

**DROIT
DES
AFFAIRES
(DROIT COMMERCIAL)**

Pr. BERCHICHE A.H
Agrégé des Facultés de Droit

INTRODUCTION

L'homme d'affaires affronte l'environnement juridique à chacune des étapes du développement de l'entreprise. Il doit choisir entre plusieurs modèles juridiques lors de la création de son affaire et respecter un certain nombre d'impératifs ou de paramètres. Il devra organiser les échanges entre l'entreprise et son environnement, prendre en compte les risques qui s'attachent à toute activité industrielle ou commerciale : le facteur juridique sera chaque fois présent. De même, la politique de développement de l'entreprise doit prendre en considération à la fois les moyens juridiques de ce développement (moyens comme supports juridiques des opérations de financement par exemple) et les obstacles que rencontrera la politique de développement (règles juridiques organisant le marché). Enfin, lorsque l'affaire se trouve être « en difficulté », son secours ne vient jamais d'une opération strictement juridique, mais ses modes de service sont enserrés dans des techniques juridiques complexes que l'on appelle des *procédures collectives*.

L'époque contemporaine a multiplié les besoins d'ordre juridique. Cela résulte pour partie des tendances générales de l'évolution des structures (notamment, le passage de l'économie dirigée à l'économie de marché). On assiste dès lors à une multiplication des sociétés commerciales, lesquelles permettent de dissocier la *propriété* de l'entreprise de son *exploitation*.

La pratique qui consiste à encadrer chacun des métiers de l'entreprise dans une structure juridique particulière se développe de plus en plus. Chaque fois qu'une entreprise, même de taille réduite, exerce un métier nouveau, elle peut être tentée de créer une filiale particulière chargée de l'exercice de cette profession. L'avantage obtenu est celui d'un cloisonnement qui limite les risques ; les avantages fiscaux ou financiers liés à la création d'entreprises peuvent également jouer un rôle.

Aujourd'hui, cette tendance se manifeste de plus en plus dans les petites et moyennes entreprises (PME) ; ainsi, pour relancer l'initiative individuelle, les entreprises créent parfois des unités autonomes, ce qui permet à un cadre d'occuper des fonctions de direction générale. On se trouve là en présence des phénomènes bien connus d'*intrapreneurship* qui s'inscrivent dans la perspective de stratégies d'*essaimage*.

Les besoins d'ordre juridique résultent enfin d'une multiplication des textes qui régissent les diverses activités de l'entreprise, d'où l'apparition d'un véritable **droit des affaires**, lequel englobe, outre le droit commercial proprement dit (qui en constitue le noyau) et le droit des sociétés, d'autres branches relatives à la qualité du produit et à la marque, à la distribution, à la concurrence, à la consommation, à la publicité, à la fiscalité, aux ressources humaines etc. Le droit des affaires est très vaste : l'optique du droit des affaires est *pluridisciplinaire*.

Aménager la contrainte juridique devient un impératif premier pour l'entreprise, qu'elle soit de type individuel (fonds de commerce géré par un commerçant, personne physique) ou de type collectif (société commerciale, personne morale). Le droit va s'exprimer en tant que *technique d'organisation* ; il est une ressource pour l'entreprise, ressource dont il faut apprendre à gérer l'utilisation.

Le juriste apparaît comme une sorte d'architecte du droit. Dans l'entreprise, il sera amené à la fois à limiter par des procédés juridiques les conséquences de certaines réalisations économiques et à contribuer en permanence à la recherche d'une meilleure efficacité. Les

décisions d'ordre juridique doivent être le prolongement des choix de politique générale. Leur adéquation peut être vérifiée par la mise en place de procédures d'**audit juridique**, procédures assez semblables à celles qui existent déjà en matière financière et comptable, dans le domaine de l'informatique ou du marketing.

La démarche juridique n'est pas nécessairement défensive. Pour beaucoup de gens, l'idée de droit est liée à l'idée de *contentieux*. Dans la plupart des entreprises, la perception du juridique se fait au travers du seul service contentieux. En réalité, le recours au droit doit se faire dans une perspective plus offensive. Le droit est l'affaire de tous, au sein de l'entreprise. Toute décision, qu'elle soit financière ou commerciale, porte en elle une dimension juridique. Le monde des affaires ne peut vivre sans le droit, c'est pourquoi le droit des affaires occupe à l'heure actuelle une place prépondérante dans l'environnement économique et social. Le monde des affaires, comme toute organisation sociale, obéit à des règles générales ou spéciales. Les règles générales (ou le **droit** qui est l'ensemble des règles obligatoires organisant la vie des hommes en société) relèvent du **droit civil**, branche du droit privé qui régit les rapports entre les particuliers, on l'appelle le *droit commun* car il s'applique à tous.

Toutefois, pour les personnes physiques ou morales qui exercent le **commerce**, des règles spéciales sont appliquées ; ces règles constituent le **droit commercial**.

Le droit commercial est un droit d'exception, tandis que le droit civil (droit commun) ne s'appliquera dans le domaine des activités commerciales, que si le droit commercial n'a pas prévu de règles particulières. S'il y a conflit entre la règle civile (droit commun) et la loi commerciale (droit d'exception), le principe est que le droit d'exception l'emporte sur le droit commun. Pour bien appréhender cette branche juridique, il convient de montrer son particularisme, avant d'étudier ses sources.

Section 1. Le particularisme du droit commercial

L'objectif du droit commercial est de répondre aux nécessités du commerce. Pour cela il recherche des solutions différentes de celles du droit civil et emploie des techniques particulières. Quelles sont les raisons d'être du droit commercial ? Elles sont au nombre de deux essentiellement : la rapidité et la simplicité des opérations commerciales d'une part, et le renforcement du crédit d'autre part.

§1. Rapidité et simplicité nécessaires des opérations commerciales

Les opérations commerciales doivent s'effectuer avec *célérité*. Par exemple, les prix variant rapidement et constamment en régime de liberté commerciale, il s'agit d'éviter les discussions sur les variations de coûts ultérieurs ; par ailleurs, on n'a pas matériellement le temps de se pré constituer des preuves, d'où l'emploi d'opérations simples ; même la loi impose parfois un formalisme simplifié pour éviter toute contestation, et ce dans un double but :

- accélérer les opérations commerciales ;
- simplifier lesdites opérations.

A. Moyen d'accélérer les opérations commerciales

Il s'agit avant tout d'abrégé le délai établi pour la **prescription** des obligations.

La prescription de droit commun (en matière civile) est de quinze (15) ans, selon l'article 308 du Code civil ; un tel délai est bien entendu inconcevable en matière commerciale où il faut agir assez rapidement ; le Code de commerce, en ses articles 461 et 527 alinéa 3, a donc institué une prescription extinctive des obligations de trois ans. Ce délai est même ramené à six mois, pour les actions des endosseurs d'une lettre de change (article 461 alinéa 3) ou des obligés au paiement d'un chèque (article 527 alinéa 2) les uns contre les autres.

B. Moyen de simplification

Le législateur va établir des règles qui dispensent des formalités requises en droit civil.

Deux exemples suffisent à nous le montrer :

- Exemple 1 : la question relative à la **mise en demeure** : lorsqu'un débiteur ne paie pas sa dette à la date convenue (à l'échéance), il ne va être juridiquement *en retard* que s'il a été *mis en demeure* de payer par son créancier. Lorsqu'une telle mise en demeure n'a pas été effectuée, le débiteur ne doit pas être condamné aux intérêts dus au retard ni à la réparation du préjudice éventuel. Alors qu'en droit civil, la mise en demeure est faite par *acte d'huissier* (sommation de payer ou commandement qui sont des actes formalistes), en droit commercial par contre une simple *lettre recommandée* y tient lieu.
- Exemple 2 : la question relative aux règles de **preuve** : en droit civil, un *écrit* est exigé pour prouver toutes les obligations contractuelles qui dépassent la somme de mille dinars (article 333 du Code civil), contrairement au droit commercial où l'on peut prouver par tous moyens (preuve par témoins ou même par des présomptions) quel que soit le montant. Toutefois, il convient de nuancer : s'agissant des *contrats commerciaux*, la preuve commerciale est plus souple que la preuve civile, dans la mesure où le législateur laisse toute latitude au juge pour admettre la preuve testimoniale (par témoins) ou toute autre preuve (article 30-6° du Code de commerce). En revanche, l'article 545 du Code de commerce exige l'*acte authentique* pour constater l'existence d'une **société commerciale**, lorsque le litige oppose des associés. La preuve retrouve sa liberté en quelque sorte, lorsque ce sont des tiers qui veulent établir l'existence de la société, puisque la preuve joue dans ce cas en leur faveur (article 545 alinéa 3).

§2. Le renforcement du crédit

Le droit commercial est fondé sur le **crédit**. En effet, il est rare de voir un commerçant payer comptant ; il demande des délais pour pouvoir vendre sa marchandise et en utiliser le prix ensuite. Il faudra bien entendu qu'il inspire entière confiance, le grand bailleur de fonds étant le banquier. Pour ce faire, on a institué également certaines règles spéciales applicables aux commerçants, notamment deux séries :

- La **solidarité commerciale** : elle garantit le paiement du créancier car elle est *présumée*, contrairement à la solidarité en matière civile (article 217 du Code civil). Les effets de cette solidarité sont importants : alors qu'en droit civil, les débiteurs sont des débiteurs conjoints (chacun d'entre eux ne devant envers le créancier que sa quote-part de la dette selon l'article 234 du Code civil), en droit commercial par contre, un débiteur (le plus solvable généralement) sera tenu avant les autres codébiteurs, ceux-ci venant seulement renforcer sa solvabilité. Ainsi, le créancier en matière commerciale se trouve garanti contre l'insolvabilité éventuelle de l'un de ses codébiteurs et sa situation étant confortée, il n'hésitera pas à accorder le crédit au débiteur.
- La **faillite** : c'est une création du droit commercial ; la sécurité des transactions a, dès l'origine, justifié l'institution de la faillite. Prévue à l'article 215 du Code de commerce, elle suppose une dette commerciale non honorée (plutôt une cessation de paiement de la part du débiteur commerçant). En droit civil, le débiteur insolvable est en *déconfiture*, alors qu'en droit commercial on a organisé la procédure de la **faillite** dont le caractère collectif est fondé sur le souci de respecter l'égalité des créanciers du débiteur failli. Quand un commerçant cesse ses paiements, on va appliquer une procédure de liquidation collective de son patrimoine ; on regroupe ses créanciers en

une *masse* et on procède à la vente des biens du débiteur. On répartira ensuite entre tous les créanciers le produit de la vente, proportionnellement au montant des créances et au produit des ventes (« paiement au marc le franc »). La faillite s'oppose à la procédure du *concurso* du droit civil qui laisse chaque créancier se débrouiller du mieux qu'il peut. Par ailleurs, il arrive souvent que la procédure de liquidation conduise seulement à un accord entre créanciers et débiteur, aux termes duquel les créanciers accordent de larges facilités de paiement au débiteur commerçant : il s'agit alors du **concordat** (article 317 du Code de commerce). La faillite proprement dite ne conduit jamais au concordat, mais à côté de la faillite, il existe le **règlement judiciaire** qui peut finir par l'*union* ou le *concordat* ; la faillite ne conduit qu'à l'*union*. Des sanctions graves sont prévues contre le failli ou le commerçant soumis au règlement judiciaire (articles 378 et suivants du Code de commerce), sans oublier les sanctions pénales réprimant la *banqueroute* (le fait pour un commerçant d'organiser son insolvabilité). Toutes ces règles viennent compenser les risques des créanciers en matière commerciale, ce qui fait dire que le droit commercial est plus sécurisant que le droit civil.

Section 2. Les sources du droit commercial

Elles sont nombreuses, mais elles ne revêtent pas toutes la même importance. On distingue les sources directes et les sources indirectes.

Elles sont au nombre de deux : la loi et les usages.

§1. Les sources directes

A. La loi

Au sens large, la loi est une règle obligatoire édictée par l'autorité publique et elle est d'application générale. La loi comprend non seulement les textes votés par le Parlement, mais également les ordonnances et les décrets pris par le Chef de l'Etat (décrets présidentiels) ou encore les décrets exécutifs (pris en Conseil du Gouvernement) et les arrêtés ministériels ; il s'agit du règlement pris en application de la loi, stricto sensu.

On a déjà dit que le droit commercial était un ensemble de règles qui dérogent au droit civil qui est le droit commun des relations entre particuliers. Or les règles de droit commercial (lois commerciales) ne couvrent pas toutes les activités des lois civiles. Certains textes le spécifient d'ailleurs expressément : les règles du Code civil sur les contrats s'appliquent aux contrats commerciaux, à défaut de dispositions particulières à ces contrats et il en est particulièrement ainsi pour les contrats de société (article 416 du Code civil), de gage (article 969 du Code civil et article 31 du Code de commerce) ou de vente (article 351 du Code civil). De même, les textes du Code civil sur la propriété mobilière s'appliquent à la propriété des meubles servant au commerce, sous réserve des règles du commerce, par exemple de celles relatives au fonds de commerce ou à la faillite.

B. Les usages commerciaux

L'usage est, comme la coutume, une source non écrite de droit ; il s'est distingué en ce que la coutume est impérative alors que l'usage est une règle *supplétive* fondée sur une volonté présumée. En droit civil, coutume et usage ont peu d'importance car la législation écrite est très développée. Au contraire, l'usage tient une grande place en droit commercial, surtout au plan international (droit du commerce international avec les Incoterms notamment), à raison de ce que :

- il y a une grande diversité de contrats commerciaux et le législateur ne peut pas tout prévoir ;
- les transactions commerciales doivent être conclues de façon rapide et les parties ne précisent généralement pas tous les détails de leurs contrats ;
- l'arbitrage qui est très développé dans le commerce permet de consacrer des usages nouveaux.

Il faut toutefois reconnaître que le domaine de l'usage se rétrécit sans cesse, devant le développement de la législation écrite, même au niveau international avec les conventions et accords internationaux.

En droit commercial, les usages sont diversifiés : on distingue les usages *de fait* ou *conventionnels* et les usages *de droit* ou *contra legem*.

- Les usages conventionnels sont les plus nombreux, ils sont fondés sur l'habitude de certains commerçants, de professionnels ; ces usages n'ont qu'une force de convention car les contractants peuvent les écarter par une clause incluse dans leur contrat. L'usage de fait peut avoir une portée variable : soit d'après les *professions*, les usages sont propres à une profession déterminée (commerce de la soie, transport des marchandises) ou au contraire, ils sont généraux et touchent toutes les professions (par exemple, peser la marchandise nette) ; soit d'après leur *étendue territoriale*, les usages sont locaux, propres à une région, ou nationaux car valables sur tout le territoire national, ou encore internationaux valables pour certains commerces (grains, hydrocarbures...).
- Les usages de droit (*contra legem*) ou coutumes : ce qui les caractérise, c'est qu'ils dérogent à des règles impératives du droit civil. Ainsi, en droit commercial, la solidarité se présume contrairement à l'article 217 du Code civil ou encore, la mise en demeure peut résulter d'une simple lettre recommandée, contrairement à l'article 180 du Code civil.

En tout cas, l'article 1 bis du Code de commerce reconnaît le rôle joué par les usages lorsqu'il dispose que « Les rapports entre commerçants sont régis par le code de commerce et à défaut par le code civil et les **usages de la profession** ».

En résumé, le droit commercial (ou dans une acception plus large le droit des affaires) est donc l'ensemble des règles concernant les *activités commerciales* (production, échanges) effectuées par les entreprises commerciales.

Lesdites entreprises doivent être envisagées doublement :

- soit qu'elles aient un caractère *individuel*, c'est-à-dire qu'elles sont menées par des personnes physiques agissant seules et qu'on appelle des **commerçants** ;
- soit qu'elles aient un caractère *collectif*, c'est-à-dire qu'elles sont organisées sous forme de **sociétés commerciales**, personnes morales.

Cette constatation nous amène à consacrer deux parties à l'étude du droit commercial, noyau du droit des affaires.

PREMIERE PARTIE. LES PERSONNES PHYSIQUES COMMERCANTES

DEUXIEME PARTIE. LES PERSONNES MORALES COMMERCANTES (OU

SOCIETES COMMERCIALES

PREMIERE PARTIE.- LES PERSONNES PHYSIQUES COMMERCANTES

Qui est commerçant ? D'après l'article 1^{er} du Code de commerce, « est réputée commerçante toute personne physique ou morale qui exerce des **actes de commerce** et en fait sa **profession habituelle**, sauf si la loi en dispose autrement ».

De cette définition, l'on retient essentiellement l'exercice des actes de commerce, lequel fait de manière habituelle et professionnelle, détermine la qualité de commerçant.

Le commerçant, soumis à un statut particulier, exerce généralement son activité de manière sédentaire, c'est-à-dire au moyen d'un local commercial (le fonds de commerce) aux termes de l'article 19 de la Loi n°04-08 du 14 août 2004 relative aux conditions d'exercice des activités commerciales.

CHAPITRE I. - LES ACTES DE COMMERCE

De nombreux intérêts sont attachés à la notion d'actes de commerce. Outre le fait que l'acte de commerce sert à définir le commerçant, son régime juridique diffère de celui de l'acte civil (problème de la capacité, de la preuve, de la solidarité...). Quel peut être le critère de distinction de l'acte de commerce et de l'acte civil ?

Le Code de commerce ne définit pas l'acte de commerce ; il se borne à donner dans ses articles 2, 3 et 4 une énumération des actes de commerce. On s'aperçoit que tous les actes de commerce prévus par ces textes ont un **but lucratif**, intéressé. On en déduit que l'acte de commerce doit nécessairement être un acte *spéculatif*. Mais, le critère de la spéculation ne semble pas à lui seul suffisant, puisque de nombreuses entreprises de nature civile ont un but lucratif, comme les professions libérales (avocats, médecins, architectes, experts comptables..) ou encore des sociétés civiles ou agricoles.

On fait alors remarquer que l'acte de commerce doit être un acte d'**entremise** effectué dans un but de *profit* (le commerçant étant un intermédiaire).

Cette double condition explique quelque peu la solution du droit positif, mais pas totalement ; en effet, on a noté que certains actes de commerce n'étaient pas forcément des actes d'entremise, l'exemple caractéristique étant la signature d'une lettre de change par un particulier (non commerçant).

A l'inverse, certains actes réunissent les deux conditions exigées sans être pour autant des actes de commerce, sauf s'ils font partie d'une *entreprise* : par exemple, le transport effectué à titre isolé par un particulier n'est pas un acte de commerce, même s'il est exercé à titre onéreux. Pour que l'opération de transport soit un acte de commerce, il faut qu'elle fasse partie d'une entreprise de transport (entrepreneur de transport).

Cette observation manifeste la tendance actuelle à redonner de l'importance à la *personne de l'auteur* de l'acte (commercialité subjective) au détriment de la commercialité objective, laquelle est consacrée par le Code de commerce.

Section 1. La commercialité objective

Il existe certains actes qui sont des actes de commerce par leur nature propre, peu importe la qualité de leur auteur. De tels actes de commerce objectifs, prévus par les articles 2 et 3 du Code de commerce, sont de deux sortes :

- les actes de commerce par leur **objet** ;
- les actes de commerce par leur **forme**.

A. Les actes de commerce par leur objet

Ces actes ont un objet particulier qui est commercial et l'article 2 du Code de commerce détermine quels sont les actes ayant un tel objet. On peut les grouper en quatre catégories : les actes par nature, ceux qui supposent une entreprise ayant un caractère commercial ou industriel, les opérations financières ou d'intermédiation et enfin les opérations ayant un caractère maritime.

1°) Les actes de commerce par nature :

D'après l'article 2 du Code de commerce, les actes de commerce par nature sont au nombre de deux :

- l'achat de meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ;
- l'achat d'immeubles en vue de leur revente.

2°) Les actes de commerce supposant une entreprise ayant un caractère commercial ou industriel:

La notion juridique d'entreprise ne ressort pas du Code de commerce avec précision. D'après l'interprétation courante de l'article 2, l'entreprise apparaît comme une organisation économique, orientée vers la production ou l'échange de biens ou de services, dans laquelle s'exerce l'activité professionnelle de l'entrepreneur. La notion d'entreprise est importante et offre un intérêt certain : certains actes ne sont commerciaux que s'ils sont effectués sous forme d'entreprise ; ainsi en est-il en matière de transport (un taxieur isolé est un artisan, tandis qu'une entreprise de taxis est commerciale).

Les entreprises sont très diverses et peuvent être regroupées d'après leurs activités, en entreprises industrielles, entreprises de services et entreprises d'assurances :

- les entreprises industrielles :
- les entreprises de production, de transformation, de réparation,
- les entreprises de construction, de terrassement et de nivellement,
- les entreprises d'exploitation minière, de carrières et autres produits du sol ;
- les entreprises de fournitures ou de services :

On distingue notamment :

- les entreprises de location de meubles et d'immeubles,
- les entreprises d'exploitation de transport ou de déménagement,
- les entreprises d'exploitation de spectacles publics et des œuvres de l'esprit,
- les entreprises d'exploitation de magasins généraux,
- les entreprises de vente aux enchères publiques de marchandises neuves en gros ou de matières usagées en détail,

- les activités d'acquisition et d'aménagement d'assiettes foncières en vue de leur vente ou de leur location,
- les activités d'administration et de gestion immobilière pour compte ;

3°) Les entreprises d'assurances et celles d'intermédiation financière, parmi lesquelles :

- les opérations de banque, de change, de courtage et de commission,
- les opérations d'intermédiaires pour l'achat et la vente d'immeubles, de fonds de commerce, de valeurs mobilières,
- les activités d'intermédiation dans le domaine de l'immobilier et notamment la vente ou la location de biens immobiliers ;

4°) Les opérations ayant un caractère maritime :

Le Code de commerce énumère :

- l'entreprise de construction, d'achat, de vente et de revente de bâtiments pour la navigation maritime,
- l'achat et la vente d'agrès, apparaux et avitaillements,,
- l'affrètement ou le nolisement, l'emprunt ou le prêt à la grosse,
- les assurances maritimes et les autres contrats concernant le commerce de la mer,
- les accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages,
- les expéditions maritimes.

B. Les actes de commerce par leur forme

Prévus par l'article 3 du Code de commerce, ce sont eux dont le caractère objectif est le plus accentué. On estime que l'acte en cause est toujours commercial, dès qu'il est passé sous certaines formes ; il en résulte en particulier que l'acte est *commercial*, même s'il est effectué par une personne n'ayant pas la qualité de commerçant.

On peut relever essentiellement cinq types d'actes de commerce par la forme : la lettre de change, les sociétés à forme commerciale, les agences et bureaux d'affaires, les opérations sur fonds de commerce et le contrat portant sur le commerce par mer et par air.

1°) La lettre de change :

La lettre de change ou *traite* est un effet de commerce. C'est un écrit par lequel une personne (le *tireur*) donne à une autre personne (le *tiré*) l'ordre de payer une certaine somme à une troisième personne (le *bénéficiaire*).

La lettre de change joue un rôle très important en matière commerciale.

a) Elle est d'abord un *moyen de paiement* :

Un exemple suffit à nous le montrer : un fabricant de vêtements achète pour 100.000 DA de tissus à un producteur. Il revend ensuite les vêtements fabriqués à un commerçant détaillant. Cette opération donne naissance à deux créances commerciales : le producteur de tissus a une créance contre le fabricant de vêtements, lequel a une créance contre le détaillant. Pour régler ces deux créances, on va procéder à une opération unique en utilisant une *lettre de change* : le fabricant de vêtements va donner l'ordre au commerçant de payer les 100.000 DA au producteur de tissus.

La lettre de change apparaît donc un moyen simplifié de paiement qui présente des garanties : tous les signataires (endossataires) d'une lettre de change sont solidairement responsables de son paiement envers le bénéficiaire final.

b) Elle est ensuite un *moyen de crédit* :

Ce deuxième rôle assigné à la lettre de change provient de ce que, à la différence du chèque, elle n'est pas payable à vue, puisque le tireur donne ordre au tiré de payer le bénéficiaire, après un certain délai généralement de trois mois.

Etant donné que le tiré ne paie pas immédiatement sa dette, il bénéficie d'un crédit. C'est là une opération très intéressante, car le bénéficiaire ne souffre pas du crédit qu'il consent, en ce qu'il peut utiliser immédiatement la lettre de change. Il peut en effet se servir de cette lettre pour payer ses propres dettes : on dit alors qu'il *endosse* la lettre de change au profit de son créancier. Il peut également obtenir de l'argent liquide immédiatement : il lui suffit tout simplement d'endosser la lettre de change au profit de son banquier. Dans ce cas, on dit que le banquier *escompte* la lettre de change.

L'intérêt du crédit étant évident, la lettre de change est devenue la monnaie du commerce et c'est la raison pour laquelle elle est, aux yeux de la loi, toujours commerciale : toute signature de la lettre de change constitue un acte de commerce.

Par contre, les autres effets de commerce tels que le billet à ordre ou le chèque ne sont des actes de commerce que s'ils sont l'accessoire d'une opération commerciale ; il faudra alors tenir compte de leur objet pour les qualifier avec précision.

2°) Les sociétés commerciales :

En principe, les sociétés (personnes morales) comme les individus (personnes physiques) ne devraient être commerciales que si leur activité habituelle porte sur des opérations commerciales. Cependant, la loi considère que la plupart des formes commerciales de sociétés donnent le caractère commercial à la société qui se constitue sous l'une de ces formes, même si son activité est civile. C'est ce qu'entend l'article 544 alinéa 2 du Code de commerce lorsqu'il stipule que « *sont commerciales à raison de leur forme, et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ».

Il en résulte trois conséquences, principalement :

- ces sociétés sont soumises à toutes les règles applicables aux commerçants et notamment, doivent être immatriculées au registre du commerce ;
- l'acte par lequel un associé adhère à la société, notamment la souscription d'actions, est un acte de commerce même s'il émane d'un non-commerçant ;
- les actes passés par la société sont commerciaux, quand bien même leur objet est civil.

3°) Les agences et bureaux d'affaires :

L'expression employée par le législateur est très vague car elle pourrait recouvrir l'ensemble des activités d'intermédiaires et il conviendrait de la préciser. Bien souvent, il s'agit de mandataires professionnels, agissant au nom et pour le compte d'autrui : il en est ainsi des agents d'assurances, des agents immobiliers, des agences de voyages, des agences de publicité.

Ces agences contribuent de façon lointaine à la circulation des richesses ; en les rendant commerciales, le législateur a certainement eu pour objectif de protéger les créanciers, en rendant la faillite possible.

4°) Les opérations sur fonds de commerce :

Il s'agit essentiellement de la vente du fonds de commerce, de son nantissement, de sa location-gérance et de l'apport en société, opérations qui seront étudiées infra.

5°) Les contrats portant sur le commerce maritime et aérien :

Il ne fait aucun doute que de tels contrats sont commerciaux, dans la mesure où les armateurs ou propriétaires de navires ou d'aéronefs, les affréteurs ont la qualité de commerçants. Lorsque dans une opération commerciale on tient compte de la profession de l'auteur de l'acte, cela signifie que l'aspect objectif de la commercialité cède quelque peu le pas à l'aspect subjectif ; autrement dit, la commercialité objective s'effacera devant la commercialité subjective.

Section 2. La commercialité subjective

Qu'entend-on par commercialité subjective ? Elle peut être comprise doublement :

- Tout d'abord, elle peut concerner le régime juridique applicable et signifier alors que certaines règles de droit commercial sont applicables et ce, quelle que soit la profession de leur auteur (par exemple, application de la règle de la liberté des preuves), tandis que d'autres règles commerciales ne sont applicables qu'à des commerçants (ainsi par exemple, l'obligation faite à un commerçant de tenir une comptabilité). On dira que ces dernières règles sont de *commercialité subjective* ;
- Ensuite, elle peut servir à qualifier un acte déterminé. En effet, alors que certains actes sont commerciaux en raison de leur objet ou de leur forme, d'autres actes objectivement civils deviennent des actes de commerce lorsqu'ils sont accomplis par un commerçant. Ces actes de commerce sont *subjectifs* et leur importance pratique est grande. Comment justifier une telle qualification ? On a fait appel à la théorie de l'*accessoire*, laquelle a été consacrée par le législateur dans l'article 4 du Code de commerce.

Il s'agit des actes accomplis par un commerçant pour l'exercice ou les besoins de son commerce d'une part, et des obligations entre commerçants d'autre part.

Quel que soit le caractère, objectif ou subjectif, de la commercialité, il s'agit de déterminer les critères permettant à une personne physique d'avoir la qualité de commerçant.

Section 3. La détermination du commerçant

Les intérêts attachés à la qualité de commerçant sont nombreux :

- elle commande le régime particulier du commerçant et permet de dire quand un acte est commercial par accessoire, puisque cet acte n'est tel que lorsqu'il est effectué par un commerçant ;
- pour être commerçant, il faut avoir une capacité spéciale et remplir un certain nombre de conditions légales. En outre, la personne est soumise à des obligations particulières : inscription au registre du commerce, tenue des livres de commerce, et à un régime fiscal propre (impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux) ;
- à l'inverse, le commerçant bénéficie de certains avantages particuliers, comme le droit au renouvellement du bail commercial par exemple ;
- les litiges entre commerçants sont de la compétence des juridictions commerciales ;
- les commerçants sont soumis à la faillite en cas de cessation de paiements.

De la définition donnée par l'article 1^{er} du Code de commerce, on retiendra essentiellement deux éléments : l'exercice d'actes de commerce

l'exercice de façon professionnelle.

Mais ce ne sont pas les seuls éléments ; de la pratique, il se dégage qu'il est nécessaire d'exercer cette profession commerciale, habituellement, à titre indépendant.

§1. L'exercice d'actes de commerce, à titre professionnel

Le Code de commerce semble poser trois conditions :

1°) Nécessité d'actes répétés :

La profession dont parle le Code de commerce suppose d'abord une certaine répétition des actes de commerce (*profession habituelle*). L'achat pour revendre, acte fait isolément, ne peut être considéré comme un acte de commerce.

2°) Nécessité de l'intention de se considérer comme commerçant :

L'activité commerciale doit être réelle ; il ne suffirait pas de se déclarer commerçant et de respecter les obligations attachées à cette qualité ; sans doute l'inscription au registre du commerce fait présumer cette qualité mais ce n'est que jusqu'à preuve du contraire.

Le plus souvent, l'exercice d'une *profession* s'accompagne de l'organisation d'une entreprise et de l'exploitation d'un fonds de commerce. Mais ce n'est pas indispensable, certaines activités commerciales comme celles des courtiers et agents d'affaires ne comportant pas toujours une installation matérielle. En revanche, une *clientèle* semble nécessaire.

3°) Nécessité d'une profession commerciale exercée à titre principal :

La profession suppose enfin que celui qui fait des actes de commerce les accomplit à *titre principal* et non comme accessoire d'une autre profession non commerciale. Il faut qu'il en tire une partie de ses ressources.

§2. L'exercice de la profession par le commerçant pour son propre compte :

Pour être commerçant, il faut exercer le commerce pour *son propre compte* et de façon *indépendante* ; cette condition n'est pas expressément prévue par le Code, sauf en ce qui concerne le conjoint du commerçant si l'on se réfère à l'article 7 qui dispose que « *n'est pas réputé commerçant le conjoint qui exerce une activité commerciale liée au commerce de son conjoint. Il n'est réputé commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée* ».

D'où les conséquences suivantes :

- **les salariés**, liés par un *contrat de travail* à un employeur, ne sont jamais des commerçants, quelle que soit la part qu'ils prennent à l'activité de l'entreprise ; il en est ainsi des ouvriers, employés, vendeurs, chefs de service ;
- **les mandataires**, liés par un *contrat de mandat*, ne sont pas non plus commerçants ; c'est le mandant, pour le compte de qui ils agissent, qui est seul commerçant. Tel est le cas des fondés de pouvoirs ou des gérants et administrateurs de sociétés.

L'ensemble de ces conditions montre bien que le commerçant, par sa qualité, est soumis à un statut particulier.

CHAPITRE II.- LE STATUT DU COMMERCANT, PERSONNE PHYSIQUE

Il convient d'examiner en premier lieu le régime juridique spécial aux commerçants, d'où découleront un certain nombre de conséquences.

Section 1. Le régime juridique spécial aux commerçants

Il s'agit de déterminer les conditions auxquelles les commerçants, personnes physiques, peuvent exercer le commerce.

En principe, l'accès aux professions commerciales est libre, en vertu de la règle légale de la liberté du commerce et de l'industrie ; cependant, deux limites importantes sont apportées par la loi à cette liberté :

- d'une part, des *raisons de police ou d'économie* dirigée limitent l'accès aux professions commerciales par des incompatibilités, des déchéances ou des interdictions ;
- d'autre part, des *incapacités* sont établies dans l'intérêt des mineurs ou des aliénés mentaux, en raison de l'insuffisance de leurs capacités intellectuelles.

§1. L'interdiction d'exercer le commerce

L'intervention de l'Etat dans le commerce et l'industrie conduit à des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie ; tantôt, ces restrictions interviennent dans un but de protection d'autres professions (incompatibilités) ou dans un but de police pour garantir l'ordre et la sécurité publics (déchéances), tantôt elles se traduisent par une interdiction absolue ou aboutissent à des autorisations et contrôles à l'accès à la profession commerciale.

A. Incompatibilités

L'article 9 de la Loi n°04-08 du 14 août 2004 précitée pose le principe de l'incompatibilité en ces termes : « Nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un **statut particulier** édictant une **incompatibilité** ».

Ainsi, certaines professions ou fonctions sont déclarées incompatibles avec l'exercice du commerce parce qu'elles supposent, soit un sens de l'intérêt général, soit une impartialité, soit même un désintéressement qui s'accommoderaient mal avec l'esprit de spéculation et de lucre du commerce.

C'est le cas pour les *fonctionnaires* d'abord. La sanction peut être pénale : ainsi l'article 123 du Code pénal punit de peines correctionnelles les fonctionnaires qui prennent un intérêt direct ou indirect dans les opérations dont ils ont la charge ou le contrôle (il s'agit du délit de prise illégale d'intérêt). Plus généralement, la sanction est purement disciplinaire : il sera procédé à la révocation du fonctionnaire contrevenant.

Des règles analogues sont applicables aux officiers ministériels non-commerçants tels les notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs etc. Les textes qui régissent leur statut prévoient en général que l'exercice de leurs fonctions est incompatible avec la qualité de commerçant, ou avec le fait de s'immiscer dans l'administration ou la gestion d'une entreprise commerciale ou avec le fait de se livrer à des opérations spéculatives.

Enfin, la plupart des professions (en particulier des professions libérales) comportant un ordre ou une organisation professionnelle sont incompatibles avec le commerce. Tel est le cas des avocats, des experts-comptables et commissaires aux comptes, des architectes etc.

La sanction sera la radiation de l'ordre ; mais l'intéressé sera considéré comme ayant effectué valablement les actes de commerce et dès lors pourra être mis en faillite, comme il ressort de la rédaction de l'article 9 alinéa 3 de la Loi de 2004 : « *Les actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité n'en restent pas moins valables à l'égard des tiers de bonne foi qui peuvent se prévaloir de ces actes, sans qu'elle ne puisse s'en prévaloir* ».

Quoi qu'il en soit, il ne peut y avoir d'incompatibilité sans texte.

B. Déchéances

Lorsque certaines personnes ont fait preuve de leur incompétence, de leur incurie ou de leur indignité, elles peuvent être déchues du droit d'exercer une activité commerciale ou de s'inscrire au registre du commerce. La déchéance apparaît ainsi comme une mesure préventive ayant pour but principal de protéger le commerce et le consommateur. C'est l'article 8 de la Loi de 2004 qui énumère les infractions commises par les personnes condamnées et non réhabilités. Il s'agit d'atteintes aux biens principalement (détournement de fonds, concussion, corruption, vol, abus de confiance, escroquerie, recel de choses, banqueroute, émission de chèque sans provision, faux et usage de faux, blanchiment d'argent, fraude fiscale) mais également de fausse déclaration effectuée en vue d'une inscription au registre du commerce, de trafic de stupéfiants et de commercialisation de produits et marchandises causant de graves dommages à la santé du consommateur.

Pour les commerçants tombés en faillite et non réhabilités, l'article 243 du Code de commerce précise que les interdictions et déchéances durent jusqu'à la réhabilitation, sauf dispositions légales contraires.

C. Contrôle d'accès à la profession commerciale

Deux séries de textes intéressent le contrôle d'accès à la profession commerciale :

- ceux relatifs à la nature de l'activité commerciale et,
- ceux relatifs à la personne même du commerçant.
- D'après la ***nature de l'activité commerciale*** : de nombreuses dispositions législatives interdisent certaines professions ou en soumettent l'exercice à une autorisation ou à un contrôle préalable, soit dans un but de police, soit dans un but économique : -d'abord, certaines activités sont *interdites*, soit dans un but d'*hygiène*, de *morale* ou de *police* (fabrication de jouets dangereux, boîtes de nuit en certains endroits...), soit à raison d'un *monopole fiscal, économique* de l'Etat et des collectivités publiques (tabacs et allumettes, poudre, émission de billets de banque...); -- -ensuite, d'autres activités sont subordonnées à une *autorisation*, une *licence* ou un *enregistrement*, délivrés après vérification de certaines conditions de sécurité, de moralité et de compétence : établissements dangereux ou insalubres, débits de boissons, laboratoires d'analyse médicale... -enfin, pour d'autres activités, il faut une inscription à un ordre professionnel (pharmaciens) ou la possession d'un diplôme (opticiens-lunetiers). Il s'agit là des professions dites réglementées, prévues par l'article 5 de la Loi n°90-22 du 18 août 1990 relative au registre de commerce, modifiée et complétée par l'Ordonnance n°96-07 du 10 janvier 1996 et par l'article 4 de la Loi n°04-08 du 14 août 2004 relative aux conditions d'exercice des activités commerciales ou encore par le Décret exécutif n°97-40 du 18 janvier 1997 (relatif aux critères de détermination et d'encadrement des activités et professions réglementées soumises à inscription au registre du commerce).
- D'après la ***personne du commerçant*** : il convient de distinguer les personnes physiques et les personnes morales.

