liquidation, conséquence directe de la dissolution, relevaient de l'ordre du jour et n'abordaient aucun problème nouveau ; que par ces constatations et énonciations, la cour d'appel (CA Paris, 17 févr. 1987) a légalement justifié sa décision ». V. aussi Paris, 21 déc. 1979, *D.* 1982, p. 15, obs. J.-C. Bousquet ; *Rev. soc.* 1980, p. 761, note J.-L. Sibon. ; Paris, 1^{re} ch., sect. A, 13 avr. 1988, n° « 1988-022532 », éd. Les belles lettres.

⁷⁵⁹ J.-M. Germain, Rapport sur le projet de Loi relatif à la sécurisation de l'emploi, 27 mars 2013. 175.

organes de direction⁷⁶⁰. La nullité frappant la violation de cette obligation n'est pas prévue expressément par le législateur, or, du fait du caractère impératif de la règle juridique qui impose aux SA de désigner en qualité d'administrateur un ou plusieurs actionnaires salariés, les délibérations du conseil d'administration dans lequel aucun actionnaire salarié n'aurait été désigné sont nulles⁷⁶¹. Il en résulte que les associés soucieux d'être contraints à désigner des actionnaires salariés en tant qu'administrateurs se dissuadent d'intégrer le salarié dans le capital de la société.

La fixation du seuil de 3 pour cent en fonction de la part du capital détenue par les salariés constitue une contrainte aux augmentations du capital réservées aux salariés. Il est préférable de fixer ce taux, constituant le fait générateur au-delà duquel l'obligation de représentation des actionnaires salariés est due, en fonction d'un autre agrégat autre que celui attaché à la part du capital détenue par les salariés.

6 - Champ d'application imprécis de l'obligation permanente

a - L'application de l'obligation permanente aux sociétés ne disposant pas d'un PEE

261. L'obligation permanente s'applique même si la société ne dispose pas de PEE. Si l'assemblée générale se prononce favorablement sur une augmentation du capital réservée aux salariés, il appartiendra alors au chef d'entreprise de négocier un PEE ou d'en établir un unilatéralement⁷⁶². La doctrine⁷⁶³, les tribunaux⁷⁶⁴, l'administration⁷⁶⁵ décidait que la mise en place d'un PEE ne constituait pas une condition préalable à une décision d'augmentation du capital réservée aux salariés⁷⁶⁶.

b - L'application de l'obligation permanente aux SAS

262. Une épineuse question se pose est celle de savoir si l'obligation permanente s'applique également aux SAS. En effet, les réponses ministérielles sont hésitantes, or la plus récente est

⁷⁶⁰ Art. L. 225-23, C. com.

⁷⁶¹ S. LE MEN-TENAILLEAU, *LPA*, 8 fév. 2007, n° 29, p. 17.

⁷⁶² Circulaire, 14 sept. 2005.

⁷⁶³ Avis du Comité juridique de l'ANSA, comm., mars 2001, n° 3062, p. 6 et s.

⁷⁶⁴ T. com., Bordeaux, 15 novembre 2002, préc.

⁷⁶⁵ Rép. min. n° 34056 à M. Ph. Marini, JO Sénat Q 22 nov. 2001, p. 3718.

⁷⁶⁶ V. TANDEAU DE MARSAC, A-E. COMBES, « Actionnariat salarié un délicat mélange du genre », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n° 148, p. 24.

en faveur de l'application de l'article L. 225-129-6 aux SAS⁷⁶⁷, Ce qui ne fut pas le cas en 2004⁷⁶⁸.

En effet, l'article L. 227-1 du Code de commerce n'exclut pas de son champ d'application l'article L. 225-196-6, il en résulte alors que les règles concernant les SA demeurent applicables aux SAS⁷⁶⁹.

Toutefois, un autre argument semble œuvrer contre l'application de l'obligation permanente aux SAS, porte sur l'organe compétent. En effet, le texte désigne explicitement l'AGE en tant qu'organe compétent à se prononcer sur la résolution tendant à l'augmentation du capital réservée aux salariés. Ledit organe est inexistant dans l'organisation de la SAS. En dépit de cette critique l'article L. 227-9 du Code de commerce donne un sens à l'application de l'alinéa1 de l'article L. 225-129-6 aux SAS.

En dépit des imprécisions législatives en la matière provocatrice d'insécurité juridique, la SAS qui procède à toute augmentation du capital en numéraire en omettant l'obligation permanente s'expose au risque de la nullité de sa décision d'augmentation du capital conformément à l'article L. 225-149-3 al. 2 du Code de commerce.

Cependant l'application de l'obligation périodique aux SAS, avant sa suppression par la loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés du 19 juillet 2019, fut contestable⁷⁷⁰, en effet, l'article L. 227-, al. 3 du Code de commerce, n'exclut pas l'application de l'article L. 225-129-6, al. 2, aux SAS. Quoique, la question subsiste dans le fait que l'article L. 225-102 ne s'applique pas aux SAS, ce dernier porte sur le rapport qui détermine la portion du capital détenue par les salariés d'une société et ses filiales.

La compagnie des CAC a exprimé, à cet égard, deux avis contradictoires : l'un est intervenu pour l'application de l'article L. 225-129-6 aux SAS⁷⁷¹, l'autre⁷⁷² se contentait à retenir la position exprimée dans la réponse ministérielle de 2004.

⁷⁶⁷ Rép. min. n° 58, JO Sénat 3 janvier 2008, p. 38.

⁷⁶⁸ Rép. min. n° 20179, JOAN 30 mars 2004, p. 2570.

⁷⁶⁹ Art. L. 227-1, al. 3, C. com.

⁷⁷⁰ J-P. DOM, *Rev. notariat*, 30 nov. 2003 - n° 22 - p. 1443.

⁷⁷¹ Bull- CNCC, juin 2002, p.281.

⁷⁷² Bull- CNCC, déc. 2004, p.714.

c - Le type des augmentations du capital « déclenchantes » de l'obligation permanente suscitent des interrogations

263. Les augmentations du capital en numéraire déclenchent en principe l'obligation permanente sauf celles écartées par la loi.

Il convient de se pencher sur les augmentations du capital qui résulte d'émission de valeurs mobilières⁷⁷³ insusceptibles de déclencher l'obligation permanente. On peut penser aux augmentations résultantes d'émission de BSPCE, d'options de souscription d'actions, d'OBSA et d'ABSA ?

La doctrine⁷⁷⁴ estime que les OBSA et ABSA sont contrairement aux options de souscription d'actions qui ne sont pas des valeurs mobilières⁷⁷⁵ ainsi que les BSA⁷⁷⁶ qui sont assimilés à des valeurs mobilières et ne le sont pas *stricto sensu*. Les BSPCE demeurent soumis aux règles régissant les VMDAC⁷⁷⁷, or, ils s'agissent d'un droit strictement personnel, la doctrine administrative⁷⁷⁸ considère qu'en raison de leur inaccessibilité ils ne sont pas des valeurs mobilières. Il en résulte que lors d'une augmentation du capital résultante d'une émission préalable de BSPCE, de SO ou d'AG, l'AGE est tenue de l'obligation permanente de se prononcer sur une augmentation du capital réservée aux salariés.

Lors des augmentations du capital via la souscription des BCE, l'assemblée générale extraordinaire est tenue de l'obligation permanente à se prononcer sur un projet de résolution tendant à une augmentation du capital réservée aux salariés. En revanche, lors des augmentations du capital en numéraire résultantes d'une émission de valeur mobilière donnant accès au capital, l'AGE n'est pas tenue de cette obligation. Par déduction, les augmentations du capital qui résultent de l'émission de VMDAC (OBSA et ABSA) sont plus souples dans la mesure où elles permettent aux sociétés d'échapper à l'obligation permanente. Une telle alternative laisse prévaloir cette forme d'accès au capital sur les mécanismes d'actionnariat salarié.

264. La suppression de la sanction d'inexécution de l'obligation périodique (triennale) :

⁷⁷³ Art. L. 228-91 à L. 228-106, C. com.

⁷⁷⁴ J-P. DOM, *Rev. notariat*, 30 nov. 2003, n° 22 - p. 1443 ; voir aussi dans ce sens : Instruction fiscale BOI-RSA-ES-20-40-20140812, 12 août 2014, n° 270.

⁷⁷⁵ A. COURET, « les droits de porteurs de titres de capital différé », *LPA*, 04 mai 2001, n° 89, p. 13

⁷⁷⁶ L'ordonnance n° 2004-604, 24 juin 2004 : supprima les BSA en faveur du régime général des valeurs mobilières donnant accès au capital.

⁷⁷⁷ Art. 163, bis G, CGI.

⁷⁷⁸ Instr. fisc., n° 270, 12 août 2014, BOI-RSA-ES-20-40-20140812,

Depuis 2004, la sanction de l'inexécution de l'obligation périodique consistait à une injonction de faire (article L.225-149-3, al.1), or, en 2012⁷⁷⁹, elle est désormais anéantie par le législateur. Aujourd'hui la loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a supprimé l'obligation périodique.

d - Les difficultés d'extension du bénéfice des augmentations du capital social aux apporteurs en industrie :

265. Les difficultés d'extension des augmentations du capital social aux apporteurs en industrie sont liées à la prohibition de l'apport en industrie dans les sociétés par actions à l'exception de la SAS. Ce qui rend difficile, en l'état actuel du droit, d'espérer une extension du champ d'application de ces augmentations du capital aux apporteurs en industrie. À cet effet, nous allons limiter notre champ d'extension des augmentations du capital réservées aux salariés à l'apporteur en industrie de la SAS.

L'intérêt de cet extension est ample puisque il permet à l'apporteur en industrie de la SAS de bénéficier de l'actionariat « travail » qui est plus extensive que l'« actionariat salarié », nous allons désigner l'actionariat par la prestation fournie par le travailleur et l'apporteur en industrie et non pas par le statut ou le contrat qui gouverne la prestation travail, notamment le contrat d'apport ou contrat de travail.

e - L'inefficience des augmentations du capital social réservées aux salariés dans l'association des salariés au capital :

266. Les augmentations du capital social réservées aux salariés ont été pointées du doigt car elles n'ont pas rempli leur rôle d'association des salariés au capital social.

En effet, certains associés y trouvaient un moyen d'annulation de certaines assemblées générales sous prétexte ou au motif du non-délibération de la résolution d'augmentation du capital social réservées aux salariés. De même, les associés, dans le cadre d'exercice de leur droit de disposition et de jouissance sur leur actions, en l'occurrence, les actionnaires disposent d'un droit préférentiel de souscription en vertu duquel lors d'une augmentation du capital social les associés disposent du droit de souscrire à l'augmentation du capital proportionnellement à leur quote-part au capital social. C'est-à-dire rien n'oblige l'assemblée d'augmenter le capital social en faveur des salariés, il suffit que l'AGE se prononce sur la

⁷⁷⁹ L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.

résolution d'augmentation du capital social réservée aux salariés et l'inscrire à l'ordre du jour pour se conformer aux règles du droit des sociétés. En outre, face à certaines critiques doctrinales le législateur a supprimé l'obligation triennale ou périodique.

En outre, il conviendrait d'étudier ou de rechercher le moyen de financement des augmentations du capital social réservées aux apporteurs en industrie de la SAS. Le problème du financement des augmentations du capital ne se poserait pas chez les salariés car le législateur a prévu le financement de l'actionnariat salarié par le biais des PEE. On pourrait alors songer à financer l'actionnariat de l'apporteur en industrie par sa quote-part dans les bénéfices non distribués ou dans les plus-values d'industrie. Nous pourrions dans ce cas injecter ces derniers au capital social et convertir l'apport en industrie de la sorte.

Section 2 - La conversion de l'apport en industrie en intraprise

267. L'intraprise pourrait être un terrain propice à la conversion de l'apport en industrie en capital social à condition qu'elle soit un préalable à la constitution d'une société ou s'intégrer à la société employeur à travers la conversion des droits potentiels en droits sociaux.

Étymologiquement, l'intraprise est dérivé de l'anglais intrapreneur, lui-même, issu de la formule Intra-Corporate entre preneurship, popularisé à la fin des années 1970 par un entrepreneur américain Gifford Pinchot⁷⁸⁰.

L'intraprise est une pratique contractuelle, un outil de management de l'innovation. Il s'agit d'un contrat entre la société et certains salariés afin de poursuivre un projet économique autonome sous le contrôle et la collaboration de la société⁷⁸¹.

L'intraprise permet une liberté pour l'éclosion du projet mais avec un certain contrôle de la société employeur.

Un auteur⁷⁸² caractérisent l'intraprise par une façon de qualifier le service, le département ou la branche d'activité de l'entreprise. D'autres⁷⁸³ voient en elle une forme d'externalisation des activités de production ou de commercialisation.

L'intérêt économique de l'intraprise se révèle dans son intérêt gestionnaire. Il s'agit d'un outil de management qui permet d'emboîter une entreprise dans une autre et de dépasser le schéma organisationnel classique de l'entreprise fondé sur la stabilité, la prévision et le contrôle⁷⁸⁴.

L'originalité de l'intraprise est qu'elle constitue une nouvelle forme de management qui s'appuie sur une responsabilisation accrue des collaborateurs du projet.

L'intraprise ne peut être concevable qu'en présence d'une entreprise principale, généralement une société.

La littérature juridique n'est pas abondante à propos de l'intraprise, mise à part certains brillants travaux⁷⁸⁵ récents qui sont penchés sur l'étude de la qualification contractuelle ou

⁷⁸⁰ T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁸¹ T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁸² T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁸³ D. Danet, C. Champaux, « Groupe de sociétés, Unité économique et sociale, Entreprise commune, obligation sociales, Groupes d'entreprises à but non lucratif, définition », *RTD. com.* 1993, p. 528.

⁷⁸⁴ T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁸⁵ T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

institutionnelle de l'intrajise et son régime juridique ainsi que son éventuelle requalification en société, l' « intrajise société ».

La littérature des sciences de gestion s'est intéressée plus exhaustivement au sujet de l'intrajise.

268. Notre objectif est celui d'ajouter aux questions juridiques de l'intrajise une autre perspective qui est celle d'associer le travail au capital. Les règles régissant l'intrajise devraient prendre en considération la possibilité de remplacement de l'intrajise par une société pour permettre la conversion de l'apport en industrie en capital social.

Dans notre analyse, nous prônons l'idée selon laquelle l'intrajise va constituer un préalable à la constitution d'une autre société. Après l'extinction de l'intrajise, nous pourrions transformer les droits potentiels de ses membres en droits sociaux de la société employeur ou bien de créer une nouvelle société et lui apporter des droits potentiels en tant qu'apport en numéraire, et de cette façon on aurait converti l'apport en industrie en capital social de la société nouvellement créée.

Un auteur a relevé l'inconvénient de la requalification de l'intrajise en société en participation qui consiste à l'impossibilité de sa transformation sous forme d'une autre société, du fait qu'elle est dépourvue de la personnalité morale.

De même l'hypothèse de requalification de l'intrajise en société en participation enclaverait les associés dans une forme sociale qui n'est pas choisie au préalable par les associés. Laissons alors aux membres de l'intrajise l'option de se projeter dans une société qui correspond à leurs intentions et leurs exigences.

Au lieu de mener un combat judiciaire de la requalification de l'intrajise, il est plus simple de garder l'autonomie de chacune des deux notions : intrajise et société.

