

## NOTE INTRODUCTIVE

Le droit commercial est défini comme l'ensemble des règles de droit privé appliquées aux commerçants, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales. C'est, pourrait-on dire, le droit des commerçants. Mais le droit commercial n'est pas seulement un droit corporatiste. Il est aussi l'ensemble des règles appliquées aux opérations commerciales, quelle que soit la qualité de leur auteur. Ainsi, lorsqu'un non commerçant commet un acte juridique et que cet acte est reconnu comme étant un acte de commerce, le droit commercial est appliqué, sans pour autant qu'il devienne commerçant pour cette seule raison. Comme nous le verrons, il faut bien d'autres critères pour avoir le statut de commerçant.

Pourquoi un droit spécial alors que personne privée, le commerçant aurait dû être soumis au droit civil, droit commun appliqué aux particuliers ? C'est que, au moment où l'activité commerciale a éclo, les règles de droit existant étaient celles applicables essentiellement à la propriété foncière. Il fallait des règles adaptées et l'on s'est inspiré des usages secrétés par les foires. On s'en doute, de telles règles ne peuvent qu'être différentes du droit civil. A ses origines, le droit commercial était un droit corporatiste, de la corporation des commerçants. Il est né dans les foires et nombre de ses concepts et autres grands principes, fruits de la pratique, répondaient à la nécessité de combler le vide juridique dû à l'absence de règles adaptées. C'était en effet l'époque de l'omnipotence du droit des baux ruraux (droit civil par excellence) et consécutivement, celle du mépris pour l'activité marchande : *Res mobilis res vilis*, aimait-on alors à dire !

Le formidable développement de l'activité marchande a favorisé l'éclosion de règles et procédures dérogoires du droit commun. Il en est ainsi du recours à des juridictions spécifiques (tribunal de commerce, arbitrage), de la présomption de solidarité passive (elle ne se présume pas en droit civil)... Depuis, d'autres règles se sont ajoutées qui ont donné naissance à un corpus de règles adaptées, sources du droit commercial.

Les pays de l'Afrique francophone comme le Bénin ont pendant longtemps puisé dans le code de commerce français et les textes afférents, les règles appliquées aux commerçants et à l'activité commerciale. Mais depuis janvier 1998, le droit commercial (droit des affaires ?) des pays africains de la zone franc trouve sa source essentielle dans les Actes Uniformes édictés sous l'égide d'une organisation internationale, l'OHADA, créée par un traité signé en septembre 1993 à Port Saint-Louis (Ile Maurice).

L'OHADA, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, regroupe des pays comme le Bénin, le Cameroun, le Burkina, la Côte-d'Ivoire, les Comores, la Guinée, la Guinée Equatoriale, la Guinée Bissau, le Cap-Vert, le Niger, le Sénégal, le Togo, le Gabon, l'Ile Maurice, le Congo... Elle s'est dotée d'institutions pour assurer son efficacité. Ces institutions sont :

- Le conseil des ministres de la justice et des finances ;
- Le secrétariat permanent dont le siège se trouve à Yaoundé, véritable mémoire de l'organisation, nommé pour quatre (04) ans ;
- La CCJA, la cour commune de justice et d'arbitrage, dont le siège se trouve à Abidjan. Elle est composée de sept (07) juges élus pour sept (07) ans renouvelables une seule fois. La cour a une compétence judiciaire, jouant le rôle de cour suprême, ultime recours pour les litiges commerciaux ou relatifs aux affaires. Dans le domaine de l'arbitrage commercial, elle aide les parties en leur proposant un règlement d'arbitrage, ou en

mettant à leur disposition une banque d'arbitres, ou encore en supervisant le déroulement de l'instance arbitrale ;

- L'ERSM, Ecole **R**égionale Supérieure de **M**agistrature, dont le siège se trouve à Porto-Novo, est chargée de former les magistrats et auxiliaires de justice des pays signataires.

Parmi les actes uniformes déjà entrés en vigueur, on peut citer :

- L'acte uniforme sur le droit commercial général ;
- L'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique ;
- L'acte uniforme portant organisation de sûretés ;
- L'acte uniforme sur l'arbitrage ;
- L'acte uniforme sur les procédures simplifiées et les voies d'exécution
- L'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

L'étude du droit commercial que nous impose le programme officiel du BTS tertiaire porte sur des thèmes qui trouvent leur base juridique dans les deux premiers actes uniformes cités. La première partie, la plus importante du cours porte sur les chapitres suivants :

- Chapitre 1 : le commerçant personne physique
- Chapitre 2 : le commerçant personne morale
- Chapitre 3 : les biens du commerçant : le fonds de commerce

La deuxième partie du cours portera sur :

- Chapitre 4 : la vente commerciale de marchandises
- Chapitre 5 : les instruments de paiement

## **1 – Le commerçant personne physique**

### **1.1 – LES CRITERES DE QUALIFICATION**

L'article 2 de l'acte uniforme sur le droit commercial général définit le commerçant comme celui qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle.

C'est donc l'activité commerciale, exercée personnellement et à titre de profession qui confère la qualité de commerçant.

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

Il consiste en l'accomplissement d'actes juridiques dits actes de commerce. Ces actes sont énumérés par les articles 3 et 4 de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général.

En se référant aux articles énoncés, il existe trois catégories d'actes de commerce :

### **a) Les actes de commerce par nature**

Ce sont :

- L'achat de biens immeubles ou meubles en vue de les revendre. Mais l'achat en vue de revendre n'est acte de commerce que si certaines conditions sont réunies :
  - Il doit s'agir nécessairement d'un achat, c'est-à-dire l'acquisition à titre onéreux d'un bien, c'est-à-dire acquisition d'un bien contre paiement d'argent ou contre un autre bien. Autrement dit, le vendeur du bien ne doit pas l'avoir eu par donation ou reçu en héritage.
  - Le bien acquis doit être meuble ou immeuble. Dans ce dernier cas, lorsque le bien est acquis pour faire de la promotion immobilière (construction de maisons ou d'appartements à revendre par lots), l'opération n'est pas commerciale, elle est civile ;
  - Le vendeur doit avoir eu l'intention de revendre et de réaliser un bénéfice et cette intention doit exister au plus tard au moment de l'achat. Dès que la preuve de cette intention est établie, peu importe que la vente ait eu lieu ou qu'elle s'est réalisée à perte : l'opération demeure commerciale.  
La preuve de l'intention de réaliser un bénéfice est difficile à administrer. Elle se fera le plus souvent à partir d'indices comme la quantité de marchandises achetées, la qualité du vendeur, la périodicité des achats...
- Les opérations financières. Elles regroupent :
  - Les opérations de bourse,
  - Les opérations de change,
  - Les opérations de banque,
  - Les opérations d'assurance.
- Les opérations industrielles :
  - Les exploitations industrielles des mines, de carrières et de tout gisement de ressources naturelles,
  - Les opérations de manufacture, manufacture est entendue ici au sens d'usine.
- Les opérations de prestations de services :
  - Les opérations de location de meubles
  - Les opérations de transport
  - Les opérations de télécommunication
  - Les opérations de transit
- Les opérations d'intermédiaires :
  - Les opérations des intermédiaires de commerce : commission, courtage
  - Les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la vente de fonds de commerce ou d'immeubles
  - Les opérations des intermédiaires pour la souscription d'actions ou de parts de sociétés commerciales

### **b) Les actes de commerce par accessoire**

Que signifie la théorie de l'accessoire ? Elle s'énonce comme suit : l'accessoire suit le principal : toute opération accessoire à une autre prend la nature et les caractéristiques de cette dernière.

Appliquée au droit commercial, elle consiste à dire que sont actes de commerce (par accessoire) tous les actes accomplis par un commerçant pour les besoins ou à l'occasion de son commerce.

Ainsi, sont considérés comme commerciaux par l'acte uniforme :

1 – contrats entre commerçants pour leur commerce et actes des sociétés commerciales

Malgré les termes de contrat et d'acte utilisés, on doit considérer comme actes de commerce par accessoire tous les engagements contractuels et extra-contractuels du commerçant personne physique ou personne morale qui ont un lien de connexité avec son activité commerciale. C'est une présomption simple qui s'estompe dès qu'il est démontré que ce lien de connexité n'existe pas.

Ainsi sont commerciaux par accessoire :

- un contrat d'assurance signé par un commerçant pour son activité professionnelle,
- le mandat donné par un commerçant pour le représenter dans un litige commercial,
- une convention de compte courant,
- la location d'un immeuble par un commerçant en vue d'y exploiter un fonds de commerce

2 - Les opérations commises par les intermédiaires de commerce.

L'article 138 de l'acte uniforme est ferme et sans ambiguïté : « l'intermédiaire de commerce est commerçant ... ». Par conséquent, par application de la théorie de l'accessoire tous les actes qu'il accomplit sont censés l'être pour son commerce, donc considérés comme actes de commerce jusqu'à l'administration de la preuve contraire.

**¶** **Les actes de commerce par la forme**

Il s'agit de la signature, à quel titre que ce soit, d'effets de commerce que sont la lettre de change, le billet à ordre et le warrant. On appelle effet de commerce tout titre qui donne droit au paiement d'une somme d'argent à vue ou à une échéance donnée.

1 – La lettre de change ou traite (LDC)

C'est un écrit qui noue une relation juridique triangulaire entre : le *tireur*, le *tiré* et le *bénéficiaire*.

Par la LDC, un créancier appelé le tireur, donne l'ordre à un débiteur appelé le tiré qui accepte l'ordre à lui donné, de payer une certaine somme à une certaine date, à une troisième personne dite le bénéficiaire. La créance du tireur sur le tiré est appelée *provision* et celle du bénéficiaire sur le tireur est appelée *valeur fournie*.

Le bénéficiaire peut avoir besoin de liquidité avant l'échéance. Pour cela, il transmet le bénéfice de la LDC à une tierce personne par une mention inscrite au dos du document. Ce procédé dit endossement permet la circulation de la LDC, de sorte qu'à la fin du processus celui qui va encaisser n'est pas nécessairement le bénéficiaire initial.

On le voit, la LDC est non seulement un instrument de paiement, mais également un instrument de crédit. Ainsi il permet au bénéficiaire initial d'avoir de la liquidité avant terme en endossant le document au profit de celui qui lui aura procuré les fonds voulus.

L'émission, l'acceptation et l'endossement d'une lettre de change sont des actes de commerce par la forme : toutes les personnes qui y apposent leur signature, quels que soient leur qualité et l'objet de l'opération, commettent un acte de commerce.

## 2 – Le billet à ordre (BO)

C'est le titre par lequel une personne dite le souscripteur, prend l'engagement de payer une certaine somme au profit d'un bénéficiaire à une date déterminée. Comme la LDC, le BO peut circuler par endossement et la signature, à quel titre que ce soit et pour toute raison, est un acte de commerce.

## 3 – Le warrant

C'est un titre comparable au BO qui constate l'engagement de payer une somme d'argent garanti par des marchandises. Ainsi à l'échéance, si le bénéficiaire n'est pas payé, le prix dû est prélevé sur le produit de la vente des marchandises offertes en garantie.

Toute personne qui appose sa signature sur un warrant commet un acte de commerce, sans considération de sa qualité et des raisons de cette signature.

## e) **Le régime juridique de l'acte de commerce**

### 1 - Le contentieux de l'acte de commerce

Le contentieux de l'acte de commerce relève soit d'une juridiction étatique (le tribunal de commerce) ou d'une juridiction non étatique (l'arbitrage commercial).

#### ▪ **La compétence du tribunal de commerce**

Le tribunal de commerce est une juridiction étatique dont la compétence est spécifique et prévue par des textes. Pour cette raison, on dit qu'il est une juridiction d'exception. Il est composé de juges consulaires choisis parmi les commerçants et ceux dont la profession est en relation avec le monde des affaires, et de magistrats en nombre réduit dont le rôle est d'encadrer les juges consulaires qui ne sont pas des spécialistes du droit.

Relèvent du tribunal de commerce :

- Les litiges entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;
- Les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ;
- Les contestations entre associés d'une société commerciale ;
- Les litiges relatifs aux actes mixtes lorsque le défendeur est commerçant et que le demandeur a choisi de saisir le tribunal de commerce.

Le tribunal de commerce applique les règles du droit commercial qui, à maints égards, sont spécifiques. Ainsi, aux termes de l'article 18 de l'acte uniforme : « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes. ». En droit civil, la prescription est de 30 ans ou 10 ans. De même, alors qu'en droit civil la solidarité passive doit être prévue spécialement par les parties, en droit commercial cette solidarité est présumée.

Mais au lieu de porter le contentieux devant le tribunal de commerce, les parties peuvent décider de recourir à l'arbitrage, plus discret et encore plus rapide.

#### ▪ **L'arbitrage commercial**

L'arbitrage « est un mode privé de règlement des litiges, par lequel les parties confient à une ou plusieurs personnes privées (arbitres) choisies par elles, l'examen de leur différend. Il prend fin par le prononcé d'une sentence finale qui a un caractère définitif ».

L'arbitrage est un mode dangereux de règlement des litiges parce qu'il revient à recourir à une justice privée alors que cette mission relève de la puissance publique. Par conséquent son utilisation est en principe interdite dans les litiges civils (surtout ceux relatifs à l'état et à la capacité des individus) et exceptionnellement dans d'autres cas. En droit commercial elle est permise. Les parties y recourent en signant une convention d'arbitrage.

La convention d'arbitrage est le moyen par lequel les parties expriment leur commune décision de recourir à l'arbitrage pour régler leur litige. En tenant compte du moment de sa

conclusion, on distingue deux sortes de convention d'arbitrage : la clause compromissoire et le compromis.

- La clause compromissoire est l'engagement pris par les parties de soumettre à l'arbitrage les litiges qui vont naître à l'occasion de leur relation contractuelle.
- Le compromis, en revanche, est la convention par laquelle les parties à un litige né le soumettent à l'arbitrage.

Il existe deux types d'arbitrage : l'arbitrage ad hoc et l'arbitrage institutionnel. Le premier consiste à recourir à des arbitres occasionnels, sans qu'aucune organisation préexistante ne préside à leur désignation et aux dispositions prises pour trancher le litige. Celles-ci disparaissent lors que la mission des arbitres est accomplie. L'arbitre ad hoc puise les règles qu'il applique dans l'acte uniforme sur l'arbitrage.

En revanche dans l'arbitrage institutionnel, il existe un centre permanent d'arbitrage. Il ne rend pas directement l'arbitrage, mais il l'administre en disposant d'un règlement d'arbitrage, d'une liste d'arbitres, donc d'une organisation permanente qui survit aux différents arbitrages. La CCJA est l'institution arbitrale de l'espace OHADA et elle dispose d'un règlement d'arbitrage.

## 2 – La preuve des actes de commerce

En droit civil, même s'il existe deux modes de preuve légale<sup>1</sup>, c'est la preuve à priori qui a la force probante la plus élevée. Elle est caractérisée par sa lenteur voire sa lourdeur, mais également par sa fiabilité. Malheureusement, les transactions commerciales, caractérisées par la rapidité, ne peuvent s'en accommoder.

C'est la raison pour laquelle le principe en droit commercial est celui de la liberté de preuve : pré-constituées ou non, toutes les preuves sont admises. Ce principe supporte cependant deux exceptions :

- Pour faire la preuve des contrats de vente de fonds de commerce, des contrats de nantissement de fonds de commerce, de location-gérance, des contrats de sociétés, l'écrit est exigé.
- En cas d'actes mixte, celui qui a accompli un acte de commerce ne peut pas user de la liberté de preuve à l'égard de celui qui a commis un acte civil. Mais ce dernier peut le faire à l'égard de l'acte de commerce.

## **Conclusion sur les actes de commerce : la théorie de l'acte mixte**

En comparant les actes de commerce par la forme aux autres actes de commerce, on constate que seuls les premiers restent commerciaux entre toutes personnes. Les autres sont commerciaux seulement au regard de celui qui remplit les conditions de la commercialité, pour l'autre l'acte demeure civil. Un tel acte ne saurait être commercial car alors on aurait, sans raison, privilégié un seul de ses deux aspects. Il ne saurait non plus être qualifié d'acte civil de peur de tomber dans le même travers. **Il s'agit tout simplement d'un acte mixte.**

**Définition.** L'acte mixte est un acte juridique entre deux ou plusieurs personnes et qui a la particularité d'être commercial pour l'une et civile pour l'autre.

Il intervient le plus souvent entre un commerçant agissant pour les besoins de sa profession et un non commerçant agissant à des fins civiles. **Exemples** : l'achat de matériels informatiques par un étudiant auprès d'une entreprise commerciale ; achat d'une voiture par un professeur pour ses déplacements auprès d'un concessionnaire...

---

<sup>1</sup> La preuve pré constituée dite preuve à priori et la preuve post constituée dite preuve à posteriori.

Mais l'acte mixte peut intervenir également entre commerçants ou entre non commerçants. **Exemples** : achat et vente avec bénéfice de cahiers par un étudiant à d'autres étudiants pour utilisation ; vente de sa maison d'habitation par un commerçant à un autre qui voudrait en faire sa résidence.

**Régime juridique**. Quelles sont les règles qu'il faut appliquer à l'acte mixte : les règles du droit commercial ou celles du droit civil ?

La réponse n'est pas aussi simple que le laisse supposer la question. Tantôt on applique le droit commercial **et** le droit civil : on parle alors d'application distributive ou de régime juridique dualiste. Tantôt on applique ou le droit civil **ou** le droit commercial : on parle alors de régime juridique unique.

- **Le régime juridique dualiste**. Il consiste à appliquer les règles de droit civil à celui qui a commis un acte civil et le droit commercial à celui qui a accompli un acte commercial. C'est ce régime qui est appliqué lorsqu'il s'agit de la preuve et de la détermination de la juridiction compétente en cas de litige. Ainsi :
  - la preuve sera régie par les règles du droit civil pour celui qui a accompli un acte civil. Elle sera commerciale, donc libre à l'égard de celui pour qui l'acte est commercial.
  - Pour la détermination de la juridiction compétente, celui pour qui l'acte est civil peut choisir de porter tout litige devant la juridiction civile ou commerciale alors que celui pour qui l'acte est commercial peut seulement saisir la juridiction civile. Est nulle, toute clause des parties tendant à se soustraire à cette règle.
- **Le régime unique**. Contrairement au régime dualiste, il consiste à appliquer soit le droit commercial ou le droit civil. Ainsi :
  - La prescription est celle des actes de commerce : trois (03) ans si en la matière il n'existe pas une prescription plus courte.
  - En revanche à propos de la clause compromissoire, on applique l'interdiction de la clause imposée aux actes civils.

#### **Pour conclure cette partie du cours ----**

- L'accomplissement des actes de commerce par accessoire ne saurait conférer la qualité de commerçant. Il suppose en effet que la qualité de commerçant de leur auteur est déjà établie.
- Il en est de même des actes de commerce par la forme. En effet, le fait de signer une lettre de change, un billet à ordre ou un warrant ne confère pas la qualité de commerçant. La signature de tels effets n'est ni une activité ni moins une profession. Elle est souvent le corollaire d'une autre opération juridique, par exemple une vente de marchandises, le remboursement d'une dette...
- En définitive, seul l'accomplissement des actes de commerce par nature confère la qualité de commerçant si les autres conditions sont réunies, bien entendu.
- L'artisan est un travailleur manuel qui exerce une activité indépendante pour laquelle il a reçu une qualification professionnelle. Il peut utiliser des machines, mais la loi exige que la part contributive de celles-ci dans la fabrication des produits finis doit être inférieure à celle du travail manuel. S'il peut faire usage de la main-d'œuvre, la loi lui impose d'utiliser plus d'apprentis que d'ouvriers.