- les *personnes physiques* tout d'abord : comme nous l'avons examiné plus haut, elles peuvent être déchues ou se voir interdire l'exercice d'une activité commerciale pour incompatibilité. Mais plus particulièrement, les personnes physiques de *nationalité étrangère* sont soumises à certaines conditions pour obtenir la carte de commerçant (Décret exécutif n°97-38 du 18 janvier 1997 portant modalités d'attribution de la carte de commerçant aux représentants étrangers des sociétés commerciales). Ainsi, cette carte est exigée d'un étranger non seulement pour qu'il ait la qualité de commerçant, mais aussi pour qu'il puisse être gérant ou administrateur d'une société commerciale, personne morale ;
- les *personnes morales*, ensuite : certaines activités commerciales sont règlementées et les sociétés commerciales doivent remplir les conditions exigées par la loi ; il convient de tenir compte également de la législation relative aux investissements.

§2. La capacité en droit commercial

Il ne s'agit plus ici de protéger les intérêts généraux ou de réglementer l'économie, mais de protéger certaines personnes contre les aléas et les dangers du commerce. Le commerce suppose en effet une certaine maturité d'esprit, une certaine expérience. C'est pourquoi la loi interdit son exercice à certains incapables qui ne remplissent pas de telles qualités. Ce but de protection privée explique la sanction des règles légales qui consiste le plus souvent en la *nullité relative* des actes passés au mépris de l'incapacité.

Il y a deux catégories d'incapables : les aliénés mentaux et les mineurs.

A. Les aliénés et faibles d'esprit

Selon l'article 42 du Code civil, la personne dépourvue de discernement à cause de son jeune âge ou par suite de sa *faiblesse d'esprit* ou de sa *démence*, n'a pas la capacité d'exercer ses droits civils.

Les aliénés font normalement l'objet d'une procédure, l'*interdiction*. L'interdit judiciaire, auquel on assimile l'interdit légal, a un tuteur. De ce fait, ne pouvant agir personnellement, il est incapable de faire le commerce. S'il était déjà commerçant, au moment de son interdiction, personne ne pourra continuer le commerce pour lui. Mais le jugement d'interdiction n'est opposable aux tiers que s'il est publié au registre du commerce (voir article 15 sur la publicité légale prévue par la Loi du 14 août 2004 relative aux conditions d'exercice des activités commerciales, en son deuxième alinéa).

Quant aux prodigues ou ceux frappés d'imbécillité, ils ont une capacité limitée, aux termes de l'article 43 du Code civil, et ils peuvent faire des actes de commerce isolés en recevant l'assistance prévue par le droit civil.

B. Les mineurs

Le statut du mineur est régi par le Code civil ; le mineur n'acquiert sa majorité, et donc la pleine capacité de ses droits qu'à l'âge de 19 ans révolus (article 40 du Code civil). Avant sa majorité, il est donc soumis à la tutelle légale de son père qui gère ses biens ; en cas de décès du père, c'est la mère et en cas de décès de celle-ci, un tuteur est désigné par le juge (régime de l'administration légale, de la tutelle ou de la curatelle prévu par l'article 44 du Code civil).

Parfois, cette incapacité du mineur présente des inconvénients tels qu'on a dû permettre son *émancipation* dans le but d'exercer le commerce. Il y a donc une distinction à faire entre le mineur non émancipé et le mineur émancipé.

1°) L'incapacité du mineur non émancipé :

En pratique, le problème de la capacité du mineur commerçant ne se pose guère qu'à propos du mineur qui hérite d'un fonds de commerce. L'incapacité du mineur est en principe absolue : il ne peut pas être commerçant et le tuteur ne peut pas exercer le commerce pour son compte, par représentation.

Cette solution est certes satisfaisante pour la protection des intérêts du mineur, mais elle ne va pas sans présenter certaines difficultés, notamment en cas d'héritage d'un fonds de commerce. Indépendamment de ces difficultés, des sanctions sont prévues pour assurer la protection du mineur non émancipé.

a) Difficultés en cas d'héritage d'un fonds de commerce ;

Le mineur étant dans l'incapacité légale d'exercer le commerce, que va-t-on faire de ce fonds qui lui échoit ? La pratique a trouvé un certain nombre de moyens pour pallier ces difficultés.

- Premier moyen : le parent survivant, en vertu du droit de jouissance légale sur les biens de l'enfant, peut faire le commerce jusqu'à ce que l'enfant retrouve la jouissance de ses biens (majorité ou émancipation). Mais une telle solution peut se heurter à un obstacle : il se peut que le conjoint survivant exerce déjà une profession incompatible avec celle de commerçant (par exemple, il est fonctionnaire, avocat, médecin...)
- Deuxième moyen : on donne le fonds de commerce en location gérance soit au tuteur, soit à un tiers. Toutefois, des difficultés surgissent là encore. D'une part, comme nous le verrons par la suite, le propriétaire d'un fonds de commerce donné en location gérance court un risque, car il est tenu des dettes du locataire gérant si une publicité suffisante n'a pas été faite. D'autre part, il sera difficile en pratique de trouver une personne qui veuille bien prendre en gérance un fonds de commerce de manière temporaire, jusqu'à la majorité du mineur héritier ;
- Troisième moyen : il est possible de créer une société entre le mineur et des tiers, société commerciale dans laquelle le mineur est simplement associé à responsabilité limitée ou détenteur d'actions. Encore faut-il que l'affaire soit importante et qu'elle nécessite la création d'une société, personne morale ;
- Quatrième moyen : enfin, si le mineur a des cohéritiers, c'est l'indivision qui continuera à exercer le commerce et non le mineur, à titre individuel.

b) Sanctions de l'incapacité du mineur non émancipé :

Le mineur non émancipé, même s'il fait des actes de commerce personnellement, n'est pas considéré comme commerçant ; la protection du mineur l'emporte ici sur celle des tiers. En conséquence, ce mineur ne pourra jamais être mis en faillite.

Par ailleurs, chacun des actes accomplis par ce mineur sera frappé d'une nullité relative, laquelle ne pourra être demandée que par le mineur ou son représentant, sans avoir à prouver que le mineur a subi une lésion. En revanche, le mineur sera tenu de son enrichissement sans cause ou des délits qu'il a pu commettre.

Et précisément, pour éviter les difficultés ou obstacles rencontrés jusque là, on peut habiliter le mineur à exercer le commerce en l'émancipant.

2°) La capacité du mineur émancipé :

Certaines conditions d'habilitation doivent être réunies, sous peine de sanctions. Elles sont prévues par l'article 5 du Code de commerce.

a) Conditions d'habilitation :

Elles sont au nombre de quatre, trois conditions communes pour faire des actes de commerce et une condition spéciale pour exercer une profession commerciale.

- En ce qui concerne les conditions communes, tout d'abord : 1^{ère} condition : il faut que le mineur soit *émancipé* ; peu importe le mode d'émancipation, que ce soit à titre principal ou par mariage ; 2^{ème} condition : il faut que le mineur ait *18 ans révolus* ; 3^{ème} condition : il faut une *autorisation spéciale* pour faire le commerce ; elle est donnée par le père ou en cas de décès, par la mère. A défaut du père et de la mère, c'est le conseil de famille. Cette autorisation doit être donnée dans l'acte d'émancipation ou dans un acte ultérieur rédigé dans la même forme ; elle peut être spéciale pour un acte de commerce isolé ou générale pour une profession déterminée. Cette autorisation peut être retirée dans les mêmes formes ;
- Pour l'exercice de la profession commerciale, il existe une quatrième condition spéciale, celle de *publicité* : l'autorisation doit être inscrite au registre du commerce. La capacité du mineur émancipé, régulièrement autorisé, est étendue car le mineur est réputé majeur pour les besoins de son commerce ; il peut faire seul tous les actes, même les plus graves, y compris la vente ou l'hypothèque d'immeubles, à condition toutefois de respecter les formes de procédure des ventes de biens immobiliers de mineurs ou d'incapables (article 6 alinéa 2 du Code de commerce).

Qu'advient-il à défaut d'habilitation ?

b) Sanctions en cas de défaut d'habilitation :

Si l'autorisation spéciale fait défaut ou n'est pas publiée au registre du commerce, le mineur émancipé n'est pas considéré comme étant commerçant. Il n'est donc pas soumis à la faillite, mais ne bénéficie pas en revanche des règles avantageuses du droit commercial ; ce défaut de qualité de commerçant peut être invoqué non seulement par lui, mais également par tous les intéressés, par exemple un bailleur du local commercial pour échapper aux dispositions relatives aux baux commerciaux.

D'autre part, chacun des actes de commerce que le mineur émancipé fait est nul de nullité relative, laquelle ne peut être invoquée que par lui ; la preuve d'une lésion ou d'un abus à son détriment n'est pas nécessaire. Toutefois, il demeure tenu de son enrichissement sans cause comme il peut être rendu responsable d'un dol, par exemple s'il a signé une lettre de change en faisant croire frauduleusement à sa capacité.

Section 2. Les conséquences attachées à la qualité de commerçant

Le commerçant a un certain nombre de droits, mais il est soumis à de nombreuses obligations qui constituent son statut professionnel, la plus importante étant l'inscription au registre du commerce ; d'autres obligations sont aussi importantes, telles la tenue des livres de commerce et de la comptabilité, le respect de loyale concurrence, de publicité entre autres.

§1. L'inscription au registre du commerce

Les articles 19 et 20 du Code de commerce posent le principe de cette obligation qui pèse sur toute personne physique ou morale désirant exercer une activité commerciale.

Le registre du commerce a fait l'objet de nombreux textes législatifs ou réglementaires : on peut citer notamment la Loi n°90-22 du 18 août 1990 modifiée et complétée par la Loi n°91-14 du 14 septembre 1991, l'Ordonnance n°96-07 du 10 janvier 1996, la Loi n°04-08 du 14 août 2004, le Décret exécutif n°97-41 du 18 janvier 1997 modifié et complété par le

Décret exécutif n°03-453 du 1^{er} décembre 2003 relatif aux conditions d'inscription au registre du commerce.

L'immatriculation au registre du commerce est une publicité imposée aux commerçants ; l'importance d'une telle publicité est évidente. Le commerce est essentiellement à base de crédit, c'est-à-dire de confiance et il apparaît important pour les tiers qui contractent avec un commerçant de connaître la situation réelle de celui-ci, afin de traiter avec lui en toute sécurité. En quelque sorte, cette immatriculation est une condition du crédit qu'ils lui consentiront.

La législation relative au registre du commerce a pour but, d'abord, d'assurer une meilleure tenue matérielle du registre pour permettre d'en tirer des renseignements statistiques plus complets et plus précis, ensuite de pouvoir contrôler l'application des dispositions législatives sur l'assainissement des activités commerciales et sur le respect. Avant d'examiner les modalités d'inscription au registre dont le défaut entraîne des sanctions, il convient de se pencher sur l'organisation du registre du commerce.

des conditions de leur exercice, et enfin, de protéger les tiers avec qui le commerçant contracte en ne permettant pas à celui-ci de leur opposer soit sa qualité de commerçant, soit des faits non inscrits au registre.

A. L'organisation du registre du commerce

Le registre du commerce vise à réunir des renseignements sur les commerçants pour en faciliter la diffusion auprès des tiers. Pour ce faire, il comporte une organisation confiée au Centre national du registre du commerce (C.N.R.C) dont le statut a été fixé par le Décret exécutif n°92-68 du 18 février 1992.

1°) Fonctionnement :

Le C.N.R.C est une institution administrative autonome, chargée notamment de la délivrance et de la gestion du registre de commerce. Placé sous la tutelle du ministère de la justice, il assure une mission de service public et il est doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Il est réputé commerçant dans ses relations avec les tiers et son siège social se trouve à Alger.

A l'échelon local, le Centre est représenté au niveau de chaque chef lieu de wilaya, par une annexe gérée et dirigée par un préposé du Centre

Le Centre, doté d'un conseil d'administration, est dirigé par un directeur général ; les attributions de ces organes sont déterminées dans le décret exécutif du 18 février 1992 précité. Un autre décret exécutif n°92-69 du même jour vient fixer le statut particulier des préposés au C.N.R.C.

2°) Missions du C.N.R.C :

Le C.N.R.C a pour missions essentielles, aux termes de l'article 5 du décret susvisé de :

- prendre en charge la tenue du registre de commerce, de veiller au respect, par les assujettis, des obligations en matière d'inscription au registre de commerce, et d'organiser les modalités pratiques afférentes à ces opérations, conformément à la réglementation en vigueur ;
- donner acte de la volonté d'exercer, en qualité de commerçant ;
- organiser toutes publications légales obligatoires afin de faire connaître aux tiers les diverses mutations qui interviennent dans la situation juridique des commerçants et des fonds de commerce, les pouvoirs des organes d'administration et de gestion et, s'il y a lieu, les oppositions y afférentes ;

- organiser et veiller au respect des règles et procédures régissant la protection légale des créations de l'esprit liées à la propriété commerciale (marques, dessins et modèles, appellations d'origine) ;
- centraliser l'ensemble des informations relatives au registre de commerce, y compris les règles de protection des raisons sociales, marques, dessins, modèles et appellations d'origine, conformément à la législation en vigueur.

Pour réaliser ces objectifs, le C.N.R.C est chargé, notamment, de :

- délivrer l'extrait du registre de commerce ;
- tenir et *gérer* le registre de commerce, le *registre des oppositions à inscription* au registre de commerce, le *livre public* des ventes et/ou de nantissements de fonds de commerce, le *fichier* des raisons sociales, des marques, dessins, modèles et appellations d'origine ;
- délivrer tout *document* ou *information* relatifs au registre de commerce et à la propriété commerciale et impliquant une recherche d'antériorité ;
- procéder à l'*édition* et à la *publication* du bulletin officiel des annonces légales (BOAL) ;
- gérer et mettre à jour la *nomenclature des activités économiques* soumises à inscription au registre de commerce ;
- prendre, en présence d'infractions flagrantes touchant son domaine d'intervention, les *mesures conservatoires* requises, le juge chargé de la surveillance du registre de commerce territorialement compétent étant saisi ;
- participer à tous *travaux* visant à parfaire les conditions générales d'exercice du commerce, et à normaliser les relations commerciales entre les opérateurs économiques ;
- réaliser et diffuser toute *publication* intéressant son domaine d'intervention ;
- réaliser toutes *opérations financières, mobilières et immobilières* inhérentes à son domaine d'intervention.

Il convient de noter que le BOAL est régi par le Décret exécutif n°92-70 du 18 février 1992.

B. Les conditions d'immatriculation au registre du commerce

1°) Les personnes astreintes à l'immatriculation :

L'article 4 du décret exécutif n°97-41 du 18 janvier 1997 modifié par le Décret exécutif n°03-453 du 1^{er} décembre 2003 en donne une énumération. Il s'agit de :

- tout commerçant, personne physique ou morale ;
- toute entreprise commerciale ayant son siège à l'étranger et qui ouvre en Algérie une agence, une succursale ou tout autre établissement (par exemple, une filiale) ;
- toute représentation commerciale étrangère exerçant une activité commerciale sur le territoire national ;
- toute entreprise artisanale, tout prestataire de services, personne physique ou morale ;
- tout locataire-gérant d'un fonds de commerce.

Chaque assujetti ne doit prendre qu'une seule inscription principale (article 5 du Décret) ; s'il exploite des établissements autres que l'établissement principal (cas de multiplicité d'activités), il y a lieu de prendre seulement des inscriptions sommaires (articles 6 et 9 du Décret). D'ailleurs, l'article 3 de la Loi n° 04-08 du 14 août 2004 (relative aux conditions d'exercice des activités commerciales) le précise bien : « *L'extrait du registre du commerce comporte l'inscription au registre du commerce de l'établissement principal. L'inscription de tout établissement secondaire créé à travers le*

territoire national se fait par référence à l'inscription principale. Il n'est délivré qu'un seul extrait du registre du commerce pour toute personne physique ou morale commerçante ».

2°) Les modalités d'inscription :

Selon l'article 20 bis du Code de commerce, ces modalités sont déterminées par voie réglementaire. En application de cette disposition, l'article 12 du décret exécutif du 18 janvier 1997 (modifié par le décret exécutif du 1^{er} décembre 2003 précité) requiert pour la constitution du dossier d'immatriculation de toute personne physique au registre du commerce, les pièces suivantes :

- une demande établie sur des formulaires fournis par le C.N.R.C ;
- un extrait de l'acte de naissance ;
- le titre de propriété du local commercial ou le bail ;
- un extrait du casier judiciaire ;
- la copie de la quittance justifiant de l'acquittement des droits de timbre ;
- le reçu de règlement des droits d'immatriculation au registre du commerce ;
- l'agrément ou l'autorisation délivré (e) par les administrations compétentes pour l'exercice des activités ou professions réglementées ;
- la carte de commerçant étranger, le cas échéant.

Dans le cas des activités *non sédentaires et ambulantes*, il est requis :

- le certificat de résidence ou, le cas échéant, l'autorisation d'emplacement au niveau d'un site aménagé à cet effet pour les activités exercées en l'état ;
- la carte grise du véhicule pour les activités exercées à l'aide d'un véhicule utilitaire.

Aux termes de l'article 22 du Code de commerce, les assujettis disposent d'un délai de deux mois pour procéder à l'inscription, à compter de l'évènement à inscrire (début de l'activité commerciale).

Des inscriptions modificatives doivent être faites toutes les fois qu'un changement intervient dans la situation juridique du commerçant (activité secondaire, location-gérance du fonds de commerce, radiation...). Les articles 17 à 24 du décret du 18 janvier 1997 modifié sont consacrés à la modification et à la radiation du registre du commerce, en indiquant plus précisément les pièces à fournir.

Dans la pratique, les modifications sont soit omises, soit négligées par le commerçant, d'où la nécessité d'un contrôle des inscriptions.

3°) Le contrôle exercé sur les inscriptions :

Pour que le registre du commerce puisse donner une image fidèle de la situation du commerçant, un double contrôle est institué :

- D'abord existe un **contrôle sur la véracité des renseignements** fournis par l'assujetti ; en premier lieu, la capacité juridique de la personne physique commerçante est constatée par acte authentique dressé par un officier public légalement habilité (article 6 de la Loi du 18 août 1990 précitée), lequel est placé sous la surveillance du juge chargé du registre du commerce. En second lieu, l'acte authentique atteste des droits et affirmations de l'assujetti et est transcrit dans un registre côté et paraphé par le juge, il fait pleine foi à l'égard de tous jusqu'à inscription en faux (article 2 de cette même loi). D'ailleurs, il est institué, auprès de chaque Cour, sous contrôle judiciaire, un *casier judiciaire de commerçant* accessible aux seules autorités légalement habilitées par la loi (article 8).

- Ensuite, il y a un **contrôle sur les inscriptions non demandées** par le commerçant. En principe, toutes les inscriptions (modificatives) doivent être demandées par le commerçant ; mais souvent, celui-ci omet de signaler des modifications advenues dans sa situation juridique, ce qui fausse le registre du commerce. Pour éviter ce risque, on a employé plusieurs moyens :
 - En premier lieu, selon l'article 26 du Code de commerce, les inscriptions modificatives et les radiations d'un commerçant peuvent être requises non seulement par le commerçant lui-même, mais également par **toute personne ayant intérêt** (par exemple, l'acquéreur d'un fonds de commerce peut demander la radiation du vendeur pour s'immatriculer lui-même) ;
 - En second lieu, le notaire, lorsqu'il rédige un acte comportant pour une des parties une **incidence quelconque en matière de registre de commerce**, doit sous sa responsabilité civile et pénale faire procéder lui-même à l'inscription modificative.
 Quoiqu'il en soit, le défaut d'inscription au registre du commerce entraîne des sanctions.

C. Les sanctions pour défaut d'immatriculation et d'inscription
Elles sont de deux sortes : pénale et civile.

1°) Les sanctions pénales

Elles varient selon qu'il y a eu défaut d'inscription ou fausse déclaration ou défaut de modification. En outre, d'autres délits sont prévus par la législation.

a) En cas d'omission d'immatriculation :

L'article 28 du Code de commerce pose le principe du caractère pénal du défaut d'immatriculation en en faisant une infraction ; c' ; c'est l'article 31 de la Loi du 14 août 2004 qui prévoit les sanctions, à savoir la fermeture par les agents habilités du local de toute personne exerçant une activité commerciale **sédentaire**, jusqu'à régularisation de la situation, et une amende de 10.000 DA à 100.000 DA à l'encontre du contrevenant.

Pour les commerçants exerçant des activités commerciales **non sédentaires**, le défaut d'inscription au registre du commerce est puni d'une amende de 5000 DA à 50.000 DA ; en outre, les agents habilités ont la faculté de saisir la marchandise du contrevenant et même, éventuellement, le moyen de transport utilisé (article 32).

b) En cas de déclaration inexacte faite de *mauvaise foi*, le contrevenant encourt une peine d'amende de 50.000 DA à 500.000 DA (article 33).

La peine est aggravée, en cas de **contrefaçon** ou de **falsification** de l'extrait du registre du commerce ou des documents y afférents, puisque le contrevenant encourt une peine d'emprisonnement de six mois à un an et une amende de 100.000 DA à 1.000.000 DA. En outre, le tribunal répressif prononce d'office la **fermeture** du local commercial concerné, tout en ayant la faculté d'interdire le contrefacteur d'exercer toute activité commerciale pour une durée maximale de cinq ans (article 34).

c) En cas de défaut de modification, dans un délai de trois mois, des mentions portées sur l'extrait du registre du commerce, suite à des changements intervenus dans la situation ou le statut du commerçant, le contrevenant encourt une amende de 10.000 DA à 100.000 DA, en plus du **retrait provisoire** par le juge du registre du commerce, jusqu'à la régularisation de sa situation (article 37).

d) Autres infractions prévues par la loi de 2004 :

- L'article 38 précise que l'exercice d'une activité commerciale ne peut être effectué que par le **titulaire** du registre du commerce et toute procuration donnée par le commerçant à une tierce personne est interdite, sauf au conjoint, aux ascendants et descendants au premier degré. La violation de cette disposition constitue un délit

faisant encourir au titulaire du registre du commerce, au bénéficiaire de la procuration et au notaire (ou toute autre personne) l'ayant établie une amende de 1.000.000 DA à 5.000.000 DA ; en outre, le juge prononce la **radiation** d'office du registre du commerce, objet du délit.

- L'article 39 punit d'une amende de 10.000 DA à 100.000 DA toute personne exerçant une activité commerciale sédentaire sans posséder un local commercial ; en cas de non régularisation dans un délai de trois mois à partir de la date de la constatation du délit, il est là également procédé par le juge à la **radiation** d'office du registre du commerce.
- L'article 40, de son côté, punit d'une amende de 50.000 DA à 500.000 DA quiconque exerce une activité ou profession *réglementée* soumise à inscription au registre du commerce **sans l'autorisation ou l'agrément requis**. Le juge procède, en outre, à la **fermeture** du local commercial. En cas de non régularisation dans un délai de trois mois, à compter de la date de constatation de l'infraction, le juge prononce d'office la **radiation** du registre du commerce.
- Enfin, l'exercice d'une activité **étrangère à l'objet** du registre du commerce entraîne la **fermeture administrative provisoire** du local commercial pour une durée d'un mois, accompagnée d'une amende de 20.000 DA à 200.000 DA. En cas de non régularisation dans un délai de deux mois à compter de la date de constatation de l'infraction, il est procédé par le juge à la **radiation** d'office du registre du commerce (article 41).

Ces sanctions pénales sont généralement complétées sur le plan civil.

2°) Sanctions civiles :

Les articles 22 à 26 du Code de commerce font produire à l'inscription ou au défaut d'inscription des effets civils tant en ce qui concerne la *qualité* de commerçant que l'*opposabilité* aux tiers des actes inscrits.

a) Effets civils en ce qui concerne la *qualité de commerçant* :

L'inscription d'une personne, physique ou morale, au registre du commerce ne lui donne pas de plein droit la qualité de commerçant ; mais elle fait présumer cette qualité, sauf preuve contraire apportée par celui qui y a intérêt. En tout cas, la personne inscrite est soumise à toutes les conséquences qui découlent de cette qualité.

En revanche, le défaut d'inscription entraîne deux conséquences opposées :

- d'un côté, le commerçant qui ne s'est pas fait immatriculer dans le délai de deux mois, ne peut plus se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des *tiers* et des *administrations publiques* ; par exemple, il ne peut plus invoquer la compétence des juridictions commerciales ou les règles de preuve en matière commerciale, ni opposer la prescription commerciale, ni donner son fonds de commerce en location-gérance ;
- d'un autre côté, le commerçant non inscrit demeure tout de même soumis aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité ; par exemple, les tiers pourront le faire mettre en faillite.

En d'autres termes, la qualité de commerçant est **inopposable** aux tiers, mais elle peut être invoquée par ces tiers à leur profit (article 24 du Code de commerce).

b) Inopposabilité aux tiers des faits et actes non mentionnés :

Un grand nombre d'actes ou de jugements importants sont inopposables aux tiers s'ils ne sont pas mentionnés au registre du commerce (article 25 du Code de commerce). Il s'agit notamment des :

- actes ou jugements concernant la **capacité** du commerçant : révocation de l'émancipation ou de l'autorisation de faire le commerce pour le mineur ou encore, jugements prononçant l'interdiction pour une personne d'exercer l'activité commerciale ;
- actes et jugements concernant l'**activité commerciale** des commerçants, personnes physiques ou morales : par exemple, mise en location-gérance d'un fonds de commerce, jugements de dissolution de sociétés...

Il convient cependant de noter que ce sont seulement les tiers de *bonne foi* qui sont protégés par l'inopposabilité des actes ou faits non mentionnés. Cette inopposabilité ne joue pas si le commerçant (ou la société commerciale) établit qu'au moment où il a traité, le tiers (ou l'administration) en cause avait connaissance du fait ou de l'acte qui lui est opposé (article 24 du Code de commerce).

C'est dire l'importance de la publicité légale, imposée au commerçant pour assurer la transparence dans le domaine des affaires.

§2. Le respect de la publicité légale

Il convient d'abord de ne pas confondre la publicité commerciale (qu'on appelait la « réclame » devenue aujourd'hui la « pub ») que le commerçant effectue afin d'attirer les clients, et la **publicité légale** dont le but évident est que l'assujetti commerçant doive renseigner :

- les tiers, à savoir les clients, les fournisseurs et les créanciers qui ont intérêt à connaître la solvabilité du commerçant, d'autant plus que la pratique du crédit s'accroît ;
- les salariés, par l'intermédiaire de leurs délégués ou du comité d'entreprise, leur sort étant lié à celui de l'entreprise ;
- les associés, éventuellement s'il y en a pour des personnes physiques (c'est la règle pour les sociétés commerciales, personnes morales), auxquels il faut rendre des comptes ;
- l'Etat, dans un but économique et fiscal.

C'est l'article 15 de la Loi n°04-08 du 14 août 2004 'relative aux conditions d'exercice des activités commerciales) qui impose la publicité légale en ces termes : « *Toute personne physique commerçante est tenue d'effectuer les formalités relatives aux publicités légales. Les publicités légales **obligatoires** pour les personnes physiques commerçantes ont pour objet d'informer les tiers sur l'état et la capacité du commerçant, l'adresse du principal établissement d'exploitation effective de son commerce et l'appartenance du fonds de commerce* ».

Le défaut des mentions légales prévues à cet article 15 est puni d'une amende de 10.000 DA à 30.000 DA (article 36 de cette même loi).

Le centre national du registre du commerce est tenu de transmettre aux services chargés du contrôle de l'administration chargée du commerce, la liste des personnes physiques et établissements n'ayant pas accompli les formalités de publicité légale.

Par quels moyens assure-t-on ladite publicité ?

Outre l'immatriculation au registre du commerce, qui représente la première étape de la publicité légale, les publicités légales prévues en matière commerciale, par la législation et

la réglementation en vigueur, sont insérées au **bulletin officiel des annonces légales** (BOAL), lequel est régi par le Décret exécutif n°92-70 du 18 février 1992.

Le BOAL comporte les quatre séries de mentions légales suivantes :

- la série traitant du **statut juridique** des commerçants et des fonds de commerce dans laquelle sont insérées, pour les personnes physiques : tous les renseignements sur la capacité du commerçant, la domiciliation et l'appartenance du fonds de commerce ; les opérations de nantissement, de location-gérance et de vente de fonds de commerce ; -toutes mesures judiciaires prononçant une interdiction ou une déchéance à l'exercice du commerce ainsi que toutes décisions judiciaires portant sur des liquidations amiables ou de faillites ;
- la série traitant des **attributions des organes de gestion** qui comportent les pouvoirs des organes d'administration ou de gestion, leurs limites et leurs durées ainsi que toutes les **oppositions y afférentes** ;
- la série traitant des **droits de la propriété commerciale** dans laquelle sont mentionnées les diverses publications réglementaires se rattachant aux actes affectant les droits de la propriété commerciale, tels que *l'enregistrement des marques de fabrique et de commerce, de dessins, modèles et appellations d'origine* ainsi que les actes de *cessions, de concessions de licences* ;
- la série traitant des **avis financiers** dans laquelle sont inclus notamment les *bilans et résultats* ainsi que les opérations d'appel à l'épargne publique.

En outre, le BOAL publiera toute autre communication à caractère officiel utile à l'adresse des opérateurs économiques.

L'article 10 bis du Code de commerce précise que « seuls les avis **publiés** régulièrement font foi devant les tribunaux et les administrations publiques ».

Pour que les actes soient opposables aux tiers, la publicité légale se fait également au moyen d'insertion dans des quotidiens nationaux. Bien entendu, tous les frais de publicité sont aux frais de l'intéressé.

§3. Les livres de commerce et la tenue d'une comptabilité

Les articles 9 à 18 du Code de commerce imposent aux commerçants la tenue de certains livres de commerce et l'obligation de faire un inventaire annuel. Ainsi, les livres de commerce apparaissent comme de bons instruments de preuve.

A. La tenue des livres

On distingue deux sortes de livres ; les livres obligatoires et les livres facultatifs.

1°) Les livres obligatoires : prévus par les articles 9 et 10 du Code de commerce, ils sont au nombre de deux, le livre-journal et le livre d'inventaire.

a) Le livre-journal : c'est un livre sur lequel sont inscrits chronologiquement toutes les opérations intéressant l'entreprise, aussi bien les mouvements de caisse que les créances et les dettes, les effets de commerce (chèques, traites..) tirés, acceptés ou reçus, les achats, les ventes, les livraisons. Il n'est pas nécessaire de tenir ce livre au jour le jour ; on peut se borner à récapituler dessus, au moins une fois par mois, les résultats inscrits dans d'autres livres ou sur des fiches comptables, à la condition de conserver ces documents comptables à l'appui du livre qui leur confère une *présomption de sincérité*.

b) Le livre d'inventaire : chaque année, en fin d'exercice, le commerçant doit établir un inventaire des éléments actifs et passifs de son entreprise et arrêter tous ses comptes en

vue d'établir son *bilan* et le *compte de ses résultats*. C'est sur le livre d'inventaire que sont recopiés le bilan et le compte de résultats.

Ces livres obligatoires doivent être reliés ; avant leur mise en service (couverture), chaque page doit être numérotée (cotée) et paraphée par le juge du tribunal. Les écritures doivent être passées dans l'ordre chronologique, sans blanc, rature, transport de marge ou altération d'aucune sorte (article 11). En cas d'erreur par conséquent, on ne peut que passer une écriture inverse : c'est la *contrepassation d'écriture*.

Ces règles ont pour but d'éviter qu'au moment d'un procès ou d'un contrôle fiscal, on ne retire ou remplace des pages ou qu'on ne modifie ou complète les écritures ; elles confèrent aux livres une présomption de sincérité.

Les livres et documents comptables annexes, les inventaires et les correspondances doivent être conservés pendant dix ans (article 12).

Pour le respect de ces règles, la législation a prévu des sanctions, pénales et civiles.

- Pour ce qui est des **sanctions pénales**, la falsification des livres de commerce constitue le délit de faux en écriture de commerce prévu par l'article 219 du Code pénal et puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende maximale de 20.000 DA ; et en cas de faillite, les peines de la banqueroute simple (emprisonnement de deux mois à deux ans aux termes de l'article 383 alinéa 2 du Code pénal) peuvent être prononcées contre un commerçant qui n'a pas tenu de comptabilité (article 370-6° du Code de commerce) et en cas de fraude, il commet le délit aggravé de la banqueroute frauduleuse prévu par l'article 374 du Code de commerce et réprimé par l'article 383 alinéa 3 du Code pénal (peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans) ;
- Quant aux **sanctions civiles**, l'absence de tenue de comptabilité conforme aux usages de la profession a pour effet de priver le commerçant en état de cessation de paiements de pouvoir bénéficier de la procédure de règlement judiciaire ; il est mis directement en faillite (voir article 218 du Code de commerce).

Par ailleurs, en vertu de l'article 14 du Code de commerce, les livres de commerce obligatoires irrégulièrement tenus ne peuvent faire la preuve des faits qu'ils relatent au profit des commerçants.

2°) Les livres facultatifs :

On peut citer le *livre-brouillard*, ou main-courante : c'est une sorte de brouillon du livre-journal. On peut y ajouter des livres qui ne sont que des démembrements du livre-journal, comme le *livre de caisse*, le *livre des ventes*.

Un autre livre important est le *grand livre*, qui est tenu par comptes ouverts, notamment au nom de chacun des clients de l'entreprise et de chacun des fournisseurs. Quelquefois, ce grand livre est divisé en un certain nombre de livres : livre « clients », livre « fournisseurs », livre « magasin », « effets à payer », etc.

Ces livres facultatifs (ou fiches) ne sont pas soumis aux règles de tenue des livres obligatoires, lesquels ont seuls une force probante.

B. La force probante des livres de commerce

Cette force probante est considérable en droit commercial ; elle est fondée sur une **présomption de sincérité**. Le commerçant tient ses livres au jour le jour pour constater ses opérations et non pour se constituer à l'avance une preuve dans une contestation qu'il ignore encore. Il les tient exactement parce que c'est son intérêt de le faire : il est donc présumé n'inscrire sur ces livres que des faits exacts.

D'autre part, dans la mesure où ces livres contiennent des faits défavorables au commerçant, ils constituent un véritable aveu de sa part. Comme tous les aveux, il est indivisible : l'adversaire ne peut choisir ce qui lui est favorable et exclure ce qui lui est défavorable, selon l'article 342 du Code civil.

§4. L'obligation de concurrence loyale entre commerçants

La vie des affaires repose sur le principe de la **libre concurrence**, la concurrence étant la loi du commerce. Certes, les divers agents économiques peuvent utiliser tous procédés pour attirer ou retenir la clientèle qui est, nous le verrons par la suite, l'élément essentiel du fonds de commerce ; toutefois, ils doivent agir dans les limites de la loi. La concurrence est, en effet, réglementée :

- dans un souci de protection du consommateur : publicité des prix, certains procédés de vente interdits etc. ;
- pour maintenir une concurrence loyale entre professionnels ;
- pour lutter contre des comportements qui risquent de fausser le jeu de la libre concurrence, en portant atteinte à une entreprise (ententes, positions dominantes, dumping etc.

Les principaux textes législatifs, autour de cette question, sont :

- l'Ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence ;
- la Loi n°04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales ;
- la Loi n°04-08 du 14 août 2004 relative aux conditions d'exercice des activités commerciales ;
- la Loi n°89-02 du 7 février 1989 relative aux règles générales de protection du consommateur.

Tous ces textes comportent des dispositions pénales, qui prévoient des sanctions (généralement de fortes amendes) qui frappent les contrevenants, lesquels engagent également leur responsabilité civile selon les règles du droit commun de la responsabilité (existence d'une faute, survenance d'un dommage et lien de causalité entre la faute et le dommage), pour la réparation civile du préjudice subi par un concurrent.

En fin de compte, les obligations qui pèsent sur le commerçant sont beaucoup plus instituées pour la protection du fonds de commerce, lequel fonds apparaît être l'élément patrimonial essentiel, en tout cas celui qui représente le support nécessaire à toute activité commerciale réelle.

CHAPITRE III.- LE FONDS DE COMMERCE

En l'absence d'une définition juridique, le fonds de commerce est appréhendé par ses éléments constitutifs dont le principal est la **clientèle**. La doctrine le définit comme un ensemble de biens mobiliers qu'un commerçant ou un industriel groupe et organise en vue de la recherche d'une clientèle.

De cette définition, découlent plusieurs conséquences :

- Le fonds de commerce apparaît comme étant une **universalité mobilière**, constitué de l'ensemble des éléments qui la composent, mais qui est « autre chose » que la somme de ces éléments ;
- Le fonds de commerce ne comprend que des éléments mobiliers : c'est un **bien meuble incorporel** ;
- Le fonds de commerce **n'a pas la personnalité morale** ; le commerçant répond des dettes du commerce sur son patrimoine personnel.

Remarque : le commerçant, propriétaire du fonds, peut être soit propriétaire des locaux (les murs) soit locataire (droit au bail).

Section 1. Les éléments constitutifs du fonds de commerce

Bien que l'article 78 du Code de commerce énumère, sans les classer, les différents éléments du fonds, la pratique distingue les éléments **corporels** et les éléments **incorporels**.

§1. Les éléments corporels

Il s'agit d'une part du matériel et de l'outillage, d'autre part des marchandises.

