



L'immatriculation au registre du commerce : étude des droits tunisien et français

Dorra Ouali

► **To cite this version:**

Dorra Ouali. L'immatriculation au registre du commerce : étude des droits tunisien et français. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. <NNT : 2017PA01D080>. <tel-01710766>

HAL Id: tel-01710766

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01710766>

Submitted on 16 Feb 2018

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

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

Université de sfax
Faculté de droit de sfax



Université Paris I
Panthéon-Sorbonne



Thèse

de doctorat de l'université de Sfax
en cotutelle avec l'université Paris I
Droit Privé

L'immatriculation au registre du commerce : Etude des droits tunisien et français

Elaborée par

Mme Dorra OUALI

Sous la direction de

Mr. Ahmed OMRANE

Mr. Philippe DELEBECQUE

Année universitaire : 2016-2017

Dédicace

A mes très chers parents,

pour tous les sacrifices consentis pour mon instruction et mon bien être, leur amour, leur tendresse, et leurs prières tout au long de mes études. Puisse Dieu, le Très Haut, vous accorder santé, bonheur et longue vie et faire en sorte que jamais je ne vous déçoive.

A mon cher époux,

pour sa patience, ses encouragements incessants et son soutien moral.

A toute ma famille

pour leur soutien tout au long de mon parcours universitaire.

Que ce travail soit l'accomplissement de vos vœux tant allégués, et le fruit de votre soutien infailible,

Merci d'être toujours là pour moi.

Dorra

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères s'adressent à tous ceux qui ont eu l'amabilité de m'aider et de me soutenir pour mener à bien ce travail.

À Monsieur le Doyen Ahmed OMRANE, pour la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant la direction scientifique de cette thèse, pour la relecture enrichissante de ce travail, ainsi que pour les conseils qui m'ont été d'une très grande utilité. Je lui suis reconnaissante de m'avoir partagée la passion pour le droit dès que j'étais étudiante. Veuillez trouver ici, cher professeur, le témoignage de ma profonde gratitude et grand respect.

À Monsieur Philippe DELEBECQUE, pour avoir accepté aimablement de co-diriger ce travail, pour l'attention et le soutien ferme qu'il a porté à mon travail de doctorat, ainsi que pour ses connaissances brillantes qui m'ont permise de mener à bien cette étude. J'ai apprécié fortement sa gentillesse, ses encouragements incessants et sa grande disponibilité. Cette thèse lui doit beaucoup. Merci du fond du cœur cher Professeur.

À tous les agents de la bibliothèque de la Faculté de Droit de Sfax. Ce travail n'aurait pu être mené à bien sans leur collaboration.

La faculté de droit de Sfax, ainsi que l'Université de Paris I n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le cadre de cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Liste des principales abréviations

- AJDA : L'Actualité Juridique du Droit Administratif
- AJT : Actualités Juridiques Tunisiennes
- Art. : Article
- Bull.C.cass : Bulletin de la Cour de cassation
- Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation
- BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
- Cass. : Cassation
- Cass. civ. : Cassation civile
- Cass. com. : Cassation commerciale
- CA : Cour d'appel
- CERP : Centre d'Études, de Recherches et de Publications
- Ch. réun. : Chambres Réunies
- Chron. : Chronique
- Coll. : Collection
- Com.-Com. Elect : Communication-Commerce Electronique
- Concl. : Conclusions
- *Contra* : Solution contraire
- CPU : Centre de Publication Universitaire
- D. : Recueil Dalloz
- D.S. : Recueil Dalloz Sirey
- D.H. : Recueil Dalloz Hebdomadaire
- D.P. : Revue Dalloz Périodique
- Doc : Doctrine
- Dr et patr. : Revue Droit et Patrimoine
- Éd. : Édition
- Ex. : Exemple
- Fasc. : Fascicule
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- Ibid. : Ibidem = Au même endroit
- In : Dans
- In fine : À la fin
- Infra. : Ci-dessous
- INNORPI : Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle
- IORT : Imprimerie Officielle de la République Tunisienne
- IR : Informations Rapides

- JCP, CI : Juris-Classeur Périodique, édition Commerce et Industrie
- JCP, E : Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise
- JCP, G : Juris-Classeur Périodique, édition Générale
- JCP, N : Juris-Classeur Périodique, édition Notariale
- JORT : Journal Officiel de la République Tunisienne
- LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- N° : Numéro
- Obs. : Observations
- Op.cit. : *Operecitato* = dans l'ouvrage précité
- P. : Page
- PP. : Pages
- Plén. : Plénière
- Préc. : Précité(e)(s)
- Préf. : Préface
- PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- PUF : Presses Universitaires de France
- Rep. Defrénois : Répertoire du Notariat Defrénois
- Req. : Requête
- RFDA : Revue française de droit administratif
- RJ com : Revue de jurisprudence commerciale
- RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
- RJL : Revue de Jurisprudence et de Législation
- RTD : Revue Tunisienne de Droit
- RTD civ. : Revue Trimestrielle de Droit civil
- RTD com. : Revue Trimestrielle de Droit commercial
- S. : Sirey
- suiv. : Suivantes
- Somm. : Sommaire
- Spéc. : Spécialement
- *Supra* : Ci-dessus
- TGI : Tribunal de Grande Instance
- TPI : Tribunal de Première Instance
- Vol. : Volume

Sommaire

INTRODUCTION

PARTIE PREMIERE : AMBIVALENCE DE L'IMMATRICULATION

TITRE I: AMBIVALENCE DU ROLE DE L'IMMATRICULATION

CHAPITRE 1: LE ROLE CONSTITUTIF DE L'IMMATRICULATION

Section 1: L'acte d'immatriculation

Section 2: Les effets de l'acte d'immatriculation

CHAPITRE 2: LE ROLE PROBATOIRE DE L'IMMATRICULATION

Section 1: Les mesures Facilitant l'obtention de l'extrait d'immatriculation

Section 2: La force probante de l'extrait d'immatriculation

TITRE II: AMBIVALENCE DE LA FINALITE

CHAPITRE 1: L'IMMATRICULATION: UNE MESURE D'INFORMATION

Section 1: Une information sanctionnée par l'opposabilité pour les sociétés commerciales

Section 2: L'immatriculation informe de l'existence d'une structure juridique

CHAPITRE 2: A EFFICIENCE LIMITEE

Section 1: La reconnaissance de la personnalité morale en dehors de l'immatriculation

Section 2: L'immatriculation n'évite pas la nullité

PARTIE DEUXIEME: INSUFFISANCES DE L'IMMATRICULATION

TITRE I: L'IMMATRICULATION ET LA THEORIE DE L'APPARENCE

CHAPITRE 1: L'IMMATRICULATION EST CONCURRENCEE PAR LA THEORIE D'APPARENCE

Section 1: L'immatriculation crée une apparence

Section 2: L'immatriculation renforce l'apparence

CHAPITRE 2: L'IMMATRICULATION DEPASSEE PAR LA THEORIE D'APPARENCE

Section 1: La théorie d'apparence anéanti les effets d'une immatriculation inexacte : l'inopposabilité de la situation publiée

Section 2: La théorie d'apparence anéantit l'effet de l'immatriculation devenue inexacte

TITRE II: L'IMMATRICULATION ET LES SITUATIONS DE FAIT

CHAPITRE 1: L'ASSIMILATION D'UNE SITUATION DE FAIT A UNE SITUATION DE DROIT

Section 1: L'assimilation du commerçant non immatriculé à celui immatriculé

Section 2: La société non immatriculée est une société de fait

CHAPITRE 2: LA REGULARISATION SOLLICITEE

Section 1: La régularisation à travers la loi du 2 mai 1995

Section 2: L'action en régularisation en droit des sociétés

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

*1- "Nous vivons sous le regard des autres"*¹. Constatation frappante, l'obligation d'informer le public pénètre presque toutes les branches de droit². Mais, chaque fois que le législateur impose de diffuser une information dans le public, on est bien obligé de se demander si la relation juridique visée a besoin ou non d'une vérité publiée³. L'historiographie récente des mentalités décrit bien cette aspiration continue des sociétés modernes à défendre la sphère du privé, de l'intime, donc du secret, contre les empiètements de la vie publique. Le conflit entre les instances qui souhaitent tout savoir des autres tant qu'êtres sociaux⁴ et ceux qui veulent élever des forteresses autour de la personne privée ne fait que s'accroître en présence des nouveaux outils d'information qui ont singulièrement accru les enjeux⁵. Si l'objectif de l'informatisation est de faciliter l'information et son échange⁶, le droit au respect de la vie privée⁷, droit de valeur constitutionnelle⁸, implique la protection des personnes contre le traitement des "données à caractère personnel"⁹ qui a fait l'objet d'une importante

¹ P. LAGARDE, préface de l'ouvrage "La publicité des situations juridiques : Une approche Franco-allemande du droit interne et du droit international privé", S. CORNELOUP, Paris, LGDJ, 2003.

² Elle intéresse le droit des personnes, le droit de la famille, le droit des contrats, le droit des biens, le droit des sûretés, le droit des régimes matrimoniaux, le droit de la propriété industrielle et intellectuelle, le droit de la concurrence, le droit commercial général, le droit des sociétés, le droit des associations et le droit des procédures collectives.

³ C. BIGOT, "Protection des droits de la personnalité et liberté d'information", Recueil Dalloz, 1998, chron., p.235.

⁴ Au regard des finalités de publicité, il apparaît légitime de distinguer selon les catégories des consultants et le but de la consultation : les professionnels ne cherchent pas les mêmes informations que les consultants occasionnels.

⁵ Sur la compatibilité de l'internet et de la vie privée, voir J. ROBERT, "Les réponses juridiques", Petites affiches, 10 novembre 1999, n° 224, p.54 et suiv. Concernant l'impact de l'informatisation du livre foncier sur le droit à la vie privée voir J.-L. VALLENS, "Publicité foncière et vie privée : les enjeux de l'informatisation", Dalloz 2000, chron., p.375.

⁶ P. CATALA, "Le marché de l'information (aspects juridiques)", Petites Affiches, 16 octobre 1995, n° 124, p.5 et suiv.; J. HUET, "Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange)", Dalloz 1991, chron., p.181; A. De La PRESLE, " L'Etat et la reconnaissance juridique des transactions effectuées par échanges de données informatisées", Revue Française du Droit Administratif 1992, p. 700.

⁷ F. RIGUX, La protection de la vie privée et d'autre biens de la personnalité, Paris, L.G.D.J., 1990, p.724 ; P. KAYSER, La protection de la vie privée, PUAM., 1990, 2^{ème} éd.; N. MEZGHANI, La protection civile de la vie privée, thèse pour le doctorat d'Etat, Université de Droit d'Economie et de Sciences Sociales de Paris II, 1976, p.375; J.P. GRIDEL, "Protection de la vie privée : rupture ou continuité ?", Gaz. Pal., 19 mai 2007, n°139, p.4.

⁸ L'article 5 de la Constitution tunisienne garantit "*les libertés fondamentales et les droits de l'homme dans leur acception universelle, globale, complémentaire et interdépendante*". Son article 9 insiste sur la protection de plusieurs éléments de la vie privée entre autres la protection des données personnelles.

⁹ Aux termes de l'article 4 de la loi n°2004-63 du 27 juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel (J.O.R.T. du 30 juillet 2004, p.1995), " ... on entend par données à caractère personnel toutes les informations quelle que soit leur origine ou leur forme et qui permettent directement ou indirectement d'identifier une personne physique ou la rendent identifiable, à l'exception des informations liées à la vie publique ou considérées comme telle par la loi". L'article 5 de la même loi ajoute que la personne physique est susceptible d'être identifiée "*directement ou indirectement, à travers plusieurs données ou symboles qui concernent notamment son identité, ses caractéristiques physiques, physiologiques, génériques, psychologiques, sociales économiques ou culturelles*".

législation¹. Renforçant les droits de la personnalité, une nouvelle loi relative au droit d'accès aux documents administratifs permet à l'organisme public de refuser l'accès à l'information qui pourrait nuire aux "*droits du tiers quant à la protection de sa vie privée, ses données personnelles et sa propriété intellectuelle*"².

Mais voilà que l'ambiance change brutalement dès que l'on passe au monde des affaires attaché, depuis longtemps, au principe du secret³. Dès lors, l'information est devenue l'un des rouages essentiels de la vie économique. La rapidité inhérente à la vie des affaires qui ne cesse de croître, la dimension toujours plus étendue de l'espace au sein duquel évoluent les échanges, la circulation accélérée des biens et des services concourent à la nécessité pour les entreprises d'évoluer dans un espace économique où l'on puisse disposer d'une information fiable et rapide sur son partenaire économique⁴. Le droit se fait l'écho de cette exigence sous le terme de "*transparence*"⁵, thème aujourd'hui très présent dans la vie juridique. À ce titre, l'information légale qui est certainement une partie intégrante des enjeux de ce que l'on dénomme aujourd'hui

¹ Loi organique n°2004-63 du 27 juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel. Mais, avant cette date, la loi n°200-83 du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique (J.O.R.T., n°64 du 11 août 2000, p.1887) consacre le chapitre VI précisément à la protection des données personnelles. Cette loi avait un champ d'application limité puisqu'elle n'est applicable qu'entre le fournisseur de service de certification électronique et le titulaire du certificat. D'autres textes tendent à protéger les données personnelles dans des domaines spécifiques. C'est le cas de l'article 57 du Code de la presse et du Code des télécommunications. L'arrêt du ministre des communications du 9 septembre 1997, fixant les conditions d'utilisation du cryptage dans l'exploitation des services à valeur ajoutée des télécommunications régleme la protection des données personnelles. Voir G. BRAIBANT, Données personnelles et société de l'information, La documentation française 1998; H. MAISL, "Communications mobiles, secret des correspondances et protection des données personnelles", Petites Affiches, 21 juin 1995, n°74, pp. 11.

² Article 24 de la loi organique n°2016-22 du 24 mars 2016, relative au droit d'accès à l'information (J.O.R.T., n°26 du 29 mars 2016, p.949-956). Cette loi qui entre en vigueur dans un délai d'une année annule et substitue, à compter de cette date, le décret-loi n°2011-41 daté du 26 mai 2011, relatif à l'accès aux documents administratifs des organismes publics, tel que modifié et complété par le décret-loi n°2011-54 du 11 juin 2011.

³ BOULOC, "Le secret des affaires", Droit et pratique du commerce international, 1990, p.6 ; R. ROBLOT, "Le développement de la publicité des informations relative à l'entreprise commerciale", Banque 1951, p.731, n°2; C. GAVALDA, "Le secret des affaires", Mélanges Savatier, Paris, Dalloz 1965, p.291 ; R. SAINT-ALARY, Rapport sur Le secret des affaires en droit français, Travaux de l'Association H. Capitant, tome XXV, 1974, p.263 ; Y. GUYON, "Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur", R.J. com, 1982, n° spécial, p.121 ; G. VIRASSAMY, "Les limites au droit à l'information sur les entreprises", RTD com. 1988, p.1.

⁴ J-M. BAHANS, "Publicité des sociétés. Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, fasc. 27-40, n° 2 et 3.

⁵ E. GARAUD, La transparence en matière commerciale, thèse Limoges 1995 ; N. VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats. Approché critique de l'exigence, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, n°249.

"intelligence économique"¹, se réalise par des mesures de publicité. "Information et publicité légale ne sont que les deux faces d'un même phénomène"².

2- Définition de la publicité légale: Considérée comme étant une formalité³, la publicité légale peut être définie comme l'ensemble des règles qui imposent à certaines personnes de communiquer au public une information selon une forme et sur un support déterminé⁴. Elle ne doit pas être confondue avec la publicité commerciale, dite parfois "réclame", qui peut être effectuée librement par les entreprises pour accroître leur

¹ L'intelligence économique consiste pour l'entreprise à rechercher l'information et à l'analyser, l'exploiter afin d'améliorer ses prises de décisions stratégiques. Elle ne se limite pas à l'information scientifique et technologique, l'information juridique et économique en est une des composantes. Voir J-M. BAHANS, "Publicité des sociétés. Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, fasc. 27-40, n° 2 et 3.

² Y. GUYON, Droit des affaires: Droit commercial général et sociétés, tome 1, Paris, 12ème éd., Économica, 2003, n°920 ; P. GRANDJEAN, "L'information légale dans les affaires : Quels enjeux ? Quelles évolutions ?", Colloque du centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CREDA), JCP, 1994, E, p.395.

Cet auteur s'est posé la question s'il faut distinguer la publicité légale et l'information légale. La publicité légale viserait des destinataires par nature non identifiables, une foule anonyme, notamment la foule anonyme des épargnants qui seraient sollicités pour souscrire à un appel public à l'épargne, ou encore tous les tiers qui pourraient, le cas échéant, entrer en relations d'affaires avec une entreprise et qui voudraient savoir ce qu'elle est et ce qu'elle fait. L'information, au contraire, viserait des destinataires qui sont, sinon déterminés, au moins déterminables ; par exemple, les associés d'une société, ou encore les créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire. Mais on s'aperçoit que la distinction est d'une mise en œuvre difficile, sinon impossible. Ainsi, tant que les titres au porteur étaient matérialisés, une société anonyme n'avait aucun moyen de connaître ses actionnaires, de telle sorte que l'information qu'elle leur destinait devait prendre la forme d'une publicité. Encore aujourd'hui, dans les sociétés cotées puisque toute personne peut devenir actionnaire par un simple ordre de bourse, il est artificiel de distinguer l'actionnaire effectif du simple épargnant qui envisage d'acquérir des titres, et par conséquent l'information interne de la publicité externe. De même encore, en cas de procédure collective, les créanciers antérieurs sont théoriquement connus ou identifiables. Néanmoins le seul moyen de les avertir est d'utiliser une technique de publicité car le débiteur a pu ne communiquer qu'une liste incomplète de ceux-ci aux organes de la procédure. Par conséquent, la publicité et l'information légales ne sont que les deux faces d'un même phénomène.

³ Historiquement, l'apparition de la publicité était liée à l'évolution générale du formalisme. Elle était considérée comme une forme de l'acte. J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", Etudes offertes à G. Ripert, t.1, L.G.D.J., 1950, p.93 et suiv.; P. MOENECLAËY, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse Lille 1914, p. 59 et suiv.; R. ROUXEL, Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques (Droit Civil et Droit Commercial), Thèse Caen, Périgault, 1934, p. 27 et suiv.

⁴ (J-M.) BAHANS, "Publicité des sociétés - Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, fasc. 27-40, n°1.

notoriété et augmenter leur chiffre d'affaires¹. Comme le soulignait le professeur A. SAYAG², il y a donc trois éléments dans la définition de la publicité légale : une personne assujettie, la diffusion obligatoire d'une information et enfin un public destinataire.

En droit privé³, la publicité légale vise le public, des destinataires en nombre par hypothèse indéterminé⁴, parce qu'il serait impossible ou seulement matériellement incommode, de notifier à chacun l'information qu'il doit connaître⁵. Elle est une communication collective de ce qui n'est destiné qu'à quelques uns. Dès que les destinataires de l'information sont connus, il s'agit en réalité d'une "*notification*"⁶. Mais, dire que la publicité est légale, c'est en effet la délimiter en la restreignant à la publicité obligatoire. L'obligation de diffuser une information fait intervenir deux éléments distincts et interdépendants, l'information elle-même et sa diffusion, c'est-à-dire le vecteur qu'elle empruntera pour parvenir à la connaissance du public. Il s'agit d'abord,

¹ Cette publicité, destinée à inciter le consommateur à acheter, correspond à une simple pratique commerciale et non à des règles juridiques exigeant une information du public. Elle est effectuée généralement par tous les moyens de communication, de circulation et d'information jugés aptes à la diffusion de l'annonce publicitaire (article 2 de la loi n°71-22 du 25 mai 1971, modifiée par la loi n° 2010-13 du 22 février 2010, portant organisation de la profession d'agent de publicité commerciale.). Toutefois, cela ne signifie pas que celle-ci échappe à toute règle. Même si l'annonceur est libre de la pratiquer ou non, avec l'ampleur et le coût souhaités, sur les supports et donc dans la forme de son choix, il n'est pas libre du contenu du message (exemple l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, article 2 de la loi n°98-17 du 23 février 1998 relative à la prévention des méfaits du tabagisme). Plus loin encore de la matière, on peut relever des dispositions qui incriminent la publicité mensongère (articles 13 et 35 de la loi n°92-117 du 7 décembre 1992 relative à la protection du consommateur). Il y a bien réglementation du message, mais qui se borne à prohiber pénalement les allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur certains éléments des biens ou services vantés. Voir, Le Manuel Permanent du Droit des Affaires Tunisien, 1998, V° Publicité commerciale.

² A. SAYAG, Introduction, in Colloque CREDA, L'information légale dans les affaires, JCP, E, 1994, Cah. dr. entr., n° 39, p. 422 ; Adde, J. HILAIRE, "Du crieur public à l'ordinateur : Histoire des publicités légales", in Publicités légales et information dans les affaires, sous la direction A. Sayag, Litec 1992.

³ En droit public, la notion de publicité englobe à la fois les publications générales par voie d'annonces et les notifications individuelles sous forme de simples lettres. L'administration a recours à l'une ou à l'autre de ces techniques selon le destinataire de l'acte. La publication est nécessaire pour les mesures à portée générale et impersonnelle, alors que la notification est applicable aux décisions individuelles. Voir notamment, A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, Droit administratif général : l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs, tome 1, Paris, LGDJ, 2001, n°953.

⁴ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuves des actes, LGDJ, 1990, n°5; J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, PUF, 1999, n°171; V. DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, Thèse dactyl., Paris I, 1974, p. 399; A. SAYAG, "Introduction", in Publicités légales et information dans les affaires, sous la direction d'Alain Sayag, Litec, 1992, p.3 et suiv.

⁵ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°926.

⁶ On peut citer l'exemple de l'article 192 alinéa 2 (modifié par la loi n°2000-61 du 2 juin 2000) du Code de commerce qui impose à l'acquéreur d'un fonds de commerce de notifier l'acte de cession aux créanciers inscrits, par huissier de justice. De même, l'article 205 du Code des obligations et des contrats impose la notification (cet article utilise l'expression de la signification pour viser la notification) au bailleur de la cession d'un fonds de commerce emportant cession du droit au bail.

de transférer une "*information brute*¹ et légale²" exempte de toute adjonction, modification, de tout apport de quelque nature que ce soit non prévu par les textes³. L'objectif de la publicité légale est de faire connaître des informations par nature non secrètes. Elle ne doit pas se transformer en une mesure d'indiscrétion, susceptible de nuire aux entreprises, notamment en portant à la connaissance de concurrents des renseignements confidentiels ou encore en ébruitant prématurément les difficultés qui auraient été passagères si elles étaient demeurées cachées⁴. Elle doit, en effet, être organisée en fonction d'un point d'équilibre idéal à trouver entre le droit à l'information du public et le droit à la discrétion des acteurs de la publicité⁵. La sélection des supports, qu'incombe au législateur est ensuite, décisive. Les solutions du droit positif en la matière dépendent de contingences matérielles qui ne sont que le reflet du niveau technologique de la société prise dans son ensemble: depuis que l'écrit a succédé à l'oral, l'affichage a lui-même été supplanté par le registre public et le journal, les deux supports actuellement dominants⁶. Mais, le législateur doit préciser ses choix en faveur de tel ou tel support envisageable, et, ce faisant, il peut prolonger des pratiques

¹ L'information est brute lorsqu'elle restitue la réalité d'un évènement sans aucune orientation ni de forme, ni de fond : elle est parfaitement objective. Elle ne fournit que des renseignements prescrits par les lois et les règlements en vigueur, sans y ajouter suppléments ou jugements de valeur. Sa neutralité est évidente. Au contraire, l'"*information traitée*" est subjective, elle repose sur des jugements de valeur. Le traitement des informations est loin d'apporter fiabilité et universalité, il s'oppose manifestement (à la publicité légale) à l'information légale obligatoire devant rester une information brute. Pour une analyse détaillée des implications de l'intégration du traitement dans la publicité légale, voir D. COHEN et A. REYGROBELLET, "L'amélioration du contenu actuel des publicités légales", in "Publicités légales et information dans les affaires", op.cit., pp. 608.

En France, les informations traitées sont obtenues auprès des entreprises et organismes spécialisés facturant leur service à un prix souvent élevé. Les informations communiquées ne le sont alors qu'à un demandeur, un client qui les paye. On est plus proche de la notification que de la publication ("Les diffuseurs de l'information légale", enquête réalisée par HEC-Etudes (M-A. DEBON et P. MERVIEL), avec la participation du CREDA (C. ALEXANDRE-CASELLI et A. REYGROBELLET), publiée in "Publicités légales et information dans les affaires", op.cit., pp.286.).

² Le concept de publicité légale est basé sur une information à haute valeur juridique faisant foi à l'égard des tiers ; sur le caractère obligatoire de sa diffusion ; sur le mode spécifique de mise à disposition de cette information, à savoir son support. Voir P. BEDER, Répertoire de droit des sociétés, juin 2012 (dernière mise à jour : mars 2013), V° Publicité légale, n°2.

³ Le déroulement de la vie des affaires commande que le législateur détermine les informations à livrer au public. En effet, il est impensable et impossible de tout publier, pour des raisons pratiques et économiques évidentes : multitude d'actes conclus et de faits survenus ; absence d'intérêt pour le public de certains actes ou faits ; trop lourdes contraintes administratives, avec des coûts en rapport, pour les agents économiques ; nécessaire maintien d'un certain degré de confidentialité.

⁴⁴ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit, n°920

⁵ C. GAVALDA, "Le secret des affaires", art. préc., p.291 ; SAINT-ALARY, "Le secret des affaires en droit français", travaux de l'Association Capitant, tome XXV, p.263 ; Y. GUYON, "Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur", art. préc., p.121 ; G. VIRASSAMY, "Les limites au droit à l'information sur les entreprises", art. préc., p.1.

⁶ J. HILAIRE, "Du crieur public à l'ordinateur : Histoire des publicités légales", in Publicités légales et information dans les affaires, sous la direction de A. Sayag, op. cit., p. 11 et s.

anciennes ou soutenir des modes innovateurs; les textes sont ainsi le reflet d'un arbitrage inévitable entre instances et entre intérêts concurrents¹.

3-Publicité légale ou Publicités légales : La publicité légale se présente comme une notion éclatée, assez largement incohérente². Ainsi, il existe différents types de publicité requise par la loi. La première qui vient immédiatement à l'esprit est celle relative aux situations juridiques ayant pour but d'informer les tiers potentiellement intéressés³. Elle se distingue de la publicité de certains jugements répressifs dans l'optique de réaliser une peine complémentaire⁴, de la publicité des débats dans la procédure juridictionnelle qui permet le contrôle du public de la justice rendue en son nom⁵ et de la publicité de la composition ou de la provenance des produits offerts à la consommation⁶. Elle se distingue aussi de la publicité de la loi qui donne à un acte émanant d'une autorité publique sa pleine efficacité juridique⁷.

¹ Publicités légales et information dans les affaires, Ouvrage collectif sous la direction A. Sayag, p.4.

² "L'absence d'un système cohérent de publicité légale", étude effectuée par le CREDA (E. FORTIS et A. REYGROBELLET) in Publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction A. Sayag, op.cit., p.53 et suiv.

³ Ce type de publicité a fait l'objet d'une étude effectuée par madame S. CORNELOUP dans sa thèse intitulée "La publicité des situations juridiques : Une approche Franco-Allemande du droit interne et du droit international privé", op.cit.

Pour cet auteur, la classification de la publicité parmi le formalisme des actes est inexacte dans les hypothèses où l'objet de la formalité n'est pas un acte, même au sens large. La publicité peut porter également sur des faits (les exemples relèvent essentiellement de la matière d'état civil pour viser la naissance et la mort des personnes), des droits (on se réfère principalement au droit foncier tunisien. Le système du livre foncier organise une inscription directe du droit réel et non une publication des opérations portant sur les immeubles) ou encore des situations. On entend par le terme "*situation*" dans une acception large, comme un "*ensemble de circonstances dans lesquelles une personne se trouve*" ou plus précisément, comme un "*état dans lequel se trouve une personne sous un rapport déterminé ... et qui, fondé sur une donnée de fait, peut être très diversement caractérisé au regard du droit ... mais qui constitue une situation juridique pour peu que certains effets de droit - favorables ou défavorables - lui soient attachés*" (Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, sous la direction de G. CORNU, PUF, 1996, V° Situation). La généralité de cette expression justifie donc le choix de cet auteur.

⁴ Article 5 du Code pénal. Dans cette hypothèse, la publicité n'est pas accomplie essentiellement pour servir les intérêts des tiers. L'information de ces derniers est recherchée pour les conséquences infamantes et préjudiciables qu'elle emporte pour le fraudeur et elle est destinée à prévenir, par son caractère intimidant, des comportements frauduleux identiques. STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 1997, n°574.

⁵ Cette publicité réalise le principe selon lequel la justice est rendue au nom du peuple, ce qui suppose que le peuple puisse avoir accès aux audiences. Le but n'est donc pas tant de porter un élément à la connaissance de public, mais de permettre le contrôle de la justice rendue au nom du peuple. G. COUCHEZ, Procédure civile, Paris, 17^{ème} éd., Sirey, 2014, n°441 et suiv.

