

## La Transformation De La Societe Civile En Societe Anonyme

**Ramarde, Nedoumbaïel**

Assistant CAMES, Université de Moundou

[doi: https://doi.org/10.37745/gjplr.2013/vol11n31130](https://doi.org/10.37745/gjplr.2013/vol11n31130)

Published April 23, 2023

---

**Citation** : Ramarde N. (2023) La Transformation De La Societe Civile En Societe Anonyme, *Global Journal of Politics and Law Research*, Vol.11, No.3, pp.11-30

---

**RESUME** : *Le code civil français de 1958, applicable au Tchad, en ses articles 1832 à 1873, n'a pas prévu la possibilité de la transformation d'une société civile en société anonyme. Pour des raisons stratégiques et économiques, le législateur OHADA a prévu une technique de changement de la forme de la société, aux fins de l'adapter aux exigences nouvelles des activités socio-économiques. Mais cette prévision législative semble restrictive. Elle n'a pas envisagé la transformation de la nature juridique de la société. La jurisprudence française, notre source d'inspiration, tente par moment de combler ce vide mais dans des conditions très restrictives. La clarification du législateur OHADA est souhaitable pour un développement plus harmonieux des affaires. La présente étude vise à esquisser la nécessité de la transformation de la société civile en société anonyme, dans l'espace OHADA, à partir de la jurisprudence française.*

**MOTS CLES** : société civile – objet social – transformation – société commerciale.

**ABSTRACT**: *The French civil code of 1958, applicable in Chad, in its articles 1832 to 1873, did not provide for the possibility of the transformation of a civil company into a public limited company. For strategic and economic reasons, the OHADA legislator has provided for a technique for changing the form of the company, in order to adapt it to the new requirements of socio-economic activities. But this legislative forecast seems restrictive. It did not envisage the transformation of the legal nature of the company. French case law, our source of inspiration, attempts at times to fill this void, but under very restrictive conditions. The clarification of the OHADA legislator is desirable for a more harmonious development of business. This study aims to outline the need for the transformation of civil society into a public limited company, in the OHADA space, based on French case law.*

**KEYWORDS**: civil society – corporate purpose – transformation – commercial company.

---

### INTRODUCTION

La forte concurrence qui caractérise l'économie moderne exige de plus en plus de moyens financiers, techniques et humains qu'une entreprise isolée ne parvient pas toujours à rassembler. Cela est parfois vrai à l'échelle d'un pays et, *a fortiori* dans le vaste domaine du commerce mondial. Des entreprises, petites, moyennes et grandes peuvent ainsi concentrer leurs moyens

afin d'accroître leur part de marché, mais aussi et surtout, pour être compétitives. Dans cette optique, une société initialement exerçant seule sous une forme quelconque, peut changer de forme pour des raisons stratégiques ou économique. La transformation est un des mécanismes juridiques permettant cette opération. Rationnellement, la transformation à l'entreprise qui se développe de choisir une forme mieux adaptée à une gestion plus complexe ou qui permet de faire plus aisément appel à de nouveaux associés<sup>1</sup>. La transformation résout un problème d'incapacité d'associé<sup>2</sup>, mais elle permet aussi la croissance, par exemple, avec le passage d'une SARL à une SA. La considération dominante relève de la protection des associés, celle des tiers n'apparaissant qu'en second<sup>3</sup>. La décision est souvent fondée sur un souci d'acclimatation aux réalités économiques<sup>4</sup>. Dans la conception traditionnelle, elle s'analyse en une modification du contrat de société<sup>5</sup>. La forme de la société est, suivant une ancienne expression usitée pour les contrats, le vêtement qui couvre la personne. Il arrive que cette personne change de vêtement<sup>6</sup>. C'est un mécanisme au service de tout groupement, comme la société civile. La société civile est constituée et régie conformément aux règles du code civil français de 1958, applicable au Tchad<sup>7</sup>, en ses articles 1832 à 1873.

La propriété des parts résulte d'une inscription sur un registre tenu par la société. Il est généralement remis un certificat de parts aux associés constatant leurs droits. Les sociétés civiles ne peuvent créer de titres négociables. Ce certificat ne constitue qu'une attestation. Sont régies par les règles applicables aux sociétés civiles, par exemple, les sociétés entre personnes exerçant une même profession<sup>8</sup>. Il peut s'agir d'une société civile de moyen dans lesquels les associés mettent en commun les matériels, les locaux et les personnels utiles à la l'exercice de leur profession.

La particularité de la société civile par rapport à la société commerciale réside dans le fait qu'elles sont transparentes<sup>9</sup>. Cette qualification signifie que si la société ne peut faire face à ses dettes, les créanciers de la société sont recevables à poursuivre les associés sur leurs biens personnels. Ainsi, la 3<sup>e</sup> chambre de la Cour de cassation française a jugé le 12 septembre 2007 que le paiement d'une dette de la société civile constituée en vue de la vente d'immeuble, qui a fait l'objet d'une liquidation amiable et qui ne dispose plus d'aucun actif, peut être poursuivi par les créanciers directement contre l'un des anciens associés. Les associés se présentent comme des débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale.

<sup>1</sup> Y. GUYON, Droit des affaires, t.1, Droit commercial général et sociétés, 12<sup>e</sup> éd. Economica 2003, p.610.

<sup>2</sup> Le passage d'une société en nom collectif en société en commandite simple.

<sup>3</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, LGDJ 5<sup>e</sup> éd. 2013, n°563, P.371.

<sup>4</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29<sup>e</sup> éd. LexisNexis, n°565, P.267.

<sup>5</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°559, P.369.

<sup>6</sup> G. EIPERT et R. ROBLLOT, Traité de droit des affaires, t.2, les sociétés commerciales, 21<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2014, n° 1655, p. 139.

<sup>7</sup> Par l'Acte législatif n°1 portant constitution du 31 mars 1959 et par la Loi constitutionnelle n°2/62 du 16 avril 1962.

<sup>8</sup> Tels que les avocats, les notaires, les commissaires aux comptes, les médecins, les architectes etc.

<sup>9</sup> A l'instar de la SNC.

Il apparaît que la société civile est assujettie aux dispositions du code civil, alors que la société commerciale est soumise, en plus de dispositions du code civil, aux règles spécifiques, notamment, du droit de sociétés commerciales et du droit commercial général.

La question de savoir, peut-on légitimement envisager la transformation d'une société civile en une société anonyme ?

Cette question qui paraît intéressante dans la mesure où elle permet de résoudre un problème économiquement pratique, c'est-à-dire, l'évitement des formalités de création d'une nouvelle personne morale, financièrement et temporellement coûteux. Mais il s'agit également d'une analyse qui peut susciter certaines difficultés techniques, du moment où le législateur OHADA n'a pas prévu la transformation de la nature juridique de la société.

Le code civil français de 1958, applicable au Tchad, en ses articles 1832 à 1873, n'a pas prévu non plus, la possibilité de la transformation d'une société civile en société anonyme.

Le dictionnaire de la culture juridique n'a pas défini la transformation. Selon le vocabulaire juridique, la transformation est « la modification dans la forme d'une institution, d'une prestation. Plus spécifiquement, le changement de la forme d'une société qui n'entraîne pas par elle-même création d'une personne morale nouvelle, mais est parfois assimilée, sur le plan fiscal, à une cession d'entreprise<sup>10</sup>.

Suivant l'article 181 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUSCGIE, « *La transformation de la société est l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associés* ». Le législateur a ici opté pour un changement possible de la forme et non de l'objet social. Il ne peut y avoir transformation qu'en cas de modification de la forme même de la société. En outre, une telle transformation concerne les sociétés soumises aux mêmes législations, c'est-à-dire, des sociétés régies par l'AUSCGIE, alors que la société civile est assujettie au code civil<sup>11</sup>. L'application de cette règle de l'article 181 de l'AUSCGIE peut soulever quelques difficultés car le législateur n'a pas expressément défini ce qu'il fallait entendre par « *forme* » d'une société ni énuméré limitativement les diverses formes que peuvent revêtir les sociétés<sup>12</sup>.