A. Le matériel et l'outillage

Ce sont des meubles corporels qui servent à l'*exploitation* du fonds : par exemple, outillage industriel tel que les machines, les outils et d'une manière générale, tous les biens corporels qui ont une certaine stabilité et qui servent à l'exploitation du commerce (ce que les économistes appellent le capital fixe) ; ils sont caractérisés par leur diversité : matériel de bureau, véhicules, matériel informatique...

B. Les marchandises

Ce sont des meubles corporels destinés à *être vendus* ; elles comprennent les matières premières, les produits en cours de transformation, les produits finis, les stocks.

A la différence du matériel et de l'outillage, les marchandises ne sont jamais comprises dans le nantissement du fonds de commerce car destinées à être vendues, elles ne peuvent constituer une garantie.

§2. Les éléments incorporels

L'un est essentiel à l'existence du fonds de commerce : c'est la **clientèle** et l'**achalandage** ; d'autres, étant le support, se subdivisent en **éléments habituels** et **éléments occasionnels**.

A. L'élément essentiel (obligatoire) : la clientèle et l'achalandage

Clientèle et achalandage peuvent être considérés comme synonymes, l'achalandage étant plutôt constitué par la *clientèle de passage*.

Il ne faut pas exagérer le caractère essentiel de la clientèle, car le commerçant n'a pas un « droit » sur la clientèle, celle-ci étant libre bien entendu d'aller chez un autre commerçant (concurrence oblige).

En réalité, la recherche et la conservation de la clientèle constituent l'objectif de tout commerçant et la raison d'être du fonds de commerce qui en est le support.

B. Les éléments de support

Ils sont prévus par l'article 78 alinéa 3 du Code de commerce ; il y en a un certain nombre comme le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail (éléments habituels). Il y en a d'autres, au contraire, qui n'existent pas toujours, mais que l'on rencontre parfois, tels les droits de propriété intellectuelle (éléments occasionnels).

1°) Les éléments habituels :

a) Le nom commercial :

C'est le nom (ou l'appellation) sous lequel une personne exerce le commerce : ce peut être soit son nom patronymique, soit un prénom, un surnom ou même une dénomination de fantaisie. Pour une société commerciale, le nom est représenté soit par la raison sociale (composée des noms des associés en nom collectif) soit une dénomination sociale (pour une SARL ou une SPA).

Ce nom commercial sert de ralliement à la clientèle ; il est inscrit sur les papiers d'affaires. En tant que tel, il fait partie du fonds de commerce ; il en résulte que :

- en premier lieu, le nom commercial est **transmissible** avec le fonds de commerce, ce qui le différencie du nom patronymique (nom civil) incessible. Là, il peut surgir une difficulté : souvent, le nom commercial est constitué par le nom patronymique. Peut-on alors céder le nom avec le fonds de commerce ? L'acquéreur du fonds a l'usage temporaire du nom de prédécesseur et pour ne pas tromper les tiers, il doit y ajouter « ancienne maison » ou bien « et successeur » ;
- en second lieu, le nom commercial est **protégé** par l'action en concurrence déloyale contre les usurpations ou imitations des concurrents qui pourraient être cause de confusion dans l'esprit de la clientèle.

Toutefois, un concurrent peut toujours utiliser son propre nom patronymique, même si ce nom est déjà mis en service par un autre commerçant ; mais il devra prendre toutes précautions pour éviter des confusions, par exemple en mentionnant son prénom, la date de fondation de l'établissement, ou encore en utilisant une présentation différente des produits. D'autre part, il ne faut pas qu'il s'agisse d'un simple prête-nom utilisé dans un but de fraude.

b) L'enseigne :

A la différence du nom commercial, l'enseigne sert à **individualiser** la boutique et non l'entreprise. Ce peut être un nom de personne (surtout pour les maisons de couture) mais très souvent, c'est une dénomination de fantaisie ou un emblème (enseigne en fer forgé, armoiries...).

Moyen également de ralliement de la clientèle, l'enseigne est liée au fonds de commerce et transmissible avec lui. L'action en concurrence déloyale permet de la protéger contre les imitations des concurrents à la condition qu'elle ne soit pas seulement descriptive (par exemple « ici Pari sportif algérien ») ou banale, c'est-à-dire tombée dans le domaine public (par exemple, le croissant vert des pharmacies). D'autre part, la protection est limitée au périmètre géographique dans lequel se trouve la clientèle liée à l'enseigne (par exemple, il peut y avoir un « Café de la jeunesse dans des quartiers différents d'une grande ville).

c) Le droit au bail :

C'est la créance du locataire contre le propriétaire (des murs), dont l'objet est la *jouissance des lieux loués*. En effet, le plus souvent, le commerçant n'est pas propriétaire, mais seulement locataire des lieux dans lesquels il exerce le commerce. Ce droit au bail est donc tout simplement un *droit de créance* : comme tel, il est incorporel, mobilier et généralement cessible, à moins de clauses restrictives contenues dans le contrat de bail. Il bénéficie d'une importante protection légale.

2°) Les éléments occasionnels :

Ce sont principalement les droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles, les appellations d'origine et les droits d'auteur et droits voisins. Ces droits protègent des créations de l'esprit, de l'intelligence. Vous confèrent un monopole : les uns, un monopole d'exploitation (c'est le

cas des brevets, dessins et modèles), les autres un monopole d'utilisation de signes distinctifs (c'est le cas des marques, appellations d'origine...Ils apparaissent comme des « droits de clientèle », car ils visent directement à assurer à leur titulaire le moyen exclusif de se créer une clientèle et de la conserver.

Droits de propriété à caractère incorporel, ils sont protégés pénalement et civilement par l'**action en contrefaçon** (à la différence du nom commercial et de l'enseigne protégés au plan civil par l'**action en concurrence déloyale**).

Ces différents droits présentent une réelle importance pratique ; sans doute, on ne les rencontre pas dans tous les commerces (caractère occasionnel) mais souvent, ils représentent une grande valeur au sein du fonds de commerce auxquels ils confèrent une plus-value, lors d'opérations juridiques telles la vente, le nantissement, la location-gérance ou l'apport en société.

Section 2. Les opérations juridiques sur le fonds de commerce

Le fonds de commerce a une valeur économique qui dépend de la clientèle qui lui est attachée et d'autres éléments le composant. C'est donc un élément pécuniaire du patrimoine qui peut être cédé ou transmis.

Bien que sa valeur dépende de l'activité du commerçant, le fonds de commerce n'est cependant pas lié nécessairement à la personne même du commerçant, contrairement à ce qui existe dans les professions libérales dont les clientèles civiles sont étroitement attachées par exemple au médecin, à l'avocat, à l'expert-comptable...

C'est dire que le fonds de commerce garde une certaine valeur, même lorsqu'il est détaché de la personne du commerçant. Il en résulte qu'un certain nombre d'opérations juridiques soumises à une législation spéciale sont effectuées sur le fonds de commerce. Les plus importantes sont :

- la vente du fonds de commerce,
- le nantissement du fonds de commerce ;
- la location-gérance du fonds de commerce ;
- l'apport en société du fonds de commerce.

Examinons-les tour à tour.

§1. La vente du fonds de commerce

La vente du fonds de commerce est soumise, en principe, aux règles de droit commun régissant les ventes commerciales de meubles incorporels. Cependant, des règles particulières justifiées par l'importance économique du fonds de commerce et par la spéculation à laquelle il donne lieu, ont été prévues par le Code de commerce, en ses articles 79 et suivants d'une part, pour organiser la **publicité de la vente** dans l'intérêt des créanciers et d'autre part, pour créer un **privilege** au profit du vendeur lorsque celui-ci accorde un crédit à l'acquéreur.

On peut retenir trois séries de règles, en fonction du but visé :

- celles destinées à *protéger l'acheteur* contre un vendeur peu scrupuleux ;
- celles qui *protègent, en retour, le vendeur* contre l'éventuelle insolvabilité de l'acheteur, dans une vente à crédit ;
- celles, enfin, qui *protègent les créanciers du vendeur*, lorsque celui-ci cède son fonds pour échapper au droit de gage général de ses créanciers

A. Les règles protégeant l'acheteur du fonds de commerce

Généralement, l'acheteur se trouve par rapport au vendeur en état d'infériorité du fait que le vendeur connaît beaucoup mieux que lui l'état et la valeur réelle du fonds de commerce.

C'est pourquoi on va chercher à protéger l'acheteur en deux temps :

- au moment de la *conclusion du contrat*, en évitant qu'il prenne trop rapidement des engagements excessifs par rapport à la valeur du fonds ;
- au moment de l'*exécution du contrat*, en évitant que le vendeur ne se réinstalle à côté.

1°) La protection de l'acheteur dans la formation du contrat :

La pratique révèle que pour obtenir un prix élevé du fonds, le vendeur a tendance à majorer son chiffre d'affaires et les bénéfices réalisés au cours des années précédentes. Certes l'acheteur peut combattre une telle situation en invoquant l'*erreur* ou le *dol* (vices du consentement du droit commun). Mais de tels moyens ne sont qu'exceptionnellement satisfaisants : en effet, l'erreur sur la valeur n'entraîne pas la nullité du contrat, alors que le *dol* par réticence n'est consacré par la jurisprudence que rarement.

C'est la raison pour laquelle l'article 79 du Code de commerce édicte une protection spéciale de l'acheteur. Ainsi, dans tout acte constatant une cession amiable du fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer un certain nombre de renseignements concernant :

- le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;
- l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;
- le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans ;
- les bénéfices commerciaux réalisés durant la même période ;
- le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

L'omission de ces énonciations peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la **nullité** de l'acte de vente.

2°) La protection de l'acheteur dans l'exécution du contrat :

Comme dans toute vente, le vendeur a deux obligations envers l'acheteur : l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie. En outre, une obligation spéciale pèse sur le vendeur du fonds de commerce, celle de non rétablissement.

a) L'obligation de *délivrance* :

Le vendeur doit mettre les éléments à la disposition de l'acheteur et notamment, présenter celui-ci à la clientèle. Mais cette mise en possession est indépendante du transfert de la propriété du fonds qui, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers, s'opère dès le jour de la conclusion du contrat, sans aucune formalité, le fonds de commerce étant un meuble incorporel. Cependant, pour chacun des éléments qui le composent, ce transfert n'est opposable aux tiers que selon les règles propres à chacun d'eux : pour le matériel et les marchandises, la *mise en possession* sera nécessaire (article 835 du Code civil ; pour le droit au bail, il faudra une *signification* au bailleur ou son acceptation (article 173 du Code de commerce) ; pour les brevets ou les marques, une *inscription* devra être prise à l'I.N.A.P.I (Institut national algérien de la propriété industrielle) (voir article 147 du Code de commerce).

b) L'obligation de garantie :

La garantie a un double aspect : elle porte sur les vices et sur l'éviction.

- **Garantie des vices** : outre la garantie des vices soumise au droit commun de la vente (article 379 du Code civil), le vendeur garantit à l'acheteur l'*exactitude* des mentions insérées dans l'acte de vente (article 80 du Code de commerce) ;
- **Garantie d'éviction** : conformément au droit commun (articles 371 et suivants du Code civil), le vendeur doit garantir l'acheteur, d'une part contre les *troubles de droit* provenant d'un tiers qui revendiquerait par exemple le fonds, d'autre part contre les *troubles de droit ou de fait* provenant du vendeur lui-même. Cette dernière garantie prend des aspects spéciaux dans la vente du fonds de commerce, avec l'obligation de non rétablissement du vendeur du fonds de commerce.

c) L'obligation de non-rétablissement du vendeur :

Tout d'abord, cette obligation spéciale de garantie empêche le vendeur d'invoquer un droit de reprise pour refuser le renouvellement du bail. Ensuite, elle s'oppose à ce que le vendeur se rétablisse dans le même commerce (activité commerciale identique) et reprenne de la sorte la clientèle qu'il a vendue (en même temps que les autres éléments composant le fonds de commerce). Cette obligation de non-rétablissement est généralement prévue par une clause de l'acte qui est valable à la condition que l'interdiction soit limitée à certaines activités, pendant un certain temps et en certains ; car si elle était générale, elle heurterait le principe de la liberté de faire le commerce et les règles relatives à la concurrence.

En revanche, le vendeur du fonds sera lui-même protégé par certaines règles contre l'acheteur.

B. Les règles protégeant le vendeur à crédit du fonds de commerce

L'obligation essentielle de l'acheteur est de payer le **prix** ainsi que les frais accessoires, notamment le droit d'enregistrement (articles 383 et 393 du Code civil). Généralement, le vendeur accorde à l'acheteur un **crédit** pour le paiement d'une partie du prix qui sera versée ultérieurement par acomptes périodiques, incluant le principal et les intérêts. Pour garantir le paiement du solde du prix de vente, le droit civil reconnaît au vendeur un privilège et une action résolutoire de la vente (articles 392 et 997 du Code civil) ; mais en droit commercial, ces garanties ne peuvent pas être opposées à la *faillite* de l'acheteur, et le vendeur impayé n'est qu'un *créancier chirographaire* qui est réglé au marc-le-franc, en monnaie de faillite. D'où un énorme risque pour le vendeur ; et précisément, pour faire échapper le vendeur de fonds de commerce à ce régime rigoureux et faciliter par là-même la **vente à crédit** du fonds de commerce, le Code de commerce permet au vendeur d'**opposer** son privilège et son action résolutoire à la faillite de l'acheteur du fonds, grâce à un système de **publicité**.

Il nous faut, pour nous en rendre compte, déterminer successivement :

- les conditions d'exercice du privilège et de l'action résolutoire ;
- leur objet ;
- leurs effets.

1°) Conditions d'exercice du privilège du vendeur et de l'action en résolution :

Elles sont identiques : le vendeur ne peut exercer l'action résolutoire s'il a perdu le privilège (article 109 du Code de commerce). Ce privilège doit, en effet, être inscrit dans les trente (30) jours de la date de l'acte de vente, à peine de forclusion. L'acte de vente doit être rédigé par **écrit** (acte authentique) et enregistré auprès du CNRC (registre spécial). L'inscription prise régulièrement pendant le délai d'un mois produit effet rétroactif dès le jour de la vente, ce qui signifie que le vendeur bénéficie d'un privilège qui prend rang au jour de l'acte de vente (et non au jour de l'inscription).

Le vendeur régulièrement inscrit va **primer** les créanciers gagistes de l'acheteur, même s'ils se sont inscrits avant lui ; par contre, l'inscription prise hors délai est **nulle** (article 97 du Code de commerce) : le vendeur perd son privilège et son action résolutoire, dont l'objet n'est pas toujours facile à préciser.

2°) Objet du privilège et de l'action résolutoire :

On doit se demander sur quels éléments du fonds vont porter ces garanties. La réponse doit être nuancée car deux hypothèses sont à envisager :

- L'acte de vente a gardé le silence sur l'objet : dans ce cas, le privilège et l'action résolutoire ne portent que sur l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, d'après l'article 96 alinéa 2 du Code de commerce ;
- L'acte de vente, au contraire, détermine les éléments sur lesquels portent les deux garanties. Il faut comprendre alors, outre les éléments incorporels, le matériel et les marchandises, à condition toutefois que trois prix distincts aient été indiqués dans l'acte (article 96 alinéa 3), sinon le privilège ne portera que sur les éléments incorporels.

.Le privilège du vendeur va s'exercer distinctement sur chacun de ces trois prix : les premiers paiements, postérieurs à la vente, s'imputeront obligatoirement sur le prix des marchandises ; lorsque ce prix sera intégralement payé, les marchandises seront libérées du privilège. Puis, les paiements ultérieurs s'imputeront sur le matériel qui sera à son tour libéré, une fois son prix payé. Les derniers acomptes s'imputent sur le prix des éléments incorporels (article 96 alinéa 5).

Mais pour garantir le solde du prix, le vendeur se fait consentir en outre un nantissement qui porte indivisiblement sur les éléments incorporels et sur le matériel, et ce, dans le but d'assurer au privilège des effets concluants.

3°) Effets du privilège et de l'action résolutoire :

a) **Le privilège** : il produit essentiellement deux effets au bénéfice du vendeur :

- il lui confère d'abord un **droit de préférence** par rapport aux autres créanciers. Le vendeur privilégié va pouvoir saisir le fonds, le faire vendre et se faire payer par préférence aux autres créanciers ;
- il lui confère ensuite un **droit de suite** ; le vendeur va pouvoir exercer son droit de préférence, même à l'encontre du sous-acquéreur.

b) **L'action résolutoire** : elle permet au vendeur de reprendre son fonds, sauf à restituer la partie du prix qu'il a perçue (article 110 alinéa 2 du Code de commerce). Toutefois, l'action résolutoire ne porte pas sur les marchandises ou sur le matériel si le prix en a été déjà payé ; néanmoins, la reprise en bloc peut être demandée par le vendeur ou imposée à lui. Si, par exemple, l'action résolutoire ne porte que sur les éléments incorporels (parce que le prix des marchandises et du matériel avait été payé), le vendeur devra payer à l'acquéreur la valeur des éléments corporels qu'il reçoit avec le fonds.

Par ailleurs, l'action résolutoire n'est opposable aux tiers, notamment à un sous-acquéreur du fonds, à un créancier nanti sur le fonds ou à la faillite de l'acheteur, que si elle a été réservée expressément dans l'inscription du privilège et si ce privilège n'est pas éteint. Il est vrai que les créanciers nantis peuvent échapper à la résolution, en désintéressant le vendeur.

La nécessité de la publicité est encore plus marquée, lorsqu'il s'agit de protéger les créanciers du vendeur lui-même.

C. Les règles protégeant les créanciers du vendeur

La protection des créanciers du vendeur est nécessaire, car le fonds de commerce est un élément essentiel du patrimoine du vendeur et il y a un risque de voir le commerçant vendre *clandestinement* son fonds ou dissimuler le prix de vente réel, ce qui lèserait ses créanciers et le Trésor public.

Pour éviter un tel risque, l'article 83 du Code de commerce a organisé une **publicité** sur la vente ; en plus des créanciers communs, deux autres catégories de personnes font l'objet d'une protection spéciale : le Trésor et les salariés.

1°) La protection générale des créanciers :

L'article 83 du Code de commerce a organisé la publicité de la vente du fonds de commerce, pour permettre aux créanciers ainsi prévenus, de faire opposition sur le prix de vente et d'exercer un droit de surenchère s'ils estiment ce prix insuffisant.

a) Formes de la publicité et sanctions :

La publicité consiste en trois insertions :

- une au **bulletin officiel des annonces légales** (BOAL) sous forme d'extrait ou d'avis de la cession du fonds de commerce ;
- les deux autres dans un **journal d'annonces légales** de la wilaya ou de la daïra dans laquelle le fonds est exploité.

L'acte de vente doit auparavant être enregistré, dans les formes prévues par l'article 83 alinéa 2 :

- dans les quinze (15) jours de la vente, une première insertion est faite dans un journal d'annonces légales de la wilaya où le fonds est exploité ; elle mentionne l'identité des parties, la date de la cession et le prix de vente, la nature et le siège du fonds, une élection de domicile (généralement chez un notaire) pour recevoir les oppositions éventuelles et le délai ouvert pour le faire ;
- cette insertion est renouvelée entre le 8^{ème} et le 15^{ème} jour suivants ;
- dans les quinze jours suivant la première insertion, un avis est publié au BOAL : c'est l'acquéreur qui requiert le CNRC de le faire, tout en demandant de l'immatriculer au registre du commerce et de radier le vendeur.

Le défaut de publicité entraîne des sanctions ; ce défaut n'empêche pas la vente d'être valable ; mais si le prix a été versé entre les mains du vendeur en l'absence de toute publicité ou avant l'expiration du délai ouvert aux créanciers pour faire opposition, ce paiement pourra être déclaré inopposable aux créanciers du vendeur et l'acquéreur sera obligé de verser une deuxième fois le prix entre leurs mains, car il n'est pas libéré à l'égard des tiers, conformément à l'article 95 du Code de commerce.

b) Droit d'opposition des créanciers :

Les créanciers du vendeur, avertis grâce à la publicité, peuvent faire opposition sur le prix de vente dû par l'acheteur ou déposé chez l'intermédiaire. Tous peuvent le faire, qu'ils aient une créance exigible ou à terme, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés.

L'opposition a pour effet de bloquer le prix de vente entre les mains de l'acheteur ou de l'intermédiaire et d'empêcher que ce prix soit versé valablement au vendeur. Cette somme sera répartie entre les créanciers à l'amiable, ou à défaut, par une procédure judiciaire de distribution.

c) Droit de surenchère du sixième :

Si le prix de vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers du vendeur, un créancier opposant peut, dans les quinze jours de la dernière publication, faire **surenchère**

du sixième : il demande au tribunal de remettre le fonds en vente *aux enchères publiques* et offre de se porter enchérisseur pour le prix initial augmenté du sixième de la valeur des seuls éléments incorporels (à l'exclusion donc du matériel et des marchandises).

C'est une prérogative exceptionnelle analogue qui est donnée aux créanciers saisissants d'un immeuble, en matière civile. Le tribunal peut refuser cette demande ; d'ailleurs, cette surenchère du sixième ne peut pas être exercée, si la vente primitive était déjà une vente judiciaire aux enchères (article 89 du Code de commerce), et ce dans l'intérêt du Trésor.

2°) La protection du Trésor :

L'acquéreur doit payer les droits de mutation sur les différents éléments du fonds. Ces droits varient selon la valeur du fonds et sont prévus par le Code de l'enregistrement. Pour empêcher la dissimulation du prix, le paiement doit se faire entre les mains du notaire, à peine de nullité de la vente ; à cette sanction s'ajoute une amende fiscale égale à quatre fois le montant des sommes dont le Trésor a été frustré.

Enfin, pour éviter les fraudes, un **droit de préemption** est reconnu à l'Administration qui estime que le prix déclaré est inférieur à la valeur réelle du fonds : elle va pouvoir se substituer à l'acquéreur, en lui remboursant le montant du prix déclaré, majoré du dixième.

3°) La protection des salariés :

Les salariés concluent un contrat de travail avec le commerçant employeur, et non point avec le fonds de commerce qui 'a pas de personnalité juridique. En cas de cession, l'acheteur du fonds devrait en principe pouvoir débaucher tous les salariés, puisqu'il n'a conclu aucun contrat de travail avec eux. Cependant, la législation du travail écarte cette solution, en obligeant l'acquéreur du fonds à respecter les contrats de travail passés par son prédécesseur, ce qui est tout à fait logique dans le but de préserver l'emploi.

§2. Le nantissement du fonds de commerce

Le fonds de commerce est un moyen de crédit, mais le droit commun était insuffisant pour en faire une sûreté satisfaisante. En tant que meuble, il ne peut faire l'objet que d'un gage, mais le gage suppose la dépossession. Il a fallu que le Code de commerce, dans les articles 118 à 168, organise le nantissement, une sûreté réelle sans dépossession grâce à une publicité inspirée de celle des hypothèques immobilières. Deux sortes de nantissement sont possibles :

- le nantissement conventionnel,
- le nantissement judiciaire.

A. Le nantissement conventionnel

C'est le plus important en pratique. Il est soumis à certaines conditions de validité et de publicité qui, une fois réunies, permettent aux créanciers inscrits d'exercer leurs droit.

1°) Conditions de validité et de publicité :

Sur quels éléments du fonds le nantissement porte-t-il ? Autrement dit, quelle est l'assiette du nantissement ? Quelle forme doit revêtir ce nantissement pour être valable.

a) L'assiette du nantissement :

Le nantissement porte obligatoirement sur les *éléments incorporels* du fonds (article 119 du Code de commerce) : clientèle et achalandage, nom commercial, enseigne et, le cas échéant, le droit au bail. Le nantissement serait nul, en l'absence de clientèle.

A la condition de le spécifier dans l'acte, il peut porter sur le *matériel d'équipement* ou sur l'*outillage* (article 151 du Code de commerce) et les droits de propriété intellectuelle (brevets, marques, dessins et modèles, appellations d'origine). Dans ce

dernier cas, le nantissement doit faire l'objet d'une publicité particulière, par une inscription à l'INAPI (article 147).

En revanche, le nantissement ne doit jamais porter sur les marchandises car celles-ci sont destinées à être vendues.

b) Forme et publicité :

Le nantissement doit faire l'objet d'un **acte authentique**, enregistré sur un registre public tenu au CNRC (article 120 du Code de commerce) ; il est conservé pendant cinq ans (article 161), l'inscription pouvant être renouvelée deux fois. C'est une véritable assurance pour les droits des créanciers inscrits.

2°) Droits des créanciers inscrits :

Le nantissement a pour objet de conférer une sûreté réelle au profit du créancier à qui il est attribué. Mais il diminue par là-même les garanties des créanciers ordinaires antérieurs qui peuvent demander au tribunal de faire prononcer la déchéance du terme afin de se faire payer immédiatement.

A la différence du privilège du vendeur, le nantissement garantit indivisiblement la totalité de la créance sur l'ensemble des éléments du fonds qu'il grève. Mais sous cette réserve, les droits de tous les créanciers inscrits sont identiques ; d'une part, ce sont des droits *conservatoires* permettant aux créanciers inscrits d'éviter certains dangers et d'autre part, ce sont des droits *principaux*, permettant de mettre en œuvre leur sûreté.

a) Droits conservatoires :

Ils sont exercés dans trois cas :

- déplacement du fonds,
- vente séparée d'un élément du fonds,
- résiliation du bail.
- En cas de **déplacement du fonds** : le commerçant peut déplacer son fonds, mais il doit notifier son intention aux créanciers inscrits, quinze jours à l'avance, sinon il encourt la déchéance du terme que ceux-ci avaient pu lui consentir. Ils peuvent faire vendre immédiatement le fonds pour se payer sur le prix ou bien, si la valeur du fonds a diminué bien que le déplacement ait été régulièrement notifié, demander au tribunal de prononcer la déchéance du terme et le paiement immédiat (article 123 du Code de commerce) ;
- En cas de **vente séparée des éléments du fonds** : il y a dépréciation du fonds. C'est pourquoi une telle vente est interdite sous peine de sanctions pénales prévues pour le délit de détournement d'objets remis en gage (article 167 du Code commerce et article 376 du Code pénal).
- En cas de **résiliation du bail** : la valeur du fonds peut subir une importante diminution si le bail des locaux est résilié à la demande du bailleur, notamment pour défaut de paiement des loyers ; l'article 124 du Code de commerce oblige le bailleur à notifier aux créanciers inscrits la demande de résiliation judiciaire ou la résiliation amiable. La résiliation ne peut être prononcée ou produire effet qu'à l'expiration d'un délai d'un mois pendant lequel les créanciers inscrits peuvent payer les loyers dus, pour éviter justement la résiliation ; ils seront d'ailleurs subrogés dans le privilège du bailleur. D'autre part, pendant ce délai d'un mois, tout créancier inscrit peut demander la vente du fonds aux enchères publiques.

b) Droits principaux :

Les créanciers inscrits ont sur le fonds de commerce nanti un droit de préférence et un droit de suite.

- **Droit de préférence :** les créanciers inscrits peuvent faire vendre le fonds de commerce nanti et se faire payer par préférence. Ils doivent, selon la procédure, adresser une sommation de payer au commerçant débiteur. Trente jours après cette sommation demeurée infructueuse, ils saisiront le tribunal compétent qui ordonnera la vente aux enchères (article 126 du Code de commerce). Le vendeur privilégié passe avant les créanciers nantis et entre ces derniers, c'est le premier inscrit qui l'emporte. De même, les privilégiés du Trésor priment les créanciers inscrits, ce qui risque de diminuer sérieusement l'intérêt du nantissement sur fonds de commerce (article 159 du Code de commerce) ;
- **Droit de suite :** c'est la possibilité de saisir et de faire vendre le fonds de commerce nanti entre les mains du nouvel acquéreur, à la condition que le créancier se soit inscrit avant l'aliénation (ou cession) du fonds de commerce. Les créanciers inscrits n'ont pas à faire opposition lors de la vente du fonds nanti, car c'est à l'acquéreur de prendre l'initiative de *purger les inscriptions* en offrant le prix à ces créanciers. Si ces derniers estiment que le prix proposé est insuffisant, ils peuvent faire une surenchère du dixième (article 133 du Code de commerce). Le droit de suite ne joue pas en cas de vente judiciaire du fonds : celle-ci opère purge de plein droit.

B. Le nantissement judiciaire :

Le Code de procédure civile l'organise, dans le cadre des mesures conservatoires destinées à protéger les créanciers contre l'insolvabilité de leur débiteur. Lorsque certaines conditions se trouvent réunies, le nantissement produit un certain nombre d'effets.

1°) Conditions :

Tout créancier d'un commerçant, même s'il n'a pas de titre exécutoire et même si sa créance n'est ni liquide ni exigible, peut demander un nantissement judiciaire s'il y a urgence et si le recouvrement de sa créance est en péril.

S'agissant d'une sûreté, une publicité est prévue par l'article 352 du Code de procédure civile ; ainsi, un procès-verbal décrivant et estimant la valeur des éléments incorporels du fonds est dressé puis inscrit dans les huit jours au registre public du CNRC, pour que le nantissement puisse produire ses effets.

2°) Effets :

L'effet principal est que le nantissement judiciaire met sous main de justice les biens du débiteur et l'empêche d'en disposer (effet conservatoire). Il ne donne pas droit au créancier de faire vendre le fonds de commerce ; pour pouvoir l'effectuer, le créancier doit faire établir judiciairement l'existence et le montant de sa créance, d'une part. Ensuite, il doit formuler une demande en validité de la saisie, dans les quinze jours suivant l'ordonnance ayant déclaré le nantissement judiciaire.

Une fois la décision sur le fonds rendue, le créancier va prendre une inscription définitive qui rétroagira à la date de l'ordonnance portant nantissement judiciaire. De la sorte, les droits du créancier se trouvent sauvegardés, même quand il n'a pas de titre exécutoire ni de créance exigible.

Une procédure à peu près analogue est prévue en cas de location-gérance du fonds de commerce.

§3. La location-gérance du fonds de commerce

Le fonds de commerce est généralement géré par son propriétaire. Celui-ci est alors commerçant et soumis à toutes les règles du droit commercial. Toutefois, dans certains cas, le propriétaire ne peut pas ou ne veut plus gérer lui-même pour diverses raisons ; il le donne alors en **location-gérance**.

Il en résulte des situations juridiques assez variées soulevant certaines difficultés. Ainsi, les créanciers du locataire ne peuvent pas saisir le fonds, puisque le locataire n'en est pas propriétaire ; il a fallu que le législateur intervienne donc pour protéger les créanciers du locataire (articles 203 à 214 du Code de commerce).

Deux catégories de gérance qui sont soumises à des régimes juridiques différents sont prévues :

- la gérance salariée,
- la gérance libre.

A. La gérance salariée du fonds de commerce

C'est celle qui est confiée à une personne liée au propriétaire du fonds par un **contrat de travail**. Le gérant est un employé qui agit pour le compte du commerçant et n'a donc pas lui-même la qualité de commerçant. Il bénéficie de la législation du travail, comme tout salarié ; notamment en cas de licenciement, il a droit à un préavis.

Très souvent, ce gérant a des pouvoirs assez considérables de représentation : son nom peut recevoir soit un salaire fixe, soit un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé.

B. La gérance libre ou location-gérance

Le gérant doit alors être mentionné au registre du commerce, comme fondé de pouvoir.

La situation est différente, dans ce cas : le locataire gérant est une sorte de locataire du fonds, qui exploite à ses risques en ayant la qualité de commerçant. Le bailleur propriétaire, de son côté, n'exerce pas l'activité commerciale bien qu'étant inscrit au registre du commerce.

1°) Conditions de la location-gérance :

Outre les conditions de droit commun (capacité pour le locataire d'exercer le commerce, consentement exempt de vices), des conditions de validité et de publicité sont nécessaires pour la formation du contrat de location-gérance.

a) Conditions de validité :

L'article 205 du Code de commerce a imposé un certain nombre de conditions en la personne du bailleur, pour éviter la spéculation :

- Le bailleur doit avoir exercé pendant cinq ans au moins la profession de commerçant (ou d'artisan), pour pouvoir donner le fonds en location-gérance ;
- Le bailleur doit avoir exploité pendant deux ans le fonds qu'il donne en location ;
- Le bailleur ne doit pas tomber sous le coup des déchéances prévues par la législation commerciale ; une déchéance l'obligerait à vendre carrément le fonds.

Toutefois, des atténuations sont prévues par l'article 206 du Code de commerce, concernant le délai de cinq ans ; ce texte donne des pouvoirs importants au président du tribunal qui peut supprimer ou modifier le délai, notamment lorsqu'il est impossible au bailleur d'exploiter personnellement le fonds. D'autre part, l'article 207 écarte de plein droit les conditions du délai de l'article 205 dans quatre hypothèses :

- en cas de décès du commerçant, les héritiers ou légataires ainsi que les bénéficiaires d'un partage peuvent donner le fonds en location-gérance, sans avoir été commerçants eux-mêmes ;

- le délai ne joue pas pour les interdits, aliénés, internés ou pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire s'ils étaient propriétaires avant la survenance de leur incapacité ;
- le délai n'est pas applicable aux locations-géranes consenties par l'Etat, les collectivités publiques, les établissements publics ;
- enfin, l'article 205 ne s'applique pas au loueur du fonds lorsque la location-gérance a pour objet principal d'assurer sous contrat d'exclusivité, l'écoulement au détail des produits fabriqués ou distribués par lui-même.

A ces hypothèses, il convient de mentionner la dérogation de l'article 210 relative aux contrats de location-gérance passés par des mandataires de justice.

Hormis ces exceptions,, si ces conditions ne sont pas observées, le contrat est nul ; cependant, cette nullité n'est pas opposable aux tiers, notamment aux créanciers du gérant qui conservent le droit éventuel de réclamer leur paiement au bailleur. La protection de ces tiers ne peut être assurée que par une publicité.

b) Conditions de publicité :

La location-gérance présente des risques pour les créanciers aussi bien du bailleur que du locataire. C'est pourquoi l'article 203 du Code de commerce a prévu une double publicité :

- Le locataire-gérant, devenant commerçant, doit s'immatriculer au registre du commerce ; mais le bailleur, bien que cessant l'activité commerciale, doit demeurer immatriculé et faire mentionner sa qualité de bailleur. Conformément au droit commun, ces inscriptions doivent être publiées au BOAL ;
- La mise en location-gérance doit faire l'objet d'une insertion dans un journal d'annonces légales et d'une publication au BOAL.

Tant que ces diverses mesures de publicité ne sont pas accomplies, le bailleur répond solidairement des dettes contractées par le locataire-gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds, comme si le locataire-gérant agissait pour le compte du bailleur ; le délai de six mois au bout duquel cette responsabilité cesse, ne commence à courir que du jour où la dernière formalité est faite (article 209 du Code de commerce).

Les mêmes mesures de publicité doivent être réalisées en fin de location-gérance ; mais elles n'ont pas à l'être en cas de tacite reconduction ou de prorogation tacite du bail, car la situation n'est pas modifiée à l'égard des tiers. Par ailleurs, le locataire-gérant doit indiquer en tête de tous ses papiers d'affaires sa qualité de locataire-gérant et le numéro d'immatriculation du bailleur ; sinon, il encourt une amende.

Le respect de toutes les conditions exigées par le Code de commerce permet au contrat de location-gérance de produire des effets.

B. Les effets de la location-gérance

Deux séries d'effets se produisent :

- entre les parties
- à l'égard des tiers

1°) Effets entre les parties :

Le propriétaire du fonds a les obligations d'un bailleur : il doit mettre le locataire en possession et ne pas le troubler dans sa jouissance ; notamment, il ne doit pas exploiter un commerce concurrent.

Le locataire, quant à lui, doit exploiter le fonds avec diligence, ne pas en modifier la destination et payer régulièrement le loyer. En outre, il ne peut ni céder ses droits, ni sous-louer le fonds sans l'autorisation du bailleur, car le contrat est conclu *intuitu personae*.

En fin de la location, il doit restituer le fonds. La durée de la location est, en général, brève et le gérant n'a pas droit au renouvellement, la législation sur les baux commerciaux ne s'appliquant pas à la location-gérance. Le bailleur a droit à une indemnité pour la moins-value due au fait du locataire ; en revanche, il profite des améliorations apportées par le gérant, sans indemnité, sauf si le bail porte à la fois sur des locaux et sur le fonds de commerce (article 202).

Pour garantir l'exécution de ses obligations, le locataire-gérant verse le plus souvent un **cautionnement** au bailleur.

2°) Effets à l'égard des tiers :

Ces tiers sont :

- soit les créanciers du bailleur,
- soit les créanciers du locataire.

a) Les créanciers du bailleur :

La mise d'un fonds en location-gérance peut entraîner une diminution de valeur de ce fonds et présente donc un risque pour les créanciers du bailleur. L'article 208 du Code de commerce prévoit que ceux-ci peuvent demander au tribunal compétent de faire prononcer la déchéance du terme qu'ils avaient accordé au bailleur, ce qui leur permettra de réclamer le paiement immédiat de leurs créances et, à cet effet, de saisir et faire vendre le fonds ; l'action doit être introduite dans les trois mois de la publication de la location-gérance au BOAL.

b) Les créanciers du locataire :

La question est de savoir si les dettes contractées par le locataire-gérant vis-à-vis par exemple des fournisseurs sont également à la charge du bailleur, et si on peut les lui réclamer, notamment au moyen de la saisie du fonds. La réponse est donnée par l'article 209 qui écarte toute obligation personnelle du bailleur, pour les dettes commerciales du locataire-gérant contractées plus de six mois après la date de publication de la location-gérance dans le journal d'annonces légales. Ce qui veut dire que le bailleur reste tenu **solidairement** des dettes commerciales dans les six mois de la publication, une telle solution semble rigoureuse pour le bailleur qui est donc considéré comme une **caution solidaire**, en dépit de la publicité.