Lors que ces conditions sont réunies, on considère que l'achat effectué par l'artisan est dénué de l'intention de revendre. Il achète plutôt de la matière première pour fabriquer un produit fini.

Sont considérés comme artisans le coiffeur, le couturier, le maçon, le mécanicien, le chauffeur, le peintre...

- Les activités agricoles sont considérées comme des activités civiles, même si l'agriculteur achète des semences et vend plus tard les produits qui en résultent. S'il en est ainsi, c'est qu'il manque l'intention de revendre le produit acheté : celui-ci n'est que de la matière première dont le produit fini est tiré soit du sol (comme les céréales, les légumes, les fruits, les bois des forêts ...) ou obtenu avec le concours du sol (comme les produits d'un élevage quel qu'il soit : volaille, pisciculture... L'élevage est civil à condition que l'essentiel des produits vendus soient ceux élevés par l'exploitant lui-même).

On considère que même lors qu'elle est doublée d'une activité de transformation fortement industrialisée, l'activité agricole demeure civile, à une double condition : que la transformation soit le prolongement naturel de la production et que l'essentiel des produits transformés proviennent de l'exploitation personnelle de l'agriculteur.

## **B - L'exercice d'une activité commerciale en son nom et pour son compte**

Le commerçant doit agir en son nom et pour son compte. L'article 2 de l'Acte uniforme ne pose pas expressément cette condition. Toutefois, on doit la supposer implicite pour la bonne raison qu'être commerçant, c'est accomplir professionnellement des actes de commerce soi-même, en son nom, à ses risques et périls.

L'exercice du commerce doit se faire de manière indépendante. Le commerçant agit pour son compte et non pour celui d'autrui. Car s'il agissait au nom d'autrui, c'est ce dernier qui aurait la qualité de commerçant.

Il faut donc exclure du nombre des commerçants les salariés qui accomplissent des actes de commerce pour leur employeur : par exemple le gérant salarié d'un fonds de commerce n'est pas un commerçant parce qu'il est lié au commerçant propriétaire du fonds par un contrat de travail. Les organes de la société (gérants et administrateurs) qui agissent au nom et pour le compte de la société, les mandataires qui représentent un commerçant, ne sont pas commerçants non plus. En revanche, le locataire- gérant qui commet des actes de commerce en son nom et pour son compte est un commerçant.

On rencontre d'autres situations difficiles dans la reconnaissance de la qualité de commerçant. C'est le cas, entre autres, de l'activité commerciale exercée en commun par des membres d'une famille. En fait, ils exploitent ensemble un même commerce, en dehors de l'existence de tout contrat de travail ou de contrat de société. Pour qualifier leur relation, il faut distinguer selon qu'il y a entre eux une simple collaboration ou une coexploitation.

La collaboration est un travail subordonné, alors que la coexploitation suppose une égalité de prérogatives et de responsabilités entre les participants. En cas de conflits avec les créanciers du fonds, les tribunaux recherchent si les différents partenaires ont ou non exercé personnellement les actes de commerce. Si tel est le cas, ils seront reconnus commerçants, responsables solidairement des dettes d'exploitation et éventuellement mis en faillite en cas de cessation de paiements.

Un cas particulier doit être signalé : c'est celui des époux, exploitant ensemble un fonds de commerce : les deux ont-ils la qualité de commerçant ?

L'article 7 alinéa 2 de l'acte uniforme est ainsi libellé : « le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux. »

En principe, en tenant compte de l'exigence d'un commerce séparé, il n'est pas possible que des conjoints aient tous deux la qualité de commerçant en exploitant le même fonds. Mais exceptionnellement on peut les qualifier tous deux de commerçants s'ils accomplissent personnellement des actes de commerce en exploitant la même activité. Cela veut dire que deux époux exploitant une même activité commerciale auront tous deux la qualité de commerçant s'il y a coexploitation.

### **C – L'exercice d'une activité commerciale comme profession**

Le particulier qui accomplit occasionnellement des actes de commerce n'acquiert pas la qualité de commerçant, bien qu'on doive lui appliquer le droit commercial pour les actes de commerce commis. Agissant occasionnellement, il ne fait pas de l'activité commerciale sa profession. Pour être commerçant, il faut nécessairement faire de l'activité commerciale sa profession habituelle.

La profession est une activité continue, régulière, une occupation dont on peut tirer ses moyens d'existence. Celui qui accomplit les actes de commerce doit avoir l'intention d'en faire sa profession, profession définie par la jurisprudence comme une « occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence ».

L'activité professionnelle est en principe exercée à titre principal et elle occupe la plus grande partie du temps de celui qui s'y adonne. Toutefois, un individu peut exercer plusieurs activités (parmi lesquelles l'activité commerciale) d'où il tire ses moyens de subsistance ou ses ressources. Est-il commerçant ou non ? Trois critères doivent être combinés pour trouver la réponse :

- D'abord pour être commerçant, il n'est pas exigé d'exercer une activité commerciale à titre de profession exclusive.
- Ensuite, en cas de pluralité d'activités on admet par principe que le droit commercial s'applique à l'activité professionnelle commerciale et le droit civil à l'activité professionnelle civile.
- Enfin, il faut déterminer si oui ou non la théorie de l'accessoire s'applique et alors chercher le lien entre des différentes activités afin de qualifier la profession principale de l'intéressé. Trois situations sont envisageables :
  - lorsque la profession commerciale exercée est secondaire et sans lien nécessaire avec la profession civile principale, l'intéressé est considéré comme commerçant et la théorie de l'accessoire ne s'applique pas. **Exemple** : une coiffeuse qui aménage un petit coin buvette dans son salon de coiffure. Elle est artisan pour être coiffeuse et commerçante pour être exploitante de buvette.
  - l'activité commerciale est un complément nécessaire de l'activité civile : l'intéressé n'est pas commerçant car les actes de commerce sont accomplis pour les besoins ou à l'occasion de son activité civile principale : la théorie de l'accessoire s'applique, non pas pour dire qu'il est commerçant, mais pour conclure qu'il est un non commerçant. On le voit, la théorie s'applique dans l'un ou dans l'autre sens.

### **Quelques idées sur la qualité de commerçant ----**

- A quel moment une personne commence-t-elle à avoir la qualité de commerçant ? La réponse est simple : lorsque cette personne a créé un fonds de commerce ou l'a acheté. Mais alors, doit-on la considérer comme commerçante immédiatement ou après un laps de temps nécessaire pour l'accomplissement continu d'actes de commerce caractéristique de la qualité de commerçant ? Sans entrer dans une polémique stérile, on doit admettre

que lorsqu'une personne achète ou crée un fonds, elle a la qualité de commerçant dès lors que l'intention de l'exploiter est manifestée au public. C'est tout l'intérêt des formalités de publicité imposées lors de la création ou de l'achat d'un fonds de commerce.

- La difficulté de qualification ne se pose pas pour les intermédiaires de commerce que l'acte uniforme considère comme des commerçants (article 138).

L'intermédiaire de commerce est défini comme « celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, la représenter, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial. ». Sont considérés comme intermédiaires de commerce :

- **Le commissionnaire** qui est « celui qui se charge d'opérer en propre nom, au profit du compte du commettant, la vente ou l'achat de marchandises moyennant une commission. » (article 160);
- **Le courtier** qui n'est autre que « celui qui fait habituellement profession de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter, ou de faire aboutir, la conclusion de conventions, opérations ou transactions entre ces personnes. » (article 176) ;
- **L'agent commercial.** C'est un « mandataire, qui à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement, de conclure, des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être liés envers eux par un contrat de travail. » (article 184).

## 1.2 - LE STATUT DE COMMERCANT

Il s'agit ici de prendre connaissance des conditions d'accès à la profession et les droits et obligations liés au statut de commerçant.

### A – Les conditions d'accès à la profession

La liberté d'exercer la profession de commerçant est une liberté fondamentale reconnue. Il existe toutefois des conditions d'accès à la profession, dictées par des impératifs politiques, de sécurité des transactions et de moralisation de la profession...

On classe ces conditions en conditions subjectives et en conditions dites objectives.

#### a) **Les conditions objectives**

Elles sont dites encore interdictions légales d'exercer l'activité commerciale dans certains domaines.

Tantôt elles sont édictées pour protéger certains secteurs dans lesquels l'Etat dispose d'un monopole. Exemple : dans certains pays, l'Etat dispose du monopole d'exercer les activités de commercialisation de l'eau et de l'électricité, de transport ferroviaire, des postes...

Elles peuvent être édictées également pour protéger certains produits fabriqués localement ou pour interdire tout simplement le commerce de certains produits illicites comme les stupéfiants ou certaines activités immorales comme l'exploitation de maisons de tolérances...

Certaines activités ne sont pas interdites, mais leur exercice est soumis à autorisation préalable sous la forme d'obtention de licence, de détention de diplôme... : exploitation de salles de jeux, de débits de boissons, de boîtes de nuit, ouverture de banques, d'assurances et de tout établissement financier, ouverture de laboratoire d'analyses médicales, de pharmacie, de vente d'armes...

#### b) **Les conditions subjectives**

Ce sont les conditions relatives à la capacité juridique, à la déchéance, aux incompatibilités...

### 1 – La capacité d'exercer l'activité commerciale

Pour poser des actes de commerce à titre de profession habituelle, il faut avoir la capacité juridique : être majeur ou mineur émancipé.

Il est donc interdit au mineur non émancipé de poser des actes de commerce et de devenir commerçant, autant par lui-même que par le biais de son représentant légal.

Si la même interdiction est valable pour le majeur incapable, il faut toutefois distinguer la situation du majeur représenté (majeur sous tutelle) de celle du majeur assisté (majeur sous curatelle). Le premier est dans la même situation que le mineur non émancipé et par conséquent frappé de la même interdiction. Le deuxième ne devrait pas l'être, mais dans la pratique on voit mal comment il pourrait être commerçant : il est obligé d'être constamment assisté avant de poser tout acte juridique.

L'interdiction d'exercer le commerce n'est plus valable pour la femme mariée. Traditionnellement, elle ne pouvait faire le commerce sans l'autorisation du mari. Aujourd'hui elle peut avoir le statut de commerçant et exercer en toute indépendance une activité commerciale sans l'autorisation de son mari. Il suffit qu'il accomplisse en son nom et compte des actes de commerce à titre de profession habituelle.

### 2 – Les interdictions et les déchéances

- La déchéance résulte de la perte du droit d'exercer le commerce suite au prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis, peine sanctionnant un délit relatif à l'argent (vol, abus de confiance, escroquerie, chèque sans provision, usure, fraude fiscale...) ou en relation avec les affaires (faillite...).

La déchéance est automatique, dès le prononcé de la condamnation. En l'absence d'indication expresse sur sa durée, elle est perpétuelle mais la réhabilitation est toujours possible. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lors que la durée est précisée, elle ne doit pas être inférieure à cinq (05) ans.

- Les interdictions sont variées. Ainsi, pour des raisons d'intérêt général, certains commerces sont interdits : stupéfiants, maisons de tolérance, organes humains...

### 3 - L'exercice d'une profession compatible

Certaines professions sont jugées incompatibles avec la profession de commerçant :

- les fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ;
- les officiers ministériels et auxiliaires de justice : avocat, huissier, commissaire-priseur, notaire, greffier, administrateur de biens...
- les experts comptables agréés, commissaires aux comptes et aux apports, conseils juridiques.

De façon générale, il s'agit de toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale.

En cas de contravention, la sanction est professionnelle ou disciplinaire (suspension ou radiation). Mais les actes accomplis frauduleusement sont valables comme actes de commerce à l'égard des tiers qui ont traité en toute bonne foi avec le contrevenant. Ce dernier aura la qualité de commerçant pour les besoins de la cause et pourra même être déclaré en faillite en cas de cessation de paiements (article 8).

### 4 – Autres conditions

Pour diverses raisons, il existe bien d'autres conditions d'accès à l'exercice de la profession de commerçant. Bien entendu, l'acte uniforme n'en fait pas mention. Mais ces interdictions existent dans la plupart des pays et relèvent de leur souveraineté.

Ainsi pour des raisons politiques, lors qu'un étranger, c'est-à-dire le ressortissant d'un pays non-signataire du traité, souhaite exercer une activité commerciale dans un pays de l'espace OHADA, la législation nationale lui impose souvent la condition supplémentaire d'obtenir (c'est-à-dire en plus de satisfaire les autres conditions) un agrément de l'autorité administrative et une carte spéciale de commerçant étranger.

De même, pour favoriser le développement de l'actionnariat local et pour ne pas laisser l'économie nationale aux mains d'étrangers, on impose un seuil de pourcentage pour la souscription du capital par des étrangers dans les sociétés commerciales dont le siège social est situé sur le territoire national.

## **B - Les obligations du commerçant**

Le commerçant en tant que professionnel et employeur doit remplir un certain nombre d'obligations fiscales et sociales.

Comme commerçant, il est soumis à une kyrielle d'obligations telles que : l'accomplissement de formalités de publicité, l'établissement régulier de factures pour ses activités, la tenue d'une comptabilité régulière ... Mais les plus importantes sont l'obligation d'être immatriculé au registre du commerce et du crédit mobilier et celle de tenir d'une comptabilité régulière.

### **a) La tenue d'une comptabilité régulière**

L'obligation de tenir une comptabilité est imposée à tous les commerçants. Elle postule au fond deux impératifs : l'utilisation de certains documents et le respect de certaines règles de tenue de ces documents.

#### **1 - Les documents comptables obligatoires**

Ce sont : le livre-journal, le grand-livre et le livre d'inventaire.

- le livre - journal enregistre chronologiquement, jour par jour, toutes les opérations commerciales
- le Grand livre regroupe l'ensemble des comptes. On y trouve les différentes écritures du livre – journal réparties entre les différents comptes. La loi parle de balance générale récapitulative. La balance générale des comptes est alors l'état récapitulatif faisant apparaître, à la clôture de l'exercice pour chaque compte, le solde débiteur ou le solde créditeur au début de l'exercice, le cumul des mouvements débiteurs et le cumul des mouvements créditeurs depuis le début de l'exercice, le solde débiteur ou le solde créditeur à la date considérée.
- le livre d'inventaire regroupe les données de l'inventaire qui est un état descriptif et estimatif de l'ensemble des divers éléments de l'actif et du passif (immobilisations corporelles, incorporelles, stocks...). A la suite de l'inventaire doivent être transcrits les comptes annuels, c'est-à-dire le bilan et le compte de résultat de chaque exercice ainsi que le résumé de l'opération d'inventaire.

#### **2 - Les règles de tenue des livres**

##### **• Généralités**

Le livre – journal et le livre d'inventaire doivent être établis sur des registres cotés et paraphés par le président du tribunal, ou par le juge délégué à cet effet. Ils doivent mentionner le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit de la personne physique ou

morale concernée. Ils doivent être tenus sans blanc, ni altération d'aucune sorte. En cas d'erreur, il faut procéder à une contre-passation d'écriture.

L'établissement du livre – journal et du grand livre peut être facilité par la tenue de journaux et livres auxiliaires ou supports en tenant lieu, en fonction de l'importance et des besoins de l'entreprise. Dans ce cas, les totaux de ces supports sont périodiquement, au moins une fois toutes les cinq semaines respectivement centralisés dans le livre – journal et dans le grand livre.

De façon générale, la tenue de livres doit être marquée du triple sceau de la régularité, de la sincérité et de la fidélité. Les livres doivent respecter les principes techniques d'évaluation séparée de l'actif et du passif, de permanence, de présentation détaillée des comptes, du coût historique des biens, de continuité de l'exploitation, de spécialisation des exercices, de prudence.

- **Intérêt**

- Les livres comptables sont un outil de gestion de l'entreprise. Ils permettent de connaître ses résultats et son évolution, par une comparaison entre ses bilans successifs ou par un rapprochement entre les bilans d'entreprises similaires dressés dans les mêmes conditions de régularité et de fidélité. Les livres comptables servent aussi de base aux impositions fiscales.
- Les livres de commerce font preuve à l'encontre de celui qui les tient. Ils peuvent être utilisés par le commerçant à l'encontre de ses adversaires commerçants par application du principe de la liberté de la preuve en droit commercial.

Dans cette même veine, dans un litige mixte, le non commerçant peut utiliser les inscriptions des livres comptables contre le commerçant. Toutefois, l'inverse n'est pas vrai : ce sont les règles du droit civil, qui n'admettent pas la liberté de preuve, qui seront appliquées.

- **Sanctions**

L'importance des documents comptables justifie les sanctions pénales et commerciales qui frappent la violation des règles de tenue des livres de compte :

- Sur le plan pénal, la falsification de livres de compte peut constituer un délit de faux en écritures de commerce, délit puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende ;
- L'irrégularité ou l'absence de tenue de livres est assimilée à la banqueroute simple, sanctionnée par une peine d'emprisonnement;
- La soustraction ou dissimulation de livre est punie des peines de la banqueroute frauduleuse soit une peine d'emprisonnement.
- Sur le plan commercial, le commerçant qui cesse ses paiements et ne peut présenter une comptabilité conforme aux usages de sa profession peut être mis personnellement en faillite avec toutes les déchéances qui s'en suivent..

## **b) L'immatriculation au RCCM**

### 1 – définition du registre du commerce et du crédit mobilier

Le registre est un ensemble de dossiers assortis de fichiers récapitulatifs. Il est tenu chronologiquement en recueillant par ordre d'arrivée chaque déclaration acceptée à laquelle un numéro est affecté. La déclaration comprend nom, prénom, raison sociale... Le registre est aussi tenu par ordre alphabétique et distingue les commerçants personnes physiques des sociétés commerciales.

Chaque commerçant immatriculé, personne physique ou morale, est titulaire d'un dossier où sont regroupés tous les actes et toutes les mentions successives le concernant permettant son identification et celle du fonds exploité. L'objectif visé est de fournir des renseignements fiables

sur le fonds afin de protéger les tiers, garantir la sécurité des transactions et permettre également le contrôle des pouvoirs publics.

Le RCCM est tenu en deux fichiers : un fichier national tenu au greffe du tribunal de commerce de chaque Etat signataire et un fichier régional tenu par la Cour Commune de justice et d'arbitrage qui centralise tous les fichiers individuels de tous les registres nationaux.

## 2- L'objet du RCCM

Le RCCM a pour objet de recevoir l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, celle des sociétés commerciales et des autres personnes morales assujetties à l'immatriculation, ainsi que des succursales de sociétés étrangères exerçant sur le territoire d'un Etat de l'espace OHADA.

Il reçoit également les inscriptions et les mentions constatant les modifications survenues depuis leur immatriculation, dans l'état et la capacité juridique des personnes physiques et morales inscrites. En outre il recueille tout acte dont le dépôt est prévu par les différents actes uniformes. On y inscrit également la radiation qui marque la fin de l'exercice actif de la profession de commerçant.

On y inscrit enfin les sûretés mobilières. Une sûreté mobilière est une garantie portant sur un bien meuble consentie pour le remboursement d'une créance commerciale ou professionnelle.