Cependant, il conviendrait de noter que l'alinéa 2 de l'article 6 dispose que « *sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées* ». De même, l'article 1845 du Code civil permet de considérer que la société civile est aussi une forme particulière puisque, selon cette disposition, deux conditions sont requises pour qu'une société soit civile : avoir un objet civil et ne pas adopter une forme commerciale. La forme civile s'oppose ainsi aux diverses formes commerciales<sup>13</sup>.

Il apparaît une difficulté réelle d'une transformation de la société civile en Société anonyme, du moment où le législateur n'a pas prévu une telle possibilité.

<sup>10</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF éd.2017, p.1037.

<sup>11</sup> Toutefois, du point de vue contractuel, les sociétés commerciales sont également assujetties au Code civil.

<sup>12</sup> B. MERCADAL, Société commerciales éd. Francis LEFEBVRE 2015, n°7280.

<sup>13</sup> *Ibid.*

À la lumière de l'article 181 de l'AUSCGIE, la transformation s'entend du changement de la forme sociétaire. Il semble que le législateur OHADA, contrairement au législateur français, a opté pour un changement de forme que pour les sociétés assujetties aux règles du droit commercial général. C'est dire que la qualité de la personnalité morale (statut de commerçant) et la qualification de l'objet social (l'activité commerciale) ne sont pas à négliger pour cette transformation, du moment où ces critères déterminent le régime juridique et fiscal de la société. Dans cette optique il apparaît que la transformation d'une société civile en une société anonyme soulève un problème d'inadéquation à l'objet social, et à la nature de la forme de ladite société. Le législateur OHADA a été, on ne peut plus clair, la transformation vise exclusivement la forme de la société, implicitement, la loi est favorable au maintien ou à la conservation de l'objet social.

Le plus souvent, lorsqu'il est question d'objet en droit des sociétés, le terme est pris dans un autre sens comme visant l'objet social, c'est-à-dire le but en vue duquel la société est constituée. L'objet social se définit alors comme l'objet de l'exploitation sociale tel qu'il est défini dans les statuts : on note alors un certain rapprochement avec la notion de cause et, plus spécialement, de cause de l'obligation. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris<sup>14</sup> qui déclare : « *Considérant que, d'après l'article 1833 du code civil, toute société doit avoir un objet licite ; que par "objet licite", il faut entendre, non pas l'objet de l'obligation assumée par les associés (c'est-à-dire l'apport conformément au premier sens dégagé ci-dessus), mais la cause de cette obligation, c'est-à-dire le but que les dirigeants de la société se sont assigné* »

Selon l'article 181 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUSCGIE, « *La transformation de la société est l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associé* ». C'est dire que la transformation ici est un changement de la forme de la société et non un changement de l'objet de la société.

À la lumière de la jurisprudence française<sup>15</sup>, la transformation régulière préservant la personne morale de la société s'entend d'un changement de forme de celle-ci et non de type de groupement (société en GIE par exemple). Il y a changement de la nature du groupement lorsqu'une association se transforme en une société commerciale : par suite, les décisions de justice rendues à l'encontre de l'association sont inopposables à la société nouvelle et l'intervention en appel d'une société à responsabilité limitée ayant repris l'activité de l'association en cours d'instance, est irrecevable<sup>16</sup>.

Mais reste une transformation laissant subsister la personnalité morale de la société celle qui est accompagnée de modifications statutaires non requises par la nouvelle forme de société<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> CA Paris, 21 nov. 1951, S. 1952.2.105, concl. GEGOUT, Journ. soc. 1955.5, concl. GEGOUT.

<sup>15</sup> Cass.civ. 3<sup>e</sup>, 31 oct.2012, <https://www.legifrance.gouv.fr> ; Cass.com, 27 mai 2015, n°13-27458 F-PB, <https://www.labase-lextenso.fr> .

<sup>16</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 22-11-1988 Bull. Joly 1989 P.343

<sup>17</sup> Cass. 7-3- 1984 Rev. Sociétés 1984 P.804, note JEANTIN

Or, une société civile, convient-il de rappeler, est celle qui a un objet purement civil et qui n'adopte pas une forme commerciale. Et de ces deux critères, la société civile n'est pas soumise aux règles du droit commercial général mais du code civil.

Il ressort de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 6 de l'AUSCGIE que « *le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet* ». Constitue bien une société commerciale au sens de l'article 6 alinéa 1<sup>er</sup>, l'établissement dont l'objet est l'achat de produits, café, cacao et divers. Le moyen par lequel cette société commerciale a voulu s'exonérer de l'obligation d'indiquer, sous peine de nullité, sa forme, sa dénomination, et son siège social dans le procès-verbal d'une saisie conservatoire qu'elle a initiée, en indiquant simplement qu'elle ne constitue pas une personne morale est inopérant et ledit procès-verbal doit être annulé pour violation de l'article 64 alinéa 2 de l'AUPSRVE<sup>18</sup>.

Les actes des sociétés commerciales sont considérés de commerce et sont définis dans l'AUDCG<sup>19</sup>. Alors que les actes des sociétés civiles ne sont pas assujettis à l'AUDCG, car ces actes sont inhérents à l'objet social qui est purement civil.

Il résulte une difficulté pour une société civile de faire le changement de la forme en celle de la société anonyme, surtout que cette personne morale n'a pas la qualité de commerçant. La « *transformation* » n'est autre que le changement de forme juridique. En principe, d'une forme de société à une autre, elle ne menace pas le maintien de la personnalité morale<sup>20</sup>. C'est dire que ce changement de forme juridique concerne les personnes morales soumises aux mêmes règles de droit, notamment les règles de droit commercial général et les règles de droit de sociétés commerciales. En ce sens, il se trouve qu'il serait difficile d'admettre la transformation d'une société civile en société anonyme, qui, par sa forme, est une société commerciale selon l'article 6 de l'AUSCGIE. Il faut souligner en outre que le législateur met l'accent sur le maintien de la personne morale.

Il ressort de l'alinéa 2 de l'article 181 de l'AUSCGIE que « (...) la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. (...) ». En ce sens, selon la jurisprudence OHADA, la transformation d'une SA en SARL, qui n'a entraîné aucun changement des organes d'administration et de gestion de la société n'a aucune incidence sur la procédure d'exécution entreprise par ladite SA et poursuivie par la SARL. Le moyen faisant grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé les articles 181 et suivants de l'AUSCGIE en ce que suite à la transformation de la SA en SARL depuis le 20 juillet 2005, une procédure de saisie ne pouvait être entreprise le 29 juin 2006 par la SA, juridiquement inexistante à cette date, ainsi qu'il ressort de l'article 181 alinéa 1<sup>er</sup> n'est pas fondé et doit être rejeté<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> CA Daloa ch. civ & com., n°198, 27. 7. 2005 : AF c/ AD. Le juris-Ohada, n°2/2006, P.48, Ohadata J-07-05.

<sup>19</sup> Acte uniforme relatif au droit commercial général, aux articles 3 et 4

<sup>20</sup> Art. 181 alinéa 2.

<sup>21</sup> CCJA, 3<sup>e</sup> ch., n°061/2012, 7-6-2012 ; P. n°100/2009/PC du 19-10-2009 : Banque Internationale pour l'Afrique au Togo (BIA) c/ Nouvelle Société Commerciale du Togo dite NOSOCO, confirmant CA Lomé (Togo), n°43/09 : BIA-TOGO c/ NOSOCO-TOGO SARL, Ohadata J-10-169.

Lorsqu'une société A dont la dénomination sociale est devenue B à la suite d'une transformation se trouve attrait dans une procédure, l'argumentaire selon lequel A et B seraient des entités distinctes ne saurait prospérer, dès lors que cette dernière, dans ses écritures et moyens de défense, se fonde ou se prévaut de décisions judiciaires prononcées au profit ou contre A. Les intérêts de A et B se confondent à tel point que leur seule différence se situe au niveau de leur nom. Dans ces circonstances, le moyen de défense de A tendant à se soustraire comme partie à la procédure doit être rejeté<sup>22</sup>. En l'espèce, l'employé d'une société a été licencié en 1985. Après ce licenciement, l'ancien employé a été reclassé et a demandé une compensation financière à son ancien employeur, une société commerciale dont la dénomination sociale avait été changée entre-temps. La nouvelle entité essayait de se soustraire à la procédure au motif qu'elle n'y était pas partie.