En outre, en application du Code des impôts directs, le bailleur est tenu au paiement des impôts directs dus par le locataire-gérant, lorsque celui-ci est insolvable.

En revanche, le locataire-gérant n'a que des droits personnels à l'égard du bailleur ; il n'a aucun droit opposable aux ayants cause du bailleur : ainsi, lorsque le propriétaire du fonds le vend ou le donne en nantissement, le locataire-gérant ne peut pas opposer ses droits à l'acquéreur ou au créancier nanti, lesquels peuvent le forcer à abandonner le fonds, sauf le recours du locataire contre le bailleur. Il n'a pas non plus de droit opposable au propriétaire de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, car il n'est pas considéré comme un sous-locataire de l'immeuble. N'étant pas propriétaire du fonds de commerce, il n'a pas qualité pour demander le renouvellement du bail de l'immeuble. Le propriétaire du fonds a une autre prérogative, celle de faire un apport en société de son fonds de commerce.

§4. L'apport du fonds de commerce en société

L'apport d'un fonds de commerce en société entraîne **mutation de la propriété** du fonds de l'apporteur à la société, et il présente les mêmes dangers que la vente pour les créanciers de l'apporteur. Cependant, cet apport se distingue de la vente en ce que le commerçant ne reçoit pas un prix en espèces mais des parts sociales.

Il en résulte qu'on ne pourra donner aux créanciers le droit de faire opposition sur le prix, ni le droit de surenchère. Comment, dès lors, protéger les créanciers du commerçant réalisant l'apport en société ?

La protection des créanciers est organisée, à peu près de la même manière que dans le cas de vente ou de cession du fonds de commerce, grâce à la **publicité**.

Tout créancier de l'apporteur peut faire connaître le montant de sa créance auprès du tribunal (cela équivaut à l'opposition au paiement du prix dans la vente du fonds). Les associés ont alors le choix entre deux attitudes :

- ou bien ils demandent la *nullité de l'apport* dans les quinze jours ; si le tribunal prononce la nullité, l'apport en société est effacé et le commerçant reste propriétaire de son fonds ;
- ou bien ils acceptent l'apport fait par le commerçant ; dans ce cas, la société va supporter le *passif* régulièrement inscrit du fonds de commerce. De ce fait, la société devient une caution solidaire du paiement des dettes inscrites et les créanciers vont alors trouver dans la société une garantie de leurs créances.

Parfois, c'est une société qui fait un tel apport de fonds dans une autre société : c'est soit un apport partiel soit une fusion. Les créanciers de la société apporteuse vont être protégés, suivant les règles normales de la fusion : la société absorbante va succéder au passif de la société absorbée, dans le respect des règles spéciales qui régissent les sociétés commerciales, en tant que personnes morales.

C'est ce qu'il convient d'aborder dans cette seconde partie.

DEUXIEME PARTIE.- LES PERSONNES MORALES COMMERCANTES (LES SOCIETES COMMERCIALES)

La définition de la société est donnée par l'article 416 du Code civil, lequel dispose : « La société est un **contrat** par lequel deux ou plusieurs personnes physiques ou morales conviennent à contribuer à une **activité commune**, par la prestation d'**apports** en industrie, en nature ou en numéraire dans le but de partager le **bénéfice** qui pourra en résulter, de réaliser une **économie** ou encore, de viser un **objectif économique d'intérêt commun**. Elles supportent les **pertes** qui pourront en résulter ».

Il s'agit là d'une approche juridique de la société. D'un point de vue économique, la société est une **entreprise** et, comme toute entreprise, elle a besoin d'un financement propre qui répond à ses premiers besoins et assure son crédit auprès des tiers, banquiers et fournisseurs. Ce financement lui est fourni sous forme d'argent (apports en numéraire) ou de biens divers utiles à son fonctionnement (apports en nature), voire parfois de prestations de services (apports en industrie).

Ce qui caractérise la société et en fait une *entreprise commune*, c'est que son financement propre est assuré par **deux personnes** au moins et, par voie de conséquence, que son capital divisé en parts ou titres sociaux est réparti entre plusieurs titulaires. La société apparaît comme une *technique d'organisation de l'entreprise*, une entreprise commune qui découle de l'**affectio societatis** : on peut comprendre cette notion comme étant la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune, une telle volonté commune devant bien entendu se manifester non seulement au moment de la constitution de la société, mais également et surtout se prolonger durant toute la vie sociale.

On retrouve l'*affectio societatis* à des degrés divers dans toutes les sociétés commerciales, dont le législateur a dressé une typologie en laissant le libre choix aux futurs associés de se fixer sur telle ou telle forme sociale, en fonction du but recherché et compte tenu des avantages et inconvénients de chacune d'elles.

En introduisant dans notre droit classique des sociétés commerciales de nouvelles formes sociales (Décret législatif n°93-08 du 25 avril 1993 modifiant et complétant le Code de commerce), le législateur s'est efforcé d'harmoniser nos conceptions avec certaines solutions étrangères avec les idées directrices suivantes :

- protection de l'épargne,
- sécurité des tiers,
- adaptation aux impératifs de l'économie moderne.

En accouplant le critère juridique fondé sur l'*intuitus personae* (la considération de la personne à laquelle on va s'associer) et le critère économique reposant sur le **risque**, il

apparaît judicieux de retenir la distinction entre les sociétés à risques illimités d'une part (Chapitre I) et les sociétés à risques limités d'autre part (Chapitre II).

Cette distinction permet de recouper la classification traditionnelle entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, sans se confondre avec elle, tout en mettant l'accent sur l'engagement des associés pour mesurer le risque de l'entreprise.

CHAPITRE I. – LES SOCIÉTÉS A RISQUES ILLIMITES

Ces sociétés ont pour la plupart un air de ressemblance qui tient à la responsabilité **indéfinie** qu'encourent leurs membres (associés) ; ce sont des sociétés à risque élevé, dans la mesure où l'on ne peut, à l'avance, fixer un maximum de mise à ne pas dépasser. Toutefois, chaque société a évidemment des caractéristiques propres et il importe de distinguer au départ deux catégories, au sein de cette même famille :

- la première, la plus évoluée semble-t-il, regroupe les sociétés **immatriculées**, lesquelles sont dotées de la **personnalité morale** : il s'agit principalement de la société en nom collectif (S.N.C), de la société en commandite simple (SCS) et du groupement ;
- la seconde, quelque peu abâtardie, est celle des sociétés **non immatriculées** auxquelles il manque cet attribut essentiel qu'est la personnalité juridique : il s'agit de la société en participation.

Section 1. Les sociétés immatriculées dotées de la personnalité morale

Notion de personnalité morale.

La notion de personne morale a été d'abord une notion de droit public, utilisée à propos de l'Etat et des collectivités publiques. Ce n'est qu'au cours du XIX^{ème} siècle que la jurisprudence a construit la théorie actuelle et à partir de quelques textes civils consacrant l'autonomie patrimoniale des sociétés, elle a conclu à l'existence d'une personne, titulaire nécessaire du patrimoine, pour toutes les sociétés, à l'exception de la société créée de fait ou société en participation.

L'article 549 du Code de commerce a repris implicitement ces solutions, précisant que la société ne jouit de la **personnalité morale** qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce.

La personnalité morale permet à la société d'avoir un patrimoine propre, le **patrimoine social**, distinct des patrimoines personnels de ses membres et une identité propre, avec un nom (appellation ou dénomination sociale), un domicile (siège social), une nationalité (société algérienne ou société étrangère), une pleine capacité juridique.

Grâce à cette personnalité morale peuvent être assurées la cohésion du groupement social et la pérennité de l'entreprise commune.

Dotées de la personnalité morale, les sociétés immatriculées entrent dans la grande catégorie des sociétés de **personnes**, dites aussi sociétés **par intérêts** qui comprennent la société en nom collectif et la société en commandite simple.

Ce sont des sociétés de personnes parce qu'elles sont contractées **intuitu personae**. Le législateur a ajouté à ces deux formes de sociétés de personnes (physiques) le groupement

(personnes morales) auquel il a consacré les nouveaux articles 796 à 799 du Code de commerce.

§1. La société en nom collectif (S.N.C)

Prototype le plus ancien de la société de personnes, la société en nom collectif présente un certain nombre d'éléments caractéristiques, desquels découlent à la fois les avantages et les inconvénients quant à son choix par les entrepreneurs.

A. Les éléments caractéristiques de la S.N.C

Etant une société de personnes par excellence, la société en nom collectif rassemble des associés qui ont, à ce titre, la **qualité de commerçant** et partant, répondent **indéfiniment et solidairement** des dettes sociales (article 551 C.com.). L'intuitus personae (ou considération de la personne) étant particulièrement fort, un certain nombre d'effets en résultent.

1°) Effets de l'intuitus personae :

- L'erreur sur la personne est une cause éventuelle de **nullité** (du contrat de société) ;
 - A propos des causes de dissolution de la société, le décès, la faillite ou l'interdiction d'exercer le commerce d'un associé entraînent en principe la **dissolution** de la société
- L'intuitus personae qui domine dans la S.N.C rend très difficile tout changement d'associé, tant il est vrai que la société n'a été constituée qu'en fonction **des qualités propres** de chacun de ses membres. Chaque associé n'a dû accepter de s'engager indéfiniment et solidairement que parce qu'il connaissait parfaitement ses coassociés et leur accordait sa confiance. Dès lors qu'un changement substantiel survient (tel le décès d'un associé par exemple), n'est-il pas convenable de dissoudre la société ? C'est le principe que retient la loi, mais sa rigueur a été atténuée pour tenir compte des exigences de la vie des affaires : c'est ce qui explique les exceptions prévues par les articles 562 alinea1 et 563 du Code de commerce. En effet, l'article 562 stipule que « *La société prend fin par le décès de l'un des associés, sauf stipulation contraire des statuts* », tandis que l'article 563 dispose pour sa part que « *En cas de faillite, d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'incapacité frappant l'un des associés, la société est dissoute, à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité* ».
- L'intuitus personae empêche d'autre part la **libre cession des parts d'intérêts** de chaque associé. Le lien entre l'associé et la société, le droit de l'associé dans la société se traduit dans les sociétés de personnes par la **part d'intérêt** (qui correspond à ce qu'est une part sociale dans une S.A.R.L ou une action dans une société par actions). C'est donc le droit de chaque associé sur le capital social ; en d'autres termes, c'est la **créance** de chaque associé à l'égard de la société. Or dans la société de personnes, la part d'intérêt est attachée à la personne même de l'associé. Il en résulte que la société en nom collectif a un *caractère très fermé* qui explique que les cessions de parts, même entre associés, doivent être autorisées à l'unanimité (article 560 C.com). C'est là l'assurance de ne pas voir entrer dans la société des personnes indésirables et de ne pouvoir modifier la répartition des parts prévues à l'origine, qu'avec l'accord de tous les associés. L'article 560 est clair sur ce point : « *Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés*. Toute clause contraire est

réputée non écrite ». La règle est d'ordre public. Par conséquent, peu importe qu'il s'agisse d'une cession entre vifs au sens strict, d'une donation, d'un échange ou d'une attribution à la suite d'un partage par exemple. Toute personne qui entre dans une société en nom collectif doit savoir qu'elle ne pourra en sortir qu'avec le consentement de tous les autres coassociés. Il n'y a pas pour la S.N.C de règle analogue à celle de la société civile (article 440 du Code civil) ou de la S.A.R.L (article 571 C.com), obligeant les associés ou la société à racheter les parts du cédant pour qu'il ne reste pas prisonnier de son titre.

2°) La responsabilité des associés en nom :

La responsabilité indéfinie et solidaire des associés de la société en nom peut paraître un handicap rédhibitoire, si on la compare à la responsabilité limitée des associés de S.A.R.L ; il découle de cette responsabilité une obligation **au passif social** : la caractéristique la plus remarquable de la S.N.C résulte de l'article 551 du Code de commerce, aux termes duquel les associés ont tous la **qualité de commerçant** et répondent **indéfiniment et solidairement des dettes sociales**. La charge est certes lourde, mais elle permet à la société de se procurer du crédit à la mesure de la surface financière de ses membres associés.

Encore faut-il préciser que ce n'est pas parce qu'un exercice social fait apparaître des pertes que la contribution des associés doit être immédiate. Une telle solution augmenterait les engagements des associés, sans leur consentement. En réalité, l'obligation au passif social ne deviendra effective que lorsque la société ne pourra plus, par ses propres ressources, faire face à ses créanciers, c'est-à-dire pratiquement au moment de la liquidation de la société.

Quoi qu'il en soit, la dette doit avoir été contractée par la gérance agissant dans la limite de l'objet social. Cette dette sociale incombe d'abord à la S.N.C, personne morale, qui doit être mise en demeure de payer. La mise en demeure se fait par acte extrajudiciaire (article 551 alinéa 2 C.com) ; elle sera considérée comme vaine, si dans les quinze jours qui la suivent, la société ne s'est pas acquittée de sa dette ou n'a pas constitué de garanties. Peu importe le motif pour lequel la société ne s'exécute pas, qu'elle ne puisse pas payer ou qu'elle ne le veuille pas : dès lors que la mise en demeure de la société s'est révélée infructueuse, le créancier pourra agir contre n'importe lequel des associés (généralement le plus solvable) pour le tout et saisir des biens personnels.

L'obligation à la dette présente trois caractères : elle est légale, indéfinie et solidaire.

- **Obligation légale** : l'obligation est légale, en ce qu'aucune clause des statuts ne saurait en affranchir les associés. L'obligation existe dès lors que le créancier a rapporté la preuve du caractère social de sa créance. Serait donc inopposable aux tiers la clause des statuts qui limiterait par exemple l'obligation de tel ou tel associé au montant de son apport ou qui lui permettrait encore de ne pas faire face à certaines dettes sociales. L'associé qui a réglé la dette sociale conserve un recours contre les coassociés, dès lors qu'il a payé plus que sa part, ce en application du droit commun de la solidarité. Seulement, il est nécessaire qu'il divise son recours entre les coassociés, en proportion de la fraction du passif à laquelle chacun d'eux est tenu.
- **Obligation indéfinie** : chaque associé est tenu de la totalité des dettes sociales non payées par la société en nom collectif, et les créanciers peuvent saisir les biens personnels de l'associé, venant ainsi en concours sur ses biens avec des créanciers personnels. Il s'agit donc d'une obligation personnelle, les créanciers de la société ayant une action directe contre chaque associé pour le paiement des dettes sociales.

Cependant, il convient de le rappeler, les créanciers ne peuvent agir ainsi que quinze jours après une mise en demeure adressée à la société et demeurée infructueuse.

- **Obligation solidaire** : cette obligation de chaque associé est une obligation solidaire, ce qui signifie que chaque associé est tenu pour le tout. Cette solution est plus sévère qu'en droit civil où l'obligation de l'associé n'est que conjointe (article 435 du Code civil). Dans la S.N.C, la solidarité est *parfaite*, ce qui implique notamment que la prescription interrompue à l'égard d'un associé l'est également à l'égard des autres (article 230 alinéa 2 du Code civil).

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments qui caractérisent la société en nom collectif, les entrepreneurs vont pouvoir en connaissance de cause fixer leur choix sur cette forme sociale qui présente à la fois des avantages et des inconvénients.

B. Avantages et inconvénients de la S.N.C

La société en nom collectif présente des avantages incontestables qui peuvent la rendre attractive dans certaines hypothèses.

1°) Avantages de cette forme sociale :

Ils apparaissent à trois points de vue : juridique, fiscal et social, économique/

- **Sur le terrain juridique** : en principe, la société en nom collectif convient aux entreprises regroupant un petit nombre d'associés qui se connaissent bien et s'estiment. Dans une telle situation, elle vient directement en concurrence, nous le verrons, avec la S.A.R.L ; quelques atouts peuvent de façon générale jouer en sa faveur :
 - d'abord, la *simplicité de sa constitution*, par ailleurs moins coûteuse que pour les autres formes sociales. Avec deux associés au moins, il n'est pas exigé pour la constitution de cette société un capital minimum, tandis qu'il est possible pour des associés d'effectuer des *apports en industrie* (savoir-faire, prestations de services...). En outre, il n'y a pas d'exigence de libération immédiate ou même dans un délai déterminé des parts sociales souscrites ;
 - ensuite, la *simplicité et la souplesse de son fonctionnement* : les associés jouissent d'une très grande liberté dans la rédaction des statuts, dans la mesure où les intérêts des tiers sont suffisamment protégés par l'existence d'une obligation indéfinie et solidaire au passif social (article 551 C.com). Bien entendu, une telle obligation ostensible valorise la société aux yeux des tiers et facilite par conséquent l'octroi de crédits ;
 - la *gérance* de la S.N.C est d'une très grande *stabilité* : les conditions de nomination et de révocation des gérants des S.N.C sont librement fixées par les statuts, lesquels déterminent également en toute liberté leurs pouvoirs. Si tous les associés sont gérants ou si un ou plusieurs gérants choisis parmi les associés sont désignés dans les statuts, leur révocation ne peut être décidée qu'à l'*unanimité* (article 559 C.com). La situation est donc beaucoup plus confortable que celle du gérant de S.A.R.L qui, lui, nous le verrons, est révocable par les associés représentant plus de la moitié du capital social (article 579 C.com) et celle des administrateurs des sociétés par actions, révocables *ad nutum* (article 613 nouveau C.com). Il est à noter, néanmoins, que pour protéger les tiers, la loi dispose que la société est engagée par tous les actes du gérant, entrant dans l'objet social, et que les clauses statutaires qui limiteraient ses pouvoirs leur seraient inopposables (article 555 in fine C.com) ; cette disposition donne une grande sécurité aux tiers qui, au moment où ils contractent avec un gérant de société, n'ont pas besoin de vérifier dans les statuts si celui-ci a bien le pouvoir de passer le contrat au nom de la société : il suffit tout simplement que le contrat entre dans l'objet social. Cette

omnipotence du gérant de la S.N.C connaît toutefois deux limites : d'une part, la société n'est pas engagée par les actes qui dépassent l'objet social, comme l'indique l'alinéa 1^{er} de l'article 555 ; les associés n'ont accepté, en effet, de s'engager indéfiniment et solidairement que dans un cadre strictement délimité et pas au-delà. Mais dès lors que l'acte accompli par le gérant entre dans l'objet social, la société et les associés sont tenus, même si cet acte n'est pas conforme à son intérêt, ce qui pourra engager la responsabilité dudit gérant. D'autre part, le gérant ne pourrait pas de son propre chef modifier les statuts ; la décision de modification des statuts, comme d'ailleurs toutes les décisions excédant les pouvoirs reconnus aux gérants, doit être prise à l'unanimité des associés, mais il peut être prévu que la majorité suffit (article 556 C.com)). En cas de pluralité de gérants, chacun engage la société par tout acte entrant dans l'objet social (articles 554 alinéa 2 et 555 alinéa 2 C.com). La clause statutaire qui exigerait l'accord unanime des gérants pour les actes les plus graves est donc inopposable aux tiers ; quant à l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant, elle est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance (article 555 alinéa 3). Il appartient enfin aux statuts de fixer les conditions et les modalités de consultation des associés (article 556 C.com), la loi n'imposant la réunion d'une assemblée que pour l'approbation des comptes. A ces considérations générales peuvent s'ajouter quelques avantages particuliers à telle ou telle entreprise.

- enfin, les *cessions de parts*, même entre associés, étant soumises à l'obligation d'une approbation *unanime* des associés, la S.N.C présente l'avantage d'être une société « *fermée* » ; le contrôle très rigoureux des cessions de parts fiat donc que toute personne indésirable aux yeux de tel ou tel est systématiquement tenue à l'écart. En tout état de cause, la cession de parts, si elle est autorisée, doit être constatée par un acte authentique. Pour être opposable à la société, elle doit lui être notifiée par un acte d'huissier ou elle doit avoir été acceptée dans un acte notarié par le gérant de la société (article 561 C.com) : ce sont là les formes de la *cession civile de créance* (article 241 du Code civil) ; constituant une modification des statuts, elle doit être publiée selon les formes applicables à toutes les modifications des statuts et elle n'est opposable aux tiers, notamment aux créanciers sociaux, qu'à partir de sa mention au registre du commerce (article 561 alinéa 2 C.com).

Un autre avantage est fréquemment évoqué pour le choix de cette forme sociale, à savoir l'absence d'obligation de publication des comptes sociaux

- **Sur les terrains fiscal et social** : le régime de la société en nom collectif est celui des sociétés de personnes, à savoir que l'imposition des bénéficiaires est pratiquement la même que celle des commerçants personnes physiques. Sur le plan social, les associés gérants ou non gérants ont la qualité de commerçants et sont à ce titre assujettis à toutes les obligations de ceux-ci (régime d'allocations familiales des employeurs, régime obligatoire d'assurance-vieillesse des non salariés...).
- **Sur le terrain économique** : en fin de compte, étant donné le rôle déterminant de chaque associé d'une S.N.C, cette forme sociale convient assez bien aux entreprises ne regroupant qu'un petit nombre d'associés, le minimum étant de deux. Généralement utilisée par des commerçants ayant un patrimoine modeste, elle peut également réunir des entreprises industrielles importantes au sein d'un groupe de sociétés : ou bien encore, l'avantage de la souplesse juridique encourage l'utilisation de cette forme sociale en nom collectif par des personnes morales qui entendent créer une *filiale commune* : la S.N.C apparaît, en effet, comme une forme juridique appropriée pour une filiale commune, car elle permet une gestion strictement égalitaire. Au lieu d'y entrer elles-mêmes directement, les sociétés mères (holding) peuvent y faire participer

comme écran des sociétés qu'elles contrôlent, afin que leur propre responsabilité ne soit pas engagée solidairement et indéfiniment.

En dépit de ces nombreux avantages découlant surtout de la simplicité de constitution et de fonctionnement de ce type de société, ce qui explique son succès très ancien, la S.N.C n'est pas sans inconvénients.

2° Inconvénients de la S.N.C :

L'existence d'un certain nombre d'inconvénients rend parfois malaisé le choix de ce type de société. Parmi ceux-ci, il en est un majeur, à savoir la responsabilité indéfinie et solidaire des associés.

- **L'obligation indéfinie et solidaire des associés au passif social** : valorisante il est vrai aux yeux des tiers, elle n'en demeure pas moins très périlleuse pour les associés, par les conséquences qui en découlent, particulièrement trois :
 - première conséquence : la **faillite de la société** entraîne la *faillite de tous les associés* ; la cessation de paiement par la société implique que les associés ne peuvent plus payer non plus, puisqu'ils étaient débiteurs solidaires. C'est ce que la jurisprudence appelle une *faillite commune*, ce qui est semble inexact car chaque associé aura une faillite particulière à laquelle produiront non seulement les créanciers sociaux, mais également ses créanciers personnels ;
 - deuxième conséquence : si un **nouvel associé** entre dans la société, il sera tenu solidairement et à l'infini de toutes les dettes de la société, même antérieures à son entrée, à moins de clause contraire ; mais une telle clause devra être publiée pour être opposable aux tiers. En pratique, il est de plus en plus fréquent aujourd'hui que l'acquéreur de parts exige du cédant une garantie de passif (par une telle clause, le cédant certifie l'exactitude du bilan ou de la situation comptable ayant permis de déterminer le prix de cession et s'engage à prendre à sa charge tout ou partie des dettes qui se révéleraient postérieurement à la cession) : il s'est déterminé, en effet, en fonction du passif connu au moment de son engagement et il s'avère sage de se prémunir contre un éventuel redressement fiscal ou contre l'issue incertaine d'un litige mettant en cause la société ;
 - troisième conséquence : en cas de **sortie d'un associé**, celui-ci demeure tenu de toutes les dettes antérieures à sa sortie, c'est-à-dire de toutes les dettes dont la cause était antérieure au jour où sa sortie a été publiée. Jusque là, en effet, les tiers ne peuvent pas savoir si l'associé a cessé de faire partie ou non de la société ; mais il ne sera pas tenu du passif qui naîtra postérieurement à la date de son départ, dès lors que la sortie est régulièrement publiée.

Par ailleurs, en cas de *transformation* d'une S.N.C en S.A.R.L, il ne fait pas de doute que les associés en nom restent tenus des dettes antérieures.

Enfin, la dissolution de la société en nom collectif n'a aucun effet sur l'étendue des engagements des associés. Ils restent tenus indéfiniment et solidairement à l'égard des tiers ;

et l'action des créanciers sociaux se prescrit par cinq ans de la publication de la dissolution.

De telles conséquences conduisent naturellement à déconseiller cette forme sociale pour des entreprises regroupant un nombre important d'associés, ce qui impliquerait une multiplication des risques.

- **Le contrôle rigoureux des cessions de parts**, qui permet certes d'empêcher les personnes indésirables, a corrélativement pour principal défaut de ne pas permettre à un associé de quitter la société contre le gré de ses coassociés : il y a là incontestablement une restriction à la liberté d'agir ;

- **L'effacement de la personnalité morale** de la société se produit dans le cas de faillite de l'un des associés (article 563 C.com). En outre, la S.N.C est exclue dès lors que l'un des futurs associés n'a pas la capacité pour être commerçant (cas du mineur). Au plan économique par ailleurs, elle ne permet pas de faire appel public à l'épargne ou d'émettre des titres négociables (article 560 C.com) ; enfin, la S.N.C semble inadaptée dans l'hypothèse où les associés doivent être nombreux. Moins fermée paraît être la société en commandite simple.

§2. La société en commandite simple

Deuxième type de société de personnes (ou par intérêt), la société en commandite simple présente des particularités, qui expliquent à la fois ses avantages et ses inconvénients.

A. Les particularités de la société en commandite simple

La société en commandite simple est une société *dualiste* et *inégalitaire*, puisqu'elle comporte deux catégories d'associés : les commandités et les commanditaires.

1°) Les commandités :

L'article 563 bis 1 nouveau du Code de commerce les assimile aux associés en nom collectif. A ce titre, ils sont responsables solidairement de toutes les dettes de la société et ont le statut de commerçants ; ils sont tenus à l'infini de ces mêmes dettes sociales.

La raison sociale ne peut comprendre que le *nom des commandités*, ou de certains d'entre eux, toujours suivi de « et Cie » ; aucun nom de commanditaire ne doit y figurer, sinon ce commanditaire deviendrait responsable de tout le passif social (article 563 bis 2 nouveau du Code de commerce).

Les commandités ont, de ce fait, une position prééminente parfaitement justifiée par les risques qu'ils prennent, en s'engageant comme des commerçants solidairement responsables les uns des autres. Tel n'est pas le cas des commanditaires.

2°) Les commanditaires :

Ils ont une position seconde, car ils prennent moins de risques, ce que montrent les éléments qui les caractérisent : ce sont des associés « *intuitu personae* » certes, mais ils n'ont pas la qualité de commerçants ; en outre, ils ne sont responsables que dans la mesure de leur apport (article 563 bis 1 alinéa 2 C.com) et ne peuvent aucunement s'immiscer dans la gestion.

- **Le commanditaire est un associé, non un prêteur** : l'article 563 bis 1 alinéa 2 nouveau du Code de commerce, par sa rédaction, le précise ; les capitaux qu'il met à la disposition de la société sont des **apports** : il peut s'agir d'apports en nature aussi bien que d'apports en numéraire, d'apports en jouissance aussi bien que d'apports en propriété. Mais ce même texte interdit au commanditaire de faire des apports en industrie, sans doute parce qu'il ne doit pas participer à la gestion sociale. Les statuts, en plus des mentions qui sont obligatoires pour toutes les sociétés, doivent indiquer le montant ou la valeur globale des apports de tous les associés, et la part dans ce montant ou cette valeur, de chaque associé commandité ou commanditaire.

Comme tout associé, le commanditaire doit participer aux bénéfices, sinon il y aurait *clause léonine*. Les statuts doivent obligatoirement mentionner la part de chaque commandité et de chaque commanditaire dans la répartition des bénéfices et dans le boni de liquidation (article 563 bis 3 nouveau C.com). Et comme tout autre associé, le commanditaire ne doit recevoir aucune somme de la société, si celle-ci ne réalise pas de bénéfices

Le commanditaire est en principe un associé « *intuitu personae* » ; cependant, sa personnalité a moins d'importance que celle du commandité, car il n'a qu'une responsabilité limitée et il ne peut pas participer à la gestion (article 563 bis 5 nouveau). On en déduit un certain nombre de conséquences :

- Tout d'abord, en ce qui concerne la **cession de la part de commandite** (ou part de commanditaire), le principe demeure, comme dans les S.N.C, que cette cession doit être autorisée par l'accord unanime des autres associés, commandités et commanditaires. Mais à la différence de la SNC où ce principe est impératif, il peut dans les statuts d'une commandite simple y être dérogé dans une certaine mesure ; en effet, les statuts peuvent stipuler que :
 - 1) la cession *entre associés* des parts de commandite se fait librement ;
 - 2) la cession d'une part de commandite à un *tiers* peut être autorisée, avec le consentement de tous les commandités, et par la majorité en capital des commanditaires ;
 - 3) la cession d'une *partie des parts d'un commandité* à un commanditaire peut être autorisée dans les mêmes conditions que précédemment (voir article 563 bis 7 nouveau).

Comme dans les S.N.C, les cessions autorisées doivent faire l'objet d'un acte authentique, notifié à la société et publié au registre du commerce (voir article 12 du Code de commerce relatif à la publicité légale).

- D'un autre côté, le **décès d'un commanditaire** n'entraîne pas la dissolution de la société ; celle-ci continue avec les héritiers du commanditaire. Quant au **décès d'un commandité**, il entraîne en principe la dissolution de la société, sauf clause contraire des statuts ; mais, s'il n'y avait qu'un commandité et qu'il soit décédé en ne laissant que des héritiers mineurs non émancipés, la société doit se transformer dans le délai d'un an (par exemple en société à responsabilité limitée) à compter de la date du décès, sinon elle est dissoute purement et simplement (article 563 bis 9 nouveau). Elle ne peut pas survivre, en effet, avec au moins un commandité ;
- Si un commanditaire est frappé par la **faillite**, par une **interdiction d'exercer** la profession commerciale ou par une incapacité, la société n'est pas dissoute, contrairement à la situation identique dans laquelle se trouverait un commandité ; la dissolution interviendrait ipso facto (article 563 bis 10 nouveau).
- **Le commanditaire n'est pas un commerçant** : il n'a pas besoin d'avoir la capacité de faire le commerce. D'une façon générale, il n'est pas soumis en tant que personne physique aux règles des commerçants et en cas de faillite, il ne tombe pas en faillite de plein droit ;
- **Le commanditaire n'est responsable que sur son apport** : le commanditaire n'est pas responsable indéfiniment ni solidairement des dettes de la société ; il n'est tenu que dans la limite de son apport. Cet apport n'est pas nécessairement versé tout de suite, en totalité ; auquel cas, le commanditaire est débiteur de la société et les intérêts courent de plein droit en faveur de la société, qui peut lui réclamer le versement de ce qui reste dû, tout comme les créanciers sociaux d'ailleurs. L'action de ceux-ci s'explique par le caractère du capital social qui est leur gage ; or l'apport du commanditaire fait partie de ce capital dont le montant a été publié dans le contrat de société et au registre du commerce. Le droit de gage général des créanciers sociaux sur le capital social leur confère le droit d'exiger le versement de l'apport.
- **Le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion externe de la société**, ce qui altère en quelque sorte ses prérogatives d'associé. En principe, ce sont les règles de la société en nom collectif qui s'appliquent à la gérance de la commandite simple ;

cependant, la gérance ne peut jamais être confiée à un commanditaire, en vertu de l'article 563 bis 5 nouveau du Code de commerce, lequel dispose que « *l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration* ».

Quels sont les motifs d'une telle prohibition ?

Le premier motif, c'est d'éviter que l'on puisse faire le commerce avec une responsabilité limitée sous le couvert d'un commandité, simple homme de paille ; la sanction de cette fraude à la loi devrait être la nullité, or telle n'est pas la sanction prévue par les textes. En effet, aux termes de l'article 563 bis 5 alinéa 2, la sanction est la *solidarité* avec les commandités pour ce qui concerne les dettes et engagements de la société qui résultera des actes prohibés.

On a invoqué en second lieu le désir de protéger les commandités contre un commanditaire d'autant plus insouciant ou imprudent que sa responsabilité n'est pas engagée indéfiniment. L'idée est certainement exacte : il doit y avoir un rapport entre le pouvoir et la responsabilité, mais elle ne suffit pas à elle seule à expliquer la sanction légale.

En réalité, cette défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société est destinée surtout à protéger les tiers ; en effet, par son ingérence dans la gestion, le commanditaire pourrait laisser croire qu'il est tenu du passif social sur ses biens personnels.

La portée de cette prohibition soulève quelques difficultés : ce qui est défendu, c'est de gérer *extérieurement* la société : sont donc interdits au commanditaire les actes de *gestion externe*, c'est-à-dire ceux qui le mettent en rapport avec les tiers (marchés conclus au nom de la société, signature d'effets de commerce). La jurisprudence considère qu'il y a immixtion, même si le commanditaire n'est intervenu que dans la préparation de l'acte sans le conclure : il suffit que le tiers ait pu être induit en erreur.

En revanche, restent permis au commanditaire les actes de gestion interne, tels les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance : c'est ainsi que tout commanditaire a le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser des questions par écrit sur la gestion sociale, auxquelles il doit être également répondu par écrit (article 563 bis 6 nouveau).

En cas d'immixtion dans la gestion externe de la société, les sanctions sont graduées. Le commanditaire doit répondre *solidairement* avec les commandités, sur son patrimoine propre, des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés. En outre, sa responsabilité solidaire peut être étendue par le tribunal à tous les engagements de la société, compte tenu du nombre et de l'importance de ses actes d'immixtion (article 563 bis 5 alinéa 2). Et en cas de faillite de la société, dans de telles circonstances, il sera aussi mis en faillite (ce qui rappelle un des principaux inconvénients de la S.N.C). Mais d'autres défauts altèrent cette forme sociale de la commandite, du reste attrayante par d'autres aspects.

B. Attraites et défauts de la commandite simple

On retrouve à peu près les inconvénients de la société en nom collectif (à laquelle s'apparente la commandite simple), auxquels il convient d'ajouter les éventuelles complications qu'engendre, dans le fonctionnement de ce type de société, l'existence des deux catégories d'associés dont les droits et obligations sont différents. Ce **dualisme** explique en partie les rares créations de cette sorte de société, d'autant que, là aussi, les parts sociales ne peuvent pas être représentées par des titres négociables. Sous cette

réserve, on peut quand même avancer que la forme de la commandite simple, encore méconnue chez nous, comporte des atouts non négligeables, au double plan juridique et économique.

- **Sur le terrain juridique** : on peut retenir plusieurs points :

- la **liberté**, d'abord : les rédacteurs des statuts ont ici une grande marge de manœuvre, s'agissant notamment du régime de cession des parts, des modes de consultation des associés ;
- En ce qui concerne la **gérance** de la société, là encore, la **souplesse** prévaut puisqu'on peut rencontrer aussi bien des gérants non associés (donc salariés) que des gérants associés (commandités) : il appartient aux associés de décider ce qui leur paraît efficace pour la marche de la société. Il convient de remarquer que le gérant commandité est, en raison de la responsabilité qu'il encourt, un véritable **chef d'entreprise** ; son statut se recommande également du fait de sa stabilité. La loi ne fixe aucune échéance au mandat et sa révocation s'avère très difficile, s'agissant d'un gérant associé commandité ou d'un gérant statutaire ;
- Ensuite, **l'absence de l'exigence d'un capital social minimum** (à l'instar d'une S.N.C) rend aisée la **constitution** de ce type de société ;
- Enfin, il est à relever son caractère non contraignant du fait de **l'absence de régime juridique** autre que celui prévu par les statuts, pour les conventions passées entre la société et ses associés.

En fin de compte, la dissociation entre commandités et commanditaires permet de lever des obstacles liés à la capacité des personnes ou à leur statut : ainsi pourra-t-on trouver dans la même société des mineurs (article 563 bis 9 alinéa 1), des commerçants et des non commerçants. Ce pourra être en particulier le résultat pratique d'une transformation des sociétés en nom collectif pour éviter leur dissolution, à la suite d'un décès d'un associé en nom, dont les héritiers n'ont pas pu (cas du mineur non émancipé, cas d'incompatibilité d'exercice de l'activité commerciale), ou voulu acquérir la qualité de commerçant et se trouver de la sorte indéfiniment tenus du passif social.

Quoi qu'il en soit, une telle dissociation est en mesure d'encourager une alliance des investisseurs et des entrepreneurs sur le plan économique.

- **Au plan économique**, en effet : les commanditaires sont, bien plus que de simples bailleurs de fonds, de véritables **investisseurs** qui désirent participer à l'aventure de la société, qui spéculent sur sa prospérité et qui sont prêts à prendre leur mise, sans toutefois y laisser leur « *dernière chemise* », car précisément le risque est calculé ; tandis que, de leur côté, les commandités directement engagés dans la gestion sociale sont des **chefs d'entreprise** soucieux de la bonne marche de la société, en vue de la réussite, d'autant qu'ils engagent indéfiniment et solidairement leur responsabilité.

La commandite simple convient ainsi particulièrement à des entreprises groupant un nombre assez réduit d'associés dont les uns sont disposés à *entreprendre*, à prendre à leur charge tous les aléas et risques de l'affaire, en contrepartie d'une part accrue dans les bénéfices sociaux et d'une quasi inamovibilité s'ils sont gérants, tandis que les autres n'entendent courir qu'un risque limité au montant de leur mise personnelle tout en recueillant un droit de contrôle sur la gestion et en ayant évidemment vocation à participer à la répartition des dividendes (bénéfices).

On s'accorde à reconnaître la **dualité** d'âme des associés : il y a ceux qui ont une âme d'entrepreneurs (hommes d'action et de prise de risque) et il y a ceux qui ont une âme de « commanditaires » (ils placent leur argent en calculant le risque).