Ainsi doivent être inscrites au RCCM :

- le nantissement des actions et des parts sociales ;
- le nantissement du fonds de commerce et à l'inscription du privilège du vendeur de fonds de commerce ;
- le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles ;
- le nantissement des stocks ;
- les privilèges du Trésor, de la Douane et des Institutions Sociales ;
- la réserve de propriété ;
- contrat de crédit – bail.

L'article 24 de l'Acte prévoit enfin que sont mentionnées d'office dans le registre du commerce, sur communication au greffe de la juridiction concernée ou de tout intéressé :

- les décisions intervenues dans les procédures individuelles de faillite ou dans les procédures collectives de règlement judiciaire, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ;
- les décisions prononçant des sanctions patrimoniales contre les dirigeants des personnes morales ;
- les décisions de réhabilitation ou les mesures d'amnistie faisant disparaître les déchéances ou interdictions.

Il apparaît donc que l'ensemble de ce dispositif vise à offrir aux entreprises une plus large possibilité d'informations commerciales sur la structure juridique et financière de leurs partenaires, ainsi que la possibilité de mettre en place des garanties juridiques fiables et par voie de conséquence, de faciliter les échanges commerciaux.

## 3 – Les effets de l'immatriculation

L'immatriculation emporte un certain nombre d'effets. Selon l'article 38, toute personne immatriculée est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant. Mais cette présomption ne joue pas à l'égard des groupements d'intérêt économique. Toute personne immatriculée doit indiquer sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents

commerciaux, ainsi que sur toute correspondance, son numéro et son lieu d'immatriculation au registre.

En ce qui concerne l'inscription des sûretés, formalité qui a pour but de les rendre opposables aux tiers, l'acte uniforme prévoit que les garanties sont prises pour une durée limitée : cela contribue à éviter de paralyser les greffes de tribunaux par l'accumulation des inscriptions trop anciennes, alors surtout que ces juridictions ont déjà pour tâche de statuer en matière commerciale.

En tout état de cause, des sanctions sont prévues en cas de contravention. Selon l'article 39, les personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au registre qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus, ne peuvent se prévaloir jusqu'à leur immatriculation de la qualité de commerçant. Ils sont considérés comme des commerçants de fait, par opposition aux commerçants de droit qui sont, eux, immatriculés.

Il leur interdit aux commerçants de fait de se prévaloir de leur défaut d'inscription pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations qui incombent aux commerçants. De même, les personnes assujetties ne peuvent, dans le cadre de leurs activités commerciales, opposer aux tiers et aux administrations publiques, les faits et actes sujets à mention que si ceux-ci ont été publiés au registre. Mais les assujettis peuvent établir qu'au moment où ils ont traité, les tiers ou administrations en cause avaient connaissance des faits et actes concernés. D'ailleurs, le texte lui-même précise que les tiers et les administrations peuvent se prévaloir de ces faits et actes même s'ils n'ont pas été publiés.

Lorsque le greffe constate des inexactitudes ou rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission de vérification de la conformité et du caractère complet des énonciations contenues dans les pièces justificatives, il saisit la juridiction compétente. Les contestations entre le requérant et le greffe peuvent aussi être portées devant cette juridiction.

Lorsqu'un commerçant n'a pas procédé à son immatriculation dans le délai requis, la juridiction compétente peut, soit d'office, soit à la requête du greffe, ou de tout autre requérant, rendre une décision enjoignant à l'intéressé de le faire. Il en est de même lorsqu'il a omis de procéder :

- aux inscriptions des mentions complémentaires ou modificatives,
- aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclaration inexacte ou incomplète,
- à sa radiation.

Enfin, sera frappé d'une sanction pénale toute personne qui s'est abstenue, par ignorance ou par fraude, d'accomplir une des formalités exigées pour l'immatriculation.

## 2 – Le commerçant personne morale : la société commerciale

De façon générale, la société est une personne morale regroupant une ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre des moyens en commun en vue de se partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Ces personnes sont appelées les associés. Les moyens qu'elles dégagent sont appelés apports et les apports contribuent à doter la société

d'un patrimoine propre, la société possédant une personnalité juridique propre, différente de celle des associés. Ainsi définie, la société doit être distinguée de l'association.

L'association est un regroupement de deux ou plusieurs personnes qui mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que celui de réaliser des bénéfices pour se les partager. L'association peut donc réaliser des bénéfices, à l'occasion, sans pour autant que ce bénéfice soit partagé. Il sera plutôt utilisé pour la réalisation de sa mission ou de ses objectifs<sup>2</sup>. Les syndicats, les partis politiques, les associations de développement, les ONG, les associations d'anciens étudiants, les associations ou clubs sportifs culturels, confessionnels sont les exemples les plus connus d'association.

Les sociétés elles-mêmes ne sont pas des groupements homogènes. On fait en effet la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales, entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux :

- La différence entre une société civile et une société commerciale n'est plus très marquée de nos jours : les deux ont la personnalité morale, sont soumises à la procédure collective d'apurement du passif (faillite)... La seule vraie différence réside dans le fait que la société civile mène une activité non commerciale et relève de ce fait des juridictions civiles, alors que l'autre mène une activité commerciale ou est commerciale par la forme et dépend des juridictions commerciales.
- Parmi les sociétés commerciales, on distingue les sociétés de personnes des sociétés de capitaux et les sociétés hybrides, sorte de croisement entre les deux premières.

L'acte uniforme reconnaît comme sociétés de personnes, la Société en Nom Collectif (SNC) et la Société en Commandite Simple (SCS). Il admet une seule société de capitaux, la Société Anonyme (SA), une société dite intermédiaire, la Société A responsabilité imitée (SARL) et une société commerciale par l'objet, le Groupement d'Intérêt Economique (GIE).

Les sociétés citées marquent leur différence par des traits caractéristiques certains, mais obéissent toutes aux mêmes règles de constitution de fonctionnement et de dissolution. C'est le droit commun des sociétés commerciales qu'il faut examiner de prime abord avant d'étudier chaque type de société.

## **2.1 – LE DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES**

Il s'agit de prendre connaissance ici de l'ensemble des règles communes qui régissent la constitution, le fonctionnement et la dissolution de toutes les sociétés commerciales.

### **I - LA CREATION DE LA SOCIÉTÉ COMMERCIALE**

L'avènement d'une société commerciale commence par sa constitution qui scelle la volonté commune des associés et encadre leurs relations. Mais la société est créée pour être un acteur de la vie juridique. Il faut donc la doter des attributs nécessaires (personnalité juridique différente de celle des associés) et révéler son existence aux tiers en l'immatriculant.

#### **A – Les règles de constitution**

La constitution de la société commerciale est un acte juridique dont la validité dépend d'une part, des conditions générales de validité de tout acte juridique et d'autre part, des conditions spécifiques propres à la société commerciale.

##### **a) Les conditions générales de validité**

---

<sup>2</sup> Le bénéfice réalisé par la vente de casquettes par une association de bienfaisance n'est pas distribué. Il sert à réaliser des œuvres sociales identifiées par l'association.

Elles oscillent entre conditions de fond et conditions de forme.

## 1 – Les conditions de fond

Ce sont les conditions classiques relatives au consentement des parties, à leur capacité juridique, à la cause et à l'objet.

### ▪ **Le consentement**

Il s'agit de l'accord donné par chaque futur associé pour la création de la société et les conditions de son fonctionnement. Cet accord doit être véritable et vérifiable et ne doit être vicié ni par l'erreur ni par le dol ni par la violence.

La sanction des règles de consentement est la nullité de l'acte constitutif. Si pour les sociétés de personnes la nullité va de soi, pour les autres elle est plus difficile à admettre et on donne priorité plutôt à la régularisation. Pour cette raison, la nullité ne sera prononcée qu'exceptionnellement, lorsque le consentement de tous les associés sera vicié. Hypothèse rare.

### ▪ **La capacité des parties**

L'aptitude juridique à devenir associé dépend du type de société :

- S'il s'agit d'une SNC, il faut être commerçant ou pouvoir le devenir : il faut donc avoir la capacité commerciale. Il est en effet dit que tous les associés de la SNC sont tous commerçants ou acquièrent le statut du fait de leur participation à cette société. Cette exigence exclut le mineur non émancipé, le majeur sous tutelle : l'un et l'autre ne peuvent être commerçants ni par eux-mêmes ni par le biais de leur représentant légal. Quant au majeur sous curatelle, techniquement il peut être commerçant n'étant pas réellement un incapable. Mais dans la pratique, ce sera incommode : il lui faut en permanence l'assistance de son curateur.
- Dans la société en commandite simple, toute personne, y compris le mineur, peut y être associée commanditaire. En revanche pour être associé commandité, il faut avoir la capacité commerciale. La société en commandite admet en effet deux catégories d'associé : les commanditaires qui n'ont pas le statut de commerçant et les commandités qui eux sont commerçants.
- S'il s'agit des autres sociétés commerciales, la qualité de commerçant n'est pas requise pour devenir associé. Il faut seulement pouvoir accomplir des actes juridiques par soi-même ou par le biais d'un représentant légal.

### ▪ **La cause et l'objet**

L'objet est l'activité de la société. Elle doit être licite et conforme aux bonnes mœurs. Cette activité doit être énoncée clairement dans les statuts et correspondre réellement à ce que la société fait dans la pratique. C'est la règle de la spécialité.

La cause est le motif de la création de la société. Elle ne doit pas être illicite et contraire aux bonnes mœurs.

## 2 – Les conditions de forme

Elles sont relatives à la publicité et à la rédaction des statuts. A cela il faut ajouter les exigences particulières à la société commerciale qui fait appel à l'épargne publique.

### ▪ **Les statuts**

Les statuts sont l'acte constitutif de la société. La société commerciale est légalement constituée le jour de la signature des statuts par le ou les associés.

Les statuts doivent être rédigés par un notaire ou authentifiés (c'est-à-dire attestés) par lui s'ils sont rédigés par les parties elles-mêmes. L'écrit est donc exigé pour la constitution de la société. La règle est impérative.

Les statuts doivent contenir obligatoirement les mentions suivantes :

- La forme de la société
- La dénomination sociale
- L'objet social
- Le siège
- La durée qui ne doit pas excéder 99 ans
- L'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux émis en contrepartie de chaque apport
- Le montant du capital social
- Le nombre et la valeur des titres sociaux émis
- Les stipulations relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves...
- Les modalités de fonctionnement
- **La publicité**

L'exigence de la publicité vise à révéler l'existence et le fonctionnement de la société aux tiers et à les protéger : les partenaires de la société sont renseignés sur sa solvabilité et sa crédibilité, les créanciers des associés sur le sort de biens du patrimoine de leur débiteur.

Ainsi il est prévu une triple formalité de publicité :

- L'insertion de l'acte constitutif dans le journal officiel ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, à condition que ce journal paraisse depuis six mois au moins et que sa diffusion couvre l'étendue du territoire national ;
- Le dépôt des statuts auprès du greffe du tribunal de commerce du pays où la société a son siège social ;
- L'immatriculation au RCCM, acte par lequel la société accède à la vie juridique.

## **b) Les conditions spécifiques aux sociétés commerciales**

Ces conditions sont au nombre de trois :

- Les associés doivent effectuer des apports au profit de la société en vue d'en constituer le capital. Le montant du capital est librement fixé par les parties et indiqué dans les statuts. La loi exige souvent un minimum.
- En cours de vie de la société, ce montant du capital peut être augmenté ou réduit, à condition de respecter le minimum légal exigé dans certains types de société et de respecter les conditions de modification subséquente des statuts : décision prise en assemblée générale extraordinaire, respect du quorum et de la majorité requise, publicité de la modification intervenue...
- Les associés doivent être prêts à participer aux résultats ;
- Il doit exister entre eux l'affectio societatis.

Ces conditions sont de véritables préalables. Si elles font défaut au plus tard à la constitution de la société, alors les parties ne sont pas prêtes pour créer la société.

### **1 - Les apports**

Ils sont la contrepartie que verse chaque associé pour les parts du capital souscrites. Ils peuvent être en numéraires, ou en nature ou en industrie. Tous les apports promis sont dus : on peut en poursuivre le recouvrement et tout retard dans leur libération peut être productif d'intérêt.

#### **▪ L'apport en numéraires**

C'est le versement au profit de la société d'une somme d'argent promise par l'associé. Le versement est fait en principe en une fois, mais lors qu'il est fractionné le quantum des fractions et les délais de paiements sont soumis à des règles impératives<sup>3</sup>.

#### ▪ **L'apport en nature**

C'est le transfert au profit de la société des droits sur des biens immobiliers ou mobiliers, corporels ou incorporels dont l'associé est propriétaire.

L'apport peut être effectué en pleine propriété : alors le bien est transféré à la société, à la charge et aux frais de l'associé. Il peut être au contraire effectué en jouissance de deux manières :

- ou bien l'apporteur garde la nue-propriété du bien, mais cède l'usufruit à la société. Cette dernière utilise le bien, en retire les fruits sans pouvoir en disposer. Le délai légal de cession de l'usufruit est de trente (30) ans.
- Ou alors, il met seulement le bien à la disposition de la société qui en jouit durant un délai convenu. Au terme de ce délai, l'apporteur reprend le bien dont il est resté le seul propriétaire.

L'apport en nature est pris en compte dans la structure du capital social. Il est évalué par les parties, mais nécessairement confirmé par un commissaire aux apports. C'est une exigence légale.

#### ▪ **L'apport en industrie**

On le définit comme le travail ou l'activité que l'apporteur effectue ou promet d'effectuer, en raison de ses compétences techniques ou commerciales, ou encore des services qu'il rendra en faisant bénéficier la société de son crédit, de son savoir-faire ou même de son expérience.

L'apport en industrie est difficilement évaluable en montant d'argent. N'ayant donc pas de valeur patrimoniale, on ne peut pas lui attribuer la part du capital que doit libérer son apporteur. Or, c'est sur ce montant libéré que s'opère la saisie des créanciers sociaux au titre de la part contributive de l'associé, à moins que ce dernier en réponde sur son patrimoine. **La société de personnes étant la seule dans laquelle l'associé réponde des dettes sociales sur son patrimoine, on en déduit que c'est elle seule qui admet l'apport en industrie.**

La loi exige que l'apport en industrie soit effectué sous forme de main-d'œuvre. L'apporteur doit donc travailler pour la société. Mais il n'est pas un salarié : il ne perçoit pas un salaire et n'est pas subordonné aux autres associés. Comme ces derniers, il participe aux résultats. Mais dans quelle proportion, puisque son apport est dépourvu de valeur patrimoniale ? Dans la pratique, les parties conviennent de la valeur de l'apport en industrie. A défaut, l'apporteur en industrie est traité comme l'apporteur en nature ou en numéraire qui a effectué la plus petite mise.

## 2 – La participation aux résultats

Les associés doivent être prêts à se partager les bénéfices et les pertes de la société, proportionnellement à leur part dans le capital social. L'exigence paraît évidente, mais vise à interdire les clauses léonines, c'est-à-dire les clauses d'attribution injustifiée des pertes ou des bénéfices à un ou quelques associés seulement.

## 3 – L'affectio societatis

C'est le sentiment d'appartenance à la société, la volonté de participer à l'aventure commune et d'y œuvrer pleinement. C'est un élément psychologique. Il ne vient pas s'ajouter aux autres conditions, il est plutôt révélé par eux et permet de vérifier que les parties sont réellement prêtes à créer la société et à œuvrer pour la réalisation de ses objectifs.

---

<sup>3</sup> C'est le cas par exemple de la société anonyme comme on le verra plus loin.

## **B – L'immatriculation de la société commerciale**

L'immatriculation au RCCM est une obligation de toute société commerciale car c'est elle qui lui confère la personnalité juridique. Mais exceptionnellement, certaines sociétés ne seront pas immatriculées, soit volontairement ou tout simplement parce que les conditions requises ne sont pas réunies.

### **a) L'acquisition de la personnalité juridique**

La société immatriculée acquiert la personnalité juridique. Elle devient une personne morale avec les mêmes attributs que la personne physique :

- Elle a un nom : c'est la raison ou la dénomination sociale ;
- Elle a une date de naissance, celle de son immatriculation au RCCM ;
- Elle a un domicile, c'est le siège social ;
- Elle a un patrimoine constitué par son capital augmenté de l'actif ou diminué du passif ;
- Elle a une nationalité, celle du pays du siège social ou celle de celui qui dispose de la plus grande part du capital social.

En d'autres termes, avec l'immatriculation, la société devient acteur de la vie juridique et sa personnalité se démarque de celle des personnes qui l'ont constituée. Elle peut traduire en justice en son nom propre pour défendre ses intérêts. Elle peut également être assignée en justice pour répondre de ses actes.

L'acquisition de la personnalité juridique a pour corollaire la reprise par la société des actes accomplis en son nom.

### **b) La reprise des actes par la société immatriculée**

Sont concernés les engagements pris au nom de la société avant sa constitution et ceux qui sont postérieurs à la constitution mais antérieurs à l'immatriculation

#### **1 – Les actes antérieurs à la constitution de la société**

Lorsqu'elle n'est pas encore constituée, on dit que la société est en formation. Elle ne possède donc pas encore la personnalité juridique et ceux qui doivent agir statutairement en son nom n'ont pas encore de mandat légal. Ceux qui agissent pour le moment sont les personnes chargées d'accomplir les formalités de constitution et de poser tous les actes et formalités qui font rendre la société fonctionnelle. On les appelle les fondateurs. Le problème qui se pose est de savoir le sort des actes posés par les fondateurs à l'immatriculation et la société puisqu'elle devient en ce moment acteur de la vie juridique, capable d'agir par et pour elle-même.

Le principe posé est simple : après son immatriculation, la société entérine tous les actes accomplis en son nom par les fondateurs.

De quels actes s'agit-il ?

Il s'agit de tous les actes matériels et juridiques nécessaires pour la constitution de la société et pour la rendre opérationnelle : location de locaux, installations téléphonique et électrique, acquisition de matériels informatiques, ouverture de compte bancaire...

Comment s'effectue la reprise ?

Au jour de l'immatriculation, un état des engagements pris au nom de la société et leur étendue est dressée pour l'information des associés. Deux solutions sont possibles :

- Les associés estiment que les engagements sont fondés et ils les ratifient. Alors, tout se passe comme s'ils les avaient pris eux-mêmes et la société en assume toutes les obligations.

- Ils refusent de ratifier au motif qu'il y a eu abus ou que les engagements ne présentent aucun intérêt pour la société. Alors les fondateurs seront tenus indéfiniment et solidairement des obligations qui découlent de tels engagements.

## 2 - Les actes postérieurs à la constitution mais antérieurs à l'immatriculation

Il s'agit des actes accomplis durant le laps de temps compris entre la constitution de la société et l'accomplissement des formalités d'immatriculation.

En principe, de tels actes sont accomplis par les dirigeants sociaux qui tiennent leur pouvoir des statuts. Ces actes engagent la société vis-à-vis des tiers, même s'il y a eu abus. Dans ce dernier cas, les dirigeants sociaux seront poursuivis en responsabilité par la société.

### **C - Les sociétés non-immatriculées**

La conséquence de la non-immatriculation est l'absence de personnalité juridique. Il existe plusieurs cas de figure :

#### **a) Les sociétés non-immatriculées volontairement**

Les parties agissent en connaissance de cause en créant une société qu'elles décident de ne pas immatriculer. Il est alors créé une société dite société en participation. Elle n'est pas soumise à publicité, mais est reconnue par la loi et connue de l'administration fiscale.