Selon la doctrine, une société ne peut pas, être transformée en un autre type de groupement<sup>23</sup> sans perdre sa personnalité morale, sauf disposition législative ou réglementaire contraire. En effet, chaque type de groupement a sa nature juridique propre. Or, cette nature juridique a été fixée à l'origine par le contrat créateur du groupement<sup>24</sup>. Dès lors, passer d'un type de groupement à un autre, ce n'est pas changer de forme de la personne morale, c'est changer la nature juridique du contrat qui la fonde. Ce remplacement du contrat par un autre constitue une « novation » qui entraîne extinction du contrat initial avec tous les éléments qui lui sont attachés. La personne morale qui est conditionnée par le contrat de groupement disparaît avec lui<sup>25</sup>. Un tel mécanisme est contraire à la transformation qui, selon la législation OHADA, ne permet pas la possibilité de changement de la personne morale nouvelle.

Le législateur est clair, « la transformation n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Elle ne constitue qu'une modification des statuts (...) ». Conformément à l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, il s'agit d'une disposition impérative qui s'impose aux associés. Il en résulte une impossibilité ou une difficulté de transformation de la société civile en société anonyme par la décision des associés. Les associés ont la liberté de décider de la transformation de la société pour des raisons de nécessité ou des exigences économiques du moment. Mais le législateur ne permet pas aux associés de profiter du mécanisme de la transformation pour créer une personne morale nouvelle. Autrement, la transformation visant à la création d'une personne morale nouvelle semble, en principe impossible. Cela ne laisse que la possibilité de dissoudre la première personne morale et de créer la seconde<sup>26</sup>. Par conséquent, l'opération devant être décomposée en une dissolution de la société civile suivie d'une constitution du nouveau groupement selon les formes et condition prévues par la législation applicable à celle-ci<sup>27</sup>. Par ailleurs, selon la doctrine, une telle transformation est inopposable aux tiers<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> CCJA, 2<sup>e</sup> ch., n°051, 26-11-2009 : SODICAM SA (anciennement SCORE SA) c/ M., Le Juris-Ohada n°1/2010 (janv.-mars), p.32, Ohadata J-10-305.

<sup>23</sup> Par exemple, un GIE ou une association régie par la loi de 1901

<sup>24</sup> Contrat de société civil, contrats de société commerciale, contrat d'association etc

<sup>25</sup> B. MERCADAL, *op. cit.*, n°7300.

<sup>26</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°566, p.372.

<sup>27</sup> Article 200 et suivants de l'AUSCGIE.

<sup>28</sup> B. MERCADAL, *op. cit.*, n°7301.

Cependant, une telle analyse paraît incertaine du moment où le législateur OHADA n'a pas expressément interdit la transformation d'une société civile en société anonyme. Il peut y avoir transformation de la société, soit par l'effet d'une disposition légale, soit par la volonté des intéressés<sup>29</sup>. Autrement, si l'on peut s'en tenir aux termes du législateur à l'article 181 de l'AUSCGIE, précisant le changement de la forme juridique « *d'une société* », sans autre condition, le législateur n'a pas expressément interdit cette possibilité de transformation aux sociétés civiles. Si l'une des finalités de la règle du droit est d'être au service de la société et répondre à ses besoins<sup>30</sup>, l'on peut envisager la transformation de la société civile en société anonyme, sur le fondement de l'autonomie de la volonté (I). Une telle option participerait à la flexibilité de la règle de droit, dans la perspective de la dynamique des normes juridiques, favorable à la pérennisation des activités économique, facteur de développement (II).

### **La transformation justifiée par l'autonomie de la volonté**

Il est vrai que la société civile est régie par le droit civil et qu'il serait impossible qu'elle puisse se transformer en une société anonyme, qui, par sa forme, est une société commerciale. Toutefois, il se trouve que le législateur n'a pas expressément interdit cette option (A). En outre, l'exercice à titre principal d'une activité commerciale par une société civile peut justifier une telle transformation (B).

### **L'absence d'interdiction expresse**

Partant de l'esprit selon lequel, on ne peut par des conventions particulières déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>31</sup>, il serait possible d'envisager la possibilité de la transformation de la société civile en SA, en l'absence de la prohibition expresse (1), surtout que le législateur en consacrant la possibilité de la transformation n'a pas distingué entre société civile et commerciale (2).

### **L'effectivité fondée sur la maxime « *tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé* »**

Il est un principe que « *tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé* ». Cette maxime trouve son fondement à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché<sup>32</sup>. Partant de l'esprit de cette maxime ou disposition, il est vrai que le législateur OHADA n'a pas prévu expressément, comme en droit français, la transformation d'une société civile en société commerciale. Or, selon un auteur, la transformation se présente essentiellement comme une modification des statuts qui permet à la société d'adapter sa structure à des besoins nouveaux<sup>33</sup>. Cependant, il n'a pas textuellement interdit.

<sup>29</sup> G. EIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 139.

<sup>30</sup> J-F. BOCQUILLON, M. MARIAGE, Fondamentaux du droit, <https://www.caim.info>, consulté le 16.03.2023 à 10H15mn.

<sup>31</sup> Article 6 du Code Civil.

<sup>32</sup> C'est ALEXANDRE DE LAMETH, député de la noblesse mais rallié au tiers état qui a mis au point cette formulation, [www.labase-lexetenso.fr](http://www.labase-lexetenso.fr).

<sup>33</sup> D. ROURE, La transformation des sociétés, thèse Lyon III, 1993.

Par conséquent, en vertu de l'adage susmentionné, il conviendrait de souligner qu'une telle transformation serait possible, sous réserve de l'ordre public et les bonnes mœurs. L'autorisation résultant de cette maxime participe à la liberté dans la prise de décision, et favorise le climat d'innovation, sur le fondement de l'autonomie de la volonté. Dire que la volonté est autonome signifie qu'elle peut se donner à elle-même sa propre loi. Du grec *autonomos*, composé de *auto*, soi-même et *nomos*, la règle, équivalent du latin *lex*. La théorie de l'autonomie de la volonté explique donc la force obligatoire du contrat par la toute-puissance de la volonté qui peut se donner à elle-même sa propre loi et aussi par là même se contraindre<sup>34</sup>. En droit français, la transformation d'une société civile immobilière en société commerciale est possible mais doit rester exceptionnel, toutefois, elle n'est pas du tout recommandée. Elle n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle<sup>35</sup> donc pas non plus de paiement de plus-values à cette occasion pour le moment. Il sera toujours utile au moment de l'opération, de se renseigner auprès du service des impôts. Seul un droit fixe est requis. Les créanciers de la société civile conservent tous leurs droits à l'égard des associés qui restent solidairement tenus des dettes. Si les contrats sont en cours, ils seront poursuivis après la transformation. Fiscalement, cette transformation entraîne un changement du régime. Si la société civile immobilière est soumise à l'IR, elle deviendra automatiquement soumise sur l'IS<sup>36</sup>. Par ailleurs, une société civile exerçant à titre principal une activité commerciale peut bénéficier d'une transformation en SA, par son objet.

### **Une effectivité de la maxime « *il est interdit de distinguer là où la Loi n'a pas distingué* »**

Il est un principe cardinal en droit selon lequel « *il est interdit de distinguer là où la loi n'a pas distingué* ». En effet, les articles 181 et suivants parlent de la transformation de la société sans distinguer entre la société commerciale et la société civile<sup>37</sup>. Le souci de la clarté, de la précision voudrait que l'accent soit mis sur la commercialité de la société. Or, tel n'est pas le cas dans la situation actuelle dans l'espace OHADA.

Cette maxime permet la manifestation véritable de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle comprend aussi, en principe, la possibilité de déterminer librement le contenu du contrat envisagé, c'est-à-dire de définir soi-même les termes de son engagement<sup>38</sup>. Cette liberté de définir les termes de son engagement justifie également la possibilité de modifier son contenu d'un commun accord. Le principe de l'autonomie de la volonté signifie que les parties sont libres de consentir et de se soumettre aux obligations qu'elles veulent. Cette autonomie a un fondement économique selon lequel, il faut laisser contracter les particuliers et les laisser agencer au mieux leurs intérêts privés est le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et les plus socialement utiles. Autrement, il conviendrait de souligner que les parties sont libres de fixer le contenu du contrat, tel que le contrat de société, sous réserve

<sup>34</sup> M. FABRE-MAGNAN, Les obligations, PUF, 2004, p.56.