Seule la société en commandite traduit exactement cette dualité d'aspiration.

C'est bien pourquoi cette forme sociale semblerait séduisante dans le cadre du *partenariat* entre nationaux (commandités entrepreneurs) et étrangers (commanditaires investisseurs).

Avec de tels atouts, les quelques inconvénients relevés ne semblent pas dirimants à certains auteurs qui estiment que les défauts les plus importants ne sont en fait que des imperfections apparentes, alors que les autres désagréments se révèlent le plus souvent curables, et qui vont jusqu'à prédire que la commandite pourrait être « la société de demain », grâce notamment à la *grande liberté* laissée aux rédacteurs du pacte social. C'est cette même liberté qui caractérise une autre forme sociale, le groupement.

§3. Le groupement

L'article 796 nouveau du Code de commerce le définit comme un organisme constitué par deux ou plusieurs *personnes morales*, en vue de faciliter ou de développer leurs activités propres auxquelles l'activité du groupement doit se rattacher. Le groupement est une société dotée de la personnalité morale, par l'effet de son immatriculation au registre du commerce. Dès lors, étant une société à risques illimités pour tous les associés dont les parts ne sauraient être négociables, le groupement se confond avec la société en nom ; mais il n'obéit pas au même régime qu'elle : c'est pourquoi il apparaît comme une société en nom à statut légal spécial.

Notre législateur a réservé une place importante au groupement afin que les entreprises, pour pouvoir s'adapter aux dimensions d'un marché élargi, puissent mettre en commun certaines de leurs moyens et activités (comptoirs de vente, bureaux d'exportation et d'importation, organismes de recherche...), tout en conservant leur individualité et leur autonomie.

Aucune des structures juridiques existantes, société ou association, n'est en effet parfaitement adaptée ; les formalités de constitution des sociétés, leurs règles de fonctionnement sont souvent considérées comme trop rigides pour ce genre d'opérations, tandis que le but de la société ne peut être que la recherche et le partage de bénéfices ou la mise en commun de moyens économiques ; quant à l'association, elle présente l'inconvénient majeur de ne pas procurer la pleine capacité juridique.

D'où l'idée d'offrir aux opérateurs économiques un cadre juridique intermédiaire entre la société (fusionnée) et l'association, à savoir le groupement précisement. L'engouement éventuel pour ce type s'explique par ses caractéristiques.

A. Caractéristiques du groupement

Le groupement se caractérise à la fois par la liberté de sa constitution et la souplesse de son fonctionnement.

1°) Constitution du groupement :

Elle est soumise à des conditions de fond et de forme.

a) Conditions de fond :

Elles portent essentiellement sur l'objet, les membres, le capital et la capacité du groupement.

- **L'objet** : aux termes de l'article 796 nouveau, le groupement doit avoir pour but de « mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité ».

Il en résulte que le groupement ne peut être qu'un prolongement de l'activité de ses membres, puisqu'il doit la faciliter, la développer ou permettre d'en améliorer ou d'en accroître les résultats. C'est là une différence essentielle avec les autres sociétés qui peuvent avoir un objet quelconque, dès lors qu'il est licite. Le groupement ne peut donc pas se substituer à l'activité de ses membres, et leur ôter toute activité propre ; il intervient dans les domaines particuliers où la nécessité d'une action commune a été reconnue. Le groupement doit avoir un **but économique**, ce qui s'entend de toute activité se rapportant à la production, à la distribution, à la consommation des richesses. L'objet du groupement doit être rédigé avec précision, car les dirigeants du groupement disposent de pouvoirs très étendus, mais seulement pour les actes entrant dans cet objet. C'est que le soin mis dans la rédaction précise de l'objet constitue l'unique moyen pour les membres, de se protéger contre les décisions éventuellement abusives des dirigeants.

- **Membres du groupement** : le groupement doit comprendre au moins deux membres (personnes morales) qui doivent exercer une activité économique ; la loi ne fixe aucun nombre. Au cours de son existence, le groupement peut accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat constitutif ; en cas de mutisme du contrat, l'admission est en principe subordonnée à l'accord unanime des membres du groupement. Les textes sont muets sur le principe du droit de retrait, mais la logique voudrait qu'on ne puisse se retirer du groupement qu'une fois ses engagements respectés : l'adhérent qui se retire est responsable de toutes les dettes contractées par le groupement jusqu'à l'inscription modificative au registre du commerce constatant son retrait. Les membres du groupement sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes de celui-ci (article 799 bis 1 nouveau). Toutefois, cette responsabilité ne confère pas aux membres la qualité de commerçant au moment où ils adhèrent au groupement, même si celui-ci a un objet commercial ; les membres du groupement profitent des services organisés par le groupement et participent à la vie sociale (vote aux assemblées). Si des bénéfices sont réalisés, ils sont répartis entre les participants, suivant les modalités prévues au contrat constitutif.
- **Capital** : le groupement a la liberté, et c'est là un atout essentiel, de se constituer sans capital (article 799 nouveau) ; cette possibilité d'absence de capital a comme contrepartie la responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard des tiers du passif du groupement, sur le patrimoine propre des membres. Cette responsabilité très lourde des membres risque d'ailleurs d'être un frein au développement des groupements. Toutefois, une convention contraire passée avec les tiers cocontractants peut éviter l'écueil de la solidarité (article 799 bis 1) et ainsi tempérer la portée de cette règle. Par ailleurs, les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire. En l'absence de capital, les droits et obligations des membres seront déterminés librement dans les statuts. Par contre, les participants au groupement doivent libérer leurs apports s'ils se sont engagés à en faire et, de façon générale, respecter les engagements qu'ils ont pris en signant le contrat ou en adhérant au règlement intérieur. Concernant les obligations des participants les uns envers les autres pour le paiement des dettes du groupement, c'est généralement le contrat qui fixe la part contributive de chacun ; à défaut, un partage par parts égales devrait s'effectuer. De toute manière, qu'un capital ait été ou non constitué, les droits des membres du groupement ne peuvent en aucun cas être représentés par des titres négociables (article 795 bis 5).
- **La capacité** d'un groupement est plus étendue que celle de la plupart des sociétés, dans la mesure où le groupement a la possibilité d'émettre un emprunt obligataire s'il

est composé exclusivement de sociétés qui satisfont aux conditions fixées par la loi (article 799 bis 3). En fait, les emprunts des groupements seront vraisemblablement des emprunts groupés qui serviront au financement des membres du groupement, lorsqu'aucun d'entre eux n'aura à lui seul la taille requise pour faire appel au marché financier.

Quoi qu'il en soit, le groupement doit être constitué pour une **durée déterminée**. En principe, cette durée sera fonction des buts poursuivis lors de la constitution.

b) Conditions de forme :

Elles ont trait aux formalités de constitution et de publicité.

- **Formalités** : le contrat constitutif du groupement doit être constaté par un acte écrit ; sauf dispositions réglementaires contraires, la forme notariée n'est obligatoire que si des biens ou droits sujets à publicité à la conservation des hypothèques sont apportés au groupement (par exemple en cas d'apport d'immeubles). Il doit notamment contenir les indications prévues par l'article 797 du Code de commerce : dénomination du groupement, identité des membres, durée pour laquelle le groupement est constitué, objet du groupement et adresse de son siège. Le contrat doit en outre contenir les indications relatives à son fonctionnement (administration, contrôle, tenue des assemblées, répartition des bénéfices et des pertes, admission ou exclusion des membres...) et aux modalités de dissolution et de liquidation (article 798) ; il peut être complété par un règlement intérieur. Comme toutes les sociétés, le groupement a un patrimoine, un siège, une nationalité et une dénomination. En tout cas, le groupement jouit de la **personnalité morale** et de la pleine **capacité** à dater de son immatriculation au registre du commerce (article 799 bis) ; son existence dépend donc de la publicité qui consacre la constitution du groupement.
- **Publicité légale** : le contrat constitutif est soumis aux formalités de publicité, telles qu'arrêtées par les articles 40 à 43 du décret exécutif n°95-438 du 23 décembre 1995. L'article 40 stipule que « *Le contrat de groupement est déposé au centre national du registre de commerce et **publié** au bulletin officiel des annonces légales. Le récépissé de dépôt indique qu'il s'agit d'un groupement et précise la dénomination, l'adresse de son siège, le nombre et la nature des actes et pièces déposées ainsi que la date du dépôt* ».

2°) **Fonctionnement** :

La souplesse de ce fonctionnement se vérifie à travers l'administration et le contrôle du groupement.

a) Administration :

- **Organes d'administration** : le groupement est administré par une ou plusieurs personnes ; lors de sa nomination comme administrateur, la personne morale doit désigner un représentant permanent qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre (article 799 bis 3). Les représentants permanents des personnes morales administrateurs sont responsables envers le groupement ou envers les tiers, des infractions aux dispositions légales et réglementaires applicables aux groupements, de la violation du contrat constitutif et de leurs fautes de gestion. En outre, les administrateurs qui feraient supporter par les membres des dépenses engagées à des fins personnelles s'exposeraient à des sanctions pour abus de confiance ou abus de biens sociaux. Ces règles sont les seules qui doivent être impérativement respectées. En dehors d'elles, toute liberté est laissée aux membres du groupement pour organiser son administration : administrateurs choisis en dehors du groupement ou non, nomination à la majorité

ou à l'unanimité, durée du mandat, cumul avec un contrat de travail, conditions de révocation, rémunération, désignation d'un président ou non. Le contrat ou, à défaut, l'assemblée des membres détermine les attributions et les pouvoirs des administrateurs.

- **Pouvoirs des administrateurs** : le contrat constitutif peut valablement prévoir une clause d'autorisation de certaines opérations déterminées par tel ou tel organe d'administration du groupement. Toutefois, ces limitations de pouvoirs sont inopposables aux tiers (article 799 bis 2 alinéa 2) ; elles ne produisent effet que dans l'ordre interne. Dans ses rapports avec les tiers, en effet, un administrateur engage le groupement par tout acte entrant dans l'objet de celui-ci.
- **Assemblées** : ici encore, les règles impératives sont peu nombreuses ; l'assemblée des membres du groupement est habilitée à prendre toute décision, y compris celle de dissolution anticipée ou de prorogation, dans les conditions déterminées par le contrat. Celui-ci 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 normalement prises à l'unanimité ; rien n'empêche, en tout cas, d'adopter le régime des assemblées de sociétés, en distinguant les décisions relevant de l'assemblée ordinaire, prises à la majorité simple, et les décisions relevant de l'assemblée extraordinaire, prises à une majorité renforcée ou à l'unanimité.

En principe, chaque membre dispose d'une voix, mais le contrat pourrait attribuer à chaque membre un nombre de voix différent de celui attribué aux autres. Toutes les décisions de modification du contrat doivent être publiées dans les mêmes conditions que le contrat lui-même pour être opposables aux tiers (article 797 *in fine*). Les modifications apportées à la dénomination des groupements, à son siège, à son objet ou à sa durée doivent faire l'objet d'une inscription modificative au registre du commerce.

b) Contrôle des comptes :

Comme pour le contrôle de la gestion, les membres du groupement peuvent déterminer comme ils l'entendent, dans leur contrat, les modalités selon lesquelles sera assuré le contrôle des comptes quant à leur régularité. L'obligation de désigner un commissaire aux comptes n'est pas prévue même en cas d'émission d'obligations. L'on peut se poser la question de savoir s'il s'agit là d'un oubli de la part du législateur.

Normalement, le groupement prend fin avec l'arrivée du terme fixé dans le contrat. Mais d'autres causes de dissolution peuvent surgir, telles la réalisation ou l'extinction de l'objet, la dissolution anticipée décidée en assemblée, la décision judiciaire pour de justes motifs, la dissolution de l'un des membres du groupement ou le nombre de membres réduit à un seul.

La dissolution du groupement entraîne automatiquement sa liquidation ; cependant, la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation. Les conditions dans lesquelles s'effectuera la liquidation sont fixées librement dans le contrat ; à défaut, un liquidateur est nommé par l'assemblée des membres du groupement ou, si l'assemblée n'a pu procéder à cette nomination, par décision de justice.

Après paiement des dettes, l'excédent d'actif est réparti entre les membres dans les conditions prévues par le contrat et au cas où le contrat n'a rien prévu, la répartition est faite par parts égales.

Une publicité doit également être effectuée au registre du commerce, comme en matière de sociétés.

Cela étant, le groupement devrait intéresser les entreprises désirant se développer, par les aspects positifs nombreux qu'il présente.

B. Les aspects positifs du groupement

Cette nouvelle forme de personne morale paraît vouée au succès, grâce à la souplesse de sa structure et à la plénitude de sa personnalité. En fait, les groupements ne se constituent pas au départ, du néant entre personnes physiques sans entreprises ; ce sont des structures d'entreprises déjà créées et fonctionnant depuis un certain temps. La création du groupement qui va les lier répond précisément à leur souci de concentrer leurs efforts sans perdre pour autant leur individualité.

Nous savons que les entreprises ont à leur disposition un éventail de solutions juridiques : en dehors de la fusion ou de l'absorption de sociétés, elles disposent en effet de la formule du contrat simple de *collaboration*, de la *filiale commune* ou *joint venture* et du **groupement**. C'est que les pouvoirs publics voulaient renforcer les capacités de nos entreprises, en les invitant notamment à fusionner ou, du moins, à coopérer et dans cet esprit, ils ont cherché à fournir, dans le Code de commerce modifié, aux entreprises désireuses de conserver leur individualité et leur autonomie, le moyen de mettre en commun certaines de leurs activités.

Cette mise en commun, semble-t-il, ne trouve un cadre juridique approprié, ni dans la forme de la société traditionnelle, ni dans celle de l'association ; en effet, les formalités de constitution et les règles de fonctionnement de la première sont assez rigides et son but ne peut être, en principe, que la recherche et le partage des bénéfices ou la mise en commun de moyens économiques, tandis que la seconde ne leur procure pas l'avantage de la pleine capacité. D'où la nécessité d'offrir aux activités économiques, entre la société et l'association, un cadre juridique intermédiaire, que l'on baptisa **groupement**, pour éviter sans doute le vocable de société tout en marquant que ce groupement n'avait pas, comme l'association, un caractère tout à fait désintéressé.

Certes, les entreprises pourront hésiter, à cause de l'étroitesse de l'objet du groupement et surtout de la solidarité de ses membres à l'égard des dettes du groupement, puisque cette mesure renforce plutôt son crédit, les créanciers étant protégés au mieux de leurs intérêts.

Sous cette réserve, le groupement présente des avantages certains que procure sa grande liberté de constitution, pour laquelle aucune condition restrictive n'est posée. Le groupement, ayant une durée déterminée, n'est pas une fin en soi ; il n'est que le moyen économique de développer, d'améliorer des activités préexistantes, activités sociales d'entreprises.

Ensuite, le groupement qui ne requiert pas la formation d'un capital ne suppose donc aucun apport ; bien entendu, il peut y en avoir et il y aura nécessairement au moins des apports en industrie de part et d'autre. Sous cet angle, le groupement est parfaitement approprié pour le **transfert de technologie**. En principe, il y aura même fréquemment des apports en numéraire pour alimenter la trésorerie du groupement et des apports en nature pour son installation matérielle, mais ces apports ne prennent pas l'allure d'apports en société ; si, par exemple, il s'agit d'apports en nature, ils ne seront soumis à aucune procédure de vérification (pas de commissaire aux apports prévu par les textes) et s'il y a des promesses d'apports en numéraire, aucun versement minimum initial ne sera requis.

Toujours est-il qu'il convient de ne pas confondre cette forme sociale qu'est le groupement avec le groupe de sociétés : il y a groupe de sociétés, groupe sociétaire, lorsqu'une société en contrôle une autre. Il y a encore groupe de sociétés, groupe personnel, lorsqu'une personne physique contrôle plusieurs sociétés. Le contrôle se manifeste de diverses manières :

- détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote ;
- désignation de la majorité des membres des organes d'administration ;
- faculté d'exercer une influence dominante sur le destin de la société dominée.

La *domination* est le mot clé en matière de groupe : une société (ou une personne) dominante d'un côté, une société dominée de l'autre, telle est la figure de base du groupe de sociétés. Le groupe a été assimilé à une *famille* comprenant des filles, les sociétés **filiales**, et des mères, qualifiées de **sociétés mères** ou de sociétés « **holding** ». Les investisseurs sont enclins à échapper aux contraintes du droit classique pour se placer sous d'autres régimes mieux adaptés à leurs besoins, par exemple en mettant précisément en place une société mère (holding) au sein d'un groupe d'entreprises ou de créer carrément une filiale commune (joint-venture) à deux ou plusieurs entreprises.

Dans le groupement par contre, le critère est l'*égalité* des membres adhérents, ayant essentiellement pour objectif la **coopération**. D'ailleurs, comme autres structures de coopération regroupant exclusivement soit des personnes physiques soit des entreprises publiques économiques (EPE), le législateur a prévu la société en participation et le groupement économique d'intérêt commun, avec cette particularité que ces deux structures sont dépourvues de la personnalité morale.

Section 2. Les sociétés non immatriculées dépourvues de la personnalité morale

Afin d'encourager la coopération économique et le partenariat, d'abord entre entreprises nationales compte tenu du tissu industriel presque exclusivement composé par le secteur public, ensuite avec des étrangers pour les personnes physiques, le législateur avait introduit une première loi n°88-01 du 12 janvier 1988 qui a institué les groupements économiques d'intérêt commun et l'article 795 bis 1 nouveau du Code de commerce créant la société en participation.

§1. Les groupements économiques d'intérêt commun (GEIC)

L'article 33 de la loi précitée de 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques définit le GEIC comme un organisme constitué par deux ou plusieurs entreprises publiques économiques (EPE) pour la réalisation d'intérêts communs.

La constitution d'un tel groupement est simple ; aucune condition restrictive n'est posée par la loi. Il est à noter que le deuxième paragraphe de l'article 33, tel qu'il est rédigé, est en contradiction avec l'article 799 bis nouveau du Code de commerce, dans la mesure où celui-ci reconnaît la « *personnalité morale* » du groupement de sociétés de droit privé, tandis que l'article 39 de la loi n° 88-04 du 12 janvier 1988 (complétant la loi 88-01 et fixant les règles particulières applicables aux EPE) ne dote pas le GEIC de cette même personnalité. Le législateur gagnerait donc à harmoniser l'ensemble de ces textes, pour plus de clarté au plan juridique et d'efficacité au plan économique.

Sous cette remarque, le groupement est créé pour « mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité ».

Le groupement donnera lieu à la rédaction d'un contrat écrit en la forme requise par la loi et soumis à publicité. Ce contrat va déterminer les conditions et l'objet du groupement, l'organiser. On peut rappeler que le groupement d'intérêt commun, comme tout autre groupement, n'a pas de fin propre ; il est un moyen de développer des activités préexistantes, celles des EPE qui le composent. D'ailleurs, tout établissement public peut, par la suite, y adhérer, selon l'article 33 précité.

Le groupement ne requiert pas la formation d'un capital et ne suppose donc aucun apport ; bien sûr, il peut y en avoir, mais la loi ne l'exige pas pour la constitution du GEIC. Par contre, ce groupement ne possédant pas de personnalité morale, ses membres ne répondent qu'envers les tiers avec lesquels ils ont personnellement contracté. En d'autres termes, on ne retrouve pas ici la solidarité imposée par l'article 799 bis 1 nouveau du Code de commerce aux membres du groupement économique des sociétés commerciales. Cette absence de personnalité morale est l'une des caractéristiques d'une autre forme sociale créée par le législateur, lors de la réforme de 1993, la **société en participation**.

§2. La société en participation

La société en participation, mettant en présence des **personnes physiques** désireuses de réaliser des opérations commerciales, se rapproche du groupement par certains de ses éléments caractéristiques, qui la rendent aux yeux de la plupart des entrepreneurs, attrayante.

A. Eléments caractéristiques

La société en participation occupe une place particulière dans la mesure où elle n'est pas immatriculée au registre du commerce. Elle n'est donc pas une personne juridique, ne produisant effet qu'entre les parties contractantes ; elle ne se révèle pas aux tiers. C'est pourquoi elle n'est soumise à aucune exigence de forme ni de publicité (article 795 bis 2 du Code de commerce).

Cette absence de formalité est l'un des éléments caractéristiques essentiels de la société en participation. Mais, en pratique, pour éviter les conflits entre associés pouvant résulter de simples conventions verbales, on ne manque pas de recommander aux participants de rédiger un écrit. Cet acte doit permettre de fixer clairement les droits et obligations des associés ; en outre, la société en participation doit être déclarée à l'administration fiscale afin que soient perçus les droits d'enregistrement (ce qui atténue quelque peu son caractère occulte). Néanmoins, cette déclaration ne lui fait pas perdre pour autant, au plan juridique, son caractère occulte vis-à-vis des tiers. Pour l'imposition de leurs bénéfices, les sociétés en participation sont de plein droit soumises au régime des sociétés de personnes. Même à défaut d'option pour le régime des sociétés de capitaux, elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés pour la fraction de leurs bénéfices correspondant aux droits des associés dont l'identité n'a pas été révélée à l'administration ou dont la responsabilité n'est pas indéfinie.

Du fait que la société en participation n'a pas la personnalité morale, il serait convenable de déterminer quels sont exactement les engagements des associés participants.

1°) Les rapports des associés en participation :

Ils doivent être envisagés à trois stades :

- entre eux-mêmes ;
- avec la société ;
- à l'égard des tiers.
- **Des engagements des associés entre eux**, d'abord : les associés ont à la fois des devoirs et des droits :

- **les devoirs des associés** : étant donné que la participation est une société, chacun des associés est tenu de faire un apport, soit en numéraire, soit en nature (biens ou équipement), soit même en industrie (services). Mais, comme la société n'a pas la personnalité morale, les associés sont libres d'opter soit pour la mise de leurs apports en indivision soit pour la conservation de leur propriété individuellement, en laissant la jouissance à leur mandataire commun ;
- **les droits des associés** : étant donné que la société en participation n'a pas de patrimoine social, chaque associé reste en principe propriétaire des biens qu'il met à sa disposition ; ainsi, chacun des associés a droit à la restitution de son apport, à la dissolution de la société, si cet apport n'a pas été bien sûr absorbé par les pertes sociales. De même, chacun des associés a droit à la rémunération de sa mise, si la société est en état de distribuer des dividendes. Mais, comme la participation est dépourvue de personnalité morale (juridique), les associés sont libres d'organiser leurs droits comme ils l'entendent (voir article 795 bis 3 C.com). En particulier, ils peuvent soit gérer eux-mêmes leur société, ensemble ou séparément, soit en confier la gestion à un tiers ou à l'un d'entre eux. Dans les relations entre coassociés, rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que l'un d'eux ait la qualité de *mandataire* ; toutefois, s'il se rend coupable d'un détournement, il pourra être condamné pour abus de confiance, sur le fondement de l'article 376 du Code pénal. Toujours est-il qu'à défaut d'une organisation prévue au contrat, les rapports des associés entre eux sont régis, en tant que de raison, par les règles applicables aux S.N.C.
- **Des engagements des associés avec la société**, ensuite : chaque participant, comme tout associé, a le droit de suivre la gestion de la société et de participer aux délibérations sociales. Il doit être informé de l'évolution des affaires de la société, il contrôle la gestion du gérant. Le participant a, bien entendu, vocation aux bénéfices et doit contribuer aux pertes, à l'instar de toutes les autres sociétés ; les associés ont, il est vrai, une grande liberté pour fixer cette répartition, la seule limite résidant dans l'interdiction de prévoir une clause léonine (article 795 bis 5). Par ailleurs, si le participant veut céder ses droits sociaux, il semble bien que l'unanimité soit logiquement requise, sauf disposition statutaire contraire, compte tenu de l'importance de l'*intuitus personae* dans la société en participation.
- **Des engagements des associés à l'égard des tiers**, enfin : normalement, les tiers traitent avec l'associé « gérant » et ne connaissent pas les participants occultes (dont l'identité n'a pas été révélée). Et comme la participation n'est pas une personne morale, chaque associé en principe, même gérant, contracte *en son nom personnel* et il est seul engagé à l'égard des tiers (article 795 bis 4) ; et ce, même dans l'hypothèse où il leur révélerait les noms des autres associés sans leur accord. Par contre, s'il agit ainsi avec l'accord des autres participants, la société en participation perd son caractère occulte et devient ostensible ; dès lors, il est permis de penser que chacun des associés sera tenu à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité (on se retrouve dans la situation des associés en nom). C'est notamment le cas lorsque les associés ont mis leurs apports en indivision. En d'autres termes, la société en participation ne peut pas être tenue en tant que telle des actes passés par un associé, même en cas de révélation aux tiers de la participation. Il s'ensuit que, ne pouvant être en état de cessation de paiement faute de patrimoine, elle ne saurait être mise en liquidation judiciaire. D'un autre côté, elle ne peut pas ester en justice ni faire l'objet d'une condamnation : c'est là une conséquence logique de l'absence de personnalité morale de la société en participation, qui demeure tout de même soumise aux règles relatives à la dissolution, une des causes mettant fin à son existence.

2°) Les causes mettant fin à la participation :

La société en participation peut être conçue, en fonction des objectifs économiques à atteindre, pour vivre plusieurs années ou pour ne durer que le temps d'une simple opération à mener à court terme. Son caractère occulte l'y autorise précisément. Une fois le but réalisé, les participants ont le choix entre la dissolution de leur société ou sa liquidation.

- **Dissolution de la société en participation :** quoiqu'elle ne soit pas prévue expressément par les textes, elle se caractérise par sa simplicité. La société en participation est en principe soumise aux mêmes causes de dissolution que la S.N.C, communes en fait à toutes les sociétés, telles notamment l'arrivée du *terme* arrêté par le contrat constitutif, la *réalisation* ou l'*extinction de l'objet social*, l'*annulation* du contrat de société ou encore la *décision des participants*. Le caractère occulte de la société en participation fait que sa dissolution n'a pas à être publiée.
- **Liquidation et partage :** il n'y a pas à proprement parler de liquidation de la société en participation, puisqu'il n'a ni actif ni passif sociaux distincts des patrimoines personnels des participants. En réalité, il n'y a lieu qu'à un *règlement de comptes* entre les associés, les comptes étant en général arrêtés par le gérant. Les rapports entre associés sont, nous l'avons dit, régis par les dispositions applicables aux S.N.C, à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue ; chaque associé a donc droit, après paiement des dettes, au remboursement de ses apports et à une part de l'actif subsistant, proportionnelle à ses apports. Si le bien apporté a fait l'objet d'une plus-value, celle-ci profite uniquement à l'apporteur. Et, pour éviter cette conséquence fâcheuse pour l'autre associé, le plus simple est que les associés prennent la précaution de prévoir dans les statuts les modalités de répartition des plus-values ; il doit être tenu compte, en principe, dans le cadre de cette liquidation et lors de la reprise par chacun des participants, de ses apports personnels en nature, de la plus-value résultant pour ces apports de l'activité des autres associés, ainsi que des investissements et équipements particuliers dont ils ont bénéficié. De telles clauses rendraient la participation encore plus attrayante à des personnes recherchant avant tout la discrétion.

B. Les attraits de la participation

La société en participation présente un grand intérêt pour les personnes physiques qui ne désirent pas révéler aux tiers leur association, et parfois tenter d'échapper aux rigueurs du droit de la concurrence. En tout état de cause, cette forme sociale est volontiers utilisée par les entrepreneurs (personnes physiques) qui souhaitent bénéficier de la simplicité et de la souplesse de relations uniquement contractuelles, sans les contraintes qu'impose l'existence d'une personnalité juridique. Néanmoins, l'absence de personnalité morale peut apparaître, à certains égards, un handicap par les conséquences qu'elle entraîne.

1°) Les conséquences du défaut de personnalité morale :

N'étant pas soumise à immatriculation, la société en participation est dépourvue de la personnalité morale, ce qui ne facilite pas les opérations inscrites dans le long terme. En effet, sans personnalité juridique, la société en participation n'a pas de patrimoine propre et ne peut souscrire des engagements. L'associé-gérant, seul connu des tiers, peut manquer de surface financière pour s'assurer leur confiance lors d'opérations risquées et onéreuses.

En outre, le défaut de rédaction d'un pacte social entre les participants peut être une source de conflit, même entre personnes qui se connaissent bien et s'appréciaient au jour de la formation de la société. Mais surtout, ce qui risque de décourager les entrepreneurs,

c'est la règle selon laquelle chaque associé en participation est indéfiniment responsable de ses propres engagements à l'égard des tiers. Toutefois, il faut reconnaître qu'un tel risque normal dans le monde des affaires est largement compensé par les atouts certains qu'offre la société en participation.

2°) Les atouts de la participation :

L'absence de formalité fait de cette forme sociale une structure légère et peu coûteuse. Etant soumise à la liberté contractuelle, la société en participation laisse à ses membres adhérents toute latitude dans l'aménagement de leurs relations. Ainsi, en raison de l'absence de formalisme, de la souplesse de fonctionnement et de la diversité possible de son objet, le cadre juridique de la société en participation est souvent utilisé principalement dans trois domaines :

- **En matière de coopération interentreprises** pour l'élaboration de *programmes de recherche* ou la *protection de certains marchés*. Le recours à la participation est également fréquent dans les *transports*, les *assurances*, les *travaux publics* (adjudication de marchés importants, réalisation de grands chantiers), voire même le domaine cinématographique (coproduction de films) ou la gestion de « *pools d'investissements* » constitués entre propriétaires de certains biens mobiliers (wagons-lits, matériels de chantiers, conteneurs). Cette association pour des opérations industrielles ou commerciales est particulièrement recommandée dans le cadre des relations économiques internationales ; elle est même confortée par l'intérêt que peut présenter alors, exceptionnellement, l'absence de personnalité morale (on évite de la sorte l'écueil de la nationalité de la société et celui de sa raison sociale).

CHAPITRE II.- LES SOCIETES A RISQUES LIMITES

Elles sont ainsi définies car les associés ne supportent les pertes sociales qu'à hauteur de leur mise. Elles ne sont pas fondamentalement constituées « *intuitu personae* » ; ce qui compte, ce n'est pas la personne de l'associé, c'est plutôt le **montant** de son apport à la société.

L'on distingue à cet égard deux catégories de sociétés :

- d'une part, les sociétés de capitaux par excellence, telles les sociétés par actions ;
- d'autre part, les sociétés dites hybrides, telles la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée, avec comme variante l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

Examinons-les tour à tour.

Section 1. Les sociétés de capitaux par excellence : les sociétés par actions

Parmi toutes les formes sociales, la société par actions (Spa) est de loin la plus élaborée : le législateur en modifiant le Code de commerce en 1993 lui a consacré 257 articles (articles 592 à 715 bis 132). Tout le monde s'accorde à dire que ce type de société est mis par les pouvoirs publics à la disposition des personnes disposant de capitaux importants ou étant susceptibles de les réunir en vue d'investissements conséquents pour la relance économique du pays. En effet, le rôle pris par cette société dans le monde moderne des affaires tient d'abord à des considérations économiques : il est évident que cette forme sociale est un remarquable instrument de mobilisation des capitaux, spécialement lorsqu'elle fait appel public à l'épargne et que les valeurs mobilières qu'elle émet (actions, obligations et autres titres participatifs) sont cotées en bourse.

§1. Structures et organes de la société par actions

La société par actions devant comprendre septembre actionnaires au minimum (article 592 alinéa 2 C.com), la loi régit minutieusement son organisation et son fonctionnement ; elle insère, en effet, les droits et les obligations des associés, comme le statut et les pouvoirs des dirigeants, dans un cadre rigide qui laisse peu de place aux aménagements statutaires. Ainsi, la convocation de l'assemblée générale des actionnaires, son déroulement, ses compétences, de même la composition des différents organes de direction de la société, leurs attributions, leur mode de délibération sont exclusivement organisés et définis par des dispositions légales et réglementaires. Ces dispositions sont d'ordre public et les associés ne peuvent donc convenir de les modifier ou de les adapter.

Cette rigidité, ce caractère d'ordre public du régime juridique de la société par actions dans notre droit positif, résultent pour l'essentiel du souci du législateur de protéger les actionnaires minoritaires. Ce formalisme est quelque peu justifié, car il risque d'exister, du moins dans les grandes sociétés, une différence de puissance considérable entre les actionnaires majoritaires et les dirigeants, d'un côté, et les petits actionnaires dispersés dans le public, de l'autre.

C'est dès lors à la loi qu'il revient de fixer des règles impératives, relatives à la constitution et au fonctionnement de la société par actions, propres à prévenir tout abus et, autant qu'il est possible, à maintenir ou à rétablir un équilibre entre des intérêts quelquefois opposés.

A. La constitution de la société par actions

Le Code de commerce réformé distingue nettement deux procédés de constitution, en donnant pour critère *l'appel public à l'épargne* ou le *défaut d'appel public à l'épargne*. Dans le premier cas, les actions sont offertes au public des épargnants en vue de leur souscription, la fondation peut prendre plusieurs mois. Dans le second cas, toutes les actions sont souscrites par les premiers associés qui signent les statuts et les formalités exigées sont simplifiées parce que ces premiers associés ont moins besoin d'être protégés que des souscripteurs qui sont souvent de simples épargnants.

Bien que la constitution sans appel public à l'épargne demeurera chez nous encore pour longtemps le procédé le plus fréquent, les dispositions nouvelles du code règlementent à titre principal la constitution avec appel public à l'épargne et ne traite de l'autre procédé qu'essentiellement par voie de renvoi.

1°) Constitution avec appel public à l'épargne :

Comme il s'agit de réunir un grand nombre d'actionnaires et des capitaux importants, la constitution va être longue et(nécessiter de nombreuses opérations, règlementées de façon minutieuse qui, chronologiquement, sont les suivantes :

- Un **projet de statut** est établi et signé par un ou plusieurs fondateurs, par-devant le notaire ; un exemplaire est déposé au Centre national du registre du commerce (article 595 C.com) :
- Une **notice**, signée des fondateurs, doit sous leur responsabilité faire l'objet d'une publicité (article 595 alinéa 2) ; les indications qu'elle contient doivent permettre à tout souscripteur d'être renseigné sur les principales caractéristiques de la société ;
- Une fois ces formalités remplies, sans lesquelles aucune souscription ne peut être reçue (article 595 alinéa 3), on en vient alors à la phase de **formation du capital social**. Celui-ci doit atteindre au moins cinq (05) millions de dinars (article 594) ; les apporteurs de numéraires doivent signer eux-mêmes un bulletin de souscription indiquant le nombre de titres souscrits. A l'appui de sa souscription, le futur actionnaire doit libérer la fraction du montant nominal des actions à verser immédiatement, lequel ne peut être inférieur à un quart (article 596) ;
- Les souscriptions et les versements sont constatés par une **déclaration notariée** (article 599), laquelle est établie sur présentation des bulletins de souscription ;
- **L'assemblée générale constitutive** est convoquée par les fondateurs après la déclaration de souscriptions et de versements ; cette assemblée commence par constater que le capital est entièrement souscrit et que les actions sont libérées du montant exigible. Elle se prononce sur l'adoption des statuts, qui ne pourraient être modifiés qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs, puis elle procède à la nomination des premiers administrateurs (ou membres du conseil de surveillance) et désigne un ou plusieurs commissaires aux comptes qui peuvent immédiatement accepter leurs fonctions (article 600) ;
- En cas d'**apport en nature**, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice à la demande d'un ou plusieurs fondateurs (article 601). Si l'assemblée générale constitutive veut réduire l'évaluation des apports, elle doit statuer à l'unanimité de tous les souscripteurs (article 601 alinéa 3) ; et à défaut d'approbation expresse des intéressés, mentionnée au procès-verbal, la société ne serait pas constituée (article 601 alinéa 4).
- Il convient ensuite de procéder aux formalités de **publicité**, à l'**immatriculation** et au **retrait des fonds**, comme en cas de constitution sans appel public à l'épargne. En effet, l'immatriculation est un acte particulièrement important puisqu'elle confère à la société sa pleine capacité juridique, en ce sens qu'elle va jouir désormais de la personnalité morale. Les fondateurs sont libérés des obligations résultant des actes conclus pour le compte de la société en formation et les fonds correspondant aux apports en nature peuvent être débloqués.

En cas de retard dans la constitution, tout souscripteur peut, six mois après le dépôt du projet de statut au Centre national du registre du commerce, demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour leur restitution aux souscripteurs, sous déduction des frais de répartition (article 604 alinéa 2 C. com.).

La lourdeur et la complexité des opérations nécessaires à la constitution d'une société par actions faisant appel public à l'épargne risquent de décourager les investisseurs. Plus pratique semble être le deuxième mode de constitution, sans recours public à l'épargne.

2°) Constitution sans appel public à l'épargne :

L'une des meilleures réformes opérées par le Décret législatif de 1993 modifiant et complétant le Code de commerce a été de prévoir des formalités simplifiées, lorsqu'il y a constitution sans appel public à l'épargne.

Dans ce cas, il n'y a lieu :

- ni à dépôt du projet des statuts au Centre national du registre du commerce ;

- ni à publication d'une notice, toute autre publicité préalable étant d'ailleurs exclue par définition, puisqu'il n'y a pas appel *public* à l'épargne ;
- ni à la signature d'un bulletin de souscription ;
- ni à la réunion d'une assemblée constitutive.

En revanche, demeurent applicables :

- les règles concernant la souscription intégrale du capital social et la libération des actions (totale pour les actions d'apport, $\frac{1}{4}$ au moins pour les actions de numéraire ;
- les règles relatives au dépôt des fonds et de la liste des actionnaires chez un notaire, ou une institution financière légalement habilitée (comme une banque, par exemple) ;
- celles concernant la déclaration notariée de souscription et de versements.