Les dispositions de la loi relatives à la personnalité mises à part, la société en participation est soumise à toutes les règles communes aux sociétés commerciales.

Les règles de fonctionnement sont celles des sociétés de personnes : chaque associé engage les autres à l'égard des tiers et chacun des associés est tenu indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

#### **b) Les sociétés non-immatriculées involontairement**

La situation qui est créée ici résulte du fait que les personnes concernées ont voulu créer une société mais n'ont pas su accomplir toutes les formalités requises pour parvenir et immatriculer la société ou alors sans le savoir elles se sont comportées comme des associés, s'il avait existé entre elles une société. A ce dernier cas, on ajoute celui de sociétés créées en dehors de celles légalement reconnues. Dans le premier cas, il s'agit de société créée de fait (certains auteurs parlent de « société ratée ») et dans le second, de société de fait (ou de « société qui s'ignore » pour reprendre la formule imagée des mêmes auteurs).

Le problème majeur dans ces deux sociétés est celui de la preuve de leur existence et les conséquences à en tirer. Pour administrer la preuve de l'existence d'une société de fait ou d'une société créée de fait, il suffit de prouver la preuve de l'existence apparente des éléments constitutifs d'une société : apports, partage des bénéfices, *affectio societatis*. Lorsque la preuve est faite, à l'égard des tiers comme entre les supposés associés, on applique les règles de la société en nom collectif.

## **II – LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIETE COMMERCIALE**

Le fonctionnement de la société commerciale est régulé par trois organes qui obéissent à des règles précises.

### **A – Les associés**

Est associé toute personne qui souscrit des parts du capital d'une société commerciale. En contrepartie de cette souscription, l'associé perçoit des dividendes et dispose du droit de vote lors des assemblées générales.

#### **a) Le droit aux dividendes**

Les dividendes sont les parts du bénéfice réalisé par la société et attribuées à chaque associé au prorata de sa participation au capital social. Mais, les dividendes ne sont pas distribués automatiquement :

- Il peut être décidé par l'assemblée générale de capitaliser le bénéfice réalisé : alors il n'y aura pas de distribution de dividendes ;
- on peut au contraire décider de faire un prélèvement sur le bénéfice réalisé en vue de constituer une réserve. Alors, seul le montant après prélèvement est distribué.

## **b) le droit de vote de l'associé**

### **1 – Le contenu du droit de vote**

Aux termes de la loi, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives, c'est-à-dire les décisions prises lors des assemblées générales ou des consultations écrites. Pour cela, il lui est accordé le droit de vote dont les corollaires sont le droit de demander et d'obtenir la communication de tous documents sociaux et le droit de poser par écrit toute question sur la gestion de la société. Pour voter utile, il faut être bien informé !

Chaque associé dispose d'une voix par action, sauf dans les sociétés de personnes où chaque associé dispose d'une voix quels que soient le nombre et la qualité de ses parts sociales détenues.

### **2 – L'utilisation du droit de vote**

Les associés utilisent leur droit de vote lors des assemblées générales au cours desquelles sont prises les décisions collectives, ordinaires ou extraordinaires.

- Il y a décisions ordinaires donnant lieu à Assemblée Générale Ordinaire (AGO) lorsqu'il doit être statué sur l'approbation des comptes annuels, la nomination et la révocation de dirigeants sociaux, l'orientation de la gestion de la société...
- Il y a décisions extraordinaires donnant lieu à assemblée générale extraordinaire (AGE) lors que les statuts doivent être modifiés, c'est-à-dire en cas de changement de siège social, de changement d'objet social, d'augmentation ou de diminution du capital social...

## **B – L'Organe de gestion**

Il est constitué de personnes nommées par les associés pour gérer la société. Le pouvoir de gestion comporte celui de représenter la société et d'agir en son nom. C'est un pouvoir autonome, mais les actes posés par les dirigeants doivent être conformes avec les orientations déterminées par les associés et ils n'engagent pas la société en cas d'abus.

## **C – L'Organe de contrôle**

Le pouvoir de contrôle est confié à un organe externe à la société, afin d'éviter les abus de pouvoir de la part des dirigeants. C'est au commissaire aux comptes qu'est dévolu ce pouvoir. Il veille à la régularité et à la sincérité des comptes et de l'ensemble des opérations de la société.

La nomination d'un commissaire aux comptes est parfois facultative (dans les sociétés de personnes et les SARL), parfois obligatoire (SA et SARL dont le capital est supérieur à 10 millions ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 250 millions ou dont les associés dépassent 50).

Mais à l'occasion, sur l'initiative d'un ou de plusieurs associés, on peut nommer un expert de gestion ou un administrateur dont le pouvoir est temporaire et la mission ponctuelle. Il vérifie la régularité et la sincérité de certaines opérations qui paraissent suspectes.

## **D – La fin de la société commerciale**

La société prend fin par sa dissolution. La dissolution produit effets à l'égard des associés, mais n'est opposable aux tiers qu'après publication au RCCM. On distingue la dissolution de plein droit et la dissolution provoquée.

Il y a dissolution de plein droit dans les cas suivants :

- arrivée du terme prévu pour la durée de vie de la société ;
- réalisation de l'objet social ;
- extinction de l'objet social ;
- annulation du contrat de société ;
- décision judiciaire de liquidation ou ordonnant la cession de tous les actifs...

En revanche, il y a dissolution provoquée :

- en cas de dissolution conventionnelle sur décision des associés ;
- en cas de dissolution judiciaire à la demande d'un associé pour justes motifs (par exemple mésentente entre associés entraînant paralysie de la société...

Quelles qu'en soient les causes, la dissolution a pour effet la liquidation de la société. On définit la liquidation comme étant l'ensemble des opérations ayant pour objet de régler le passif, de convertir les éléments d'actifs en argent afin de procéder au partage entre les associés de l'actif subsistant. Au cas où il n'y en aurait pas, l'opération devrait déterminer la part de chaque associé dans le passif.

Exceptionnellement, la société en liquidation garde sa personnalité juridique pour les besoins des opérations de liquidation. Elle garde son siège, sa dénomination mais suivie de la mention « société en liquidation », elle garde son patrimoine et les associés deviennent propriétaires indivis de ses biens et seul le liquidateur nommé agit désormais en son nom.

## **2.2 – LES DIFFERENTES SOCIETES COMMERCIALES**

Il existe deux types de société commerciale : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. A ces sociétés, il faut ajouter la société à responsabilité limitée et le groupement d'intérêt économique.

### **I - LES SOCIETES DE PERSONNES**

Ce sont la société en nom collectif (SNC), la société en commandite simple (SCS).

Dans ces deux types de sociétés :

- les associés se connaissent tous et se sont mis ensemble pour cette raison : le contrat de société est conclu *intuitus personae* ;
- la contrepartie de l'apport est constituée par des parts sociales attribuées à chaque associé ;
- les parts sociales sont en principe cessibles mais l'opération requiert le consentement unanime de tous les autres associés ;
- les dirigeants sont nommés et révoqués à l'unanimité.

Malgré ces points communs, chacune des deux sociétés présente des particularités certaines dont nous prendrons la mesure dans les lignes qui suivent en étudiant d'abord la société en nom collectif qui est la société de personnes type, puis ensuite la société en commandite simple.

#### **A - LA SOCIETE EN NOM COLLECTIF**

Elle est définie comme une société « dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. ».

La S.N.C. est donc une société de commerçants et logiquement sa constitution, son fonctionnement et sa dissolution en portent les stigmates.

### **a) La constitution de la Société en Nom Collectif**

Il existe des règles de fond et des exigences de forme.

#### **1 – Les conditions de fond**

Ce sont les conditions classiques de validité déjà étudiées auxquelles il faut naturellement ajouter celles particulières aux sociétés commerciales (déjà étudiées également) et celles dues à la spécificité de la SNC. Ainsi :

- la société étant constituée de commerçants, ceux-ci doivent avoir la capacité commerciale.
- Ne peuvent être membres d'une SNC les mineurs et les incapables (article 8), ainsi que deux époux ensemble (article 9). Ce dernier article protège le patrimoine familial des risques énormes encourus compte tenu de l'engagement indéfini et solidaire des associés en nom.

En principe, la S.N.C. peut exercer n'importe quelle activité, que celle-ci soit commerciale ou civile. Mais il existe quelques interdits légaux. Ainsi on ne peut pas exercer des activités telles que les assurances, les banques...sous la forme de SNC, compte tenu des sommes énormes que de telles activités mettent en jeu et de la responsabilité énorme encourue par les associés en nom collectif.

L'Acte uniforme n'érige aucune contrainte en matière de capital social : pas de montant minimum, pas de délai de libération des apports, pas d'interdiction des apports en industrie. L'acte uniforme précise seulement que le capital de la S.N.C. est divisé en parts sociales de même valeur nominale.

#### **2 – Les conditions de forme**

Il s'agit des conditions déjà énoncées pour toute société, en occurrence la rédaction d'un écrit authentique ou sous seing privé et l'accomplissement des formalités légales de publicité.

La société en nom collectif est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles des mots : « société en nom collectif » ou « S.N.C. ».

En l'absence d'écrit, la société est considérée comme une société créée de fait. (article 115 de l'Acte uniforme).

### **b) Le fonctionnement de la Société en Nom Collectif**

La SNC vit à travers deux organes essentiels à savoir les gérants (A) et les associés (B).

#### **1 - Les gérants**

Le fonctionnement de la S.N.C. est assuré par une ou plusieurs personnes appelées Gérants investis de certains pouvoirs dont l'exercice peut donner lieu à responsabilité

##### **▪ Le statut du Gérant**

##### **➤ La désignation du Gérant**

Le Gérant peut être désigné par les statuts : c'est un Gérant statutaire. Mais les mêmes statuts peuvent prévoir au contraire la désignation du ou des gérants dans un acte ultérieur. On parle alors de gérant non statutaire.

**Le gérant statutaire.** Il peut être associé ou non, personne physique ou morale. Dans ce dernier cas, chaque dirigeant de la personne morale est considérée comme étant gérant de la SNC en son nom propre avec toutes les conséquences juridiques que cette situation induit.

Le gérant qui n'est pas associé est seulement un mandataire salarié de la société et dans ce cas, il répond de ses fautes personnelles de gestion. En revanche, il n'est pas tenu du passif de la société.

**Le gérant non statutaire.** Dans le silence des statuts, les associés sont censés s'être donnés réciproquement pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Il s'ensuit qu'ils ont tous la qualité de gérant et ont par conséquent la signature sociale. Dès lors, s'il survient entre eux une mésentente profonde empêchant la société de fonctionner et de remplir son objet, on peut considérer qu'il y a alors un juste motif de dissolution.

#### ➤ **La révocation du Gérant**

**La révocation du Gérant statutaire.** Lors que le Gérant statutaire est associé sa révocation ne peut être faite qu'à l'unanimité des autres associés. Cette règle est d'ordre public, c'est-à-dire qu'on ne peut pas la contourner.

En effet, la révocation du gérant a pour conséquence d'entraîner la dissolution de la société compte tenu de l'*intuitu personae* qui caractérise la société en nom collectif. Pour éviter cet inconvénient, les associés peuvent insérer dans l'acte de société une clause de continuation ou, le cas échéant, décider la continuation à l'unanimité. .

**La révocation du Gérant non statuaire.** S'il n'est pas associé, sa révocation est faite par décision de la majorité en nombre et en capital des associés. En revanche s'il est associé, la décision de révocation est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés. L'acte uniforme précise que toute clause contraire à ces dispositions n'est pas valable.

Le gérant associé révoqué peut décider de se retirer de la société en demandant le remboursement de ses droits sociaux dont la valeur est fixée, à défaut d'accord parties, par un expert désigné par le tribunal. Dans le même sens, si la révocation du gérant, quel qu'il soit, est décidée sans justes motifs, elle peut donner lieu au paiement de dommages et intérêts.

#### ➤ **La rémunération du gérant**

La rémunération du gérant, sauf clause contraire des statuts, est fixée par les associés, à la majorité en nombre et en capital. Cependant, si le gérant dont la rémunération doit être fixée est lui-même associé, la décision est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés.

#### **Pouvoirs et responsabilité du gérant**

Les pouvoirs et les responsabilités du Gérant doivent être envisagés dans ses rapports avec la société et les associés et dans ses rapports avec les tiers.

#### ➤ **Les rapports du Gérant avec la société et les associés**

Les pouvoirs du Gérant sont déterminés par les statuts et peuvent être généraux ou limités.

Lorsqu'il y a plusieurs gérants, l'acte de société peut répartir entre eux, la charge de l'administration en spécialisant les fonctions de chacun. Mais également, il peut prévoir une gestion collégiale. Ans ce cas, chacun d'eux détient les mêmes pouvoirs que s'il était seul gérant de la société. Et chacun d'eux peut s'opposer à toute opération d'un autre, avant que cette opération soit conclue.

L'acte de société peut limiter les pouvoirs du Gérant (mais on doit absolument lui laisser une marge de manœuvre puisqu'il est gérant après tout !) et énumérer les actes qu'il n'accomplira qu'avec l'accord des associés, sous peine d'engager sa responsabilité.

Toutefois, les clauses statutaires limitatives de pouvoirs du gérant n'ont pas en principe d'effet à l'égard des tiers. Ainsi le gérant qui outrepassé ses pouvoirs engage la société, mais

doit réparer le dommage qu'il cause éventuellement à celle-ci. Il répond en effet envers la société de toutes ses fautes de gestion notamment des abus de dénomination sociale (tous les actes accomplis à des fins personnelles tels que abus de biens sociaux, abus de confiance) et du dépassement de ses pouvoirs, le tout sans préjudice des poursuites pénales qui pourraient être exercées contre lui.

Dans le silence des statuts et malgré la pluralité de gérants, chacun d'eux détient séparément le pouvoir de faire les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Il s'agit alors des actes de gestion courante, c'est-à-dire des actes d'administration, mais aussi de certains actes de disposition, à condition que ces actes de disposition ne modifient pas les conditions de l'exploitation ou ne compromettent pas l'existence même de la société. Ils équivaldraient alors à une décision indirecte de modification des statuts ou de dissolution, décision qui exigerait alors l'intervention de tous les associés.

Somme toute, le gérant est tenu des obligations générales qui pèsent sur tout mandataire. Il doit veiller aux intérêts de la société et consacrer toute son activité à la bonne marche des affaires sociales. Comme tout mandataire, il doit informer ses mandants et leur rendre compte. A cet effet, l'acte uniforme dispose que le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale annuelle des associés. Ces documents ainsi que le texte des résolutions proposées et le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes, sont communiqués aux associés au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée. Toute délibération prise en violation de ces dispositions peut être annulée.

#### ➤ **Les rapports du gérant avec les tiers**

A l'égard des tiers, le gérant représente la société en toutes circonstances. Il suffit que ses actes ou faits juridiques soient conformes à l'objet social. Lorsque le gérant agit sous la dénomination sociale, il représente la société et dès lors, les tiers, notamment ceux de bonne foi avec lesquels il traite, ont une action contre la société et non pas contre le gérant lui-même.

## 2 - Les associés

L'associé en nom possède comme tout associé un certain nombre de droits et d'obligations, ces dernières étant plus lourdes que celles des associés d'autres sociétés.

#### ▪ **Les droits des associés**

Comme tous les associés, les membres d'une S.N.C. ont le droit de participer aux bénéfices réalisés par la société. Ils ont également le droit de demeurer dans la société aussi longtemps qu'ils le désirent. Ils ne peuvent être exclus qu'en cas de faillite personnelle ou d'impossibilité d'exercer le commerce et à condition que les statuts aient prévu la continuation de la société malgré ces événements.

En général, les associés en nom, non-gérants, jouissent d'un droit à l'information très étendu qui leur permet à tout moment de connaître l'état des affaires sociales et de mesurer le degré de risque qu'ils encourent. Quoi de plus normal : leur engagement est indéfini et solidaire.

Les parts sociales sont cessibles à l'unanimité du consentement des associés. Cette règle est impérative. Pour éviter que la S.N.C. ne devienne une prison pour l'associé, notamment lorsque l'unanimité n'a pu être réalisée, il est admis que les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé.

Pour être valable et opposable à la société, la cession de parts doit d'abord être constatée par écrit, puis satisfaire l'une des conditions suivantes :

- être signifiée à la société par exploit d'huissier
- ou être acceptée par la société dans un acte authentique

- ou alors avoir été déposée contre une attestation de dépôt au siège social.

Par ailleurs, la cession n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de la formalité complémentaire d'inscription au R.C.C.M. Tant que cette formalité n'est pas accomplie, l'ancien associé demeure commerçant aux yeux des tiers et par conséquent indéfiniment et solidairement responsable des dettes de la société.

Enfin, d'autres droits sont exercés par l'ensemble des associés. Ainsi toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions seront prises à une majorité qu'ils fixent.

La réunion en assemblée n'est pas une exigence légale pour les associés. Dans certains cas, il est permis que les décisions soient prises par voie de consultation écrite. En ce sens, il est prévu que les décisions collectives qui doivent être prises en assemblée le soient par consultation écrite si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés.

Les statuts définissent les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités. Lorsque les décisions sont prises en assemblée générale, celle-ci est convoquée par le ou l'un des gérants au moins quinze jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La convocation indique la date, le lieu de réunion et l'ordre du jour. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés. Le procès-verbal doit être signé par chacun des associés présents. En cas de consultation écrite, il en est fait mention dans le procès-verbal auquel est annexée la réponse de chaque associé et qui est signé par les gérants.

En toutes circonstances, les associés en nom ont un droit général d'avis, de conseil, de surveillance et de contrôle des affaires de la société.

Ce droit s'exerce d'abord en assemblée générale qui se tient chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice. Elle ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital social. C'est le quorum. Elle est présidée par l'associé représentant par lui-même ou comme mandataire le plus grand nombre de parts sociales. Aucune dérogation n'est permise. Au cours de cette assemblée, le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation des associés.

#### ▪ **Les obligations des associés**

Dans la SNC, tous les associés ont la qualité de commerçant du seul fait de leur participation à la société. En tant que tels, ils doivent remplir les obligations incombant aux commerçants. En tant qu'associés, ils doivent libérer les apports promis dans les conditions prévues par les statuts. La qualité d'associé en nom leur impose d'autres obligations spécifiques :

D'abord, vis-à-vis de l'obligation au passif. Les associés en nom sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social, même après dissolution et liquidation de la société. Ils sont également solidaires de tous les engagements de la société et toute stipulation contraire n'est pas admise. Cette obligation a pour conséquence de faciliter le fonctionnement de la S.N.C. qui peut aisément se procurer du crédit à partir du moment où un seul des associés est solvable. De même, les intérêts des créanciers sont plus efficacement garantis puisqu'en cas de refus ou d'impossibilité de payer de la part de la société, l'associé en nom le plus solvable remboursera sur son patrimoine propre (plus précisément sur ses biens saisissables), pourvu que la dette poursuivie soit sociale. C'est cela au fond, être tenue indéfiniment et solidairement.

Mais avant que l'associé soit poursuivi, il a fallu d'abord mettre la société en demeure de rembourser vainement. L'acte uniforme précise que les créanciers ne peuvent poursuivre l'associé en paiement que 60 jours au moins après avoir vainement mis en demeure la société de payer. De plus, ce délai peut être prorogé par ordonnance du président de la juridiction statuant à bref délai sans que la prorogation puisse excéder 30 jours.