<sup>35</sup> Article 1844-3.

<sup>36</sup> [www.gerantdesoci.com](http://www.gerantdesoci.com).

<sup>37</sup> Même si l'AUSCGIE concerne les sociétés commerciales et que le livre V fait mention de la société commerciale.

<sup>38</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p.51.



naturellement, de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs<sup>39</sup>. Dans ce sens, il faut noter que l'application de ce principe permet inévitablement aux parties d'adapter leur contrat de société aux situations nouvelles exigées par l'environnement économique, en optant pour une autre forme juridique de leur société. Une telle option semble nécessaire dès lorsqu'elle est susceptible de résoudre le plus socialement leur attente, surtout, du moment où cette société civile a pratiquement basculé dans l'exercice d'activités commerciales irréversible.

### **L'exercice d'une activité commerciale**

Le législateur n'a donné aucune définition d'acte de commerce. Mais il a présenté une liste d'actes de commerce. Il peut s'agir d'accomplissement d'acte de commerce par nature (1) ou à titre principal (2).

### **L'accomplissement d'actes de commerce par nature**

La transformation est parfois imposée aux associés comme condition nécessaire à la survie de la société. Le cas se rencontre chaque fois qu'une société ne remplit plus les conditions requises spécialement de la forme qui est actuellement la sienne. Si elle ne parvient pas à régulariser la situation, elle doit se transformer pour éviter une dissolution<sup>40</sup>. L'hypothèse est la suivante, si la société civile immobilière s'est glissée dans les activités commerciales de fait et que la nécessité d'y demeurer s'impose, il serait envisageable de lui accorder cette possibilité de la transformation en société commerciale, sans passer par la dissolution.

En effet, alors que l'article 633 du code de commerce français ne visait que l'achat des biens meubles pour revendre, le législateur OHADA, en son article 3 de l'AUDCG, vise aussi l'achat pour revendre des immeubles. Cet acte ou cette opération implique la réunion de deux éléments, notamment l'opération d'achat et l'intention de revendre. C'est dire que les ventes non précédées d'achat ne sont pas en principe des actes de commerce. Autrement, les achats des produits destinés à être consommés sont exclus de l'intention de revendre, donc ne sont pas des actes de commerce non plus. Dans cette perspective, les sociétés civiles immobilières qui ont pour objet ou dans leurs activités, l'achat des immeubles pour revendre font des actes de commerce par nature. Il est important de distinguer les actes de commerce par la forme<sup>41</sup> et les actes de commerce par nature, car seul l'accomplissement de cette dernière catégorie d'actes peut conférer la qualité de commerçant<sup>42</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence a assimilé l'entreprise de construction à une entreprise de manufacture, laquelle se voit dès lors reconnaître un caractère commercial<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Article 6 du Code civil.

<sup>40</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, p. 612.

<sup>41</sup> Article 4 de l'AUDCG.

<sup>42</sup> Un simple particulier peut accomplir occasionnellement des actes de commerce. Il n'en acquiert pas pour au tant la qualité de commerçant. C'est qu'il faut tenir compte aussi du mode d'accomplissement des actes. Les actes doivent en effet être accomplis à titre de profession habituelle et de manière indépendante et personnelle.

<sup>43</sup> Req. 20 avril 1808, D.1986, I, p.160 ; civ.29 avril 1885, D. 1886, I, p.225.

Selon la doctrine et la jurisprudence, une distinction peut être faite entre les actes de commerce et les actes civils en fonction de leur cause. La cause est définie comme le mobile déterminant qui a amené la personne à contracter une obligation. La théorie de la cause trouve son écho dans l'article 3 de l'AUDCG, qui répute acte de commerce, l'achat des biens dans le but de les revendre<sup>44</sup>. Dans cette perspective, une société civile ayant basculé dans l'accomplissement d'acte de commerce par nature, peut, *ipso facto*, bénéficier de cette prérogative de la transformation en SA. Il s'agit d'une opportunité d'extension des activités socio-économique, nécessaire pour le développement économique. Ce mécanisme de transformation favoriserait dorénavant l'accomplissement d'acte de commerce à titre principal.

### **L'accomplissement d'actes de commerce à titre principal**

Selon la jurisprudence comparée, en France notamment, une société est commerciale par l'objet lorsqu'elle accomplit les actes définis comme actes de commerce par le Code de commerce (article L 110-1). L'exercice à titre principal d'une activité commerciale par une société civile immatriculée entraîne l'apparition d'une société commerciale « *créée de fait* »<sup>45</sup>. C'est dire que dans cette hypothèse, la transformation est possible. Par voie de conséquence, en vertu de cette jurisprudence, qui peut être une source d'inspiration dans l'espace OHADA, il conviendrait de souligner que la transformation d'une société civile en SA est possible. Une telle solution semble respecter l'esprit de l'article 6 de l'AUSCGIE.

Par ailleurs, dans l'hypothèse de la commercialité par la forme, telle que définie par l'article 6 de l'AUSCGIE, l'on peut envisager la possibilité de la transformation d'une société civile en SA. Mais cette hypothèse n'est pas certaine. La commercialité par la forme a pour but de soumettre ces sociétés aux obligations des commerçants, notamment les obligations fiscales, comptables etc. Elles ne peuvent prétendre aux droits qui sont reconnus aux sociétés ayant un objet commercial. En ce sens, une société commerciale par la forme, à objet civil ne peut prétendre aux bénéfices des prérogatives exclusives aux sociétés à objet commercial. Autrement, si le commerçant personne physique a une double vie qui autorise à distinguer les actes de sa vie professionnelle des actes de sa vie civile, il n'en est pas de même pour les sociétés qui ne sont créées que pour un seul objet, soit civil, soit commercial.

Il en résulte que seul, l'exercice de l'activité commerciale à titre principale favoriserait la transformation d'une société civile en une société anonyme. Une telle transformation sans la dissolution préalable se justifierait également par la volonté de la pérennisation des activités économiques.

### **La transformation justifiée par la pérennisation des activités économiques**

La pérennisation des activités économiques est le souci majeur du législateur OHADA. Cela est vérifiable par le refus des effets rétroactif de nullité des sociétés<sup>46</sup>, l'inopposabilité de la

<sup>44</sup> SANTOS (A. P.) et T. Yode Toé, OHADA, Droit commercial général, Bruylant, Bruxelles 2002, p.66.

<sup>45</sup> CA Rouen 22-11-1995 : JCP E 1997, II, n°992, note ARRIGHI.

<sup>46</sup> Article 253 de l'AUSCGIE.

nullité aux tiers de bonne foi<sup>47</sup>, l'admission de la prescription abrégée<sup>48</sup>, l'admission de la régularisation des actes susceptibles de nullité<sup>49</sup>. Il faut noter que cette même vision peut justifier la transformation de la société civile en société anonyme sans la dissolution préalable. Une telle admission permet d'éviter les risques sociaux (A) et les conséquences fiscales (B), inhérents à la dissolution.

### **L'évitement de risques sociaux de la dissolution**

Du point de vue économique, les restructurations peuvent avoir pour but la croissance de la société ou, au contraire, son adaptation à une situation difficile<sup>50</sup>. La transformation s'inscrit dans cette optique. En ce sens, l'intérêt social guide la politique suivie par la société, notamment en matière de décision d'investissement, de distribution de dividendes ou d'absorption d'une autre entreprise. L'intérêt social a également des incidences sur le marché, celui-ci devant être en mesure de connaître l'objectif poursuivi par la firme afin de permettre des décisions efficaces. L'intérêt social anime la gouvernance des entreprises et détermine l'étendue des missions du conseil d'administration. Il apparaît comme un outil d'intégration indispensable de ce nouveau paradigme qu'est le développement durable. Dans cette démarche, l'emploi est sécurisé (2), et le climat de collaboration entre associés mérite une garantie par le biais de la transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution, dans l'espace OHADA (2).

**La garantie des intérêts des associés** L'acte régularisé est valable et s'impose *erga omnes*<sup>51</sup>. La régularisation éteint le droit de demander la nullité pour tous ceux qui en étaient titulaires<sup>52</sup>. Si la transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution, dans l'espace OHADA, est admise, elle permettrait de protéger l'intérêt commun des associés, tandis que la dissolution serait la destruction ou l'élimination de cet intérêt commun (b). Par ailleurs, tandis que la dissolution de la société civile risque d'exposer les associés à une responsabilité indéfinie, la transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution préalable, dans l'espace OHADA occasionnerait le maintien de la personne morale les couvre (a).