Pour les apports en nature et les avantages particuliers, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par le président du tribunal, dans les conditions indiquées pour la constitution avec appel public à l'épargne.

Un état des actes faits par les fondateurs pendant la période de constitution pour le compte de la société, avec les engagements susceptibles de résulter de chacun d'eux pour la société, est tenu à la disposition des futurs actionnaires au siège social et devra demeurer annexé aux statuts.

Les statuts doivent être signés par chacun des futurs actionnaires (ou par leur mandataire muni d'un pouvoir spécial), après rédaction de la déclaration notariée de versements (article 608) ; les statuts feront l'objet d'un **acte notarié**, conformément à l'article 545 du Code de commerce.

Les premiers administrateurs (ou membres du conseil de surveillance) ainsi que les premiers commissaires aux comptes doivent être désignés dans les statuts (article 609).

Si la société n'est pas constituée dans les six mois de la date à laquelle un futur associé a versé les fonds correspondant aux actions qu'il a souscrites, celui-ci peut demander la restitution de ses fonds.

Comme nous le constatons, le législateur a nettement simplifié la constitution des sociétés par actions (Spa) sans appel public à l'épargne. La solution se justifie sans doute par l'idée que les premiers associés, qui doivent tous signer les statuts, sont des personnes suffisamment averties pour s'informer et se protéger. Mais cette simplification au niveau de la constitution s'efface devant la lourdeur de l'administration des sociétés par actions, qu'elles fassent ou non appel public à l'épargne.

B. L'administration des sociétés par actions

L'administration des Spa se distingue très nettement de celle des autres types de sociétés.

Au lieu d'un ou plusieurs gérants contrôlés directement par les associés, la société par actions se caractérise par les traits suivants :

- la multiplicité des organes d'administration, d'une part ;
- la complexité des contrôles de la société, d'autre part.

1°) La multiplicité des organes d'administration :

Dans le système classique conservé par le Code de commerce réformé, l'administration se répartit entre

- l'*assemblée générale ordinaire* des actionnaires,
- le *conseil d'administration*,
- le *président du conseil d'administration* ou le *directeur général*.

Dans le nouveau système d'administration qui a été admis par les nouvelles dispositions législatives, à titre d'*option facultative* et qui s'inspire du droit français des sociétés, on trouve :

- l'assemblée générale ordinaire des actionnaires,
- le conseil de surveillance,
- le directoire et son président.

On va examiner tour à tour le système traditionnel du conseil d'administration et le nouveau système du conseil de surveillance et du directoire.

a) Le système traditionnel du conseil d'administration :

Ce système donne des prérogatives à un président au sein du conseil d'administration, de la manière suivante :

*** Le conseil d'administration :** c'est l'organe d'administration de la société. Quels sont sa composition, son fonctionnement et ses attributions ?

Sa composition d'abord : le conseil d'administration est composé de trois membres au moins et de douze au plus (article 610 C. com.) ; entre ces limites, les statuts fixent le nombre des administrateurs ou laissent à l'assemblée générale ordinaire une certaine liberté pour le fixer. En cas de *fusion de sociétés*, le nombre des administrateurs peut être porté provisoirement jusqu'au nombre total des administrateurs des sociétés fusionnantes en exercice depuis plus de six mois, avec un maximum de vingt quatre (24), ce qui évite d'avoir à faire un choix délicat entre ces administrateurs, mais ceux qui décèdent, démissionnent ou sont révoqués ne sont pas remplacés tant qu'on n'est pas revenu au chiffre plafond de douze (12), à moins de nouvelle fusion (article 610 alinéa 3).

Ensuite, le conseil est convoqué par son président ; pour délibérer, il faut que la moitié au moins du nombre des administrateurs soient présents (article 626). Chaque administrateur dispose en principe d'une voix. La majorité est la majorité des membres présents (moitié des voix plus une), à moins que les statuts n'exigent une majorité plus forte ; en cas de partage des voix, celle du président est prépondérante, sauf clause contraire des statuts (article 626 alinéa 4 C.com.).

Enfin, en ce qui concerne les attributions, le conseil d'administration a « les pouvoirs de gestion les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société », à la double condition de ne pas dépasser les limites de l'objet social fixé dans les statuts et de ne pas empiéter sur les pouvoirs attribués expressément par la loi aux assemblées d'actionnaires (par exemple, approbation des comptes annuels et affectation des bénéfices, émission d'obligations, nomination et révocation des administrateurs et des commissaires aux comptes et *a fortiori*, modification des statuts). Sans doute, les statuts peuvent continuer à retirer certains pouvoirs au conseil d'administration pour les donner notamment à l'assemblée générale, particulièrement en ce qui concerne certains actes graves tels qu'emprunts à long terme, ventes d'immeubles ou de fonds de commerce, hypothèque, etc...Mais ces restrictions statutaires sont inopposables aux tiers (article 623 alinéa 2). On retrouve là le souci du législateur de protéger les tiers contre certains excès de pouvoir ; si le conseil d'administration a pris une décision contraire à ces restrictions statutaires, la société n'en est pas moins obligée à l'égard des tiers avec qui le contrat a été passé, à moins qu'il ne soit prouvé que le tiers avait connaissance d'un tel dépassement (article 623 alinéa 1^{er}).

Le conseil d'administration a d'autres attributions, comme celle de déplacer le siège social dans la même ville (article 625), ou d'élire parmi ses membres un président, nécessairement personne physique (article 635), ou encore d'autoriser les cautions, avals ou garanties pour le compte de la société (article 624) ; il peut donner cette autorisation au président ou au directeur général, à l'avance, dans la limite d'un maximum global ou d'un maximum pour chaque garantie. Cette autorisation préalable n'a même pas à comporter de maximum s'il s'agit de garanties à donner aux administrations fiscale et douanière. A son tour, le président ou le directeur général peut déléguer ses pouvoirs à un autre directeur. Néanmoins, l'ensemble

de ces autorisations et des pouvoirs accordés par le conseil d'administration doit faire l'objet d'une publicité au Bulletin d'annonces légales obligatoires (B.A.L.O).

- **Le statut individuel des administrateurs** : la désignation des administrateurs requiert un certain nombre de conditions :
 - 1^{ère} condition : l'administrateur doit nécessairement être **actionnaire**. Le nombre minimum d'actions dont il doit être personnellement propriétaire est fixé par les statuts (article 619) ; il ne peut pas être inférieur au nombre d'actions qui est exigé par les statuts pour avoir accès à l'assemblée générale ordinaire. Ces actions, correspondant au nombre minimum statutaire, sont appelées des « **actions de garantie** » et sont affectées à la garantie de tous les actes de gestion auxquels participe l'administrateur, même de ceux qui lui seraient exclusivement personnels (par exemple, s'il est président-directeur général) ; ces actions de garantie sont *nominatives* et *inaliénables*. L'administrateur (ou ses héritiers) n'en reprend la libre disponibilité qu'après l'approbation par l'assemblée générale ordinaire des comptes du dernier exercice correspondant à sa gestion. Si l'administrateur cesse de remplir cette condition légale, il est considéré comme démissionnaire d'office, au cas où il n'a pas régularisé sa situation dans un délai de trois mois (article 619 alinéa 3) ; et les commissaires aux comptes doivent veiller à la stricte application de ces dispositions et dénoncer toute violation dans leur rapport annuel à l'assemblée générale ordinaire (article 621). Ces règles ont pour but de permettre à la société de se payer sur les actions de garantie au cas où un administrateur lui devrait certaines sommes, notamment des dommages et intérêts pour faute de gestion.
 - 2^{ème} condition : l'administrateur peut être une personne morale (article 612 alinéa 2) ; mais, dans ce cas, la personne morale administrateur désigne, pour toute la durée de son mandat, un « *représentant permanent* » qui doit être une personne physique. Si elle révoque ce représentant permanent, elle doit pourvoir à son remplacement immédiatement et notifier à la société l'identité du nouveau représentant ; ce représentant permanent est soumis aux mêmes conditions et obligations et il encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, ce qui n'exclut d'ailleurs pas la responsabilité solidaire de la personne morale administrateur qu'il représente (article 612 alinéa 2).
 - 3^{ème} condition : l'administrateur n'a pas, en tant que tel, la qualité de commerçant, puisqu'il ne fait pas le commerce pour son compte personnel ; théoriquement, il n'a pas besoin d'avoir la capacité commerciale. Néanmoins, la plupart des textes qui établissent des incompatibilités, des déchéances ou des interdictions s'opposant à l'exercice du commerce, prévoient également qu'elles s'opposent aux fonctions d'administrateur de Spa : ainsi en est-il des notaires et autres officiers ministériels (huissiers de justice, commissaires-priseurs), des avocats, des fonctionnaires, des commissaires aux comptes qui ne peuvent exercer cette fonction.
 - 4^{ème} condition : la nationalité algérienne n'est pas exigée des administrateurs ; en conséquence, rien n'empêche une personne de nationalité étrangère de remplir ces fonctions, à moins que les statuts ne l'exigent de manière expresse.
 - 5^{ème} condition : une même personne physique ne peut pas occuper plus de cinq postes d'administrateur dans des sociétés par actions dont le siège social est en Algérie (article 612 alinéa 1), sinon la nomination est nulle (article 614) et l'intéressé devra restituer les rémunérations qu'il a touchées ; mais les délibérations du conseil d'administration auxquelles il a pris part demeurent valables. Cette mesure a pour but évident d'éviter la « professionnalisation » des fonctions d'administrateur en même temps qu'un manque d'activité de la part de personnes ayant des fonctions trop

nombreuses ; elle ne joue pas pour les représentants permanents de personnes morales administrateurs, ni pour ces personnes morales elles-mêmes (article 612 alinéa 2).

- 6^{ème} condition : un salarié, actionnaire dans la société, ne peut être désigné administrateur que si son contrat de travail est antérieur d'une année au moins à sa nomination et correspond à un emploi effectif (article 615) ; si ces conditions sont remplies, il conserve le bénéfice de ce contrat de travail, sinon sa nomination est nulle.

Mais les décisions du conseil prises avec sa participation demeurent valables.

* **Désignation des administrateurs** : au commencement de la société, les administrateurs sont désignés pour six ans au maximum par l'assemblée générale constitutive (ou par l'assemblée générale ordinaire), conformément à l'article 611 du Code de commerce. En cas de vacance d'un poste d'administrateur au cours de la vie sociale, la nomination relève en principe de la compétence de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. Cependant, si la vacance se produit entre deux assemblées (par exemple, en cas de décès ou de démission d'un administrateur), le conseil d'administration peut nommer un remplaçant à titre provisoire et cette nomination doit être ratifiée par la plus prochaine assemblée générale ordinaire ; le défaut de ratification n'entraîne pas la nullité des délibérations du conseil auquel l'administrateur a pris part, ni des actes de gestion faits par lui. Cette nomination provisoire est même obligatoire pour le conseil d'administration, si la vacance faisait abaisser le nombre des administrateurs au dessous du nombre minimum prévu par les statuts ; elle doit intervenir dans les trois mois de la vacance (articles 617 et 618). Il peut aussi se faire que la vacance réduise le nombre des administrateurs au dessous du minimum légal de trois membres ; dans ce cas, le conseil ne peut plus délibérer valablement et ne peut donc plus nommer, même provisoirement, un autre administrateur. Les deux administrateurs (ou l'administrateur unique) restants doivent alors convoquer l'assemblée générale ordinaire pour compléter le conseil d'administration, tel que prévu par les statuts.

Si, dans l'une ou l'autre de ces diverses hypothèses, le conseil négligeait de nommer provisoirement un administrateur ou de convoquer l'assemblée, tout intéressé pourrait faire désigner par voie de justice un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale, à l'effet de procéder aux nominations ou de ratifier les nominations provisoires (article 618 *in fine*). Les administrateurs ainsi désignés le sont pour une durée maximale de six ans ; ils sont rééligibles. Mais ils peuvent également être révoqués à tout moment et discrétionnairement par l'assemblée générale ordinaire (article 613) : on dit qu'ils sont révocables *ad nutum*, sans qu'il soit besoin de justifier d'une faute quelconque commise par eux ; il suffit qu'ils ne plaisent plus à la majorité des actionnaires. L'article 627 du code de commerce impose aux administrateurs et de façon générale à toutes personnes appelées à assister aux séances du conseil d'administration, une obligation de discrétion pour les informations qui présentent un caractère confidentiel et qui sont présentées comme telles par le président du conseil. Aucune sanction n'est d'ailleurs prévue et celle de violation de secret professionnel ne semble pas applicable.

Enfin, en ce qui concerne leurs rémunérations, les administrateurs ne peuvent pas recevoir d'autres rémunérations, permanentes ou non, que celles prévues par la loi. Toute décision contraire (des statuts, de l'assemblée générale ou du conseil) est nulle (article 631). Les rémunérations ordinaires des administrateurs consistent dans les *jetons de présence* et les *tantièmes* (article 632). Les jetons de présence sont une somme fixe, qui est déterminée chaque année par l'assemblée générale ordinaire et qui est prélevée sur les charges d'exploitation : elle ne suppose donc pas que la société ait réalisé des bénéfices. Tandis que les tantièmes, eux, sont formés par un prélèvement sur les bénéfices annuels distribuables : le versement des tantièmes est subordonné à la mise en paiement des dividendes aux actionnaires (article 727) ; d'autre part, le montant des tantièmes ne peut excéder le dixième

du bénéfice distribuable, c'est-à-dire du bénéfice apparaissant après déduction des réserves obligatoires ou facultatives constituées en exécution d'une délibération de l'assemblée générale et des sommes reportées à nouveau sur l'exercice suivant (article 728). En outre, le conseil d'administration peut allouer des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats particuliers confiés aux administrateurs (article 633) ; il peut aussi autoriser le remboursement des frais de voyage et de déplacement et des dépenses engagées par les administrateurs dans l'intérêt de la société (article 634).

- **Le président et les autres organes de direction** : le président, nécessairement personne physique, est élu par le conseil d'administration pour la durée qui est fixée par celui-ci et qui « ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible » (article 636 C.com.).

Sa rémunération est fixée par le conseil d'administration, le président est révocable à tout moment par ce même conseil, *ad nutum*, et sans avoir droit à une quelconque indemnité. Toute clause contraire des statuts ou d'une convention passée avec le président est nulle.

Le président possède deux sortes d'attributions, les unes présidentielles, les autres directoriales. En tant que **président du conseil d'administration**, il convoque et préside ce conseil ; il convoque aussi l'assemblée générale sur ordre du conseil, la préside et lui présente les rapports arrêtés par le conseil. En tant que **directeur général**, l'article 638 du Code de commerce dispose qu'il « assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société ». Ce texte ajoute qu'il « représente la société dans ses rapports avec les tiers ».

Il en résulte que, d'une part, il a des pouvoirs propres de décision pour assurer la direction générale de la société, à la condition d'agir dans la limite de l'objet social statutaire et de ne pas empiéter sur les pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. D'autre part, il est le *représentant* de la société dans les rapports avec les tiers : il conclut et signe les contrats, agit en justice au nom de la société, notamment.

L'article 638 alinéa 4 du Code de commerce stipule que « les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant ses pouvoirs sont **inopposables** aux tiers » ; ceux-ci ne peuvent se voir opposer que les limitations provenant de l'objet social ou des pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration (article 638 alinéa 2). En cas d'empêchement temporaire, de décès, de démission ou de révocation du président, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président (article 637). Si l'empêchement est temporaire (absence ou maladie, par exemple), la délégation est donnée pour une durée limitée qui est fixée par le conseil et qui est renouvelable. En cas de décès, démission ou révocation, elle vaut jusqu'à l'élection du nouveau président.

La charge de président pouvant être extrêmement lourde pour une seule personne, l'article 639 du Code de commerce permet au conseil d'administration, sur la proposition du président, de désigner une ou deux autres personnes physiques en qualité de *directeurs généraux* pour l'assister.

Ces directeurs généraux peuvent être des administrateurs, ou même des tiers qui passent avec la société un contrat de mandat salarié. Leurs pouvoirs et la durée de leurs fonctions sont fixés par le conseil d'administration, en accord avec le président. Mais, à l'égard des tiers, chaque directeur général dispose des mêmes pouvoirs étendus que le président (article 641 alinéa 2). Si le directeur général est administrateur, la durée de ses fonctions ne peut pas dépasser celle de son mandat d'administrateur. Enfin, les directeurs généraux sont révocables à tout moment, *ad nutum*, par le conseil d'administration, sur proposition du président (article 640).

Dans la réforme du Code de commerce intervenue en 1993, il est permis aux associés de choisir un autre système de gestion de la société par actions que le système traditionnel du conseil d'administration : il s'agit du nouveau système du directoire et du conseil de surveillance.

b) Le nouveau système du directoire et du conseil de surveillance :

L'option entre le système du conseil d'administration et celui du directoire peut intervenir soit au moment de la constitution de la société, soit en cours de société, par une décision de l'assemblée générale extraordinaire (article 642).

Examinons successivement les deux structures que sont le directoire et le conseil de surveillance.

- **Le directoire :** comment se compose-t-il et quelles sont ses attributions ?
 - Composition du directoire : le directoire est en principe un organe collégial qui comprend de trois à cinq membres (article 643 alinéa 1) ; ceux-ci sont nommés par le conseil de surveillance qui confère à l'un d'eux la présidence (article 644). Pour être nommé membre du directoire, il faut être une personne physique, mais il n'est pas nécessaire d'être actionnaire ni de disposer des actions de garantie. Les directeurs peuvent être des salariés et il n'y a pas d'incompatibilité entre leurs fonctions et celle de salariés, liés par un contrat de travail ou de mandat. En revanche, les fonctions de directeur sont incompatibles avec celles de membre du conseil de surveillance (article 661). Le membre du directoire n'a pas besoin de la capacité commerciale car il ne devient pas commerçant ; toutefois, s'agissant d'une fonction de direction dans une société, elle est exclue par les mêmes incompatibilités, déchéances ou interdictions que celles qu'on a rencontrées pour les administrateurs. Les membres du directoire voient la durée de leur mandat déterminée par les statuts et qui est comprise entre deux et six ans ; dans le silence des statuts, la loi fixe cette durée à quatre ans (article 646 alinéa 1). Si un siège devient vacant par suite notamment de décès, démission, révocation, le remplaçant est nommé pour le temps qui reste à courir jusqu'au renouvellement. Par ailleurs, les membres du directoire sont révocables à tout moment par l'assemblée générale ordinaire, sur proposition du conseil de surveillance. Cette révocation n'entraîne pas de plein droit la résiliation du contrat de travail que le directeur peut avoir conclu en outre avec la société (article 645). Enfin, la rémunération est fixée par le conseil de surveillance dans l'acte de nomination ; il ne semble pas qu'elle ait à être approuvée par l'assemblée générale.
 - Fonctionnement et attributions du directoire : le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts (article 650) ; ceux-ci fixent donc librement les conditions de quorum et de majorité. Il a « *les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » (article 648), à la double condition de respecter les limites de l'objet social tel qu'il est fixé dans les statuts, et de ne pas empiéter sur les pouvoirs attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires et au conseil de surveillance. Les statuts peuvent bien apporter des limitations à ces pouvoirs très généraux, par exemple subordonner certains actes graves à l'autorisation préalable du conseil de surveillance ; mais ces clauses limitatives seraient inopposables aux tiers (article 649). La société devra exécuter le contrat malgré l'excès de pouvoir commis par le directoire, sauf si le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social (tiers de mauvaise foi). Le président du directoire, quant à lui, représente certes la société dans ses rapports avec les tiers, mais sa fonction ne lui donne pas un pouvoir de direction plus étendu que celui des autres membres du directoire (article 653), tous soumis de manière égale au contrôle du conseil de surveillance.
- **Le conseil de surveillance :** quelle est sa composition et comment fonctionne-t-il ?

- Composition et nomination des membres : en ce qui concerne la composition et la nomination des membres du conseil de surveillance, le décret législatif de 1993 s'inspire étroitement des règles applicables au conseil d'administration. Le conseil de surveillance est un organe collégial qui comprend au moins sept membres et au plus douze, ce maximum pouvant cependant aller jusqu'à vingt quatre (24) en cas de fusion de sociétés (articles 657 et 658). Les membres du conseil de surveillance doivent être actionnaires et propriétaires d'actions de garantie, les règles applicables étant les mêmes que celles concernant les administrateurs. Il convient de remarquer qu'une personne morale peut être désignée comme membre du conseil de surveillance, à condition de désigner à son tour un *représentant permanent*, à l'instar de la personne morale administrateur (article 663). Les déchéances, incompatibilités et interdictions qui s'opposent à l'exercice des fonctions d'administrateur s'opposent aussi en général à celles de membre du conseil de surveillance. De même, une personne physique ne peut cumuler plus de cinq postes de membre du conseil de surveillance dans les sociétés par actions ayant leur siège en Algérie (article 664). Pour ce qui est de la réélection, le remplacement des membres du conseil de surveillance, la vacance et leur rémunération, les règles applicables sont identiques à celles des administrateurs.
- Fonctionnement et attributions du conseil de surveillance : pour le fonctionnement, les règles sont de manière générale calquées sur celles applicables au conseil d'administration. Le conseil de surveillance élit en son sein un président qui exerce ses fonctions pendant une durée qui ne peut excéder celle du mandat du conseil de surveillance ; en revanche, les attributions du conseil de surveillance diffèrent sensiblement de celles du conseil d'administration. En principe, le conseil de surveillance n'administre pas la société, mais il exerce le *contrôle permanent de la gestion* de la société par le directoire. A cet effet, il peut à toute époque de l'année opérer les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns et se faire communiquer tous documents qu'il estime utiles (article 655). Une fois par trimestre au moins, il doit recevoir du directoire un rapport sur la gestion de la société. Après la clôture de l'exercice, il doit recevoir du directoire le compte d'exploitation générale, le compte des pertes et profits et le bilan, aux fins de vérification et de contrôle, et il présente à l'assemblée générale ordinaire annuelle ses observations sur les comptes de l'exercice et sur le rapport du directoire (article 656). En dehors de cette mission générale de contrôle, le conseil de surveillance dispose d'un certain nombre de pouvoirs spéciaux énumérés par la loi :

-Nomination et remplacement des membres du directoire et de son président ;

-Déplacement du siège social dans la même ville (article 651) ;

-Autorisation préalable des conventions intéressant directement ou indirectement un membre du directoire ou un membre du conseil de surveillance (article 670).

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'administrateurs, de directeurs généraux, des membres du directoire ou de surveillance, le principe est qu'ils ne sont pas tenus personnellement sur leur patrimoine des dettes de la société, et ils ne tombent pas en faillite personnellement si la société est mise en faillite. Comme tout mandataire ou représentant, ils sont seulement tenus des fautes de gestion ou de surveillance qu'ils commettent dans l'accomplissement de leurs fonctions. Mais, dans le souci de protéger les actionnaires, aussi bien que les créanciers de la société, le législateur a accru la responsabilité susceptible d'incomber à ces organes de la société, à raison de telles fautes, spécialement en cas de faillite de la société. Une telle responsabilité peut être engagée sur trois plans :

- au plan pénal, les organes sociaux peuvent être poursuivis s'ils commettent des délits de droit commun (abus de confiance, escroquerie) ; mais pour faciliter la répression,

les lois sur les sociétés ont créé des délits spéciaux (délinquance d'affaires) dont les éléments constitutifs sont mieux adaptés à la situation particulière des organes de société (abus de biens sociaux, abus de crédit, distribution de dividendes fictifs, faux bilan, prise illégale d'intérêts, etc.) ;

- au plan professionnel, la condamnation entraîne pour eux la déchéance du droit d'administrer une société ;
- au plan civil, les administrateurs et les membres du directoire sont responsables envers la société, envers les actionnaires et envers les tiers du préjudice causé par les fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leurs fonctions. Ces fautes peuvent résulter soit de la violation des dispositions légales et réglementaires sur les sociétés par actions, soit de la violation des statuts de la société, soit enfin d'une mauvaise gestion (articles 715 bis 21 à 715 bis 29 du Code de commerce consacrés à la responsabilité civile des différents organes de direction). En cas de règlement judiciaire ou de faillite de la société, les membres du directoire et du conseil de surveillance peuvent être rendus responsables du passif social (article 673). Pour en arriver là, il aura fallu échapper aux divers contrôles exercés sur la gestion de la société et caractérisés par leur complexité.

2°) La complexité des contrôles

Organe central de la société par actions, l'assemblée générale des actionnaires contrôle le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et le directoire. Mais, comme chaque actionnaire n'a ni la compétence ni la possibilité d'exercer un contrôle effectif, des **commissaires aux comptes** doivent vérifier la régularité des documents comptables dans l'intérêt général des actionnaires et exercent ainsi un contrôle sur les organes de direction.

Ce rôle a été sérieusement renforcé par le décret législatif de 1993 ; en tout cas, les rapports des commissaires aux comptes sont soumis à l'assemblée des actionnaires, laquelle assemblée est soit ordinaire, soit extraordinaire.

a) L'assemblée ordinaire :

L'assemblée générale ordinaire doit être réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice ; ce délai peut cependant être prolongé par ordonnance du président du tribunal, à la demande du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas (article 676). C'est l'assemblée générale ordinaire annuelle qui est chargée d'approuver la gestion et les comptes, et d'affecter les bénéfices s'il en a été réalisés ; elle est convoquée en principe par le conseil d'administration ou par le directoire qui doivent, trente jours avant sa tenue, adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires afin qu'ils puissent, en connaissance de cause, porter un jugement sur la gestion et la marche des affaires de la société (article 677). Dans un délai de quinze jours, avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire, tout actionnaire a le droit d'obtenir communication de :

- l'inventaire, le compte d'exploitation générale, le compte de pertes et profits, le bilan ;
- le rapport général des commissaires aux comptes ;
- le montant global des rémunérations versées aux cinq personnes les lieux rémunérées (article 680).

A chaque assemblée, est tenue une *feuille de présence* des actionnaires ou de leurs mandataires (article 681), le vote par procuration étant admis. L'assemblée générale ordinaire prend toutes décisions autres que celles entraînant une modification des statuts, celles-ci étant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire (articles 674 et 675).

b) L'assemblée générale extraordinaire :

Elle a essentiellement comme attribution la **modification des statuts**. Les modifications statutaires les plus fréquentes concernent l'augmentation du capital social (article 687), l'amortissement du capital (article 709) et la réduction du capital (article 712).

- **L'augmentation du capital social** : elle peut se réaliser selon des modalités variées qui ne correspondent pas aux mêmes besoins ni aux mêmes règles juridiques :
 - dans certains cas, la société ayant besoin de fonds procède à une augmentation de capital par des *apports nouveaux* : tantôt, il y aura émission et souscription d'actions de numéraire (article 705) ; tantôt, on procèdera à une émission d'actions d'apports rémunérant des apports en nature (article 707) ;
 - l'augmentation du capital peut également se produire sans apports nouveaux par *incorporation de réserves* dans le capital (article 708) ; les nouvelles actions émises seront attribuées gratuitement aux actionnaires ou à d'autres participants aux bénéficiaires ;
 - enfin, l'augmentation du capital peut correspondre à une *conversion* de certaines dettes de la société en *actions* ; ainsi, par exemple, les obligataires pourront recevoir des actions à la place de leur créance (en particulier, les *obligations convertibles en actions*).
- **La réduction du capital social** : une pareille réduction intervient dans le cas où la société a subi des pertes importantes qui figurent dans son bilan ; c'est une sorte d'incorporation comptable des pertes au capital. La réduction de capital ne peut jamais porter atteinte à l'égalité des actionnaires (article 712) ; elle est sans conteste une atteinte au principe de l'intangibilité du capital social, spécialement lorsqu'elle a lieu par remboursement des apports aux actionnaires. La loi organise un système d'opposition en faveur de ceux dont la créance est antérieure à la décision de réduction. Dans les trente jours du dépôt du procès-verbal de délibération de l'assemblée générale au centre national du registre du commerce, chaque créancier et le représentant de la masse des obligataires peuvent faire opposition par assignation devant la section commerciale du tribunal ; ce délai de trente jours est suspensif de la réalisation de la réduction du capital. Le tribunal peut soit rejeter purement et simplement l'opposition s'il estime que la réduction ne causera aucun risque au créancier opposant, soit ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties au profit de l'opposant « *si la société offre de telles garanties et si elles sont jugées suffisantes* » (article 713). Ainsi sont conciliés de façon assez satisfaisante les intérêts de la société et ceux des créanciers. L'article 714 du Code de commerce ne permet à une société d'acheter ses propres actions qu'en vue d'une réduction de son capital non motivée par des pertes ; la décision doit être prise par l'assemblée générale extraordinaire qui autorise le conseil d'administration ou le directoire à acheter un nombre déterminé d'actions pour les annuler. Le capital est réduit automatiquement du montant des actions rachetées.
- **L'amortissement du capital social** : l'amortissement d'une action consiste dans le versement à l'actionnaire d'une somme représentant tout ou partie de la valeur nominale de l'action ; il n'entraîne pas la réduction du capital (article 709). Les actions totalement amorties (*actions de jouissance*) perdent le droit au premier dividende, mais conservent tous les autres droits (article 710), notamment le **droit de vote** : le principe de l'égalité du droit de vote doit être respecté entre les actions de capital et les actions de jouissance. Par ailleurs, les actions totalement ou partiellement amorties peuvent être *reconverties en actions de capital*, s'il existe des actions de capital ou si différentes catégories d'actions ont fait l'objet d'amortissements inégaux ; cette reconversion est opérée par prélèvement « *sur la part des profits sociaux d'un ou plusieurs exercices revenant à ces actions après paiement du premier dividende ou de*

l'intérêt statutaire auquel elles peuvent donner droit » (article 711 alinéa 2). Elle peut être utile pour rétablir l'homogénéité entre des catégories d'actions plus ou moins amorties. Il n'empêche que l'action, quelle que soit sa catégorie, représente une fraction du capital social et apparaît comme la plus importante des valeurs mobilières, caractérisées par leur ***négociabilité***.

§2. La négociabilité des valeurs mobilières

Le terme de *valeurs mobilières* s'entend d'un ensemble de titres de même nature, cotés en bourse ou susceptibles de l'être, issus d'un même émetteur et conférant par eux-mêmes des droits identiques à leurs détenteurs ; tous les droits détachés d'une valeur mobilière, négociables ou susceptibles de l'être (doits de souscription ou d'attribution) sont assimilés à une valeur mobilière.

Ces titres sont négociables suivant les modes simplifiés du droit commercial (en droit civil, les modes de *cession* étant plus complexes).

La plus importante des valeurs mobilières est l'***action***, titre qui représente les droits des associés. A côté de l'action figure l'***obligation*** : son titulaire a consenti à la société un prêt et en contrepartie, il touche un intérêt et sera remboursé du capital qu'il a prêté, suivant les modalités fixées par l'emprunt obligataire. En plus de ces valeurs mobilières simples, il a été institué des valeurs mobilières composées permettant à leurs titulaires de passer de la qualité d'obligataire à celle d'actionnaire, qu'il s'agisse d'***obligations convertibles en actions*** ou des ***obligations avec bons de souscription d'actions***.

En outre, le législateur a créé de nouvelles valeurs mobilières, telles que les ***certificats d'investissement*** correspondant à un démembrement de l'action, représentant les droits pécuniaires et séparés du droit de vote, des ***certificats de droit de vote attachés aux actions***, des ***titres participatifs*** qui se rapprochent des obligations.

Étudions-les successivement, de manière succincte.

A. L'action

Ce qui distingue une société par actions d'une société de personnes, c'est que dans la première, l'associé est titulaire d'une action, tandis que dans la seconde, il est titulaire d'une part d'intérêt. Le critère de l'action est donc en même temps le critère de la société par actions, lequel tient à l'absence du principe de *l'intuitus personae* dans les sociétés de capitaux (il convient tout de même de relativiser le critère de *l'intuitus personae* car l'article 715 bis 55 prévoit la clause statutaire d'agrément pour la cession d'actions revêtant la forme nominative, ce pour éviter l'entrée de personnes indésirables dans la société).

Les actionnaires ne sont pas liés indéfiniment à la société ; ils peuvent la quitter en cédant leurs droits, en cédant par conséquent leurs actions. Par contre, la part d'intérêt n'est pas négociable, elle est incessible. L'action se caractérise par sa diversité et confère des droits à son titulaire.

1°) La diversité des actions :

Il existe de nombreuses catégories d'actions, selon que l'on considère la nature des apports auxquels elles correspondent, la nature des droits qu'elles confèrent ou enfin leur forme. Ainsi distingue-t-on les *actions de numéraire* et les *actions d'apport* (article 715 bis 41), les *actions ordinaires* (article 715 bis 42) et les *actions de priorité* (article 715 bis 44), les *actions de capital* et les *actions de jouissance* (article 715 bis 45).

Les actionnaires peuvent opter soit pour la *forme nominative* (encore que la loi oblige à mettre certains titres sous cette forme, dans l'intérêt de la société elle-même : il s'agit des actions qui ne sont pas entièrement libérées, comme l'indique l'article 715 bis 52), soit pour la *forme au porteur*.

2°) Les droits des actionnaires :

L'action constate et matérialise les droits des actionnaires. Ces droits sont pécuniaires et non pécuniaires.

a) Parmi les **droits pécuniaires** figurent :

- le droit à la participation aux bénéfices, c'est-à-dire le droit aux dividendes ;
- le droit à l'actif social qui se traduit :

En cours de société, par le *droit préférentiel de souscription* aux émissions d'actions nouvelles ou le *droit d'attribution d'actions gratuites* provenant d'une incorporation de réserves entraînant une augmentation de capital, et par la faculté d'obtenir le remboursement anticipé de l'action et sa transformation en action de jouissance

En fin de société, par le *droit au remboursement de l'apport*.

b) Parmi les **droits non pécuniaires**, il convient de citer :

- le *droit de céder* les actions, c'est-à-dire de quitter la société ;
- le droit de *demeurer associé*, la société ne pouvant pas expulser ses membres ;
- le droit de participer à la gestion qui comporte notamment le *droit de vote*, le *droit à la communication des documents sociaux* et l'*aptitude à être administrateur*.

Différents sont les droits des titulaires d'obligations ou obligataires.

B. L'obligation

La société, surtout industrielle, peut avoir besoin de fonds importants au cours de son exploitation dépassant les crédits que sa banque peut lui consentir. Deux possibilités lui sont offertes :

- ou bien, elle augmente son capital, en faisant appel à des actionnaires nouveaux. L'avantage est que ce moyen ne grève pas son passif obligataire : elle ne rémunère les actions que si des bénéfices sont réalisés ;
- ou bien, elle émet un emprunt en s'adressant au public, par une émission de titre de petite valeur généralement : ces titres sont des obligations, représentant les droits des prêteurs. L'avantage est qu'on n'alourdit pas la société avec l'entrée de nouveaux actionnaires, mais l'inconvénient étant que, quel que soit le résultat de l'entreprise, on procède au remboursement du montant obligataire à l'échéance avec paiement de l'intérêt.

L'émission d'obligations est soumise à des conditions. Une fois réalisée, elle confère des droits à leurs titulaires.

1°) Conditions d'émission des obligations :

Il faut la réunion d'un certain nombre de conditions de fond et de forme.

a) Conditions de fond :

* L'émission des obligations est réservée (en dehors de l'Etat et es collectivités publiques) aux sociétés par actions ayant deux années d'existence, et dont deux bilans ont été régulièrement approuvés par les actionnaires. Ces conditions ne sont cependant pas requises pour les sociétés qui bénéficient de la garantie soit de l'Etat ou des personnes morales de droit public, soit d'une autre société qui aurait le droit d'émettre elle-même des obligations ou pour les sociétés qui émettent des obligations gagées sur des titres de créance soit sur l'Etat soit sur les collectivités publiques (article 715 bis 82).

* Le capital social de la société émettrice doit être entièrement libéré, alors même que cinq années ne se seraient pas écoulées depuis l'émission des actions de numéraire (article 596) ; il faut d'abord faire payer les actionnaires avant de demander des fonds à des obligataires.

* Toutes les obligations faisant l'objet d'une même émission doivent conférer des droits égaux pour une même valeur nominale (article 715 bis 81).

* La décision d'émettre un emprunt obligataire est prise par l'assemblée générale des actionnaires. Elle peut déléguer au conseil d'administration (ou au directoire) ou au conseil de surveillance les pouvoirs nécessaires pour procéder à l'émission d'obligations et d'arrêter les modalités (article 715 bis 84) : taux d'intérêt, conditions de

remboursement, etc.). L'intervention de l'assemblée n'est même pas nécessaire dans « *les sociétés qui ont pour objet principal d'émettre des obligations nécessaires au financement des prêts qu'elles consentent* » (article 715 bis 85).

b) Conditions de publicité et de forme :

S'il y a émission avec appel public à l'épargne, la société doit avant le début des opérations de souscription, accomplir les formalités de publicité sur les conditions d'émission. La publicité a pour but essentiel de renseigner les futurs souscripteurs sur les caractéristiques de la société émettrice, sur le régime financier de l'emprunt obligataire et les modalités de remboursement aux obligataires, créanciers sociaux acquérant des droits à l'égard de la société.

2°) Droits des obligataires :

L'obligataire est un *prêteur d'argent* et non un associé, ce qui le distingue nettement de l'actionnaire. Il accorde un prêt et ne réalise pas un apport : il a donc des droits de créance de tout prêteur, c'est-à-dire essentiellement le droit au paiement d'intérêts périodiques et le droit au remboursement du principal, à l'échéance du prêt. La différence avec le prêteur ordinaire résulte de ce que les droits de l'obligataire sont matérialisés par un titre librement négociable (notamment en bourse lorsque le titre est coté) et qui est soumis aux règles des valeurs mobilières.