L'associé en nom est poursuivi pour le remboursement de la totalité des dettes impayées par la société. Il ne peut opposer au créancier poursuivant ni le bénéfice de discussion ni celui de division. Mais lorsqu'il a remboursé, l'associé poursuivi se retourne contre les autres pour réclamer leur participation. C'est la contribution à la dette.

Si les règles que nous venons d'invoquer s'appliquent aisément aux associés en nom qui font partie de la société depuis sa constitution jusqu'à sa dissolution, il n'en est pas de même pour ceux qui entrent dans la société au cours de la vie sociale ou qui quittent celle-ci avant sa dissolution.

Le nouvel associé répond du passif qui existait au moment de son entrée dans la société et pas seulement du passif postérieur à son entrée. Cette règle se justifie par le fait que l'intéressé connaissait l'existence de ce passif au moment de son entrée dans la société et a pu en tenir compte pour l'évaluation du prix des parts sociales qu'il a acquises. Cependant, l'acquéreur des parts peut demander à son cédant de le garantir contre le passif inconnu au jour de la cession et qui pourrait se révéler par la suite.

L'associé qui quitte la société est tenu à l'égard des tiers du passif existant au jour de son départ. S'il a publié sans retard sa radiation au registre du commerce, il n'est pas obligé du passif qui naît après l'accomplissement de cette formalité.

### **c) La dissolution de la Société en Nom Collectif**

Elle peut être motivée par les causes de dissolution communes à toutes les sociétés. Mais, il existe certaines causes particulières à cette société. En effet, la SNC est dissoute par tous les événements qui atteignent la condition juridique personnelle de ses associés. Ainsi le mariage de deux associés (qui fait du mari et de la femme tous deux commerçants, ce que la loi interdit), un jugement de liquidation des biens, la faillite d'un associé, son interdiction, son incapacité ou son décès entraînent la dissolution de plein droit de la société. De même, la révocation du gérant statutaire associé entraîne, sauf clause de continuation, la dissolution de la société.

Pour éviter de telles causes de dissolution dues à un seul associé, on choisit entre deux solutions :

- soit les autres associés décident dès la survenance de l'événement, donc a posteriori, de continuer la société ;
- ou ils insèrent dans les statuts, une clause appropriée à cet effet. L'acte uniforme dispose qu'en cas de décès d'un associé, les statuts peuvent prévoir que la société continuera soit entre les associés survivants ou entre les associés survivants et les héritiers ou successeurs de l'associé décédé avec ou sans l'agrément des associés survivants.

Ainsi, s'il est prévu que la société continuera avec les seuls associés survivants, ou si ces derniers n'agrément pas les héritiers ou successeurs de l'associé décédé ou s'ils n'agrément que certains d'entre eux, les associés survivants doivent racheter aux héritiers ou successeurs de l'associé décédé ou à ceux qui n'ont pas été agréés, leurs parts sociales.

Lorsque la société se poursuit avec les héritiers du défunt associé, entre autres difficultés dues à l'*intuitu personae*, un problème particulier peut se poser dans le cas où l'un ou l'autre héritier serait mineur non émancipé et incapable d'exercer le commerce. L'acte uniforme dispose qu'en cas de continuation de la société et si l'un ou plusieurs des héritiers ou

successors de l'associé décédé sont mineurs émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des parts de la succession de leur auteur. En outre, dans un délai d'un an à compter de la date du décès, la société doit être transformée en société en commandite dont le mineur devient commanditaire. A défaut, elle est dissoute.

Enfin, dans les cas de refus d'agrément des héritiers et successeurs ou du retrait d'un associé, la valeur des droits sociaux à rembourser aux intéressés, à défaut d'accord amiable entre les parties, est déterminée par un expert désigné, soit par les parties ou par décision judiciaire.

## **B – La Société en Commandite Simple (en abrégé SCS)**

La société en commandite simple est une société de personnes dont les membres sont liés par l'*intuitu personae*. Elle présente l'avantage de permettre à une personne tentée de faire le commerce mais qui n'a pas de fonds, de bénéficier des apports de personnes disposant des fonds mais ne pouvant pas se livrer à des opérations commerciales pour diverses raisons : leur statut, leur conviction religieuse, philosophique...

La société en commandite simple est donc formée de deux catégories d'associés qui ne sont pas soumis aux mêmes règles.

D'un côté il y a les associés dits commanditaires qui sont soumis aux mêmes règles que les associés d'une SARL : ils n'ont pas le statut de commerçant et ne participent pas à la gestion extérieure de la société. De l'autre côté, les associés dit commandités qui ont le statut de commerçant, gèrent directement la société et sont soumis aux mêmes règles que les associés en nom.

La société est désignée sous une dénomination sociale comprenant le nom des associés commandités ou de certains d'entre eux, précédée ou suivie en caractères lisibles des mots : "société en commandite simple" ou du sigle "S.C.S.". Il est bien précisé que le nom d'un associé commanditaire ne peut en aucun cas être incorporé à la dénomination sociale, à défaut de quoi, ce dernier répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

Les statuts doivent mentionner le montant ou la valeur des apports de tous les associés, la part dans ce montant ou cette valeur de chaque associé commandité ou commanditaire, la part globale des associés commandités et la part de chaque associé commanditaire dans la répartition des bénéfices et dans le boni de liquidation.

Les parts sociales sont cessibles à l'unanimité du consentement des associés. Mais les statuts peuvent organiser d'autres modalités de cession des parts selon le schéma suivant :

- Les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés ;
- Les parts des associés commanditaires peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires ;
- Un associé commandité peut céder une partie de ses parts à un associé commanditaire ou à un tiers étranger à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires.

La cession des parts est constatée par écrit et est opposable à la société lorsque l'une des formalités qui suivent a été accomplie :

- Signification à la société de la cession par exploit d'huissier ;
- Ou acceptation de la cession par la société dans un acte authentique ;
- Ou alors dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt.

Elle n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de l'une des formalités sus-indiquées et inscription au R.C.C.M

### **a) Le fonctionnement de la SCS**

La S.C.S. est gérée par tous les commandités, sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants parmi les associés commandités ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur, dans les mêmes conditions et avec les mêmes pouvoirs que dans une société en nom collectif.

Les associés commanditaires ne peuvent faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration (mais ils peuvent donner des avis et conseils, poser des actes de contrôle ou de surveillance de la gestion interne qui ne les engagent pas). En cas de contravention à cette interdiction, les associés commanditaires sont obligés indéfiniment et solidairement avec les associés commandités pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'ils ont faits. L'interdiction légale de gérer faite aux commandités a pour but d'éviter de laisser croire aux tiers que le commanditaire est un associé personnellement et indéfiniment responsable.

L'interdiction légale de gérer n'altère en rien l'obligation du commanditaire de contribuer, en tant qu'associé, aux dettes sociales à concurrence de son apport.

Les commandités et les commanditaires peuvent se réunir en assemblée dans les mêmes conditions que celles de la S.N.C. Ils reçoivent les comptes et participent aux décisions que la loi ou les statuts soumettent à la compétence des associés. Les décisions collectives sont celles qui excèdent les pouvoirs du Gérant et elles sont prises soit en AG ou par consultation écrite. Toutefois, la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit, si elle est demandée soit par un associé commandité, soit par le quart en nombre et en capital des associés commanditaires.

Lorsque les décisions sont prises en assemblée générale, celle-ci est convoquée par le ou l'un des gérants au moins quinze jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie. La convocation indique la date, le lieu de réunion et l'ordre du jour. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés. Le procès – verbal doit être signé par chacun des associés présents. En cas de consultation écrite, il en est fait mention dans le procès – verbal auquel est annexée la réponse de chaque associé et qui est signé par les gérants. Toutes modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les associés commandités et la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites.

### **c) La dissolution de la SCS**

Les clauses de dissolution et leurs effets sont les mêmes que pour la S.N.C. Il faut cependant signaler qu'en ce qui concerne les commanditaires, la considération de leur personne étant moins importante, les statuts prévoient généralement, en cas de décès de l'un d'eux, la continuation de la société sans lui ou avec ses héritiers. Cependant, s'il est stipulé que malgré le décès de l'un des associés commandités, la société continue avec ses héritiers, ceux-ci deviennent associés commanditaires lorsqu'ils sont mineurs non émancipés.

En revanche, si l'associé décédé était seul associé commandité et si ses héritiers sont alors mineurs non émancipés, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société dans un délai d'un an à compter du décès. A défaut, la société est dissoute de plein droit.

## II – LA SOCIETE DE CAPITAUX : LA SOCIETE ANONYME (SA)

Dans les sociétés de capitaux, contrairement aux sociétés de personnes qui accordent une voix à l'associé quel que soit le nombre de parts sociales qu'il détient, le nombre de voix lors des décisions collectives dépend des parts détenues par chacun.

Les sociétés de capitaux émettent des titres négociables appelés valeurs mobilières. Celles-ci peuvent représenter la part du capital que détient l'associé ou la créance que le porteur détient sur la société pour lui avoir prêté de l'argent. Dans le premier cas, il s'agit d'actions et dans le deuxième cas, il s'agit d'obligations. Les sociétés de capitaux émettent donc des actions et des obligations.

Les actions sont librement négociables (librement cessibles et transmissibles)<sup>4</sup>. Toutefois, il peut exister une clause d'agrément. Véritable entorse à la libre négociabilité des actions, la validité de la clause d'agrément est soumise à certaines conditions :

- Toutes les actions émises par la société doivent être nominatives ;
- L'agrément ne peut concerner que les tiers à la société. Autrement dit, le principe est la libre négociabilité entre les actionnaires ;
- L'agrément ne doit pas concerner un cas de succession, de cession à un conjoint, à un descendant ou à un ascendant ;
- La clause doit être suivie de préemption sinon elle reviendrait à rendre l'actionnaire prisonnier de la société. Donc, lorsque le cessionnaire proposé est refusé par la société, celle-ci doit acquérir les actions concernées soit par les autres actionnaires, soit par un tiers agréé ou carrément procéder à une réduction du capital. Passé le délai de trois (03) mois, l'agrément est considéré comme donné. Toutefois le délai peut être prorogé lorsqu'un expert judiciaire est nommé pour déterminer le prix de la cession.

La SA est le prototype de société de capitaux. Elle est créée par une ou plusieurs personnes et sa dénomination sociale doit être précédée ou suivie de la mention «société anonyme» ou du sigle « S.A ». Pour le capital social, la loi exige minimum de dix millions (10.000.000) de francs CFA, divisé en actions de dix mille (10.000) francs au moins. La SA peut exister sous une forme simple, sans aucune particularité ou avec appel public à l'épargne ou encore avec apport en nature ou stipulation d'avantages particuliers.

Les actions peuvent être en numéraires et lorsqu'elles sont souscrites, elles doivent être libérées du quart (1/4) au plus tard à la date de constitution de la société. Le reste doit être libéré dans un délai de trois (03) ans. Les parts sociales ne sont négociables qu'après libération complète.

Les actions peuvent également être en nature. Souscrites, elles sont libérées au plus tard à la constitution de la société.

### **A – La constitution de la société anonyme**

Elle est soumise à des règles générales et à des règles particulières.

#### **a) Les règles communes**

Il s'agit des règles qui régissent la constitution de la société anonyme sans apport en nature ni attribution d'avantages particuliers ou ne faisant pas appel public à l'épargne.

Ces règles consistent en une série de formalités successives indispensables à accomplir, à savoir : l'établissement de bulletins de souscription, le dépôt de fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement, la signature des statuts et le retrait des fonds.

---

<sup>4</sup> La transmission des actions se fait de la main à la main lorsqu'elles sont au porteur et par mutation de propriété dans les registres de la société lorsqu'elles nominatives

### 1 – L'établissement des bulletins de souscription

Établi par les fondateurs, le bulletin de souscriptions est une liste d'actionnaires potentiels à contacter pour la souscription des actions de la future société. En cas d'agrément, chacun date et signe, en n'omettant pas de mentionner le nombre d'actions souscrites.

Le bulletin doit être établi en deux exemplaires dont l'un pour la société et l'autre pour le notaire chargé de dresser la déclaration de souscriptions et de versement.

### 2 – Le dépôt de fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement

Les fonds perçus en contre-partie des souscriptions d'actions peuvent être déposés soit auprès du notaire ou d'une banque. Lors que tous les souscripteurs ont déposé les fonds nécessaires, la liste complète, avec le montant des souscriptions, est remise par les fondateurs au notaire en vue de l'établissement de la déclaration notariée de souscriptions et de versement.

La Déclaration de souscriptions et de versement est un acte par lequel le notaire affirme :

- Que le montant des souscriptions déclarées est conforme au montant inscrit sur les bulletins de souscriptions ;
- et que le montant du versement est conforme au montant déposé chez lui ou inscrit sur le certificat bancaire.

### 3 – La signature des statuts

C'est l'acte majeur qui atteste de l'acceptation par les actionnaires des statuts et le mode de gestion de la société. Dans le fond, lors que l'assemblée constitutive n'est pas imposée, la signature des statuts par tous les actionnaires en tient lieu valablement. La société est ainsi constituée et ses dispositions ont force obligatoire entre les parties. Mais elle n'aura la personnalité juridique, donc connue des tiers, que du jour de son immatriculation au RCCM.

### 4 – Le retrait des fonds

Si les fonds sont déposés chez un notaire, le PDG ou le DG, devra les retirer et, muni du certificat attestant l'immatriculation, les déposer sur un compte au nom de la société. En revanche, si les dépôts ont été effectués auprès d'une banque, le compte était ouvert avec la mention « la société en constitution » sur lequel aucune opération de retrait de fonds n'est possible. Désormais, le compte sera ouvert au nom de la société au vu du certificat d'immatriculation et sur ce compte les dirigeants sociaux peuvent faire toutes les opérations courantes.

La loi précise que si la société n'est pas constituée dans les six (06) mois après le versement des fonds, tout souscripteur peut demander par voie judiciaire la restitution des fonds<sup>5</sup>.

### **b) Les règles particulières**

Ce sont les formalités à accomplir, en sus des règles générales, par les sociétés anonymes avec apport en nature ou stipulations d'avantages particuliers ou faisant appel public à l'épargne.

#### 1 – L'assemblée générale constitutive

Elle est exigée chaque fois qu'il y a eu des apports en nature ou qu'il est prévu des avantages particuliers. Les avantages particuliers sont toutes les faveurs pécuniaires que les statuts ou un acte ultérieur accordent à certains associés ou à des tiers qui ont rendu des services particuliers à la société lors de sa constitution.

Autant l'évaluation des apports en nature peut être discutable, autant l'octroi d'avantages particuliers à certains associés pour des services rendus peut s'avérer délicat. C'est la double raison pour laquelle il existe des règles et procédure spécifiques pour permettre aux actionnaires de prendre connaissance de ces particularités afin de signer les statuts en connaissance de cause.

<sup>5</sup> Plus précisément, le souscripteur saisit le juge des référés qui nomme un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer.

C'est pourquoi la tenue d'une assemblée générale constitutive est exigée. Lorsqu'elle se tient, elle doit, entre autres compétences :

- constater que le capital social est entièrement souscrit et les apports en numéraires libérés au moins du quart ;
- modifier et adopter définitivement les statuts ;
- nommer les premiers dirigeants sociaux et le commissaire aux comptes ;
- reprendre les engagements pris par les fondateurs.

L'assemblée générale constitutive est convoquée par les fondateurs, après l'établissement de la déclaration notariée de souscriptions et de versement et quinze (15) jours avant la date prévue. Elle est présidée par l'actionnaire ayant le plus grand nombre de voix ou à défaut par le doyen d'âge.

Pour délibérer valablement à la première convocation, les souscripteurs présents ou représentés doivent posséder au moins la moitié des actions. Si ce quorum n'est pas atteint, une autre assemblée est convoquée et les souscripteurs présents ou représentés doivent posséder au moins le quart des actions. En cas de nouvel échec, d'autres réunions doivent être convoquées et le même quorum est exigé.

## 2 – Les formalités particulières relatives à l'appel public à l'épargne

De façon générale, la société anonyme faisant appel public à l'épargne doit au préalable obtenir le visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs du pays dont le public est sollicité. A défaut de cet organisme, les fondateurs doivent s'adresser au ministère chargé des finances de l'Etat dont les épargnants sont sollicités.

Mais de façon plus précise, l'acte uniforme impose aux fondateurs de publier par voie de presse une notice visant à informer le public. Elle est impérativement préalable à toute souscription.

## **B – Le fonctionnement de la société anonyme**

On distingue les organes de gestion, les organes de délibération et les organes de contrôle.

### **a) Les organes de gestion**

Ils sont différents selon qu'il s'agit d'une SA avec conseil d'administration ou d'une SA avec administrateur général

## **1 – La société anonyme avec conseil d'administration**

### **1.1- Le Conseil d'administration (CA)**

Il est constitué de trois (03) au moins et de douze (12) au plus, choisis parmi les actionnaires. Mais il est permis, dans la limite du tiers des membres, de choisir des membres non-actionnaires. Lors que la société fait appel public à l'épargne, le CA doit comporter obligatoirement trois membres au moins et quinze au plus.

Toute personne physique ou morale peut être administrateur, à charge pour la personne morale de désigner la personne physique qui va la représenter.

Le CA a un pouvoir d'orientation et de contrôle de gestion. De façon plus spécifique :

- il détermine les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à sa gestion,
- il nomme le directeur général,
- il contrôle les grandes décisions prises par la direction générale,
- Approuve les comptes à la fin de chaque exercice,
- Propose le déplacement du siège social

- Le CA est également habilité à autoriser certaines conventions entre la société et ses administrateurs. Il s'agit de tous les contrats et arrangements qui pourraient intervenir entre ces derniers et la société. En effet, il est à craindre que lors de tels contrats et arrangements, les dirigeants profitent de leur position pour s'accorder des avantages exorbitants. Mais dans le même temps, le contrat peut s'avérer avantageux pour la société.

Pour cette double raison, certaines conventions sont interdites : il s'agit des emprunts et découverts. D'autres en revanche sont autorisées. Il s'agit, entre autres :

- Des conventions avec des sociétés ou autres personnes morales dans lesquelles un administrateur possède des actions ;
- Des cautions, avals et autres garanties à première demande fournis par la société à des engagements pris par les tiers, contre rémunération.

La loi ne dit rien sur la périodicité des tenues du CA. Elle précise seulement qu'il se réunit aussi régulièrement que l'exige l'intérêt de la société. De toutes les façons, si durant deux mois, le conseil d'administration ne s'est pas réuni, le tiers de ses membres peut demander qu'il le fasse.

Le CA ne délibère valablement que si la moitié de ses membres sont présents. Les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, sauf stipulations contraires des statuts.

Le CA est présidé par un président choisi parmi ses membres. Il convoque et préside les réunions du conseil et les assemblées générales. La loi précise qu'il doit veiller essentiellement à ce que le CA assume sa tâche de contrôle de la gestion de la société. Le président peut être lié à la société par un contrat de travail, à condition que celui-ci corresponde à un emploi effectif dans la société.

Les administrateurs bénéficient d'une indemnité de fonction dont le montant annuel est déterminé par l'AGO. En dehors de cette rémunération, ils ont droit à tous les remboursements des dépenses engagées dans l'intérêt de la société.