⁶ Cette publicité vise la protection des consommateurs. Les fabricants de produits sont tenus d'indiquer sur l'emballage, par exemple, les matières dont sont composés certains produits ou leur origine (article 5 de la loi n°92-117 du 7 décembre 1992, relative à la protection du consommateur). Les vendeurs doivent, quant à eux, réaliser une information du public en respectant différentes règles sur l'affichage des prix (Art.22 de la loi 64-91 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix). Cette publicité n'informe pas le public au sujet de situations juridiques mais au sujet des produits offerts à la consommation.

⁷ Cette efficacité juridique consiste à rendre l'acte obligatoire pour les citoyens, alors que la publicité des situations juridiques ne vise pas à obliger des personnes étrangères à l'acte publié.

Il en découle que chaque matière juridique soumise à divulgation formelle par le biais d'une formalité de publicité légale, dispose de son propre système publicitaire. On ne peut donc parler de la publicité légale comme d'un système, mais des publicités légales, multiples et éparées. L'absence d'homogénéité constatée aussi dans la publicité des situations juridiques, trouve son illustration aussi bien dans la nature très variée des actes et faits soumis à la publicité¹ que dans la diversité des modes d'accès à l'information².

4-La pluralité des instruments de publicité : Il est aisé de remarquer combien les instruments de publicité peuvent être variés. Le droit des affaires en retient plusieurs, pratiquement inchangés depuis le XVIIIème siècle. Outre le procédé de l'affichage³, à l'évidence archaïque dans une matière marquée par l'accroissement des tractations commerciales⁴, les autres modes de publicité demeurent ; la publication par voie de presse, la publicité par mention sur les papiers d'affaires, l'inscription sur un registre public... Est-ce à dire que cette pluralité reflète l'anarchie et le désordre d'un système incapable de canaliser l'information ? Certainement pas, car cette diversité est un peu le fruit de l'histoire et beaucoup celui de la nécessité. Elle est justifiée par la nécessaire adéquation du support à l'objet de la publicité ainsi qu'à ses destinataires⁵. De plus, aucun instrument de publicité n'étant susceptible de satisfaire à lui seul tous les besoins exprimés par les différents acteurs de la vie économique, la pluralité des supports est une manifestation des limites de chacun d'eux, limites qui nécessitent la superposition de plusieurs modes de publicité pour certaines informations⁶. D'où l'idée du Journal

¹ Le législateur n'a pas mis en ordre le foisonnement des publicités légales et il n'existe aucune liste exhaustive exposant les actes et faits soumis à publicité. Il n'existe même pas de lignes directrices dans la détermination des informations publiées

² E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "L'absence d'un système cohérent de publicité légale", in *Publicité légale et information dans les affaires*, ouvrage collectif sous la direction de A. Sayag, p.53 et suiv.

³ Qui existe notamment, en dehors du droit commercial, pour la publicité d'une vente publique après saisie immobilière (article 419 du Code de procédures civiles et commerciales).

⁴ Hormis les hypothèses bien particulières de la publicité des prix de produits destinés aux consommateurs, les exemples de publicité légale par affichage sont devenus aujourd'hui bien rares. On trouve des cas de publicité par affichage en matière de procédures collectives (ex. l'article 485 du Code de commerce stipule que le jugement déclaratif de faillite doit être affiché dans l'auditoire du tribunal qui l'a rendu et à la porte de chaque établissement du failli). En sorte qu'actuellement, dans la vie de l'entreprise, l'affichage apparaît plus comme une survivance historique que comme une réalité quotidienne.

⁵ Certains actes ou faits, par exemple les projets de fusion et scission de sociétés, susceptibles d'intéresser immédiatement de nombreux tiers, sont publiés dans le Journal Officiel d'annonces légales et judiciaires; alors que d'autres, comme notamment la constitution d'une sûreté, requièrent une inscription sur un registre pour la sauvegarde permanente d'un droit.

⁶ Il s'agit des cas où le fait ou l'acte juridique fait l'objet de plusieurs publicités. Voir E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "L'absence d'un système cohérent de publicité légale", in *Publicité légale et information dans les affaires*, sous la direction de A. Sayag, op.cit., n°86, p. 80.

Officiel d'annonces légales et judiciaires¹ qui sont des journaux légalement autorisés à publier les informations légales les plus variées². Pour les sociétés commerciales, il s'agit de l'acte constitutif³ ou modification apportée à cet acte⁴, la clôture de la liquidation⁵, avis de projet de fusion ou de scission⁶, avis de convocation à une assemblée générale⁷... Pour l'acquéreur d'un fonds de commerce, extrait de la vente du fonds⁸, ou de sa mise en location gérance⁹; de même tout apport de fonds de commerce fait à une société en constitution ou déjà existante doit être publié dans un journal d'annonces légales¹⁰. Quant aux procédures collectives, un avis de tout jugement rendu en la matière est également soumis à cette publicité¹¹. Toutefois, la publicité qui s'opère par voie de Journal Officiel présente de graves inconvénients : outre un dépouillement fastidieux et des risques d'erreur non négligeables liés au traitement manuel des informations, l'efficacité des insertions dans les journaux d'annonces légales est limitée ; de plus, un flot d'informations légales est livré en vrac à l'utilisateur, qui peut passer plusieurs heures à dépouiller les journaux pour s'apercevoir qu'aucune information ne le concerne¹². Ainsi, outre le Journal Officiel qui diffuse une information de caractère général, d'autres instruments de la publicité sont spécialisés en matière de

¹ En pratique, le Journal Officiel de la République Tunisienne se présente sous la forme de trois éditions indépendantes: la première - la plus ancienne puisque apparue depuis 1883 sous le nom Journal Officiel Tunisien - est celle consacrée pour la publication des textes législatifs et réglementaires; la deuxième apparue depuis 1984, est consacrée pour la publication des annonces légales, réglementaires et judiciaires; la troisième, apparue depuis 1993, est consacrée pour la publication des annonces de tribunal foncier.

Le Journal officiel est géré par un établissement public à caractère industriel et commercial dont le siège et l'imprimerie se trouvent à Radès. Cet établissement public porte le nom d'Imprimerie officielle de la république tunisienne. Voir, Y. BEN ACHOUR, Introduction générale au droit, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2005, p. 179.

² En France, la publicité opérée par insertion dans un bulletin officiel, unique pour l'ensemble du territoire national a été recommandée par une directive du Conseil des communautés européennes du 9 mars 1968 (modifiée par la directive CE du 16 septembre 2009). Ce procédé est appliqué dans des cas de plus en plus nombreux. Ainsi, le Bulletin Officiel des Annonces civiles et commerciales (BODAC) publie un extrait de toutes les déclarations faites au registre du commerce en cas d'immatriculation, d'inscription modificative et de radiation. Ces insertions sont faites à la diligence et sous la responsabilité du greffier qui reçoit les déclarations. Des formalités supplémentaires incombent aux sociétés qui font publiquement appel à l'épargne : elles prennent la forme d'insertions publiées dans un organe spécialisé, le Bulletin des Annonces Légales Obligatoires (BALO). On peut donc constater que si le BODAC a un domaine d'application général, le BALO est réservé aux personnes morales qui font publiquement appel à l'épargne.

³ Article 15 du Code des sociétés commerciales.

⁴ Article 16 du Code des sociétés commerciales.

⁵ Article 48 du Code des sociétés commerciales.

⁶ Article 419 du Code des sociétés commerciales.

⁷ Article 276 du Code des sociétés commerciales.

⁸ Article 191 du Code de commerce.

⁹ Article 231 du Code de commerce.

¹⁰ Article 228 du Code de commerce.

¹¹ Article 438 du Code de commerce.

¹² Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n° 929.

propriété industrielle, tel le Bulletin Officiel de l'Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle (INNORPI)¹. Ce bulletin a pour fonction de diffuser les mentions et inscriptions relatives aux droits de propriété industrielle et conservées à l'INNORPI. Il assure la publication : des mentions relatives à la délivrance des brevets², du dépôt de schéma de configuration de circuits intégrés³, dessin ou modèle industriel⁴ et de marque⁵ reconnu conforme⁶. On trouve aussi le Bulletin Officiel du Conseil du Marché Financier au moyen duquel les sociétés faisant appel public à l'épargne doivent publier certains documents⁷. L'efficacité de l'insertion des annonces légales dans ces publications privées est limitée⁸ puisqu'elles sont peu lues, sauf pour quelques professionnels. Enfin, et surtout, rien ne permet de savoir si une insertion publiée depuis quelques temps correspond encore à la réalité.

Si les formalités au moyen de publication dans les Bulletins Officiels occupent la place importante parmi les divers instruments de la publicité portable⁹, il n'en demeure pas moins que les formalités d'inscription à un registre public semblent jouir

¹ Le Bulletin Muwassafat est un bulletin édité périodiquement par l'INNORPI. Il traite principalement des questions relatives à la normalisation, la certification, la qualité, ainsi qu'à la propriété industrielle. Il s'intéresse aussi à l'actualité dans ces domaines sur le double plan national et international. Muwassafat publie également, mensuellement un supplément officiel traitant de la normalisation et un autre relatif aux annonces légales de la propriété industrielle. Cette présentation est disponible sur http://www.innorpi.tn/Fra/le-bulletin-muwassafat_11_229.

² Article 33 de la loi n°2000-84 du 24/08/2000 relative aux brevets d'invention.

³ Article 9 de la loi n°2001-20 du 6/02/2001 relative à la protection des schémas de configuration des circuits intégrés.

⁴ Article 15 de la loi n°2001-21 du 6/02/2001 relative à la protection des dessins et modèles industriels.

⁵ Article 9 de la loi n°2001-36 du 17/04/2001 relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services.

⁶ Outre ce bulletin officiel on trouve aussi l'"*Officiel de la normalisation*" qui est un document publié mensuellement. C'est un support de publication : du programme de travail de la normalisation, des intitulés des projets de normes soumis à l'enquête publique, des intitulés des normes récemment enregistrées, homologuées ou annulées. Cette définition est disponible sur <http://www.innorpi.tn/Fra/page.php?code=31>.

⁷ Article 3 bis de la loi n° 94-117 du 14 novembre 1994, portant réorganisation du Marché Financier, (telle que modifiée par la loi n° 99-92 du 17 août 1999 relative à la relance du Marché Financier, la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières et la loi n°2009-64 du 12 août 2009 portant promulgation du code de prestations des services financiers aux non-résidents).

⁸ Voir les obs. de M. MOORE, JCP, 1994, E, I, 387.

⁹ La publicité est considérée comme portable lorsqu'elle parvient à son destinataire sans qu'il ait besoin de la requérir en un endroit donné. Il en existe deux principaux types, les journaux et la mention sur les papiers d'affaires. Voir J.-M. BAHANS, "Publicité des sociétés. Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", *JurisClasseur Sociétés Traité* 2016, fasc. 27-40, n°5.

actuellement, de faveurs plus grandes auprès du législateur¹. Désormais, l'information par voie de registres constitue un vecteur privilégié² de la publicité quérable³.

5-Les registres publics : Dans ce type de publicité, les renseignements concernant une personne, un bien ou une entreprise sont regroupés sur un registre dont la tenue est assurée par une autorité administrative⁴. La pluralité des registres publics qui s'impose à raison non seulement de la divergence des actes et faits publiés, mais aussi de l'hétérogénéité des personnes visées, implique nécessairement la diversité des autorités et organismes appelés à intervenir pour la réalisation des formes de publicité. Il s'agit principalement de la Conservation de la Propriété Foncière⁵, le service de l'état civil⁶,

¹ Si la publicité par inscription permet d'obtenir des effets constitutifs, et non simplement des effets déclaratifs, les formalités au moyen de publications dans la presse n'en subsistent pas moins. Ainsi, la vente d'un fonds de commerce, tant qu'elle n'a pas été publiée au Journal Officiel, conformément aux articles 191 du Code de commerce, est parfaite, mais l'acquéreur n'est pas libéré à l'égard des tiers, même s'il a déjà payé le prix. Le droit, pour les tiers, de faire opposition à un acte juridique, souvent pendant un délai donné, peut être un des autres effets produit par la publication (exemple: article 419 du Code des sociétés commerciales). Le droit français donne un autre exemple: la publication au BODACC, consécutive à l'inscription d'actes ou d'indications au registre du commerce, fait courir un délai de seize jours pendant lequel ces actes et indications ne peuvent être opposés aux tiers. Pour d'autres exemples en droit français voir notamment C. DUCOULOUX-FAVARD, Répertoire de droit commercial, février 2009 (actualisation : avril 2016), V° Annonces judiciaires et légales, n°36 et suiv.

² Toutefois, la publicité quérable ne se résume pas tout entière à ce seul procédé. On trouve ainsi certaines informations au siège social de l'entreprise assujettie (ex. l'article 170 du Code des sociétés commerciales).

³ La publicité est considérée comme quérable lorsque son destinataire a besoin de la requérir en un endroit donné pour en prendre connaissance. En droit des sociétés, ce mode de publicité recouvre trois réalités, la publicité par registre, la publicité par affichage et la publicité par consultation de documents. Voir J.-M. BAHANS, "Publicité des sociétés. Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", *JurisClasseur Sociétés Traité* 2016, fasc. 27-40, n°6.

⁴ Ne sont pas des registres publics, les registres obligatoires prévus par le droit commercial (livre journal et livre d'inventaire), le droit des sociétés commerciales (registre d'associé, registre des parts ou valeurs mobilières, registre des dirigeants et des membres du conseil de surveillance, registre relatif à la société unipersonnelle à responsabilité limitée), le droit fiscal (la législation fiscale prévoit un grand nombre de registres, en fonction de la catégorie du contribuable ou de la spécificité de l'activité exercée) et le droit du travail (livre de paie, registre de congés, registre des travailleurs étrangers, registre de travailleurs à temps partiel...). Voir M. MAAZOUN, "Registres obligatoires prévus par le droit commercial, fiscal et social", *InfosJuridiques*, n°90/91, mai 2010, p14 et suiv.

⁵ La conservation de la propriété foncière (CPF) est un établissement public à caractère administratif, rattachée au ministère du domaine de l'Etat et des affaires foncières, conformément à la loi n° 91-61 du 22/07/1991. Ses activités se résument dans les points suivants: Création des titres fonciers et inscription des opérations foncières portées sur le titre foncier; Renseignement du public sur la situation des titres fonciers et délivrance des certificats; Archivage des documents; Rédaction d'actes.

⁶ Ce service est rendu par les Officiers d'état civil. Selon l'article 2 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957 réglementant l'Etat civil (J.O.R.T. n° 2 et 3 des 30 et 2 août 1957), " *sont investis des fonctions d'Officiers de l'état civile, les présidents de communes, les gouverneurs, les premiers délégués, les délégués et les chefs de secteurs*" qui sont des agents public.

l'Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle¹, les greffes des tribunaux²... Ainsi appréhendée, la publicité légale, institution de droit civil³, est confiée

¹ L'Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle (INNORPI) est un établissement public à caractère non administratif, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière. Créé en 1982 et régi par la loi n° 2009-38 du 30 juin 2009 qui abroge la loi 82-66, il est placé sous la tutelle du Ministère chargé de l'Industrie. L'INNORPI a pour mission "*d'entreprendre toutes actions concernant la normalisation, la qualité des produits et services et la protection de la propriété industrielle*".

Les différents registres tenus par l'INNORPI :

1- Registre national des marques : article 13 de la loi n° 2001-36 du 17 avril 2001, relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services tel que modifié et complété par la loi n° 2007-50 du 23 juillet 2007. Les modalités d'enregistrement de marque sont régies par le décret gouvernemental n° 2015-303 du 1er juin 2015, fixant les procédures d'enregistrement et d'opposition à l'enregistrement des marques de fabrique, de commerce et de services et les modalités d'inscription sur le registre national des marques (J.O.R.T., n°46 du 9 juin 2015, p.1130).

2- Registre national des brevets : article 37 de la loi n°2000-84 du 24 août 2000 relative au brevet d'invention (J.O.R.T., n°68 du 25 août 2000, p.1983). Les modalités d'inscription sur ce registre sont régies par le décret n° 2001-328 du 23 janvier 2001, fixant les modalités de la tenue du registre national des brevets et les modalités d'inscription sur ce registre (J.O.R.T., n° 9 du 30 janvier 2001, p. 203).

3- Registre national des desseins et modèles industriels : article 11 de la loi n°2001-21 du 6 février 2001, relative à la protection des desseins et modèles industriels (J.O.R.T., n° 12 du 9 février 2001, p. 257). Les modalités d'inscription sur ce registre sont régies par le décret n° 2001-1604 du 11 juillet 2001, fixant les modalités de dépôt des dessins et modèles industriels et les modalités d'inscription sur le registre national des dessins et modèles industriels (J.O.R.T., n° 58 du 20 juillet 2001, p. 1775).

4- Registre national des schémas de configuration des circuits intégrés : article 13 de la loi n°2001-20 du 6 février 2001, relative à la protection des schémas de configuration des circuits intégrés (J.O.R.T., n° 12 du 9 février 2001, p. 253). Les modalités d'inscription sur ce registre sont régies par le décret n° 2001-1602 du 11 juillet 2001, fixant les modalités de dépôt des schémas de configuration des circuits intégrés et les modalités d'inscription sur le registre national des schémas de configuration des circuits intégrés (J.O.R.T., n° 58 du 20 juillet 2001, p. 1773).

5- Le registre central du commerce : article 6 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, relative au registre du commerce (J.O.R.T., n° 37 du 9 mai 1995, p. 1055).

² Les greffiers des juridictions de l'ordre judiciaire sont des fonctionnaires publics soumis à la loi n° 83-112 du 12 décembre 1983, portant statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif tel que modifiée par la loi n° 90-71 du 24 juillet 1990, la loi n° 91-62 du 22 juillet 1991, loi n° 92-82 du 3 août 1992, loi n° 92-97 du 26 octobre 1992, loi n° 97-83 du 20 décembre 1997 et la loi n°2003-20 du 17 mars 2003.

Les principaux registres publics tenus par le greffe de tribunal de première instance : un registre spécial de nantissement de fonds de commerce (article 238 alinéa 2 du Code de commerce) ; un registre spécial de nantissement de l'outillage et de matériel d'équipement professionnel (article 4 de la loi n°2001-19 du 6 février 2001, relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel (JORT n° 12 du 9 février 2001, pages 251 à 253) ; le registre du commerce (article 5 de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995).

³ La publicité légale effectuée par le biais de registres publics relève du droit privé. Les matières considérées sont très nombreuses et diverses : le droit des personnes, le droit de la famille, le droit des contrats, le droit des biens, le droit des sûretés, le droit des régimes matrimoniaux, le droit de la propriété industrielle et intellectuelle, le droit de la concurrence, le droit commercial général, le droit des sociétés, le droit des associations et le droit des procédures collectives. Par contre, la publicité du droit public porte sur les lois et règlements (droit objectif), les actes administratifs unilatéraux et sur les contrats administratifs.

à un organisme du droit administratif. A-t-on remarqué que "*le droit civil connaît un droit administratif autochtone*"¹.

6-Le registre public rassemble les deux disciplines: Droit privé et droit public :

Bien que les deux disciplines s'opposent l'une à l'autre², on peut proclamer que le "*droit public pénètre et asservit le droit privé*"³. En fait, on assiste de plus en plus, à un double phénomène de "*privatisation du droit public et de publicisation du droit privé*"⁴. A cet égard, si les formes de publicité se sont développées afin de mieux avertir les tiers, ce sont des préoccupations d'intérêt public qui dominent surtout⁵. L'administration qui centralise des renseignements de toute nature dans un registre destiné au public assure aussi une mission de contrôle dans l'intérêt de l'ordre public qui peut être à la fois de protection et de direction⁶. Cette activité s'appelle "*police administrative*". La police administrative est "*l'activité revenant aux autorités administratives compétentes et qui consiste à édicter des mesures destinées au maintien et à la sauvegarde de l'ordre public. Ces mesures emportent, de la part des dites autorités administratives, les limites imposées aux libertés des individus pour éviter que leur exercice ne soit pas*

¹ J. CARBONNIER, "Le droit administratif du droit civil", Revue Historique de Droit français et Etranger 1975, numéro spécial, p.758. Sur le thème de l'influence du droit public sur le droit privé voir notamment R. SAVATIER, Du droit civil au droit public: à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile, Paris, 2ème éd., LGDJ, 1950; H. MAZEAUD, "Défense du droit privé", Dalloz 1946, chron., p.17 ; J. REVERO, "Droit public et droit privé, conquête ou statu quo", Dalloz 1947, chron., p.69 ; R. SAVATIER, "Droit privé et droit public", Dalloz 1946, chron., p.25 ; P. DURAND, "Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", RTD civ. 1948, p.155-182 ; P. DURAND, "Aux frontières du contrat et de l'institution : La relation de travail", JCP, 1944, I, 1387; J. ANTIPPAS, "L'utilisation du droit administratif en droit civil", RFDA 2014, pp.795.

² On appelle "droit privé" l'ensemble des règles de droit qui régissent les rapports entre les personnes privées qu'elles soient physiques (particuliers) ou morales (entreprises, associations...). Il traite des actes et de la vie des particuliers comme le mariage, le divorce, l'héritage, l'adoption, la propriété, les contrats, etc... En revanche, les règles de droit public déterminent l'organisation des pouvoirs publics et régissent les situations dans lesquelles l'Etat est une partie. Pour marquer la différence entre ces deux catégories de règles, on peut dire que le droit public est posé dans l'intérêt général, alors que le droit privé sert davantage à établir l'équilibre entre les intérêts plutôt individuels.

³ R. SAVATIER, "Droit privé et droit public", art. préc.; Contre L. MAZEAUD, "Défense du droit privé", Dalloz, 1949, chron., p.17.

⁴ H. KOTRANE, Introduction à l'étude du droit: Cadre juridique des relations économiques, Centre d'Etudes, de Recherches et de Publications, Tunis 1994, p. 44-47. Pour plus de détail voir "Public/Privé", étude effectuée par Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie et publiée par Presses Universitaires de France 1995.

⁵ P. DURAND, "Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", art.préc. p.156.

⁶ Sur ces deux catégories de l'ordre public, voir, J. CARBONNIER, Droit civil, 20^{ème} éd., PUF, 1991, n°115 ; G. FARJAT, L'ordre public économique, Paris, LGDJ, 1963, p.109 et suiv. ; D. TALLON, "Considération sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais", Mélanges offerts à René Savatier, Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, publ. avec le concours du C.N.R.S., Paris, Dalloz, 1965, p.883 et suiv. ; G. COUTURIER, "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve", in Etudes offertes à Jacques FLOUR, éd., Répertoire du notariat defrénois, Paris, 1979, p.95 et suiv. ; N. REKIK, L'ordre public et le contrat civil, thèse Faculté de Droit et de science politique 2003-2004.

préjudiciable à l'ordre public"¹. Par conséquent, le registre public se présente à la fois comme une institution de droit public et une institution de droit privé.

7-Le registre public et la police administrative: A cet égard, on doit préciser que le registre qui ne réalise aucune information ayant pour destinataire le public ne constitue pas une mesure de publicité. Ainsi, est considéré un registre de nature purement administrative le répertoire des artisans et des entreprises de métiers². Ce registre spécial qui se rapproche de registre des agents commerciaux en France³, n'est pas conçu pour permettre l'information du public⁴. Il a été créé dans le but de permettre aux administrations, d'une part, de disposer d'un moyen de vérification des assujettis à divers obligations de cotisations, et, d'autre part, d'exercer une "*police professionnelle*"⁵. Ne poursuivant pas aussi, une fonction d'information du public, les registres des immatriculations des véhicules qui sont tenus par les services spécialisés du Ministère de transport⁶ à des simples fins de police⁷.

¹ T. BOUACHBA, Principes de droit administratif, Ecole nationale de l'administration, Centre des études administratives, Tunis, 1995, p.145-146 (en arabe); voir aussi, Y. BEN ACHOUR, Droit administratif, 3ème éd., Centre de Publication Universitaire 2010, p.282-283; R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 15ème éd., Montchrestien, 2001, p. 697 et suiv., n°897 et suiv.

² Ce répertoire est tenu par une autorité publique. Selon l'article 2 du décret n° 2006-3067 du 20 novembre 2006, fixant les règles de la tenue d'un répertoire pour les artisans, les entreprises de métiers et les groupements des services d'approvisionnement et de commercialisation des produits des artisans (J.O.R.T., n°94 du 24 novembre 2006, p. 4100) "*Les artisans, les entreprises de métiers et les groupements des services d'approvisionnement et de commercialisation des produits des artisans tels que définis par la loi susvisée n° 2005-15 doivent informer les services compétents du ministère chargé du secteur des métiers de l'exercice de leur activité. Lesdits services sont :*

- la direction régionale du commerce, pour les activités de petits métiers,
- la délégation régionale de l'office national de l'artisanat, pour les activités de l'artisanat.

À cet effet, les services suscités sont chargés de la tenue d'un répertoire pour les artisans, les entreprises de métiers et les groupements des services d'approvisionnement et de commercialisation des produits des artisans".

³ Décret n°58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux (article 4 est suivi); Arrêté du 8 janvier 1993 relatif à l'immatriculation au registre spécial des agents commerciaux. Voir F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 10ème éd., Dalloz 2015, n°676.

⁴ C'est ce qui résulte clairement de son organisation par les textes. Ni la loi n°2005-15 du 16 février 2005 relative à l'organisation du secteur de métiers (J.O.R.T., n°14 du 18 février 2005, p. 420 et suiv.), ni le décret n° 2006-3067 du 20 novembre 2006, fixant les règles de la tenue d'un répertoire pour les artisans, les entreprises de métiers et les groupements des services d'approvisionnement et de commercialisation des produits des artisans (J.O.R.T., n°94 du 24 novembre 2006, p. 4100), ni l'arrêté du ministre du commerce et de l'artisanat du 24 octobre 2007, fixant les procédures d'immatriculation au répertoire (J.O.R.T., n°88 du 2 novembre 2007, p. 3660) n'envisagent la possibilité pour les tiers de consulter le contenu du répertoire afin de s'informer sur le statut d'un artisan.

⁵ S. CORNELOUP, La publicité des situation juridiques, op.cit., p.210, n°185.

⁶ Arrêté du Ministre du Transport du 25 janvier 2000, relatif à l'immatriculation des véhicules, J.O.R.T., n°8 du 28 janvier 2000, p. 243.

⁷ Selon l'article 63 du Code de la route tunisien "*Tout propriétaire d'une automobile ou d'une remorque ou d'un semi-remorque doit, avant sa mise en circulation, obtenir un certificat d'immatriculation*".

Mais, dans la plupart des hypothèses, l'enregistrement¹ sur un registre public réalise une information effective dans la mesure où les tiers peuvent consulter le registre². Cette information ne constitue pas une fin en soi ; elle est, en principe, mise au service d'une politique juridique de protection des tiers en leur permettant une information d'éléments juridiques qui sont potentiellement préjudiciables à leurs intérêts. Le registre public est appelé ainsi, à se parer d'une double physionomie. D'une part, il se présente sous forme d'institution de police qui implique une mission de contrôle que l'administration assure dans le cadre d'une protection de l'ordre public. D'autre part, il constitue une institution de droit civil placée au service des particuliers afin de garantir une bonne information à ces derniers, précaution nécessaire à la prévention des conflits. Mais, ce double caractère de l'institution du registre public intervient, selon des proportions variables certes, à chaque registre.

En droit tunisien, comme en droit français³, les registres d'état civil, parallèlement à leur fonction de preuve et celle d'institution de police civile, qui sont incontestablement leurs fonctions essentielles⁴, possèdent également, mais

¹ A cet égard, on doit distinguer entre l'enregistrement sur un registre public qui constitue une formalité publicitaire visant à informer les tiers et l'enregistrement à l'administration qui constitue une formalité ayant vocation fiscale. Cette dernière consiste dans la présentation d'un acte écrit ou une déclaration orale à l'administration de l'enregistrement afin de le porter sur les registres de cette dernière. Cet acte est accompagné du paiement d'impôt à l'administration, qu'on appelle frais d'enregistrement. De cette définition, on déduit que le but de l'enregistrement est avant tout fiscal : il permet la liquidation des droits exigibles à raison d'une opération imposable. Voir H. AYADI, Droit fiscal, Publications scientifiques tunisienne, série droit public, n°6, Tunis, 1989, n°1134, p.440.