### **L'évitement de la responsabilité indéfinie des associés**

L'anéantissement de la société constitue un danger pour les associés qui seront exposés à une éventuelle responsabilité indéfinie, puisque la personne morale faisant écran disparaît. Lors ce que la société est dotée de la personnalité juridique, elle constitue un sujet de droit autonome opposable aux tiers. De même que les habitants d'une maison de verre sont visibles tout en étant protégées des agressions extérieures, de même les associés sont connus, mais les tiers doivent traiter avec la société. Telle est l'opacité ou la cape d'invisibilité pour emprunter à l'univers de Harry PORTER<sup>53</sup>. Cette « invisibilité » a pour corollaire la limitation de leur

<sup>47</sup> Article 255 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUSCGIE.

<sup>48</sup> Article 251 de l'AUSCGIE.

<sup>49</sup> Les articles 247, 248 et 250 de l'AUSCGIE.

<sup>50</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, p.609.

<sup>51</sup> À l'égard de tous.

<sup>52</sup> [www.cravatedenotaire.com](http://www.cravatedenotaire.com).

<sup>53</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°206, p.97.

responsabilité proportionnellement aux apports. Mais dans les sociétés civiles, les associés ont une responsabilité indéfinie. La dissolution les exposera à une responsabilité illimitée. Par contre, la transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution, dans l'espace OHADA permettrait d'éviter ce risque d'une responsabilité indéfinie mais aussi de préserver les intérêts des associés.

### **La préservation des intérêts communs des associés**

La dissolution de la société civile peut mettre fin aux intérêts des associés, alors que la transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution préalable, dans l'espace OHADA occasionne leur maintien. La décision de transformation engendre, selon la jurisprudence, de nouveaux droits sociaux attribués aux associés<sup>54</sup>. Dans la conception contractuelle, selon la doctrine<sup>55</sup>, l'intérêt social correspond à l'intérêt commun des associés en matière d'acte juridique. La notion d'intérêt renvoie aux parties à l'acte, en l'occurrence aux associés. L'intérêt commun est l'intérêt de chacun des associés, identique pour tous, tel qu'il est défini dans l'acte de société. C'est un intérêt personnel mais objectivé par son inscription dans le pacte social. Il se définit par référence à la cause du contrat de société, à savoir l'enrichissement de l'ensemble des parties contractantes par la réalisation de l'objet social. Et parce qu'il est le même pour tous, ce à quoi correspond le principe d'égalité, l'intérêt social ne saurait être réduit aux aspirations égoïstes de certains associés, qu'ils soient minoritaires, majoritaires ou égalitaires<sup>56</sup>. D'autres estiment que l'intérêt social devrait s'entendre comme l'intérêt des associés qui attendent une création de richesses et une optimisation de la valeur des titres<sup>57</sup>. En se basant sur les articles 1832 et 1833 du code civil, SCHMIDT considère ainsi que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls, vocation à partager entre eux le bénéfice social<sup>58</sup>.

Cependant, il importe de s'interroger sur la question de savoir si le juste partage entre les bénéficiaires (de droit ou de fait) et les plus-values, entre le court terme et le long terme, est arbitré par l'intérêt commun des associés. C'est très douteux. L'admettre met la gestion entre les mains imprévisibles et réticentes du juge<sup>59</sup>. S'il départage difficilement les conflits entre associés, l'intérêt commun peut en revanche départager moins malaisément les conflits entre associés et dirigeants<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> CA Paris, 11-7-1979 : Bull. Joly 1979, p.542.

<sup>55</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°491, p.239.

<sup>56</sup> Par ailleurs, dans la mesure où tous les associés sont d'accord, ils sont libres de décider du sort de la société, par exemple en décidant sa dissolution alors même qu'elle serait économiquement viable, mais dans le respect de l'ordre public et des engagements souscrits à l'égard des tiers, notamment les salariés ou créanciers.

<sup>57</sup> D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ? », Mélanges D. SCHMIDT, éd. Joly 2005, p.359.

<sup>58</sup> D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », RDB 1995, n°50, p.130.

<sup>59</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°279, p. 185.

<sup>60</sup> Toutefois, les choses sont rarement aussi simples. Les dirigeants trouvent en effet leur légitimité dans leur nomination à la majorité ; sauf dérive proprement égoïste, ils agissent donc dans une perspective souhaitée par leur « base électorale ». Ce n'est plus de l'intérêt commun qu'il est question, mais de l'intérêt des uns contre l'intérêt des autres.

La dissolution de la société civile constitue un risque majeur pour les contractants. Elle est en effet vécue par le droit contemporain certes comme un mal nécessaire, mais également comme une sanction trop radicale. Généralement, il semble que la dissolution de la société civile est inadaptée aux besoins des parties et susceptible de favoriser des comportements opportunistes<sup>61</sup>. Elle est perçue comme un facteur d'instabilité économique et de désordre le législateur l'admet comme une exception<sup>62</sup>. C'est en ce sens que se justifie la transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution, dans l'espace OHADA. Parce que le sauvetage de la société est un enjeu capital, il faut intervenir avant qu'il ne soit trop tard. Il semble que l'intérêt social serait la justification ou le fondement de cet évitement de nullité. Selon Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « *la notion d'intérêt commun est propre aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux* »<sup>63</sup>, dans la mesure où les associés de la société de personnes seraient titulaires d'une part d'intérêt. Dans son article 122 (1) a), la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi « (...) *au mieux des intérêts de la société* ». À l'instar du droit français, l'intérêt social est évoqué pour guider la conduite des administrateurs sans qu'aucune définition précise ne lui soit apportée. Le rapport du groupe de travail constitué par le Gouvernement fédéral en 1967 pour rédiger la législation canadienne<sup>64</sup> fait état que ses auteurs ont préféré ne pas se prononcer sur le sens à donner à l'expression « *meilleur intérêt de la société* ». Ils ont souhaité laisser aux tribunaux le soin de l'interpréter et de la faire évoluer : « *Aucune tentative n'a été faite pour préciser la notion des « meilleurs intérêts de la corporation », (...) nous endossons les vues du professeur Gower (...) à l'effet que « on the whole (...) it is probably better to leave the law to develop in the hands of the judges » et de laisser, d'une part aux administrateurs la libre décision de prendre en considération les facteurs qu'ils considèrent importants dans la détermination de la politique de la corporation, et d'autre part aux tribunaux la possibilité d'échapper aux contraintes décrites bien charitablement comme « anachroniques » et qui se sont développées dans les cours de justice anglaises* »<sup>65</sup>. La réponse traditionnelle du droit canadien consistait en une prédominance de l'intérêt des actionnaires<sup>66</sup>. La construction juridique canadienne suivait en cela la position américaine comme l'illustre les propos du Professeur PALMER : « (...) « *[La] compagnie* » signifie les actionnaires, aucun intérêt extérieur à ceux des actionnaires ne peut être considéré légitimement par les dirigeants »<sup>67</sup>. Venant en contradiction avec les principes énoncés dans des décisions antérieures<sup>68</sup>, l'approche du juge EVERSHED exprimée dans le fameux arrêt *Ardene Cinemas*<sup>69</sup> ramène

<sup>61</sup> N. PICOD, « Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine », RTD Com. 2014, p.510.

<sup>62</sup> J. MESTRE et B. FAGES, « De quelques limites au jeu de la nullité », RTD Civ. 2000, p.568.

<sup>63</sup> Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « Actionnariat et pouvoir », Dalloz 1995, Chr.178.

<sup>64</sup> Le rapport fut soumis en 1971, « Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes », 2 Vol., Ottawa, Information Canada, 1971.

<sup>65</sup> *Ibid*, note 118, Vol. 1 au n°241.

<sup>66</sup> S. ROUSSEAU et R. CRETE, *Droit des sociétés par actions : Principes fondamentaux*, 2ème éd., Thémis, 2008, spéc. p.399 et s., n°871 et s.