Ce qui rend la conversion de l'apport en industrie incertaine au cours de la vie de l'intrajise, c'est l'incertitude de la requalification de l'intrajise en société (il s'agit de tracer une frontière entre le contrat de travail et le contrat de société) ainsi que le débat sur le caractère institutionnel et contractuel de l'intrajise qui détermine son régime juridique.

La requalification de l'intrajise en société suscite des interrogations sur la notion d'apport, sur la distinction entre les droits potentiels et les droits sociaux, ainsi que sur le lien de subordination qui lie les salariés membres de l'intrajise à la société employeur.

À propos de la notion d'apport en intraprise, il n'est pas juridiquement concevable à mon sens car l'existence d'un apport exige l'existence d'une société. Certes, les adhérents de l'intraprise, notamment la société employeur, apportent les moyens financiers qu'on peut assimiler, sous réserve de considérations juridiques, à un apport en numéraire. Quant à les salariés, ils apportent leur industrie et leur numéraire (apport négatif) sous forme de renonciation à leur part de rémunération variable⁷⁸⁶.

Peut-on admettre seulement un apport négatif de la part des salariés qui se traduit par la renonciation des salariés à leur part de rémunération variable.

On ne pourrait véritablement parler de la conversion de l'apport en industrie en capital social qu'après la constitution d'une société.

269. L'intraprise se distingue de la société, car il n'existe pas de notion de capital social dans une intraprise, il existe certes un capital destiné à financer le nouveau projet innovant de l'intraprise, mais au sens juridique du terme il n'y a pas de capital social.

L'intraprise ne détient pas la personnalité morale donc elle ne peut détenir un capital social. Néanmoins, on peut lui admettre la qualification de société en participation car la société en participation n'est pas débitrice envers les associés d'un capital social.

Par ailleurs, le lien de subordination fait obstacle à l'attribution de la qualité d'associé aux salariés membres de l'intraprise car la philosophie de l'intraprise est fondée sur la liberté des membres et leur contrôle, ce qui est difficile à assimiler aux rapports entre associés. Comme l'affirme un auteur⁷⁸⁷ « le degré d'autonomie de l'intrapreneur, prive l'intrapreneur des libertés économiques fondamentales qui président à la gestion de l'entreprise individuelle ».

De même, la prise de décision unilatérale via l'exercice de veto dans l'intraprise contredit les impératifs du droit de société.

270. Les droits potentiels à l'instar des droits sociaux, octroient à leur titulaire des prérogatives et, selon le cas un pouvoir de contrôle ou de décision⁷⁸⁸. Les droits potentiels octroient parfois à leur titulaire une prérogative unilatérale redoutable qu'est le droit de veto⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.*2021, p. 1197.

⁷⁸⁷ B. Allali, « intreprenariat et organisation », *cahier de la recherche*, HEC Montréal, juillet 2003, n°10, p. 7.

⁷⁸⁸ T. Girard-Gaymard, « L'intraprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁸⁹ M. Rakotov-ahiny, « le droit de veto dans les sociétés », *Rev. soc.* 2017, 277.

Les droits potentiels se distinguent des droits sociaux pour d'innombrables raisons : les droits sociaux sont la contrepartie d'un apport, donc on ne peut admettre une similitude entre les deux notions, si on ne démontre pas l'existence d'une notion d'apport dans l'intrprise. La détention des droits sociaux implique un pouvoir politique et une responsabilité des associés aux pertes. Or, Les membres de l'intrprise ne sont pas responsables des dettes et des pertes de l'intrprise à la différence des associés.

Cependant, lors de l'extinction de l'intrprise, le contrat d'intrprise peut prévoir une transformation des « droits potentiels » de ses membres en droits sociaux de la société employeur⁷⁹⁰.

C'est justement l'autonomie de la notion d'intraprenariat qui nous permettra, en dehors des restrictions législatives du droit de société, de convertir l'apport en industrie en capital social, en songeant à transformer les « droits potentiels » de l'intrprise en droits sociaux.

271. La qualification de l'intrprise :

Une partie de la littérature juridique a relevé la question de la qualification de l'intrprise en fonction de deux visions l'une contractuelle et l'autre institutionnelle⁷⁹¹. Cette question, non tranchée, de qualification de l'intrprise impacterait son éventuel régime juridique.

La vision contractuelle de l'intrprise :

La vision contractuelle de l'intrprise n'est pas contestable car l'intrprise est né d'un contrat entre l'employeur (la société) et ses salariés. Mais il se trouve que cette qualification contractuelle ne saurait garantir une protection juridique contre les abus de certains membres de l'intrprise dans la prise de décision ou l'exclusion abusive d'un membre de l'intrprise.

Dans ce sens, L'article L. 442-1 du Code de commerce sur les clauses abusives ne pourrait s'appliquer à l'intrprise car la jurisprudence⁷⁹² est réticente à l'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce aux groupements.

Néanmoins, les articles 1170 et 1171 du Code civil, relatifs à l'équilibre contractuel, s'applique à l'intrprise, le premier s'applique à tout contrat, le second s'applique aux contrats d'adhésion⁷⁹³.

⁷⁹⁰ T. Girard-Gaymard, « L'intrprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197 : « les droits potentiels » auront vocation selon le cas, à être convertis en véritables titres sociaux ou à être rachetés par l'employeur, dans l'éventualité d'une intégration du projet d'intrprise à l'entreprise principale ».

⁷⁹¹ T. Girard-Gaymard, « L'intrprise : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁹² Cass. com., 11 mai 2017, 14-29.717, *D.* 2017. 1044, obs. E. chevrier, 1583, note o. Deshayes et A. Tadvos, 2335, obs, E. Lamzerolles, 2444, obs. A. Riéra ; et 2018. 371, obs, M. Mekki ; *AJ contrat* 2017, 337, obs, F.

En somme, l'intrajuste pourrait constituer un terrain propice aux abus. Les décisions devraient être prises collectivement malgré l'impossibilité d'invoquer l'abus dans l'exécution du contrat d'intrajuste⁷⁹⁴.

La vision institutionnelle de la qualification de l'intrajuste :

Selon un auteur⁷⁹⁵, l'intrajuste est un contrat mais celui-ci fait appel à des mécanismes qui ont une logique institutionnelle. Il a considéré que si l'intrajuste est une institution, elle n'est pas *sui generis*, mais emprunte à la société en participation sa logique institutionnelle⁷⁹⁶. Les contrats d'intrajuste sont assimilés à celui des start-ups externes traditionnelles constituées sous la forme d'une société⁷⁹⁷.

La logique institutionnelle se rencontre également à propos de la prise de décision, les contrats d'intrajuste stipulent des règles de délibération. L'intrajuste attribue aux salariés membres des « droits potentiels », ces droits potentiels sont, d'une part, le droit des salariés membres de l'intrajuste de voter certaines décisions. D'autre part, ils sont les droits pécuniaires qui sont répartis entre les salariés et cela proportionnellement à la valeur d'investissement de chacun dans l'entreprise⁷⁹⁸.

Face aux incertitudes de qualification de l'intrajuste impliquant un régime juridique incertain et une insécurité juridique, nous avons fait le choix de concevoir une conversion de l'apport en industrie en capital social toute en préservant l'autonomie de l'intrajustariat. Pour ne pas altérer les conceptions institutionnelle ou contractuelle de l'intrajuste, ainsi pour ne pas alimenter les incertitudes des solutions jurisprudentielles sur les frontières entre contrat de travail et contrat de société.

En tout cas, nous neutraliserions tous les débats car en soi cela nous importe pas dans notre analyse car dans notre hypothèse, la conversion de l'apport en industrie en capital social ne

⁷⁹³ P. Stoffet-Munk, « l'abus dans le contrat-essai d'une théorie », préf. R. Bout, *LGDJ*. 2000 ; notamment, l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle : 8 janvier 2016, n° 14-29.770, *RTD. civ.* 2017. 133, obs. H. Barbier ; 19 juin 2019, n° « 2017-29000 », *D.* 2020, 78, obs. N. Ferrier ; *RTD. civ.* 2019. 570, obs. H. Barbier, Cass. civ., 1^{re}, 6 Déc. 1989, n° « 88-16.727 » ; Cass. 1^{re}, civ., 7 février 2006, n° « 03-15.094 ».

⁷⁹⁴ P. Stoffet-Munk, « l'abus dans le contrat-essai d'une théorie », préf. R. Bout, *LGDJ*. 2000 ; notamment, l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle : 8 janvier 2016, n° 14-29.770, *RTD. civ.* 2017. 133, obs. H. Barbier ; 19 juin 2019, n° « 2017-29000 », *D.* 2020, 78, obs. N. Ferrier ; *RTD. civ.* 2019. 570, obs. H. Barbier, Cass. civ., 1^{re}, 6 Déc. 1989, n° « 88-16.727 » ; Cass. 1^{re}, civ., 7 février 2006, n° « 03-15.094 ».

⁷⁹⁵ T. Girard-Gaymard, « L'intrajuste : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁹⁶ T. Girard-Gaymard, « L'intrajuste : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁹⁷ T. Girard-Gaymard, « L'intrajuste : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

⁷⁹⁸ T. Girard-Gaymard, « L'intrajuste : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

serait théoriquement possible qu'à la phase de la transformation de l'intrajise en une entreprise nouvellement constituée en transformant « les droits potentiels » des membres de l'intrajise en droits sociaux de la société nouvellement créée ; ou bien les « droits potentiels » des membres l'intrajise peuvent être convertis en droits sociaux de la société employeur.

272. L'intrajise ne serait dans notre hypothèse qu'un procédé préalable de la conversion de l'apport en industrie en capital social pendant lequel on attribue des « droits potentiels » aux salariés membres qui seraient convertis à leur tour en droits sociaux de la société employeur ou de la société nouvellement créée par les membres de l'intrajise.

La littérature juridique ne révèle pas assez de précisions concernant les règles régissant la transformation des « droits potentiels » en droits sociaux.

Certains avancent que les « droits potentiels » pourraient être convertis en droit sociaux de la société employeur. Donc, naturellement, on procéderait à une augmentation du capital social en la finançant avec la valeur des droits potentiels.

Nous pourrions aussi supposer une conversion des « droits potentiels » en droits sociaux d'une société nouvellement créée par les membres de l'intrajise lors de sa dissolution. Dans ce cas on est en présence de la constitution d'un capital social et non pas d'une augmentation du capital social.

En l'absence de dispositions légales régissant la transformation des « droits potentiels » en droits sociaux, il convient de s'interroger sur le fonctionnement de cette conversion.

On distinguera la conversion des « droits potentiels » en droits sociaux de la société employeur (§ 1), ainsi que la conversion des « droits potentiels » en droits sociaux d'une société nouvellement créée (§ 2).

§ 1 - La conversion des « droits potentiels » en droits sociaux de la société employeur : augmentation du capital

273. La transformation des « droits potentiels » en droits sociaux de la société employeur peut s'opérer par une augmentation du capital. Mais il est préférable que le législateur prévoie un régime juridique exhaustif en la matière.

La question qui demeure posée est celle de savoir comment s'opère la conversion des droits potentiels en droits sociaux de la société employeur ? Qu'elle est le type d'augmentation de capital social la plus convenable à cette conversion ? Doit-on songer à une augmentation du capital social par compensation avec des créances, étant donné que les droits potentiels ne sont qu'une créance contractuelle ? Ou bien opter pour une augmentation du capital réservée aux salariés, étant donné que les membres de l'intraprise sont principalement des salariés ?

Concernant l'augmentation du capital social par compensation des créances, elle nécessite l'étude de la nature de l'apport en créance, s'agit-il d'un apport en nature ou d'un apport en numéraire, car cela impacterait certaines règles juridiques applicables.

L'ancien article L. 225-125 c.com disposait que dans le cadre d'une augmentation du capital des sociétés anonymes, la libération des titres de capital pouvait se faire « soit en numéraire, soit par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, soit par apport en nature, soit par conversion d'obligations ». Cette disposition est applicable à la SA et à la SAS.

La jurisprudence⁷⁹⁹ ainsi que les réponses ministérielles⁸⁰⁰ admettent l'augmentation du capital social par compensation dans la Sarl.

Certains⁸⁰¹ considèrent que cette solution jurisprudentielle est d'une portée générale et elle pourrait s'appliquer aux sociétés civiles ou aux sociétés en nom collectif.

La cour d'appel⁸⁰², dans une affaire relative à une Sarl a qualifié l'augmentation du capital social par incorporation de la créance de compte courant d'associé par une augmentation en numéraire.

⁷⁹⁹ CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 23 mars 2021, n° 18/01960 : la cour d'appel considère que « En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, la libération des titres nouvellement émis par compensation n'est pas prévue par les dispositions du code de commerce. Il en résulte que cette possibilité n'est offerte que lorsqu'elle est prévue par les statuts ou la délibération ayant décidé de l'autorisation de capital ».

⁸⁰⁰ Rép. min. n° 7675 : JO sénat Q 17 juillet 1969 ; Rép. min. JOAN Q 31 octobre 1969 ; Rép. min. n° 9365 : JOAN Q 7 mai 1970.

⁸⁰¹ R. Mortier, « les opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux-toutes sociétés », *RTD. Civ.*, 2011.

Il a fallu attendre la réforme de l'ordonnance du 24 juin 2004, il est désormais prévu à l'article L. 225-128, C. com que la libération des titres de capital peut se faire « soit par apport en numéraire, y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles, soit par apport en nature ».

L'ordonnance a mis fin au débat sur la qualification de la nature de l'apport de créances, la créance est désormais considéré comme un apport en numéraire lorsqu'elle est liquide et exigible.

La loi exige deux conditions pour que la créance soit admise en tant qu'apport en numéraire. La créance doit être liquide et exigible. En l'absence des conditions on peut lui admettre la qualification de l'apport en nature. Dans la cadre d'un plan de redressement ou de de difficultés d'entreprises, l'apport en créances ne peut être qualifié que d'apport en nature⁸⁰³.

Si l'apport en créance est en nature, il devrait remplir l'obligation de l'évaluation par un commissaire aux comptes, et celle de la libération est immédiate. La libération de l'apport en numéraire est en fonction de la forme sociale.

Selon qu'on est en présence d'une SA ou d'une SARL, certaines règles divergent. Dans la SA et la SAS, les actions contient un droit préférentiel de souscription ce qui n'est pas le cas dans la Sarl. Cette dernière quant à elle, étant marquée par un *intuitus-personae*, elle est régie en vertu de la consécration du droit d'agrément.

Nous voyons que rien n'empêcherait les actionnaires de renoncer au droit préférentiel de souscription, il faudrait dans ce cas que la renonciation au DPS soit mentionnée dans l'ordre du jour de l'assemblée générale extraordinaire décidant de l'augmentation du capital social et faire, éventuellement, l'objet d'un vote.

Par ailleurs, concernant l'augmentation du capital social réservée aux salariés, elle a un champ d'application restreint aux sociétés anonymes. Donc on ne pourrait procéder à une conversion de « droits potentiels » en droits sociaux grâce à l'actionnariat salarié qui est prohibée dans la SARL.

En outre, il convient de constater que le régime juridique d'augmentation du capital dans le cadre de l'actionnariat salarié est particulièrement contraignant aux nouveaux souscripteurs au capital. Le législateur a imposé des plafonds à la part du capital détenue par les salariés dans

⁸⁰² CA Versailles, 13^ech, 25 oct. 1990.