² Généralement, la consultation se fait à travers l'obtention d'une copie, extrait ou attestation. On peut citer l'exemple de l'article 29 du Code de l'aéronautique civile qui prévoit que "*Toute personne peut obtenir copie conforme de l'inscription de l'hypothèque*". L'article 8 de la loi n°2001-19 du 6 février 2001, relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel (JORT n° 12 du 9 février 2001, pages 251 à 253) "*Le greffier délivre, le cas échéant, à tout requérant copie, extrait ou attestation de l'existence ou de l'absence d'inscriptions ou attestation des modifications ou des radiations éventuelles*". L'article 13 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957, réglementant l'Etat civil (J.O.R.T. n° 2 et 3 des 30 et 2 août 1957) prévoit que "*Toute personne pourra, sauf l'exception prévue à l'article 14 ci-dessous, se faire délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil des copies des actes inscrits sur les registres*". Le livre foncier, étant ouvert et accessible au public, fournit des renseignements précis et sûrs et ce à travers une consultation des titres (voir décret n°81-1268 du 2 octobre 1981, JORT n°62 du 13 octobre 1981, p. 2355), délivrance des photocopies de titres fonciers, certifiées conformes à l'original, délivrance des photocopies des actes (article 376 du Code des droits réels), délivrance des certificats de propriété, délivrance des "*Etats succincts*" (voir notamment La Conservation de la Propriété Foncière, Ministère de la Justice, République Tunisienne, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 1987, p.37 et suiv.).

³ Toutefois, en droit allemand, les registres d'état civil ne semblent pas avoir la fonction d'information des tiers. Sur cette question voir S. COURNELOUP, La publicité des situation juridiques, op.cit., p. 209, n°194.

⁴ À ce titre, l'état civil permet à l'État de connaître l'état des personnes sur son territoire, de contrôler leur identité et la régularité de l'obtention des droits et avantages liés à leur état. Le rôle des actes d'état civil, actes public, ne se limite pas à être la mémoire des familles, ils ont également vocation à contribuer au maintien de l'ordre public.

accessoirement, un rôle d'information du public¹. En revanche, le registre spécial de nantissement du fonds de commerce² ou de nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel³ a principalement pour rôle d'informer les créanciers potentiels, en vue de protéger leurs intérêts plus que l'ordre public et la paix sociale⁴. Etant un gage sans dépossession, le nantissement doit être inscrit sur un registre qui permet l'information des créanciers surtout pour apprécier la situation financière du débiteur et se prononcer sur les possibilités de contracter de nouveaux engagements. Il serait assurément excessif d'attribuer la fonction de protection des intérêts privés au registre foncier. Conçu comme une institution civile dont la fonction consiste à prévenir et à régler les conflits de droit par le jeu de l'effet constitutif⁵, ce registre constitue aussi une institution de police administrative⁶. Le point de vue social contribue assurément à renforcer l'intérêt du contrôle étatique. L'existence de l'immeuble, son intégration à l'une des composantes de l'Etat, son statut juridique, son appartenance, sa libre circulation peuvent être considérés comme autant d'éléments liés à l'ordre public. Il importe donc pour l'État d'obtenir connaissance précise des mutations successives dont l'immeuble fut ou sera l'objet, de s'informer sur l'identité exacte de son actuel propriétaire. La nationalité de ce dernier, entre autres éléments, renseigne l'administration sur le volume d'acquisitions réalisées par des étrangers sur le territoire national. Assimilés à des immeubles, certains meubles corporels⁷ de grande valeur économique, sont inscrits sur des registres publics qui répondent aux mêmes objectifs de droit civil d'une part, informer les tiers et assurer la sécurité juridique, de droit public de l'autre part, assurer la

¹ محمد الشرفي، علي المزغني، مالك الغزواني، احكام الحقوق: نظرية الحق-اصحاب الحق-اثبات الحق، دار الجنوب 2017، ص 192.

² Article 238 du Code de commerce.

³ Loi n°2001-19 du 6 février 2001, relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel, J.O.R.T., n° 12 du 9 février 2001, pages 251 à 253.

⁴ L'information des tiers destinée à étouffer tout conflit et à garantir la sécurité des transactions immobilières, se veut protectrice de la paix sociale.

⁵ محمد كمال شرف الدين، "مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992"، المجلة القانونية التونسية 1993، ص 99؛ علي كلون، "التطبيق التدريجي لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم"، مجلة القضاء و التشريع، جوان 2001، ص 13.

⁶ Voir notamment A. BITOUZE, Le double aspect de la publicité foncière : institution civile et institution de police, thèse Rennes, 1960.

⁷ Concernant les meubles incorporels, faisant l'objet d'une propriété industrielle qui est une propriété intellectuelle, ils doivent être inscrits sur des registres spéciaux : registre national des marques, registre national des brevets, registre national des desseins et modèles industriels. Ces registres qui déterminent l'étendu de la protection, peuvent être assimilés à un casier judiciaire dans la mesure où ils doivent contenir tous les actes juridiques (cession, transmission, concession d'un droit d'exploitation, la constitution d'un droit de gage...) intéressant la marque, brevet d'invention et desseins et modèles industriels. Voir A. CHAVANNE et J-J. BURST, Droit de la propriété industrielle, Paris, Dalloz, 2012, p.624.

police administrative¹. Rapproché généralement du registre foncier, le registre du commerce reconnaît-il cette dualité?

8-Définition et origine de registre du commerce : Contrairement à son appellation, il ne s'agit pas à proprement parler d'un registre, mais de dossiers individuels concernant les entreprises. Le registre du commerce enregistre et répertorie les principaux renseignements les concernant. Il se présente comme un "*catalogue officiel*"² qui permet la centralisation et la communication à jour³, des informations légales.

Mais en soi, la tenue d'un registre est une pratique forte ancienne. C'est dans les villes italiennes au XIIIème siècle que l'institution trouve ses origines. Sa naissance est due à l'importance du corporatisme. Les corporations, à cette époque, devaient renforcer le métier en exerçant une police professionnelle stricte d'une part, et protéger leurs membres contre les tiers d'autre part⁴. L'immatriculation sur le registre de la corporation était à cet effet la formalité essentielle qui a pour fonction l'information⁵. En Allemagne, Autriche et Suisse, les premiers registres publics ont été introduits dans le but de permettre aux tiers de connaître les personnes qui étaient personnellement responsables des dettes contractées par une société ou par un mandataire⁶. Actuellement, le registre du commerce existe dans la plupart des pays de droit latin et germanique. Il est ignoré en revanche des pays de *common law*⁷. Etant conçu à

¹ Il s'agit principalement des meubles immatriculés. Cette publicité est très proche de la publicité foncière. Parallèlement à sa fonction de police administrative puisque l'immatriculation est une condition pour la circulation des aéronefs civils (article 3 du Code de l'aéronautique civile et article 23 du Code de commerce maritime), elle produit aussi des effets civils.

² A. JAUFFRET, Le registre du commerce en droit comparé, Cours de droit commercial, 1973-1974.

³ car les inscriptions sont complétées au fur et à mesure que les faits ou actes soumis à publicité sont eux-mêmes modifiés. Voir P. BEDER, Répertoire de droit commercial, 2011 (mise à jour 2013), V° Registre du commerce et des sociétés, n°6.

⁴ R. De La HAYE, Le registre du commerce : son rôle actuel en droit français – Son rôle possible de discrimination des commerçants et des non-commerçants et d'organe de publicité légale en matière de commerce, Thèse, Université de Paris – Faculté de Droit, 1946, p.15 et suiv.

⁵ Concernant la passation d'un registre destiné à la corporation elle-même à un registre ayant pour fonction l'information voir, H. CORVEST, Le registre du commerce (Etude comparée de droit Allemand, Espagnol et Français), thèse, Université de Clermont-Ferrand, Faculté de Droit et de Science Politique, 1974, p.5 et suiv.

⁶ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p.178-179, n°164 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, Introduction, Règles communes à toutes les personnes du droit commercial, Les commerçants individus, tome 1, Paris, 2ème éd., Dalloz, 1980, n°308 et suiv.

⁷ Voir notamment J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, tome 1, op.cit., n°308 et suiv.; R. de la HAYE, "Le registre du commerce dans les pays du Marché commun", RTD com. 1960, p.47-64.

l'origine, pour les commerçants individuels¹, il ne peut exister que dans les pays qui reconnaissent la distinction juridique entre les commerçants et ceux qui ne le sont pas. Or, cette distinction n'existe pas dans le droit anglais, ni en principe dans le droit des Etats-Unis d'Amérique². Mis à part ces exceptions, le registre du commerce constitue l'instrument de publicité légale commerciale, le plus répandu dans le monde et ce grâce à l'influence qu'ont eu certaines législations sur d'autres dès le XIX^{ème} siècle³.

9-Réglementation de registre du commerce: En Tunisie, le registre du commerce est réglementé par la loi spéciale n°95-44 du 2 mai 1995⁴. Des textes d'application ont été prévus, mais, publiés avec un certain retard. Il s'agit du décret n°95-2452 du 18 décembre 1995 relatif aux droits d'immatriculation au registre du commerce⁵, du décret n° 96-256 du 14 février 1996, fixant la composition de la commission chargée du registre du commerce et son fonctionnement⁶, l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce⁷ et l'arrêté des ministres de la justice, du commerce et de l'industrie du 22 février 1996, fixant les conditions d'inscription et de dépôt au registre central du commerce⁸. En France, le registre est devenu depuis 1978, le registre du commerce et des sociétés⁹, et il est actuellement régi par le Code de commerce¹⁰ dans ses trois parties: législative¹¹, réglementaire¹² et arrêtés¹³.

¹ H. AZARIAN, "Registre du commerce et sociétés. Législation, organisation et fonctionnement", JurisClasseur Commercial, 2013 (mise à jour 2017), fasc. 105, n°2.

² S. HEBERT, "Les publicités légales du droit anglo-américain", in Publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction de A. Sayag, op.cit., p.407-441.

³ A. JAUFFRET, "Le rôle du droit comparé en matière de registre du commerce", in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t.1, éd. A. PEDONE, 1975, p.151-160; H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p.5 et suiv.

⁴ Loi n°95-44 du 2 mai 1995, relative au registre du commerce, JORT, n°37 du 9 mai 1995, p. 1055 - 1062. Cette loi est modifiée par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010, JORT, n°31 du 16 avril 2010, p.1068-1075.

⁵ JORT n°103 du 26 décembre 1995, p.2364. Ce décret est abrogé par le décret Gouvernemental n°2015-968 du 3 août 2015 relatif aux droits d'immatriculation au Registre de Commerce (J.O.R.T. n° 63 du 7 août 2015, p. 1765).

⁶ JORT, n°16 du 23 février 1996, p.359.

⁷ JORT, n°18 du 14 mars 1996, p.391-397. Cet arrêté est modifié par l'arrêté de 19 février 2009 (JORT, 2009, n°17, p. 621).

⁸ JORT, n°18 du 1er décembre 1996, p.398.

⁹ L'explication de cette dénomination est présentée dans la page 230.

¹⁰ C'est à partir de 2005 que les dispositions relatives au registre du commerce ont été progressivement intégrées dans le Code de commerce français. Voir P. BEDER, Registre du commerce et sociétés, Répertoire de droit commercial 2011 (mis à jour 2013), n°6 et suiv.

¹¹ C. com., art. L. 123-1 à L. 123-11-1.

¹² C. com., art. R. 123-31 à R. 123-171-1.

¹³ C. com., art. A. 123-12 à A. 123-74.

Mais dans les deux pays, le registre est tenu par le greffier de tribunal¹ sous la surveillance du président ou du juge de registre du commerce. Un registre national est tenu par l'INNORPI², qui centralise un second original des registres tenus dans chaque greffe. Ce registre est alimenté par les greffes, qui transmettent à l'INNORPI un double de toutes les inscriptions ainsi que des actes et pièces déposés. Il publie des informations légales mais il n'est pas producteur d'effets de droit, d'où l'intérêt de l'étude de registre du commerce stricto sensu.

Etant tenu par un fonctionnaire de l'Etat, le registre du commerce se présente comme l'instrument indispensable à la mission de service public dont est investi le greffier. Il est aussi une mesure de publicité dès lors qu'il permet de centraliser les renseignements relatifs aux entreprises et les communiquer aux tiers en délivrant des copies, extraits ou attestations³. La question se pose ainsi de savoir si le registre du commerce constitue uniquement une institution de droit public ou bien il a aussi, pour objectif de satisfaire l'intérêt privé des intéressés par cette information?

La vocation de publicité légale du registre du commerce apparaît clairement dans l'article premier de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 aux termes duquel "*Le registre du commerce a pour but de centraliser les informations concernant les commerçants et les sociétés, et de les mettre à la disposition du public*". Ainsi, le registre du commerce joue un rôle d'information du public. Ce rôle correspond à la fonction classique du registre du commerce. Cependant, la définition de l'article premier de la nouvelle loi reste incomplète du fait qu'elle ne fait pas le point sur la question de savoir s'il s'agit d'un système administratif ou d'un système juridique de registre du commerce. La réponse à cette question est tributaire de l'étude des effets juridiques attachés à la publicité légale au registre du commerce.

10-Ambivalence des modalités de publicité légale : On peut d'abord, noter que les modalités de la publicité légale sont toutes ambivalentes. Dépôt, immatriculation et inscription peuvent respectivement être envisagés tantôt comme une technique de simple enregistrement de l'information, tantôt comme une technique de mise en œuvre d'un droit, ou les deux à la fois. Ainsi, l'inscription est une formalité administrative

¹ C'est le tribunal de première instance selon l'article 5 (nouveau) de la loi relative au registre du commerce, et c'est le tribunal de commerce selon l'article L. 123-6 du Code de commerce français.

² Article 6 de la loi relative au registre du commerce. En France c'est l'INPI qui tient le registre central selon l'article R. 123-80 du Code de commerce.

³ Article 63 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce.

d'enregistrement de certains faits et actes sur un registre; mais, elle constitue aussi, une condition de leur opposabilité¹. En effet, lorsque la connaissance d'un élément juridique est organisée par un système de publicité légale, l'opposabilité de cet élément apparaît comme tributaire de l'accomplissement des formalités requises². C'est ainsi que la publicité est généralement définie comme une forme sanctionnée par l'opposabilité³. Cependant, l'inscription peut dans certains cas avoir un effet constitutif⁴. A cet égard, l'exemple de l'inscription de la propriété industrielle sur des registres spéciaux⁵ nous enseigne que l'effet dévolu à cette inscription est en principe l'opposabilité; seul l'enregistrement de la marque produit un effet constitutif; elle confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés lors du dépôt⁶.

Quant au dépôt, il recouvre les deux réalités juridiques différentes. En effet, celui effectué en annexe au registre du commerce, concernant les états financiers des entreprises⁷, les actes et pièces se rapportant aux personnes morales de droit privé, n'a généralement qu'une finalité administrative⁸. Il s'analyse comme la formalité, purement matérielle, destinée à conforter les indications données par ailleurs à travers

¹ L'article 62 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 consacre la règle de l'opposabilité de tout acte et fait inscrits au registre du commerce. Aussi, le Code de commerce maritime a consacré l'effet de l'opposabilité de l'inscription dans son article 29.

² J. DUCLOS, L'opposabilité (essai d'une théorie générale), préface D. Martin, LGDJ, 1984, p.297 et suiv.

³ Certains auteurs estiment que la sanction de l'opposabilité aux tiers est un élément essentiel de la définition de la publicité. Voir par exemple J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, La formation du contrat, L'objet et la cause, les nullités, tome 2, Paris, Lextenso éd., LGDJ, 2013, n°457; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, Dalloz 2002, n°163; MALAURIE, AYNES, Droit civil. Les obligations, Contrats et Quasi-contrats, Cujas, 2001, n°160.

Toutefois, d'autres auteurs admettent qu'opposabilité et publicité sont deux notions qui ne se recoupent pas parfaitement. Voir, V. DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse précitée, p.41; A.-O. GUTTON, La publicité des faits juridiques, thèse dactyl. Clermont Ferrand, 1976, p.22.

⁴ L'inscription de nantissement du fonds de commerce sur un registre tenu par le greffier (article 239 du Code de commerce) ou de l'outillage et de matériel d'équipement (article 4 de la loi du 6 février 2011) produit un effet constitutif puisque le défaut d'inscription est sanctionnée par la nullité.

⁵ Voir note (1), p. 11.

⁶ Articles 6 et 21 la loi n° 2001-36 du 17 avril 2001, relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services.

⁷ Article 51 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, tel que modifié par l'article 13 de la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières (J.O.R.T. n°84 du 21 octobre 2005, p.2811).

⁸ Toute personne morale demandant son immatriculation doit déposer au greffe du tribunal en double exemplaire certains actes et pièces (article 44 nouveau de la loi du 2 mai 1995). L'article 45 nouveau de la loi du 2 mai 1995 détermine les différents actes de société. Ces actes et pièces déposés en annexe du registre du commerce se distinguent des pièces justificatives qui accompagnent toute demande d'immatriculation. Cette formalité de publicité par dépôt permet de prendre connaissance dans le détail du contenu des principaux actes et décisions relatifs à la vie de l'entreprise. Voir P. BEDER, Répertoire de droit des sociétés, 2012, V° Publicité légale, n°31 et suiv.

l'immatriculation ou l'inscription. A l'inverse, le dépôt des dessins et modèles¹ ou de brevet d'invention² à l'INNORPI conditionne la protection du droit de propriété industrielle³.

Il en est de même pour l'immatriculation. Pour les navires, elle est un élément de leur individualisation⁴ ; pour les aéronefs, elle est en outre constitutive d'un droit⁵. Concernant l'immatriculation foncière, loin d'être une simple formalité administrative, elle est une véritable décision judiciaire⁶ rendue suite à une requête⁷. Elle assure la sécurité des opérations mobilières à travers son effet constitutif⁸. Où peut-on donc, situer l'immatriculation au registre du commerce ? Il convient d'abord, de définir la notion d'immatriculation.

11-Définition de l'immatriculation : On cherche vainement dans les textes législatifs⁹ comme dans les écrits de la doctrine¹⁰ une définition complète et explicite de la notion d'immatriculation. Cependant, certains auteurs définissent cette notion en la distinguant de la notion d'inscription¹¹. Si l'immatriculation est une inscription, l'inscription n'est pas nécessairement une immatriculation. Ainsi, l'inscription est un concept large, dont l'emploi peut laisser d'emblée planer une certaine ambiguïté, car toutes les déclarations classées au registre du commerce portent le nom d'"inscriptions". D'où, et afin de préciser la terminologie la plus exacte, il faut distinguer nettement entre

¹ Article 7 de la loi n° 2001-21 du 6 février 2001, relative à la protection des dessins et modèles industriels.

² Article 7 de la loi n°2000-84 du 24 août 2000, relative à la protection des brevets d'invention. Selon cet article le brevet une fois déposé confère à son titulaire un monopole d'exploitation.

³ Voir J. AZEMA, Lamy Droit commercial, Paris 1992, n°2156.

⁴ Les articles 23 (Modifié par la loi n° 2004-3 du 20 janvier 2004) et 24 du Code de commerce maritime.

⁵ Cette immatriculation des aéronefs civils vaut titre (article 9 du Code de l'aéronautique civile) et elle attribue la nationalité tunisienne (article 6 du Code).

⁶ Aux termes de l'article 310 du Code des droits réels "*le tribunal immobilier statue sur les demandes d'immatriculation*". Les jugements rendus et ordonnant l'immatriculation sont envoyés à la conservation de la propriété foncière pour établir un titre foncier (article 316 du Code des droits réels tel que modifié successivement par la loi n° 92-46 du 4 mai 1992 et par la loi n° 2001-35 du 17 avril 2001).

⁷ Dans le cadre de l'immatriculation facultative, une requête doit être présentée par l'intéressé à ses frais (article 321 du Code des droits réels). Elle doit être déposée par l'intermédiaire d'un avocat dont le ministère est devenu obligatoire (Article 319 du Code des droits réels tel que modifié par la loi n°2008-67 du 3 novembre 2008). Toutefois, et dans le cadre de l'immatriculation obligatoire gratuite, la procédure nécessite une déclaration de propriété selon l'article 4 du décret-loi n°64-3 du 20 février 1964.

⁸ Article 305 du Code des droits réels. Voir, infra, p. 99.

⁹ A travers l'examen de la loi du 2 mai 1995 ainsi que le Code de commerce et le Code des sociétés commerciales, on a pu constater que les incidences de l'immatriculation ont été abondamment décrites mais cette notion elle – même n'a pas été réellement déterminée.

¹⁰La quasi -majorité de la doctrine a étudié l'immatriculation sans pour autant la définir.

¹¹ V° J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, Droit commercial, tome 1, op.cit.

l'immatriculation, l'inscription complémentaire¹, l'inscription modificative² et la radiation. Toutes ces écritures portées au registre du commerce sont, si l'on veut, des inscriptions.

Généralement, l'immatriculation se définit comme étant l'action par laquelle une personne ou une chose dûment caractérisée est inscrite sur un registre par un numéro d'identification³. En matière de registre du commerce, elle constitue l'inscription initiale. Elle est personnelle et elle attribue à l'assujetti un numéro unique⁴. Elle sert donc à identifier le sujet immatriculé et à permettre aux tiers de connaître les renseignements y afférents. Toutefois, cette immatriculation qui intéresse la situation de la personne⁵ se distingue d'une autre formalité de publicité qui est l'immatriculation secondaire relative à des établissements secondaires qu'exploite une personne physique ou morale dans le ressort de deux greffes au moins⁶. Il s'agit dans ce cas d'une publicité des faits⁷.

12-D'où l'importance de l'étude de l'immatriculation pour déterminer la nature de registre du commerce: C'est l'immatriculation principale qui doit faire l'objet de notre recherche, puisqu'elle est non seulement la première que doit prendre un acteur économique, mais encore la principale pouvant toucher sensiblement sa situation juridique. D'autant plus que l'immatriculation qui était à l'origine une formalité publicitaire par excellence en matière commerciale, elle se détache

¹ Si le commerçant exploite plusieurs fonds dans des ressorts différents, Pour l'autre fonds exploité dans le même ressort du tribunal, ceci font l'objet d'une déclaration aux fins d'une inscription complémentaire. Lorsque le fonds est exploité dans un autre ressort, il s'agit d'immatriculation secondaire.

² Toute modification rendant nécessaire une rectification ou une adjonction aux énonciations mentionnées au registre du commerce fait l'objet d'une demande d'inscription modificative.

³ Voir Lexique des termes juridiques, 13^{ème} éd., Dalloz 2001.

⁴ Article 3 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995. Voir infra, p.145 et suiv.

⁵ Ainsi, lorsque la loi du 2 mai 1995 exige l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, c'est la situation pour une personne, de possession de cette qualité qui constitue l'objet de mesure de publicité. De même pour une société ayant la personnalité morale, c'est la situation dans laquelle se trouve ce groupement par rapport à ces membres qui doit faire l'objet de cette mesure.

⁶ Toute personne immatriculée qui ouvre un établissement secondaire doit l'inscrire au registre du commerce du lieu de cet établissement (article 13 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995).

⁷ L'ouverture d'un établissement secondaire ne résulte pas nécessairement d'un acte juridique. Il s'agit d'une simple activité matérielle de celle-ci, un fait volontaire auquel la loi attache une conséquence juridique qui réside dans l'obligation d'inscription au registre du commerce. Bien entendu, l'ouverture d'un établissement secondaire est souvent accompagnée d'une série d'actes juridiques, notamment relatifs au fonds de commerce. Ces actes doivent également être publiés, mais en vertu d'une exigence de publicité spéciale qui est complémentaire de celle concernant la simple ouverture de l'établissement.

actuellement de la publicité¹. C'est avec la promulgation du Code des sociétés commerciales en 2000², que le législateur distingue nettement entre l'immatriculation de la société et sa publicité qui sera faite par une insertion des actes juridiques au Journal Officiel de la République Tunisienne³. Le titre II du livre premier du Code est ainsi intitulé: "*L'immatriculation et la publicité des sociétés*"⁴. Cette innovation conceptuelle de l'immatriculation au registre du commerce va-t-elle renforcer son effet et rejaillir sur la nature de registre du commerce?

13-Historiquement, le registre du commerce est une institution héritée du système juridique français qui l'a introduite dans notre législation lors de l'époque coloniale. Son apparition primitive remonte au décret beylical du 16 juillet 1926⁵. Mais, avant cette date, et à l'heure où il n'existait en France aucune institution susceptible de réaliser une publicité générale de tous les faits et actes intéressants l'activité des commerçants et sociétés commerciales, l'avant-projet de Code civil et commercial tunisien de 1899 proposait, déjà, une réglementation moderne de registre du commerce inspirée du Code des obligations suisse de 1881 et du Code de commerce allemand de 1897, mais qui venait comporter certaines particularités⁶. Le registre du commerce de l'avant-projet devait être tenu au greffe des tribunaux et surveillé par un juge⁷. L'immatriculation y devait être obligatoire pour tous ceux qui exerçaient le commerce ou exploitaient un établissement de nature commerciale⁸. Les différentes inscriptions ne devaient produire leurs effets vis-à-vis des tiers qu'à partir de leur publication dans le

¹ A. OMRANE, "Le droit tunisien des sociétés entre l'archaïsme et la modernité", Etudes juridiques 2003, n°10, p117; Ch. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, Volume 2, Entreprises sociétaires, tome 1, éd. IHE, Tunis 2003, p.248.

² Loi n°2000-93 du 3 novembre 2000, portant promulgation du Code des sociétés commerciales, JORT n°89 du 7 novembre 2000.

³ Dans le cadre de l'allègement des formalités de constitution de la société, la loi n° 2009-16 du 16 mars 2009 qui a modifié l'article 15 du Code des sociétés commerciales, a supprimé l'obligation de procéder à une insertion dans les journaux quotidiens dont l'un en langue arabe. Voir V° N. SNOUSSI, "Présentation de la loi n° 16 du 16 mars 2009 portant modification du Code des sociétés commerciales", Infos Juridiques 2009, n°68/69, p. 17.

⁴ Cette distinction résulte aussi des dispositions de l'article 78 du même Code qui, en traitant les caractéristiques de la société en participation, dispose que celle-ci "*n'est soumise ni à l'immatriculation, ni à aucune forme de publicité*".

⁵ J.O.T. 19 janvier 1927, p. 166.

⁶ Avant projet de Code civil et commercial tunisien, Imprimerie générale J. PICARD, Tunis 1899, articles 536-552.

⁷ Article 536 de l'avant projet du Code civil et commercial.

⁸ Sont tenues de s'immatriculer aussi, les sociétés de commerce, qui devaient être des sociétés en nom collectif et en commandite ayant la qualité de commerçant quel que fût leur objet (articles 1635-1669 de l'avant projet).

Journal Officiel et dans la feuille des annonces judiciaires¹. Cependant, lors de l'adoption du Code des obligations et des contrats, les dispositions relatives au registre du commerce ont été abandonnées et l'obligation d'inscription au registre du commerce a été substituée, le cas échéant, par l'obligation de publication. Quoique l'article 1335 du Code des obligations et des contrats reste, dans sa version française, le témoin du projet non adopté². En fait, il semble qu'il était très difficile d'introduire en Tunisie, pays sous protectorat français, un registre du commerce d'inspiration suisse-allemande à l'heure où la question de son introduction en France était controversée³. C'est à partir de la législation française apparue le 18 mars 1919⁴, suite au retour en France des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle dans lesquels étaient en vigueur les textes allemands sur le registre du commerce⁵, que fut adopté en Tunisie le décret beylical du 16 juillet 1926, instituant le registre du commerce⁶.

14-D'une institution de police : Mais, on doit reconnaître que le registre du commerce tunisien de 1926, comme celui français de 1919, n'avait pratiquement aucun rôle juridique, aucune sanction civile n'existait, aucun contrôle n'était exercé sur les déclarations faites au greffier. Il était un simple répertoire de caractère administratif. Dans cette conception purement formelle du droit tunisien, l'immatriculation n'avait donc aucun effet juridique en droit privé, ni pour l'entreprise elle-même - à l'exception toutefois d'une certaine présomption de commercialité -, ni pour les tiers. La qualité même de commerçant ainsi que tous les actes dont la loi exigeait l'inscription acquéraient leur pleine efficacité antérieurement à cette formalité. L'immatriculation était donc, déclarée obligatoire, non pas dans l'intérêt des tiers, mais dans le seul but de

¹ Articles 537-538 de l'avant projet. L'inscription du nom commercial ou de la raison de commerce et sa publication devait assurer au propriétaire l'exclusivité de l'usage du nom ou de la raison (article 546 de l'avant projet). En revanche, le défaut de publicité des modifications apportées à l'acte constitutif devait être sanctionné par la nullité des actes modificatifs (article 1641 de l'avant projet).

² L'article 1335 du Code des obligations et des contrats dispose que "*Lorsqu'il y a plusieurs liquidateurs, ils ne peuvent agir séparément s'ils n'y sont expressément autorisés ; cette autorisation doit être mentionnée au registre du commerce*".

³ C'est à partir de 1900 que la question du registre du commerce a été mise à l'ordre en France. Elle fut abordée au Congrès International de la Propriété Industrielle de Paris en 1900 et fit l'objet en 1901 et 1902 d'intéressantes communications à la société de législation comparée, où elle provoqua une assez vive controverse entre THALLER et Ch. LYON-CAEN qui s'étaient livrés à une étude approfondie de l'institution du registre, telle qu'elle fonctionnait en Allemagne. Pour plus de détails voir notamment H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p.20 et suiv. ; S.-A. LECOUFLE, L'extension du rôle du registre du commerce dans le décret-loi du 9 août 1953, Thèse, Université de Paris – Faculté de Droit, 1957, p.50 et suiv. ; R. De La HAYE, Le registre du commerce : son rôle actuel en droit français, Thèse précitée, p.2 et suiv.