<sup>67</sup> E. E. PALMER, « Directors' Powers and Duties », dans *Etudes sur le droit canadien des compagnies*, J. S. ZIEGEL éd., Vol. 1, Toronto, Butterworths, 1967, spéc. p.371. Egalement : Sir Francis Beaufort Palmer and Geoffrey Morse, « *Palmer's Company Law* », 25ème éd., Vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell, spéc. n°6.001 [feuilles mobiles].

<sup>68</sup> *Salomon c. A. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

<sup>69</sup> *Greenhalgh c. Ardene Cinemas* (1950), [1951] 1 Ch. 286, p.291 (C.A.).

nettement l'intérêt de la société commerciale à celui des actionnaires et augure de ce qui sera l'attitude canadienne par la suite. Dans cette affaire, le magistrat relève que : « (...) *la phrase « la compagnie dans son ensemble » ne signifie pas que la société est une entité commerciale distincte de ses membres : cela signifie que ses membres en constituent le corps* ». Lors de prises de contrôle par la voie d'offres publiques d'acquisition, la jurisprudence canadienne (influencée par l'arrêt américain *Revlon*)<sup>70</sup> considère que le devoir de loyauté des administrateurs de la société<sup>71</sup>, consiste à maximiser la valeur des titres à court terme pour le bénéfice des actionnaires<sup>72</sup>. Il apparaît que dans la conception canadienne, l'intérêt social s'entend de l'intérêt des actionnaires. Cet intérêt mérite d'être garanti, à l'instar de la garantie de l'emploi.

### **Le maintien des droits acquis par les créanciers**

Selon la jurisprudence ancienne, applicable dans l'espace OHADA, les créanciers dont le titre est antérieur à la transformation conservent leurs droits acquis contre la société sous la forme ancienne<sup>73</sup>. En ce sens, lorsqu'une association est transformée en SARL, les associés demeurent responsables indéfiniment et solidairement du paiement des dettes sociales nées avant la transformation<sup>74</sup>. A l'inverse, si la société à responsabilité limitée est transformée en SNC<sup>75</sup>, les associés deviennent responsables indéfiniment et solidairement de l'ensemble des dettes sociales contractées avant et après la transformation<sup>76</sup>.

Lorsque les parties ne précisent pas les effets de la transformation sur le cautionnement, la garantie du cautionnement subsiste même si le dirigeant caution n'assume plus ses fonctions après la transformation<sup>77</sup>. En assurant la pérennisation des activités économiques, la possibilité de la transformation de la société civile en société anonyme favorise le maintien des droits acquis pour les créanciers, parmi lesquels les plus vulnérables sont les salariés.

Les salariés sont des créanciers et devraient être traités, *a priori*, pas comme les autres créanciers de l'entreprise. Mais il ne peut en être ainsi pour deux raisons. D'une part, les salariés

<sup>70</sup> C. C. Nicholls, « Mergers, Acquisitions and Other Changes of Corporate Control », Toronto, Irwin Law, 2007, *spéc.* p.187 et s. ; S. H. Halperin and R. A. Vaux, « The Role of The Target's Directors in Unsolicited Controlled Transactions », dans Queen's Annual Business Law Symposium, Critical Issues in Mergers and Acquisitions : Domestic and International Views, 1999, p.109.

<sup>71</sup> Quand le changement n'est pas imminent, les administrateurs doivent agir dans l'intérêt de la société dans son ensemble, la maximisation de la valeur à court terme pour les actionnaires n'étant qu'un élément de ce devoir (*Benson c. Third Canadian Investment Trust Ltd.*, (1993) 14 O.R. (3d) 493 (S.C.)).

<sup>72</sup> *BCE Inc.* (Arrangement relative à), (2008) QCCS 905 CANLII ; *Ventas Inc. c. Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust*, (2007) ONCA 2005 ; *Re Sterling Centrecorp Inc.*, 2007 CANLII 32675 (ON S.C.) ; *Casurina Limited Partnership c. Rio Algom Ltd.*, [2004] O.J. No. 177. Plus ancien : *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, (1998) 38 B.L.R. (2d) 196 (Ont.Ct. Gen. Div.) ; *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider Corp.*, [1998] O.J. N°2036 (Gen. Div.) ; (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.).

<sup>73</sup> Req. 3 nov.1937 ; JCP, 1938, II, 537 ; DC, 1941, 13, note PIC, - Soc. 1970 : Bull. civ. V, n°188, p.147.

<sup>74</sup> Cass. com. 1-10-1996, n°1347 : Bull. Joly 1997, p.37.

<sup>75</sup> Société en Nom Collectif.

<sup>76</sup> Cass. civ. 10-1-1973 : Bull. civ. I, n°44 ; CA Paris, 25-5-1993 RJDA 1/94, n°44.

<sup>77</sup> Cass. com. 29-3-1994, RJDA 6/94, n°664 ; Cass. com. 9-12-1997, RJDA 4/98, n°517 ; Cass. com. 20-2-2001, RJDA 6/01, n°695.

font partie de l'entreprise et constituent une de ses composantes indissociables. L'élément humain, à côté de l'élément économique, l'activité. D'autre part, le salaire est une source dont la nature alimentaire est d'autant plus forte que son niveau est faible, surtout en Afrique<sup>78</sup>. Ces raisons font que le traitement des travailleurs ne peut être absolument identique à celui des autres créanciers<sup>79</sup>. La participation de l'élément humain à la constitution et à la vie de la société implique son information, voire sa consultation sur les questions vitales pour elle. Dans cette optique, il faut noter que la transformation de la société civile employant certains salariés, en société anonyme sans dissolution préalable favorise la sécurité de l'emploi. Par ailleurs elle est un moyen de garantie des revenus salariaux. Ce qui constitue des idées fortes qui préoccupent le législateur communautaire, dans son choix d'évitement de nullité.

Selon l'article 48 du code du travail tchadien, « *le contrat de travail est un contrat par lequel une personne, dénommée employeur s'engage à fournir un emploi à une personne physique dénommée travailleur, qui lui est juridiquement subordonnée dans l'exécution du travail et qui accepte d'exécuter sa prestation moyennant une rémunération appelée salaire* ». Il s'agit d'un contrat synallagmatique qui met des obligations à la charge des deux parties. Dans le cadre de cette étude, ce sont surtout les engagements pris par une société en sa qualité d'employeur qui nous intéressent. Comme toute obligation, celles qui découlent pour la société du contrat de travail conclu avec un salarié lui impose un assujettissement au respect de leur exécution. En effet, les engagements pris par la société au moment de la conclusion d'un contrat de travail confèrent au salarié concerné des droits de créances<sup>80</sup>. Ces derniers contraignent la société à adopter un comportement favorisant leur exécution selon l'analyse dualiste de l'obligation.

La transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution, dans l'espace OHADA apparaîtrait ici comme une technique d'évitement de cette crise. Autrement, elle permet d'assurer la continuité des contrats de travail, et par ricochet, de garantir les revenus salariaux.

Suivant cette vision, il importe d'assurer un traitement conséquent pour motiver le travailleur. Ce traitement participe à la stabilité de l'emploi. Evidemment, il faut noter que La transformation de la société civile en société anonyme, sans dissolution préalable, dans l'espace OHADA contribue à cette stabilité de l'emploi. La dissolution de la société civile ou le refus de la transformation de celle-ci en société commerciale, est susceptible d'engendrer la rupture du contrat de travail, cause de la fin de revenus salariaux.

### **L'évitement des conséquences fiscales de la dissolution**

La transformation régulière et effective ne constitue pas un abus de droit au regard du droit fiscal<sup>81</sup>. Il faut souligner que la transformation s'opère parfois pour bénéficier d'avantages

---

<sup>78</sup> J. ISSA SAYEGH, « Le sort des travailleurs dans l'entreprise en difficulté de droit ohada », [www.ohada.com](http://www.ohada.com) .

<sup>79</sup> Notamment, fournisseurs des biens, de service ou de crédit qui ont accordé leur confiance à l'entreprise.

<sup>80</sup> S.B. SOUMANA, *La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration*, Thèse Université de Bordeaux, 2015, n°139, p.101.