## 1.2 - La direction

La SA avec CA peut être dirigée par un P-DG choisi parmi les administrateurs. Son mandat ne peut excéder celui d'administrateur. En plus de présider le CA, il gère la société au quotidien et la représente dans ses relations avec les tiers.

Elle peut au contraire avoir une direction bicéphale : à côté du Président du CA, il y a un Directeur Général. Ce dernier est choisi parmi ou à l'extérieur des administrateurs.

## **2 – La société anonyme avec Administrateur Général**

Lorsque la SA a trois actionnaires ou moins, on ne peut créer un CA. Alors on désigne un administrateur général. Ce dernier assume les fonctions d'administration et de direction de la société. Les organes de délibération et de contrôle sont, dans le principe, les mêmes que dans la SA avec conseil d'administration.

L'administrateur général est nommé pour la première fois dans les statuts ou par l'assemblée constitutive pour une durée de deux (02) ans. Mais il peut être nommé en cours de vie de la société pour une durée ne pouvant excéder six (06) ans. Dans les deux cas, le mandat est renouvelable. Le cumul de mandats d'administrateur général dans différentes sociétés à l'intérieur d'un même pays est limité à trois (03).

### **b) Les organes de délibération**

Il s'agit des assemblées générales d'actionnaires et des assemblées d'obligataires.

## **1 - L'assemblée générale d'actionnaires**

L'assemblée générale d'actionnaires est un générique qui peut être soit une assemblée générale ordinaire, une assemblée générale extraordinaire ou une assemblée spéciale. Toutes ces assemblées obéissent à des règles communes.

La première règle est celle de la convocation par le président du CA, exceptionnellement par le commissaire aux comptes ou encore par un mandataire désigné par la justice après saisine par tout intéressé ou encore par un groupe d'actionnaires représentant au moins le 1/10<sup>e</sup> du capital social.

La deuxième règle est relative au droit de participer aux réunions qui appartient à tout actionnaire qui peut se faire représenter s'il est empêché. Mais peut également participer aux assemblées toute personne qui y habilitée soit par la loi ou par les statuts ou sur autorisation judiciaire ou du président du CA ou de l'assemblée elle-même. Les derniers participants cités n'ont que voix consultative.

### **• L'assemblée générale ordinaire (AGO)**

Elle se tient au moins une fois par an, dans les six (06) mois qui suivent la clôture de l'exercice, sauf prorogation judiciaire. Tous les actionnaires ont le droit d'y participer si ce droit n'est pas subordonné à la détention d'un nombre minimum d'actions, nombre qui ne doit pas excéder dix (10). Toutefois, les actionnaires qui ne remplissent pas cette condition peuvent se mettre en groupe pour y satisfaire et choisir l'un d'eux pour les représenter.

L'assemblée a compétence pour statuer sur : les états financiers, l'affectation du résultat de l'exercice, la nomination des administrateurs et des commissaires aux comptes, l'approbation des rapports du commissaire aux comptes, l'approbation des conventions conclues entre la société et ses dirigeants, l'émission d'obligations. Les décisions sont prises à la majorité simple des voix exprimées, compte non tenu des bulletins blancs. Bien entendu, il faut avoir au préalable vérifié que le quorum est atteint. Il est du quart des actions ayant droit de vote à la première convocation, à la seconde convocation aucun quorum n'est requis.

### **• L'assemblée générale extraordinaire (AGE)**

Elle se réunit chaque fois qu'il s'agit de prendre des décisions importantes pour l'avenir de la société comme : la modification des statuts, l'autorisation de fusions, de scissions, le transfert du siège social, la dissolution anticipée de la société, la prorogation de la durée de la société...

Le droit de participer à l'AGE est acquis à tout actionnaire sans limitation. L'assemblée ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés font la moitié des actions. Ce quorum est valable pour la première convocation ; à la deuxième convocation il est du quart. Les décisions sont prises à la majorité des deux tiers (2/3) des voix exprimées, compte non tenu des bulletins blancs.

### **• L'assemblée spéciale**

Elle réunit les titulaires d'une catégorie déterminée d'actions (actions de capital, actions de jouissance, actions de priorité...) qui veulent agir sur les décisions de l'assemblée générale ayant modifié leurs droits. Cette assemblée est régie par les mêmes règles que l'AGE.

## **📄 - L'assemblée d'obligataires**

Les obligataires sont des titulaires d'obligations. La société émet des obligations lorsqu'elle emprunte des capitaux assez importants dont le remboursement est fractionné et échelonné dans le temps. Le fractionnement est matérialisé par des titres négociables représentant une portion de la dette augmentée de l'intérêt correspondant. Chaque obligataire est donc en possession de titres d'un montant fixe qu'il apporte en remboursement à des périodes déterminées.

L'assemblée des obligataires est instaurée pour permettre aux obligataires de surveiller et d'influer sur les décisions collectives pouvant modifier leurs droits. Elle se réunit en séance ordinaire pour élire ses mandataires, fixer la durée de leur mandat, le montant de leur rémunération. Elle se réunit en séance extraordinaire pour statuer sur toutes les décisions de la société (changement d'objet, transformation...) pouvant influencer directement ou indirectement le contrat d'emprunt. C'est en effet ce contrat qui est la base des relations entre la société et la masse des obligataires.

La situation de l'obligataire peut ressembler à celle de l'actionnaire à bien des égards : tous deux ont apporté des numéraires à la société et sont détiennent sur elle de titres négociables. Cependant leurs différences doivent être bien marquées : l'actionnaire participe à la gestion de la société alors que l'obligataire peut juste être consulté sur certaines questions (modification de la forme de la société ou de son objet par exemple). L'obligation donne droit au paiement d'un montant fixe que ne sauraient influencer les résultats alors que le quantum du dividende payé à l'actionnaire est tributaire du résultat de l'exercice.

### **c) Les organes de contrôle**

En parlant du contrôle de la SA, on pense surtout au contrôle externe, celui exercé par le ou les commissaires aux comptes. S'il est vrai que c'est le plus en vue, on doit d'abord signaler le contrôle interne, celui que les actionnaires exercent par :

- le droit de communication des documents (article 525),
- le droit de déclencher la procédure d'alerte (article 158)
- et le droit de recourir à une expertise de gestion (articles 150 et 159).

Le contrôle externe est le plus important en ce qu'il est exercé sur les valeurs et les documents comptables de la société. Il vise à :

- Certifier que les états financiers de synthèse de la société sont réguliers et sincères, c'est-à-dire qu'ils sont le reflet fidèle de la situation financière et patrimoniale de la société ;
- S'assurer que l'égalité entre les associés est respectée, par exemple que les actions de même catégorie bénéficient des mêmes droits à l'occasion du partage des dividendes ou de la distribution du droit de vote.

Les commissaires aux comptes sont choisis sur une liste d'experts comptables agréés par l'Ordre ou par les juridictions d'un Etat de l'espace OHADA.

## **III – LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE (SARL)**

L'acte uniforme définit la SARL comme « une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales ». La société est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles des mots : « société à responsabilité limitée » ou du sigle : « S.A.R.L ».

On dit de la SARL qu'elle est une société hybride ou intermédiaire parce qu'elle emprunte ses caractéristiques aux sociétés de capitaux et aux sociétés de personnes.

A la société de capitaux, la SARL ressemble sur les traits suivants :

- Les associés n'ont pas la qualité de commerçant,
- Leur responsabilité vis-à-vis du passif social est limitée à leur apport,
- La survenance d'un événement qui atteint leur situation personnelle (décès, faillite, incapacité) est sans influence sur la vie de la société.

Aux sociétés de personnes la SARL emprunte l'*intuitu personae* et dès lors la personne de l'associé est prépondérante. En outre, la gestion de la société est confiée à un Gérant, le capital

social est divisé en parts sociales cessibles seulement dans les conditions strictement énumérées par la loi. A ce titre, on distingue la cession des parts entre vifs et la transmission des parts pour cause de décès.

- **Entre vifs**, la cession des parts sociales est une cession de créance qui doit être constatée par écrit. Elle est opposable à la société si elle l'a acceptée dans un acte authentique ou en a été informée par exploit d'huissier ou encore si l'original de l'acte de cession a été déposé au siège social contre récépissé. Pour être opposable au tiers, il faut qu'il y ait modification subséquente des statuts et publication de cette modification au RCCM.
- **Pour cause de décès**, les statuts peuvent avoir prévu que un ou plusieurs héritiers ne succéderont à l'associé décédé qu'après agrément des associés survivants. Une telle clause est valable si l'agrément est donné par la majorité des associés survivants représentant les  $\frac{3}{4}$  des parts sociales (moins celle du défunt) et dans un délai maximum de trois (03) mois renouvelable une fois.

Si l'agrément est refusé, les parts de l'associé décédé seront acquises par les associés survivants ou par un tiers selon les stipulations statutaires ou à défaut, librement. Si malgré tout les parts ne sont pas acquises, l'agrément est réputé avoir été donné.

La société à responsabilité limitée peut être constituée par une personne physique ou morale, ou entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales. Dans le deuxième cas il s'agit de la société à responsabilité limitée pluripersonnelle, dans le deuxième cas, de la société à responsabilité unipersonnelle.

### III.1 – LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE PLURIPERSONNELLE

Les règles qui régissent la SARL pluripersonnelle sont les règles communes de toute SARL. Toutefois, la société à responsabilité limitée pluripersonnelle marque ses spécificités et sa différence d'avec la SARL unipersonnelle par certains traits de sa constitution et de son fonctionnement.

#### A – Les règles de constitution

La SARL est soumise aux règles de base de constitution des sociétés commerciales. Donc en plus de satisfaire ces règles, sa constitution doit être conforme à des règles particulières de fond et de forme dont le non-respect est sanctionné.

##### a) **Les règles de fond**

Elles sont relatives aux associés, au capital et à l'objet social.

##### 1 – L'objet social

Il est libre. On peut créer une SARL pour mener toute activité, pourvu que celle-ci soit conforme aux lois et règlements et ne soit pas contraire aux bonnes mœurs.

Toutefois, les activités d'assurances, de capitalisation, de crédit et d'épargne ne peuvent adopter la forme de S.A.R.L. Une telle solution se justifie par la faiblesse des garanties offertes par ce genre de société.

##### 2 – Le capital social

L'acte uniforme le fixe à 1.000.000 (un million) de F CFA au moins. Il est divisé en parts sociales d'une valeur nominale de 5 000 FCFA au minimum. En principe, la S.A.R.L. ne peut être définitivement constituée que si toutes les parts ont été souscrites et entièrement libérées. Les apports en nature sont admis, mais pas les apports en industrie.

Les fonds provenant de la libération des parts sociales font l'objet d'un dépôt immédiat en banque par le fondateur dans un compte ouvert au nom de la société en formation ou en l'étude d'un notaire. La libération et le dépôt des fonds sont constatés par un notaire du ressort

du siège social, au moyen d'une déclaration notariée de souscription et de versement qui indique la liste des souscripteurs avec les nom, prénoms, domicile pour les personnes physiques, dénomination sociale, forme juridique et siège social pour les personnes morales et le montant des sommes versées par chacun.

Les fonds ainsi déposés sont indisponibles jusqu'au jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier. A compter de ce jour, ils sont mis à la disposition du ou des gérants régulièrement nommés par les statuts ou par acte postérieur. Dans le cas où la société ne serait pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier dans le délai de six mois à compter du premier dépôt des fonds en banque ou chez le notaire, les apporteurs peuvent, soit individuellement ou par mandataire les représentant collectivement, demander au juge l'autorisation de retirer le montant de leurs apports.

- S'agissant des apports en nature, les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et des avantages particuliers stipulés. C'est dire que ces apports sont immédiatement libérés, au plus tard à la constitution de la société. L'évaluation est faite les parties et confirmée par un commissaire aux apports

Le commissaire aux apports, choisi sur la liste des commissaires aux comptes est désigné à l'unanimité par les futurs associés ou, à défaut, par le président de la juridiction compétente, à la demande des fondateurs de la société ou de l'un d'entre eux. Le commissaire aux apports établit un rapport annexé aux statuts.

### 3 – Les conditions relatives aux associés

Peut être associé dans une SARL toute personne physique ou morale. Et puisque l'associé n'acquiert pas la qualité de commerçant, il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité d'exercer le commerce.

Aucune limite n'est fixée au nombre maximum d'associés dans une SARL. Mais lors que l'effectif est supérieur à 50 associés, la SARL doit désigner un commissaire aux comptes, alors qu'en principe pour une SARL la désignation d'un commissaire aux comptes n'est pas nécessaire.<sup>6</sup>

#### **b) Les formalités**

Les formalités de constitution sont relatives à la rédaction des statuts et à l'accomplissement de la publicité.

Les statuts de la S.A.R.L. doivent être établis par acte notarié ou acte authentifié. Ils doivent être signés par les associés eux-mêmes ou par leur mandataire et la société ainsi constituée acquiert la personnalité juridique dès qu'elle est immatriculée. Ensuite on doit procéder aux formalités de publicité qui sont les mêmes que celles rencontrées lors de l'étude des autres sociétés commerciales.

#### **c) La sanction des vices de constitution**

Par vices, on entend toutes les entorses aux règles de constitution : défaut de signature de tous les associés, défaut d'écrit, défaut de déclaration de régularité et de conformité par les fondateurs, etc.

Toutefois, il faut préciser que toutes les règles de constitution sus énoncées n'entraînent pas la nullité de la société. On donne priorité à la régularisation du vice. Question : Que devient la société irrégulière si personne ne demande la régularisation ou après prescription du délai convenu pour la demander ?

---

<sup>6</sup> D'ailleurs, l'obligation de désigner un commissaire aux comptes est imposée à toute SARL dont le capital social est supérieur à dix millions (10 000 000) ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 250 millions.

La loi ne prévoit rien sauf qu'elle dispose que les personnes qui ont procédé à la constitution sont responsables et que l'action en responsabilité est éteinte au bout de cinq (05) ans.

## **B – Le fonctionnement de la SARL pluripersonnelle**

Deux organes pilotent la SARL : le gérant, les associés, le cas échéant un commissaire aux comptes.

### **a) Le Gérant**

Le gérant est l'organe prépondérant de la société : c'est lui qui en assure la gestion quotidienne. Diverses règles organisent son statut et sa responsabilité éventuelle dans l'exercice de ses fonctions.

#### **1 – Le statut du gérant**

Le Gérant peut être désigné dans les statuts ou par un acte postérieur aux statuts. Lorsqu'il est désigné par un acte postérieur, la décision est prise à la majorité des associés représentant plus de la moitié du capital, sauf stipulation contraire.

La fonction du gérant de S.A.R.L. peut être exercée par toute personne non déchu du droit de gérer les sociétés. Le gérant n'a pas besoin de la capacité d'être commerçant puisque sa fonction ne lui donne pas cette qualité. En l'absence de dispositions statutaires, le gérant est nommé pour une durée de quatre ans reconductible. Sa fonction est gratuite ou rémunérée. Dans ce dernier cas, les statuts ou une décision collective des associés fixe le montant de la rémunération.

Le Gérant, statutaire ou non, est révocable par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Il peut être aussi révoqué par le juge sur saisine d'un associé, pour cause légitime : incapacité, faute de gestion, maladie grave...

Le gérant peut librement démissionner de ses fonctions. Mais si la démission est faite sans juste motif, la société est en droit de demander en justice la réparation du préjudice qu'elle subit.

#### **2 – Les pouvoirs du Gérant**

Le Gérant a un pouvoir de représentation de la société : il agit en son nom, accomplit les actes de gestion quotidienne et tous les actes entrant dans l'objet social. En cas de pluralité de gérants, chacun est investi des mêmes pouvoirs et tout ce passe comme dans la SNC.

Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sans préjudice des droits des associés. De plus, la société est engagée, même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

#### **3 – La responsabilité du gérant**

Le gérant est responsable envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans la gestion. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le juge détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

Les associés disposent pour leur compte ou celui de la société, d'une action en responsabilité contre le gérant, dite action sociale. L'exercice de cette action est entouré de garanties :

- il ne doit pas être limité par une clause statutaire,

- aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre le Gérant durant son mandat.

## **b) Les associés**

Les associés ont des droits qu'ils exercent individuellement et d'autres qui s'exercent collectivement lors des assemblées générales.

### 1 – Les droits individuels des associés

**Le droit au dividende.** Les dividendes sont les parts du bénéfice réalisé par la société et distribué aux associés, au prorata de leurs apports. Mais avant la répartition, le bénéfice est soumis à certaines exigences légales et statutaires :

- il doit être diminué des pertes,
- sur ce montant diminué, on prélève une dotation égale à un dixième, dotation affectée à un fonds de réserve dit « réserve légale ». Le prélèvement n'est plus obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième du capital social.

**Les droits politiques.** Il s'agit du droit à l'information et du droit de participer aux assemblées et d'y voter.

#### ▪ **Le droit à L'information**

Il s'agit d'un droit à l'information sur les affaires sociales.

Ainsi, avant la tenue de l'assemblée générale annuelle, il doit être communiqué aux associés les états financiers de synthèse de l'exercice et le rapport spécial du commissaire aux comptes relatif aux conventions intervenues entre la société et un gérant ou un associé. Le droit de communication s'exerce durant les quinze jours précédant la tenue de l'assemblée générale. A compter de la date de la communication de ces documents, tout associé a le droit de poser par écrit des questions auxquelles le gérant sera tenu de répondre au cours de l'assemblée.

En ce qui concerne les assemblées autres que l'assemblée annuelle, le droit de communication porte sur les textes des résolutions proposées, le rapport du gérant et le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. Toute délibération prise en violation de ces dispositions sur le droit de communication des associés peut être annulée.

En outre, à toute époque, l'associé peut demander à obtenir copie des documents ci-dessus énumérés, relatifs aux trois derniers exercices. De même, tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait qui lui semble de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes.

Est nulle, toute clause contraire aux dispositions sur le droit de communication des associés.

#### ▪ **Le droit de participer aux décisions collectives**

Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives lors des assemblées ou lors des consultations écrites. Pour cela, il dispose d'un nombre de voix égal au nombre de parts détenues. Ce principe d'égalité est d'ordre public, c'est-à-dire qu'on ne peut y déroger. Toute clause contraire des statuts est dès lors nulle. Ainsi, on ne peut créer des parts sociales à vote double ou des parts sociales sans droit de vote. S'il n'y a qu'un associé unique, il prend seul les décisions de la compétence de l'assemblée.

Les assemblées sont convoquées par le Gérant sur sa propre initiative ou sur demande des associés :

- lorsqu'il s'agit d'approuver les comptes annuels ;
- lorsque la réunion de l'assemblée est demandée par un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ;

- Lorsqu'un associé demande en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer un ordre du jour.

Lors des consultations écrites, les résolutions proposées et les documents nécessaires à l'information des associés sont adressés à chacun d'eux, dans les mêmes conditions que celles relatives aux modalités de convocation des assemblées. Les associés disposent d'un délai minimal de quinze jours à compter de la date de réception des projets de résolutions pour émettre leur vote.

## 2 - Les assemblées générales

Elles se réunissent en assemblée générale ordinaire (AGO) ou en assemblée générale extraordinaire (AGE) au cours desquelles les associés prennent des décisions collectives.