⁴ Journal Officiel 19 Mars 1919.

⁵ M. ANCEL, Etudes de droit privé, de droit public et de droit comparé, éd., Paris, 1975, p.152 et 153.

⁶ J.O.T., 19 mars 1927, p.166.

permettre aux autorités de résoudre de simples problèmes administratifs et de statistique. Elle était considérée comme une institution de police destinée à dénombrer les commerçants¹. Sans doute le registre du commerce n'était pas resté figé. Il avait, en réalité, évolué et que son rôle s'était, dans une certaine mesure, accrue.

15-Vers une institution civile : Quelques textes avaient complété et modifié le décret du 16 juillet 1926² sans toucher à l'organisation du registre, ni lui faire produire des effets juridiques. Mais, le Code de commerce de 1959, qui reprenait, en les codifiant, les textes sur les sociétés commerciales, avait étendu la sanction du défaut de publicité des sociétés commerciales (dépôt de l'acte constitutif et publication d'un extrait au JORT) au défaut d'immatriculation au registre du commerce³. Il s'agissait de la nullité de la société.

Une réforme plus profonde était généralement souhaitée. Le registre du commerce étant bien acclimaté en Tunisie, il apparaissait nécessaire de le réformer pour le rendre plus complet, plus exact, mieux contrôlé, pour le doter d'effets juridiques. Le 2 mai 1995, la chambre des députés a adopté un projet de loi relatif au registre du commerce. L'exposé des motifs a fait état du "*renouveau que connaît la Tunisie en matière économique, ainsi que de la politique libérale et de concurrence adoptée, ce qui a rendu nécessaire la modernisation de la législation tunisienne en la matière avec la prise en compte du développement que connaît les législations comparées en matière économique et spécialement en matière commerciale*"⁴. On a dû constater que l'ancienne réglementation de 1926 ne répondait plus aux nouvelles exigences⁵.

La loi n°95-44 du 2 mai 1995⁶ a donc, créé un nouveau registre du commerce sérieusement contrôlé et doté d'effets civils importants. Désormais, des conséquences juridiques découlent de l'immatriculation et du défaut d'immatriculation ainsi que du défaut des mentions prescrites. L'immatriculation qui était, à l'origine une simple

¹ Traité de droit commercial. Commerçants. Tribunaux de commerce. Fonds de commerce, tome 1, 18ème éd. L.G.D.J., 2001, n°219.

² Voir notamment, décret 23 février 1950 relatif aux formalités de publicité des sociétés (article 4); Loi n°59-54 du 29 mai 1959 relative à l'émission d'obligations convertibles en actions au gré des porteurs (article 7).

³ Ancien article 17 du Code de commerce.

⁴ Les débats parlementaires, assemblée du 25 avril 1995, J.O.R.T., n°36, p. 4 (en arabe).

⁵ A.-L. BEN MANSOUR, "Adapter la législation à la donne économique", L'Economiste Maghrébin, n°128, 1995, p.19; R. JELASSI, "Le registre du commerce: un outil assurant la transparence des relations économiques", L'Economiste Maghrébin, n°177, 1997, p.23; Kh. KRIMI, "Le nouveau registre du commerce: un instrument au service de la transparence", Conjoncture, n°207, 1997, p.30-31.

⁶ Loi n°95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce, J.O.R.T., n°37, du 9 mai 1995, p.1055.

mesure administrative, devient alors pour les personnes physiques une formalité qui détermine leur qualité de commerçant. Pour les sociétés commerciales, elle n'est plus une condition de leur validité, comme le prévoyait l'ancien Code de commerce¹, elle devient plutôt une formalité créatrice de leur personnalité morale depuis la promulgation du Code des sociétés commerciales. Ainsi, le législateur tunisien a rétabli l'effet constitutif de l'immatriculation des sociétés déjà reconnu par le législateur français depuis 1966². Au terme de cette évolution, on peut estimer que la réglementation actuelle du registre du commerce est satisfaisante et que son rôle est accentué puisque l'immatriculation est régie à la fois par la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce et la loi n°2000-93 du 3 novembre 2000 portant promulgation du Code des sociétés commerciales. Donner à l'immatriculation l'effet renforcé rend le registre du commerce un véritable "*casier commercial*"³ de portée purement juridique par opposition au "*casier judiciaire*" déjà institué⁴.

16-Utilité et efficacité de l'immatriculation: A l'heure actuelle, les interventions des législateurs tunisien et français en matière de l'immatriculation au registre du commerce sont motivées, d'une part, par la considération de son utilité, d'autre part, par le souci d'une plus grande efficacité. Evidemment, cette formalité revêt une importance juridique majeure. En mettant à la disposition du public une documentation précise sur les personnes lors de l'immatriculation, il garantit le développement du crédit et la sécurité des transactions. L'enjeu qui tend à porter à la connaissance des tiers essentiellement la situation juridique de l'entreprise, mais aussi sa situation financière⁵ s'éclaire par le constat que la puissance, désormais, passe moins par la détention d'un capital matériel que par celle des sources et techniques de l'information, qui elles-mêmes assurent la possession de celle-ci. Il n'est certes pas nouveau de dire que celui qui a l'information tient le pouvoir ; mais pendant longtemps l'information n'a été source que de pouvoir indirect, marginal ou occulte. Dans une société qui met au premier rang l'apparence et le spectacle, l'information, et surtout la mise en scène de l'information, gouverne tout. Ainsi, la mise en forme commande le fond, même et

¹ Voir infra, p. 479.

² Voir infra, p. 101.

³ Ph. FARGEAUD, "Le fichier (ou casier) commercial", RTD com. 1965, p.1-11.

⁴ R. DE LA HAYE, "Le registre du commerce : organe possible de publicité légale en matière commerciale", RTD com. 1951, p.454.

⁵ Article 51 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 tel que modifié par l'article 13 de la loi 2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières (JORT, n°84 du 21 octobre 2005, p.2811-2816.

surtout pour les relations économiques, et donc juridiques, qui deviennent des relations de communication autant et plus que l'échange de biens¹.

Concernant l'efficacité de l'immatriculation, elle se trouve considérablement renforcée par l'informatisation de registre du commerce. L'amélioration de la connaissance des situations juridiques par les tiers passe par un perfectionnement des modes de publicité. Aujourd'hui, se développe la publicité légale sur support électronique. Ce nouveau mode révolutionne la matière, il permet une communication de l'information à distance en continu. La télématique et encore plus l'internet permettent de s'affranchir de la contrainte de l'espace et du temps.

Ce mouvement est général : on le rencontre en France depuis que le décret n°2005-77 du 1er février 2005² qui envisage de manière précise la dématérialisation des formalités d'immatriculation, de modification et de radiation au registre du commerce et sociétés. En Allemagne, et à compter du 1^{er} janvier 2007, le registre du commerce doit être tenu sous forme électronique. Les déclarations aux fins d'inscriptions doivent, désormais, être transmises au registre du commerce par voie électronique après authentification. Les documents sous forme papier ne sont plus acceptés, seuls des

¹ Publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction de A. Sayag, p.XVI et XVII

² Journal Officiel 2 Février 2005. Voir en doctrine, B. SAINTOURENS, RTD com. 2005, pp. 475-478.

documents numérisés doivent être transmis¹. Quant au législateur tunisien, et même avec un peu de retard, il a décidé d'épouser son temps et d'inscrire sa législation dans le contexte des nouvelles tendances mondiales marquées par une évolution éblouissante des nouvelles technologies de l'information et de la communication. La réforme par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010² constitue une avancée significative pour le développement d'un registre du commerce électronique. L'innovation majeure consiste à la possibilité de s'immatriculer par voie électronique et à reconnaître la signature électronique. Aussi, la présente réforme revêt elle une grande importance pour les entrepreneurs car l'objectif est de permettre une immatriculation plus aisée techniquement et une consultation des informations facilitée pour les tiers³.

17-La fonction de contrôle de l'immatriculation : Cette innovation conceptuelle de l'immatriculation impose une nouvelle acception de registre du commerce. Mais, elle ne doit pas évincer son caractère administratif qui, historiquement, est apparu le premier. En effet, il est admis que la publicité par voie de registre public incarne le renforcement du formalisme qui est justifié généralement, par le rôle dévolu à l'Etat,

¹ En fait, ce mouvement a été imposé aux pays appartenant à la Communauté Européenne par la directive 2003/58/CE du Parlement et du Conseil du 15 juillet 2003 (modifiée par la directive CE du 16 septembre 2009) en vue de faciliter et accélérer l'accès des parties intéressées aux informations sur les sociétés, tout en simplifiant sensiblement les formalités de publicité imposées à ces dernières. Elle a ainsi prévu que: pour tous les actes soumis à publicité et qui font l'objet d'une formalité de dépôt ou d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, les sociétés auront le choix entre le support papier ou la voie électronique. Symétriquement, tout intéressé pourra obtenir copie des actes et indications portés au registre du commerce et des sociétés par voie électronique. À la suite du registre électronique imposé par cette directive de 2003 et face aux insuffisances du registre européen du commerce lancé sur une base volontaire "siglé" EBR ("*European Business Register*"). Voir V. GIANNELLA, "La dimension communautaire : le registre du commerce européen", *Gaz. Pal.* 1994, 1, chron. p. 111.), une directive 2012/17/UE sur l'interconnexion des registres du commerce au sein de l'UE a posé les fondements juridiques de ce système d'interconnexion de tous les registres de commerce nationaux accessibles par le biais d'une plateforme unique (Voir B. LECOURT, "Accès à l'information sur les sociétés de capitaux : proposition d'une directive ayant pour objet d'interconnecter les registres du commerce au sein de l'Union européenne", *Rev. sociétés* 2011, p. 317; C. DELZANNO, "Europe : des registres du commerce interconnectés ?", *Dr. et patr.* décembre 2009, p. 24; Ch. GUILLAUME, "Le droit des sociétés à l'ère des nouvelles technologies ?", *Droit des sociétés* n° 2, Février 2013, étude 5). Un projet BRIS système d'interconnexion des registres de commerce de l'Union européenne a été mis en ligne le 8 juin 2017. Grâce à ce projet qui vise à renforcer la compétitivité des entreprises européennes, faciliter l'entrée de l'Union européenne dans l'ère digitale et ainsi participer à la construction d'un Marché unique dématérialisé au sein de l'Union, tous les citoyens ou entreprises européennes auront un accès aux informations sur les entreprises enregistrées dans les registres de commerce des États membres. Ce projet permettra également une communication électronique entre tous les registres de commerce de l'Union européenne, ces registres pouvant échanger des informations sur les succursales, et les fusions transfrontalières entre sociétés européennes (Voir "Interconnexion des registres de commerce européens", in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 26, 29 Juin 2017, act. 498).

² Loi n° 2010-15 du 14 avril 2010, modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce, *JORT* n°31 du 16 avril 2010, p.1068.

³ Néanmoins, on ne peut manquer de relever que la portée du texte de la loi de 2010 ne pourrait être fixée avec précision qu'à partir de la publication des décrets d'application et qu'il serait difficile, dans ces conditions, aux assujettis de se soumettre au droit nouveau.

garant de l'ordre public économique et social¹. Certes, le principe demeure "*la liberté du commerce et de l'industrie*". Reconnu en Tunisie à travers plusieurs dispositions légales², ce principe qui s'inscrit comme "*liberté publique*"³, entraîne de toute évidence une liberté d'entreprendre⁴, de constituer des entreprises, de gérer librement dans un marché⁵. Bref, l'Etat doit laisser la plus grande part possible à l'initiative privée et au choix individuel pour faire le commerce⁶. Mais, cette liberté qui fait partie aujourd'hui des valeurs nouvellement redécouvertes par la société du nouvel ordre mondial n'est pas absolue⁷. "*La liberté d'exercer n'importe quelle activité sans aucune condition... n'existe (pas) et n'a jamais existé dans aucun pays du monde. Partout, l'accès à certaines activités économiques est réglementé*"⁸. De ce fait, le choix d'une activité ne dépend pas de la simple volonté de l'opérateur économique, mais aussi du bon vouloir des pouvoirs publics. Par ailleurs, la liberté du commerce et de l'industrie est confrontée à plusieurs obstacles dans son exercice⁹. Ces entraves sont liées à l'organisation administrative du commerce et de l'industrie¹⁰. Ainsi, le registre du commerce constitue un moyen de contrôle¹¹ intéressant pour l'application des lois de police professionnelle interdisant l'accès des professions commerciales à certaines personnes, ou le

¹ J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", in Etudes offertes à G. RIPERT, L.G.D.J. 1950, tome 1, p. 93; M. MAHFOUDH, "Formalisme et théorie générale du contrat", in Regards sur le formalisme en droit privé, actes du colloque organisé par l'Association Tunisienne de Droit Privé les 9-10-11 décembre 2004 avec le soutien de l'Institut Français de Coopération, Collection Forum des Juristes, n°12, Tunis 2007.

² L'article 5 du Code de commerce dispose que "*Toute personne capable de s'obliger peut exercer le commerce*". De son côté, le Code pénal réprime toutes les entraves à la liberté du travail, au commerce et à l'industrie (Les articles 138 et 139 du Code pénal, placés sous la section V intitulé "*Atteinte au commerce et à l'industrie*". Aussi, l'article 3 (nouveau) de la loi n°91-44 du 1^{er} juillet 1991 telle que modifiée par la loi n°94-38 du 24 février 1994 portant organisation du commerce de distribution, dispose que "*l'exercice de l'activité de commerce de distribution au sens de l'article 1^{er} de la présente loi, est libre et n'est pas soumis à agrément préalable*". Voir L. CHIKHAOUI, "La liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des prix", A.J.T., 1993, n°7, p. 135.

³ L. DACHRAOUI, "Introduction au nouveau droit des activités commerciales", Infos Jridiques, 2007, n°24/25, p. 20.

⁴ La liberté d'entreprendre signifie que toute personne peut créer le commerce ou l'industrie de son choix et y procéder selon les méthodes qui lui plaisent. V° C.A. COLLIARD, Libertés publiques, Paris, 8^{ème} éd., Dalloz, 2005, p. 861.

⁵ C'est ce qu'on désigne communément par "*la libre concurrence*". Voir M. KDHIR, "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?", Dalloz 1994, chron., p. 30.

⁶ A. BOCKEL, "Actualités et perspectives du contrôle de l'interventionnisme économique", A.J.D.A. 1983, doctrine, p. 8.

⁷ H. BEN MRAD, La liberté du commerce et de l'industrie, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, 1998.

⁸ J. THOMAS, Le droit de l'entreprise en Tunisie, E.N.A. 1971, p. 47.

⁹ M. GUIBAL, "La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie. Réflexions sur l'état actuel de la jurisprudence administrative", A.J.D.A. 1972, p. 330.

¹⁰ V° notamment H. BEN MRAD, La liberté du commerce et de l'industrie, Thèse précitée, p. 267 et s.

¹¹ Il ne s'agit pas ici de parler de la fonction de contrôle de conformité exercée par le greffier lors du dépôt de la demande d'immatriculation par l'assujetti. Ce contrôle préalable à l'immatriculation est mis au service de la fonction d'information du public. Sur ce point voir infra, p. 298 et suiv.

subordonnant à des autorisations, des licences ou des cartes professionnelles. A travers l'obligation d'immatriculation, l'Etat, à la fois méfiant de la puissance des acteurs économiques et conscient de leur rôle indispensable au développement de l'économie nationale, assure sa fonction de police économique. Le contrôle de l'accès au commerce et à l'industrie est une des formes de l'intervention indirecte de l'Etat dans l'économie. Il est le signe de sa présence, en amont, pour la sélection et la répartition des opérateurs économiques privés dans la sphère économique exclue de l'espace du libre accès.

18-Problématique : Le registre du commerce présente donc, un double aspect d'institution civile et d'institution de police. L'intérêt privé des tiers et l'intérêt public de l'Etat sont simultanément présents et protégés. C'est ainsi que l'immatriculation, entant que formalité imposée par la loi, est la plus souhaitée, sinon par le milieu administratif qui voit surtout son utilité économique, du moins par le milieu des affaires où domine le souci de la sécurité des transactions commerciales. Néanmoins, sur ce terrain proprement juridique, on peut se demander si les rédacteurs de la loi relative au registre du commerce n'ont pas créé une situation délicate en ne tenant pas en compte suffisamment ce souci de la sécurité juridique.

19-Il s'agit de démontrer que la définition de l'immatriculation par l'effet constitutif n'est pas apte à appréhender cette institution dans son ensemble. La procédure d'immatriculation perçue comme "*assez administrative*" pour les profanes, emporte, progressivement et au fil des réformes, un effet constitutif essentiel qui constitue certes, son élément distinctif. Toutefois, la confrontation d'une telle assertion aux dispositions de la loi du 2 mai 1995 et au droit positif d'une manière générale, révèle qu'elle ne reflète pas la réalité. En effet, il est curieux de constater que l'immatriculation constitue une institution juridique ambivalente (**Partie première**) caractérisée par une diversité de ses effets. Elle demeure essentiellement une mesure de publicité destinée à protéger les tiers. Elle doit donc assurer l'efficacité de l'information. Hélas, on peut déceler ses insuffisance (**Partie deuxième**). Elle ne garantit ni l'information nécessaire au monde des affaires, ni sa sincérité. Une équivalence fonctionnelle entre l'immatriculation et d'autres techniques juridiques avec lesquelles elle entretient des rapports de complémentarité est alors, à signaler. Ces techniques ayant un domaine d'application général concurrencent l'immatriculation dans sa fonction.

PARTIE PREMIERE :

Ambivalence de l'immatriculation.

20-Rôles, effets de l'immatriculation: M. DELAPORTE explique le désintérêt de la doctrine en ce qui concerne la forme des actes par l'impossibilité d'attacher des conséquences juridiques précises à la notion de forme¹. Ceci vaut également pour la publicité. Les règles édictées pour chaque formalité sont plus au moins spécifiques, de sorte que la qualification de publicité n'emporte pas une conséquence juridique déterminée². Ainsi, distingue-t-on entre une publicité informative, une publicité confortative et une publicité constitutive³. La première a pour seule fonction d'informer les tiers de l'existence des faits, droits, actes ou situations qui peuvent essentiellement les intéresser sans pour autant produire d'effet juridique⁴. Quant à la deuxième, elle se borne à assurer la mise en œuvre du principe d'opposabilité avec une fonction préférentielle⁵. Concernant la troisième, elle participe à la naissance d'un droit ou d'un acte. D'où la question de déterminer la fonction de l'immatriculation⁶. Le constat fait par madame S. CORNELOUP, dans son étude consacrée à la publicité des situations juridiques, de l'absence d'une théorie générale de publicité légale reste vrai même lorsqu'on envisage la seule formalité de l'immatriculation au registre du commerce⁷.

L'examen de l'immatriculation dans la loi n°95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce et dans le Code des sociétés commerciales permet de constater qu'elle constitue une institution juridique à facettes multiples. Elle se caractérise par une diversité qui affecte aussi bien les personnes qui y sont assujetties⁸, que les renseignements qu'elle comporte⁹ et les effets qu'elle produit. L'immatriculation ne produit pas seulement l'effet général de la publicité légale qui consiste à rendre un acte ou un fait opposable aux tiers. Elle "*est plus et autre chose qu'une simple mesure de publicité*"¹⁰. Elle produit aussi et surtout un effet constitutif. Mais, l'immatriculation ne cesse pas d'être une mesure de publicité parce que le législateur lui a assigné une sanction plus énergique que l'opposabilité aux tiers. Cette diversité des effets reflète en

¹ V. DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes en droit international privé, thèse précitée, p.4.

² Voir supra, p. 18 et suiv.

³ Voir, C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, L.G.D.J. 1990, p.9 et suiv., n°7 et suiv.

⁴ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, L.G.D.J. 1990, p.9, n°7.

⁵ Ibid, p.10.

⁶ Ibid, p.11.

⁷ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p. 13 et suiv, n°11 et suiv.

⁸ Article 2 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995. Cet article détermine les assujettis à l'obligation d'immatriculation.

⁹ Les articles 9 (nouveau) et 11 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

¹⁰ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°933.

réalité le caractère plurifonctionnel de l'immatriculation¹. Une même formalité - qu'est l'immatriculation - peut réunir en elle plusieurs techniques différentes: une technique d'information, une technique probatoire, une technique constitutive, une technique de contrôle²...

Cette ambivalence qui caractérise le rôle de l'immatriculation (Titre I) prête à confusion d'une part, et ne peut conduire à une unité de la notion, d'autre part. Sa fonction sera donc, étudiée non pas à partir de ses effets, mais à partir de sa finalité³. Par l'identification du but qu'elle poursuit, il semble possible de dessiner plus précisément les contours de l'immatriculation. De plus, cela permettra de préciser sa place dans l'ordre juridique en l'envisageant dans une perspective de délimitation par rapport aux autres mesures de publicité (publication, dépôt, inscription modificative ou complémentaire).

21-Fonction, finalité de l'immatriculation: La publicité constitue une technique juridique⁴ qui opère une information du public et qui peut être mise au service des politiques juridiques diverses, articulées autour de la volonté générale de protéger les tiers⁵. Entendue ainsi, l'affirmation de la fonction d'information de l'immatriculation, fonction commune à toutes les publicités⁶, paraît évidente. Plus précisément, son but est de donner une date certaine à la naissance d'une situation juridique, ce qui assure la sécurité des relations juridiques entre l'intéressé et les tiers. Néanmoins, on ne peut affirmer que l'immatriculation vise toujours à protéger les tiers. Cette politique de

¹ La référence aux effets de l'immatriculation est essentielle pour apprécier son rôle.

² Cette remarque est faite par madame GUERRERO à propos de la distinction des solennités et des publicités. Voir M-A. GUERRERO, L'acte juridique solennel, L.G.D.J., 1975, p.237.

³ C'est l'approche poursuivie par madame S. CORNELOUP pour définir la notion de publicité. Elle a démontré dans sa thèse que cette définition doit être fondée sur sa fonction, laquelle ne peut être déduite des effets de la formalité. Voir S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p. 107 et suiv., n°98 et suiv.

⁴ Par technique juridique, monsieur GENY entend ce qui "*représente dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière ... où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation*". Voir F. GENY, Sciences et techniques en droit privé positif, Troisième partie, Elaboration technique du droit positif, Sirey 1921, p.23.

⁵R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique: pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Paris, éd. la mémoire du droit, 2001, p.205. Une telle approche qui est celle de madame GUERRERO, fait apparaître que la fonction d'information constitue la fonction globale de la publicité. En revanche, derrière cette fonction globale se dessinent des fonctions plus précises. Il s'agit des finalités concrètes de l'information du public. Madame GUERRERO perçoit cette finalité dans la recherche de la sécurité du commerce juridique ou du crédit. On parle aussi, à ce propos, de la protection des tiers ou de la finalité selon la catégorie de tiers qu'une publicité vise à protéger. Voir M-A. GUERRERO, L'acte juridique solennel, L.G.D.J. 1975, p.203.

⁶ V. DELAPORTE, Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse précitée, p.392.

protection ne constitue pas son unique réalité. Une lecture attentive des différentes dispositions relatives principalement à la personnalité morale nous révèle que l'immatriculation est loin de produire ses effets juridiques. En raison des incohérences, des lacunes et de la confusion des dispositions légales, il est apporté des atténuations à l'effet juridique dévolu à l'immatriculation; un effet qui n'est pas absolu se diffère aussi d'une situation à l'autre¹. Ces atténuations démontrent l'absence d'une politique législative claire et précise et attestent que l'immatriculation demeure une technique ayant une finalité ambivalente (Titre 2).

¹ Par exemple pour étudier les effets de l'immatriculation d'une société on distingue entre société civile et société commerciale. Voir *infra*, p.231.

Titre I: Ambivalence du rôle de l'immatriculation.

22-La diversité du formalisme: Etant un "concept fort hétérogène"¹, le formalisme remplit des fonctions multiples. On distingue traditionnellement trois catégories de formes: les "formes solennelles"², les "formes probatoires"³, les "formes de publicité"⁴, auxquelles le Doyen GENY a ajouté "les formes habilitantes"⁵, les "formes de procédure et d'exécution"⁶ et les "formes fiscales"⁷. Le professeur GHESTIN parle même de "formes de contrôle"⁸. L'immatriculation y trouve-t-elle sa place?

23-L'immatriculation n'est pas une formalité habilitante: Contrairement à ce que pensait une certaine doctrine française⁹, l'immatriculation ne peut être considérée une formalité permettant d'habiliter une société à exercer les droits reconnus à une entité autonome; les formalités habilitantes sont destinées à relever d'une incapacité civile

¹ J.L. AUBERT, "Le formalisme (rapport de synthèse)", Répertoire du Notariat Défernois, 15 août 2000, n°15-16, pp.931.

² Manifestant le sens profond de la théorie juridique de la forme, les formes solennelles sont définies comme étant "des manifestations extérieures que le droit positif impose à un fait interne, généralement un mouvement ou une rencontre de volontés, et en l'absence desquelles ce fait n'atteint pas son but dans le domaine juridique, à tel point qu'il serait comme n'existant pas (inexistant ou non venu) sous ce rapport". F. GENY, Sciences et techniques en droit privé positif, op.cit., p.107.

³ Ce sont "des éléments de manifestation extérieure, au défaut desquels, le fait juridique décisif... n'est pas établi ou ne peut l'être qu'avec une efficacité restreinte". F. GENY, Sciences et techniques en droit privé positif, op.cit., p.109. Voir aussi M-K. CHARFEDDINE, "L'écrit, une preuve à l'épreuve", in Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques GUESTIN, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 218.

⁴ Elles consistent à "organiser la publicité de faits ou d'actes dont la connaissance est particulièrement utile pour les tiers, pour la sécurité des affaires notamment et de subordonner leur opposabilité aux tiers à cette publicité". J.L. BERGEL, Méthodologie juridique, Puf, Paris, 2001, p. 69.

⁵ Elles ont pour objet "de subvenir à une incapacité d'exercer les droits, que l'organisation juridique a dû reconnaître chez certaines personnes, sur la base de données naturelles, ou qu'elle a établie pour des motifs d'ordre social supérieur". Le remède, le plus général, consiste, soit dans une représentation de l'incapable, soit dans l'assistance, que lui fourniront des personnes susceptibles de prendre en mains ses intérêts. Ces techniques - représentation et assistance - constituent des formalités habilitantes permettant, à l'incapable protégé de contracter malgré sa capacité réduite. Voir, F. GENY, Science et technique en droit privé positif, op.cit., p.114.

⁶ Elles consistent dans le fait que "toute personne, engagée dans un litige ou menacée de voies de contrainte, a besoin d'être protégée contre les dangers de ces procédures et que cette protection résulte, le plus souvent, de l'exigence de solennités ou de délais, qui puissent éclairer ou prémunir l'intéressé". Ibid., p.114.

⁷ Elles consistent en "des exigences extérieures qui tendent à assurer la perception des impôts établis à l'occasion des actes juridiques ou de procédure". Ibid., p.115.

⁸ Les formalités de contrôle consistent dans le fait que "avant la conclusion du contrat, des avis, des visas, des autorisations doivent être faites... La plupart de ces formalités sont sans incidence, non seulement sur la validité du contrat, mais même sur ses effets juridiques. Leur inobservation donne lieu à des sanctions pénales, administratives ou fiscales". J. GHESTIN, La formation du contrat, tome 2, op.cit., p.431.

⁹ V. CUNHA, Le formalisme en droit des contrats, thèse, Université de Nice Sophia Antipole, Faculté de Droit et des sciences économiques, 2002, n°118, p.58; C. CUATAJAR-RIVIERE, La société écran. Essai sur la notion et son régime juridique, LGDJ, 1998, n°197, p.153.

alors qu'une société non immatriculée ne ressemble pas à un incapable¹ "à cela près qu'elle n'est même pas titulaire de droits virtuels"². Elle constitue plutôt, une technique juridique publicitaire par essence.

24-L'immatriculation: une formalité de publicité à effet constitutif ou une formalité solennelle?: Lors de l'immatriculation, certaines informations relatives à la personne et à son établissement sont mentionnées au registre du commerce pour être divulguées aux tiers. Cette formalité publicitaire n'a pas uniquement pour rôle d'informer le public et de rendre la situation de l'intéressé opposable. Non seulement, comme l'écrit Ripert, elle "aide à connaître ceux qui appartiennent à une classe"³, mais encore elle constitue elle-même cette classe. L'immatriculation a donc, un rôle constitutif (**chapitre 1**). Elle est nécessaire à l'efficacité⁴ d'un acte, d'un droit ou d'une situation, même à l'égard de la personne soumise à l'obligation de l'immatriculation. Ce rôle, quelque peu étranger aux formalités de publicité⁵, ne signifie pas que l'immatriculation est disqualifiée en une solennité comme le pensait une doctrine française⁶. Ainsi, comme l'a affirmé monsieur DELAPORTE, il est possible, sans aucune contradiction, d'aborder les publicités sanctionnées par la nullité avec les formes solennelles et celles sanctionnées par l'opposabilité dans la catégorie des formes

¹ Concernant la distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice d'une personne morale voir N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, L.G.D.J. 2004, pp.311, n°554.