<sup>81</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, p. 620.

fiscaux reconnus à telle forme de société<sup>82</sup>. Même si la dissolution peut avoir des effets favorables à l'administration fiscale, ces effets ne sont qu'éphémères. La transformation de la société civile en société anonyme serait plus favorable pour l'évitement des conséquences économiques et financières de la dissolution (1), tout en pérennisant la source de recettes à l'administration fiscale (2).

### **La déviation des droits d'enregistrement ou boni de liquidation**

Le droit fiscal refuse particulièrement de tirer les conséquences du maintien de la personne morale. Certes, l'acte qui décide la transformation est, en principe, enregistré au droit fixe. Mais encore faut-il qu'il n'y ait pas création d'être moral, que la transformation ne s'accompagne pas d'autres modifications statutaires importantes et surtout d'un changement du régime d'imposition<sup>83</sup>. Lors de certaines opérations, notamment patrimoniales, les entreprises peuvent être soumises aux droits d'enregistrement<sup>84</sup>.

La dissolution d'une société des personnes ne coûte guère plus cher que liquider une entreprise individuelle. Le coût le plus lourd provient généralement de la vente des immobilisations avec l'imposition des plus-values qui jusque-là étaient latentes.

Pour les sociétés assujetties à l'IS, la dissolution est une opération fiscalement coûteuse, tellement coûteuse que certaines sociétés ayant cessé toute activité renoncent à se dissoudre et demeurent en hibernation dans l'attente d'un régime plus favorable<sup>85</sup>. La dissolution d'une personne morale assujettie aux impôts a pour conséquence l'imposition de droit d'enregistrement ou de partage, des plus-values et du boni de liquidation.

En effet, le montant serait plus important si un associé récupère par exemple le bien immobilier qu'il avait apporté à la société. En revanche, si les biens sont partagés entre les associés, le « droit de partage » sera plus faible<sup>86</sup>. En droit français depuis 2019, si la société ne transmet aucun bien aux associés ou à d'autres personnes, l'administration fiscale enregistre gratuitement l'acte de dissolution. En ce qui concerne les plus-values, la fiscalité liée à la fermeture de la société civile immobilière est identique pour celles qui sont soumises à l'impôt de revenu (IR) et à l'impôt des sociétés (IS). L'impôt sera calculé en fonction des droits sociaux que chaque associé détient sur les biens. Les plus-values tirées de la cession des immeubles sont calculées par rapport à la différence entre la valeur des biens immobiliers, au moment de la dissolution<sup>87</sup>, et leur prix d'acquisition par la société civile immobilière (SCI). L'impôt doit être réglé par les associés l'année de la fermeture de la SCI. La dissolution entraîne, en effet, l'imposition immédiate des plus-values qui n'ont pas encore été taxées.

---

<sup>82</sup> *Ibid*, p.610.

<sup>83</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, p. 620.

<sup>84</sup> M. HAYAT et R. WALTER, *Droit de l'entreprise*, 18<sup>e</sup> éd. Lamy, 2013-2014, p.1786.

<sup>85</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 33<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis, Paris, p.317..

<sup>86</sup> <https://www.gereuseul.com>, consulté le 27-9-2022 à 15h11mn.

<sup>87</sup> Valeur liquidative.



Le *boni* de liquidation est la différence entre la valeur des sommes apportées en capital au moment de la constitution de la société et celles comptées au moment de la dissolution de la SCI, une fois les dettes décomptées. Si le montant restant est supérieur aux sommes investies au départ, le boni est distribué aux associés en proportion de leurs apports personnels, dans la grande majorité des cas<sup>88</sup>. Par exemple, un associé qui avait apporté l'équivalent de 20% du capital récupérera 20% du boni de liquidation<sup>89</sup>. En droit français, lors d'un boni de liquidation repartit entre les associés<sup>90</sup>, ceux-ci sont redevables d'un impôt global de 2,5% sur la valeur totale du boni. Le montant imposable concerne la seule partie du boni qui se situe au-dessus de leur apport initial<sup>91</sup>. Ce *boni* de liquidation est soumis à l'imposition des dividendes<sup>92</sup>. Il ressort de cette analyse que la dissolution engendre un coût important à la société, alors qu'elle aurait dû investir pour augmenter les richesses, si la possibilité de la transformation serait acquise.

Autrement, toutes ces charges fiscales peuvent être évitées, si l'on admet la transformation de la société civile en société anonyme. Comme toute modification statutaire, la transformation est soumise à la formalité d'enregistrement, qui est effectuée gratuitement<sup>93</sup>. Pour le reste, ce n'est pas parce qu'une transformation est régulière et n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle que l'on est nécessairement quitte avec le fisc. La transformation peut s'accompagner en effet d'un changement de régime fiscal ou d'un changement d'activité réelle, ce qui vaut cessation d'entreprise au sens fiscal du terme<sup>94</sup>. Toutefois, la transformation étant un mécanisme assurant la pérennisation des activités économiques, elle constitue une source intéressante de recettes pour l'administration fiscale.

### **La source des recettes plus intéressantes pour l'administration fiscale**

En effet, lorsque la survie du bâtiment est menacée, il vaut mieux œuvrer pour le maintenir à flot plutôt que se résigner à son naufrage. Et l'on comprend, au vu des nombreux inconvénients engendrés par la dissolution de la société, tout particulièrement dans l'ordre économique et social<sup>95</sup>. Suivant cette logique, la transformation sans la dissolution semble profitable à l'administration fiscale. L'Etat a besoin des ressources pour faire fonctionner les services publics au bénéfice des citoyens. Le fonctionnement de la société est générateur de bénéfices que le droit fiscal va imposer chez chaque société. Sans oublier de tenir compte du fait que certaines sociétés peuvent être réunies en un groupe de sociétés<sup>96</sup>. C'est dire que l'activité commerciale des sociétés et le nombre d'actes juridiques auxquels donnent lieu la

<sup>88</sup> Sauf disposition contraire inscrite dans les statuts.

<sup>89</sup> Si la somme est moins élevée que le capital social, on parle de « mali de liquidation » qui n'entraîne aucune imposition.

<sup>90</sup> Personnes physiques.

<sup>91</sup> Si X est associé ayant apporté 250.800 francs CFA, et qu'à la dissolution il se retrouve avec 850.500 francs CFA, seule, la différence de **599.700 francs CFA** qui sera imposée.

<sup>92</sup> Comme les revenus des capitaux mobiliers, comme les actions en bourse.

<sup>93</sup> Article 635,5°, CGI en France.

<sup>94</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 33<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis, Paris, p.298.

<sup>95</sup> J.-J. ANSAULT, « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité de délibérations sociales », Rev. des sociétés 2012, p.7.

<sup>96</sup> P. SERLOOTEN, *op. cit.*, n°359, p.273.

transformation et le fonctionnement ont incité le droit fiscal à trouver dans les sociétés des sources impressionnantes de recettes.

Le droit fiscal imposera les bénéfices de la société, du groupe, ceux distribués aux associés, la rémunération des dirigeants ainsi que la participation des salariés.

Certaines sociétés commerciales ont une image opaque, du moment que le droit fiscal accepte toutes les conséquences de la personnalité morale et notamment le rigorisme de la double imposition de la société et des associés. Il s'agit des sociétés commerciales relevant de l'impôt sur les sociétés<sup>97</sup>. Le régime de l'impôt sur les sociétés s'applique essentiellement aux SARL et SA. Quel que soit l'objet de la société qu'il soit commercial ou civil, le bénéfice imposable est évalué selon les règles propres aux bénéfices industriels et commerciaux. C'est un cas remarquable où la forme dicte le régime fiscal<sup>98</sup>. Le critère de ces sociétés opaques réside dans la responsabilité limitée des associés. Ces sociétés sont dotées de la pleine personnalité juridique et fiscale. Elles sont de véritables contribuables à part entière, soumises à l'impôt spécifique (IS)<sup>99</sup>. La double imposition résulte du fait que les bénéfices sociaux sont taxés une première fois au niveau de la société et une seconde fois s'ils sont distribués au niveau des associés. D'autres sociétés commerciales dites semi transparentes sur le plan fiscal, sont celles dans lesquelles les bénéfices sont imposés non pas en leurs noms, mais aux noms des associés<sup>100</sup>. La personnalité de la société importe dès lors moins que celle des associés. Ce sont les associés qui paieront directement l'impôt à raison de leur participation dans les bénéfices, que ces bénéfices soient distribués ou qu'ils soient mis en réserve. C'est une exception au principe selon lequel un revenu n'est imposable que dans la mesure où il est disponible. Ici, il y a une certaine transparence de la société puisque les associés sont imposés directement comme s'ils avaient coopéré dans un groupement non doté de la personnalité morale. C'est dire que la fiscalité n'est pas neutre. Le poids de l'impôt varie parfois dans des proportions considérables, selon que l'on adopte telle ou telle structure juridique ou tel ou tel mécanisme sociétaire<sup>101</sup>. Salariés et non-salariés sont taxés à l'impôt sur le revenu selon un même barème progressif<sup>102</sup>. Face aux cessions de tiers, le fisc est à l'affût avec son fusil à deux coups. Dès que ça bouge, il tire : un coup pour le vendeur, un coup pour l'acheteur. Le vendeur est imposé à raison de la plus-value qu'il réalise. C'est à l'égard de l'acheteur que les discriminations sont les plus criantes. Les cessions de titres sont soumises à la formalité de l'enregistrement avec paiement d'un droit à la charge du cessionnaire<sup>103</sup>. Le taux varie selon que la cession porte sur des parts sociales, des actions ou des titres de sociétés à prépondérance immobilière.