⁸⁰³ S. Sylvestre-Touvin, Thèse, « le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital », 2003.

le cadre de l'actionnariat salarié. Le législateur a en outre prévu une période d'acquisition et une période de conservation pendant laquelle les titres souscrits ne sont pas cessibles sous peine de perdre les avantages fiscaux.

Étant donné que les « droits potentiels » sont des créances contractuelles, il est évident qu'en vertu de leur nature nous prôtons une augmentation du capital social par compensation avec des créances.

Si on optait pour une augmentation du capital social en vertu de la qualité de salarié que détient la majorité des membres de l'intrprise, le vide dominera sur la solution des membres non-salariés de l'intrprise.

Il est largement préférable d'opter pour une augmentation du capital par compensation avec des créances vu son champ d'application étendu aux SA, SAS, SARL, SC, SNC.

§ 2 - La conversion des « droits potentiels » en droits sociaux d'une société nouvellement créée :

274. Nous suggérons l'hypothèse de la conversion des « droits potentiels » en droits sociaux d'une société nouvellement créée par les membres de l'intrajise.

Dans cette hypothèse, différente de l'augmentation du capital social, car il s'agit d'une constitution d'un capital social à la création.

L'apport d'un associé est valable, à quelque titre qu'il en soit propriétaire, qu'il provienne d'un achat, d'un prêt, d'une créance ou d'une libéralité⁸⁰⁴.

Nous allons écarter de notre analyse la souscription d'obligations car la société nouvellement créée n'est pas autorisée, en vertu de l'article L. 228-39 du Code de commerce, à souscrire des obligations. Car cet article pose deux conditions cumulatives afin que les sociétés par actions puissent émettre des obligations, l'une d'elle consiste à ce que le capital social soit intégralement libéré au moment de l'émission d'obligations, sauf si les actions non libérées ont été réservées aux salariés en application des articles L. 3332-18 à L. 3332-24 du Code du travail.

Nous allons nous contenter à aborder, dans ce paragraphe, l'analyse de la souscription d'actions ou de parts sociales de la société nouvellement créée par les membres de l'intrajise.

Nous avons déjà examiné précédemment l'augmentation du capital social par compensation avec des créances liquides et exigibles régie par l'article L. 225-118 du Code de commerce. Mais lorsque on est en présence d'une société nouvellement créée, la compensation par des créances ne serait pas possible, car cette société n'est pas débitrice de la créance « droits potentiels » vis-à-vis des membres de l'intrajise ; c'est la société employeur qui est débitrice de la créance des « droits potentiels » puisque La société nouvellement créée se trouve tiers au contrat d'intrajise conclu entre les membres de l'intrajise et la société employeur.

Donc, on ne peut admettre à la créance d'être apportée en numéraire à la société nouvellement créée, puisqu'elle n'est pas débitrice d'une créance. Toutefois, on peut libérer la créance en tant qu'apport en nature.

⁸⁰⁴ Cass. civ. Janv. 1886 : DP 1886.1.122.

Un auteur limite la conversion de la créance en capital à la conversion de créances dont la société est débitrice. Implicitement il exclut le cas des créances dont la société n'est pas débitrice.

275. Toutefois, si l'article L225-128 du Code de commerce ne permet pas au créateur de la nouvelle société de libérer la créance en numéraire, il serait possible d'apporter la créance en nature.

Par ailleurs, si on admettait que l'article L225-128 du Code de commerce s'appliquait à la souscription d'un capital initial d'une société nouvellement créée par compensation avec une créance sur la société, on pourrait supposer au contraire que l'article L225-128 figure dans la section 4 du chapitre 4 du titre 2 livrets 2 de la 1ère partie 1 du Code de commerce intitulée de la modification du capital social et de l'actionnariat salarié, ce qui laisserai penser qu'il ne serait pas applicable à la souscription du capital initial.

Puisque la nouvelle société n'est pas débitrice de la créance des « droits potentiels », reste alors à examiner l'application du régime de la cession de la créance prévu par le Code civil à l'apport de créance des « droits potentiels » des membres de l'intrprise à la société nouvellement créée par eux même.

La créance serait transportée par les membres de l'intrprise (le créancier cédant), au créancier cessionnaire (la société nouvellement créée) à l'encontre du débiteur cédé (la société employeur).

La cession de la créance civile est désormais régie par les nouveaux articles 1321-1322-1323-1324-1325-1326 du Code civil modifiés par l'ordonnance du février 2016 abrogeant les anciens articles 1689 et suivants du Code civil.

En outre, le régime de la cession des créances est mis en place par la loi du 2 janvier 1982, codifiée dans le Code monétaire et financier. Cependant dans cette cession le cessionnaire doit être un établissement de crédit ou une société de financement, donc nous pourrions prétendre d'appliquer ce régime à l'apport de créance.

Donc, nous allons nous contenter à analyser le régime de la cession de créances civiles qui devrait s'appliquer à l'apport en créance pour une libération de capital initial.

À Rome, la créance fut considérée comme une obligation personnelle, donc sa cession fut impossible. Les Romains faisaient recours à la délégation de débiteur ou à un mandat particulier dénommé « *procuratio in rem suam* ». Cependant ces procédés éprouvaient des

difficultés. L'absence de procédé permettant une mobilisation efficace des créances impactait défavorablement le monde des affaires⁸⁰⁵.

L'Empereur Gordien III, lors de la période d'anarchie militaire et certainement afin d'éviter toute anarchie des affaires, il supprima par deux constitutions les inconvénients de la « *procuratio in rem suam* » et dota le mandataire dès la conclusion de l'acte, d'un droit indépendant et exclusif sur la créance⁸⁰⁶.

Le droit Français consacre un procédé similaire dénommé « transport des créances », le Code civil de 1804 a abandonné l'idée de procuration pour lui substituer celle de la cession.

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du Code civil a apporté des modifications majeures au régime de cession de créances civiles qui fut régi par les articles 1689 et suivants du Code civil.

La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire⁸⁰⁷.

L'apport de créances est soumis au régime juridique régissant la cession de créances civiles (articles 1321 à 1326 du Code civil). L'apport en créance est considéré comme un apport en nature.

Il faut distinguer la cession de créance civile prévue par les articles 1321 à 1326 du Code civil et le nantissement de créance⁸⁰⁸.

Dans notre hypothèse c'est-à-dire dans le cas de l'apport de créance à une société, on est plutôt en présence d'une cession de créance en paiement et non pas en garantie.

Il faut également distinguer la cession de créance civile et la cession de créance professionnelle mis en place par la loi Dailly, il s'agit d'une cession de créance à bordereau régie par le Code monétaire et financier. Dans le cas de la cession de créance professionnelle, le cessionnaire devrait obligatoirement être un établissement de crédit ou un organisme financier.

Ce dernier régime de cession de créance est inapplicable à l'apport de créance à une société, car cette société n'est pas forcément un organisme financier ou un établissement de crédit.

⁸⁰⁵ H. Nadjar, « la généralisation de la cession de titre de créance à titre de garantie », mémoire de recherche sous la direction du Professeur Philippe Théry ; Levy. J.-Ph et CASTALDO H : Histoire de droit civil.

⁸⁰⁶ H. Nadjar, « la généralisation de la cession de titre de créance à titre de garantie », mémoire de recherche sous la direction du Professeur Philippe Théry ; Levy. J.-Ph et CASTALDO H : Histoire de droit civil.

⁸⁰⁷ Art. 1321, C. civ. ; Fiches d'orientation, cession de créance, janvier 2022, éd. Dalloz.

⁸⁰⁸ Cass. com. 19 déc., 2006, 05-16-395, publié au bulletin.

In fine, la cession de créance civile est le régime le mieux adapté théoriquement à l'apport en créance.

Avant la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016, l'ancien article 1690 du Code civil disposait que « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ».

Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique »

La jurisprudence ⁸⁰⁹ avait jugé que « si la signification de la cession d'un droit personnel au débiteur cédé ou l'acceptation authentique de la cession par le débiteur cédé est nécessaire en général pour que le cessionnaire puisse opposer aux tiers le droit acquis, par lui, le défaut d'accomplissement de ces formalités ne rend pas le cessionnaire irrecevable à réclamer du débiteur cédé l'exécution de son obligation... ».

L'article 1321 du Code civil modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 art.3, dispose que le consentement du débiteur n'est pas requis à moins que la créance a été stipulée incessible. L'article 1324 du Code civil prévoit que la cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

Un autre élément viendrait s'interposer à notre analyse dans le rapport entre le cessionnaire « la société nouvellement créée » et le débiteur cédé la « société employeur » et qui a un impact sur l'opposabilité de la créance au débiteur, il s'agit des exceptions inhérentes à la dette (la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes) et les exceptions nées du rapport du débiteur avec le cédant (remise de dette, la compensation de dettes non connexes, l'octroi d'un terme)⁸¹⁰.

La société se trouverait confrontée à une situation d'accroissement du risque de l'insolvabilité de la créance.

Par exemple, le débiteur cédé pourrait soulever l'exception de compensation sur le fondement de l'article 1347 du Code civil en vertu duquel « l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes ». Cette modalité d'extinction suppose l'existence de deux créances réciproques.

⁸⁰⁹ Cass. civ., 4 mars 1931.

⁸¹⁰ Art. 1324, al. 2, C. civ.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

276. Nous avons exposé dans ce chapitre les moyens de conversion de l'apport en industrie en capital social *De lege ferenda*.

À cet effet, nous avons examiné l'extension de l'augmentation obligatoire du capital lorsque les réserves ou les plus-values d'industrie le permettent, prévue dans les SCP, aux autres formes sociales pour permettre la conversion de l'apport en industrie en capital social.

Puis, nous avons proposé la conversion de l'apport en industrie en intraprise, en envisageant de convertir les droits potentiels des membres de l'intraprise en parts sociales ou en actions.

Conclusion du titre 2

277. Au-delà du perfectionnement de la conversion du travail salarié en capital social, nous sommes penchés sur l'étude du perfectionnement de la conversion du travail fourni dans le cadre d'un apport en industrie.

Nous avons évoqué d'une part, les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie en capital social « *De lege lata* ». D'autres part, Ces moyens juridiques seraient susceptibles, *De lege ferenda*, d'être étendus aux sociétés commerciales (la SNC, la société en commandité, la SARL et la SAS) pour permettre de convertir la part de l'apporteur en industrie dans les réserves et les bénéfices non distribués en capital social.

Nous assistons notamment, dans les sociétés civiles professionnelles, aux augmentations obligatoires du capital social lorsque les bénéfices non distribués ou les plus-values d'actif le permettent au bénéfice de tous les associés, y compris l'apporteur en industrie. Nous avons proposé, à cet effet, l'extension des augmentations obligatoires du capital pratiquées dans la SCP aux autres formes sociales, notamment celle admettant un apport en industrie.

Dans la SA et la SAS, la loi a prévu les augmentations du capital social réservées aux salariés et le paiement des dividendes en actions. Les premières, bénéficie aux salariés et aux dirigeants sociaux. Le second n'est autorisé qu'aux actionnaires. En somme, aucun des deux mécanismes ne bénéficie aux apporteurs en industrie. Nous avons également proposé, dans une logique de conversion du travail en capital, l'extension du bénéfice des deux dispositifs précités à l'apporteur en industrie.

Par ailleurs, nous avons étudié l'intrajob en tant que moyen juridique susceptible de nous permettre de convertir la rémunération de l'apporteur en industrie en capital social. Nous avons proposé, à cet effet, un dispositif permettant la conversion des droits potentiels des membres de l'intrajob en droits sociaux de la société employeur ou d'une société nouvellement créée.

Conclusion de la thèse

278. L'association du travail au capital est un sujet complexe du fait de l'existence des conflits d'intérêt entre les capitalistes et les salariés et parfois entre les différentes catégories des salariés⁸¹¹. Ces conflits d'intérêt portent principalement sur la répartition des richesses de production et des pouvoirs politiques dans l'entreprise.

L'économie classique prône le capital au travail en vertu de la théorie du risque. Le capitaliste est mieux rémunéré que le salarié car il risque sa mise sociale en vue de réaliser un bénéfice. Notre droit positif s'inspirant de l'économie classique octroie une place primordiale au capital et dans le même temps garantit une protection aux salariés et les dispense de toute prise de risque de perte financière. Nous avons alors essayé à travers notre thèse de concilier les intérêts en présence.

Les crises sociales, ainsi que l'apparition d'un capitalisme cognitif (de connaissances) exigent de dépasser l'opposition du travail au capital et tendre vers une association du travail au capital.

Notre étude permet d'associer le travail au capital sans pour autant porter atteintes aux principes généraux de notre droit positif, tels que le principe de patrimonialité, et aux droits et libertés fondamentaux, notamment le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ainsi que la liberté individuelle de l'apporteur en industrie.

Dans le but de réaliser une association du travail au capital, nous avons songé à convertir le travail en capital à travers de nombreux moyens juridiques déjà existants dans notre droit positif mais non déployés dans des fins d'association du travail au capital.

⁸¹¹ Dans les SCOP, nous assistons à un conflit d'intérêt entre les salariés associés et les salariés non associés, il pourrait y avoir, dans certains cas, une détention d'une partie importante du capital par une certaine catégorie de salariés oligarchiques comme nous l'avons souligné plus haut. Dans les sociétés anonymes, l'actionnariat salarié devient un instrument de rémunération des grands cadres d'entreprise mais bénéficie dans une moindre mesure à certaines catégories socio-professionnelles.

Références bibliographiques

Dictionnaires :

- Dictionnaire latin disponible sur l'adresse électronique : www.dictionnaire-latin.com
- Dictionnaire permanent gestion fiscale. Intégration fiscale, disponible sur la base de données ELNET.
- Le Petit Larousse, Grand Format, 1995, p. 547.

Ouvrages généraux :

- **Aubry, Rau**

« Cours de droit civil », § 377.

- **C. Deleplace, C. Lavielle**

« David Ricardo et les principes de l'économie politique et de l'impôt », *histoire de la pensée économique*, 2017, pp. 55-58.

- **Carbonnier**

Droit civil, t. II, n° 226.

- **Cozian, Viandier**

« Droit des sociétés », Litec, 10^e éd., 1997, n° 173, p. 68.

- **D. Ricardo**

« Des principes de l'économie politique et de l'impôt », 3^{ème} éd. Anglaise, 182, Ch. I à XVI.

- **H. Roland, et L. Boyer**

« Adages du droit français », 4^e éd., Litec, 1999, n° 452, p. 915.

- **Houpin et Bosvieux**

Soc. t. I, n° 5 et 10.

- **J. Hémard, F. Terré et P. Mabit**

« Sociétés commerciales », t. II, Dalloz 1974, n° 484, p. 416.

- **J. Mestre**

« Introduction en droit de sociétés », *le Lamy sociétés commerciales*, 5258.

- **A. Castaldo, J. Ph. Lévy**

Histoire de droit civil, Dalloz 2010, collection. Précis, 2° éd., 20 oct. 2010, 1620 pages.

- **M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy**

« Droit des sociétés », LexisNexis, n° 29, p.70.

- **M. DE Juglart, B. Ippolito**

« Cours de droit commercial », t. 2, les sociétés commerciales, par J. Dupichot, 10 ° éd. 1999, Montchrestien., n° 201.

- **M. Germain**

« Traité droit commercial », t. 1, vol. 2, 19° édition, p. 40.

« Les sociétés commerciales », t. 1, Vol. 2, p. 40.

- **P. Merle et A. Fauchon**

Sociétés commerciales, 9° éd., 2003, Précis Dalloz, n°156.