² C. CUATAJAR-RIVIERE, La société écran. Essai sur la notion et son régime juridique, LGDJ, 1998, n°197.

³ G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2ème éd., Paris 1951, p. 45.

⁴ Pour madame GUERRIERO, il s'agit d'une caducité qui sanctionne le non-accomplissement de la publicité dans les délais légaux et non d'une nullité. C'est l'inobservation du délai d'inscription que la loi sanctionne. L'acte valable initialement devient simplement caduc par un vice qui l'affecte *a posteriori*. Les exemples du nantissement du fonds de commerce, du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement illustrent cette pensée. M-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, préface J. Vidal, Paris, LGDJ, 1975, p. 231-235.

⁵ Normalement les effets de la publicité ne sont censés se déployer qu'à l'égard des tiers, puisque les personnes directement concernées connaissent l'élément publié.

⁶ Pour certains auteurs, il existe des formalités de publicité qui constituent en réalité des formes solennelles parce qu'elles sont requises pour la validité de l'acte. Par là, ils révèlent toute la contradiction qui affecte cette classification; soit il s'agit d'une publicité, soit d'une solennité. Mais, en aucun cas, une formalité ne peut être à la fois une publicité et une forme solennelle. M. BILLAU, "L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel", in Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belge, sous la direction de M. Fontaine et J. GHESTIN, L.G.D.J. 1992, p.190 et suiv.

D'autres auteurs excluent uniquement qu'une formalité sanctionnée par la nullité puisse être une publicité. Sans le préciser davantage, ils expliquent qu'il s'agirait là plus qu'une simple publicité. SIMLER, DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Paris, 6ème éd., Dalloz 2012, n°723; H. LEMAIRE, "Formalité foncière (publicité ou inscription)", Etude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE, quant à leurs effets, JCP, 1991, N, 1991, 101395.

d'opposabilité¹. N'étant pas une catégorie autonome, l'immatriculation, mesure de publicité, se répartit, selon ses effets entre plusieurs groupes de formalités. Elle peut relever des formes solennelles, des formes d'opposabilité et même des formes probatoires.

25-L'immatriculation et la preuve: L'existence de lien entre la publicité et la preuve semble être considérée, par certains auteurs, comme une évidence puisqu'ils décrivent les effets de la publicité sur le terrain de la preuve sans s'expliquer réellement sur ce phénomène². Ainsi, il arrive parfois que la preuve et la publicité constituent deux institutions si proches qu'il n'est pas possible de dire si l'immatriculation doit être qualifiée de mesure de publicité ou de preuve. L'accomplissement des formes de preuve facilite surtout la situation du titulaire du droit puisque ces formes lui permettent d'établir un élément juridique le concernant, à tout moment et de façon certaine, à l'égard des tiers et des autorités publiques. Or, l'accomplissement d'une mesure de publicité peut également, dans certaines hypothèses, permettre à son auteur de prouver sa situation à l'égard des tiers. Simultanément, l'immatriculation poursuit fréquemment un autre rôle à savoir le rôle probatoire (**chapitre 2**). Dans la mesure où la création d'une situation juridique exige l'accomplissement de la formalité de l'immatriculation, la question de la preuve se trouve par cela même résolue. Cette constatation n'a rien de surprenant, parmi les avantages que la loi attend de la publicité des situations, il faut inclure ceux qui en découlent sur le terrain probatoire³.

¹ V. DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse précitée, p.43 et suiv. Cet auteur a ajouté une autre catégorie de forme, c'est celui des "*formes complémentaires*". Il s'agit des "*formes dont le rôle consiste seulement à apporter à l'acte une efficacité complémentaire que la volonté nue serait impuissante à lui conférer*". L'auteur classe dans cette catégorie l'immatriculation au registre du commerce conférant la personnalité morale et conférant le bénéfice du statut des baux commerciaux.

² C'est ainsi que madame C-T. BARREAU-SALIOU a choisi comme intitulé pour son ouvrage "Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, L.G.D.J. 1990.

³ M-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, op.cit., p. 165.

Chapitre 1: Le rôle constitutif de l'immatriculation:

26-Fondements du rôle constitutif de l'immatriculation: L'évolution de la publicité légale traduit une diversification croissante de ses fonctions. La manifestation la plus nette de cette tendance est apparue avec le Code des sociétés commerciales qui a consacré le rôle créateur de l'immatriculation. Celle-ci ne structure plus seulement un ensemble de situations, elle est une condition de l'existence même de ces situations. Si l'on examine ce renforcement du rôle de l'immatriculation, on s'aperçoit qu'il est le fruit d'évolutions et d'influences variées.

Sur un plan général, la publicité légale en droit des affaires reflète les particularismes de ce droit ainsi que des professionnels dont il régit le statut. Utiliser la publicité par inscription et dépôt pour créer une personne morale ou attribuer une qualité professionnelle consacre cette spécificité en soumettant *ab initio* les personnes physiques et les groupements concernés à un régime juridique qui les caractérise.

Sur un plan technique, ce nouveau rôle de la publicité légale est surtout lié à la réorganisation de la profession commerciale et à la refonte globale des modalités de constitution des sociétés commerciales, lesquelles ne pouvaient manquer d'avoir des répercussions sur le statut du professionnel et le mode d'acquisition de la personnalité morale. L'immatriculation au registre du commerce se démarque donc, des autres modes de publicité à savoir : la publication et le dépôt et ce, du fait de son importance quantitative et qualitative. Quantitativement, le contenu de l'acte d'immatriculation renferme les renseignements les plus divers et les plus nombreux¹. Qualitativement, elle constitue, en tant que règle de publicité, le point focal des autres². Qui plus est, la date de l'acquisition de la société de sa personnalité morale et de la personne physique de sa qualité professionnelle fussent fixées à celle de leur immatriculation. Cette dernière s'érige ainsi, en une composante autonome de l'existence d'une situation juridique nouvelle.

Sur un plan pratique, enfin, la concentration de l'exécution des formalités de publicité au greffe du tribunal permet d'octroyer un label de qualité à la situation, qui

¹ Sur le contenu de la demande d'immatriculation voir les articles 9 (nouveau) et 11 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

² N-F. RAAD, L'abus de la personnalité morale en droit privé, L.G.D.J. 1991, p. 37.

pousse à donner à l'immatriculation un rôle créateur de droit subjectif¹. Le caractère administratif de cet enregistrement accentue le rapprochement qu'on ne manquera pas d'établir entre le registre du commerce et les registres de l'état civil. Ce dernier constitue un document public destiné à recevoir les actes de l'état civil. Tous les faits ou actes qui créent ou modifient l'état des personnes doivent être constatés sous forme d'actes d'état civil². L'établissement d'un acte de naissance met ainsi l'enfant en mesure de bénéficier des droits attachés à sa personnalité juridique³. Quant au registre du commerce, il constitue un répertoire officiel des personnes morales et des personnes physiques exerçant une activité commerciale. Le greffier, responsable de la tenue du registre, doit procéder à l'immatriculation de l'assujetti et aux inscriptions modificatives dans tous les cas où sa situation subit des modifications exigeant rectification ou complément des énonciations portées au registre. C'est par l'enregistrement que la personne va voir naître juridiquement sa situation⁴. L'immatriculation effectuée au registre du commerce par le greffier constitue donc, un acte juridique (Section 1) produisant des effets de droit importants (Section 2).

Section 1: L'acte d'immatriculation:

27-La nature administrative de l'acte d'immatriculation: L'immatriculation au registre du commerce répond à la définition de l'acte administratif⁵ dans laquelle prévaut le critère organique pour la détermination de la nature juridique des actes en droit tunisien⁶. Bien qu'il soit accompli par le greffe du tribunal appartenant à l'ordre juridictionnel, il ne constitue pas un acte juridictionnel⁷, et ce contrairement à

¹ L'immatriculation même inexacte crée des droits subjectifs et non objectifs. Sur cette distinction voir infra, p. 331.

² Il s'agit principalement de la naissance, le mariage et le décès, qui sont établis sur des registres.

³ Y. FAVIER, Répertoire Dalloz de droit civil, 2016, V° Les actes d'état civil, n°83 et suivants.

⁴ Sur la question de l'assimilation de l'immatriculation à un acte de naissance voir P. COLOMBEL, Le particularisme de la condition juridique des personnes morale en droit privé, thèse Nancy, 1949, p.108.

⁵ L'acte administratif est défini comme étant "*un acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative, portant sur l'ordonnancement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement*".

توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس 1995.

⁶ Y. BEN ACHOUR, Droit administratif : organisation administrative, fonctions administratives, police et service public, décisions administratives, 3ème éd., Centre de Publication Universitaire 2010, n°454 et suiv.

⁷ Pour qu'il y ait acte juridictionnel du point de vue matériel, il faut une contestation entre deux ou plusieurs personnes sur un point de droit, une requête adressée au juge en vue de résoudre ce point de droit selon les termes de la loi, une confrontation par le juge entre la norme juridique et le fait litigieux et une décision du juge ayant force de chose jugée. Y. BEN ACHOUR, Droit administratif, Centre de Publication Universitaire, 3ème édition, 2010, p. 326 et suivant.

l'immatriculation foncière¹. Il s'agit d'un acte unilatéral dressé par un organe accomplissant un pouvoir administratif. Le greffier qui tient un registre public destiné à la publicité légale est chargé de l'immatriculation principale ou secondaire, l'inscription modificative ou la radiation. Mais dans tous les cas, l'immatriculation n'est effectuée que suite à une déclaration volontaire de l'assujetti² et ce contrairement aux inscriptions modificatives et radiations qui constituent en réalité, des actes administratifs réversibles³, pouvant être demandées par toute personne justifiant y avoir intérêt.

L'article 2 de la loi du 2 mai 1995 a énuméré, d'une manière indicative les différents assujettis qu'ils s'agissent de commerçant, de société ou de toute autre personne morale. Dans ce cadre, on peut noter un intérêt particulier est réservé à la notion d'"entreprise" dans la loi du 2 mai 1995⁴. L'examen des différents articles se rapportant à la notion⁵, révèle qu'elle est utilisée au sens large⁶ pour viser les personnes physiques, les sociétés et les établissements publics (paragraphe 1).

L'immatriculation doit donc faire l'objet d'une demande minutieusement réglementée par le législateur. En effet, toute déclaration aux fins d'immatriculation indique certaines informations relatives à la personne de l'assujetti ainsi qu'à son activité. Elle doit aussi respecter les procédures fixées. Mais, étant marqué par l'absence de célérité, la loi n°2010-15 du 14 avril 2010 est venue apporter certaines modifications aux règles de fonctionnement et de tenue du registre du commerce. Elle a simplifié les procédures de l'immatriculation (paragraphe 2).

¹Voir supra, p. 20.

² Il existe une exception concernant l'immatriculation d'office d'une personne physique.

³ Voir infra, p. 425.

⁴ Force est de constater que cette notion est reconnue en droit tunisien par plusieurs textes. Elle a même été très tôt adoptée; c'est par exemple le cas du décret du 15 août 1946, relatif au fonctionnement et au contrôle des entreprises d'assurances de toute nature et de capitalisation, de la loi n°58-127 du 17/11/1958 relative au calcul de la prime d'ancienneté à attribuer aux travailleurs des entreprises privées, de la loi n°60-24 d 30/11/1960 relative à la réassurance obligatoire des entreprises d'assurances de toute nature et de capitalisation, de la loi n°60-31 du 14/12/1960 organisant les relations du travail au sein des entreprises... Pour une liste exhaustive des textes, voir M. ANIS BETTAIB, "La notion d'entreprise: la notion mal aimée du droit tunisien", Infos Juridiques, n°210-211, décembre 2015, p.23.

⁵ On peut citer les articles suivants: article 8-1; article 9-A-7; article 12-2; article 34-1-c; article 34-1-e; article 40-1; article 66-1-a de la loi du 2 mai 1995.

⁶ Cependant, certains textes emploient indifféremment le terme entreprise et société pour viser les sociétés et semblent donc confondre les deux notions. C'est dans ce sens que la loi n°2010-29 du 7 juin 2010, relative à l'encouragement des entreprises à l'admission de leurs actions à la bourse et dont l'intitulé traite des entreprises, n'emploie pas ce terme dans son dispositif mais parle des sociétés. Pour plus d'autres exemples voir M. ANIS BETTAIB, "La notion d'entreprise: la notion mal aimée du droit tunisien", art. préc., p.24.

Paragraphe 1: Les entreprises concernées.

28-Notion d'entreprise: Le concept "entreprise" est régulièrement utilisé par le législateur sans pour autant qu'il ne le définisse. Il a largement retenu l'attention de la doctrine¹. Certains ont pu écrire qu'il n'est pas un concept juridique mais un concept économique², ce qui en a amené d'autres à renoncer à en chercher la définition dans le droit³. Au vrai, l'entreprise demeure un acteur incontournable du monde économique. Elle recouvre fondamentalement la poursuite et la réalisation d'une activité économique⁴. Le concept s'applique à des situations très variées. Il désigne des réalités bien différentes, allant de celle du petit commerçant, du travailleur indépendant, ou du petit producteur travaillant seul, à celle d'un groupement, en passant par celle des entreprises publiques ou nationalisées⁵.

L'entreprise ne dispose pas de la personnalité juridique⁶ et ne peut être assimilée, pour l'heure, à un sujet de droit⁷, même si certains auteurs estiment qu'il s'agit là d'un sujet de droit naissant⁸. Mais, dès lors qu'elle a vocation à durer et qu'elle est pourvue d'un moyen d'expression collective, elle doit être dotée d'un support juridique⁹. Ainsi, elle emprunte la structure juridique sur laquelle elle s'appuie. Il reste que cette personnalité juridique n'est pas celle de l'entreprise, mais celle de la personne physique

¹ Voir notamment, M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, n°1; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967; "Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit", *Dalloz* 1997, chron., p.97; "Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?", *Dalloz* 1999, chron., p.157; L. IDOT, "La notion d'entreprise", *Rev. sociétés* 2001, p.191-209.

² Y. LAMBERT-FAIVRE, "L'entreprise et ses formes juridiques", *RTD com.* 1988, p. 907 et suiv, spéc. p. 947 ; G. et A. LYON-CAEN, "Dix ans de droits de l'entreprise", *Petites affiches*, 14 mai 1986, p. 19; D. VIDAL, "Une analyse juridique de l'entreprise", *Petites affiches*, 9 juillet 1986, p. 23; E. ALFANDARI, *La non-reconnaissance de l'entreprise par le droit*, *Droit des affaires*, Litec, 1993, n° 218, p. 166.

³ N. CATALA, *L'entreprise*, *Traité de droit du travail*, sous la dir. de G.-H. Camerlynck, *Dalloz*, t. IV, 1980, p. 152.

⁴ Th. LAMARCHE, " La notion d'entreprise", *RTD com.* 2006, p.709, n°6.

⁵ R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome 1, LGDJ, 1992, n° 358.

⁶ Même s'ils sont nombreux les textes de droit qui personnalisent l'entreprise, monsieur Thierry LAMARCHE estime qu'il ne s'agit qu'une simple illusion. Bien évidemment, pour certaines dispositions, il s'agit là de "raccourcis" faciles, et pour d'autres, l'œuvre de technocrates sans réelles compétences juridiques, de véritables erreurs juridiques, car l'entreprise n'a en réalité aucune personnalité. Elle n'a ni droit, ni obligation et n'est dotée d'aucun patrimoine. Elle n'est jamais ni créancière, ni débitrice de ce que ces textes nomment sans beaucoup de rigueur juridique, ses clients, ses fournisseurs ou ses salariés. Voir Th. LAMARCHE, " La notion d'entreprise", art. préc., p.709, n°8.

⁷ elle ne peut, non plus être un objet de droit, car certains des éléments qui la composent, comme son personnel, ne peuvent être ni aliénés, ni régis par le droit commun des biens.

⁸ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op.cit., note 12; Voir infra, p. 265.

⁹ J. PAILLUSSEAU, "Le big-bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle", *JCP*, 1988, G, 3330, n° 3; "Le fondement du droit moderne des sociétés", *JCP*, 1984, G, 3148.

de l'entrepreneur dans l'hypothèse d'une entreprise individuelle, ou celle de la forme juridique disposant de la personnalité morale dans l'hypothèse d'une entreprise collective.

A cet égard, on doit préciser que l'existence même de l'entreprise individuelle est résolument niée par la loi commerciale, qui ne veut connaître que son propriétaire, le commerçant; celui-ci attrait en sa personne tout le statut juridique de l'entreprise¹. L'entreprise individuelle vient donc interférer directement avec la notion traditionnelle de commercialité résultant de l'article 2 du Code de commerce aux termes duquel la commercialité part de l'acte pour frapper ensuite le sujet. C'est le sujet, qualifié de commerçant qui doit être immatriculé au registre du commerce (I). Quant à l'entreprise collective, présentant une structure beaucoup plus complexe et rigide à la fois², elle doit être rattachée à une personne morale qui sera titulaire de l'ensemble de droits et obligations naissant de l'activité de l'entreprise. C'est la personne morale, sujet de droit qui est assujettie à l'immatriculation (II).

I / Le commerçant exploitant

29-Exiger l'exploitation d'un fonds de commerce ou uniquement la qualité de commerçant?: C'est l'article 2 de la loi du 2 mai 1995 qui détermine les personnes physiques assujetties à l'immatriculation. Il vise particulièrement celles qui ont la qualité de commerçant en disposant que "*... sont immatriculés sur déclarations :*

1-les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce ainsi que les personnes physiques exerçant une activité sous le nom d'une société de fait et ayant la qualité de commerçant et les étrangers exerçant une activité commerciale en Tunisie... "

¹ En effet, l'entreprise individuelle n'a pas de structure juridique propre. Ceci reste vrai même depuis la loi 2000, la société unipersonnelle à responsabilité limitée n'étant qu'une société à responsabilité limitée d'une seule personne. Voir A. SAYAG, Lamy droit commercial, Paris 1992, n°7.

² L'entreprise individuelle tranche sur n'importe quelle entreprise sociale par l'extrême simplicité de sa structure. Juridiquement, il n'y a qu'un commerçant, qui gère son affaire en s'y obligeant personnellement, c'est à dire sur l'intégralité de ses biens. En revanche, la structure complexe et rigide de l'entreprise sociétaire tient d'une part au grand nombre de variables qui peuvent introduire les divers éléments fondamentaux qui composent cette structure et ensuite à la grande variété de ces structures telles que la loi les définit. Voir B. OPPETIT et A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, Paris, 3ème éd., Litec 1966, p.43 et suivantes.

La lecture de cet article nous révèle *a priori* que le domaine du registre du commerce paraît être plus large que celui de l'ancien registre du commerce régi par le décret du 16 juillet 1926¹. On considérait généralement que seuls les commerçants exploitant un fonds de commerce devaient s'inscrire². Cette condition d'exploitation ne figure plus dans la loi du 2 mai 1995. Peut-on donc dire qu'elle n'est plus exigée? L'article 2 de la loi renvoi aux dispositions du Code de commerce pour déterminer la qualité de commerçant de la personne. Il prévoit que toute personne ayant la qualité de commerçant au sens du Code de commerce³ est assujettie à l'immatriculation. Mais, pour déterminer la personne ayant la qualité de commerçant, il faut se référer simultanément au Code de commerce et au Code des sociétés commerciales qui a repris, après sa promulgation par la loi n°2000-93 du 3 novembre 2000⁴, la majeure partie des dispositions du Code de commerce sur les sociétés de commerce, dont par exemple celles relatives à ses associés et ses dirigeants. Par conséquent, la qualité de commerçant est attribuée à toute personne physique exerçant une activité commerciale au sens de l'article 2 du Code de commerce et à certains associés et représentants de la personne morale que le législateur leur confère expressément la qualité. Seuls les premiers sont tenus de s'immatriculer (A) à l'exclusion des seconds (B).

A / La notion du commerçant au sens de l'article 2 du Code de commerce.

30-Dans l'entreprise individuelle, l'entrepreneur réunit en sa personne l'apporteur de capitaux, la direction, le personnel même s'il n'emploie aucune main d'œuvre. Cette concentration entraîne la plus grande simplicité de structure possible. Elle renvoie à une conception classique du commerçant, petit boutiquier accomplissant personnellement tous les actes de l'exploitation⁵. Or, certaines situations particulières méritent d'être précisées.

¹ Article 3 du décret du 16 juillet 1926.

² E. DEMONTES et A. JAUFFRET, code de commerce annoté, t. 1, p. 82 cité par R. SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce (décret n° 53-705 du 9 août 1953 et n° 54-37 du 6 janvier 1954)", JCP, 1954, I, 1153, n°13.

³ N'est pas visée toute personne ayant la qualité de commerçant au sens du droit fiscal par exemple. Sur la question de la définition du droit fiscal du commerçant et si elle correspond ou non à celle du droit commercial, voir M. COZIAN, "La définition fiscale du commerçant", in Mélanges offerts à R. ROBLOT, LGDJ 1984, p.4 et suiv.

⁴ Articles 14 à 188 du Code de commerce relatifs aux sociétés commerciales.

⁵ P. DIDIER, Droit commercial, Paris, PUF, 1993, p. 84.

a/ Le commerçant professionnel:

31-La nationalité du commerçant assujéti à l'immatriculation: Toute personne physique, ayant la qualité de commerçant, doit se faire immatriculer au registre du commerce et ce quelle que soit sa nationalité. Un étranger est tenu de s'immatriculer lorsqu'il satisfait à certaines conditions. C'est le décret-loi n°61-14 du 30 août 1961¹ tel que modifié par la loi n° 85-84 du 11 août 1985² qui, dans son article 4, définit les conditions d'exercice du commerce par les étrangers³. Encore faut-il qu'il détienne la carte professionnelle⁴ et qu'il s'immatricule à raison de l'exercice d'une activité commerciale en Tunisie⁵.

32-Définition du commerçant: L'article 2 du Code de commerce définit le commerçant comme étant "*quiconque à titre professionnel procède à des actes de production⁶, circulation⁷, spéculation⁸, entremise, sous réserve des exceptions prévues par la loi*". Il en découle que c'est l'activité professionnelle commerciale qui confère à son auteur la qualité de commerçant⁹. Deux éléments permettent de définir le commerçant personne physique : l'exercice professionnel d'une activité commerciale.

¹Décret-loi n° 61-14 du 30 août 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales, J.O.R.T. n° 35 du 1er septembre 1961, p. 1152.

²J.O.R.T. n° 59 du 16-20 août 1985, p. 1028.

³ Selon cet article, les personnes physiques ou morales, qui ne possèdent pas la nationalité tunisienne ne peuvent exercer une activité commerciale que si elles remplissent au moins l'une des conditions suivantes: - Etre ressortissant d'un pays ayant conclu avec la Tunisie des accords de réciprocité en matière d'investissement; - Bénéficiaire d'un agrément; - Se livrer à l'exercice de certaines activités, telles que l'extraction des matières premières...; - Avoir obtenu une carte de commerçant.

En France, toute personne de nationalité étrangère doit être titulaire d'une carte de commerçant étranger. Cependant, sont dispensés de produire cette carte les ressortissants des pays membres de la C.E.E. ainsi que ceux de la République populaire d'Algérie en vertu des dispositions de la circulaire du 24 oct. 1985.

⁴ Toute personne étrangère qui souhaite exercer le commerce en Tunisie devra au préalable obtenir la carte professionnelle de commerçant qui matérialise l'autorisation administrative pour l'exercice d'une activité professionnelle. Il revient à l'administration nationale compétente d'examiner les conditions et de décider souverainement de la délivrance de cette carte. Voir M.A. BETTAIEB, "L'exercice du commerce par les étrangers", Infos-Juridiques, 2010, n° 102/103, pp.30

⁵ Il semble bien que la loi tunisienne intervient à titre de loi de police, dès lors que l'intéressé exerce sa profession sur le territoire tunisien. Voir sur la question V. BONNET, "Actes de commerce et commerçants en droit international privé", JurisClasseur Droit international 2014, fasc. 570-10, n°28 et suiv.

⁶ La production est l'activité qui consiste à combiner différents facteurs, ressources matérielles, travail, bien de production, pour créer un produit destiné à satisfaire un besoin.

⁷ La circulation est l'ensemble des opérations visant à mettre à la disposition des acheteurs, qu'ils soient transformateurs ou des consommateurs, des produits ou des services en leur facilitant le choix, l'acquisition et l'usage.

⁸ La spéculation est l'opération qui porte sur des valeurs, des immeubles, de la marchandise et qui est faite en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations du marché.

⁹ Ce principe s'applique aux personnes physiques ainsi qu'aux sociétés qui ne sont pas commerciales par la forme et aux autres groupements qui acquièrent la qualité de commerçant par l'exercice d'une activité commerciale, il s'agit notamment des groupements d'intérêt économique (article 433 du Code des sociétés commerciales)

Mais, à cet élément prévu expressément par l'article 2 du Code de commerce, il faut d'ailleurs ajouter un autre que la loi ne formule pas explicitement. Il s'agit de l'accomplissement d'actes de commerce sous son propre nom et pour son compte à ses risques et périls et de façon indépendante¹.

33-Habitude et profession: convergence ou divergence: A la différence du droit français qui considère commerçant celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa "*profession habituelle*"², l'article 2 du Code de commerce exigeant un exercice professionnel³, ne retient pas l'élément de l'habitude dans la définition du commerçant. C'est l'article 3 du Code qui en parle en disposant que "*Est soumis aux lois et usages du commerce, quiconque, de manière habituelle, procède aux opérations visées à l'article 2, en vue de réaliser un bénéfice*". Le Code de commerce distingue donc, le commerçant professionnel à celui qui accomplit des actes de commerce de manière habituelle. A cet égard, il convient de se demander s'il faudra distinguer entre l'exercice professionnel et l'exercice habituel d'une activité commerciale. L'intérêt de la question réside dans le

¹ Il s'agit de l'indépendance juridique et non économique. Ainsi, les membres de réseaux de distribution, franchisés ou concessionnaires, qui pratiquent le commerce e leur nom propre, sont-ils considérés comme commerçants même s'ils sont économiquement dépendants du fabricant ou du franchiseur. Voir A. GOSSELIN-GORAND, "Commerçants - Qualité de commerçant", *JurisClasseur Commercial* 2013, fasc. 42, n° 42 et s. Cette condition permet d'abord, d'écarter les salariés liés par un contrat de travail à leur employeur. C'est le cas notamment des voyageurs, représentants et placiers dont le statut est réglementé par les articles 409 à 419 du Code de Travail (Voir N. MZID, "Les voyageurs, représentants et placiers en droit tunisien", *Etudes Juridiques* 1998-1999, n°6, p. 193). Elle permet ensuite, d'écarter les mandataires qui agissent dans le cadre d'un mandat pour le compte de leur mandant. Tel est notamment le cas de l'agent commercial tel que défini par l'article 625 du Code de commerce tunisien (Voir Ch. MELLOULI, "Les agents commerciaux", *Infos Juridiques*, 2014 n°174/175, p.22-25, spécialement p.22; M.N. LOUED, "La réglementation de la profession d'agent commercial dans le Code de commerce", *R.T.D.*, 2002, p. 111 et suivant; D. FERRIER, *Le droit de la distribution*, Litec, 2009, p.84). Cependant, certains auteurs considèrent que l'agent commercial doit avoir la qualité de commerçant (HEMARD, *Les contrats commerciaux*, t2, p. 42, n° 666; "Les agents commerciaux", *Revue Trimestrielle de Droit commercial* 1959, p. 586 ; H. Rousseau note sous trib. Bruxelles, 21 oct. 1933, S. 1934, 4, 1 ; Serna, *Rep. Dalloz*, dr. Comm., V° Agent commercial, n°42; J-J HANINE, "L'agent commercial est-il commerçant ?", *Petites Affiches*, 3 juillet 1992, p. 12). Au même titre que le courtier (Le courtier est un commerçant, soumis à l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce. Voir P. STEICHEN, "Le courtier, mandataire de l'assureur?", *Petites Affiches*, 7 avril 1995, n°42, p. 4 et suiv.) ou le commissionnaire l'agent commercial offre ses services d'entremise en matière commerciale et comme tel il est commerçant. Peu importe, au demeurant, que l'agent commercial ne passe aucun acte pour son compte : le courtier, qui est lui-même commerçant, ne passe lui non plus, aucun acte pour son compte (HEMARD, "Les agents commerciaux", *RTD com.* 1959, p. 586; J-J HANINE, "L'agent commercial est-il commerçant ?", art. préc., p. 12).

² Article L. 121-1 du Code de commerce français "*sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*". Le législateur français ne fait pas donc la distinction entre profession et habitude.

³ Sur la notion de profession, voir notamment: E. SCHAEFFER, *Rep. Dalloz travail*, V° Profession; J. SAVATIER et J. LACOSTE, *Rep. Dalloz commercial*, V° Professions; J. SAVATIER, "Contribution à une étude juridique de la profession", in de Dix ans de conférences d'agrégation, *Etudes de droit commercial* offertes à J. Hamel, *Dalloz* 1961, pp.17; P. DURAND, "Naissance d'un droit nouveau: Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle", *Droit social* 1952, p.437; M. DUVERGER, "Essai sur l'autonomie du droit professionnel", *Droit social* 1944, pp.276.

fait de savoir si l'immatriculation au registre du commerce est imposée au "*commerçant habituel*"?