<sup>97</sup> Art.129 Code Général des Impôts du Tchad.

<sup>98</sup> M. COZIAN, Précis de fiscalité des entreprises, Litec éd. 1994, n°1101, p.260.

<sup>99</sup> Art 130, 134 et 143 du C G I. du Tchad ; art. 144, 145 et suivants du CGI du Bénin. Toutefois, les sociétés relevant de droit de l'impôt sur le revenu peuvent opter pour l'impôt sur les sociétés (art. 145.1 du CGI du Bénin).

<sup>100</sup> Soit à l'impôt sur les sociétés lorsque les associés sont des personnes morales, soit à l'impôt sur les revenus lorsque les associés sont des personnes physiques.

<sup>101</sup> M. COZIAN, et A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* n°32, p.22..

<sup>102</sup> *Ibid*, n°39, p.24.

<sup>103</sup> *Ibid*, n°40, p.24.

Depuis l'institution de l'impôt de solidarité sur la fortune en France, on assiste à une multiplication des apports en usufruit. Selon l'article 885 du code général français des impôts, les biens ou droits grevés d'un usufruit sont en principe compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour leur valeur en pleine propriété. Or, l'ISF<sup>104</sup> étant dû par les personnes physiques et non par les personnes morales, la société usufruitière échappe à l'impôt. Quant à l'associé, les titres reçus en contrepartie de l'apport en usufruit peuvent être exonérés en tant que bien professionnels, si du moins les conditions de l'exonération sont réunies<sup>105</sup>.

Relativement au régime fiscal de groupe de sociétés, le conseil constitutionnel juge contraire à la constitution certains traitements. Le conseil constitutionnel a été saisi le 10 juillet 2017 par le Conseil d'Etat (CE) d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question est relative à la conformité aux droits et libertés, au sujet de l'article 235 *ter* ZCA du CGI dans sa rédaction de 2015. Faisant application de sa jurisprudence constante selon les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le conseil constitutionnel relève une différence de traitement entre sociétés mères. Même si les dividendes qu'elles redistribuent proviennent ou non de filiales établies dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France. Or, ces sociétés se trouvent dans la même situation, qui consiste à imposer tous les montants distribués, indépendamment de leur localisation d'origine y compris ceux du régime « mère-filles » du droit de l'Union européenne. En l'absence d'une différence de situation, seul un motif d'intérêt général aurait pu justifier la différence de traitement. Mais en instituant la contribution en cause, le législateur a poursuivi un objectif de rendement budgétaire. Le conseil constitutionnel juge qu'un tel objectif ne constitue pas, en lui-même, une raison d'intérêt général de nature à justifier pareille différence de traitement<sup>106</sup>. Il en résulte une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. Il juge donc contraire à la constitution le premier alinéa du paragraphe I de l'article 235 *ter* ZCA du CGI dans sa rédaction résultant de la loi des finances rectificative pour 2015. En réalité, il semble que le conseil constitutionnel a posé la première pierre d'une jurisprudence nouvelle, mettant en œuvre de façon audacieuse le principe d'égalité, un an avant cette décision<sup>107</sup>. Le raisonnement a consisté à scruter la volonté du législateur. Si l'égalité a été voulue entre les situations internes et les situations européennes, l'inégalité devient condamnable. La situation fiscale était évidemment troublante. L'inégalité était visible. Mais le droit de l'Union était impuissant<sup>108</sup>. Cette décision soulève des espoirs légitimes du moment où elle condamne les discriminations à rebours qui sont fréquentes.

Il s'agit d'une décision édifiante pouvant inspirer les juges de l'espace OHADA dans la perspective de la protection des droits et libertés des citoyens. En tout état de cause, la régularisation permet à la personne morale de générer de ressources qui seront profitables à

---

<sup>104</sup> Impôt de Solidarité sur la Fortune.

<sup>105</sup> M. COZIAN, et A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* n°153, p.74.

<sup>106</sup> Conseil consti. 06-10-2017, n°2017-660 QPC, Dalloz 2017, 1973.

<sup>107</sup> Conseil consti. 3 fév. 2016, Rev. des sociétés 2016, p.388.

<sup>108</sup> G. PARLEANI, « Le conseil constitutionnel censure une « discrimination à rebours » contenue dans le régime fiscal des sociétés mères-filles », Rev. des sociétés 2016, p.390.

l'administration fiscale. Cependant, le législateur semble être muet au sujet du régime fiscal d'apport en industrie<sup>109</sup>.

Il apparaît que l'Etat est un « associé » obligé, et encombrant<sup>110</sup>, puisqu'il a vocation à appréhender une partie des bénéfices réalisés par la société, après avoir perçu de sommes importantes à la constitution des sociétés. La dissolution, avec ses effets parfois néfastes, serait un obstacle, du moment où elle risque de faire écrouler ce contribuable remarquable. L'évitement d'une telle dissolution est intéressant pour l'administration fiscale.

En plus, la transformation, sans dissolution préalable de la société civile, permet à l'Etat de percevoir de l'impôt sur les revenus des personnes physiques comme les salariés et autres, qui sont également bénéficiaires de cette technique juridique.

À la lumière de cette analyse, il apparaît une impossibilité de la transformation d'une société civile en société anonyme, compte tenu de son objet purement civil, nonobstant la commercialité par la forme. Seule, l'hypothèse d'exercice d'activité commerciale à titre principal peut favoriser la transformation d'une société civile en société anonyme.

Il conviendrait au législateur OHADA d'être favorable à la transformation de la société civile en société anonyme, parce que les entreprises doivent pouvoir évoluer<sup>111</sup>. Cette prérogative semble très nécessaire du moment où elle contribue à l'accroissement du développement socio-économique.

---

<sup>109</sup> Pour l'administration fiscale française, « l'apport en industrie – en vertu d'une jurisprudence constante – est passible du droit fixe dès lors qu'il est rémunéré par une part des bénéfices sociaux et qu'il représente une valeur particulière susceptible d'estimation » (Doc. Adm. 7 H 2213, n° 7). Selon la doctrine, notamment S. SCHILLER et P.-L. PERIN, les actions attribuées en contrepartie de l'apport en industrie ne pourront entraîner aucune plus-value en raison de leurs caractères inaliénable et intransmissible (S. SCHILLER et P. PERIN, *op. cit.* n°12, p.67). Mais il faut observer que la nature des apports en industrie, ou de certains d'entre eux, soulève des interrogations. Ainsi, les apports purs et simples sont ceux qui ont un certain caractère aléatoire : l'apport en industrie se traduisant par des actions incessibles, il pourrait être qualifié de non aléatoire, car son titulaire est privé du bénéfice des éventuelles plus-values de son titre. Par ailleurs, s'ils portent sur une clientèle, ce qui peut être le cas d'un apport en notoriété commerciale ou d'un travail réalisé dans le cadre d'une fonction commerciale, on peut se poser la question de l'application de l'article 809, 1-3° du Code Général des Impôts français.

<sup>110</sup> M. COZIAN, et A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.* n°46, p.26.

<sup>111</sup>Y. GUYON, *op. cit.*, p.610.