**L'assemblée générale ordinaire** est annuelle et se réunit dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice ou plus tard sur autorisation du juge saisi par le Gérant. Les décisions y sont prises à la majorité des associés représentant plus de la moitié du capital. Si cette majorité n'est pas atteinte, une nouvelle assemblée est convoquée et les décisions sont alors prises à la majorité des votes émis, sans considération de la part du capital représentée<sup>7</sup>. L'AGO a compétence :

- Pour statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice ;
- Pour décider de l'affectation du résultat ;
- Pour approuver les conventions entre la société et ses gérants ou associés...

**L'assemblée générale extraordinaire** se réunit en autant de fois qu'il est nécessaire, chaque fois qu'il s'agit de prendre une décision devant entraîner une modification de statuts. Les décisions s'y prennent à la majorité impérative de trois quarts du capital social. Exceptionnellement, l'unanimité est requise lorsqu'il s'agit :

- D'augmenter les engagements des associés ;
- De transformer la société en SNC ;
- De transférer le siège social dans un Etat hors de l'espace OHADA.

Par exception également, la décision d'augmenter le capital en y ajoutant les bénéfices ou les réserves légales, qui est de la compétence de l'AGE est prise à la majorité des associés représentant la moitié du capital social.

### c) **Le contrôle de la SARL**

Le contrôle de gestion de la S.A.R.L. est assuré par les associés. Le contrôle par un commissaire aux comptes n'est pas exigé sauf dans les conditions alternatives suivantes :

- Le capital social est de 10 millions ;
- Le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 250 millions ;
- Le nombre d'associés dépasse 50.

Le commissaire aux comptes est nommé pour trois exercices en AG par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital social. Si cette majorité n'est pas obtenue et sauf stipulation contraire des statuts, il est nommé à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représentée.

### **C - La dissolution de la S.A.R.L.**

En plus des causes communes à toute société, la S.A.R.L. a des causes propres de dissolution.

<sup>7</sup> Toutefois, la révocation des gérants ne peut, dans tous les cas, intervenir qu'à la majorité absolue.

Il s'agit d'une part, de la réduction du capital au-dessous du minimum légal. Dans ce cas, les associés devront, avant l'expiration du délai de deux ans, prononcer la dissolution ou décider de la transformation en société ne comportant pas d'exigence légale de capital.

Malgré l'*intuitu personae* de la S.A.R.L., les événements qui atteignent personnellement les associés, n'entraînent pas la dissolution de la société. Dès lors, la mort d'un associé ou son incapacité ou encore sa faillite personnelle ne saurait être une cause de dissolution.

### **III.2 - LA S.A.R.L. UNIPERSONNELLE.**

La création de la S.A.R.L. unipersonnelle répond au souci d'exploiter seule une activité commerciale sans engager tout son patrimoine.

#### **A - La constitution de la société**

La S.A.R.L. unipersonnelle peut être créée par décision d'une personne physique, soit d'une personne morale. Les conditions la participation aux bénéfices et l'*affectio societatis* sont inutiles ici, l'acte de constitution étant unilatéral.

L'activité de la société peut être la même que pour une société pluripersonnelle. L'associé unique réalise un apport en nature ou en numéraire afin de doter la société du capital minimum de 1.000.000 F.CFA exigé par la loi.

#### **B - Le fonctionnement de la société**

La gestion est confiée à l'associé unique. Il doit toutefois veiller à bien séparer les affaires de la société de ses affaires personnelles. En ce sens, il peut être condamné pour abus de biens sociaux. Mais, la gérance peut être confiée à un tiers. Si la société est créée par une personne morale, le gérant sera obligatoirement une personne physique puisque dans la S.A.R.L., la gérance ne peut pas être confiée à une personne morale.

Les pouvoirs de l'assemblée sont exercés par l'associé unique sans que les règles de convocation et de tenue aient à être respectées par lui. Les décisions qui doivent être prises en assemblée, qu'il s'agisse des décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire ou de celles relevant de l'assemblée générale ordinaire, sont prises par l'associé unique. C'est à lui que revient la mission d'approuver les comptes sociaux, de décider de la distribution des bénéfices, de modifier les statuts et de dresser les procès – verbaux des délibérations qu'il certifiera conformes. C'est lui qui doit approuver les conventions réglementées ou respecter les conventions interdites : il ne peut donc contracter avec la société à sa guise, bien qu'il possède 100 % du capital social. Lorsque la convention est conclue avec lui, il en est seulement fait mention sur le registre des délibérations.

Concrètement, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, l'associé unique prend toutes les décisions qui sont de la compétence de l'assemblée générale ordinaire annuelle. Les décisions prises par l'associé unique revêtent la forme de procès-verbaux qui sont versés aux archives de la société. Toutes les décisions prises par l'associé unique et qui donneraient lieu à publicité légale si elles étaient prises par une assemblée doivent être publiées dans les mêmes formes.

L'associé unique qui veut développer davantage son affaire peut ouvrir la société à de nouveaux partenaires. L'avantage est alors qu'il n'aura pas à modifier la forme sociale. En effet, la création de la S.A.R.L. unipersonnelle facilite le passage de l'unipersonnalité à la pluripersonnalité et vice versa ; il suffit pour cela que l'associé unique cède une partie de ses parts sociales et la société devient pluripersonnelle.

L'augmentation du nombre des associés n'emporte pas transformation de la société. En cas de décès de l'associé unique, il n'y a pas de dissolution de la société tout comme dans la

société pluripersonnelle. Ses héritiers sont appelés à poursuivre la société. S'ils décident de sortir de l'indivision, ils se partageront les parts sociales. La société deviendra alors pluripersonnelle.

#### **IV – LE GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE (GIE)**

Le G.I.E. est une institution dotée de la personnalité juridique. Il jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à compter de son immatriculation au R.C.C.M. Toutefois, il n'est ni une société, ni une association. Il est simplement un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes qui décident de collaborer pour des raisons d'efficacité tout en gardant leur identité. Le GIE marque sa spécificité sur trois points ::

- sa vocation n'est pas de faire des bénéfices : Il poursuit un but économique et intéressé, ce qui n'exclut pas la possibilité de réaliser et de partager des bénéfices. Mais le bénéfice réalisé n'est que le résultat de l'activité et non son but, comme cela le serait pour une société. Par exemple un groupement de sociétés d'égrenage et de commercialisation de coton constitué en commun par plusieurs entreprises, en vue de réduire leurs frais et de devenir plus compétitives. Réduire les frais afin de devenir compétitive est le but recherché. Ce n'est donc pas la réalisation de bénéfices, bien qu'il puisse être réalisé fortuitement.
- il peut être constitué avec ou sans capital
- sa structure est légère et malléable.

Pour l'essentiel, le GIE est soumis aux mêmes règles que la société. La loi lui impose d'être immatriculé au RCCM, sans que cette immatriculation lui confère la qualité de commerçant en raison de la forme. Il est commercial selon son objet.

Le G.I.E. est très proche de la société en nom collectif, à la seule différence **qu'il est marqué par son caractère auxiliaire : son activité doit se rattacher essentiellement à l'activité économique de ses membres.**

##### **A – La constitution du groupement d'intérêt économique**

Comme tout groupement d'affaires, un contrat est exigé pour constituer un GIE. Ce contrat est soumis aux mêmes conditions de validité et de publicité que celles de toutes les sociétés. En outre il doit contenir les indications minimales qui sont communes aux autres formes de sociétés :

- son identification à savoir : les nom, raison sociale ou dénomination sociale, forme juridique, adresse du domicile ou du siège social et, s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier de chacun des membres du groupement d'intérêt économique ;
- la durée pour laquelle le groupement d'intérêt économique est constitué ;
- l'objet du groupement d'intérêt économique ;
- l'adresse du siège du groupement d'intérêt économique.

Toutes les modifications du contrat sont établies et publiées dans les mêmes conditions que le contrat lui-même. Elles ne sont opposables aux tiers qu'à compter de cette publicité. De même, les actes et documents émanant du groupement d'intérêt économique et destinés aux tiers, notamment les lettres, factures annonces et publications diverses doivent indiquer lisiblement la dénomination du groupement, suivie des mots « groupement d'intérêt économique » ou du sigle « G.I.E. ». Toute infraction à ces dispositions est punie d'une peine de contravention.

##### **B – Le fonctionnement du groupement d'intérêt économique**

A l'instar des sociétés, le G.I.E. fonctionne par l'intermédiaire de divers organes. Il y a d'abord les membres, puis les organes de gestion et enfin les organes de contrôle.

### **a) Les membres**

Ils doivent être deux au moins. Peuvent créer un GIE, toute personne physique ou morale, y compris les personnes exerçant une profession libérale soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Les droits des membres ne peuvent être représentés par des titres négociables. Toute clause contraire est nulle.

#### **1 - Les assemblées**

L'assemblée générale des membres du groupement d'intérêt économique est habilitée à prendre toute décision, y compris de dissolution anticipée ou de prorogation dans les conditions déterminées par le contrat :

- le contrat peut prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe. Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité ;
- le contrat peut également attribuer à chaque membre du groupement d'intérêt économique un nombre de voix différent de celui attribué aux autres. A défaut, chaque membre dispose d'une voix.

L'assemblée générale est obligatoirement réunie à la demande d'un quart au moins des membres du groupement.

#### **2 - La responsabilité des membres**

Cette responsabilité est illimitée et solidaire. Les membres du groupement d'intérêt économique sont tenus des dettes du groupement sur leur patrimoine propre. Ils sont solidaires du paiement des dettes du groupement, sauf convention contraire avec le tiers cocontractant.

La responsabilité des membres est mise en jeu dans les mêmes conditions que dans une société en nom collectif. Ainsi, les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un associé qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire. L'associé n'a ni le bénéfice de discussion ni bénéfice de division.

Chaque membre contribue aux dettes du groupement. Il faut bien préciser que chacun n'est responsable que du passif propre au groupement et non du passif personnel de chacune des entreprises du groupe. La contribution de chaque membre est librement déterminée par le contrat. A défaut, chaque membre supporte une part égale.

#### **3 - Le retrait et l'exclusion des membres**

Les membres peuvent céder leurs droits à de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat. De même, tout membre peut se retirer du groupement dans les conditions prévues dans le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations.

Si le contrat le permet, un nouveau membre peut être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement. La décision d'exonération doit être publiée. Le contrat peut aussi organiser les conditions d'exclusion d'un membre.

### **b) Les organes de direction**

Le groupement d'intérêt économique est administré par un administrateur. Ce dernier peut être une personne physique ou morale, sous réserve, si c'est une personne morale, qu'elle désigne un représentant permanent qui encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre. Sous cette réserve, le contrat ou l'assemblée des membres du groupement d'intérêt économique organise librement l'administration du groupement et nomme les administrateurs dont il détermine les attributions, les pouvoirs et les conditions de révocation.

Dans les rapports avec les tiers, un administrateur engage le groupement d'intérêt économique pour tout acte entrant dans l'objet de celui-ci. Toute limitation de pouvoirs est inopposable aux tiers.

### **c) Les organes de contrôle**

Le contrôle des états financiers de synthèse doit être exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste officielle des commissaires aux comptes et nommé par l'assemblée pour une durée de six exercices. Sous réserve des règles propres aux groupements d'intérêt économique, le commissaire aux comptes a le même statut, les attributions et les mêmes responsabilités que le commissaire aux comptes de société anonyme. En principe, il est alors chargé de contrôler la régularité et la sincérité des comptes.

Lorsque les circonstances l'exigent, on peut recourir aux contrôleurs de gestion.

### **C - LA DISSOLUTION DU G.I.E.**

Le groupement d'intérêt économique est dissout :

- par l'arrivée du terme ;
- par la réalisation ou l'extinction de son objet ;
- par la décision de ses membres ;
- par décision judiciaire, pour justes motifs ;
- par décès d'une personne physique ou dissolution d'une personne morale membre du groupement d'intérêt économique, sauf clause contraire du contrat. Ceci rappelle une des causes de dissolution de la S.N.C. Si l'un des membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quel qu'en soit la forme ou l'objet, le groupement d'intérêt économique est dissout à moins que sa continuation ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne le décident à l'unanimité.

Comme dans toute société, la dissolution du groupement d'intérêt économique entraîne sa liquidation. La personnalité du groupement subsiste pour les besoins de sa liquidation. La liquidation s'opère conformément aux dispositions du contrat. A défaut, un liquidateur est nommé par l'assemblée générale des membres du groupement d'intérêt économique ou si l'assemblée n'a pu procéder à cette nomination, par décision judiciaire. Après paiement des dettes, l'excédent d'actifs est réparti entre les membres dans les conditions prévues par le contrat. A défaut, la répartition est faite par parts égales.

## 2 – Le fonds de commerce

Le fonds de commerce est un ensemble de biens que le commerçant (personne physique ou morale) exploite afin de capter la clientèle. Aux termes de la loi, il est composé essentiellement de biens mobiliers corporels et incorporels. Il a une valeur pécuniaire indéniable. Très souvent, il est un des éléments les plus importants du patrimoine du commerçant sur lequel le commerçant des opérations de crédit et même de cession.

Prenons connaissance des éléments constitutifs du fonds avant de connaître les contrats dont il peut faire l'objet.

### I – LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU FONDS DE COMMERCE

Il s'agit du fonds commercial et des éléments qualifiés de facultatifs.

#### A – Le fonds commercial

C'est l'élément obligatoire : sans lui, le fonds de commerce n'existe pas. Le fonds commercial est composé de la clientèle et du nom commercial ou enseigne.

##### a) la clientèle

La clientèle est définie comme l'ensemble des clients attachés à un fonds, soit à cause des relations personnelles avec le propriétaire du fonds ou pour les facilités et autres accommodements que le fonds leur accorde. A cette notion, on doit inclure celle d'achalandage, considérée comme l'ensemble des clients d'un jour, d'un temps. Disons, les clients de passage, attirés par la situation du fonds ou par les marchandises proposées.

**En d'autres termes, la clientèle, est l'ensemble de tous ceux qui font affaire avec le fonds. Sans la clientèle, il n'existe pas de fonds de commerce.**

La clientèle étant attachée au fonds de commerce, elle a une valeur certaine : c'est d'elle que dépend largement le chiffre d'affaires. On le dit souvent : « il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a pas ou lorsqu'il n'y a plus de clientèle qui s'y trouve attachée ». Cette importante est marquée par le droit à la clientèle reconnu au commerçant et protégé durant l'exploitation du fonds et après sa cession. Mais la protection du droit à la clientèle suppose que celle-ci existe réellement.

##### 1 – L'existence de la clientèle

Pour que la clientèle existe, elle doit être réelle et personnelle au commerçant qui l'invoque.

- La clientèle doit être réelle. En principe, la clientèle ne se constitue qu'un temps après la première mise en exploitation du fonds. Dans ces conditions, le commerçant ne saurait en invoquer l'existence au profit de son fonds et en demander consécutivement la protection.

Toutefois, la clientèle peut préexister ou exister à l'ouverture du fonds en raison de la notoriété de la marque des produits vendus par le fonds. C'est le cas de l'ouverture d'une station-service.

- La clientèle doit être personnelle. C'est un critère complémentaire du précédent. En effet, le droit à la clientèle ne saurait être efficacement protégé si le commerçant ne se prévaut pas d'une clientèle personnelle, autonome, spécifiquement attachée à son fonds. Ce critère permet de refuser le droit à une clientèle propre au fonds exploité dans l'enceinte d'un établissement plus vaste. Par exemple une buvette installée à l'intérieur d'un stade ne peut revendiquer une clientèle propre. Elle emprunte celle du stade.

## 2 – La protection de la clientèle

Durant l'exploitation du fonds, le commerçant dispose de l'action en concurrence déloyale ou en concurrence illicite pour protéger son fonds contre tout détournement injustifié de la clientèle.

Après la cession du fonds, l'acquéreur d'un fonds de commerce est protégé contre toute action du vendeur pour reprendre la clientèle du fonds vendu. Ces manœuvres du vendeur peuvent se traduire par son installation dans le même commerce et dans les alentours immédiats du fonds vendu.

Pour éviter ces situations, on insère dans l'acte de cession du fonds, une cause interdisant au vendeur de s'installer dans un périmètre donné et dans le même commerce : c'est la clause de non concurrence dont la violation entraîne le paiement des dommages et intérêts, la réduction du prix de la cession de fonds...

**Mais notons-le bien :** la cause de non – concurrence n'est valable que si elle est limitée dans le temps, dans l'espace et limitée au même type de commerce.

### **b) Le nom commercial ou l'enseigne**

Le nom commercial (on parle de dénomination sociale pour les sociétés) est l'appellation sous laquelle le fonds est exploité et connu. Il sert de ralliement à la clientèle. Même s'il est représenté par un nom patronymique, il se détache de la personne pour s'attacher au fonds et devenir un de ses éléments importants. C'est la raison pour laquelle il est obligatoirement cédé avec le fonds.

L'enseigne est un signe extérieur qui distingue un fonds : ce peut être le nom commercial, ou une dénomination de fantaisie ou encore un emblème. L'enseigne est un véritable élément d'individualisation du fonds lorsqu'elle est différente du nom commercial. C'est pourquoi il est un élément du fonds, cédé nécessairement avec lui

Le nom commercial ou l'enseigne est protégé par une action en justice contre l'usurpation.

## **B – Les éléments facultatifs**

Ils sont nombreux , mais on peut les regrouper en éléments corporels et en éléments incorporels.

### **a) Les éléments incorporels**

#### 1- Le droit au bail commercial

Le bail commercial peut être défini comme le contrat de location de locaux dans lesquels est exploitée une activité commerciale. Sa durée est librement fixée par les parties : elle peut être déterminée ou indéterminée, comme le bail lui-même peut être écrit ou verbal, sauf qu'à défaut d'écrit ou de terme, le bail est réputé à durée indéterminée.

Le bailleur et le locataire exécutent des obligations analogues à celles de tout bail. Toutefois, concernant le loyer, il faut faire les précisions qui suivent :

- ✓ Les parties fixent librement le loyer et celui-ci est révisable dans les conditions qu'elles fixent. A défaut, la révision est triennale ;
- ✓ Lorsque les parties ne s'entendent pas sur la révision du loyer, le juge saisi fixe le montant du nouveau loyer.

Si le bail commercial, à bien des égards, ressemble à tous les baux, il s'en démarque cependant par le droit au renouvellement systématique accordé au locataire. Le bénéfice du droit au renouvellement est soumis à des conditions et sa violation sanctionnée par le paiement d'un dédommagement appelé indemnité d'éviction.

▪ **Qui peut être bénéficiaire?**

- tout commerçant personne physique ou personne morale ;
- tout exploitant d'une activité à caractère commercial, industriel, artisanal ou professionnel ;
- toute personne morale de droit public à caractère industriel ou commercial;
- toute société à capitaux publics.