Pour certains auteurs, l'exercice habituel du commerce est insuffisant pour conférer à son auteur la qualité de commerçant parce que "*l'habitude ne donne pas nécessairement naissance à la profession*"¹. Selon cette opinion, la qualité de commerçant est seulement le résultat de l'exercice professionnel² d'une activité commerciale tel que déterminé par l'article 2 du Code de commerce³. Ce dernier est introduit par la notion "*est commerçant*". En revanche, l'article 3 du Code de commerce ne fait pas référence à la même notion. L'exercice d'une activité commerciale à titre habituel ne confère pas à son auteur la qualité de commerçant, mais, elle le "*soumet aux lois et usages de commerce*". Cette personne sera soumise aux obligations du droit commercial sans toutefois bénéficier de ces avantages. Par conséquent, n'ayant pas la qualité de commerçant, elle n'est pas assujettie à l'immatriculation au registre du commerce.

Pour d'autres auteurs⁴, cette distinction n'est qu'apparente. Il n'y a pas de différence à faire entre les situations auxquelles se réfèrent les articles 2 et 3 : il s'agit dans les deux cas des commerçants. En effet, le législateur tunisien, en rédigeant les articles 2 à 4 du Code de commerce, s'est inspiré à la lettre de projet français dans l'état où il se trouvait avant la séance plénière de la commission de réforme⁵. L'article premier de l'avant projet était rédigé comme suit "*Est commerçant quiconque à titre*

¹ N. MEZGHANI, Droit commercial, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, 2ème édition, Centre de Publication Universelle 2006, p. 108.

² La profession consiste dans l'exercice d'une activité qui procure le moyen de satisfaire aux besoins de l'existence de celui qui l'exerce (J. HAMEL, P. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, op.cit., n°339 et suiv.). Elle suppose un élément matériel et un autre intentionnel : l'élément matériel consiste dans l'exercice d'une activité habituelle. Et comme l'activité habituelle est celle qui dure, la profession implique la répétition des actes de commerce. L'élément intentionnel peut être défini comme étant la volonté du commerçant de se comporter comme un professionnel. Il doit se livrer à une activité de nature à lui procurer des ressources, des moyens pour subvenir aux besoins d'existence (R. HOUIN, M. PEDAMON, Droit commercial: commerçants et entreprises commerciales, concurrence et contrats de commerce, Paris, 9ème éd., Dalloz 1990, n°78 ; M. MENJUCQ, Droit des affaires: le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux, Paris, 4ème éd., Gualino, éditeur 2004, p. 31).

³ Aux termes de l'article 2 alinéa 1er du Code de commerce, "*Est commerçant, quiconque, à titre professionnel, procède à des actes de production, circulation, spéculation, entremise...*".

⁴ E. DELAGRANGE, "Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1 à 4 du Code de commerce tunisien", R.T.D., 1963-1965, p.14 et suiv. ; B. DEN MABROUK, "Commerçant professionnel, commerçant habituel, commerçant occasionnel et commerçant de fait, quelle différence ?", Etudes Juridiques, 1997, n°5, p. 71 ; J. THOIMAS, Le droit de l'entreprise en Tunisie, ENA 1971, p. 72.

⁵ E. DELAGRANGE, "Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1 à 4 du Code de commerce tunisien", art. préc., p.13.

professionnel ou habituel procède en vue de réaliser un bénéfice à des actes de production, circulation d'entremise... "

34-Actuellement on peut constater une tendance législative vers le dépassement de cette distinction¹. On peut citer comme exemple l'article premier de la loi n°17 du 26 février 1990 portant refonte de la législation relative à la promotion immobilière² qui définit le promoteur immobilier comme étant celui qui en vue de la vente ou de la location "réalise à titre habituel ou professionnel" des opérations de lotissement et d'aménagement des terrains destinés à l'habitation ou des opérations de construction et de rénovation des immeubles. L'article 2 du décret n°888 du 23 mars 2006 relatif aux services de l'intermédiation dans le domaine de l'enseignement supérieur définit l'intermédiation comme étant "l'exercice de toute activité à titre professionnel ou de manière habituelle en vertu de laquelle s'effectue: l'envoi des étudiants à l'étranger en vue des les inscrire...". Quant à la loi n°2001-65 du 10 juillet 2001³, elle définit aussi l'établissement de crédit comme étant "toute personne morale qui exerce, à titre de profession habituelle, les opérations bancaires"⁴. Ces articles ont donc, renoncé au clivage entre commerçant professionnel et habituel énoncé par les articles 2 et 3 susmentionnés. On peut même noter que d'autres articles n'exigent que la seule habitude. L'article 48 du Code des assurances considère comme "entreprises

¹ Toutefois, on a pu constater que le législateur a retourné vers la distinction entre profession et habitude dans la loi relative au commerce de distribution. En effet, l'ancienne loi n°44 du 1^{er} juillet 1991, portant organisation du commerce de distribution (J.O.R.T. 1991, n°49, p. 1263) définissait l'activité de commerce de distribution comme étant "toute activité a but lucratif, exercée habituellement ou à titre professionnel et ayant pour objet l'achat sur le marché local ou extérieur de produits ou marchandises en vue de leur revente en l'état sur le marché intérieur". Cette loi est abrogée par la loi n°2009-69 du 12 août 2009 (J.O.R.T. n°65 du 14/09/2009) qui prévoit dans son article 2 "Est considéré commerce de distribution, au sens de la présente loi, toute activité exercée à titre professionnel se rapportant à l'achat de produits afin de leur revente en l'état soit en gros soit en détail. Est soumise aux dispositions de la présente loi, toute activité exercée à titre habituel et à but lucratif et se rapportant à l'achat de produits afin de leur revente en l'état".

² J.O.R.T. 1990, n°17, p. 320.

³ Loi n°2001-65 du 10 juillet 2001, relative aux établissements de crédit. J.O.R.T. n°65, du 10 juillet 2001, p. 1671-1679.

⁴ De même, l'article 60 du Code de prestation des services financiers aux non résidents prévoit dans son article 60 "Les établissements de crédit non-résidents comprennent les banques non-résidentes et les établissements financiers non-résidents et peuvent effectuer à titre de profession habituelle un ou plusieurs des services énumérés aux articles 51 et 52 du présent code...". L'article premier du décret loi n°2011-117 du 5 novembre 2011, portant organisation de l'activité des institutions de micro finance, définit l'institution de micro finance comme étant "toute personne morale exerçant, à titre de profession habituelle, les opérations autorisées dans le cadre du présent décret-loi".

d'assurances" soumises à agrément, "toutes les entreprises qui se livrent, à titre d'activité habituelle, à la souscription et à l'exécution de contrats d'assurances..."¹.

35- La jurisprudence tunisienne avait déjà confirmé cette solution. La Cour de Cassation tunisienne dans son arrêt n° 19128 daté du 9-5-1990 a décidé que "*Le fonctionnaire qui exerce des actes de commerce prévus aux articles 2 et 3 du Code de Commerce, à côté de son activité professionnelle de fonctionnaire peut être considéré comme commerçant*"². Le tribunal de Tunis, dans son jugement rendu le 28 janvier 1964, a déclaré qu'est réputée commerçant la personne qui aura procédé de manière habituelle à des actes de commerce conformément à l'article 3 du Code de commerce³. De même certaines juridictions de fond suivies par la Cour de cassation ont accordé certains avantages, reconnus essentiellement aux professionnels du commerce, à des commerçants habituels. Il s'agit de la propriété commerciale accordée aux coiffures pour dames, qui sont essentiellement des artisans, du fait de leur exercice habituel de certains actes de commerce par la vente de produits cosmétiques dans leurs fonds⁴.

Pour toutes ces raisons, on estime l'application d'un seul régime juridique pour tous les commerçants professionnels ou habituels. Tous les deux sont soumis aux mêmes obligations, ils sont tenus de s'immatriculer au registre du commerce.

36-La double immatriculation: Ne sont pas astreints à s'immatriculer, à défaut d'être commerçants, les artisans, les agriculteurs, les personnes exerçant une profession libérale et assimilée. Toutefois, certains de ces professionnels, *a priori* non commerçants, peuvent se voir contraints de s'immatriculer s'il est démontré qu'ils accomplissent à titre habituel des actes de commerce qui ne sont pas l'accessoire de leur profession⁵. Tel est le cas, par exemple, de l'artisan qui développe ses activités⁶ ou de

¹ Seul l'habitude est aussi exigée par la loi n°2005-17 du 1er mars 2005 relative aux métaux précieux. Son article 5 dispose que "*Sous réserve de la législation en vigueur, toute personne physique ou morale qui procède, à titre habituel, à l'achat, la vente, la transformation ou la fabrication des métaux précieux ou leur acceptation à titre de dépôt ou pour réparation, est tenue de : - déclarer sa profession auprès des services compétents du ministère de finances; - déclarer chaque local destiné à cet effet*".

² Bull. C. Cass. 1990, p. 127.

³ T.P.I de tunis, jugement n°953 rendu le 28 janvier 1964, R.J.L. novembre-décembre 1964, p.40. Voir aussi C. cass. arrêt n°27481 rendu le 8 janvier 2004, Bull. C. cass. 2004, II, p.253.

⁴ F. BOURAOUI DARGHOUTH, "Vers un rapprochement du statut de l'artisan de celui du commerçant : le cas de la coiffure pour dames", R.T.D., 1997, p. 85.

⁵ Par exemple, l'artisan peut acquérir la qualité de commerçant si les deux activités sont exercées à titre principal. Ibid., p. 110.

⁶ Généralement, la spéculation (sur les marchandises ou matières premières) est le critère retenu pour distinguer commerçant et non-commerçant. On doit noter que l'artisan prend la qualité de commerçant dès lors que la spéculation est habituelle (non occasionnelle) et qu'elle ne doit pas être accessoire au travail principal. Voir F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial: actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, Lextenso éditions, LGDJ, 2015, p. 47.

l'agriculteur qui se lance dans l'activité de transformation des produits agricoles achetés¹; c'est au cas par cas que le juge du registre tranchera la difficulté². L'obligation d'immatriculation vaut alors même que la personne est tenue à s'inscrire au répertoire des métiers. Cette double immatriculation était consacrée expressément dans l'ancien article 9 de la loi du 3 décembre 1983 portant statut de l'Artisan³, aux termes duquel "*L'immatriculation au Répertoire des Entreprises Artisanales ne dispose pas de l'immatriculation au registre du commerce lorsque celle-ci est requise par la législation en vigueur*"⁴. Cependant, la loi du 16 février 2005 dont l'article 42 a abrogé la loi n° 83-106 du 3 décembre 1983, n'a pas repris les dispositions de l'article 9. C'est l'article 4 de l'arrêté du ministre du commerce et de l'artisanat du 24 octobre 2007, fixant les procédures d'immatriculation au répertoire des artisans, des entreprises de métiers et des groupements des services d'approvisionnement⁵ qui semble interdire la double immatriculation en disposant que "*Au cas d'une multiplication des activités exercées, ne peut être immatriculée que l'activité exercée d'une façon principale et continue*".

Néanmoins, on estime que la double immatriculation demeure possible s'il est démontré qu'un artisan inscrit tant que tel au répertoire revêt les qualités juridiques de commerçant⁶. Elle met en évidence le double aspect de l'artisan commerçant : statut professionnel et statut juridique. L'immatriculation au registre du commerce et l'immatriculation au répertoire, loin d'être concurrentes sont, au contraire, complémentaires lorsqu'elles coexistent. Elles concernent deux sphères distinctes et ne risquent pas de se chevaucher⁷. Quand il s'agira d'appliquer une disposition d'ordre juridique à l'artisan commerçant, c'est l'immatriculation au registre du commerce qui primera car il faudra recourir au droit commercial. Quand il s'agira d'appliquer une disposition d'ordre professionnel à l'artisan commerçant, c'est l'immatriculation au

¹ Article 2 du Code de commerce "*Toutefois n'est pas commerçant, quiconque exerce une profession agricole dans la mesure où l'intéressé ne fait que transformer et vendre les produits de son fonds*".

² Le conflit entre le déclarant et le greffier lors de la demande d'immatriculation doit être tranché par le juge de registre du commerce. Voir infra, p. 304.

³ Loi n°83-106 du 3 décembre 1983, portant statut de l'Artisan, J.O.R.T. n°79 du 3 décembre 1983, p. 3140.

⁴ Il est à noter ici que la traduction française de l'article 9 contient une erreur matérielle consistant dans l'utilisation du verbe "*disposer*" au lieu du verbe "*dispenser*". La version arabe de cet article qui est officielle ne laisse aucun doute sur le contenu de l'article en question.

⁵ Arrêté du ministre du commerce et de l'artisanat du 24 octobre 2007, fixant les procédures d'immatriculation au répertoire des artisans, des entreprises de métiers et des groupements des services d'approvisionnement et de commercialisation des produits des artisans et déterminant les données obligatoires en relation. J.O.R.T., n° 88 du 2 novembre 2007, page 3660.

⁶ Voir B. SOUSI-ROUBI, *L'artisan dans le droit français*, éd. L'Hermès 1978, p. 153.

⁷ Ibid.

répertoire qui sera alors prise en considération car il faudra recourir aux règles édictées pour tel ou tel métier¹.

b/ Situations particulières

37-Détermination des situations particulières: Le fonds de commerce peut être exploité par le propriétaire lui-même. Dans ce cas, l'exploitant a la qualité de commerçant et il sera immatriculé au registre du commerce. Mais, le propriétaire du fonds peut se trouver dans des situations particulières: soit être obligé de confier la gérance à une personne en vertu d'un contrat de location-gérance², soit être concurrencé par son conjoint qui participe à l'exploitation du fonds de commerce, soit enfin partager la propriété du fonds avec d'autres coïndivisaires. Il peut aussi exploiter son fonds dans le cadre d'une société de fait. Il convient alors d'étudier l'impact de chacune des situations sur l'obligation d'immatriculation.

1°/ Le locataire-gérant d'un fonds de commerce:

38-Définition de location-gérance: La location-gérance appelée aussi "*gérance libre*"³ est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce appelé "*bailleur*" ou "*loueur*" confie, en vertu d'un contrat de location, l'exploitation de son fonds à une personne appelée "*gérant*" qui exploite le fonds en son nom, pour son compte et "*à ses risques et périls*"⁴ et qui paie au propriétaire une redevance. Ainsi, le locataire gérant a, contrairement au gérant salarié⁵ et gérant mandataire⁶, la qualité de

¹B. SOUSI-ROUBI, *L'artisan dans le droit français*, éd. L'Hermès 1978, p. 153.

²Le propriétaire procède à cette technique dans des situations particulières ou temporaires où il serait dans l'impossibilité d'exploiter son fonds pour des raisons juridiques d'incapacité ou d'incompatibilité. Exemple : la minorité. Voir Cass. com. 6 nov. 1950, JCP, 1950, G, II, n° 6702, note A. CAHEN.

³R. BERAUD, "Le fonds de commerce en gérance libre : problème d'actualité", JCP, 1951, G, p.952.

⁴Article 230 du Code de Commerce. Voir notamment, M. BEL HAJ HAMOUDA, "La location-gérance du fonds de commerce", R.T.D., 2006, p. 112.

⁵On doit distinguer la location-gérance de la gérance-salariée. Dans le cas de la gérance-salariée, le propriétaire met à la tête de son fonds une personne chargée d'en diriger l'exploitation moyennant rémunération, mais il conserve les pouvoirs très stricts d'instruction préalable et de contrôle. Le propriétaire demeure commerçant. Le gérant ne le devient pas. Cependant, dans le contrat de location-gérance, le locataire a la qualité de commerçant tandis que le propriétaire du fonds cesse d'avoir cette qualité.

⁶ On doit distinguer la location-gérance de la gérance-mandat. Dans le cas de la gérance-mandat, le propriétaire d'un fonds de commerce charge un mandataire de gérer son fonds. Ce mandataire accomplit tous les actes relatifs au fonds, excepté la vente de celui-ci, en son nom personnel, mais pour le compte du propriétaire. Le mandataire doit respecter les termes du mandat et accomplir les actes énumérés dans le contrat de mandat. Le gérant mandataire n'est pas tenu d'avoir la qualité de commerçant ni de s'immatriculer au registre du commerce. Seul le propriétaire est commerçant. Lorsqu'il s'agit de la location-gérance, le locataire-gérant doit avoir la qualité de commerçant.

commerçant¹. Aux termes de l'article 231 du Code de Commerce "*il doit, en particulier, être inscrit au registre du commerce*". Et selon l'article 2 de la loi du 2 mai 1995, il est assujéti à l'immatriculation.

39-Le problème d'immatriculation de loueur du fonds du commerce: Il est ainsi admis que, dans un contrat de location-gérance, le locataire a la qualité de commerçant tandis que le propriétaire du fonds qui l'a donné en location-gérance cesse d'être commerçant². Il ne fait plus en effet d'actes de commerce³. Cette situation du loueur du fonds de commerce est comparable à celle du nu-propriétaire d'un fonds de commerce. En effet, le fonds de commerce peut être apporté en usufruit en société, notamment en société en participation. L'usufruitier aura donc et ce conformément à l'article 142 du Code des droits réels, le droit d'user, de jouir, comme le propriétaire lui-même, du fonds de commerce appartenant à autrui mais à charge d'en conserver la substance. Il acquiert à ce titre la qualité de commerçant et il doit se faire immatriculer au registre du commerce. Par contre, le nu-propriétaire n'a plus la qualité de commerçant. Par conséquent, on pourrait estimer légitimement que, ni à lui ni au loueur du fonds de commerce, l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce ne s'impose⁴. Cependant, l'article 231 alinéa 3 du Code de Commerce⁵ prévoit que le loueur, propriétaire du fonds est tenu de s'immatriculer au registre du commerce et s'il ne l'était pas encore (dans le cas d'un héritier ou légataire), il devra prendre inscription. S'il est déjà inscrit, il "*doit se faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en location*"⁶. En outre, le loueur doit⁷, aux termes de l'article 231 alinéa 2 nouveau⁸, publier le contrat de location gérance. A défaut d'accomplissement de ses formalités de publicité, le loueur demeure solidairement responsable avec le

¹B. BEN MABROUK, "La location-gérance du fonds de commerce", R.J.L., mars 2004, p. 16.

²R. HOUIN, "Le nouveau régime de la location gérance du fonds de commerce", RTD com. 1956, p. 205 et 206 ; C.A. Rouen, 16 nov. 1951, JCP, 1952, II, 6897.

³A. JAUFFRET, RTD com. 1952, p.531, n°1.

⁴C.A. Paris, 30 janv. 1998, D. 1998, IR, 78 ; RTD com. 1998, 321, obs. J. DERRUPPE.

⁵ Aux termes de cet alinéa de l'article 231 "*Le loueur est tenu, dans le même délai, soit de se faire inscrire au registre du commerce, soit de faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en location*".

⁶Article 231 alinéa 3 du Code de Commerce.

⁷Bien que l'article 231 alinéa 2 du Code de commerce ne précise pas la personne tenue de publier le contrat de location d'un fonds de commerce, la Cour de Cassation tunisienne estime que "*le loueur a tout intérêt d'accomplir toute forme de publicité (publication du contrat de location et inscription au registre du commerce) pour se soustraire à la responsabilité solidaire avec le locataire*". Arrêt n° 7064.2005 rendu par la cour de cassation tunisienne le 26 avril 2006 (inédit).

⁸Loi n° 2000-61 du 20 juin 2000 modifiant et complétant certains articles du Code de commerce.

locataire des dettes créées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds¹. Il paraît donc résulter du texte qu'il faudrait considérer désormais ce propriétaire comme commerçant².

Cette solution est économiquement et juridiquement critiquable. Economiquement, il est étrange, alors qu'on cherchait à obtenir des statistiques exactes, de compter deux commerçants pour une même entreprise³. Juridiquement, on ne comprend pas comment on peut justifier l'immatriculation du propriétaire du fonds. Peut-on le considérer comme commerçant ? Il n'est certainement pas nécessaire que le propriétaire remplisse toutes les conditions exigées pour être commerçant. En fait, le propriétaire peut être un enfant incapable qui hérite un fonds⁴. On peut donc, considérer l'immatriculation du propriétaire, loueur, comme une mesure protectrice de la sécurité des tiers qui peuvent ainsi déterminer qui est réellement le propriétaire du fonds⁵.

Pour ces raisons, presque la majorité de la doctrine⁶ admet que le propriétaire du fonds de commerce donné en location-gérance n'a plus la qualité de commerçant. La cour de cassation française a décidé que le loueur de fonds n'a pas à ce seul titre la qualité de commerçant malgré son inscription au registre du commerce⁷. Mais, on touche là aux contradictions du système⁸: immatriculer une personne qui n'a pas la qualité d'exploitant n'a pas de sens si elle n'a pas de ce fait la qualité de commerçant.

¹ Article 234 du Code de commerce.

² CAHEN, JCP, 1953, I, 1127, n° 12 ; JAUFFRET, RTD com. 1953, p.874, n°2.

³ A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", RTD com. 1954, p.244.

⁴ Le cas d'un enfant est l'hypothèse typique où une location est justifiée. Dans le cas où un incapable héritait un fonds de commerce, il serait dans l'incapacité de l'exploiter lui-même. Pour que le fonds ne perde pas sa valeur, il faut que l'exploitation se poursuive et la location-gérance constitue une bonne formule.

⁵ C. LABASTIE-DAHDOUH et H DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, 1ère édition, Editions de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 2002, p. 385.

⁶ HOUIN, "Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation", art. préc., p.40-43 ; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 382 ; N. MEZGHANI, Droit commercial, op.cit., p. 255.

⁷ Cass. com. 20 fév. 1996, R.J.D.A. n°5/ 1996, n° 684 ; Cass. com. 30 nov. 1982, JCP, 1983, I, 11274.

⁸ Cette situation existait aussi dans la législation française. L'article 2 de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 imposait au locataire-gérant de se faire immatriculer au registre du commerce et des sociétés s'il s'agit d'un fonds de commerce. Il en a été de même du loueur, bien qu'il ne fût pas commerçant. Le décret n° 84-405 du 30 mai 1984 refondant la réglementation du registre du commerce et des sociétés avait implicitement prévu de mettre fin à cette anomalie en ne la mentionnant plus. Mais par ailleurs, la loi du 20 mars 1956 prescrit toujours, parmi les mesures de publicité de contrat de location-gérance, l'obligation pour le loueur de se faire inscrire au registre du commerce ou de modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en location-gérance. Dans une réponse du garde des Sceaux, le ministre de la justice explique ce mystère par le souci de ne pas perdre aux loueurs du fonds de commerce le bénéfice de la propriété commerciale en vertu de l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 qui subordonne le bénéfice du statut des baux commerciaux à l'immatriculation du propriétaire du fonds au registre du commerce et des sociétés (V° Rép. quest. Ecrites 58178 et 62188, J.O. déb., Ass. Nat., 25 mars 1985, p. 1301).

L'immatriculation ne se justifie, conformément à l'article 2 de la loi de 2 mai 1995 relative au registre du commerce, que pour "*les personnes physiques ayant la qualité de commerçant*". Or, le propriétaire d'un fonds qui concède son exploitation à un locataire-gérant n'a plus la qualité de commerçant. Peut-on estimer que la loi du 2 mai 1995 a mis fin implicitement à cette anomalie en ne mentionnant pas le propriétaire du fonds de commerce donné en location-gérance parmi les assujettis à l'immatriculation ?

En fait, on peut constater à travers l'article 61 alinéa 3 de cette loi¹, que le loueur a tout intérêt à demander sa radiation, à défaut, il reste toujours responsable des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds.

2°/ Le conjoint du commerçant.

40-Exercer individuellement le commerce ou participer à l'activité du conjoint: Depuis la loi n° 17-2000 du 17 février 2000² qui a abrogé l'article 831 du Code des Obligations et des Contrats³, chaque conjoint est libre de décider d'exercer le commerce, sans avoir besoin de l'accord de l'autre. Ainsi, chacun des époux a la possibilité d'être commerçant s'il en remplit les conditions c'est à dire, s'il accomplit à titre de profession des actes de commerce, pour son propre compte en exploitant un fonds séparé de celui de son conjoint⁴. Chacun est assujetti aux obligations découlant de la qualité de commerçant. Mais, il arrive fréquemment qu'un époux se contente de participer à l'activité professionnelle de son conjoint commerçant. Dans ce cas, est ce qu'il a la qualité de commerçant?

41-Solution du droit français: Selon l'article L. 121-3 du Code de commerce français, si les deux époux exercent un commerce séparé, ils prennent chacun la qualité de commerçant. A ce titre, ils doivent demander leur immatriculation. Mais, le seul fait de participer à l'activité du commerçant ne confère pas la qualité de commerçant⁵. D'ailleurs, le législateur français propose aux conjoints de commerçants et d'artisans, un

¹Une autre lecture de cet article a été proposée à la page 421.

²Loi n° 2000-17 du 7 / 2 / 2000 abrogeant certaines dispositions du Code des Obligations et des Contrats, J.O.R.T. n° 11 du 8 / 2 / 2000, p. 369.

³L'ancien article 831 du Code des Obligations et des Contrats disposait que "*La femme mariée ne peut engager ses services comme nourrice ou autrement qu'avec l'autorisation de son mari. Ce dernier a le droit de résoudre l'engagement qui aurait été conclu sans son consentement*".

⁴J. BEAUCHARD, "Les difficultés d'application du nouvel article 4 du code de commerce", Dalloz 1984, chron., p. 147; CA Rouen, 2 août 1902, Gaz. Pal. 1902, 2, p. 674.

⁵J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI et ALII, Droit commercial: Droit interne et aspects de droit international, Paris, 28ème éd., L.G.D.J., 2009, spécialement n° 266.

choix entre trois statuts: salarié¹, collaborateur² ou associé³. En outre, la loi du 4 août 2008 a étendu le bénéfice de ces dispositions aux personnes qui sont liées au chef d'entreprise par un pacte civil de solidarité⁴. Le choix pour l'un des statuts proposés ne conduit pas le conjoint ou le pacsé à avoir la qualité de commerçant et à requérir son immatriculation. Mais s'il n'est que collaborateur, il doit être mentionné au registre du commerce⁵. Il dispose de ce fait, d'un pouvoir de représentation de l'entreprise à l'égard des tiers. Ce pouvoir lui permet d'effectuer tous les actes de gestion et d'administration nécessaires à l'exploitation de l'entreprise⁶.

42-Solution du droit tunisien: En droit tunisien, aucun texte ne régleme de pareils statuts du conjoint du commerçant. C'est l'article 9 (nouveau) alinéa 6 de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 qui exige que la demande d'immatriculation du commerçant au registre du commerce comprenne "*le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance, le domicile, la nationalité... du conjoint qui entend participer réellement à l'activité commerciale du déclarant*". Il s'agit de l'exercice d'un commerce en commun par les époux. Le conjoint qui a l'intention de participer effectivement à l'activité commerciale de l'assujetti conformément à cet article, se contente de "*collaborer*"⁷ avec celui-ci à son activité commerciale. Il n'est pas immatriculé lui-même au registre du commerce. Il doit être simplement mentionné comme tel au registre. Peut-on considérer que c'est un indice en faveur du caractère non commercial de la qualité de ce conjoint. En fait, si le

¹ La participation d'un conjoint à l'exploitation de l'entreprise exploitée par l'autre doit être présumée fournie en application du devoir d'assistance et de secours imposé aux époux par le législateur (l'article 212 du Code civil français, l'article 23 du Code de statut personnel tunisien). Il appartient donc à celui qui prétend qu'un contrat de travail a été conclu d'en rapporter la preuve. Voir J. VALLANSAN, "Commerçants et artisans – Statut du conjoint", JurisClasseur Commercial 2010, Fasc. 49, n°5.

² Selon l'article R. 121-1 du Code de commerce, issu du décret du 1er août 2006, "*est considéré comme conjoint collaborateur, le conjoint d'un chef d'entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil*".

³ Selon l'article 1832-1 du Code civil, issu de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982, "*même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale*".

⁴ Article L. 121-8 du Code de commerce français ; Revue Lamy droit des affaires, février 2009, p. 31; D. RANDOUX, "Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ?", JCP, 1983, G, p.3103, n° 12.

⁵ Article L.121-4- IV et l'article R. 123-37, 8° du Code de commerce français.

⁶ Article L. 121-7 du Code de commerce.

⁷ La loi du 14 avril 2010 n'a pas abrogé quant au fond l'alinéa 6 de l'article 9. Elle a harmonisé entre la version arabe et la version française de cet article. Avant 2010, cet article dans sa version en langue française exigeait de mentionner lors de l'immatriculation "*le nom, prénom, date et lieu de naissance, domicile et nationalité du conjoint qui déclare collaborer effectivement à l'activité commerciale de l'assujetti*". La version en langue arabe ne parle pas du conjoint, qui déclare collaborer à l'activité de l'assujetti, mais plutôt du conjoint qui a l'intention de participer effectivement à l'activité commerciale du déclarant.

législateur considère que le conjoint a la qualité de commerçant, il sera tenu de s'immatriculer selon l'article 2 de la loi du 2 mai 1995.