Pour la défense des intérêts communs des obligataires, le décret législatif de 1993 a organisé la *masse des obligataires titulaires d'obligations d'une même émission* (article 715 bis 88) : cette masse jouit de la personnalité morale, bien qu'elle n'ait pas de patrimoine (l'article 715 bis 100 met à la charge de la société débitrice les frais d'organisation et de déroulement des assemblées générales d'obligataires ainsi que la rémunération de leurs représentants).

Le premier organe de la masse est l'*assemblée générale des obligataires* dont la réunion est possible à toute époque (article 715 bis 88 alinéa 2). Le fonctionnement de cette assemblée s'inspire largement de celui des assemblées d'actionnaires ; elle peut être convoquée soit par les organes de la société débitrice (conseil d'administration ou conseil de surveillance et directoire) soit par les représentants de la masse (article 715 bis 93).

Le second organe de la masse est le *représentant* de celle-ci : c'est lui qui est chargé d'agir et d'exécuter les décisions de l'assemblée générale des obligataires, dans l'intérêt collectif de ceux-ci.

Le principe retenu est que les représentants de la masse comme les obligataires ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires de la société (article 715 bis 91) ; ils ont seulement accès aux assemblées générales des actionnaires avec voix consultative et ont, à l'instar des actionnaires, le droit de se faire communiquer les documents sociaux.

Pour intéresser davantage les obligataires aux résultats bénéficiaires de la société et aussi pour parer, dans une certaine mesure, aux conséquences d'une dévaluation éventuelle de la monnaie, le législateur a retenu le système pratiqué ailleurs, dans lequel les obligations qui sont émises par une société, peuvent ultérieurement être converties en actions (article 715 bis 114). Les sociétés par actions peuvent, en outre, émettre des obligations avec bons de souscription d'actions (article 715 bis 126) et carrément, des obligations convertibles en actions.

C. Les nouvelles valeurs mobilières ou titres mixtes

En les introduisant dans le code de commerce réformé, le législateur a voulu encourager et inciter les épargnants à investir pour le renforcement des entreprises économiques. A cette fin, il a choisi de mettre sur pied des titres qui participent à la fois de la nature des actions et de celle des obligations (d'où leur caractère mixte). Il a, en effet, pris conscience du souci de l'épargnant de souscrire un titre qui lui offre, en même temps, un revenu garanti élevé, à la

manière d'une obligation, et une protection contre l'érosion monétaire par un renforcement de la valeur du titre découlant de celle de l'actif sociétaire, à la manière d'une action.

Deux séries de titres ont été retenues essentiellement :

- les **certificats d'investissement** et de **droit de vote**, d'une part ;
- les **titres participatifs**, d'autre part.

1°) Les certificats d'investissement et de droit de vote :

Prévus aux articles 715 bis 61 à 715 bis 72 du Code de commerce, les certificats d'investissement résultent d'un fractionnement des droits normalement attachés aux actions, et correspondent aux seuls *droits pécuniaires* (droits aux dividendes, aux réserves et au boni de liquidation). L'ensemble des autres droits, notamment le *droit de vote*, sont de leur côté représentés par les certificats de droit de vote.

Par ce nouveau produit financier qui se situe entre l'action et l'obligation, le législateur a souhaité permettre aux entreprises, principalement du secteur public, de développer leurs fonds propres en faisant appel à des capitaux extérieurs, sans que ces opérations financières puissent exercer une influence sur le contrôle de la société.

a) Régime des certificats d'investissement :

Sous la réserve de ne pas représenter plus du quart du capital social (article 715 bis 66 alinéa 1^{er}), ces certificats peuvent être émis par décision de l'assemblée générale de la société par actions, soit à l'occasion d'une augmentation de capital, soit par fractionnement d'actions existantes (article 715 bis 61) ; ils ne peuvent donc pas l'être lors de la constitution même de la société.

Ce sont des titres négociables, procurant les droits pécuniaires attachés à l'action, mais définitivement privés du droit de vote. Leurs porteurs peuvent obtenir communication des documents sociaux dans les mêmes conditions que les actionnaires (article 715 bis 69) et voient, par ailleurs, leurs droits sauvegardés, en cas de distribution gratuite d'actions ou d'émission d'obligations convertibles en actions.

b) Régime des certificats de droit de vote :

Ces certificats permettent essentiellement à leurs titulaires de voter aux assemblées générales ; ils ne peuvent être cédés qu'accompagnés du certificat d'investissement et, dans ce cas, l'action est définitivement reconstituée. Cette cession peut intervenir au profit du porteur d'investissement (article 715 bis 67).

2°) Les titres participatifs :

Alors que les certificats d'investissement se rapprochent plutôt de l'action, les titres participatifs s'apparentent plutôt à l'obligation, dans la mesure où ils ouvrent droit, au profit de leurs titulaires, à une rémunération composée d'une *partie fixe* établie par le contrat et d'une *partie variable* calculée par référence à des éléments relatifs à l'activité ou aux résultats de la société, et assise sur le nominal du titre (article 715 bis 74). L'émission de ces titres, négociables, est décidée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ; leur remboursement intervient à l'échéance (délai ne saurait être inférieur à 5 ans selon l'article 715 bis 76) ou après dissolution de la société.

Par ailleurs, en réservant dans les articles 715 bis 110 à 715 bis 113 une sous section relative aux « autres valeurs mobilières » sans autre précision, le législateur a voulu probablement élargir le champ des valeurs mobilières, afin qu'aucune hypothèse ne soit *a priori* exclue. L'émission de telles valeurs mobilières, décidée par l'assemblée générale extraordinaire, devrait conduire inéluctablement à une augmentation de capital ; en d'autres termes, ce développement des valeurs mobilières va incontestablement bouleverser la composition des patrimoines sociaux. Grâce à elles, les sociétés par actions vont pouvoir drainer très

rapidement des sommes importantes et recourir, pour les plus dynamiques d'entre elles, aux augmentations de capital qui induiront la croissance économique.

C'est pourquoi cette forme sociale s'impose généralement aux grandes entreprises dont les besoins en capitaux ne peuvent être assurés par un cercle restreint de personnes. Néanmoins, son adoption est fonction de la prise en compte de ses aspects positifs ou négatifs qui vont apparaître à travers ses caractéristiques ; en d'autres termes, celles-ci vont pouvoir déterminer le choix de cette forme sociale.

§3. Les données du choix

A la lumière des développements précédents, l'on peut retenir quatre traits essentiels de la société par actions, dont auront à tenir compte les investisseurs pour l'adopter.

A. La société par actions, en tant que groupement anonyme de capitaux

Dans ce cadre, la prise en considération de la personne des associés est en principe indifférente. Cette société est fondée en fonction de capitaux qui sont apportés et aucun apport en industrie n'est concevable. Tous les titres émis par la société sont destinés à circuler et constituent des placements, les uns à *revenu variable* (actions), les autres (en principe, du moins) à *revenu fixe* (obligations). Dès que l'apport représenté par l'action est intégralement libéré, l'actionnaire peut demeurer inconnu de la société, car il n'encourt aucune responsabilité personnelle du passif social. Son décès, son incapacité, sa mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, sa faillite personnelle ou toute autre *capitis diminutio* est indifférente ; tout cela accentue le caractère quelque peu anonyme de ce groupement social.

D'ailleurs, les associés n'étant qu'apporteurs de capitaux, leur situation dans ce type de société est claire : ils sont tenus de libérer leurs apports, mais leur responsabilité est limitée à leur montant.

Par contre, la situation des dirigeants sociaux semble beaucoup moins stable que celle des dirigeants ou gérants des sociétés de personnes, en ce qu'ils sont révocables *ad nutum*.

B. La société par actions, groupement fortement hiérarchisé

Toute société se présente nécessairement sous la forme d'un groupe hiérarchisé. Les associés désignent des mandataires sociaux qui dirigent la société, la représentent vis-à-vis des tiers et rendent compte de leur gestion à leurs mandants ; en cas d'incompétence ou de fautes, ces derniers peuvent les révoquer.

Dans les Spa qui sont susceptibles de réunir un grand nombre d'associés, cette hiérarchie est subtilement détaillée ; elle comprend des échelons intermédiaires entre les associés et leurs représentants légaux (conseil d'administration ou conseil de surveillance). A ce propos, les associés ont une option sur le mode d'administration, classique ou moderne. Mais les avantages de la société à structure dualiste (avec directoire et conseil de surveillance) ne sont pas négligeables : la séparation des fonctions de contrôle et de gestion est beaucoup mieux assurée que dans la Spa à structure classique. La direction collégiale permet d'éviter avant tout la domination du président directeur général (PDG), et de résoudre plus facilement les problèmes de gestion souvent complexes, grâce à la spécialisation des membres du directoire et à une meilleure cohésion de la direction. Les décisions peuvent être prises plus rapidement, avec plus d'efficacité, les membres du directoire étant généralement présents dans la société de façon *permanente* (contrairement aux administrateurs dont l'absentéisme aux réunions du conseil d'administration est souvent relevé).

Les responsabilités sont également mieux réparties entre membres du conseil de surveillance et du directoire.

De tels avantages font que la structure dualiste est très intéressante pour les investisseurs étrangers qui voudront créer des filiales communes dans notre pays : le directoire serait composé de nationaux, les étrangers pouvant occuper des postes au sein du conseil de surveillance. En outre, il est possible qu'au moment où le fondateur de l'entreprise souhaite

prendre du recul tout en gardant une certaine influence, la structure traditionnelle soit abandonnée, et que le président du conseil d'administration devienne président du conseil de surveillance, ses enfants et ses proches passant au directoire.

A l'étranger, la pratique montre également qu'à l'occasion d'un changement de majorité ou d'opérations de restructuration, des mutations dans les postes de direction peuvent être rendues plus faciles grâce à la structure nouvelle.

En revanche, le danger réside dans le risque de blocage au niveau du fonctionnement de la société, notamment en cas de conflit entre le conseil de surveillance et le directoire. De plus, les praticiens dénoncent la lourdeur *administrative* de la structure dualiste et, en particulier, l'obligation d'établir de trop nombreux rapports d'activité.

C) La société par actions, structure contraignante

La réglementation applicable aux sociétés par actions vise avant tout à assurer la protection des associés. Mais il reste à poser la question fondamentale de savoir si une telle réglementation présente un réel intérêt pour eux.

Il convient de nuancer la réponse ; il semble de prime abord évident que personne ne discute de l'intérêt d'une réglementation, aussi rigoureuse soit-elle, le débat se situant uniquement au niveau de son importance. Sur ce point, deux hypothèses sont susceptibles d'être envisagées, si l'on se réfère à l'expérience étrangère.

1°) 1^{ère} hypothèse :

S'agissant de sociétés importantes réunissant un grand nombre d'actionnaires, les liens avec les mandataires sociaux ont tendance à se distendre ; en réalité, au fur et à mesure que les sociétés par actions se sont adressées à des couches d'épargnants plus nombreuses, les actionnaires se sont désintéressés de plus en plus de la gestion de l'affaire. Ils paraissent de moins en moins dans les assemblées générales, leur absentéisme s'expliquant autant d'ailleurs par leur manque de connaissances techniques que dans le but de placement qu'ils poursuivaient en souscrivant ou en achetant des actions. Ils n'ont pas du tout conscience d'être les maîtres de l'affaire (alors qu'ils sont « propriétaires » au sens économique du terme) ; ils agissent plutôt comme des prêteurs intéressés aux bénéficiaires. Un tel désintéressement de la part et à l'égard des personnes qui la composent, donne à la personne morale une importance toute particulière, qui explique que le législateur ait dû prévoir une réglementation détaillée où le caractère institutionnel prévaut très nettement sur le caractère contractuel. Ainsi, la règle de l'unanimité est remplacée par celle de la *majorité* ; la gestion est soumise à la surveillance d'organes spécialisés (notamment le commissariat aux comptes). On compare volontiers la société par actions à un Etat constitutionnel ; surtout, l'ensemble de l'organisme est doué d'une permanence qui lui permet de substituer à travers tous les changements, des actionnaires. Ces derniers ont pu mourir, céder leurs actions, la société demeure toujours la même ; et le législateur exige même de façon impérative que les statuts puissent être modifiés à la majorité (article 674 alinéa 3), pour que la société puisse s'adapter aux circonstances.

Quoi qu'il en soit, ce lourd mécanisme juridique est la rançon nécessaire de l'effacement des actionnaires, lesquels, dans les grandes sociétés de capitaux tout au moins, sont en majorité des *épargnants*, plutôt que de véritables associés mus par l'*affectio societatis*. Ce schéma ne correspond d'ailleurs pas toujours à la réalité, si nous envisageons la seconde hypothèse.

2°) 2^{ème} hypothèse :

Il existe également une catégorie de sociétés par actions petites ou moyennes, généralement de type familial, non ouvertes à l'épargne publique, mais comprenant un certain nombre d'actionnaires effectivement intéressés par la vie de leur société et désireux en tout cas d'y participer. Il est certain qu'une réglementation visant à faire respecter leurs droits par les mandataires qu'ils se sont donnés se justifie ; mais il n'est pas évident que celle qui existe ne

leur paraisse pas complexe et coûteuse, ce qui diminue d'autant la rentabilité de la société et donc de leurs revenus.

Il est regrettable que la loi n'ait pas prévu pour ces petites sociétés par actions des mécanismes juridiques moins rigides ; sans doute, les fondateurs disposent-ils d'une autre structure, à savoir la société à responsabilité limitée.

Sous cette réserve, la grande société par actions risque d'aboutir à une dissociation de la propriété (actionnaires) et de la fonction d'entrepreneur (dirigeants sociaux). Le danger, en effet, est que la direction de l'affaire se concentre entre les mains d'une minorité de capitalistes ou de financiers qui pourraient, grâce à l'apport des petits épargnants, monter à leur profit d'énormes entreprises. Et alors, gare à la féodalité financière et à des abus éventuels, comme celui qui consisterait à monter des affaires de pure façade pour drainer l'épargne publique. Il n'empêche qu'en dépit d'un tel risque, la société par actions demeure une structure obligée dans l'environnement économique actuel comme futur.

D. La société par actions, *structure obligée*

La société par actions apparaît comme le meilleur instrument pour réunir des capitaux, à l'effet de mener une action dynamique dans les domaines industriel, commercial et financier.

Pour adopter une telle forme, il faudrait que les entrepreneurs puissent accepter les contraintes et les contrôles nombreux qui alourdissent la structure. Mais la plupart d'entre eux surmontent la rigidité de cette structure, car un certain nombre d'avantages fiscaux y sont rattachés d'une part, et ils ne peuvent éviter de le faire, s'ils désirent *ouvrir et développer* leur société, d'autre part.

La société par actions est, en effet, la *structure obligée* pour tout entrepreneur qui souhaite faire publiquement appel à l'épargne, et en particulier placer les titres émis par l'intermédiaire de la Bourse des valeurs mobilières. Le développement de celles-ci devra surtout profiter aux grandes entreprises qui pourront de la sorte renforcer leurs fonds propres, ce qui leur évitera de faire appel à des ressources extérieures plus onéreuses ; à ce propos, les pouvoirs publics devront intervenir pour orienter de façon plus systématique l'épargne vers le financement des entreprises, en l'incitant à des placements à long terme, soit par des mesures fiscales appropriées, soit par la création de fonds communs de placement. Avec la création de la Bourse précisément, l'épargnant pourra grâce à de tels organismes de placement collectif s'en remettre à des professionnels de la gestion financière, experts dans la diversification des risques. Ce qui évite d'avoir à choisir entre des produits financiers sophistiqués dont il est très difficile pour un profane non spécialiste d'apprécier les avantages et les inconvénients.

En dépit donc de la complexité de sa constitution et de la lourdeur de son fonctionnement, la société par actions s'impose dans les grandes entreprises, désireuses de contribuer au développement économique du pays.

Une autre forme, prévue lors de la réforme de 1993, a vu le jour : il s'agit de la société en commandite par actions.

Section 2. La société en commandite par actions

C'est une société de forme bâtarde, à laquelle s'appliquent trois séries de textes (voir l'article 715 ter alinéa 3) qui déterminent les règles la régissant :

- les règles concernant les sociétés en commandite simple, dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues pour les sociétés en commandite par actions ;
- les règles concernant les sociétés par actions, sauf celles ayant trait au conseil d'administration, au directoire et au conseil de surveillance, dans la mesure où là

encore elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues pour les sociétés en commandite par actions ;

- les règlements.
- les règles propres à la commandite par actions.

Ce sont ces dernières qu'il convient d'examiner et qui nous permettront de faire la part entre les atouts et les faiblesses de cette forme sociale consacrée par le législateur, soucieux de mettre un autre instrument à la disposition des opérateurs économiques.

§1. Les particularités de la commandite par actions

La société en commandite par actions, comme d'ailleurs la commandite simple, comprend deux catégories d'associés :

- un ou plusieurs **commandités** qui ont la qualité de *commerçant* et répondent *indéfiniment et solidairement* des dettes sociales ;
- des **commanditaires**, au nombre de trois au moins, qui ne supportent les pertes qu'à *concurrence de leurs apports*, mais qui, à la différence des commanditaires dans la commandite simple, ont la qualité d'*actionnaires*.

Le capital social est divisé en **actions** (article 715 ter), ce qui laisse supposer que les commandités (en dehors des actions dont ils sont titulaires) ou bien n'ont pas de parts sociales en tant que tels, ou bien ont des parts qui ne font pas partie du capital ; ce capital doit avoir le même montant nominal que dans la société par actions : cinq millions de dinars au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne, un million de dinars dans le cas contraire.

La commandite par actions a une **dénomination sociale** comme la société par actions ; cette dénomination peut comprendre le nom d'un ou plusieurs commandités, mais pas le nom de commanditaire et elle doit être suivie de l'indication de la forme de la société et du montant de son capital.

Ces quelques traits généraux ainsi rappelés, il convient d'examiner le mode de gestion de la commandite et le contrôle de cette gestion.

A. La gestion de la commandite par actions

La commandite par actions est gérée par un ou plusieurs gérants qui peuvent être des commandités ou des tiers, mais jamais des commanditaires. Lors de la constitution de la société, ils sont désignés par les statuts (article 715 ter 1) ; en cours de société, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire avec l'accord de tous les commandités. Qu'ils soient associés ou pas, ils sont *révocables* dans les conditions prévues par les statuts ; nonobstant toute clause contraire, ils peuvent aussi l'être par le tribunal pour cause légitime, à la demande de tout associé ou de la société (article 715 ter 1 alinéa 4).

1°) Lors de la *constitution* de la société, le ou les gérants font toutes les formalités qui incombent aux fondateurs pour la constitution de la société par actions. Toutes les règles applicables à la société par actions et concernant l'émission des actions de numéraire et la vérification des apports, avec ou sans appel public à l'épargne, s'appliquent purement et simplement à la commandite par actions.

2°) En *cours* de société, les gérants ont les pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société. Conformément au principe de la société par actions, toutes restrictions statutaires en dehors de celles relatives à l'objet social ou en dehors des pouvoirs attribués par la loi aux assemblées générales et au conseil de surveillance sont inopposables aux tiers ; les gérants ont les mêmes obligations que le conseil d'administration des sociétés par actions (article 715 ter 4 alinéa 2). Leur rémunération ne peut être fixée que par les statuts ou par l'assemblée générale ordinaire avec l'accord des commandités, dont l'unanimité est requise, sauf clause contraire des statuts (article 715 ter 6). Les gérants sont responsables *solidairement* avec les membres du conseil de surveillance de la régularité de la constitution de la société ; ils sont responsables de leurs fautes de gestion, comme les administrateurs de la société par actions.

En cas de faillite de la commandite par actions, ils sont présumés responsables de l'insuffisance d'actif et encourent les déchéances, sauf preuve de l'absence de faute, comme les administrateurs de la société par actions. Sur le plan pénal, ils encourent la même responsabilité que ceux-ci.

De telles responsabilités civile et pénale peuvent être préventivement évitées grâce à un contrôle rigoureux de la gestion.

B. Contrôle de la gestion

Le contrôle de la gestion est confié à un conseil de surveillance composé de trois actionnaires au moins et nommé par l'assemblée générale ordinaire dans les conditions fixées par les statuts ; les commandités ne peuvent pas faire partie de cet organe ni participer à la désignation de ses membres.

On aurait pu penser que, pour le statut des membres de ce conseil et pour ses attributions, le législateur se serait référé au conseil de surveillance de la société par actions, lorsque le système du directoire a été introduit. Il n'en est rien et, bien au contraire, les dispositions sur le directoire et le conseil de surveillance dans la Spa sont expressément écartées par les textes sur la commandite par actions (article 715 ter *in fine*). Ce sont les règles relatives à la désignation des administrateurs et à la durée de leur mandat qui s'appliquent aux membres du conseil de surveillance de la commandite (article 715 ter 2 alinéa 4). Ce conseil de surveillance assume le contrôle permanent de la gestion de la société ; mais ses pouvoirs et ses moyens de contrôle sont ceux de commissaires aux comptes (article 715 ter 4) et non ceux du conseil de surveillance d'une Spa. Ceci est d'autant plus curieux que le législateur a aussi institué des commissaires aux comptes dans la commandite par actions (article 715 ter 7 alinéa 3) : ainsi, conseil de surveillance et commissaires aux comptes paraissent faire double emploi.

Le conseil de surveillance fait un rapport annuel à l'assemblée générale ordinaire et signale notamment les irrégularités et inexactitudes des comptes ; il peut convoquer l'assemblée générale, sans doute dans les mêmes conditions que les commissaires aux comptes. Les membres du conseil sont responsables des fautes personnelles qu'ils commettent dans l'exécution de leur mandat, ils ne sont pas responsables des actes de la gestion ni de ses résultats. Toutefois, ils sont civilement responsables des gérants si, ayant eu connaissance de délits commis par ceux-ci, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale (article 715 ter 9).

Qu'elles soient d'ailleurs générales ou spéciales, constitutives, ordinaires ou extraordinaires, les assemblées d'actionnaires sont régies purement et simplement par les règles relatives aux assemblées dans les sociétés par actions. Cependant, pour la modification des statuts, il faut non seulement une décision de l'assemblée générale extraordinaire prise à la majorité des deux tiers du capital des commanditaires, mais également l'accord de tous les associés commandités (article 715 ter 8). Par exception, pour la transformation de la commandite par actions en société par actions ou en société à responsabilité limitée, il suffit de l'accord de la majorité des commandités (article 715 ter 10).

Les clauses de dissolution, résultant du caractère *intuitu personae* de la situation des commandités jouant dans les commandites simples, paraissent aussi jouer dans la commandite par actions, sous réserve de clauses contraires des statuts.

En dépit de la relative complexité de son fonctionnement due essentiellement à la superposition des deux catégories d'associés, ayant des droits et des obligations différents, cette forme sociétaire encore peu connue dans la pratique n'est pas sans attraits.

§2. Les attraits de la commandite par actions

Certes, la responsabilité indéfinie et solidaire des associés commandités peut *a priori* freiner l'ardeur de certains investisseurs pour adopter la commandite par actions ; mais, si l'on se réfère à l'expérience étrangère, il a été montré dans un passé récent que ce type de société recelait des potentialités assez intéressantes :

- D'abord, par rapport à la société par actions, la commandite laisse au pacte social beaucoup de liberté pour fixer le statut des gérants. L'engagement solidaire et indéfini des commandités, généralement gérants statutaires, leur donne un grand poids dans la direction de l'entreprise et leur permet d'obtenir en tout cas du crédit plus facilement. La possibilité d'obtention de crédit apparaît comme une contrepartie de la lourdeur de leur obligation solidaire et indéfinie.
- Ensuite, la commandite laisse à ceux qui l'adoptent une très grande liberté pour déterminer le statut des gérants, qu'il s'agisse de leur nomination, de leur rémunération ou de leur révocation. Les gérants peuvent ainsi être mieux protégés que des dirigeants de sociétés par actions (article 715 ter 4). En effet, le gérant, associé ou non, statutaire ou non, est révocable dans les conditions prévues par les statuts. Rien n'interdit par conséquent de prévoir que la révocation ne pourra intervenir qu'avec le consentement de tous les commandités, ce qui rend très stable la situation du gérant commandité.
- Enfin, étant une société par actions, la commandite peut faire appel au public et ouvrir son capital à des apports extérieurs, tout en maintenant la direction et la gestion de la société dans un cercle fermé de personnes (par exemple, un petit groupe familial) ; ce qui assure là également plus de stabilité. Elle peut notamment rendre service à un chef d'entreprise qui entend conserver la haute main sur la société, tout en ouvrant celle-ci à l'épargne publique.

C'est là un avantage supplémentaire qu'offre cette forme sociale par rapport à la société par actions traditionnelle, lorsque l'on souhaite disposer d'une grande souplesse dans les entrées et sorties d'actionnaires, car elle peut être constituée avec un capital variable.

Par ailleurs, la dissociation possible entre le contrôle de la gestion et le contrôle du capital peut permettre au fondateur d'une entreprise d'organiser sa succession au cas où il viendrait à décéder ou à se retirer des affaires, et de s'assurer que la gestion de l'entreprise reviendra aux personnes dignes de confiance (héritiers, salariés ou tiers) et compétentes, même si ces personnes ne sont pas financièrement en mesure de prendre le contrôle de la société.

La commandite par actions est une structure qui concorde bien avec le marché, en particulier en cas de transformation d'une société par actions en commandite par actions. Pour celles des petites et moyennes entreprises auxquelles la forme de société en nom collectif ou en commandite simple ne convient pas pour toutes les raisons que nous avons évoquées à leur propos, la société en commandite par actions semble constituer la forme adéquate ; sa structure est un excellent moyen de défense anti-OPA (c'est-à-dire un obstacle à toute mainmise sur elle par le biais d'une offre publique d'achat), si l'on se réfère à l'expérience française.

Les entreprises de petite et moyenne dimension, désirant disposer d'un mécanisme juridique moins complexe et moins lourd, se tournent plutôt vers la société à responsabilité limitée, forme sociale d'aspect hybride.

Section 3. La société hybride : la société à responsabilité limitée

Pourquoi la qualifie-t-on ainsi ? Tout simplement parce que par certains traits elle s'apparente à la société de personnes et par d'autres traits, à la société de capitaux.

Le législateur l'avait déjà consacrée dans le Code de commerce élaboré en 1975 et s'inspirant des législations étrangères, il a introduit une variante, l'*entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*.

§1. La société à responsabilité limitée

La société à responsabilité limitée (SARL) est, comme la société par actions, une entité sociale où la responsabilité de chaque associé est *limitée à son apport*, mais dont les parts sociales, à la différence des actions, ne peuvent pas être représentées par des valeurs mobilières négociables nominatives ou au porteur, et qui ne sont cessibles aux tiers qu'avec l'accord de la majorité des coassociés.

En plus des règles générales de fond et de forme qui s'appliquent à toutes formes de sociétés commerciales, la S.A.R.L est soumise à un certain nombre de règles particulières, desquelles découlent des avantages et des inconvénients pour l'adoption de ce type de société.

A. Les règles particulières à la S.A.R.L

Elles ont trait à :

- sa constitution ;
- sa gestion ;
- sa dissolution.

1°) Constitution de la S.A.R.L :

Pour être valablement constituée, la S.A.R.L doit répondre à deux séries de conditions, de fond et de forme.

a) Conditions de fond :

Elles sont relatives au nombre des associés, à leur capacité, à la dénomination sociale, à la formation du capital social et enfin, au régime des parts sociales.

- **Nombre des associés :** l'article 590 du Code de commerce le limite à vingt (20) associés au maximum. La loi considère qu'au dessus de ce chiffre, l'entreprise devient trop importante et doit prendre la forme d'une société par actions, ce dans le délai d'un an ; à défaut, elle est dissoute si le nombre n'a pas été ramené à vingt ou moins. On en déduit que la S.A.R.L est nécessairement une entreprise de taille moyenne.
- **Capacité :** les associés ne sont pas des commerçants et par conséquent, il est nul besoin d'avoir la capacité commerciale pour entrer dans une SARL ; ainsi, les personnes empêchées d'exercer le commerce (à cause d'incompatibilités ou de déchéances ou pour d'autres raisons) ont la possibilité d'être membres d'une SARL. Celle-ci est parfaitement valable entre conjoints, que ceux-ci soient les seuls associés (la condition de deux associés au minimum étant remplie) ou qu'ils soient avec d'autres.
- **Dénomination sociale :** la S.A.R.L n'a pas une « *raison sociale* », mais la dénomination sociale peut comprendre le nom d'un ou plusieurs associés, et doit être précédée ou suivie immédiatement des termes « *société à responsabilité limitée* » et de l'énonciation du *capital social*.
- **Formation du capital social :** les apports des associés, qui constituent le capital social, sont le premier gage des créanciers sociaux et ils présentent une importance plus grande que dans les sociétés en nom collectif, puisque les créanciers sociaux ne peuvent se faire payer que sur l'actif de la société, sans avoir de recours personnels contre les associés de SARL ; De là un certain nombre de règles légales sur ce capital dans la S.A.R.L :
 - le capital social doit avoir un montant minimum de 100.000 DA ; si, en cours de société, le capital est réduit à moins de ce montant, il faut dans le délai d'un an, soit procéder à une augmentation de capital pour le porter à hauteur de ce chiffre minimum, soit transformer la société, notamment en une société en nom collectif. A défaut, tout intéressé peut demander la dissolution judiciaire de la société, après une mise en demeure restée sans effet (article 566) ;

- les associés ne peuvent faire que des apports en numéraire et des apports en nature, soit en propriété, soit en jouissance, car les apports en industrie ne sont pas admis dans les S.A.R.L (article 567). Pour les apports en numéraire, il ne peut jamais y avoir de souscription publique (contrairement à la Spa) : les apports doivent être intégralement libérés (versés), avant la constitution de la société, entre les mains du notaire. Les fonds versés par les futurs associés ne peuvent être retirés par les premiers gérants qu'après la constitution de la société et son immatriculation au registre du commerce. Pour les apports en nature, la loi a organisé une procédure de vérification, analogue à celle pratiquée pour les Spa : le but est d'éviter une surévaluation des apports en nature qui entraînerait bien entendu une inégalité entre les associés en même temps qu'une fictivité partielle du capital dangereuse pour les créanciers sociaux. L'évaluation est effectuée par un commissaire aux apports choisi parmi les experts agréés près les tribunaux et désigné par ordonnance du tribunal (article 568). Cet expert établit un rapport sur l'évaluation des apports, lequel rapport demeure annexé aux statuts et est publié avec ceux-ci.

Par ailleurs, les associés sont solidairement garants pendant cinq ans à l'égard des tiers, de la valeur ainsi attribuée aux apports en nature.

- **Régime des parts sociales** : le capital de la S.A.R.L est divisé en *parts sociales* qui ont toutes une valeur nominale de 1000 DA au moins (article 566). Les parts ne peuvent jamais être représentées par des valeurs mobilières, c'est-à-dire par des titres nominatifs ou au porteur ; les parts sont *nominatives* (article 569) ; leur cession est soumise aux mêmes formes que celle des parts d'intérêt dans les sociétés en nom collectif : acte authentique qui les constate, notification à la société ou acceptation de la cession par celle-ci dans un acte authentique, sinon la cession n'est pas opposable à la société (article 572), publicité de cette cession, notamment au registre du commerce, pour la rendre opposable aux tiers. Cette cession des parts de S.A.R.L n'est pas toujours libre et une série de distinctions doivent être établies :
 - la cession est *libre entre conjoints ou entre ascendants et descendants*. Est également libre la transmission par succession (article 570), car le décès d'un associé n'entraîne pas la dissolution de la S.A.R.L ; cependant, les statuts peuvent contenir une clause subordonnant ces cessions ou transmission à l'agrément de la majorité des associés , représentant au maximum les $\frac{3}{4}$ du capital social. En cas de refus d'agrément, qui doit intervenir dans le délai maximum de trois mois, les associés sont obligés d'acquérir les parts ou de les faire acquérir par des tiers à un prix fixé à dire d'expert, à défaut d'accord amiable. Le rachat peut aussi être fait par la société elle-même, en vue d'une réduction de son capital, mais il faut le consentement du cédant. Si ce rachat n'intervient pas dans les délais légaux (de trois mois en principe), le refus d'agrément devient caduc (article 571) ;
 - La cession est *libre entre associés* ; mais ici encore, les statuts peuvent contenir une clause d'agrément ; en cas de refus d'agrément, les parts doivent être rachetées par des associés ou par des tiers présentés par ceux-ci, ou par la société elle-même en vue d'une réduction de capital. Ces dispositions sont impératives et toute clause contraire des statuts serait inefficace.

b) Conditions de forme et de publicité :

Conformément aux règles générales sur les sociétés commerciales, les statuts doivent faire l'objet d'un acte authentique (article 545). En plus des mentions que la loi exige obligatoirement dans les statuts de toute société commerciale (type, objet, dénomination, siège social, durée...), les statuts de la S.A.R.L doivent donner l'évaluation de chaque apport en nature, dire que toutes les parts sont intégralement

libérées, indiquer entre les mains de qui les fonds versés ont été déposés en attendant la constitution, préciser la répartition des parts entre les associés.

Naturellement, la S.A.R.L est soumise aux formes de publicité communes à toutes les sociétés commerciales : immatriculation au registre du commerce, publicité au niveau du centre national du registre du commerce et généralement, insertion dans un journal d'annonces légales de la wilaya du siège social.

Une fois toutes ces conditions remplies, la S.A.R.L régulièrement constituée se dote d'organes de gestion.

2°) Gestion de la S.A.R.L :

La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques (article 576) nommées par les associés et dont le statut diffère à bien des égards de celui des gérants de société en nom collectif et se rapproche plutôt de celui d'administrateur de société par actions. Cependant, les associés exercent un contrôle sur cette gestion.

a) Les pouvoirs du gérant :

En principe, le ou les gérants (lesquels peuvent être choisis en dehors des associés) ont la possibilité de faire, pour le compte de la société, tous les actes entrant dans l'objet social ; les limitations statutaires, autres que celles résultant de la définition de cet objet, sont inopposables aux tiers avec qui le gérant a contracté. Il en résulte que la société demeure obligée à l'égard des tiers (à moins que la société ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet, donc preuve de sa *mauvaise foi*), même si le gérant a dépassé les limitations statutaires et a commis un excès de pouvoir.

S'il existe plusieurs gérants, chacun d'eux a, en principe, tout pouvoir pour agir au nom de la société à l'égard des tiers ; si un autre gérant fait opposition à l'acte, cette opposition ne produit effet que si elle a été connue par le tiers avant la conclusion du contrat (article 577).

Les gérants sont civilement responsables (article 578), à l'égard de la société, des associés ou des tiers, des fautes qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions, pour violation des dispositions légales ou statutaires, pour erreurs dans la gestion qu'un gérant diligent et consciencieux n'aurait pas commises. Au cas où plusieurs gérants ont coopéré au même fait fautif, ils sont solidairement responsables à l'égard des victimes, leur part contributive étant déterminée par le juge, en fonction généralement de la gravité de leurs fautes respectives.

Ces règles sont aggravées si la S.A.R.L est mise en faillite. Une présomption de responsabilité pèse alors sur les gérants et sur les associés qui ont participé effectivement à la gestion de la société, si l'actif social est insuffisant pour régler les dettes de la société. A la demande du syndic, et sans que celui-ci ait à faire la preuve d'une faute quelconque, le tribunal peut mettre tout ou partie des dettes sociales à la charge des gérants et associés ou de certains d'entre eux, avec ou sans solidarité. Pour s'exonérer de cette présomption, ceux-ci doivent prouver qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'attention et la diligence d'un mandataire salarié (article 578 alinéas 2 et 3). Le tribunal apprécie souverainement dans quelle mesure cette lourde responsabilité doit être mise à la charge des gérants ou associés impliqués. Leur responsabilité pénale peut également être engagée, en cas de commission de délits d'affaires (usage abusif, dans un intérêt personnel, des biens ou du crédit de la société, ou en cas de faillite, banqueroute, par exemple).

Enfin, la révocation d'un gérant peut être décidée par des associés représentant plus de la moitié du capital social (article 579) ; toute clause contraire des statuts est sans effet.

Si le gérant révoqué estime que cette décision a été prise sans « juste motif », il peut s'adresser au tribunal pour obtenir des dommages et intérêts. Par juste motif, il faut entendre des fautes de gestion ou une incapacité physique de continuer à gérer, mais non pas un simple changement de majorité. Si le gérant possède la majorité, il pourrait échapper à toute révocation, mais la loi prévoit que celle-ci peut être demandée au tribunal par un associé, à la condition de justifier d'une cause légitime de révocation. Ce n'est pas le seul pouvoir dont disposent les associés.

b) Les pouvoirs des associés :

Les associés conservent un certain nombre de pouvoirs dans la S.A.R.L, et la loi s'est efforcée de leur donner les moyens de les exercer efficacement.

Ainsi possèdent-ils principalement un **droit de communication**.

Quinze jours avant la réunion de l'assemblée générale annuelle chargée de délibérer sur les comptes de l'exercice et sur l'affectation des bénéfices, les gérants doivent adresser à chaque associé le bilan, le compte d'exploitation générale, le compte de profits et pertes, le rapport des gérants et, le cas échéant, celui du commissaire aux comptes, ainsi que le texte des résolutions proposées (article 585) ; dans le même délai, l'inventaire doit être tenu à la disposition des associés au siège de la société.

Par ailleurs, un droit de communication permanent pouvant s'exercer à toute époque de l'année, porte sur certains documents sociaux.

Ensuite, les décisions des associés sont prises en assemblée (article 580) ; cependant, à l'exception de l'assemblée générale annuelle ordinaire chargée de délibérer sur les comptes de l'exercice, la réunion des associés en assemblée peut être remplacée, si les statuts le prévoient, par une consultation écrite des associés. C'est là une originalité de la S.A.R.L.