« Droit commercial, sociétés commerciales », Dalloz, coll. Précis, 19° éd., 2016, p. 738, n° 648.

- **R.B. Goudet**

- « Théorie des apports. -Apport en industrie », Fasc.10-20, *JCS Traité*, éd. LexisNexis, p. 6.

- **Riper et Robolot**

Traité élémentaire de droit commercial, LGDJ, t. 1, par M. Germain, 15^e éd., n°733, p. 600.

- **Troplong**

« Du contrat de société », t. I, n° 114 à 116.

- **Y. Guyon**

« Droit des affaires », t. 1, 9^o éd., n° 107, p. 103.

« Droit des affaires », t. 1, 7^o éd., p. 103.

« Droit des affaires », tome 1, 11^o éd., *Economica*, 2001, n° 108, p. 106.

« Droit des affaires », T. 1, *Economica*, 12^{ème} éd. 2003.

Ouvrages spéciaux :

- **Charles Fourier**

« *Théorie des quatre mouvements et des destinées générales* », 3^{ème} éd., 1846, (1^{ère} éd., 1808), pp. 15-16, Discours préliminaire, IV.

- **E. Zola**

« Le travail », 1979, 2d. Lagrasse /Verdier, p. 127.

- **J. Azéma, J. –C. Galloux**

Doit de la propriété industrielle, 7^o édition, Dalloz, 2012.

- **Jean Baptiste André Godin**

« Solution sociales », éd. 1871.

- **L. blanc**

« L'organisation du travail en 1840 », Paris, Cauville et frères, 4^o éd., 1845, p. 125.

- **P. J. Proudhon**

« Œuvres complètes 2. Idée générale de la révolution au 19^o siècle, (polémique contre Louis Blanc et Pierre Leroux) », éd. Société des amis de Proudhon, 1982, p. 223., cité par R. Mabileau, thèse précéd.

Thèses et mémoires :

- **A. Comaty**

« Du mode d'exécution forcée des obligations et des obligations de donner et de faire », thèse, Toulouse 1975, p. 135.

- **C. karam**

« L'apport du savoir-faire en société », thèse droit privé, Université Paris 2 en cotutelle avec l'Université Libanaise en droit, 2009.

- **D. Volosevici**

« Analyse multi-facettes de l'intégration des salariés dans les sociétés commerciales, en France et en Roumanie », thèse droit, Lorient, 2012.

- **H. Blaise**

« L'apport en société », Thèse, Rennes 1953.

- **H. Nadjar**

« La généralisation de la cession de titre de créance à titre de garantie », mémoire de recherche sous la direction du Professeur Philippe Théry.

- **J. Bozec**

« Le groupement d'exploitation agricole en commun », thèse, Rennes 1966, n° 83

- **N. E. M Itsiembou**

« L'utilité du capital social (étude de droit français) », thèse, université Clermont I, décembre 2010, p. 17.

- **R. Bailod**

« L'apport en industrie : déclin ou renouveau », thèse, université de Toulouse 1 capitole, 1980.

- **R. Mabileau**

« L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », Thèse, université de Nantes, 25 juin 2004, p. 263.

- **Th. Leobon**

« L'exercice en commun d'une profession entre époux », thèse, université Toulouse 1 capitole, sous la direction de François Barbiéri.

- **Th. Rivet**

« La force du travail : étude juridique », thèse en droit privé, Montpellier 1, 1991, sou-dir. Bernard Teyssié.

Articles de doctrine :

- **A. COURET**

« Les droits de porteurs de titres de capital différé », *LPA*. 04 mai 2001, n° 89, p. 13.

- **A. Lecourt**

« Capital social », *RDS*, éd. Dalloz mars 2015.

« Capital social », *Rép. soc.* Dalloz, juin 2020 (actualisation 2021).

« Sociétés par action », *Rép. soc.*, éd. Dalloz, mars 2015, p. 94.

« Cession de droits sociaux », *Rép. soc.*, avr. 2017.

« Une augmentation du capital social assouplie », *Rép.soc.* Dalloz, mars 2015, p. 222

« Un régime juridique de l'augmentation du capital par incorporation de réserves assoupli », *Rép. soc.*, éd. Dalloz, 205.

« Les effets orthodoxes de la location de parts sociales ou d'actions », *Rép. soc.* déc. 2017, p. 52.

- **A.Theimer**

« Les apports en industrie dans une SAS », *Dr. Soc.* nov. 2009, n° 11, étude 14.

- **Allali**

« Intreprenariat et organisation », *cahier de la recherche*, HEC Montréal, juillet 2003, n°10, p. 7.

- **Amiaud**

« Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par action » : sirey, 2° éd. 1920, p. 148 et s.

- **Arcq, A. V. Melkebecke**

« Participation financière des travailleurs et concertation sociale », *courrier hebdomadaire CRISP* 2003/28, n° 1813, p. 15.

- **Baranger**

« Augmentations de capital : attention danger » *BJC*, éd. Lextenso, 1 avril 2001, n° 4, p. 459.

- **Broda**

« Un siècle de kibboutz : un regard institutionnaliste sur une institution atypique »
<https://doi.org/10.4000/ei.470>.

- **C-T. Barreau**

« Société entre époux », *RDS*, éd. Dalloz avril 2005.

- **C-Trapiers**

« Usufruit », *Rep. soc.* Sep. 2012, n° 334.

« Communauté légale : dissolution », *RDC*, juin 2010, 166.

- **Champaud**

« Société créée de fait, définition, Affectio societatis », *RTD com.* 1992, p. 812

- **Champaud, D. Danet**

« Option de souscription de droit sociaux. Stock-options, nature et portée des techniques sociétaires mises en œuvre », *RTD. com.*1998, p.854.

« Groupe de sociétés, Unité économique et sociale, Entreprise commune, obligation sociales, Groupes d'entreprises à but non lucratif, définition », *RTD. com.* 1993, p. 528.

- **D. Velardocchio**

« Dividendes », *Rép. soc.* août 1996, n° 161.

« Dividendes-répartition des dividendes », *Rép. soc.* août 1996 (actualisation janvier 2021), 232.

- **Dondero**

« Participation ouvrière », *Rép. soc.* août 1977 (actualisation déc. 2010).

- **E. du Pontavice**

« Le droit de présentation de la clientèle ne peut faire l'objet d'un apport dans le capital d'une SA de commissaire aux comptes », *Rev. soc.* Dalloz, 1993, p. 595.

- **F. Goré**

« La notion du capital social, mélanges rodière », *D.* 1981, p. 85.

- **F. Kenderian**

« La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc.* 2002, n° 640.

- **F. Pollaud-Dulian**

« Propriété industrielle », *Economica*, 2011, n° 737.

- **F. Zenati**

« Usufruit de droits sociaux-exercice de l'usufruit de droit sociaux », *Rép. soc.* janvier 2003, 299-300.

« L'usufruit des droits sociaux », *Rép. soc.*, janvier 2013, n° 413.

- **G. Auzero**

« Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Rép. soc.* Dalloz, janvier 2010, 30.

« Épargne salariale et assurance garantie des salaires : des rapports délicats », *Lexbase 7* oct. 2010.

- **G. G. Callebaut**

« Apport en industrie », *Rép. soc.* Dalloz, n° 592.

« Apport », *Rép. soc.*, éd. Dalloz., juin 2011, 547.

- **G. Soussi**

« Apport en usufruit », *Lamy associations*, éd. Lamyline, sep. 2014, 117.

- **Gentilhomme**

« Apport de titres et démembrement de propriété », *JCP E* 1994, I, n° 311.

- **Hannoun**

« Liquidation et partage », *Rép. soc.* Dalloz, avril 2007, n° 515.

- **H. Barbier**

« Clientèle », *Rép. dr. civ.* Dalloz. janv. 2016, p. 12.

« L'apporteur en industrie a, de plein droit, accès aux plus-values d'actif : sanction d'obstruction à une augmentation du capital « automatique » dans une société civile professionnelle », *Rev. soc.* 1998, p.778.

- **H. Blaise**

« Apport », *Rép. soc.* Dalloz, n° 532.

- **H. hirte, A. Scall**

« La société d'entrepreneur en droit allemand », *Rev. soc.* Dalloz, 2013. 198.

- **H. Le NABASQUE**

« La fin de la connexion apport/capital ? » in *l'avenir du capital social*, éd. Dalloz 2004, pp. 103 et s.

« Quel avenir pour le capital social » éd. Dalloz, 2004.

« Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations du capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires », *Rev. soc.* 2004, p. 491.

- **H. Zapf**

« Régime fiscal des apports en industrie », *RFP* n°3, mars 2013.

- **Houpin**

« De la constatation des plus-values d'actifs dans les bilans des sociétés par actions et de leur incorporation au capital », *journal. soc.* 1923, p. 48.

« Du caractère et de l'affectation de la prime d'émission d'actions », *jour. Soc.* 1920, p. 154.

- **J-C. Hallouin**

« Une simple influence, peut-elle constituer un apport en industrie », *Rec. Dalloz* 1998, p. 391.

- **J-P. Bouchez**

« Autour de « l'économie du savoir » : ses composantes, ses dynamiques et ses enjeux », *savoirs* 2014/I (n° 34), pp. 9 à 45.

- **J. Bozec**

« Les groupements d'exploitation agricole en commun », thèse, Rennes, 1966, n° 83.

- **J. D. Santos**

« Le Familstère de Guise : habitation collective et autonomie ouvrière », *Rev. du Nord* 2008/I, n° 374, pp. 63 à 76.

- **J. Derruppé, Th. de Ravel d'Escalpon**

« Apport pur et simple et apport à titre onéreux », *Rep. Dr. Imm.* oct. 2016.

- **J. Devesse, A. Couret**

« Titres et marchés ingénierie financière paiement crédit garanties du crédit », *Le Lamy droit du financement*, éd. Lamyline, 564.

- **J. F. Artz**

« Action », *Rép. Soc.* juin 2002, n° 252.

- **J. Hamel**

« La réévaluation des bilans : *journal. soc.* 1929, pp. 123 et s.

- **J. Hardoin**

« Les apports aux associations de la loi de juillet 1901 », Thèse, Rennes, 1933, cité par H. Blaise.

- **J. Icard**

« Incompatibilité entre la qualité d'associé d'une société en nom et la qualité de salarié », les Cah. Soc. 1er déc. 2015, n°280.

- **J. J. Daigre**

« Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. soc.* 2004, p. 479.

- **J. Ledan**

« Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Soc.*, éd. Lexis 360, Octobre 2010, n° 10.

- **J. Mestre, D. Velardocchio**

« Apport en usufruit apport en nue-propriété », *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamyline, 279.

- **J. Passa**

« Communication savoir-faire : « qualification du contrat et violation de l'obligation d'exclusivité » *RDC* déc. 2014, p. 739.

- **J. Percerou**

« La transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social », *journal. soc.* 1921, n° 1455, p. 150.

- **J. Richard**

« A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur de son industrie », *actualités droit et gestion*, p. 301.

- **J. Sikora**

« L'exclusion des membres de groupement de droit privé », thèse, Université Robert schuman, 2007.

- **L. Bobot**

« L'éco-tourisme : avenir des kibboutz ? », *MAGHREB-MACHREK*, 2013/2 (n° 216), pp. 41-52.

« Le Kibboutz fête ses 100 ans : la fin d'un modèle coopératif ? », *Revue internationale de l'économie sociale (RECMA)*, n° 320.

- **M. Hétail**

« Coopérative de commerçants détaillants », *Rép. soc.*, sep.2006, éd. Dalloz. 185.

- **M. Capet**

« Les incidences de la participation des salariés aux bénéfices de l'entreprise, ou les raisons de son peu d'extension », *Rev. éco.* 1966, volume 17, n° 1, p.38.

- **M. Jeantin**

« Influence de l'existence d'apports en industrie sur la répartition des pertes au sein d'une SCP », *RTD com.* Dalloz, 1995 p. 422.

« SAPO. Qualité de membre de la SCMO. Avenir de la formule des SAPO », *RTD com.* 1994, p. 741.

- **M. Postone**

« Quelle valeur a le travail ? », *Mouvements* 2011/4 (n° 68), pp. 59-68

- **Malecki**

« L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien aimé ? », *Bull Joly*. 2004. 1169 ; A. Lecourt, « le capital social », *Rép. soc.*, Dalloz, fév. 2014, p. 34.

- **Monod**

« Les actions de priorité », *traité Joly*, juin 2000.

- **N. Binctin**

« L'apport en société de savoir-faire », Dalloz, *AJ contrat*, 2015, p. 355.

- **N. Olszak**

« Coopérative ouvrière de production », *Rép. trav.* mai 2009 (actualisation : avril 2015).

- **N.-Pontier**

« Repenser les apports en industrie », *LPA*. 03 juil. 2002, n° 132, p. 4.

- **Negri**

« Capitalisme cognitif et fin de l'économie politique sur le livre édité par Carlos Vercellone sommes-nous sortis du capitalisme industriel ? », *Multitudes*, 2003/4 (n°14), PP. 197-205.

- **P. Dieuaide, B. Paulré, C. Vercellone**

« Le capitalisme cognitif », *Hal open science*, 30 janv. 2018, pp. 4-5 disponible sur <https://shs.hal.science/halshs-00226409>.

- **P. Walet**

« Société civile de construction-vente », *éd. Joly*. n° 112.

- **P.Y. Chabert**

« Les augmentations de capital après l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *BJC*, Lextenso 01 aout 2004, n° 8, p. 1023.

- **Ph. Théry**

« Voies d'exécutions », *Rép Dr. Inter.* Dalloz jan. 2013, p. 105.

- **R. Arkelian**

« Action de préférence », *Rép. soc.* juillet 2015, (actualisation juillet 2019), 65.

- **R. Bailod**

« L'apport d'influence », *Rev. soc.* 1998, p. 71.

« Apport en industrie », *Dictionnaire Joly*, n° 7.

« L'apport en industrie », *Traité Joly*, § 9.

- **R. Daviau, M. Lulek**

« La société anonyme à participation ouvrière (SAPO), entre centenaire et nouvel horizon », *RECMA* 2017/4, n°346, pp. 42 à 57.

- **R. Foy**

« Option de souscription et d'achat d'actions », *Rép. soc.* janvier 2015 (actualisation avril 2015).

- **R. Mortier**

« Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé », *Dr. Sociétés*, n° 3, mars 2016, 43.

« Opérations sur capital social », LexisNexis, 2016.

« Augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission », *JCS traité*, éd. LexisNexis, 1^{er} novembre 2017.

« Les opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux-toutes sociétés », *RTD. Civ.*, 2011.

- **R.B. Goudet**

« Théorie des apports », *JCS*, LexisNexis, p. 6.

« Théorie des apports-apport en industrie », *JCS traité*, mai 2014, p. 36.

« Théorie des apports : apport en industrie », *JCI. Contrat-distribution, JCS traité*.

« L'apport d'influence », *Rev. soc.* 1998, p. 71.

« Apport en industrie », *Dictionnaire Joly*, n° 7.

« L'apport en industrie », *Traité Joly*, § 9.

- **Rakotov-ahiny**

« Le droit de veto dans les sociétés », *Rev. soc.* 2017, 277.

- **Rousseau**

« Traité des SARL : régime juridique et fiscal », librairies techniques, 1952, n°40, cité par : G. G. Callebaut, « apport en industrie », *Rép. soc. Dalloz*, n° 577.

- **S. Shiller, P-L. Périn**

« Les apports en industrie dans la SAS », *Rev. soc.* 2009, p. 59.