43-Le conjoint co-exploitant: Il se peut que la participation du conjoint dépasse la simple collaboration, et constitue une co-exploitation " *dans laquelle les deux époux jouent un rôle comparable dans l'exploitation du fonds de commerce* " ¹. Tandis que la collaboration est un travail subordonné, distinct du salarié par son caractère gratuit, la co-exploitation se caractérise, au contraire, par l'égalité des prérogatives et des responsabilités ². Le conjoint sera considéré comme co-exploitant lorsqu'il participe à la direction et à la gestion du fonds en prenant des risques et des responsabilités. Il est déclaré donc, commerçant puisqu'il participe au commerce de son époux en accomplissant de manière indépendante des actes de commerce à titre professionnel ³. La co-exploitation n'entraîne donc pas, en elle-même, la qualité de commerçant au conjoint qui ne l'acquerra que si l'on démontre qu'il remplit lui-même les qualités pour recevoir cette qualification ⁴. De ce fait, rien n'interdit à deux époux d'être en même temps immatriculés au registre du commerce ⁵.

Dans l'état actuel du droit tunisien, toute interprétation reste incertaine. Dès lors, une intervention législative est souhaitable afin de faire le point sur ce qu'on appelle l'entreprise à caractère familial, qui reste jusque là un état de fait, mais qui a pu être pris en compte par une loi ⁶.

¹ RIPERT et ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, tome 1, op.cit, n° 274.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit commercial*, op.cit., n°39.

³ Ph. PETEL, "Le nouvel article 4 du Code de commerce dix ans après", in dix ans après, *Mélanges offerts à A. Colomer* 1993, p. 365; A. HONORAT, "Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire", in *Études de droit commercial à la mémoire de H. CABRILLAC*, Litec 1968, p. 281 ; B. MAUBRU, "La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de deux époux exploitant un commerce en commun", *JCP*, 1976, CI, 11784, spéc. n° 41.

⁴ G. TEILLIAIS, "La collaboration non statutaire entre époux : le conjoint assistant ou co-exploitant", *Petites Affiches*, 29 novembre 1996, n° 144, p. 14.

⁵ C'est d'ailleurs la position du ministre français de la justice. Rép. min. n° 12467, *JO Sénat Q*, 13 oct. 1983, p. 1438 ; *JCP*, CI, 1983, II, 1409 ; Rép. min. n° 34274, *JOAN Q*, 21 nov. 1983, p. 5029.

⁶ Article 9 de la loi n°94-28 du 21 février 1994 portant régime de réparation des préjudices résultant des accidents du travail et des maladies professionnelles, *J.O.R.T.* 1994, n° 15, p. 308.

3°/ Les indivisaires d'un fonds de commerce.

44-Le problème de l'assujettissement des indivisaires à l'immatriculation: Le commerçant, assujetti à l'immatriculation, exerce généralement¹ son activité commerciale en exploitant son fonds de commerce. Mais le fonds peut être dans une situation d'indivision². Dans ce cas, est ce que tous les indivisaires doivent être immatriculés au registre du commerce ?

45-Solution légale: Le simple état de coïndivisaire d'un fonds de commerce ne suffit pas pour reconnaître la qualité de commerçant de tous les indivisaires. Seule la constatation de l'exercice, par chaque copropriétaire, en son nom et d'une manière professionnelle, d'actes de commerce peut conduire à leur reconnaître la qualité de commerçant³. Ainsi, le législateur exige, en cas de propriété indivise des éléments d'exploitation, que la demande d'immatriculation contienne les "*noms, prénoms et domicile des indivisaires*"⁴. Il n'exige pas l'immatriculation de tous les indivisaires, il impose seulement de faire figurer dans la déclaration leurs noms, prénoms et domiciles. L'immatriculation devient obligatoire pour tous les indivisaires s'ils ont tous la qualité de commerçant. Ils l'ont lorsque le fonds est exploité par l'un d'eux à titre de mandataire de l'indivision et pour le compte de tous les indivisaires.

A défaut de pouvoir prouver une commune volonté, chez les indivisaires, de superposer à l'indivision une société créée de fait, seule l'exploitation en commun du commerce par tous qui permettent de justifier leur immatriculation au registre du

¹Cependant, certaines personnes acquièrent la qualité de commerçant sans avoir la propriété d'un fonds de commerce.

²A cet égard on doit distinguer l'indivision de la société. D'une part, elle constitue un état temporaire ; chaque copropriétaire peut toujours demander le partage. La société est au contraire une situation durable, dont le terme est fixé par l'acte constitutif. D'autre part, l'égalité de droits entre indivisaires impose le consentement unanime pour tout acte matériel ou juridique relatif au bien indivis ; dans la société, au contraire, la décision peut être prise à la majorité si la loi ou les statuts en décident ainsi. V. SAINT-ALARY-HOUIN, "Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes du code civil", RTD com. 1979, p. 645.

³Paris, 28 mai 1964, JCP, 1964, II, 13916 ; 29 octobre 1964, D. 1965-208 ; JCP 1965, II, 13988, note J.A. ; Cass. com. 26 juin 1968, RTD com. 1968, p. 1137, obs. HOUIN ; C. de bordeaux 14 juin 1966, RTD com. 1967, p. 565, n°4.

⁴ Article 9 (nouveau)-B-6° de la loi tunisienne du 2 mai 1995. Article R. 123-38 du Code de commerce français.

commerce¹. Trois éléments sont classiquement retenus pour définir une exploitation en commun : la participation matérielle à l'exploitation, l'absence de subordination juridique et la confusion des intérêts. Ces éléments sont nécessaires pour reconnaître la qualité de commerçant². Ils permettent d'induire l'accomplissement par les intéressés d'actes de commerce conformément à l'article 2 du Code de commerce, c'est-à-dire à titre professionnel, en leur nom et pour leur propre compte.

46-Tendance de la jurisprudence française vers l'extension au propriétaire non exploitant: Cependant, et pour faire bénéficier du droit au renouvellement du bail commercial, la cour de cassation française exige l'immatriculation de tous les indivisaires et même de ceux qui ne participent pas à l'exploitation du fonds³. Cette position constitue un prolongement intéressant du courant jurisprudentiel relatif à l'obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés du propriétaire du fonds de commerce pour pouvoir bénéficier du statut des baux commerciaux⁴. Sur ce point, est intervenu l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour révéler l'impasse dans laquelle peut se trouver un indivisaire non exploitant qui sera contraint de s'immatriculer pour ne pas faire perdre le bénéfice du statut à l'égard de tous les indivisaires⁵. Selon la Cour d'appel de Paris, le propriétaire indivis - n'exploitant pas le fonds de commerce - ne peut revêtir la qualité de commerçant; en conséquence il ne peut obtenir son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. N'étant pas immatriculé, il ne peut revendiquer le bénéfice du statut des baux commerciaux. Une

¹ L'exploitation d'un fonds indivis peut être à l'origine d'une société créée de fait. Cela est susceptible de se produire quand les héritiers participent ensemble et personnellement à l'exploitation du fonds. Il peut être de même quand il en charge un mandataire, car les actes accomplis par celui-ci au nom du mandant, et dans les limites de ses pouvoirs, doivent être considérés comme étant faits par le mandant lui-même. Mais encore faut-il, pour cela, que les éléments constitutifs du contrat de société soient réunis (spécifiquement *l'affectio societatis*). Dans ce cas, tous les associés de fait doivent être immatriculés (article 2 de la loi du 2 mai 1995; voir infra, p. 57).

² Com. 6 juillet 1976, et Aix-en-Provence 30 juillet 1976, D. 1977, I.R., 129, obs. F. DERRIDA.

³ Cass. 3^e civ. 2 juin 1999, RD imm. 1999.469, obs. J. DERUPPE

⁴ Voir infra, p. 460.

⁵ C.A Paris, 3^{ème} chambre commerciale, 8 février 2002. En l'espèce, un fonds de commerce de bar-restaurant avait été acquis indivisément par deux personnes, seule l'une d'entre elles assurant l'exploitation de ce fonds. Pour éviter la perte du droit au renouvellement du bail commercial visant les locaux dans lesquels le fonds était exploité, l'indivisaire non exploitant a demandé également son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Le juge commis à la surveillance du registre ayant rejeté sa demande, l'intéressé tente, en appel, la réformation de cette ordonnance au motif que l'immatriculation s'impose pour satisfaire aux dispositions de l'article L. 145-1 du Code de commerce et préserver les droits des indivisaires lors du renouvellement du bail. L'ordonnance est confirmée au résultat d'un raisonnement basé sur l'exigence de la qualité de commerçant. Il a été jugé qu'à l'encontre d'un indivisaire non exploitant, le défaut de qualité de commerçant constitue un obstacle à l'immatriculation au registre du commerce du copropriétaire indivis d'un fonds de commerce. Voir, CA Paris, 8 févr. 2002, RTD com. 2002, p.263, obs. B. SAINTOURENS.

telle position¹ présente l'avantage d'éviter l'inscription au registre du non-commerçant, ce qui fausserait "*l'information que le registre est destiné à procurer*"². Elle est en outre conforme à la jurisprudence refusant aux associations l'immatriculation au registre pour la même raison³. Cependant, elle présente l'inconvénient de faire perdre le droit au bail à un commerçant régulièrement immatriculé pour la simple raison que le coïndivisaire n'est pas immatriculé lui aussi, alors même que cela est impossible puisque, n'exploitant pas, il n'a pas la qualité de commerçant. "*La situation de ces malheureux indivisaires apparaît d'autant plus regrettable que, s'ils étaient des époux communs en biens ou s'ils tenaient leur qualité de celle d'héritiers, ils ne subiraient le même sort*"⁴. En effet, la solution est différente quand la qualité d'indivisaire provient de celle d'héritier ou de la communauté de biens entre époux⁵. La Cour de cassation française écarte dans ce cas l'exigence d'immatriculation de tous les indivisaires⁶. "*La différence de traitement paraît difficilement justifiable*"⁷. Monsieur SAINTOURENS estime qu'"*il reste toujours le recours à l'apport, par les indivisaires, du fonds de commerce à une société qui, réunissant les qualités de propriétaire et d'exploitant du fonds, serait immatriculée au registre du commerce et des sociétés*"⁸.

4°/ Les associés de fait.

47-La société de fait au sens de l'article 2 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995: Le législateur de 1995 a pris acte des transformations récentes dans la vie économique et il a élargi le cadre de l'institution du registre du commerce à des "*personnes physiques exerçant une activité sous le nom d'une société de fait*"⁹. Une distinction fondamentale organise désormais la matière de société de fait. Elle oppose les sociétés dotées de la personnalité morale à celles qui en sont dépourvues. Le premier emploi du terme "*société de fait*" désigne la société que ses associés ont refusé de l'immatriculer, c'est-à-dire, en réalité, la société en participation. L'appellation est ici approximative, en ce

¹ Cette solution est pourtant préconisée par une réponse ministérielle (Rép. Min. Dalloz, n°20028, JOAN, Q, 8 février 1999, p. 824.

² J. DERRUPPE, obs. sur CA Paris, 1^{ère} ch. B, 30 janvier 1998, RTD com. 1998, p.321 ; RTD com. 1999, p.364.

³ J-F. KAMDEM, "Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique", D. 1996, chron., p.213 ; V. GRELLIERE, "De l'illicéité ou non de l'association commerciale", RTD com. 1997, p. 537.

⁴ B. SAINTOURENS, obs. sur CA Paris, 8 févr. 2002, RTD com. 2002, p. 264.

⁵ L. VOGEL, Traité de droit commercial, t.1, vol.1, 18^{ème} éd., L.G.D.J., n°605 et suivant.

⁶ B. SAINTOURENS, obs. sur CA Paris, 8 févr. 2002, RTD com. 2002, p. 264.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Article 2 de la loi du 2 mai 1995.

qu'elle repose sur l'idée que la société en participation n'est qu'une société de fait et non de droit. S'il a pu être dit, par d'illustres auteurs, que "*les groupements qui n'ont pas la personnalité morale sont sans existence juridique*"¹, on ne peut adhérer à cette proposition : le défaut de personnalité morale d'un groupement ne le cantonne pas nécessairement au seul domaine du fait². Cependant, l'utilisation de la dénomination de société de fait, même à mauvais escient, était fréquente³. Dans la pratique, la société en participation est utilisée par des commerçants personnes physiques qui s'inscrivent ensemble au registre du commerce sous l'appellation erronée de "*société de fait*". Toutefois, il faut préciser que faire figurer la société de fait dans le registre du commerce ne donne pas lieu à la naissance de la personne morale, et ce contrairement à l'immatriculation de la société qui doit être faite sur le registre prévu à cet effet. En effet, et à la demande des commerçants personnes physiques, le greffier peut mentionner l'existence de la société de fait à laquelle ils sont associés. Cette mention au registre "A"⁴ ne donne pas lieu à une personne morale⁵.

48-L'impact du défaut d'immatriculation d'une société sur la qualité de ses associés: Il n'est pas sans intérêt de rappeler que, lorsqu'une société n'a pas été immatriculée, c'est dans la personne de ses membres qu'il faut rechercher éventuellement la qualité de commerçant. Certes on ne trouve pas pour les sociétés commerciales non immatriculées la règle en vigueur pour la société en nom collectif selon la quelle l'existence d'une telle société détermine la qualité de commerçant de ses associés⁶. Mais, on trouve tout de même une règle qui veut que chaque associé, dans une société en participation commerciale⁷, comme dans une société créée de fait⁸ ou société en formation, contracte en son nom personnel et est seul engagé vis-à-

¹ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, tome 1, volume 2, par F. LAROCHE-GISSEROT, 8ème éd., Montchrestien 1997, n°770.

² F. TERRÉ et D. FENOUILLET, Les personnes. La famille. Les incapacités, 7e éd., Dalloz, 2005, n° 277 ; B. DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale, préf. H. Le Nabasque, 2006, PUAM, n° 5.

³ C'est aussi pour désigner la société en participation que l'expression "*société de fait*" a été employée, notamment par l'administration fiscale. Les juges confondent souvent entre les deux notions. Pour des exemples voir S. EL BEHI, Les sociétés de fait, mémoire pour l'obtention des études approfondies, Faculté des Droits et des Sciences Politiques de Tunis, 1989-1990, p.19 et suiv.

⁴ C'est la composition du numéro d'immatriculation telle que prévue par l'article 32 de la loi du 2 mai 1995 avant sa modification par la loi du 14 juillet 2010. Voir infra, p. 146.

⁵T. BACCOUCHE, L'apparence en droit des sociétés commerciales, étude de droit comparé français et tunisien, Thèse Nantes, 1999, p.294.

⁶Article 55 du Code des sociétés commerciales.

⁷Article 78 du code des sociétés commerciales.

⁸ F.X. LUCAS, "La société dite "Créée de fait"", in Aspect actuel du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Dalloz 2003, pp. 737.

vis des tiers. Seuls leurs membres peuvent éventuellement avoir la qualité de commerçant puisqu'ils sont tenus personnellement tant que la société n'a pas d'existence juridique autonome¹. La jurisprudence tunisienne a déjà, affirmé dans un arrêt de la Cour de cassation administrative du 7 juin 1979 que " *les associés de la société de fait sont des commerçants et non des salariés* " ².

Toutefois, la possibilité pour la société de reprendre les actes accomplis pour le compte et au nom de la société en formation par l'associé fondateur³, une fois celle-ci immatriculée au registre du commerce et des sociétés, limite la qualification de commerçant des fondateurs pour l'activité passée. De deux choses l'une; soit la reprise est effectuée: dans ce cas, c'est la société qui est rétroactivement considérée comme l'auteur des actes et non plus l'associé fondateur; soit la reprise n'est pas effectuée et l'associé fondateur sera qualifié de commerçant s'il remplit les critères de l'article 2 du Code de commerce. Toutefois, on voit mal comment les actes de commerce seraient suffisants pour caractériser une profession.

D'ailleurs, la Cour de cassation tunisienne précisait, dans son arrêt en date du 30 avril 1981⁴, que la participation à une société en participation ne confère pas obligatoirement la qualité de commerçant. En admettant que l'acte par lequel l'associé s'oblige ait un caractère commercial, ce dernier ne devient pas pour autant commerçant faute d'avoir exercé des actes de commerce et d'en avoir fait sa profession (article 2 du Code de commerce). La profession n'est certainement pas caractérisée par un acte isolé⁵. Mais, quand, l'associé en participation doit-il être immatriculé au registre du commerce ?

49-L'associé propriétaire ou exploitant du fonds doit obligatoirement être immatriculé. Il n'aura aucune peine à justifier du titre juridique établi à son nom lui conférant la jouissance privative des locaux⁶. Quant à l'associé non - propriétaire qui est exploitant effectif du fonds, il doit justifier du contrat qui lui donne la qualité pour

¹ Contra CA Versailles, 12 févr. 1992, JurisData n° 1992-046442 qui a refusé de reconnaître la qualité de commerçant à un associé fondateur en excipant, à tort, qu'il agissait en qualité de gérant et non pas à titre personnel.

² C. Cass. Adm., n° 56 du 7 juin 1979, bull. C. cass. Adm., 1980, p. 153 (en arabe).

³ Voir infra, p. 268.

⁴ " وحيث ان القول بكون لا يمكن للقاصر ان يكون شريكا في شركة محاصة اذ لا حق له في تعاطي التجارة فان هذا الدفع غير صحيح اذ انه لا شيء قانوني يجعل الشريك بشركة محاصة له صفة تاجر", نشرية محكمة التعقيب 1981، عدد 6، ص 219.

⁵ A. PICAND-L'AEZC, "L'obligation des associés en participation envers les tiers", Rev. sociétés 1990, p. 581.

⁶ J. DERRUPPE, RTD com. 1982, p. 86, n°2.

exploiter le fonds¹. Mais, généralement, l'un des associés, le plus souvent, se voit confié la direction des affaires représentant l'objet de la société². Si la société a un objet commercial, notamment par l'exploitation d'un fonds de commerce, le gérant exerce l'activité commerciale en son propre nom³. Il acquiert seul la qualité de commerçant⁴, lui seul doit être immatriculé au registre du commerce⁵.

Il est donc nécessaire de démontrer que l'associé remplit tous les critères de la qualité de commerçant et a donc bien accompli des actes de commerce à titre professionnel et à titre personnel. Cette vérification doit être opérée pour chaque associé car il ne peut exister de qualification globale de commerçant⁶. Il est évident que la responsabilité indéfinie et solidaire des associés d'une société sans personnalité morale n'induit pas la qualité de commerçant de chacun des membres⁷.

B/ L'exclusion des autres personnes ayant la qualité de commerçant

50-L'ambiguïté de l'article 2 de la loi du 2 mai 1995: Cet article assujettit à l'immatriculation "les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du Code de Commerce". Il semble que cette disposition ne se limite pas à la définition du commerçant prévue par l'article 2 du Code de commerce, mais s'applique aussi à toute personne à laquelle le législateur reconnaît cette qualité. En effet, les dispositions du Code de commerce reprises par la suite par le Code des Sociétés commerciales confèrent la qualité de commerçant à certains associés et représentants de la personne morale. Ces personnes sont-elles assujetties à l'immatriculation?

¹Comme l'a souligné très justement une réponse ministérielle française, le contrat de société en participation constitue cette preuve. Voir Rép. min. J.O. Sénat Q. 1981, p. 2441, RTD com. 1982, p. 86, n°2, obs. J. DERRUPPE.

²La notion de gérance est, d'une certaine façon, étrangère à la société en participation. Car, dépourvue de personnalité morale, cette société ne peut pas être officiellement représentée puisqu'elle n'a pas d'existence juridique aux yeux des tiers. La gérance demeure pourtant une réalité fréquente et souvent nécessaire. Son particularisme tient au fait qu'elle ne concerne que les rapports entre associés. Elle est une affaire purement intérieure à la société. V° A. GAUVIN, "Le gérant de la société en participation", Gaz. Pal., 1998, doct., p. 850.

³Article 83 du Code des sociétés commerciales.

⁴Suite à sa qualité de commerçant, le gérant peut être mis en liquidation des biens s'il ne remplit les obligations contractées auprès des tiers et s'il cesse ses paiements. Trib. de 1ère Instance de Tunis, jugement n° 46 du 6 nov. 1962, R.J.L. 1964, n°9-10, p. 7.

⁵J. DERRUPPE, "Société en participation. Fonctionnement", JurisClasseur 2001, Fasc. 47-30, n°52.

⁶J.-C. HALLOUIN, "Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires", JCP, 1989, G, 3414, n°7.

⁷Cass. Com. 18 nov. 1986, Bull. civ. IV, n°215. Dans le même sens: Rép. Quest. Ecrite Gouteyron : J.O.Déb. sénat 5 nov. 1981, p. 2441.

51-Dirigeants des sociétés commerciales: Agissant en représentation de la personne morale qu'ils dirigent, les dirigeants sociaux ne sont pas en principe¹, des commerçants². Ils ne sont pas assujettis à l'obligation de se faire immatriculer au registre du commerce, mais leurs noms et fonctions doivent être déclarées dans la demande d'immatriculation des sociétés qu'ils dirigent³. Cette solution devrait s'appliquer même pour les dirigeants ayant la qualité de commerçant. En effet, dans les sociétés anonymes, le président directeur général⁴ et le directeur général⁵ sont considérés comme commerçants. Mais, ils ne pourraient être immatriculés au registre du commerce dans la catégorie des personnes physiques parce que leur qualité de commerçant est tirée, non pas de l'exercice d'un commerce, mais de l'occupation d'un poste de responsabilité.

52-Les associés des sociétés en nom collectif⁶ et les commandités des sociétés en commandite simple⁷ ou des sociétés en commandites par actions⁸, assumant pleinement les risques du commerce, ont la qualité de commerçants. Cette qualité a un certain nombre de conséquences. D'abord, les associés en nom et les commandités doivent avoir la capacité d'exercer le commerce⁹. Ensuite, ils doivent être inscrits au registre du commerce. La loi relative au registre du commerce a précisé dans son article 8 (nouveau) *in fine* le lieu de leur immatriculation en disposant que "*Le siège social de la société est réputé être le domicile réel des associés en nom collectif et des commandités*".

En fait, cette disposition constitue une exception. Le paragraphe premier de l'article 8 de la loi du 2 mai 1995 détermine la compétence territoriale du tribunal dans le ressort duquel doit être immatriculée "*toute personne physique ayant la qualité de commerçant au sens du Code de Commerce*". Cependant, pour les associés d'une

¹A l'exception du dirigeant associé en nom ou commandité, président directeur général et directeur général. Mais concernant les 2 premiers, c'est leur qualité d'associé en nom (Y. DEREU, "Sociétés en nom collectif, Gérance", JurisClasseur Sociétés 2008 (mise à jour 2017), fasc. 55-10, n°7.) ou de commandité qui les qualifient de commerçant (A. BOUGNOUX, "Sociétés en commandite simple", JurisClasseur Société 2016, fasc. 62-10, n° 51.).

² P. MERLE, Droit commercial. Sociétés commerciales, Paris, 8ème éd. Dalloz, 2001, n° 185 ; Y. REINHAD et J-P. CHAZEL, Droit commercial, Litec, 6ème éd., 2001.

³Art. 11-A-9° de la loi relative au registre du commerce.

⁴Art. 213 du Code des Sociétés Commerciales. Voir T. BEN NASR, Le Président directeur général dans la société anonyme, mémoire, Tunis, 1979.

⁵ Article 217 *in fine* du Code des Sociétés Commerciales.

⁶Art. 55 du Code des Sociétés Commerciales.

⁷Art. 67 parag. 2 du Code des Sociétés Commerciales.

⁸Art. 390 parag. 3 du Code des Sociétés Commerciales.

⁹Art. 11 du Code des Sociétés Commerciales.

société en nom collectif et les commandités qui sont commerçants de part la loi¹, le législateur tunisien leur prévoit une disposition particulière. Ils doivent demander leur immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social de la société. Toutefois, il faut noter que la loi du 2 mai 1995 oblige presque² toutes les sociétés de s'immatriculer au registre du commerce³. S'agit-il de deux immatriculations différentes ? Une première qui sera faite par les associés en tant que personne physique et l'autre par la société en tant que groupement ?

Contrairement au droit français qui considère que l'immatriculation de la société suffit⁴, le législateur tunisien semble répondre par l'affirmative. La rédaction de l'article 8 *in fine* de la loi de 1995 laisse entendre qu'il s'agit de deux déclarations afin d'immatriculation différente l'une de l'autre. Mais quelle est l'utilité d'une double immatriculation ? On ne doit surtout pas oublier que dans la demande d'immatriculation de la société, doivent être indiqués "*le nom, le prénom, le domicile personnel, la nationalité et la date et le lieu de naissance des associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales...*"⁵.

Cette solution crée une situation complexe en cas où la gérance d'une société en nom collectif est confiée à un associé. En effet, le gérant associé est un commerçant du fait de sa qualité d'associé en nom. Il est assujéti à l'immatriculation au registre du commerce. En outre, du fait de sa qualité de gérant, l'associé fait l'objet de mesure de publicité lors de l'immatriculation de la société. L'article 11 (nouveau) de la loi de 1995, relatif à l'immatriculation des sociétés, dispose que "*Sont indiqués dans la demande d'immatriculation des sociétés : ...*

10- le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance, le domicile personnel, la nationalité et les autres renseignements prévus au deuxième alinéa du paragraphe (A) de l'article 9 de la présente loi, et ce, pour :... - les associés et les tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir général d'engager la société...".

¹C'est l'article 55 du Code des Sociétés Commerciales qui confère aux associés d'une société en nom collectif la qualité de commerçant et non pas parce qu'ils exercent d'actes de commerce.

²A l'exception de la société en participation. V° art. 15 du Code des Sociétés Commerciales.

³Art. 2 -2° de la loi du 2 mai 1995.

⁴Art. 7 du décret du 30 mai 1984 "*Il n'y a pas lieu à immatriculation distincte de celle de la société en ce qui concerne les associés en nom*". Voir "*Associé en nom*", Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, p. 3423.

⁵Art. 11 (nouveau)-A-9° de la loi relative au registre du commerce.

Cette complexité peut être résolue en admettant que l'associé en nom d'une société commerciale, même s'il a la qualité de commerçant, n'est pas tenu personnellement de s'immatriculer au registre du commerce. Ce forçage de la qualité de commerçant semble davantage tenir aux relations de la société avec les tiers qu'à l'activité propre de l'associé¹. Chacun des associés est personnellement engagé sur tout son patrimoine², par l'activité commerciale de la société. "*Tout se passe comme s'il exerçait cette activité commerciale lui-même, à ses risques et périls*"³. Ainsi, les créanciers sociaux peuvent poursuivre les associés pour le paiement de l'intégralité de la dette sociale⁴. Cependant, leur action contre les associés n'est concevable qu'en cas d'insolvabilité de la personne morale, laquelle insolvabilité a été constatée après sa mise en demeure préalable⁵. Cette solution s'explique par le phénomène de la transparence de la personnalité morale⁶. En effet, la personnalité de la société n'est pas complètement dérogée de la personnalité de ses associés.

53-Justification de l'exclusion: Il en résulte que l'exclusion des gérants et associés ayant la qualité de commerçant du domaine de l'obligation d'immatriculation est justifiée par le fait qu'ils n'exercent pas une activité commerciale mais surtout par

¹ F.-X. LUCAS, "Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom", in Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, éd., Frison-Roche, 2000, pp. 281; Pour une jurisprudence française critique, Voir Cass. com., 6 avril 1999, Bull. Joly juill. 1999, § 191, note RENARD ; Dr. et patr., décembre 2000, p. 107, note GRANIER.

² Les associés d'une société en nom collectif sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales (art. 55 parag. 2 du Code des Sociétés Commerciale). Les commandités d'une société en commandite simple (art. 67) ou par action (art. 390) s'engagent indéfiniment et solidairement sur tous leurs biens. Dans le cadre de l'allègement de la responsabilité des associés d'une société en nom collectif, le législateur a écarté la sanction automatique de la mise en faillite personnelle des associés lorsque la société en nom collectif est déclarée en faillite. La loi n°2009-16 du 16 mars 2009 modifiant et complétant le Code des sociétés commerciales, a supprimé le dernier alinéa de l'article 55 du Code des sociétés commerciales. Voir N. SNOUSSI, "Présentation de la loi n° 16 du 16 mars 2009 portant modification du Code des sociétés commerciales", Infos Juridiques 2009, n°68/69, p. 17.

³ L. TOPOR, Droit commercial, Litec 1999, p. 179.

⁴ A cet effet principal de la solidarité qui est d'ouvrir contre chaque associé un recours pour le tout, vont s'ajouter d'autres effets secondaires. A cet égard, la mise en demeure adressée à un associé produit son effet à l'égard des autres. Interrompue contre un associé, la prescription l'est également contre les autres, l'appel interjeté par un associé profite à tous. Voir DERRIDA, "De la solidarité commerciale", RTD com. 1953, p. 336.

⁵ D. FIORINA, Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales, Thèse, Toulouse, 1984.