Tout associé a accès à l'assemblée, laquelle est présidée par le gérant (article 583) ; il dispose d'autant de voix qu'il a de parts (article 581). Il peut toujours se faire représenter par un autre associé ou par son conjoint, ou éventuellement par d'autres personnes mentionnées dans les statuts. Si la société a réalisé des bénéfices, l'assemblée générale détermine la part à distribuer aux associés sous forme de dividende ; en cas de distribution de dividendes fictifs, il y a lieu à répétition dont l'action « se prescrit par le délai de trois ans à compter de la mise en distribution des dividendes (article 588). L'action en répétition n'est pas le seul incident qui peut affecter la vie sociale ; d'autres causes plus graves peuvent entraîner la dissolution de la S.A.R.L.

3°) Dissolution de la S.A.R.L :

Il y a lieu d'appliquer aux S.A.R.L les règles générales concernant les causes de dissolution communes à toutes les sociétés et les modalités de liquidation ; d'autres règles sont spéciales à ce type de société, relatives aux cas particuliers de dissolution si le nombre des associés devient supérieur à la vingtaine, ou si le capital social devient inférieur au montant de 100.000DA. On peut évoquer également deux autres cas :

a) Dissolution pour perte de plus des ¾ du capital social :

Si plus des ¾ du capital social sont déjà absorbés par les pertes, la société se trouve dans une situation financière qui peut être dangereuse pour ses créanciers, puisque ceux-ci ne peuvent se payer que sur l'actif de la société et n'ont pas de recours personnel contre chacun des associés dont la responsabilité est, par définition, limitée. L'article 589 alinéa 2 du Code de commerce prend des dispositions pour régler ce cas. Le gérant doit consulter l'assemblée générale extraordinaire des associés qui décide s'il y a lieu ou non de dissoudre la société ; si elle ne prononce pas la dissolution, elle est obligée de réduire le capital du montant de la perte et si cette réduction fait

descendre le capital au dessous du minimum légal de 100.000 DA, elle doit ordonner une augmentation de capital. La décision de l'assemblée est inscrite au registre du commerce et publiée par insertion dans un journal d'annonces légales.

Si le gérant n'a pas convoqué l'assemblée, ou si les associés n'ont pas pu délibérer valablement (car il faut la majorité des $\frac{3}{4}$ des parts du capital social), tout intéressé peut demander au tribunal de prononcer la dissolution de la société.

En revanche, le décès (sauf stipulation contraire des statuts selon l'article 589 alinéa 1), la faillite ou l'interdiction d'un associé (causes spécifiques aux sociétés de personnes) ne sont pas des causes de dissolution de la S.A.R.L. Toutefois, la S.A.R.L peut disparaître sous sa forme, en cas de fusion ou de transformation.

b) Fusion et transformation de la S.A.R.L :

Une S.A.R.L peut fusionner avec une autre S.A.R.L ou même avec une société d'un autre type, notamment avec une société par actions. Elle peut également se transformer en une société d'un autre type, sans perdre sa personnalité morale ni son patrimoine. Cependant, pour sa transformation en une société en nom collectif, il faut que la décision soit prise à l'unanimité des associés (article 591), car elle augmente leurs engagements, puisque les associés en nom sont, nous le savons, indéfiniment et solidairement responsables du passif social (responsabilité illimitée).

Or si les associés ont, au départ, choisi la forme de S.A.R.L, c'était précisément pour **limiter** leur responsabilité ; une telle responsabilité limitée est l'un des avantages majeurs de ce type de société, qui souffre tout de même de certains inconvénients.

B. Avantages et inconvénients de la S.A.R.L

Pour être en mesure de les déterminer avec clarté, il convient d'effectuer une comparaison avec les deux types de sociétés auxquels la S.A.R.L s'apparente, à savoir la société en nom collectif et la société par actions.

1°) Nous avons constaté que la société en nom collectif se constituait et fonctionnait plus simplement que la S.A.R.L ; les gérants associés de la société en nom ont une situation plus stable, dans la mesure où ils ne peuvent être révoqués que sur décision unanime des autres associés.

Mais la différence essentielle concerne le statut des associés. Dans la SNC, les associés sont tous commerçants, répondant indéfiniment et solidairement sur leurs biens personnels du passif social ; par contre, la limitation de responsabilité dans la S.A.R.L semble un atout important ; en outre, le devenir d'une SARL n'est pas conditionné par les causes personnelles affectant les associés (décès, faillite entraînant automatiquement la dissolution de la SNC).

Par ailleurs, le statut fiscal fera souvent la décision, celui de la SARL étant actuellement mieux adapté pour les sociétés familiales, et pour les entreprises désirant, pour se développer, conserver pour leur autofinancement des bénéfices de plus en plus importants.

2°) Concernant le choix entre la S.A.R.L et la société par actions, les règles de fonctionnement de la première sont moins contraignantes et là aussi, apparaissent des considérations fiscales. Dans la société à responsabilité limitée, la cession de parts sociales (qui ne peut être constatée que par acte authentique, selon l'article 572 du Code de commerce) est toujours soumise à un droit d'enregistrement, alors qu'une transmission d'actions n'est soumise à aucun droit, dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un acte écrit ; d'autant que le régime des actions et des parts est différent. A la *négociabilité* des actions s'oppose la simple *cessibilité* des parts sociales : l'intuitus personae au sein de la S.A.R.L jouant un rôle non négligeable, les parts sociales ne sont pas librement cessibles. Le nantissement des actions, par exemple, est plus aisé, ce qui signifie que, à valeur égale, elles permettent d'obtenir plus aisément du crédit.

Et, alors que les parts sont impérativement libérées en même temps qu'elles sont souscrites, les actions ne doivent obligatoirement l'être que pour un quart, la libération du surplus pouvant n'intervenir le cas échéant que dans un délai de cinq ans. Il est vrai que le capital de départ de la S.A.R.L se constitue plus facilement, étant donné son montant minimum relativement faible par rapport à celui de la société par actions. Mais le législateur l'a fait incontestablement glisser du côté de la société par actions, celle qui ne fait pas appel public à l'épargne ; la constitution de la S.A.R.L se réalise certes dans des conditions plus strictes (dépôt des fonds, évaluation des apports en nature). Le gérant prend son omnipotence en étant révocable plus facilement (sans l'être toutefois *ad nutum*), en étant soumis à un contrôle plus rigoureux des associés, voire même d'un commissaire aux comptes, dans les sociétés les plus importantes. Les associés minoritaires sont mieux protégés (possibilité de poser des questions écrites à la gérance ou de demander une expertise de gestion ; vote sur les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés). Surtout, ils sont assurés de pouvoir quitter la société dès lors qu'ils ont trouvé un acquéreur pour leurs parts sociales. Quant aux tiers, ils bénéficient des mêmes protections que s'ils contractaient avec une société par actions (pouvoir légal de la gérance avec inopposabilité des clauses statutaires restrictives, en vertu de l'article 577 alinéa 3 du Code de commerce).

Mais au niveau de l'administration, demeure cette différence : tandis que la S.A.R.L laisse en principe face à face les associés d'un côté, le ou les gérants de l'autre, la société par actions comporte un organe collectif, en quelque sorte intermédiaire d'administration ou de surveillance, selon le cas.

Il faut aussi ajouter que d'un point de vue social, le président du conseil d'administration ou les membres du directoire bénéficient en toute hypothèse du statut des salariés, pendant que le gérant de S.A.R.L n'y a droit que s'il est associé *minoritaire*.

La S.A.R.L apparaît comme la forme sociale la mieux adaptée à la ***petite et moyenne entreprise*** (PME), du fait que nombre de ses règles permettent de prendre en considération les intérêts patrimoniaux ou familiaux de ses associés. La mise en forme de S.A.R.L d'une PME à caractère familial semble notamment s'imposer/

- en présence d'un ou plusieurs futurs associés ne pouvant ou ne voulant pas prendre la qualité de commerçant ;
- en présence d'un entrepreneur individuel entendant préparer et faciliter la transmission de son entreprise tout en lui conservant un caractère familial ;
- pour démarrer une activité sociale avec un capital social minimum, et dont on peut prévoir qu'elle ne secrètera pas un besoin de financement par apport de capitaux extérieurs à court ou moyen terme ; au demeurant, si l'entreprise prend de l'importance jusqu'à intéresser d'autres associés (dépassement du plafond légal de vingt associés), la transformation d'une S.A.R.L en société par actions est toujours possible ;
- en présence d'une entreprise en pleine croissance et pratiquant une politique d'autofinancement importante.

En revanche, la S.A.R.L convient d'autant moins aux grandes affaires que, non seulement le nombre d'associés est limité mais aussi, il lui est plus difficile d'emprunter (si elle veut par exemple augmenter son capital) puisqu'elle ne peut pas émettre des valeurs mobilières, notamment des obligations. C'est d'ailleurs ce qui fait sa relative faiblesse.

Il convient d'ajouter que la S.A.R.L, ayant en général une surface financière assez restreinte et des associés qui par définition ne sont pas obligés au passif social, peut apparaître comme peu sûre pour les prêteurs ou les créanciers. Elle a peu de crédit parce

qu'elle offre peu de garantie ; aussi, les banques qui leur consentent des prêts ne manquent-elles pas de demander la **caution** soit du ou des gérants, soit des principaux associés. Ceux-ci, en devant s'engager dans l'intérêt de la survie de leur entreprise, perdent alors du même coup l'avantage qu'ils attendaient du choix de cette forme sociale qui leur permettait de limiter précisément leur responsabilité au montant de leur apport.

En outre, les S.A.R.L peuvent donner lieu à un certain nombre d'abus : ainsi, constituées très simplement avec un faible capital, elles facilitent les fraudes, notamment fiscales ; d'autre part, elles dissimulent parfois de simples entreprises individuelles avec l'aide d'associés fictifs, parents ou amis. Alors, si tel était le cas, pourquoi ne pas opter carrément pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée qui apparaît comme une variante de la S.A.R.L comportant un associé unique ?

§2. L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)

La possibilité d'instituer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L) existe en Algérie depuis l'Ordonnance n° 96-27 du 9 décembre 1996, laquelle a instauré le statut d'entreprise individuelle à responsabilité limitée, à l'image de ce qui existait déjà dans de nombreux pays, notamment en Allemagne. Son origine part d'un constat bien connu : le chef d'entreprise individuelle est placé dans une situation très défavorable par rapport au dirigeant de société qui ne supporte pas indéfiniment les dettes sociales, et il y a là manifestement un frein à l'esprit d'initiative, à défaut d'une sécurité minimale. Cette situation apparaît d'autant plus choquante que la société est peu à peu devenue une technique de *limitation patrimoniale des risques*. On a pu observer que très souvent dans la société de petite taille (par actions ou à responsabilité limitée), le chef d'entreprise détient la quasi-totalité du capital, ses associés n'étant que des « hommes de paille », des prête-noms : membres de la famille ou amis complaisants, sans véritable *affectio societatis*. Leur participation à la vie sociale est inexistante : le « président directeur général » ou le gérant dirige la société en maître absolu. Avec la reconnaissance de l'entreprise unipersonnelle, les principes d'équilibre entre les droits des associés et les pouvoirs des dirigeants, ou d'égalité entre associés n'ont plus de sens, l'*affectio societatis* de l'associé unique prenant une coloration toute particulière.

Si le régime de base de l'E.U.R.L est celui de la S.A.R.L, de nombreux aménagements techniques ont dû être apportés aux règles de création et surtout de fonctionnement de la société à responsabilité limitée traditionnelle, qui en feront apparaître les avantages mais aussi les inconvénients.

A. La création de l'E.U.R.L

La société unipersonnelle peut être créée *ab initio* par une seule personne qui exerçait déjà une activité sous forme individuelle (fonds de commerce) ou qui démarre une entreprise. L'E.U.R.L peut également résulter de la réunion de toutes les parts d'une S.A.R.L dans une même main. L'article 564 alinéa 2 du Code de commerce dispose en effet que « *Lorsque la société à responsabilité limitée ne* » comporte qu'une **seule personne en tant qu'associé unique** », celle-ci est dénommée « **entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée** ».

C'est pourquoi la procédure de dissolution judiciaire de la société à responsabilité limitée est expressément écartée, en ces termes, par l'article 590 bis 1 du Code de commerce : « *En cas de réunion en une seule main de toutes les parts d'une société à responsabilité limitée, les dispositions de l'article 441 du Code civil relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables* ».

1°) L'associé unique :

L'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale. En vertu de l'article 590 bis 2, « *une personne physique ne peut être associé unique que d'une seule société à responsabilité limitée. Une société à responsabilité limitée ne peut*

avoir pour associé unique une autre société à responsabilité limitée composée d'une seule personne ». Autrement dit, une personne physique ne peut être associé unique que d'une seule E.U.R.L ; par contre, une personne morale peut être associée unique de plusieurs E.U.R.L.

En cas de violation de ces dispositions, tout intéressé peut demander la *dissolution* des sociétés irrégulièrement constituées. Cependant, lorsque l'irrégularité résulte de la réunion *en une seule main* de toutes les parts d'une société ayant plus d'un associé, la demande de dissolution ne peut être faite moins d'un an après la réunion des parts. Dans tous les cas, le tribunal peut accorder un délai maximal de six mois pour régulariser la situation, et il ne peut pas prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (article 590 bis 2 alinéa 2).

L'associé unique, personne physique n'exigeant pas la qualité de commerçant, un mineur non émancipé peut donc en principe avoir ce statut. Le capital social doit être au minimum de 100.000 DA (article 566), comme dans toute S.A.R.L ; il peut être constitué grâce à des apports en numéraire ou en nature. L'apport en nature nécessite en principe l'intervention d'un commissaire aux apports désigné par ordonnance du tribunal parmi les experts agréés (article 568).

2°) Objet :

L'E.U.R.L peut être utilisée pour les activités industrielles et de services, comme pour les activités commerciales ou artisanales ; même des membres de professions libérales (médecins ou avocats) peuvent transformer leur société civile professionnelle en E.U.R.L, l'objet demeurant civil mais avec forme commerciale.

B. Le fonctionnement de l'E.U.R.L

1°) La gérance :

Le gérant de l'E.U.R.L peut être l'associé unique lui-même ou un tiers. Lorsque l'associé unique est une *personne morale*, la gérance doit être obligatoirement exercée par un tiers, puisque seule une personne physique peut exercer cette fonction. Lorsque l'associé unique est une *personne physique*, c'est généralement lui qui exercera la gérance, afin de ne pas être obligé à l'égard des tiers par les actes d'un gérant qui ne relèveraient pas de l'objet social.

Les fonctions de gérant peuvent être rémunérées ou gratuites ; le gérant est investi à l'égard des tiers des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de l'entreprise unipersonnelle. Lorsque la gérance est assurée par un tiers, il est préférable de prévoir **statutairement** une autorisation préalable de l'associé unique pour les actes importants.

Les conventions passées entre le gérant et la société sont soumises au même régime que celles passées entre l'associé unique et la société. Les dispositions pénales applicables au gérant de la S.A.R.L sont également applicables au gérant d'une E.U.R.L.

2°) Les pouvoirs de l'associé unique :

L'associé unique exerce tous les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés dans la S.A.R.L traditionnelle. Il se prononce donc par décisions unilatérales, et doit prendre *personnellement* les décisions, sans pouvoir déléguer ses pouvoirs à un tiers. Toutes les décisions prises au lieu et place de l'assemblée doivent être répertoriées dans un registre (article 584 alinéa 6). En cas de non respect de ces dispositions, la nullité pourrait être demandée par tout intéressé (article 584 alinéa 7).

Les règles relatives à la tenue des assemblées (convocation, vote, majorité) sont évidemment inapplicables et sont expressément écartées par l'article 584 alinéa 4.

Chaque année, le gérant, qu'il soit l'associé unique ou un tiers, doit établir un inventaire des comptes annuels et un rapport de gestion. L'associé unique approuve les comptes, le cas échéant après rapport du commissaire aux comptes, dans le délai de six

mois à compter de la clôture de l'exercice (article 584 alinéa 5). S'il n'est pas gérant, l'associé unique bénéficie d'un droit de communication permanent des documents sociaux concernant les trois derniers exercices sociaux (article 585-2°).

L'associé unique peut céder librement à un tiers ses droits sociaux, la procédure d'agrément étant évidemment exclue. La cession doit être constatée par un acte authentique (article 572).

Le décès de l'associé unique ne met pas fin à la société, sauf clause contraire des statuts (article 589) ; la société continue avec les héritiers du défunt auxquels les parts sociales sont transmises ; lorsqu'il y a plusieurs héritiers, la société devient **pluripersonnelle**, elle est alors soumise au régime de droit commun des S.A.R.L.

Les causes de **dissolution** communes à toutes les sociétés, sauf celles qui supposent une pluralité d'associés (dissolution pour mésentente, notamment), sont applicables à l'E.U.R.L ; mais la dissolution de l'E.U.R.L, qu'elle soit volontaire ou judiciaire, n'est pas suivie de liquidation, afin d'éviter des formalités inutiles. Elle entraîne transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique et les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de sa publication.

C. Avantages et inconvénients de l'E.U.R.L

1°) Avantages :

La société unipersonnelle permet au chef d'entreprise de limiter, en principe, sa responsabilité aux biens qu'il *affecte à son exploitation*. L'E.U.R.L devrait ainsi permettre de réduire le nombre des sociétés fictives. La tenue de documents comptables liée à la séparation des patrimoines, la nomination éventuelle d'un commissaire aux comptes, la constatation des principales décisions concernant la vie de la société doivent permettre à l'associé unique d'avoir une gestion comptable et financière plus rigoureuse.

Mais surtout, l'E.U.R.L a été conçue :

- d'abord, , pour **assurer la continuité** d'une S.A.R.L réduite à un associé unique, lorsque celle-ci ne peut survivre par suite d'une mésentente entre deux ou plusieurs associés. On sauve pour ainsi dire l'entreprise, ce qui est un bien pour l'économie et pour la préservation de l'emploi ;
- ensuite, pour **faciliter la transmission de l'entreprise**. Le chef d'entreprise peut en effet organiser son retrait, en cédant progressivement ou en bloc ses parts pour un coût fiscal réduit (contrairement à une cession de fonds de commerce plus coûteuse) ; en outre, le fonds de commerce exige la qualité de commerçant chez son propriétaire, ce qui n'est pas le cas pour l'E.U.R.L, ce qui permet d'encourager l'investissement privé ;
- enfin, dans les **groupes de sociétés**, l'entreprise unipersonnelle offre une structure d'accueil aux filiales contrôlées à 100%, et devrait éviter là aussi la constitution de sociétés fictives.

2°) Inconvénients :

On les rencontre à trois points de vue :

* au plan **juridique** : par rapport à l'entreprise individuelle (fonds de commerce), le fonctionnement d'une E.U.R.L est incontestablement plus contraignant (constatation des engagements dans un registre spécial, nomination éventuelle d'un commissaire aux comptes. Surtout, la structure de l'E.U.R.L ne doit pas être adoptée dans l'espoir de limiter sa responsabilité. En effet, d'une part, en pratique, les créanciers sociaux, spécialement les établissements de crédit, continuent d'exiger le *cautionnement* de l'associé unique et ne se contentent pas de la seule garantie offerte par le capital social (dont le montant est faible en règle générale). D'autre part, en cas de *cessation des paiements* de l'E.U.R.L, souvent la responsabilité personnelle de l'associé unique sera

recherchée car, pour faute de gestion, il sera condamné au comblement du passif de l'entreprise ; il est donc à craindre que, lorsque l'associé unique est gérant, une certaine **confusion** s'opère entre son patrimoine personnel et le patrimoine social : la liquidation judiciaire de l'E.U.R.L s'étendrait au gérant associé.

* au plan **fiscal** : c'est souvent le coût fiscal qui décidera de l'adoption de la forme E.U.R.L. Si l'associé unique est une *personne physique*, l'entreprise est en principe soumise au régime fiscal des sociétés de personnes : les bénéfices de la société, qu'ils soient distribués ou non, sont donc directement imposables à l'I.R.G entre les mains de l'associé unique. Si l'associé unique est une *personne morale*, la société est de plein droit soumise à l'impôt sur les sociétés, sans possibilité d'option pour le régime fiscal des sociétés de personnes, quelle que soit sa forme juridique.

* au plan **social** : le gérant de l'E.U.R.L est affilié au régime des non salariés (travailleurs indépendants) et il ne peut bénéficier du régime social des salariés.

Quoi qu'il en soit, en dépit de ces quelques inconvénients, l'E.U.R.L apparaît comme une forme sociale très attrayante pour toutes les personnes qui, désirant se lancer dans les affaires, n'ont pas l'affectio societatis développé.

CONCLUSION GENERALE

Lorsque la loi n'impose pas l'adoption d'une forme sociale déterminée pour tel type d'activité, le choix des fondateurs est guidé par des considérations d'opportunité et plus particulièrement, des préoccupations d'ordre fiscal. En effet, il convient avant tout d'opter pour la forme sociale qui permet d'obtenir le régime fiscal le moins contraignant, le moins pénalisant possible quant aux gains escomptés. Ces considérations sont tellement importantes qu'elles ont tendance à éclipser quelque peu les motifs d'ordre juridique.

Cette tendance aboutit néanmoins à des choix parfois contestables, pour des résultats assez aléatoires au plan économique, car le régime fiscal applicable est relativement changeant, variable.

C'est pourquoi de très nombreux motifs d'opportunité d'ordre juridique, comme nous l'avons envisagé, sont tout autant susceptibles d'exercer une influence certaine sur le choix de la forme sociale à adopter.

A cet égard, l'aspect fondamental de la démarche arrêtée par le législateur au cours des réformes, a consisté à consacrer des solutions susceptibles de donner plus de dynamisme à l'entreprise, en mettant à sa disposition des instruments juridiques appropriés.

Dans l'équilibre que cherche à assurer le droit des sociétés commerciales entre divers intérêts en cause, d'une part la protection des investisseurs et d'autre part la liberté d'agir des entrepreneurs, cette liberté a paru souffrir de trop de contraintes. La crise économique qu'a connue l'Algérie depuis plus d'une décennie a amené le législateur à prendre toute une série de mesures, à travers des textes législatifs importants, tels le décret législatif n°93-08 du 25 avril 1993 modifiant le Code de commerce, le décret législatif n°93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières et bien d'autres textes relatifs à l'investissement, à la concurrence, aux pratiques commerciales...D'où un encouragement pour l'augmentation du capital des entreprises, de leur capacité de production car désormais, lesdites entreprises peuvent se procurer des fonds propres par l'intermédiaire du marché boursier.

Une telle évolution législative a donc, de ce point de vue, des avantages incontestables au plan économique ; mais elle n'est pas sans inconvénients car elle entraîne une complexité et une technicité plus accentuées.

- **Complexité**, d'abord : le développement de la réglementation, à l'appui de la loi, est susceptible de compliquer davantage la tâche des praticiens et des opérateurs économiques. A la nécessité de se reporter aux solutions législatives s'ajoutera celle de tenir compte, lorsqu'il s'agira notamment d'une société par actions faisant publiquement appel à l'épargne, des nombreux règlements de la Commission d'organisation et de surveillance des opérations boursières (COSOB), de ses instructions et recommandations. On augmente la bureaucratie, quand on doit la combattre ! Il faut du temps pour s'adapter à une telle situation et acquérir de l'expérience ;
- **Technicité**, ensuite : la réglementation traditionnelle touffue n'est déjà pas abordable pour un actionnaire ou un épargnant de niveau moyen : les dispositions de la nouvelle réglementation, présente ou future, seront difficilement compréhensibles pour des personnes autres que des professionnels de la bourse, des établissements financiers spécialisés, des experts en comptabilité ou des gestionnaires d'organismes de placement. Des investisseurs seront-ils en mesure d'appréhender correctement une telle réglementation très technique et d'accepter une prise de risques conséquente ?

Dans l'attente d'un agencement des institutions économiques et financières au service des opérateurs, rien n'empêche dans l'immédiat que les relations entre entreprises puissent s'organiser grâce à des règles tirées non du droit des sociétés, mais du droit des contrats et des obligations. Le recours à la **technique contractuelle** présente, en effet, de multiples avantages/

- d'abord, il permet d'unir non seulement des sociétés entre elles, mais également des sociétés et des entreprises individuelles. La souplesse est très grande, puisque la liberté contractuelle autorise une adaptation très facile aux besoins de la vie des affaires, grâce aux contrats traditionnels (mandat, louage, vente) ou à la création de figures contractuelles nouvelles (factoring, leasing ou crédit-bail, franchising). Les parties peuvent fixer, comme elles l'entendent, la **durée** de leur collaboration, son **étendue** (rapprochement par une opération ponctuelle ou un ensemble d'opérations), la **nature** de leurs relations :
- ensuite, les entreprises qui passent de tels accords gardent leur **indépendance juridique**, ce qui est souvent la condition fondamentale mise par les dirigeants et entrepreneurs à tout accord de collaboration. Aucun engagement irréversible de leur part n'est pris, mais si les relations interentreprises se développent favorablement, elles peuvent déboucher sur l'établissement de liens plus solides avec, à la clef, des prises de participation financière, et même un accord de fusion.

Plusieurs types de contrats se rencontrent le plus souvent en pratique, notamment quatre :

1°) Le regroupement momentané d'entreprises :

Lorsque plusieurs entreprises sont chargées d'un travail d'ensemble (travaux publics, génie civil...), il est fréquent qu'un contrat (*protocole*) soit conclu entre ces sociétés en raison de leur complémentarité ou pour diviser les risques. La constitution du groupe permet également de renforcer la puissance économique des entreprises, sans leur faire perdre leur autonomie. Quelquefois, l'une d'elles « *entreprise pilote* » est désignée comme mandataire des autres pour toutes les relations concernant le chantier. Cette désignation étant souvent exigée par le maître de l'ouvrage, ce qui permet à celui-ci de traiter avec un interlocuteur unique.

Chaque groupe est régi par les stipulations contenues dans le **protocole**, qui peuvent être très variables. Une difficulté peut tout de même surgir lorsque le créancier de l'une des entreprises parties à l'accord, ne réussissant pas à se faire payer, soutient qu'en réalité une société créée de fait a été constituée, ce qui lui permet d'agir contre le plus solvable des « associés », tenu indéfiniment et solidairement des dettes contractées par l'un des coassociés. Mais une telle prétention ne peut être retenue que si l'*affectio societatis* est prouvée. En principe, un tel contrat ne donne naissance ni à un groupement de sociétés morales de droit privé (le groupement doté de la personnalité morale) ni à une société « fusionnée », et que, sauf stipulation contraire expresse, chacun des membres n'est responsable que de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses propres engagements.

2°) Accords de coopération :

Il s'agit principalement de **conventions** qui ont pour objet de permettre à deux ou plusieurs sociétés ou groupes de sociétés d'unir leurs efforts sur un pied d'égalité, dans certains secteurs de leur activité. Les entreprises peuvent ainsi mettre en commun des moyens de recherche, étudier ensemble des prototypes, passer des accords dans le domaine de la distribution pour mieux utiliser leur réseau. Ces accords sont souvent évolutifs et prévoient la possibilité de rapprochements plus étroits en cas de succès. De tels accords de coopération sont fréquents dans les secteurs maritime et aérien, sous forme de **pools** entre compagnies nationales et étrangères (affrètements réciproques, tarifs communs...). Généralement, dans le monde des affaires internationales, ces accords débouchent sur la création de « **joint-ventures** » ou entreprises conjointes.

La notion juridique pure de *joint-venture* n'existe qu'en droit américain et elle ne désigne qu'une relation strictement contractuelle : l'accord n'entraîne en aucun cas la création d'une nouvelle entité juridique par les partenaires, telle qu'on la connaît dans notre droit des sociétés avec le **groupement**. La recherche du partenariat entre entreprises nationales et étrangères peut avoir différentes motivations : l'exploitation du marché local, la volonté de s'octroyer une part des bénéfices de la production locale, d'acquérir des connaissances ou une technologie utiles à son domaine d'activité principal, de créer une antenne de recherche dans un domaine précis, etc.

D'une façon générale, les *joint-ventures* ont une durée de vie limitée, soit en raison de leur objet (réalisation d'un chantier de construction, exploration ou exploitation de gisements pétrolifères, consortiums bancaires visant à une opération d'investissement déterminée...), soit parce que la société, qui a utilisé cette structure pour prendre place sur un marché, décide de s'implanter à long ou moyen terme en créant une **filiale commune** ou de se retirer du marché, en fonction des résultats obtenus. C'est là une structure souple accessible aussi bien aux grands groupes (comme Sonatrach) qu'aux sociétés plus modestes. L'investissement est, en effet, assez limité par rapport à une implantation directe. En conséquence, le contrat de création d'un joint-venture est essentiel : dans toutes les étapes de la collaboration, la description précise des activités communes et des apports de chaque membre doit être la plus détaillée possible. En outre, la **confiance mutuelle** des partenaires est une condition *sine qua non* de la réussite de l'opération.

3°) Accords de sous-traitance :

Le plus souvent, ce sont des contrats dits d'**intégration** par lesquels un donneur d'ordre généralement puissant (par exemple, un industriel dans le secteur de l'automobile et de l'électroménager notamment) se décharge de tâches de production auprès de nombreuses petites entreprises établies en Algérie où, le taux de change aidant, la main d'œuvre locale est bon marché (dans le cadre des délocalisations).

Si, théoriquement, le **sous-traitant** est juridiquement indépendant du donneur d'ordre (l'**entrepreneur principal**), il est économiquement sous sa dépendance totale par le jeu des clauses généralement imposées dans ce type de contrat (la sous-traitance) : les quantités, normes de fabrication et prix sont fixés par la société traitante, dans le cadre d'un marché à long terme où la spécialisation et l'exclusivité sont le plus souvent de règle. Toutefois, un tel cadre n'est pas sans risque pour les entreprises sous-traitantes, dans l'hypothèse notamment de difficultés économiques rencontrées par les donneurs d'ordre. Pour éviter un tel risque, les sous-traitants doivent être prudents, en prévoyant dans leurs conventions des clauses de **sauvegarde** de leurs droits en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

On peut d'ailleurs rapprocher de ces contrats de production intégrée les contrats de distribution intégrée, tels les contrats de concession ou de franchise.

La **franchise** (ou **franchising**) commerciale est perçue comme une collaboration étroite entre le commerçant local et l'exportateur ; celui-ci concède sa marque ou une gamme de produits mais aussi son savoir-faire commercial (techniques de vente, marketing...) et toute une série de services. L'ensemble sera exploité dans des points de vente à son enseigne (exemple de Coca Cola). En contrepartie, le franchisé verse un droit d'entrée puis des royalties sur les ventes réalisées. Ce type de coopération requiert avant tout une protection sûre de la marque et des brevets d'invention, mais également un contrôle constant du franchiseur qui doit veiller à la notoriété de sa marque.

4°) La location-gérance :

Le contrat de location-gérance est celui par lequel une société confère le soin de gérer son fonds de commerce à une autre société qui l'exploite à ses risques et périls. Il convient de distinguer soigneusement cette location-gérance du contrat de gérance d'entreprise ou « **contrat de management** », dans lequel une société, propriétaire des murs et titulaire du fonds, en confie l'exploitation à un groupe spécialisé qui apporte son savoir-faire, sa marque et forme le personnel (ce type de contrat est fréquent dans le domaine hôtelier. Exemple du Sofitel à Alger) Mais c'est la société propriétaire qui continue à assumer les risques.

Cela précisé, la société de gérance (dite société d'exploitation) qui n'est pas un type particulier de société, joue le rôle de **locataire** et ce sont les règles classiques de la location-gérance qui s'appliquent. Au plan financier, la société a besoin d'importants capitaux permanents au départ, mais si elle n'a pas de surface financière suffisante, elle aura beaucoup de mal à se procurer du crédit.

En tout état de cause, le recours à la location-gérance permet de réaliser une opération de concentration souple : plutôt que d'opérer carrément une fusion ou de prendre des participations, on crée par exemple une société qui prend en location-gérance les fonds des entreprises qui se regroupent, celles-ci pouvant d'ailleurs être sociétaires ou individuelles.

Un tel montage présente certains avantages : les propriétaires des fonds de commerce ou d'industrie mis en location vont toucher un revenu, généralement indexé, grâce à la redevance versée par la société d'exploitation. La concentration n'a pas bien sûr de caractère irréversible et il est permis de ne lui conférer qu'un caractère partiel, dans la mesure où certaines activités peuvent demeurer en dehors de l'opération. Si cette sorte de **mariage à l'essai** donne entière satisfaction, il pourra alors déboucher sur une **fusion**.

Il demeure tout de même un risque, celui d'une **faillite commune**.

On peut rapprocher de ce montage le **crédit-bail** (ou **leasing**). En effet, procédé de financement des investissements productifs moulé sur une opération juridique complexe, le crédit-bail est une **location financière de biens d'équipement** inspirée des techniques anglo-saxonnes du leasing à vaste champ d'application. Il s'agit d'une

opération triangulaire mettant en présence un fournisseur-vendeur, un acheteur-bailleur financier et un preneur. Plusieurs raisons militent en faveur de son adoption et de son développement : on citera, entre autres, l'insuffisance endémique des fonds propres des entreprises nationales, la dépréciation monétaire, l'érosion des marges bénéficiaires et l'accélération de la technologie qui appellent des investissements importants et rapides. Or, ni l'autofinancement ni le marché financier (balbutiant chez nous) ni même le crédit à moyen terme classique ne peuvent répondre à ce besoin d'équipement urgent, notamment au niveau des PME.

Le **leasing** apparaît, dès lors, comme le moyen financier de substitution indispensable. Ses avantages sont certains, pour tous les protagonistes.

- Cette formule, extrêmement souple, offre à l'**utilisateur** (souvent des PME), sous un régime fiscal assez favorable, la possibilité de se procurer sans débours d'acomptes initiaux le bien d'équipement souhaité. Le chef d'entreprise utilisateur, n'ayant aucun apport initial propre de trésorerie à effectuer (absence d'autofinancement), est généralement dispensé de fournir des garanties réelles. La périodicité des loyers, sagement étudiée, l'utilisation du matériel répondant au mieux à ses besoins avec toutes les prérogatives d'un propriétaire économique, durant un délai minimum et sur une base fixée à l'avance, la faculté dont il dispose, à la fois de la période de location dite *irrévocable*, d'acquiescer le bien loué pour un prix, dit **valeur résiduelle**, tenant compte des loyers perçus, ou de demander le renouvellement de la location à des conditions librement définies par les parties contractantes, sont autant d'avantages séduisants. L'inscription des loyers en charges d'exploitation dans les frais généraux et leur déduction de la base d'imposition, la possibilité pour le chef d'entreprise preneur de développer son entreprise en payant la bien par le produit de son exploitation constituent des facteurs incitatifs.
- De son côté, la **société bailleuse**, institution financière, n'y trouve pas moins d'avantages. D'une part, elle s'assure un montant de loyers substantiels pendant la période dite irrévocable ; d'autre part, elle reste propriétaire du matériel, ce qui lui confère une sûreté juridique précieuse dans l'hypothèse non souhaitée où elle doit récupérer son bien. Au demeurant, elle fait profiter indirectement le locataire de ses fonds propres et de la possibilité d'avoir un *ratio en endettement/fonds propres* beaucoup plus élevé que celui toléré pour une entreprise industrielle. Disposant d'un portefeuille de contrats composites (par leur date, leur durée et les biens loués) et accédant au marché monétaire et financier, elle peut enfin apporter un financement à taux fixe, plus ou moins inaccessible à une firme industrielle.

Le crédit-bail favorise ainsi, non seulement la croissance des entreprises, mais également leur éventuelle reconversion. Il permet d'affecter les ressources propres de la firme à des secteurs de l'exploitation où elle aurait des difficultés à obtenir des capitaux extérieurs (recherche, achats de brevets, prospection commerciale...).

Les fabricants (vendeurs) ne sont pas moins intéressés à la diffusion d'une formule qui les met en face d'un acquieseur solvable (société de leasing) et inciter les firmes utilisatrices à un renouvellement plus dynamique de leurs équipements.

- Enfin, l'**Etat** ne peut, à son tour dans l'intérêt général, que favoriser une formule permettant une politique de s'équiper sans « surinvestir ». Ainsi, le crédit-bail favorise une politique de plein emploi rationnel des biens d'équipement. Cela explique que l'Etat soit intervenu en promulguant l'Ordonnance n°96-09 du 10 janvier 1996 relative au crédit-bail.

De tels liens financiers, caractérisant le crédit-bail, se retrouvent dans le **groupe de sociétés** (ou **holding**), lequel peut être défini comme un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux

autres, de sorte que l'une d'elles (la plus importante) à savoir la **société-mère** tenant les autres sous sa dépendance en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées (**filiales**) et fait prévaloir une unité de décision. L'Ordonnance n°96-27 du 9 décembre 1996, introduite dans le Code de commerce en ses articles 729 et suivants, est venue régir, au plan juridique, les liens entre holding et filiales.

Pour conclure,, nous dirons que, de nature contractuelle ou financière, les liens unissant des entreprises relèguent au second plan les fonctions protectrice et contraignante de la loi sur les sociétés commerciales, lorsque ces entreprises entendent mettre en œuvre ensemble un projet de coopération ou de rapprochement économique, pour une durée déterminée et pour un objectif précis. Dans cette hypothèse, les dispositions légales viennent alors entraver inutilement la liberté des *associés* et les gênent quelque peu dans l'adaptation à leurs besoins de la structure qu'ils sont convenus d'instituer. Mais lorsque de tels liens se nouent sur la base de l'**affectio societatis** et s'inscrivent dans une durée relativement longue qui permette la réalisation des objectifs visés, les partenaires futurs, soucieux d'une certaine stabilité de leur entreprise commune et confortés par l'aile protectrice de la loi, ont à leur disposition toute une panoplie de formes sociales et dont le choix sera déterminé en fonction de leurs avantages et inconvénients respectifs au_ plan juridique, économique, fiscal et social.