- **S. Taieb, L. Partner**

« Le démembrement de propriété de titre », *Lamyline* 1er janvier 2012, n° 1081.

- **S. Tigé**

« Savoir-faire : une valeur réelle de l'entreprise », *I2D-Information, données et documents* 2017/2 vol. 54, pp. 42 à 43.

- **Stoffet-Munk**

« L'abus dans le contrat-essai d'une théorie », préf. R. Bout, *LGDJ*. 2000.

- **T. Girard-Gaymard**

« L'intrajuste : étude juridique », *D.* 2021, p. 1197.

- **T. Massart**

« Contrat de société », *RDS*, avril 2006, §3, Dalloz.

« Les apports du savoir-faire dans la SAS », *BJS.* 01 déc. 2009, p. 1154, *Lamy Sociétés commerciales*, 2008, n° 264.

« Contribution aux pertes », *Rép soc. Dalloz*.

- **V. Forti**

« Exécution en nature », *RDC Dalloz*, octobre 2016, n° 48-49.

- **V. Magnier**

« Société à participation ouvrière », *Rép. soc.*, n° 7.

- **V. Tandeau de Marsac, A-E. Combes**

« Actionnariat salarié un délicat mélange du genre », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2004, n° 148, p. 24.

« Salariés actionnaires : un délicat mélange des genres », *Gaz. Pal.*, éd. Lextenso, 27 mai 2004, n° 148, p. 24.

- **Wahl**

« Effet des fluctuations du change sur la constitution et le fonctionnement des sociétés », *jour. soc.* 1920, p. 107.

- **Y. Achouch et Yoann Morvan**

« Les utopies sionistes, des idéaux piégés par une histoire tourmentée : kiboutz et villes de développement en Israël », *justice spatiale-spatial justice*, déc. 2012 déc. 2013.

- **Y. Guyon**

« Groupement d'intérêt économique », *Rep. soc.* mars 2003.

« Groupement d'intérêt économique », *Rép. soc.*, 2018, éd. Dalloz, 21.

Textes législatifs et réglementaires :

A- Lois :

- L. 26 avril 1917, sur les sociétés à participation ouvrière, JORF n°0115 du 28 avril 1917.
- L. n° 67-868, 2 oct. 1967, pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.
- L. n° 69-763, 24 juil. 1969, pris pour l'application à la profession de commissaire-priseur judiciaire de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.
- L. n° 69-810, 12 août 1969, relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes.
- L. n° 77-636, 14 juin 1977, pris pour l'application aux médecins de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.
- L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut des sociétés coopératives de production.
- L. n° 78-763, 19 juillet 1978, portant statut de SCOP.
- L. n° 82-596, 10 juil.1982, relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.
- L. n° 85-697, 11 juillet 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.
- L. n° 86-1176, 5 nov. 1986, portant application aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire liquidateur de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.
- L. n° 90-1002, 7 nov. 1990, modifiant l'ordon. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat salarié, J.O 11 nov. 1992.
- L. n° 92-680, 20 juil. 1992, pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.
- L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.
- L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.
- L. n° 2007-484, 30 mars 2007, portant incorporation au CGI de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce Code, art 1, JORF 31 mars 2007.

- L. n° 2007-484, 30 mars 2007, portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code, art.1, JORF 31 mars 2007.
- L. n° 2008-676, 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie, JORF 5 août 2008.
- L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie (LME), JORF n°0181 du 5 août 2008.
- L. n° 2011-525, 17 mai 2011, relative à la simplification et d'amélioration de la qualité du droit.
- L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 20. JORF n°0115 du 18 mai 2011.
- L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 20, JORF n° 0115, 18 mai 2011.
- L. n° 2012/387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.
- L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.
- L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.
- L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 20. JORF n°0071 du 23 mars 2012.
- L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire.
- L. n° 2018-821, 27 septembre 2018, portant mise en conformité des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2018-474 du 12 juin 2018 relative à la simplification et à l'harmonisation des définitions des assiettes des cotisations et contributions de sécurité sociale.
- L. 7 mars 1925, relative à l'institution des SARL, JORF 8 mars 1925.
- L. n° 2019-744, 19 juil. 2019, de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art.20, JORF n° 0167, 20 juillet 2019.

B- Décrets :

- D. n° 69-1274, 31 déc. 1969, pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles.

- D. d'application n° 2005-112, 10 février 2005.

C- Ordonnances :

- Ordon. n° 2004-604, 24 juin 2004 : supprima les BSA en faveur du régime général des valeurs mobilières donnant accès au capital.
- Ordon. n° 2004-604 du 24 juin 2004, JO 26 2004.
- Ordon. n° 2007-329, 12 mars 2007, JORF 13 mars 2007.

D- Projets et propositions de lois

- PPL n° 5182, relative au dividende salarié, enregistré par la Présidente de l'Assemblée nationale le 22 MARS 2023.

E- Règlements européens :

- Règl. (UE) n° 316/2014, 21 mars 2014, relatif à l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à es catégories d'accords de transfert de technologie.

Notes de jurisprudence :

- Cass. Req., 15 déc. 1920, S. 1922. I. 17, note Bourcart
- Rabat 15 mars 1949, *JCP*. 1949. II. 5223, note Bastien
- *D.P.* 1907. II. 25, note. Ed. Thaller.
- Cass. 3^{ème}, civ., 7 mars 2007, n° « 06-12.568 », Bull. civ. III, n° 36, *JCP G* 2007, I, 197, Note H. Périnet-Marquet
- *Dr.et patr.* 2008, n° 167, p. 96, note J. –B. Seuve et Th. Revet, *JCP N* 2007, II, 1219, note H. Hovasse
- Paris, 6 juillet 2001, *Rec. Dalloz* 2001. p. 2975, obs. Lienhard.
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004, n° « 01-15.575 », *D.* 2004. 1088
- Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeart, *BJC*. éd. Lextenso, 1mai 2009, n° 5, p. 452,
- Besançon, 27 mars 1903, *D.* 1904. 2. 241, note Percero.
- Cass soc., 18 Avr. 2008, n° « 07/40.842 », *Bull. Joly* 2008, 873, obs. G. Auzero,
- Cass. soc., 7 fév. 1979, *Bull. civ.* V, n° 122, *D.* 1979. IR 367, obs. F. Derrida
- *Rev. soc.* 1980.473, note. J. Hémar; 8 oct. 1980, *D.* 1981. 257, note. Y. Reinhard
- Cass. 1^{re}, civ., 16-07-1997, n° « 95-11.837 », *Rec. Dalloz*, 1998, p. 391, note. J-C. Hallouin
- *Rev. soc.* 1998, p. 391, note. R. Bailod
- *Bull. Joly*, 992, note Daigre ; *Dr. soc.* 1997, n° 170, obs. Bonneau
- Cass. ch. Req., 15 Fév. 1937, *DP*, 1938. 13, note. Cordonnier
- *Rev. soc.* 2004. 855, note Poracchia
- *RTD com.* 2004. 550, note Monsérié-Bon.
- *Rec. Dalloz*, 1998, p. 391, note. J-C. Hallouin
- *Rev. soc.* 1998, p. 391, note. R. Bailod

- *Bull. Joly*, 992, note Daigre
- *Dr. soc.* 1997, n° 170, obs. Bonneau.
- Cass. 1^{re}, civ., 7 juillet 1997, n° « 95-11.837 », *Rec. Dalloz* 1998, p. 391, note J. Claude Hallouin
- *Rev. soc.* 1998, p.71, note R. Baillod.
- T. civ. Besançon, 10 juillet 1902 ; Besançon, 27 mars 1903 ; *D.* 1904. 2.241, note Percerou
- Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeart, *BJC*, Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452.
- Cass. 1^{re}, civ., 17 déc. 2002, n° « 99-220.762 », *Bull. civ I*, n° 306 ; *RTD civ.* 2003, 291, obs. Mestre et fages.
- Cass. ch. Req., 15 fév. 1937, *DP*, 1938.13, note. Cordonnier
- Amiens, 25 mars 1954, *JCP* 1954. II. 8372, note D.B
- Cass. 1^{re}, civ., 7 mars 1956, *D.* 1956, p. 523, note Percerou
- Cass. 1^{ère}, civ., 7 juin 1995 : *D.* 1995, p. 560, note Beignier
- Cass. 1^{re}, civ., 29 avr. 1954 : *JCP*, 1954, éd. G, II, 8249, note Bellet
- Paris, 2 déc. 1897, *DP* 1898, 2, p. 465, note. Planiol
- Paris, 2 déc. 1897, *DP* 1898, 2, p. 465, note. Planiol
- Cass. civ., 2 mars 1931, S. 1932.1.281, note. F. Gény
- Cass. 1^{re} civ., 19 avril 2005, n° « 01-17.226 », *Rev. soc.* 2006, p. 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.
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 », *RTD civ.* 2006 p. 589, obs. T. Revet
- Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeart, *BJC*, éd. Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452
- Cass. 1^{ère}, civ., 24 oct. 1973, *D.* 1975. 724, note Bénabent
- Paris, 19 mars 1947, *DH* 1949. 20, note Desbois
- Cass. civ. 14 mars 1900, *DP* 1900. 1. 497, rapp. C. Rau, concl. Desjardins
- S. 1900. 1. 489 ; Paris, 2 déc. 1897, *DP* 1898. 2. 465, note Planiol.
- Req. 3 janv. 1917 (motifs), *Journ. soc.* 1918, 185, note H. Blaise.
- Paris, 8 nov. 1998, *Bull. Joly*, 1999, p. 359, note. A. Couret.
- Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-13.780, *Bull. civ. IV*, *Rev. soc.* 1991, n° 151, p. 760, note Y. Guyon.

- Cass. com., 15 nov. 2011, n° « 10-15.049 », *Bull. civ.* IV, n° 188; *RLDA* 2012/67, n° 3810.
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004: *Rev. soc.* 2004, p. 855, note D. Poracchia
- *RTD com.* 2004, p. 550, obs. M.-H. Monsériébon
- *RTD com.* 2004, p. 512, obs. C. Champaud et D. Danet
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 855, note D. Poracchia
- *RTD com.* 2004, p. 550, obs. M.-H. Monsériébon
- *RTD com.* 2004, p. 512, obs. C. Champaud et D. Danet
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mars 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 855, note D. Poracchia
- *RTD. com.* 2004, p. 550, obs. M.-H. Monsériébon
- *RTD. com.* 2004, p. 512, obs. C. Champaud et D. Danet
- Cass. com., 10 Févr. 2009, n° « 07-21.806 », note. Cadiou
- Cass. com., 27 juil. 2015, n° 14-16. 246, *AJ famille*, note. C. Vernières
- Lyon 16 octobre 2017, *JCP E* 2008, 1647, note R. Mortier.
- Cass. com., 13 janv. 2009, n° « 07-21704 », note V. Allegeart, *BJC*, Lextenso, 1 mai 2009, n° 5, p. 452
- T. civ. Besançon, 10 juillet 1902 ; Besançon, 27 mars 1903, *D.* 1904. 2.241, note Percerou,
- *S.* 1904. 2. 89, note Houpin
- *Bull. Joly.* 1995. 149, note R. Baillo
- Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, *Rev. soc.* 2006, note, D. Poracchia, p. 111.
- Cass. com., 13 déc. 1994, n° « 93-11.569 », *D.* 1995. IR19, *BJS* 1995.152, note Le canu ; *JCPE* 1995. II. 705, note Paclot
- *Rev. soc.* 1995, p. 298, note Raudous
- Cass. 1^{re}, civ., 4 janv. 1995, n° « 92-20.005 », *D.* 1995, IR28, *Rev. soc.* 1995. 525. Note jeandin
- *Dr. Soc.* 1995, n° 70, note Bonneau.
- Cass. com, 20 mars 2012, n° « 11-110.855 » : *D.* 2012, p. 1584, note. Laroche
- *Ibid. Actu.*, p. 875, obs Lienhard ; *Rev. soc.* 2012, p. 435, note Couret
- *RTD. com.* 2012, p.348, Obs Constantin ; *Ibid.* 355, Obs. Mouserié-bon
- *JCP E* 2012, p. 1310, note Mortier
- *Dr. soc.* 2012, n° 77, note Hovasse

- *Gaz. Pal.* Mai 2012, p. 28, obs. Hovasse. Gros
- *RJDA* 2012, n° 603 ; *BJS* 2012, p. 538, note. F-X. CLucas
- *RLDA* juin 2012. p. 10, Obs. Favario ; *dr et patr.* mai 2013, p. 94, obs. Poracchia
- Cass. 3^{ème}, civ., 11 janv. 2006, n° 04-20.142, *bull. civ.* III, n° 9, 2006. 248, obs. Rouquet
- Cass. 3^{ème}, civ., 29 sept. 2015, n° 1417.913, *AJDI* 2006. 359, obs. Castela.
- Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-10.839, *Bull. civ.* II, n° 114; *RTD. civ.* 2008. 552, obs. Perrot
- Cass. com, 16 déc. 1969, *RTD com.*, 1970. 437, n° 16, note Houin.
- Paris, 20 fév. 1998, SARL université services c/ Legrand : *Dr. Stés* 1999 ; *Bull. Joly* 1998, p.613, note H. Pisani
- Cass. crim., 18 déc. 1956, *D.* 1957, p. 705, note Crit, A. Dalsace.
- Cass. com. 22 mai 2001 : n° « 2001-009870 » ; *D. stés*, 2001, note F.-X. Lucas
- Cass. com. 20 fév. 1978, n° « 1978-799070 », *Rev. soc.* 1978, p. 756, note B. Bouloc-
contra
- Cass. com., 4 fév. 2018, n° « 15-16-525 », *RTD com.* 2018, p.383, note A. Lecourt
- Cass. Com. 25 avr. 1989, n° « 87-15. 208 », *bull. Joly* 1989. 531, note M. Jeantin
- T. Com. Paris, ord. Réf. 26 avr. 1999, *JCP E* 1999, p. 1237, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain
- *JCP* 1999. II. 10115, note J.-J. Daigre, qui précise « qu'une fois l'ordre du jour arrêté, le juge des référés ne peut pas le modifier ».
- « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC* 01 déc. 2012, n° 12, p. 847, note Renaud Mortier
- Cass. soc., 18 mai 199, n° « 98-40.201 », *Dr. Soc.* 199. 747, obs. Radé.
- Cass. soc., 18 janv. 2000, n° « 98-44.745 », *D.* 2000, IR 118 ; *Dr. Soc.* 2000. 436, obs. Radé.
- Paris, 17 nov. 1992, *Bull. Joly* 1993. 443, note Caussain
- *Rev. soc.* 1993. 813, note Le Cannu.
- Cass. soc., 23 fév. 1994, n° « 92-11442 » publié au bulletin, *bull. Joly* 1994, 834, note. Le Cannu.
- *Dr. Soc.* 2001, n° 165, note F.-X. Lucas
- *BJS* 2001. 1153, note Velardocchio
- *RTD com.* 2001 : 926, obs. Chazal et Rienhard.
- Paris, 12 juin 1998, *D.*1998, IR 236 ; *BJS* 1998. 1263, note le Cannu
- *RTD com.* 1998. 854, obs. Champaud et Danet.