▪ **La qualité du bénéficiaire ?**

- Ce peut être le locataire originel, celui-là même qui a signé le bail commercial ;
- Ce peut être également le sous-locataire. Toutefois il faut préciser que la sous-location est interdite si le bailleur ne l'a pas autorisée au préalable. Il y a sous-location lorsque le locataire loue à une tierce personne, partiellement ou totalement, les locaux qu'il a lui-même loués auprès du bailleur. Si l'autorisation du bailleur est requise, c'est pour contrôler le montant du sous-loyer qui ne peut pas être supérieur à celui du loyer principal sans en entraîner l'augmentation. En dehors de ça, le bailleur n'entretient aucune relation juridique avec le sous-locataire qui ne traite qu'avec le locataire principal à qui il paye le sous-loyer.
- Ce peut être aussi le locataire cessionnaire. Il y a cession de contrat lors que le locataire, par substitution, cède le bail et tous les droits et obligations afférents à un autre locataire, de sorte que désormais le bailleur ne traite qu'avec ce nouveau locataire. Le locataire-cédant n'a pas besoin de l'autorisation du bailleur ; il l'informe seulement par écrit, après coup. Faute de cette formalité, la cession est inopposable au bailleur. Mais lorsque la formalité est remplie, la cession est valable et le seul et unique locataire du bailleur est le cessionnaire du bail. Toutefois, le bailleur qui n'accepte pas, dispose d'un mois pour saisir le juge et exposer les motifs légitimes de son refus d'accepter (non-paiement du loyer par le cédant, par exemple). Tant que le juge n'a pas rendu sa décision, le cédant reste tenu de ses obligations de locataire.

**Quels sont les locaux concernés ?**

- les locaux principaux ;
- les locaux accessoires (donc destinés au même usage que le principal) à condition que le bailleur soit informé dès la signature que ces locaux feront l'objet d'une utilisation jointe avec le local principal ;
- les terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel.

**Quelles sont les conditions du renouvellement ?**

- le droit au renouvellement n'est acquis que dans les villes de plus de cinq mille habitants ;
- le locataire doit avoir utilisé le local pour deux ans au moins ;
- en cas de bail à durée déterminée, le renouvellement doit être formulé trois mois avant le terme du bail par écrit. Le silence du bailleur jusqu'à un mois avant ce terme est réputé

avis favorable. Mais lorsque la durée du bail est indéterminée, le bailleur qui veut résilier en informe le locataire et lui donne des préavis de six mois. Le locataire qui entend bénéficier du renouvellement doit s'opposer à cette résiliation par exploit d'huissier, sinon le bail cesse à la fin du préavis.

Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le locataire a droit au renouvellement du bail. Mais le propriétaire des locaux peut toujours s'y opposer. Mais alors, il doit payer l'indemnité d'éviction. Précisons toutefois qu'il existe bien des cas dans lesquels le refus du bailleur d'accorder le renouvellement ne sera pas sanctionné par le paiement de l'indemnité d'éviction.

### **Les cas de refus de renouvellement non sanctionné ?**

- existence de motifs raves et légitimes envers le locataire. C'est-à-dire non-exécution de ses obligations par le locataire ou cessation de l'activité prévue dans les locaux. Mais pour que ses motifs soient pris en compte, les faits reprochés doivent s'être poursuivis durant deux mois après mise en demeure de cesser adressée par exploit d'huissier par le bailleur.
- Reprise des locaux pour démolition et reconstruction. Mais il faut que les locaux loués fassent partie de ceux qui seront démolis et qu'à la fin de la reconstruction, le locataire bénéficie d'une priorité pour se faire attribuer un nouveau bail. Sinon, si la destination des locaux reconstruits change ou que la priorité pour l'attribution d'un nouveau bail n'a pas été offerte au locataire-commerçant, l'indemnité d'éviction devra être payée ;
- Reprise pour habitation par le bailleur ou par sa proche famille.

## 2 - La propriété industrielle et commerciale

Il s'agit de droits accordés pour une durée déterminée au propriétaire d'un fonds sur des marques, des brevets d'invention, des modèles et des dessins. Ces droits sont renouvelables et donnent au propriétaire du fonds un monopole d'exploitation temporaire. En outre, ils sont protégés par l'action en concurrence déloyale et par une action spécifique dite action en contrefaçon. Les différentes composantes de la propriété industrielle et commerciale sont :

- **les marques de fabrique**

Ce sont des signes distinctifs apposés sur les produits. Ces signes peuvent être la forme du produit, la manière d'écrire le nom du fabricant, le jeu des couleurs...

Pour demander l'exclusivité de l'utilisation d'un signe, le demandeur doit essentiellement prouver l'antériorité de son utilisation. Si celle-ci elle est prouvée, le signe est protégé contre l'usurpation ou la contrefaçon pour une durée de 10 ans renouvelables si la marque est exploitée. A défaut d'utilisation 5 ans après le dépôt, le titulaire perd son droit à la marque.

- **les brevets d'invention**

Ce sont des titres délivrés par les pouvoirs publics pour protéger une invention sur demande de son auteur. Les droits sont déposés à l'Institut National de la Propriété Intellectuelle et sont protégés contre la contrefaçon pour une durée de 5 ans, 10 ans ou 20 ans.

Le titulaire d'un brevet d'invention, à défaut de l'exploiter lui-même directement, peut accorder des licences d'exploitation ou apporter son brevet en société.

L'exploitation frauduleuse (c'est-à-dire sans licence) c'est-à-dire la contrefaçon du brevet d'autrui constitue une infraction pénale. Est donc coupable celui qui exploite indûment un brevet d'invention ou recèle, vend, exporte ou importe un objet contrefait. En cas de récidive ou si le coupable est ou a été employé dans l'établissement où le brevet était régulièrement exploité, la peine est aggravée. Dans tous les cas l'objet contrefait est confisqué au profit du

propriétaire du brevet et la publication du jugement est ordonnée. Sur le plan civil, la victime peut en outre obtenir des dommages et intérêts évalués sur la base du préjudice subi.

En principe, après vingt ans, une invention tombe dans le domaine public : n'importe qui peut l'utiliser sans autorisation et sans être inquiété.

- **Les dessins et modèles**

Ce sont des créations matérialisées par une image (dessins), des formes plastiques (modèles). Le créateur a un droit d'exploitation exclusive pour vingt ans, renouvelable une fois.

- **Les licences et autorisations administratives**

Ce sont les licences pour débit de boissons, les autorisations occuper une portion du domaine public, pour exercer une activité soumise à autorisation préalable (banque, assurance, crédit, change)... Ils sont souvent nécessaires pour l'exercice de telle ou telle activité.

Certaines ont un caractère personnel et attestent plutôt de la capacité de son bénéficiaire à exercer telle ou telle activité (exigence d'un diplôme de pharmacien avant d'ouvrir une officine). Dans ce cas, elles ne sont pas attachées au fonds et ne peuvent être cédées avec lui. D'autres en revanche n'ont pas ce caractère personnel. Elles font partie intégrante du fonds et peuvent être cédées seules ou avec le fonds.

## **b) Les éléments corporels**

### **1 – Le matériel et l'outillage**

Il s'agit des mobiliers servant à l'exploitation du fonds. Ils sont les éléments du fonds de commerce si le commerçant est locataire des locaux dans lesquels il existe son activité. S'il est propriétaire de l'immeuble, ces éléments deviennent immeubles par destination et ne font pas partie du fonds de commerce.

### **2- Les marchandises**

Il s'agit de tous les biens destinés à la vente. On y inclut :

- Les marchandises stockées en magasin
- Les matières premières
- Les produits en cours
- Les produits finis

**NB :** L'immeuble ne constitue pas un élément du fonds de commerce, même si le propriétaire du fonds est à la fois propriétaire de l'immeuble et qu'il désire vendre l'immeuble avec le fonds.

L'immeuble est soumis à un régime différent, de même que les matériel et outillage considérés comme immeuble par destination.

## **II – LES OPERATIONS SUR LE FONDS DE COMMERCE**

Il en existe trois : la location - gérance, la vente du fonds de commerce ou son nantissement.

### **A – La location - gérance**

La location – gérance est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant, personne physique ou morale, qui l'exploite à ses risques et périls.

#### **a) Les conditions**

##### **1 – Les conditions de fond**

- **Les conditions relatives au bailleur**

Il n'est pas exigé du bailleur qu'il soit commerçant au moment de la location. Mais obligation lui est faite de se faire immatriculer au RCCN en tant que bailleur de fonds. S'il manque à cette obligation, il sera tenu solidairement des dettes du locataire. Ensuite, il doit

avoir été commerçant ou gérant ou directeur commercial durant deux ans, soit avant ou jusqu'à la location gérance.

Il doit avoir exploité personnellement le fonds pendant une année au moins. Mais Il est exempté de ces deux conditions :

- S'il est héritier du fonds, mineur ou majeur incapable ou encore s'il exerce une activité incompatible avec celle de commerçant ;
- Ou alors si commerçant, il a été gravement malade et se trouve ainsi dans l'impossibilité de satisfaire aux conditions précitées.

#### • **Les conditions relatives au locataire – gérant**

Il est commerçant et donc soumis à toutes les règles du droit commercial. Il doit avoir alors la capacité commerciale.

Le non-respect des conditions de fonds entraîne la nullité absolue du contrat de location gérance.

#### 2 – Les conditions de forme

Le contrat de location – gérance doit être constaté par écrit : acte authentique ou acte sous seing privé. L'acte doit être transcrit au RCCM. Ensuite, annonce est faite dans un journal d'annonces légales et / ou dans le journal officiel.

#### **b) Les effets de la location - gérance**

##### 1 - Effets entre les parties

De façon générale, le locataire – gérant doit jouir du fonds en bon père de famille. Plus spécifiquement, il doit payer les taxes et redevances, acheter les marchandises en stock lors de l'entrée en location-gérance et en laisser la même quantité au moment de partir. Il doit en outre continuer les contrats de travail conclus avec le bailleur.

Quant au bailleur, il a l'obligation de délivrer le fonds et est tenu d'une obligation de non concurrence.

##### 2 – Effets à l'égard des tiers

Les règles édictées ici visent à protéger les tiers. Ainsi, il est dit que si le contrat de location-gérance doit mettre en péril le recouvrement de leurs créances, les tiers peuvent faire prononcer la déchéance du terme, ce qui rend la créance immédiatement exigible. Le délai prévu pour faire cette démarche est de trois mois à compter de la date de publication du contrat de location-gérance.

Ensuite, jusqu'à la publication du contrat, propriétaire et locataire du fonds sont solidaires des dettes contractées par le locataire à l'occasion de l'exploitation du fonds.

On doit également préciser qu'à l'égard du propriétaire des locaux dans lesquels le fonds loué est exploité, le locataire –gérant n'est pas considéré comme un sous-locataire. Il ne peut donc pas demander le bénéfice du renouvellement systématique.

#### **B – La vente ou la cession du fonds de commerce**

La réglementation de la vente du fonds de commerce, qui se fait souvent à crédit, vise deux objectifs principaux qui se lisent comme suit :

- Protéger les parties et principalement le vendeur contre l'insolvabilité de l'acquéreur. Pour cela il est accordé au vendeur un privilège spécial doublé d'une action résolutoire ;
- Protéger les créanciers du vendeur. Pour cette raison une publicité spéciale est exigée.

#### **a) Les conditions de validité de la vente du fonds de commerce**

Il existe des conditions de fond et des conditions de forme, celles-ci incluant les conditions de publicité.

### 1 – Les conditions de fond

Ce sont les conditions classiques de toute vente et de tout contrat : les parties doivent avoir la capacité de contracter, leur consentement doit être exempt de vices, l'objet et la cause doivent exister et être licites. Toutefois, on doit mettre l'accent sur certaines particularités :

- La vente porte principalement sur les éléments du fonds commercial et il est précisé que le fonds ne peut être vendu que s'il a une clientèle actuelle et réelle. Les autres éléments du fonds feront partie de la transaction si et seulement si l'acte de cession le mentionne.
- Le prix de la transaction est librement déterminé par les parties et ne doit pas être dissimulé. Ainsi, la loi (article 126) précise que toute convention, (en droit on parle de contre lettre ) dont l'objet est de dissimuler une partie du prix de la cession du fonds, est nulle.
- Le paiement du prix peut être échelonné lorsque le vendeur accorde des délais de paiement à l'acheteur. Dans ce cas, la créance du vendeur est représentée par des effets de commerce appelés billets de fonds qui sont librement endossables.
- L'erreur, vice du consentement, est fréquente lors de la vente du fonds de commerce. Il est facile de se tromper sur la valeur d'un fonds en surestimant l'importance et la qualité de la clientèle.
- On peut également se faire abuser sur la valeur de la clientèle ou sur la valeur du fonds en présentant un bilan truqué ou en fournissant de faux renseignements à l'acquéreur. Les cas de dol sont donc aussi fréquents.

### 📄 – Les conditions de forme

La cession du fonds doit être obligatoirement constatée par un écrit, authentique ou sous seing privé, et comporter certaines mentions : identification des parties, identification du fonds, valeur du fonds...

L'omission ou l'inexactitude peut permettre à l'acheteur de demander la nullité de la vente, dans un délai de un an, à compter de la signature du contrat de cession.

### 📄 – Les conditions de publicité

L'acte de vente doit être publié dans le but d'informer les tiers et surtout de les protéger. Plus particulièrement, il s'agit de la protection des créanciers chirographaires du vendeur qui, avertis, peuvent exercer les droits d'opposition ou de surenchère que leur reconnaît la loi :

- Pour permettre l'exercice du droit de faire opposition, obligation est faite au vendeur de payer le prix de la transaction dans un établissement bancaire ou entre les mains d'un notaire désigné de commun accord. Ce dernier doit conserver les fonds versés pendant 30 jours, à compter de la date de parution de la publicité de la vente, avant de les remettre au vendeur. S'il y a opposition, les fonds sont retenus jusqu'à la main-levée.

L'acheteur qui passe outre l'interdiction de payer directement entre les mains du vendeur, s'expose à devoir régler les créanciers du vendeur s'ils font opposition et que celle-ci s'avère fondée.

- L'information des créanciers par la publication de l'acte de cession vise également à leur permettre d'exercer leur droit de surenchère. Ce droit permet au créancier opposant ou inscrit impayé, qui estime que le prix de la vente du fonds est sous-évalué par rapport à sa valeur réelle, de faire surenchère du sixième du prix figurant à l'acte de cession. Concrètement, il demande que la vente soit faite aux enchères publiques en s'engageant, en l'absence d'offre supérieure, à acquérir le fonds à un prix égal au montant du prix

figurant au contrat majoré du sixième. Il dispose d'un délai de trente jours pour le faire, à compter de la date de publication de la vente.

Après la publication de l'acte, vendeur et acheteur doivent procéder aux différentes inscriptions modificatives au RCCM.

## **b) Les effets de la vente du fonds de commerce**

### **1 – Effets à l'égard du vendeur**

La vente du fonds de commerce met des obligations à la charge du vendeur. Mais la vente intervient souvent à crédit et il est impérieux de protéger le vendeur en lui accordant certains droits.

#### **1.1 – les obligations du vendeur**

- Il a l'obligation de délivrance, c'est-à-dire mettre le fonds à la disposition de l'acquéreur à la date prévue par le contrat, en accomplissant toutes les formalités requises à cet effet. En cas de paiement différé, il n'est pas tenu de cette obligation, sauf stipulations contraires.
- Il doit garantir l'acquéreur contre l'éviction de son fait personnel et du fait des tiers.
- Il doit également garantir l'acquéreur contre les vices cachés.

L'inexécution de chacune de ces obligations est sanctionnée par la résolution de la vente et l'allocation éventuelle de dommages et intérêts.

#### **1.2 – Les droits du vendeur**

Le vendeur impayé dispose du privilège du vendeur de fonds de commerce doublé de l'action résolutoire. Ces deux droits produisent effet seulement si le vendeur les inscrit au RCCM au moment de l'inscription de la vente.

- Le privilège accordé au vendeur de fonds de commerce impayé comporte le droit de suite et le droit de préférence.
- L'action résolutoire consiste pour le vendeur à demander la résolution de la vente avec effets rétroactifs.

### **2 – Les effets à l'égard de l'acquéreur**

L'acquéreur doit payer le prix convenu à la date convenue. Cette obligation est doublée de celle de payer entre les mains de la personne désignée comme séquestre.

## **C – Le nantissement du fonds de commerce**

Le fonds de commerce a une grande valeur et souvent, il constitue le bien le plus important du patrimoine du commerçant. Celui-ci peut l'apporter en gage pour garantir le remboursement d'un emprunt tout en continuant à l'exploiter. Ce gage sans dépossession est appelé nantissement.

### **Quels sont les éléments du fonds de commerce sur lesquels peut porter le nantissement ?**

- Les éléments obligatoirement nantis
  - La clientèle
  - L'enseigne
  - Le nom commercial
  - Le droit au bail
  - Les licences d'exploitation
- Les éléments facultatifs
  - Les brevets d'invention
  - Les marques de fabrique
  - Les dessins et modèles
  - Le matériel

- Les éléments exclus
  - Les droits immobiliers

### **Quels sont les différents types de nantissement ?**

- Le nantissement conventionnel. Il intervient pour garantir un emprunt effectué par le commerçant. Sa validité est soumise à certaines conditions :
  - Il doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé ;
  - L'acte doit comporter obligatoirement des mentions relatives à l'identification des parties, du fonds nanti, les éléments nantis, le montant de la créance...
  - L'acte doit être inscrit au RCCM pour l'information et la protection des tiers.
- Le nantissement judiciaire, c'est-à-dire celui qui est accordé par le juge à la requête urgente d'un créancier du commerçant qui estime que la situation de son débiteur met le recouvrement de sa créance en péril.

Lorsque ce nantissement est accordé, le créancier procède aux mêmes formalités d'inscription et de publicité que celles du nantissement conventionnel.

### **Quels sont les effets du nantissement ?**

De façon générale, l'inscription du nantissement au RCCM garantit les droits du créancier pendant cinq (05) ans à partir de la date d'inscription. Si l'inscription n'est pas renouvelée avant l'expiration, cet effet cesse.

En outre le nantissement garantit la totalité de la créance sur la totalité des éléments du fonds nanti. Et sur ces éléments, le créancier nanti dispose du droit de suite et du droit de préférence.

De façon plus précise, le nantissement confère au créancier des droits conservatoires et des droits généraux :

- **Les droits conservatoires du créancier nanti.** L'inscription du nantissement protège le créancier contre les dangers de dépréciation du fonds, étant donné que désormais il doit être informé de toutes les opérations que le commerçant entreprend relativement au fonds. Il pourra alors, le cas échéant, faire opposition ou faire surenchère du sixième.
- **Les droits principaux du créancier nanti.** Le non-paiement de la créance garantie à l'échéance donne au créancier le droit de demander au tribunal la vente du fonds aux enchères publiques. Sur le produit de la vente, il dispose d'un droit
  - de préférence.

### **D – L'apport du fonds de commerce en société**

Il s'agit ici du transfert de la propriété du fonds non pas à un particulier, mais à une société. Il est soumis aux mêmes conditions que la vente pour protéger les différentes parties et surtout les créanciers de l'apporteur.

Une différence notable entre les deux opérations : la contrepartie de l'apport du fonds n'est pas un prix comme dans la vente, mais des parts sociales ou des actions.

## BIBLIOGRAPHIE

- **Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique – OHADA-** Paul-Gérard POUGOUE, François ANOUKA & Josette NGUEBOU ; Presses Universitaires d'Afrique -1998, 630 pages –
- **Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA,** Josette NGUEBO, Presses Universitaires d'Afrique – 1998, 250 pages –
- **Traité de droit commercial,** G. Ripert/R. Roblot, Tome I par Michel Germain & Louis Vogel, LGDJ 1998, 1598 pages.
- **Droit commercial/Sociétés commerciales,** Philippe Merle, Collection Précis Dalloz, Dalloz 1997, 794 pages.

- **Droit des affaires internationales**, Stéphane Chatillon, Vuibert 1994, 232 pages.