- CAA Versailles, 28 déc. 2007, n° « 04VE2397 » : *DSF* 2008, note Pierre.
- CA Douai, 31 janv. 2007, n° « 05DA1270 » : *Dr. Fisc.* 2007. 727, note Gagneur
- Paris, 23 sept. 1999 : *D.* 1999. AJ 38, obs. A. L ; *Rev. soc.* 1999. 872, obs. Guyon
- *BJS* 2000. 227, note Velardocchio
- *JCP E* 2000, n° 20, p. 797, obs. Viandier et Caussein
- *Dr. Soc.* 2000, n° 79, note Vidal
- *RDBF* 2000, n° 242, obs. Frison-Roche, Germain, Marin et Pénichon.
- *JCP E* 2004, n° 52-53, p. 2081, note Grandvullemin
- *ibid.* 2005, n° 4, p. 125, obs. Caussein, Deboissy et Wicker
- *BJS* 2005. 95, note Daigre
- *RJ. com.* 2005. 32, obs. Desbarats
- *JCP* 2005. I. 122, n° 12, obs. Morvan
- *Rev. soc.* 2005. 396, note Saintourens 16 mars 2005
- *JCP E* 2005, n° 22, p.904, note Grandvullemin.
- Cass. soc., 1^{er} déc. 2005 : *RDBF* 2006, n° 41, obs. Vatinet
- *RJDA* 2006, n° 284 ; *BJS* 2006. 507, note Auzero
- *BJS* 2006. 811, note Scholer; *JCP E* 2006, n° 26, p. 1174, obs. Caussein, Deboissy et Wicker
- *JCP E* 2006, n° 31-34, p. 1387, note Vatinet
- Paris, 6 mars 2007: *BJS* 2007. 864, note Auzero
- Paris, 22 mars 1974, *Gaz.Pal.* 1974.1. 401, note J. Viatte.
- Paris, 8 janv. 1976. 1.316, concl. Talagrand.
- Cass. soc., 6 mars 2001, n° « 98-46.078 », *Dr. soc.* 2001. 677, note J. Mouly
- T. com. Bordeaux, 15 nov. 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 197, note B
- « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC.* 1 déc. 2012 - n° 12, p. 847, note Renaud Mortier
- « Rappel de l'importance de l'ordre du jour », *Gaz. Pal.* 26 janv. 2013, n° 26, note B. Dondero.
- « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC.* 01 déc. 2012, n° 12, p. 847, note R. Mortier.
- « L'ordre du jour bête et méchant », *BJC.*, note préc.
- Cass. com., 25 avr. 1989, n° « 87-15208 », *BJS.* juin 1989, n° 191, p. 531, , note M. Jeantin

- Paris, 21 déc. 1979, *D.* 1982, p. 15, obs. J.-C. Bousquet
- *Rev. soc.* 1980, p. 761, note J.-L. Sibon.
- T. com. Bordeaux, 15 nov. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 197, note B
- Cass. com., 11 mai 2017, 14-29.717, *D.* 2017. 1044, obs. E. chevrier, 1583, note o. Deshayes et A. Tadvos, 2335, obs, E. Lamzerolles, 2444, obs. A. Riéra ; et 2018. 371, obs, M. Mekki
- *AJ contrat* 2017, 337, obs, F. Buy
- *Rev. soc.* 2018. 250, note L. Godon
- *RTD. civ.* 2017. 643. Obs. H. Barbier
- *RTD com.* 2017. 593, obs. M. Chagny.
- 8 janvier 2016, n° 14-29.770, *RTD. civ.* 2017. 133, obs. H. Barbier
- 19 juin 2019, n° « 2017-29000 », *D.* 2020, 78, obs. N. Ferrier
- *RTD. civ.* 2019. 570, obs. H. Barbier
- JO aout, p. 13317 ; *Rec. Cons. Const.* ; 918 ; *D.* 2013. 1967
- *Dr. Soc.* 2013. 968, Chron. Dumortier, Florès, Lallet, Vialettes et Struillou
- *RFDA* 2013. 1255, chron. Roblot-troizier
- *Constitutions* 2013. 592, obs. Radé et Gervier
- *RTD. civ.* 2014. 71, OBS. Deumier
- *JCP Adm.* 20134, n° 36, p. 10 ; *JCP* 2013, n° 37, p. 1640, chron. Mathieu
- *RD publ.* 2014. 207, chron. Rousseau, Gahdoun et Bonnet.

Jurisprudence :

- Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 »
- Cass, 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.
- Cass. com., 14 décembre 2004, n° « 01-11.353 ».
- Paris 2^{ème}, ch. A, 9 nov. 1992, n° « XP091192X ».
- Cass. 1^{re}, civ., 23 juin 1987, n° « 85-18.308 »
- Paris 2^{ème}, ch. A, 9 nov. 1992 n° « XP091192X ».
- Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, n° « 01-17.226 ».
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 ».
- Rouen, 7 janv. 1986 : *BRDA* 1986, n° 20, p. 16)

- Cass. Req., 2 avr. 1889. S. 1909. II. 9.
- Cass. Req. 20 déc. 1893, *DP*. 1894. I. 224
- cass. Req., 21 avr. 1915, S. 1922. I. 166, Cass. Req. 1^{er} fév. 1921. S. 1922. I. 166
- Cass. 1^{re}, civ, n° « 16-07-1997 », n° « 95-11.837 »
- Paris, 19 sep. 1991, *Bull. Joly* 1991. 1019.
- Paris, 2^{ème}, ch., sect. A, 9 nov. 1992, n° « 1992-02319 ».
- Rouen, ch. soc., 18 déc. 2001, n° « 2001-173621 ».
- Lyon, 29 mars 1935, *JCP* 1935. 981
- Cass. com., 27 nov. *JCP (CI)*, 1962, n° 70694.
- Cass. 1^{re}, civ. 7 nov. 2000, n° « 98-17. 731 ».
- Paris, 11 avr. 2013, n°12/21643
- Cass. com., 9 nov. 1955 : *Bull. civ.*, III, p. 266.
- Paris, 3 juill. 1975 : *PIBD*, 1976, p. 170, III, p. 219
- 31 mars 1982, n° « 81-10.488 », *Bull. civ.* V, n° 238
- Cass. com., 17 novembre 1970, *D.* 1971, p. 206 ; *Rev. soc.* 1971, p. 533
- Cass. 1^{re}, civ., 4 novemebre 1993
- Cass. civ, 14 mars 1900
- req 20 oct 1936, *DH* 1936, p.555 ; Paris, 2) ch. A
- Cass. 3^{ème}, civ., 19 février 1970, n° « 68-13.866 »
- Cass. 3^ociv. 30 nov. 2017, n° 15-23188
- Cass. civ, 14 mars 1900 req 20 oct. 1936, *DH* 1936, p. 555
- CE. 3 mai 2002, n° « 222856 ».
- Cass. com., 14 déc. 2004, n° « 01-11.353 ».
- Cass. Req. 8 juil. 1885, *DP* 86. I. 301
- Cass. 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96.12.247 »
- Cass, 1^{ère}, civ. 16 mai 2013, n° « 12-17.814 » : « augmentation du capital des SCP. Apports en industrie et conditions statutaires », *LaBaseLextenso*, 3 juin, 2013, n° 22.
- Cass. com. 17 déc. 2002, n° « 99-12.152 »
- Cass. 1^{re}, civ., 30 mai 2006, n° « 04-14.749 ».
- Cass. 1^{re}, civ., 19 avril 2005, n° « 01-17-226 ».
- Cass. com., 15 mars 2017, n° « 14-29.448 ».
- Paris, 1^{re} Déc. 1992.

- Lyon, 18 juin 1856, *Ann. Propriété industrielle* 1856, 240 (Arrêt confirmant une sentence arbitrale)
- Rouen, 27 nov. 1966, *Gaz. Pal.* 1987. 1.335, *Bull. Joly.* 1987. 4591.
- Cass. civ., 9 fév. 1955, *Bull. civ.* I, p. 63.
- Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17.813.
- Cass. Com., 12 oct. 2022, n° 22-40-93
- Cass. 1^{re}, civ., 26 nov. 1991, *bull. civ.* I, n° 334.
- Cass. civ, 9 fév. 1955, *Bull. civ.* I, p. 63.
- T. com. Vannes, 27 avr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973. 2. 610
- Cass. com., 19 avril. 1972, *D.* 1972. 538
- Cass. Com., 18 avril 2000, n° « 97-21.569 », Inédit.
- Cass. 2^{ème}, civ., 17 décembre 1997, n° « 96-13.658 », *Bull. civ.* II, n° 319.
- Cass. 3^{ème}, civ., 17 février 1976, n° « 74-12.562 ».
- Cass. 2^{ème}, civ., 2 déc. 1999, n° « 91-16.618 », *Bull. civ.* II, n° 289.
- Cass. soc., 24 juin 2014, n° 12-24.623, *Bull. civ.* V, n° 156
- Cass. Req., 16 nov. 1858, *D.* 1859, I, 39.
- Cass. Req., 18 fév. 1858, *DP 1903*, I, 487
- Cass. soc., 19 juin 2007, n° 06-44.570. – 6 déc. 2006, n° 05-43.614
- Cass. 2^{ème}, civ., 22 mars 2006, n° 04-18.029;
- Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-41.689
- Cass. 2^{ème}, civ., 6 déc. 2001, n° 99-17.697
- Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-46.342 et n° 99-43.356, *Bull. civ.* V, n° 148
- Cass. 2^{ème}, civ., 11 mars 2010, n° 09-13.636, *Bull. civ.* II, n° 51
- Cass. Com. 16 juin 1998, n° 96-20.182, *Bull. civ.* IV, n° 192
- Cass. 3^{ème}, civ., 11 févr. 2016, n° 15-21.949, *D.* 2016. 2336
- Cass. crim. 24 mars 2015, n° 14-84.154, *Bull. crim.* n° 92
- Cass. 3^{ème}, civ., 21 oct. 1975, n° 74-13.752, *Bull. civ.* III, n° 303
- Civ. 3^e, 21 nov. 1969, *Bull. civ.* III, n° 763
- Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 10-18.874
- Cass. 3^{ème}, civ., 12 oct. 1971, *Bull. civ.* III. n° 486
- *RTD com.* 1996. 338, obs. Martin-Serf
- Com. 28 mars 1995, n° 92-17.805, *Bull. civ.* IV, n° 103; *RJDA* 1995, n° 1152

- Cass. com., 3 nov. 2004, n° 01-17.036
- 5 oct. 2004, n° 02-17.375; 18 déc. 2001, n° 00-12.446.
- Cass. civ., 18 février 1903, *DP* 1903, I, 487
- Angers, 12 déc. 2006, RG n° 2006/00157
- Reims, 22 mars 2006, RG n° 2005/00322
- Versailles, 2 mai 1984, *Gaz. Pal.* 1986. 1. Pan. 27
- Cass. com., 16 oct. 1978 : *JCP G* 1978, IV, p. 352
- Nancy, 20 oct. 1976: *RJ com.* 1977, p. 216
- TGI Avesnes-sur-Helpe, 6 déc. 1973, *D.* 1974, p. 48
- Cass. soc., 30 janv. 2013, n° « 12-11.875 »
- Cass. soc. 1 juil. 1998, n° « 96-17.076 », n° « 96-17.524 ».
- Cass. com., 25 sept. 2012, n° « 11-17256 », SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F
- Cass. com., 8 juillet 1997, n° « 95-16.878 ».
- Cass. 1^{re}, civ., 15 janv. 2020, n° « 18-22.503 »
- Cass. 1^{re}, civ., 3 mai 2018, n° « 17-10.520 ».
- CE, 18 déc. 2002, arrêt Mme Duvignères.
- CE, 29 janv. 1954, arrêt institution Notre Dame de kreisker.
- CE, 7 octobre 2009, req. n° « 314747 ».
- CE, 4 mai 1990, n° « 55124 et 55137 » association freudienne et autres
- CE, 17 mai 2000, n° « 272618 », n° « 199306 »
- CE 21 oct. 1999, n° « 192127 »
- CE, 16 déc. 2005, n° « 272618 ».
- CE, 27 mars 2000, n° « 204227 ».
- Cass. soc., 14 oct. 2015, n° « 14-10960 »
- Cass. soc. 14 avril 1988, n° « 85-46.027 P ».
- Cass. soc., 30 sept. 2004, n° « 02-16.439 ».
- Cass. soc. 28 novembre 2007, n° « 05-45.354 ».
- Cass. com., 7 fév. 1972
- Versailles, 25 octobre 1990.
- CA Versailles, 13^och, 25 oct. 1990.
- Cass., 3^{ème}, civ, 23 juin 2021, n° « 20-17.554 ».
- Paris, 7 avril 2016, n° « 15/03431 ».

- Paris, 8 juin 2001 : *JCP E* 2001, n° 31-35, p. 1308
- Paris, 12 juin 1998.
- TA Versailles, 16 nov. 2004, n° 3801 : *RJF* 2005.555
- CA Paris, 25 mai 2007, n° 04PA1521/RJF 2008. 42
- CAA Nantes, 17 déc. 2007, n° « 07NT397 », *RJF* 2008
- CE, 23 juillet 2010, n° « 313445 » : *RJF* 2010.1016
- Cass. soc. 29 sept. 2004 : *D.* 2004. *AJ* 2656
- Cass. com., 13 sept. 2011, n° « 10-19.526 »
- Cass. 3^{ème}, civ., 11 mai 2011, n° « 10-12.875 ».
- Cass. 3^{ème}, civ., 23 juin 2021, n° « 20-17.554 ».
- Cass., 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96-16-247 ».
- Cass., 1^{re}, civ., 16 juil. 1998, n° « 96-16-247 »
- Cass., 1^{re}, civ., 16 mai 2013, n° « 12-17-814 ».
- Cass. soc., 27 juin 1974, n° 73-14.336, *Bull. civ.* V, n° 395, *JCP G* 1974, IV, p. 293
- Amiens, 3 mai 2005
- Aix-en-Provence, 22 janvier 2015
- Cass. com., 10 fév. 2009, n° « 07-21.806 »
- Cass. com. 10 fév. 2009, n° « 07-21.807 »
- T. com. Paris, 25 nov. 2003: *Bull. Joly Sociétés* ; T. com., Versailles, 30 avr. 2004 : *RJDA*, 2004/8-9, n° 995.
- Cass. soc., 10 nov. 2009, 08-41.497, publié au bulletin.
- Cass. com., 25 sept. 2012, n° « 11-17256 »
- Paris, 1^{re} ch., sect. A, 13 avr. 1988, n° « 1988-022532 », éd. Les belles lettres.
- Paris, 25 nov. 2003, *Bull. Joly Sociétés*
- T. com., Versailles, 30 avr. 2004, 2004/8-9, *RJDA*, n° 995
- Amiens, ch. com., 24 mai 2016, n° 15/03362.
- Cass. civ., 1^{re}, 6 Déc .1989, n° « 88-16.727 »
- Cass. 1^{re}, civ., 7 février 2006, n° « 03-15.094 ».
- CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 23 mars 2021, n° 18/01960
- CA Versailles, 13^och, 25 oct. 1990.
- Cass. com. 19 déc., 2006, 05-16-395, publié au bulletin.
- Cass. civ., 4 mars 1931.

- Cass. civ. Janv. 1886 : DP 1886.1.122.
- Cass. soc., 14 oct. 2015, n° « 14-10960 »

Réponses ministérielles :

- Rép. min. 15 aout 2006, JO. 15 août 2006, p. 8562.
- BOI-RSA-ES-20-10-20-50 ; RM Baeumler n° 50871, JOAN, 14 mai 2001, p. 2810.
- BOI n° 39, 9 avril 2008, règles applicables aux attributions gratuites d'actions, 4N-1-08.
- Rép. min. n° 149 : JOAN Q 14 mai 2001, p. 2810.
- Instr., 10 novembre 2006, BOI 5F-17-06.
- Réponse ministr. JOAN 18 juin 2001, p. 3530 à la Q. n° 58031, JOAN 19 fév. 2001.
- Circ. Intermin., 14 sept. 2005, JO 1^{er} nov. Art. L. 3332-11, C. trav.
- Circ. Intermin. Préc.
- Rép. min. n° 7675, JO Sénat Q. 17 juillet 1969.
- Rép. min. JOAN Q. 31 octobre 1969.
- Rép. min. n° 9365 JOANQ, 7 mai 1970.
- Circ. 14 septembre 2005, relative à l'épargne salariale, JORF n° 255, 1 novembre 2005.
- Instr. Fisc. n° 270, 12 aout 2014, BOI-RSA-ES-20-40-20140812.
- Instr. Fisc. n° 270, 12 aout 2014, BOI-RSA-ES-20-40-20140812.
- Rép. min. n°58 : JO Sénat 3 janvier 2008, p. 38.
- Rép. min. n° 20179 : JOAN 30 mars 2004, p. 2570
- Rép. min. n° 34056 à M. Ph. Marini, JO Sénat Q 22 nov. 2001, p. 3718.
- Rép. min. n° 58, JO Sénat 3 janvier 2008, p. 38.
- Rép. min. n° 20179, JOAN 30 mars 2004, p. 2570.
- Instr. fisc., n° 270, 12 août 2014, BOI-RSA-ES-20-40-20140812.
- Rép. min. n° 7675 : JO Sénat Q 17 juillet 1969.
- Rép. min. JOAN Q 31 octobre 1969.
- Rép. Min. n° 9365 : JOAN Q 7 mai 1970.
- Instruction fiscale BOI-RSA-ES-20-40-20140812, 12 aout 2014, n° 270.
- Commentaire de l'administration fiscale, 10 fév. 1990, le régime fiscal de dividendes des actions de travail, éd. LexisNexis.

Avis :

- Avis du Comité juridique de l'ANSA, comm., mars 2001, n° 3062, p. 6 et s.
- Comité juridique ANSA, 20 janv. 2005, n° 05-003.
- Avis CNT n° 1230, 16 juin 1998.
- Avis CNT n° 1230, p.16. ; avis CCE n° 447, 16 juin 1998
- **J-M. Germain,**

Rapport sur le projet de Loi relatif à la sécurisation de l'emploi, 27 mars 2013. 175.

Index alphabétique

A

à titre onéreux, 23, 24, 85, 216, 240, 241, 254, 264, 309

actionnariat salarié, 5, 136, 173, 174, 175, 182, 201, 306

actions, 4, 9, 11, 12, 13, 15, 24, 41, 47, 54, 55, 56, 72, 78, 81, 82, 84, 85, 86, 88, 90, 93, 96, 99, 100, 101, 106, 108, 110, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 157, 159, 160, 161, 165, 170, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 209, 213, 218, 219, 220, 221, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 243, 250, 251, 252, 259, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 289, 295, 296, 305, 307, 312

actions industrielles, 12

affectio-societatis, 20, 49, 61, 171, 172, 224

aléa, 21, 56

apport à titre onéreux, 23, 24

apport de créance, 308, 310

apport en industrie, 1, 4, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 81, 83, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 112, 114, 115, 117, 173, 184, 193, 194, 202, 203, 204, 205, 206, 211, 232, 250, 251, 252, 253, 261, 262, 264, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 312, 313

apport en nature, 12, 21, 22, 34, 35, 37, 42, 47, 215, 264, 304, 305, 308, 309

apport en propriété, 22

apport mixte, 24

apport pur et simple, 23

apports en numéraire, 8, 22, 132

apurement des dettes, 20

assemblée, 7, 63, 84, 85, 88, 89, 90, 99, 114, 115, 130, 131, 138, 141, 149, 150,

151, 168, 170, 171, 172, 174, 176, 177,
180, 191, 192, 193, 194, 196, 200, 202,
205, 209, 223, 224, 225, 226, 239, 243,
244, 247, 248, 255, 256, 257, 258, 259,
260, 261, 268, 269, 271, 272, 276, 284,
287, 291, 292, 293, 295, 296, 305

assemblée générale, 7

association du travail au capital, 1, 4, 10,
11, 15, 17, 167, 175, 186, 197, 206, 207,
208, 209, 226, 233, 249, 281

attribution gratuite d'actions, 11, 85, 114,
129, 131, 137, 138, 139, 140, 141, 142,
143, 144, 146, 147, 148, 149, 153, 178

augmentation du capital social réservée
aux salariés, 85, 130, 204, 209, 296, 305

augmentations obligatoires du capital, 11,
14, 204, 209, 253, 279, 282, 313

B

bénéfices, 4, 5, 6, 9, 19, 20, 21, 23, 46, 54,
56, 57, 60, 62, 65, 66, 78, 80, 81, 82, 83,
84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 95, 96,
97, 99, 100, 103, 104, 108, 109, 110,
111, 112, 114, 123, 125, 140, 186, 187,
190, 191, 193, 197, 235, 241, 254, 256,
261, 271, 281, 282, 283, 297, 304, 312

C

capital, 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13,
14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27,

33, 35, 38, 40, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 51,
52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 65,
66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 77, 78, 79,
80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91,
92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101,
103, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112,
113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121,
122, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132,
133, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 142,
144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152,
153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160,
161, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 172,
173, 174, 175, 176, 177, 179, 181, 182,
183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190,
191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198,
199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206,
207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215,
216, 217, 221, 222, 223, 224, 225, 226,
227, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236,
238, 239, 240, 241, 243, 245, 248, 249,
250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257,
258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265,
266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274,
275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282,
283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290,
291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299,
300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307,
308, 309, 312, 313

capital humain, 8, 11, 52, 84, 108, 226,
253, 254, 281

capital social, 4, 5, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15,
16, 17, 19, 20, 21, 26, 27, 33, 35, 38, 40,

42, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 72, 77, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 117, 118, 121, 122, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 148, 154, 156, 157, 158, 160, 166, 167, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 177, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 216, 217, 222, 223, 226, 227, 230, 231, 232, 233, 234, 238, 239, 240, 241, 245, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 268, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 288, 289, 290, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 312, 313

capitalisme cognitif, 8, 10

capitaux propres, 5, 9, 48, 58, 108, 122, 173, 175, 195, 196, 223, 252, 267, 268

catholicisme social, 5

cédant, 72, 73, 78, 80, 219, 308, 309, 311

cession de créance, 310

cession de créances civiles, 309

cessionnaire, 41, 47, 72, 78, 81, 85, 219, 220, 308, 309, 310

clauses abusives, 301

commissaire aux apports, 16, 21, 106, 190

comptes courants d'associés, 9

connaissances, 8, 10, 18, 19, 25, 28, 34, 35, 40, 183

consentement, 310

consommation, 6

conversion, 1, 11, 13, 14, 15, 16, 90, 99, 117, 118, 127, 161, 164, 165, 166, 167, 176, 183, 184, 185, 186, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 227, 230, 231, 233, 236, 239, 240, 241, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 261, 262, 264, 267, 268, 274, 277, 278, 279, 298, 299, 300, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 312, 313

conversion de l'apport en industrie, 13, 14, 211, 261, 277

Cour de cassation, 19, 20, 25, 30, 35, 57, 58, 60, 61, 62, 66, 69, 80, 105, 115, 127, 142, 188, 211, 213, 214, 230, 260, 261, 270, 290, 291, 292

courant utopiste, 5

créance, 22, 23, 26, 59, 64, 110, 128, 137,
140, 143, 144, 176, 179, 213, 214, 215,
216, 217, 224, 227, 236, 241, 304, 305,
307, 308, 309, 310, 311

D

débiteur, 20, 49, 50, 101, 102, 103, 104,
308, 309, 310, 311

désintéressement des créanciers, 21, 22

dissolution, 9, 20, 25, 58, 62, 64, 67, 68,
69, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 96, 107, 137,
162, 178, 185, 191, 192, 193, 196, 200,
211, 219, 234, 292, 303

dividende salarié, 3

dividendes, 4, 54, 55, 65, 66, 82, 86, 91,
93, 115, 148, 163, 184, 186, 187, 188,
190, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200,
201, 204, 232, 233, 234, 235, 236, 237,
238, 239, 240, 241, 251, 262, 267, 268,
269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276,
277, 289, 312

droit personnel, 79, 310

droits potentiels, 301, 302, 303, 304, 306,
307, 308

droits préférentiels de souscription, 130,
285

droits sociaux, 18, 19, 21, 23, 24, 62, 65,
66, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 93, 111, 186,

191, 240, 270, 298, 299, 300, 301, 302,
303, 304, 306, 307, 313

E

émission, 86, 89, 108, 109, 110, 111, 112,
113, 114, 129, 131, 132, 144, 150, 151,
152, 155, 213, 218, 241, 272, 276, 284,
285, 287, 295, 304, 307

employeur, 8, 13, 30, 117, 119, 120, 123,
124, 125, 142, 143, 148, 161, 179, 194,
197, 203, 237, 249, 301, 308, 313

entreprise individuelle, 19, 300

État, 5, 119, 198, 199, 221

exception d'inexécution, 13, 82, 103, 104,
311

exceptions inhérentes à la dette, 311

F

familéstériens, 6

famillière de Guise, 5, 6

famillière Godin, 6

famillières, 6

G

grèves, 3, 208

groupement de travailleurs, 231, 232, 236,
240, 244, 245, 247, 248

I

idéologie socialiste, 7

insolvabilité, 311

intégration de l'apport en industrie au capital social, 14

intrapreneur, 298, 300

intraprise, 1, 277, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 313

irrecevable, 310

J

jurisprudence, 12, 20, 23, 24, 27, 31, 38, 49, 53, 56, 57, 60, 61, 62, 64, 67, 68, 69, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 85, 87, 97, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 110, 131, 135, 152, 153, 154, 181, 198, 199, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 227, 228, 230, 237, 239, 255, 259, 278, 291, 301, 304, 310

K

kibboutz, 6, 7

L

la participation des salariés au capital, 10

lien de subordination, 11, 13, 27, 29, 30, 188, 203, 232, 300

Loi, 3, 4, 54, 115, 119, 138, 156, 165, 196, 213, 292

M

mandataires, 11, 50, 120, 137, 138, 142, 146, 147, 148, 154, 165, 192, 194, 195, 243, 244, 245, 247, 248, 293

modèle d'association du travail au capital, 3

N

non-familistériens, 6

notoriété, 18, 19, 28, 36, 38, 40

O

obligation personnelle, 309

ordonnance, 49, 102, 103, 104, 121, 151, 218, 224, 228, 230, 259, 274, 283, 285, 295, 305, 308, 309, 310

organisation, 5, 120, 256, 287, 294, 300

organisme financier, 310

P

paiement des dividendes en actions, 116, 239, 240, 251, 262, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 312

paix sociale, 7, 10

paradigmes économiques, 8

participation, 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 14, 15, 20, 22, 55, 56, 70, 71, 72, 76, 84, 98, 104, 105, 108, 110, 112, 114, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 207, 209, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 223, 227, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 241, 247, 248, 249, 250, 253, 266, 292, 299, 300

parts d'industrie, 4, 12, 13, 19, 25, 26, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 54, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 89, 91, 94, 97, 98, 101, 102, 106, 108, 117, 188, 190, 193, 194, 204, 250, 251, 260

patrimoine personnel, 9

personnalité morale, 9, 19, 64, 185, 187, 231, 232, 299, 300

pertes, 19, 20, 22, 44, 46, 54, 56, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 96, 97, 98, 112, 113, 140, 168, 191, 192, 196, 301

phalanstères, 6

plus-values, 10, 14, 51, 55, 56, 57, 58, 68, 107, 108, 110, 111, 113, 154, 168, 198, 205, 209, 211, 219, 220, 253, 254, 256,

261, 263, 264, 278, 279, 281, 282, 283, 297, 312

prêt à intérêt, 21

proposition de Loi, 3, 4

propriété, 5, 6, 7, 19, 21, 22, 23, 32, 35, 55, 65, 66, 137, 141, 148, 171, 172, 187, 188, 189, 194, 224, 226, 232, 241, 256, 289

R

rémunération, 4, 5, 11, 12, 16, 24, 26, 53, 54, 55, 56, 57, 69, 90, 93, 98, 124, 126, 141, 142, 143, 146, 154, 165, 183, 184, 193, 195, 201, 208, 219, 221, 279, 300, 313

réponses ministérielles, 198, 215, 287, 294, 304

réserves, 8, 9, 14, 48, 55, 57, 58, 62, 64, 65, 66, 76, 84, 85, 86, 90, 95, 97, 99, 100, 101, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 144, 156, 168, 175, 177, 178, 181, 200, 205, 209, 211, 216, 236, 240, 241, 250, 253, 254, 256, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 271, 278, 281, 304, 312, 313

résolution, 84, 85, 88, 89, 104, 108, 151, 152, 153, 209, 225, 261, 283, 284, 286, 287, 290, 291, 294, 295, 296, 311

S

salarié, 1, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 30, 31, 41, 67, 84, 88, 108, 117, 118, 119, 121, 122, 124, 126, 127, 128, 130, 136, 137, 140, 141, 142, 144, 145, 148, 149, 153, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 169, 171, 173, 174, 175, 178, 179, 182, 183, 185, 186, 188, 189, 191, 193, 194, 197, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 233, 236, 237, 238, 248, 249, 278, 279, 285, 289, 290, 292, 293, 295, 296, 297, 306, 308, 312

SARL, 4, 12, 21, 24, 31, 35, 37, 38, 39, 41, 46, 48, 52, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 93, 97, 112, 115, 116, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 145, 153, 158, 165, 172, 177, 178, 179, 180, 182, 189, 201, 202, 206, 207, 210, 212, 213, 215, 216, 227, 231, 233, 242, 243, 244, 245, 249, 250, 251, 263, 264, 271, 272, 273, 275, 276, 281, 282, 283, 305, 306

savoir-faire, 8, 10, 12, 18, 19, 27, 28, 33, 34, 35, 40, 42, 45, 46, 60, 98, 107, 252, 277

société, 1, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67,

68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 88, 89, 91, 92, 93, 96, 97, 98, 101, 102, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 120, 127, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 165, 167, 168, 170, 172, 173, 177, 179, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 253, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 282, 283, 284, 288, 290, 292, 293, 294, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 313

société à vocation salariale, 231, 232, 236, 238, 240, 241, 242, 243, 245, 247, 248, 249

société employeur, 15, 136, 156, 161, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 308, 310

société en participation, 300

sociétés civiles professionnelles, 8, 11, 14, 47, 52, 57, 82, 97, 111, 211, 212, 253, 255, 256, 257, 258, 277, 278, 282, 312

souscription d'obligations, 307

syndicats, 3, 120

T

transport des créances, 309

travail, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 40, 41, 45, 46, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 67, 68, 78, 81, 83, 86, 105, 108, 115, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 136, 142, 143, 154, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 219, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 248, 249, 250, 252, 264, 265, 266, 269, 271, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 296, 297, 299, 302, 312

travail salarié, 13, 117, 203

travailleurs, 3, 5, 6, 7, 10, 15, 26, 124, 125, 143, 165, 168, 179, 184, 186, 189, 202, 231, 232, 236, 238, 240, 243, 244, 245, 247, 248

U

ubérisation, 11

usufruit, 19, 22, 23, 66, 270

V

valeurs mobilières donnant accès au capital, 89, 284, 287

Table des matières

Introduction	11
Partie 1 - L'insuffisance des mécanismes d'association du travail au capital social.....	25
Titre 1 - L'impossible intégration de l'apport en industrie.....	26
Chapitre 1 - Le particularisme de l'apport en industrie	27
Section 1 - L'objet protéiforme de l'apport en industrie.....	35
§ 1 - L'objet « <i>stricto-sensu</i> » de l'apport en industrie.....	37
§ 2 - L'objet « <i>lato-sensu</i> » de l'apport en industrie.....	41
A - L'apport en savoir-faire :	41
B - L'apport en garantie :	43
C - L'apport du droit de présentation de la clientèle civile et commerciale :	45
D - L'apport des démarches effectuées par les fondateurs :	46
Section 2 - Les caractères généraux et propres de l'apport en industrie	48
§ 1 - Les caractères généraux de l'apport en industrie :	49
A - Le caractère personnel de l'apport en industrie :	49
B - Les caractères continu et permanent de l'apport en industrie :	49
C - Les caractères incessible et inaliénable des parts d'industrie :	50
§ 2 - Les caractères propres à certaines catégories d'apport en industrie.....	52
A - Le caractère successif ou instantané de l'apport en industrie	52
B - Les caractères permanent et ponctuel de l'apport en industrie :	52
Chapitre 2 - Les critiques du régime juridique de l'apport en industrie et ses palliatifs ..	55
Section 1 - Les critiques du régime juridique de l'apport en industrie	56
§ 1 - L'exclusion de l'apport en industrie du capital social.....	57
A - Les difficultés d'évaluation de l'apport en industrie	57
B - Le caractère extrapatrimonial de l'apport en industrie	58
§ 2 - La critique de l'application du droit des sociétés aux apports en industrie.....	63
A - Le domaine d'application restreint de l'apport en industrie	63
B - Critiques des règles régissant la rémunération de l'apport en industrie	65
1 - Droit aux dividendes : rémunération de l'apporteur en industrie en fonction du capital	65
2 - Droit de l'apporteur en industrie aux réserves sociales	68
3 - Le droit de l'apporteur en industrie à une part de l'actif net.....	69
C - Les droits politiques de l'apporteur en industrie.....	70
D - L'incertitude du régime de la contribution de l'apporteur en industrie aux pertes et aux dettes : obligations incombant à tout associé.....	72
1 - La contribution de l'apporteur en industrie aux pertes sociales :	72
2 - La contribution de l'apporteur en industrie aux dettes sociales.....	80
a - L'étendue de l'obligation aux dettes sociales de l'apporteur en industrie d'une société civile :	81
b - L'entendue de l'obligation aux dettes sociales de l'apporteur en industrie d'une société commerciale de personnes :	84

E - La neutralité du capital dans la détermination des obligations spécifiques de l'apporteur en industrie : obligation de faire et obligation de ne pas faire	85
F - La cessation de l'apport en industrie	86
1 - Le régime de disparition des parts d'industrie dans les sociétés de personnes SNC et sociétés en commandite	87
2 - Le régime de disparition des parts d'industrie dans les SARL	91
3 - Le régime de disparition des parts d'industrie dans la SAS	93
4 - Les limites de la conjonction de l'apport en industrie avec le capital social	95
a - Le sort de l'apport en industrie lors d'une augmentation du capital	95
b - Le sort de l'apport en industrie lors d'un « coup d'accordéon »	100
c - Le sort de l'apport en industrie lors d'un amortissement du capital	101
G - Incertitude du régime fiscal de l'apport en industrie	102
Section 2 - Les palliatifs aux limites du rapport entre l'apport en industrie et le capital social	106
§ 1 - Les palliatifs aux limites de la conjonction du capital social avec l'apport en industrie	107
A - Proposition de palliatifs aux limites de la conjonction de l'augmentation du capital social avec l'apport en industrie	107
B - Proposition de palliatifs aux limites de la conjonction de la réduction du capital social avec l'apport en industrie	109
C - Proposition de palliatifs aux limites de la conjonction de l'amortissement du capital social avec l'apport en industrie :	111
§ 2 - Les palliatifs aux limites de l'exclusion des parts d'industrie du capital social	113
A - L'incorporation directe des parts d'industrie au capital social	113
1 - Les alternatives aux limites d'exécution de l'apport en industrie	113
2 - Les palliatifs aux limites d'évaluation de l'apport en industrie	117
B - L'incorporation indirecte des parts d'industrie au capital social	119
Titre 2 - Les imperfections des méthodes de conversion du travail salarié	131
Chapitre 1 - La conversion du travail salarié dans les sociétés commerciales	132
Section 1 - Les limites de la participation des salariés aux résultats sociaux	133
§ 1 - Les limites tenant au plafond sur les salaires qui servent de base de répartition de la réserve spéciale de participation :	136
§ 2 - Les limites tenant au seuil de la participation :	138
Section 2 - Les difficultés tenant aux augmentations du capital social réservées aux salariés	143
§ 1 - Les limites des augmentations du capital réservées aux salariés liées à la forme sociale	144
A - Les obstacles à l'augmentation de capital en faveur des salariés de SARL ..	144
B - Les obstacles à l'augmentation de capital en faveur des salariés de sociétés de personnes	146
C - Les limites de l'augmentation de capital réservée aux salariés de sociétés anonymes	147

1 - Les limites aux régimes juridique et fiscal des attributions gratuites d'actions :	148
2 - Les limites du régime juridique des stock-options :	157
§ 2 - Les limites de l'actionnariat salarié en fonction de l'affectation de l'épargne salariale	164
Chapitre 2 - La conversion du travail salarié dans les sociétés coopératives de travail .	171
Section 1 - L'échec de la conversion du travail dans les sociétés coopératives de production (SCOP)	172
§ 1 - L'échec de la conversion issue du statut de la SCOP.....	174
§ 2 - La prohibition des stock-options et des attributions gratuites d'actions dans la SCOP	181
Section 2 - L'échec d'association du travail au capital social des SAPO	185
§ 1 - L'échec d'intégration du travail au capital social des SAPO	187
A - L'avantage des « actions de travail ».....	189
B - Les limites d'intégration des actions de travail au capital social de la SAPO	189
1 - Les limites liées à l'impossibilité de détention du capital par la SCMO	190
2 - Les limites liées à la nature des « actions de travail »	190
§ 2 - Les limites de conversion du travail en capital social de la SAPO	196
Partie 2 - L'évolution des mécanismes de conversion du travail en capital social	203
Titre 1 - Le perfectionnement de la conversion du « travail salarié » en capital social	204
Chapitre 1 - Le modèle de conversion conventionnelle.....	206
Section 1 - L'impératif d'association du travail en capital	207
§ 1 - L'application de « l'accord de conversion du travail en capital social » aux sociétés de personnes : SNC, SCS, SCP.....	209
A - L'application de l'« accord de conversion du travail en capital » à la société en nom collectif et la société en commandite	209
B - L'application de l'« accord de conversion du travail en capital » à la société civile professionnelle :	210
§ 2 - L'application de l'« accord de conversion du travail en capital » à la SARL.	212
A - Qualification de la nature juridique des sommes issues de la participation :	212
B - Qualification juridique de l'augmentation du capital social au bénéfice des salariés.....	214
Section 2 - La consécration des droits des associés et des salariés	216
§ 1 - La consécration des droits des associés.....	217
§ 2 - La consécration des droits des salariés porteurs.....	220
A - L'intérêt de suggestion d'une promesse unilatérale de cession ou de souscription de parts sociales	220
B - La question de l'absence de l'obligation de la réalisation d'une plus-value dans la promesse unilatérale de cession de parts sociales :	225
Chapitre 2 - Le modèle de conversion institutionnelle	230
Section 1 - La conversion des droits attachés aux « parts sociales de travail » en capital social.....	232
Section 2 - L'analyse du champ d'application de la « société à vocation salariale » .	240
§ 1 - L'application de la « société à vocation salariale » à la SARL.....	241

§ 2 - L'application de la « société à vocation salariale » aux sociétés commerciales de personnes.....	243
A - De l'ordre de l'adaptation entre la prise de décision dans les sociétés commerciales de personnes et le fonctionnement du « groupement de travailleurs »:.....	243
B - De l'ordre de la non-conformité entre la qualité de commerçant et celle de salarié :	245
Titre 2 - Le perfectionnement de la conversion de l'apport en industrie en capital social .	249
Chapitre 1 - Les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « De lege lata »	250
Section 1 - La conversion de l'apport en industrie via les augmentations obligatoires du capital	251
§ 1 - Les conditions de mise en œuvre de l'augmentation du capital.....	256
A - Les conditions de forme.....	256
B - Les conditions de fond :	257
Section 2 - La conversion de l'apport en industrie via les augmentations facultatives du capital social	261
§ 1 - L'augmentation du capital par incorporation des réserves.....	262
A - L'augmentation du capital par incorporation des réserves dans les SARL : .	262
B - L'augmentation du capital par incorporation des réserves dans les SAS :	263
§ 2 - La conversion de l'apport en industrie via le paiement de dividendes en actions	266
Chapitre 2 - Les moyens juridiques de conversion de l'apport en industrie « <i>De lege ferenda</i> »	277
Section 1 - La conversion de l'apport en industrie en société.....	278
§ 1 - L'extension des augmentations obligatoires du capital social aux autres formes sociales.....	279
A - Dans les sociétés par actions :	280
B - La SAS, la SASU	281
C - La société d'exercice libéral	282
D - Dans les sociétés en nom et les sociétés en commandite simple	282
E - Dans la SARL.....	282
§ 2 - L'extension des augmentations du capital réservées aux salariés à l'apporteur en industrie.....	283
C- Les manifestations d'incitations à l'augmentation du capital réservée aux salariés.....	287
1 - Exclusion des titres détenus dans le cadre d'une augmentation du capital du calcul du pourcentage de détention du capital de la société filiale par la société mère	287
2 - La sanction d'inexécution de l'obligation permanente	288
3 - L'information des salariés à l'occasion d'une augmentation du capital réservée aux salariés	289
D- Les manifestations d'infléchissement de l'augmentation du capital réservée aux salariés.....	290

4 - La nullité imprévisible de l'augmentation du capital réservée aux salariés	290
5 - La représentation des salariés actionnaires aux organes de direction	291
6 - Champ d'application imprécis de l'obligation permanente	292
a - L'application de l'obligation permanente aux sociétés ne disposant pas d'un PEE	292
b - L'application de l'obligation permanente aux SAS	292
c - Le type des augmentations du capital « déclenchantes » de l'obligation permanente suscitent des interrogations	294
d - Les difficultés d'extension du bénéfice des augmentations du capital social aux apporteurs en industrie :	295
e - L'inefficience des augmentations du capital social réservées aux salariés dans l'association des salariés au capital :	295
Section 2 - La conversion de l'apport en industrie en intraprise	297
§ 1 - La conversion des « droits potentiels » en droits sociaux de la société employeur : augmentation du capital	303
§ 2 - La conversion des « droits potentiels » en droits sociaux d'une société nouvellement créée :	306
Conclusion de la thèse	312
Références bibliographiques	313

Attention, ne supprimez pas le saut de section suivant (page suivante non numérotée)

[Cliquez ici pour ajouter le titre]

[Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Mauris et facilisis turpis. Donec rhoncus euismod molestie. Donec vel luctus diam, ut rhoncus ipsum. Nullam sollicitudin arcu non dolor posuere lacinia. Proin in elementum arcu. Aliquam consectetur imperdiet mi, non pharetra lectus rutrum quis. Pellentesque dapibus tellus lorem. Donec condimentum, erat eget pulvinar sollicitudin, magna est tempus tellus, sed venenatis nibh augue ac neque. Nullam ultricies, mauris a fringilla rhoncus, nisl nibh molestie neque, sed bibendum justo libero a nisi. Morbi nec sollicitudin est. Etiam quam enim, commodo at urna hendrerit, sagittis maximus ligula. Nullam ornare tincidunt accumsan. Quisque odio diam, congue eu magna ut, commodo placerat est. Suspendisse a diam volutpat, volutpat risus ultricies, aliquet massa. Aliquam efficitur ut magna eu placerat. Quisque pulvinar interdum metus eu euismod. Sed risus ex, tempor ut sagittis sit amet, vestibulum nec nulla. Nulla arcu est, ullamcorper quis nunc sed, lobortis convallis justo. Aliquam congue, ex nec rhoncus varius, est justo eleifend leo, a vestibulum mi nisi non sem. Phasellus ultrices aliquet nulla, eget pharetra massa ullamcorper non. Donec id vulputate arcu. Nam porta et ligula vel ornare. Proin porttitor laoreet ex, eu pulvinar diam mattis sed. Aliquam quis pharetra enim. Etiam lobortis dolor imperdiet, blandit elit vel, molestie est. Nam id pharetra erat. Vivamus convallis dolor in est varius, cursus finibus risus tempor. Sed vitae iaculis ipsum. Nunc eu sem sollicitudin ligula euismod semper. Sed risus ex, tempor ut sagittis sit amet, vestibulum nec nulla. Nulla arcu est, ullamcorper quis nunc sed, lobortis convallis justo]

Mots-clés : [mot-clé1, mot-clé2...]

[Cliquez ici pour entrer le titre en anglais]

[Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Mauris et facilisis turpis. Donec rhoncus euismod molestie. Donec vel luctus diam, ut rhoncus ipsum. Nullam sollicitudin arcu non dolor posuere lacinia. Proin in elementum arcu. Aliquam consectetur imperdiet mi, non pharetra lectus rutrum quis. Pellentesque dapibus tellus lorem. Donec condimentum, erat eget pulvinar sollicitudin, magna est tempus tellus, sed venenatis nibh augue ac neque. Nullam ultricies, mauris a fringilla rhoncus, nisl nibh molestie neque, sed bibendum justo libero a nisi. Morbi nec sollicitudin est. Etiam quam enim, commodo at urna hendrerit, sagittis maximus ligula. Nullam ornare tincidunt accumsan. Quisque odio diam, congue eu magna ut, commodo



placemat est. Suspendisse a diam volutpat, volutpat risus ultricies, aliquet massa. Aliquam efficitur ut magna eu placemat. Quisque pulvinar interdum metus eu euismod. Sed risus ex, tempor ut sagittis sit amet, vestibulum nec nulla. Nulla arcu est, ullamcorper quis nunc sed, lobortis convallis justo. Aliquam congue, ex nec rhoncus varius, est justo eleifend leo, a vestibulum mi nisi non sem. Phasellus ultrices aliquet nulla, eget pharetra massa ullamcorper non. Donec id vulputate arcu. Nam porta et ligula vel ornare. Proin porttitor laoreet ex, eu pulvinar diam mattis sed. Aliquam quis pharetra enim. Etiam lobortis dolor imperdiet, blandit elit vel, molestie est. Nam id pharetra erat. Vivamus convallis dolor in est varius, cursus finibus risus tempor. Sed vitae iaculis ipsum. Nunc eu sem sollicitudin ligula euismod semper. Sed risus ex, tempor ut sagittis sit amet, vestibulum nec nulla. Nulla arcu est, ullamcorper quis nunc sed, lobortis convallis justo]

Keywords : [keyword1, keyword2...]