⁶ La transparence est un concept qui a été, pour la première fois, prononcée en matière fiscale. Le droit fiscal retrouve la personne des associés à travers l'être moral. Les bénéficiaires imposables sont taxés directement à l'impôt sur le revenu entre les mains des associés à raison de leurs droits dans la société. La notion de transparence a été, par la suite, transposée en matière de sociétés commerciales pour battre en brèche un principe longtemps défendu en doctrine ; celui de l'autonomie complète de la personne morale, dès sa naissance, vis-à-vis de ses membres. En effet, il a été admis que, bien qu'elle soit une entité juridique autonome au regard de la loi, la personne morale n'est pas complètement dérogée des personnes physiques qui ont concouru à sa constitution. Voir J. AUDINET, Personne morale et personnes physiques dans les sociétés de commerce, Thèse, Marseille, 1950.

l'existence d'une personnalité morale. Cette personnalité morale interpose un écran entre les membres du groupement et les tiers¹. En effet, "*de même que les habitants de verre sont visibles tout en étant protégés des agressions extérieurs, c'est ainsi que les associés sont placés hors d'atteinte des poursuites des créanciers*"². Même si l'écran de la personnalité morale n'est pas toujours étanche³, le principe est celui de l'engagement direct de la seule personne morale, en tant que sujet de droit autonome⁴.

La personnalité morale de la société crée un écran derrière lequel les associés et les dirigeants peuvent s'abriter. C'est à partir de son immatriculation que la société, personne morale, constitue un voile qui cache les membres qui la composent. Même si la loi attribue la qualité de commerçant à certains d'entre eux, ils ne sont assujettis à l'immatriculation. En revanche, les membres qui ne sont pas protégés par l'écran de la personnalité morale, seront responsables solidairement et indéfiniment. Ils participent personnellement à l'exploitation de l'entreprise et ils pourront être qualifiés de commerçants⁵.

II/ Les groupements ayant la personnalité morale.

54-La personnalité morale, une condition d'immatriculation: La loi du 2 mai 1995 assujettit à l'immatriculation non seulement les "*sociétés ayant leur siège en Tunisie et jouissant de la personnalité morale*"⁶, mais aussi les "*autres personnes morales que la loi ou la réglementation particulières impose leur immatriculation*"⁷. Cette dernière disposition qui permet une extension future à d'autres personnes morales ayant une activité économique, permet de constater que le registre du commerce accueille les différentes entreprises quelles que soient leur nature ou leur caractère. Mais, encore faut-il qu'elles jouissent de la personnalité morale.

¹ Ch. CUTAJAR-RIVIERE, La société écran: Essai sur sa notion et son régime juridique, préface P. DIENER, Paris, L.G.D.J., 1998, n°24 et suivants.

² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, Paris, LexisNexis, 2017, n°458.

³ Le dirigeant peut se trouver obligé au paiement des dettes sociales à travers l'exercice de l'action au comblement du passif à l'égard du dirigeant ayant commis une faute de gestion (articles 121 et 214 du Code des sociétés commerciales). Dans ce cas, il est considéré comme étant un "*quasi-commerçant*". Voir B. FEUGERE, "Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce, pour comblement du passif (art. 180 de la loi du 25 janvier 1985)", R.J. com 1999, p. 333 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, "La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté", Rev. des procédures collectives 2001, n° 3, pp.145; CHAMPAUD et DANET, RTD com. 1992, p.818 et RTD com. 1995, 612.

⁴ B. DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, op.cit., n°1066 et suiv.

⁵ Supra, p.56.

⁶ Art. 2-2° de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995.

⁷ Art. 2-5° de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995.

En fait, la loi ne se prive pas d'attribuer la personnalité morale à qui elle l'entend, selon les modalités qu'elle définit, allant même jusqu'à priver certains groupements ou structure de la personnalité morale. Ainsi, la société en participation est dépourvue de la personnalité morale¹. Il en est de même pour le groupe de sociétés². Bien que l'opinion a évolué, depuis quelques années, et tend à faire du groupe, une entité juridique³, une sorte de "*quasi-personne morale*"⁴ ayant son siège social, son logo personnel, ses organes de décision⁵, le droit positif considère que le groupe de sociétés n'est pas un sujet de droit⁶. Par conséquent, et selon l'article 2-2° de la loi du 2 mai 1995, la société en participation⁷ et le groupe de sociétés ne sont pas tenus de s'immatriculer au registre du commerce.

55-Interdiction d'immatriculer une société privée par le législateur de la personnalité morale: En réalité, il ne s'agit pas d'une simple exonération d'une obligation mais d'une véritable interdiction. L'absence de la personnalité morale qui est de l'essence de la société en participation, l'empêche de requérir son immatriculation au registre du commerce. L'article 78 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales a, logiquement, établi un lien direct et nécessaire entre la société en participation, la non-immatriculation et l'absence de personnalité morale. Faute de respecter l'interdiction de l'immatriculation, la société sera révélée aux tiers, ce qui rendrait les associés responsables dans les mêmes termes que ceux d'une société en nom collectif⁸. Bien que cette disposition insérée dans le Code des sociétés commerciales, ne s'applique qu'aux

¹ L'article 78 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales.

² L'article 461 in fine du Code des sociétés commerciales.

³ La lecture des dispositions du Code des sociétés commerciales, nous permet de constater que le groupe a une existence légale qui lui permet de bénéficier de certains avantages (exemple; liberté au consentement des conventions financières entre les membres du groupe consacrée par l'article 474 du Code des sociétés commerciales) ou de lui imposer certaines obligations (obligation spécifique d'information et de la tenue des comptes consolidés prévue par les articles 470 à 473 du Code des sociétés commerciales), voir de lever le voile de la personnalité morale de chacun des membres et d'étendre les dettes d'une société membre à une autre lorsque celle-ci s'est immiscée dans la gestion externe de la première (article 476 du Code des sociétés commerciales). Sur la question de l'absence d'existence juridique du groupe de sociétés voir M. PARIENTE, "Les groupes de sociétés et la loi de 1966, Rev. sociétés 1996, p.465-470, spécialement 470.

⁴ P. DIDIER et Ph. DIDIER, Droit commercial, Paris, Economica 2011, n°1364.

⁵ P. LE CANNU, "Les organes de groupe", Petites Affiches, 4 mai 2001, n°89, p.43-48.

⁶ Il faut voir le groupe comme un réseau de sociétés liées entre elles par des relations de contrôle et de dépendance, mais qui conservent, en principe, leur existence et leur personnalité propres. Messieurs DIDIER proposent de parler de "sociétés en groupe" plutôt que de parler de "*groupe de sociétés*". Voir P. DIDIER et Ph. DIDIER, Droit commercial, op.cit., n°1364.

⁷ La solution est consacrée par la jurisprudence. Voir trib. 1ère instance de Tunis, jugement n°1265 du 22 avril 1963, RTD, 1966-67, p.291; Trib. 1ère instance de Tunis, jugement n°1049 du 12 février 1963, RTD, 1966-67, p.293; RJL, 1965, p.133.

⁸ C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, tome 2, IHE édition 2007, p.26, n°29; Voir infra, p. 379 et suiv.

seules sociétés commerciales, on estime qu'elle concerne toutes les sociétés en participation ayant un objet commercial ou civil. Le problème ne se pose plus en droit français depuis que la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 a placé les dispositions relatives aux sociétés en participation au sein du Code civil, aux articles 1871 à 1872-2, qui régissent les sociétés en participation à objet civil comme celles à objet commercial¹. L'absence de la personnalité morale du groupe de sociétés fondé sur une relation financière entre entités juridiquement indépendantes interdit aussi son immatriculation. Cette structure, conçue comme telle par les acteurs économiques ne peut, toutefois, être maintenue si on doit attribuer la personnalité morale au groupe, étant donné que cette reconnaissance conduit ou bien à une superposition des personnes morales, solution inconcevable², ou à une altération radicale de cette structure due à la suppression, de personnalité morale des sociétés concernées. Le groupe de sociétés ne doit donc se faire immatriculer au registre du commerce d'autant plus qu'il n'est ni une société³ ni une entreprise⁴ pour pouvoir s'immatriculer.

¹ Cette localisation est plus logique, et elle permet de doter les sociétés en participation civiles d'un régime juridique exprès, contrairement à la situation antérieure. Voir F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, "L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Les sociétés en participation", RTD com. 1984, p. 569; J. GUYÉNOT, "Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi no 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil", Gaz. Pal., 1978, doct., 386; "Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du code civil", Gaz. Pal., 1979, doct., p.620.

² En effet, le fait d'accorder la personnalité morale au groupe tout en laissant intact celles des sociétés membres peut entraîner des difficultés en raison de la superposition des personnes morales. Dans ce cas, la reconnaissance du groupe pourrait conduire à générer une double personnalité morale attachée à chaque société du groupe. Une société aurait une personnalité propre et une personnalité en tant que membre du groupe, ce qui serait source de confusion et de paradoxe, puisque chaque être physique ou moral ne peut avoir qu'une seule personnalité juridique. Voir J. DELGA, *Le droit des sociétés*, Paris, 1ère éd., Dalloz 1998, p.333.

³ Les relations de domination comme la dépendance économique sont un handicap à la reconnaissance d'une société pour qualifier le groupe. Alors que la société a une structure, un aménagement et un mode de fonctionnement définis par la loi, le groupe n'a aucune structure juridique définie. L'idée dominante consistait à considérer le groupe une réalité économique, non pas un concept juridique.

⁴ Le groupe ne peut être assimilé à l'entreprise pour deux raisons. La première résulte de la technique de regroupement et du fonctionnement des sociétés groupées, les rapports entre ces filiales et la société mère sont des rapports de domination. Si une entreprise en domine d'autres, c'est qu'il y a une pluralité d'entités. En second lieu, la notion de groupe ne peut se limiter à l'étude de droit national, on reproche aux groupes de "*n'avoir pas de partie, mais les groupes multinationaux sont une réalité organisée à partir de deux contraintes: l'établissement hors du territoire national des filiales et la souveraineté des Etats qui les accueillent. Comment leur appliquer les critères de l'unité économique et financière?*". P.PARIENTE, *Les groupes de sociétés: aspects juridiques, social, comptable et fiscal*, préface Y. GUYON, Litec 1993, p. 22 et suivantes. Concernant le rejet de l'assimilation de la notion d'entreprise voir aussi, C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration dans la société par actions*, thèse Caen 1961, Paris, Sirey, 1962, p.285, n°380; BEGUIN, *Les extensions du passif en droit commercial*, thèse Rennes 1965, p.514; J. PAILLUSSEAU, "La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques", D. 2003, chron., pp.2346.

56- L'octroi de la personnalité morale est donc, sans discussion possible, laissé à l'appréciation du législateur¹. C'était depuis la promulgation du Code de commerce en 1959² que le législateur tunisien reconnaissait expressément la personnalité morale à la société commerciale dans l'article 14³. Cette solution a été confirmée avec l'avènement du Code des sociétés commerciales en 2000, dans son article 4 disposant que " *toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés...*". Il est donc, admis que toutes les sociétés commerciales même celles créées dans le cadre d'une opération de concentration sont assujetties à l'immatriculation au registre du commerce (B). Le domaine de cette obligation est étendu à toutes entreprises auxquelles le législateur reconnaît la personnalité morale (A).

A/ L'extension du domaine de l'obligation d'immatriculation à toute entreprise ayant la personnalité morale.

57-Le principe de liaison entre la personnalité morale et l'immatriculation au registre du commerce s'applique non seulement à l'entreprise sociétaire ayant le caractère commercial mais aussi à l'entreprise non sociétaire.

58-Détermination des sociétés commerciales: Les sociétés sont commerciales si elles exercent une activité commerciale telle que définie par l'article 2 du Code de commerce⁴. Elles sont aussi commerciales "*par la forme et quel que soit l'objet de leur activité*" si elles prennent l'une des formes prévues par l'article 7 du Code des sociétés commerciales, à savoir: société en commandite par actions, société à responsabilité limitée et société anonyme. L'article 150 du même Code ajoute à cette liste, les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée. Ces sociétés bénéficient, selon l'article 4 du

¹Voir infra, p. 100.

²A travers la loi n°59-129 du 5 octobre 1959, portant promulgation du Code de commerce (J.O.R.T., n°56 des 3, 6, 10 et 13 novembre 1959).

³Selon l'ancien article 14 du Code de commerce avant son abrogation par la loi du 3 novembre 2000 portant promulgation du Code des sociétés commerciales "*Toute société, à l'exception de la société en participation, a la personnalité civile*".

⁴Le seul critère résulte de l'article 2 du Code de commerce. Il s'agit d'une transposition des solutions applicables aux personnes physiques. La formule générale de l'article 2 du Code de commerce "*quiconque*" englobe les personnes physiques ainsi que les personnes morales. La Cour de cassation française l'a nettement affirmé dans un arrêt daté 1902 "*les sociétés sont civiles ou commerciales suivant les mêmes règles de celles qui déterminent la condition des individus*" (cass. civ. 3 févr. 1902, S. 1902, I, 72).

Code des sociétés commerciales, d'une personnalité morale et sont assujetties à l'obligation d'immatriculation.

Les sociétés coopératives¹ et les sociétés mutuelles², étant des sociétés commerciales, sont tenues aussi de demander leur immatriculation. Elles sont soumises au droit commun des sociétés et au régime applicable à la forme qu'elles ont choisie pour tout ce qui n'est pas spécialement réglé par leurs régimes spécifiques³. Elles bénéficient, selon l'article 4 du Code des sociétés commerciales, d'une personnalité morale indépendante de la personnalité de chacun des associés dès leur immatriculation au registre du commerce. Concernant les sociétés mutuelles de services agricoles, le législateur a imposé directement leur immatriculation. Aux termes de l'article 6 de la loi n° 2005-94⁴, "*les sociétés mutuelles sont constituées conformément aux procédures prévues par la législation sur le registre du commerce*".

59-Le groupement d'intérêt économique est doté aussi, de la personnalité morale aux termes de l'article 443 du Code des sociétés commerciales. Mais, est-il une société pour être tenu de s'immatriculer selon l'article 2-2° de la loi du 2 mai 1995?

Envisagée dans le cadre du droit des sociétés⁵, l'introduction du groupement d'intérêt économique dans l'ordonnancement juridique tunisien pose le problème de la spécificité

¹ Voir article 5 de la loi n° 67-4 du 19 janvier 1967, portant statut général de la coopération (J.O.R.T., n°4, 1967, p. 71.)

Désignant la coopérative en tant que société, le législateur a tranché la discussion concernant la nature juridique de la coopérative, est-ce une société ou une association. En France, avant la loi de 1947, on hésitait beaucoup sur ce point. Etant donné la définition qu'avait donné du bénéfice l'arrêt célèbre des Chambres réunies de la Cour de cassation, Caisse rurale de Manigod, on avait au contraire tendance à considérer que les coopératives de consommation et les coopératives de crédit dont le but est seulement de faire réaliser à leurs membres une économie et non de leur procurer un gain qui ajoute à leur fortune étaient des associations. En revanche, on admettait plus volontiers que les coopératives ouvrières de production étaient pour la raison inverse des sociétés. Voir M. PALMADE, "La loi du 10 septembre portant statut de la coopération", JCP, 1948, G, 708; R. SAINT-ALARY, "Sociétés coopératives", JurisClasseur société 2015, fasc. 168-10, n°80 et suiv.

² Les sociétés coopératives doivent être distinguées des sociétés mutuelles. On les oppose ordinairement en disant que les premières ont pour but la livraison d'un produit ou la fourniture d'un service alors que les secondes ont pour fin la garantie d'un risque. Effectivement le domaine des sociétés mutuelles est avant tout celui de l'assurance et de la prévention des risques sociaux. Cette opposition se situe sur un plan économique et social. Or, sur le point de droit, les sociétés mutuelles sont des sociétés commerciales. Voir F-J CREDOT, "Société de caution mutuelle", jurisClasseur Sociétés 2002, fasc. 171-10, n° 49.

³ Pour la société coopérative, le législateur a choisi pour forme la société à capital variable. Or, la variabilité a été le plus souvent considérée comme une modalité qui peut être introduite à certaines formes de sociétés. Ainsi, selon l'article 407 du Code des sociétés commerciales, les sociétés à capital variable sont des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions.

⁴ Loi n° 2005-94 du 18 octobre 2005, relative aux sociétés mutuelles de services agricoles, J.O.R.T. 2005, n° 83, p. 2683.

⁵ Les articles 439 à 460 du Code des sociétés commerciales.

de sa nature juridique par rapport à la société¹. Cette question qui agite le commentateur des dispositions applicables au groupement d'intérêt économique, "*suscite sa perplexité*"² surtout que l'institution du groupement s'est accompagnée d'une redéfinition de la société. Celle-ci peut désormais avoir pour but la réalisation des bénéfices tout autant que la réalisation des économies³. Cette extension du but de la société, si elle satisfera les praticiens, elle aura l'inconvénient de semer la confusion entre le groupement d'intérêt économique et la société. En effet, malgré la formulation originale employée dans l'article 439 du Code des sociétés commerciales⁴, il semble que, dans plusieurs hypothèses, le but du groupement d'intérêt économique pourrait être analysé en fait comme la réalisation d'une économie. Cet article prévoit que "*le but du groupement d'intérêt économique est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité*". Il semble par conséquent, difficile de soutenir que le groupement d'intérêt économique ne répond pas à la définition de l'article 2 du Code des sociétés commerciales⁵.

Toutefois, il semble difficile de penser que le groupement d'intérêt économique et la société qui a pour objet la réalisation de l'économie répondent à la même définition⁶. En effet, l'objet du groupement va plus loin que la simple réalisation d'économie⁷. Selon monsieur Y. GUYON, "*la société qui cherche à réaliser une économie se limite à ce but négatif. Elle ne met en œuvre qu'une collaboration réduite à sa plus simple expression. Au contraire, le groupement d'intérêt économique a un objet*

¹ Au sens des travaux préparatoires, le groupement d'intérêt économique constitue une "*nouvelle forme de sociétés*" (J.O.R.T., 2000, p.57 et suivant). L'article 48 du Traité sur l'Union européenne assimile aussi, les groupements d'intérêt économique à des sociétés, puisqu'il retient comme critère le but lucratif. En réalité, le législateur tunisien vise une nouvelle organisation juridique puisque sont classés sous la même rubrique, à côté des groupements d'intérêt économiques, la fusion, la scission et la transformation des sociétés.

²I. CORBISIER et P. DE WOLF, "Le fonctionnement et l'organisation des groupements d'intérêt économique", in "Les groupements d'intérêt économique", Académie, Louvain la Neuve, Bruxelles, 1991, n°4, p.54.

³ Article 2 du Code des sociétés commerciales.

⁴Le législateur emploi 4 verbes alternatifs et non cumulatifs (faciliter ou développer/améliorer ou accroître) qui ont la même finalité. Voir J. GUYENOT, "Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique", Gaz. Pal. 1981, 2, p.466, n°10.

⁵ Y. CHARTIER, "Les groupements civils", Dalloz 1997, p.122.

⁶ B. GLANSDOREF, "De quelques avatars de la notion de société, à la lumière du droit comparé", Etudes offertes à P. Van Ommeslaghe, Bruylant, Bruxelles 2000, p.460 et 461; J. PELLERIN, "La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé", RTD civ. 1981, p. 475-478.

⁷ Il s'agit du développement de l'économie en général et son adaptation aux mutations économiques. Voir D. LEPELTIER et G. LESGUILLIER, Groupement d'intérêt économique. Groupement européen d'intérêt économique, Paris, éd., JOLY, 1995, n°19.

plus ambitieux. Il tend à développer l'activité économique des membres, la recherche d'une économie n'étant qu'un moyen parmi d'autres"¹.

Ainsi, et malgré la fragilité des différences qui existent entre le but du groupement d'intérêt économique et celui de la société il n'en reste pas moins vrai que le premier est d'une autre nature que la seconde². Il se distingue aussi des sociétés coopératives qui offrent un statut protecteur, mais relativement rigide³. Il semble donc, que le groupement est une "*institution originale*" différente des formes sociétaire⁴. Il est exclusivement un contrat de coopération⁵ interentreprises personnifié. Il doit s'immatriculer quel que soit son caractère civil ou commercial et ce par application de l'article 2-5° de la loi du 2 mai 1995 qui assujettit à l'immatriculation les "*autres personnes morales que la loi ou la réglementation particulières impose leur immatriculation*". Mais, il s'agit en fait, d'une imposition indirecte puisque le législateur subordonne l'acquisition de la personnalité à l'accomplissement de la formalité de l'immatriculation dans l'article 443 du Code des sociétés commerciales⁶. De là, on peut constater que le registre du commerce accueille désormais un groupement ne constituant pas une société⁷. Mais, le législateur n'a pas prévu une procédure spéciale. Dans ce cas, les conditions d'immatriculation sont parallèles à celles des sociétés. Il faut donc se référer à la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

B/ Les sociétés créées dans le cadre d'une concentration:

60-La réglementation de la concentration en droit tunisien: Le besoin se faisait sentir en Tunisie, de répondre aux exigences dues à l'évolution du droit et de

¹ Y. GUYON, "Les dispositions générales de la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés", Rev. des sociétés 1979, p.15.

² S. KASBAOUI, Le droit des sociétés commerciales à l'heure de la mise à niveau: rétrospective et ouverture, éd. Prisme, Tunis 1996, p. 239; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, op.cit., n°1642.

³ Y. CHARTIER, "Société coopérative et groupements d'intérêt économique", Rev. sociétés 1974, p.601 ; Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n° 539.

⁴ H. BELHADJ, "Le groupement d'intérêts économiques", R.J.L., novembre 2001, p.153 (en arabe).

⁵ A. OMRANE, "Du droit des sociétés au droit de l'entreprise: pour un droit de l'entreprise en Tunisie", Etudes Juridiques, 2006, n°13, p.15.

⁶ Voir infra, p.105.

⁷ Voir supra, p.67-68.

l'économie. Conscient du devoir de réglementation de la concentration¹ et de la restructuration² des sociétés commerciales face à la mondialisation de la concurrence qui n'est plus désormais nationale, le législateur a tenu à poser un cadre légal adéquat à la fusion et scission des sociétés³ dans le Code des sociétés commerciales promulgué par la loi du 3 novembre 2000.

61-La fusion⁴: Définie comme étant "*la réunion de deux ou plusieurs sociétés pour former une seule société*"⁵, la fusion traduit une volonté de concentration et de regroupement de la part des sociétés fusionnantes qui trouvent dans l'opération une occasion pour réunir leurs moyens et compétences. Elle "*peut résulter soit de l'absorption par une ou plusieurs sociétés des autres sociétés, soit de la création d'une société nouvelle à partir de celle-ci*"⁶. Ainsi distingue-t-on la fusion par absorption selon laquelle une société appelée absorbante, absorbe une ou plusieurs autres sociétés qui disparaissent⁷, de la fusion par la création d'une société nouvelle. Celle-ci doit avoir la forme d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société en commandite par actions⁸. S'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, les représentants des sociétés fusionnées doivent signer les statuts de la nouvelle société. Les statuts ne peuvent être signés qu'au vu d'un rapport d'un commissaire aux apports désigné par ordonnance sur requête du président du tribunal de première instance. Si la société nouvelle est une société anonyme et que sa création n'est faite qu'à l'aide des seuls apports effectués par les sociétés procédant à leur fusion, aucune règle du Code

¹ La concentration "*résulte de tout acte quel qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise, ou qui a pour objet - ou pour effet - de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprise d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante*" (Article 7 de la loi n°91-64 du 29/07/1991, relative à la concurrence et aux prix telle que modifiée et complétée par la n°93-83 du 26 juillet 1993, par la loi n°95-42 du 25 avril 1995 et par la loi n°99-41 du 10 mai 1999. Voir sur l'ensemble de la question K. AYARI, "Le contrôle de la concentration économique", RJL, 1999, n°2, p.143; R. JAIDANE, "L'influence du droit français sur le droit tunisien des concentrations économiques", Revue Internationale de Droit Economique, 2002/4, t XVI, 4, p.655.

² Voir Ch. MASQEFA, La restructuration, thèse, L.G.D.J., Paris, 2000, p.1.

³ B. BEL HAJ YAHIA, "Fusion et scission des sociétés", in colloque international sur le Code des sociétés commerciales le 5 et 6 avril 2001, Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis 2002, p.155; M-M. ELBAROUNI, "Fusion, scission e transformation de sociétés commerciale", in colloque portant sur Le nouveau dans le Code des sociétés commerciales, daté du 11 et 12 avril 2003, éd., centre tunisien de transaction et arbitrage, p.11 (en arabe).

⁴ R. ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ, 1994; D. PUBELLIER et M. SURU, "Fusions : "Simplifier ce n'est pas faire simple", JCP, 2008, E, 2501.

⁵ Article 411 alinéa 1er du Code des sociétés commerciales.

⁶ Article 411 du Code des sociétés commerciales.

⁷ Article 411 du Code des sociétés commerciales.

⁸ Article 412 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales.

des sociétés commerciales ne permet de déroger aux dispositions de l'article 160 et 181 du Code des sociétés commerciales exigeant la signature des statuts par sept actionnaires au moins. Pourtant une telle dérogation s'imposait par la nature des choses du moment où les statuts de la nouvelle société anonyme sont approuvés par les associés des sociétés parties à la fusion réunies en assemblées générales extraordinaires. Une assemblée générale constitutive doit être tenue à l'effet de désigner les premiers administrateurs et le commissaire aux comptes¹.

62-Fusion transfrontalière: La fusion d'une ou de plusieurs sociétés étrangères avec une ou plusieurs sociétés tunisiennes doit aboutir à la constitution d'une société dont la majorité du capital doit être détenue par des personnes physiques ou morales tunisiennes. La règle est restrictive et elle a pour effet d'interdire la fusion d'une société tunisienne par création d'une société étrangère².

63-Obligation d'immatriculation de la nouvelle société: Dans ces cas, les sociétés fusionnées disparaissent et font apport de leurs patrimoines à la nouvelle entité qui devrait se constituer selon les règles imposées par le Code des sociétés commerciales pour la création d'une société nouvelle. La nouvelle société, de nature commerciale et dotée de la personnalité morale, doit être immatriculée au registre du commerce par application de l'article 2-2° de la loi du 2 mai 1995. Cette obligation est confirmée aussi dans l'article 423 alinéa 2 aux termes duquel "*Lorsqu'il s'agit d'une société nouvelle issue de la fusion, elle doit faire l'objet d'une immatriculation au registre du commerce conformément à la loi relative au registre du commerce*".

64-La scission: La même solution s'applique dans le cadre de l'opération de scission effectuée par création d'une nouvelle société. En effet, l'article 428 du Code des sociétés commerciales définit la scission comme l'opération par laquelle une société opère "*un partage³ de son patrimoine entre plusieurs sociétés existantes ou par la création de nouvelles sociétés*". Bien que le législateur ne le prévoit pas expressément⁴, on peut penser que les sociétés bénéficiaires des apports doivent revêtir la forme d'une société anonyme, société à responsabilité limitée ou société en commandite par actions

¹ S. MELLOLI, S. FRIKHA, Les sociétés commerciales, La Maison Du Livre 2013, p.433; n°1349.

² S. MELLOLI, S. FRIKHA, Les sociétés commerciales, op.cit., p.413; n°1282.

³ Ainsi, la scission n'est pas une fusion. Alors qu'au dire d'un éminent juriste, la fusion constitue une réunion, la scission opère une division. Voir LATSHA et DURAND, "Fusions et scissions de sociétés et apports partiels d'actif", JCP, 1967, CI, 82332.

⁴ Toutefois, l'article 428 du Code des sociétés commerciales a précisé que ne peuvent se scinder que les sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés en commandite par actions.

et ce par analogie avec la solution retenue par le législateur en matière de fusion¹. Elles doivent donc s'immatriculer au registre du commerce.

65-Immatriculation de la filiale: En tant que procédé de concentration de l'économie, le groupe de sociétés est l'" *ensemble de sociétés ayant chacune sa personnalité juridique, mais liés par des intérêts commun...*"². Il suppose une relation de domination entre une société mère dominante et une ou plusieurs sociétés dominées, dont certaines sont appelées filiales³. Ces dernières sont liées entre elles par des liens économiques dont la coordination est assurée par la société mère en raison des pouvoirs de contrôle de droit ou de fait qu'elle détient. En effet, la création d'un groupe de sociétés s'obtient essentiellement grâce à plusieurs procédés tirés du droit des sociétés. La société mère peut décider de prendre des participations dans des sociétés existantes grâce à l'achat d'un nombre suffisant de parts ou d'actions⁴ ou encore de créer des sociétés nouvelles, dont elle détiendra une partie suffisante du capital pour les contrôler. Les fondateurs d'une société peuvent choisir s'intégrer dans une structure mettant en scène des sociétés indépendantes les unes des autres, plutôt que de constituer des succursales qui auraient alors donné lieu à un véritable réseau de dépendances juridiques⁵. Un tel choix effectué par les fondateurs est dicté surtout par un souci d'efficacité, étant donné que le maintien de l'individualité juridique des sociétés en cause permet, sur le plan économique, une modulation des activités, de la gestion et de l'organisation du groupe qu'une fusion interdirait par sa rigidité⁶, et sur le plan juridique, une limitation de la responsabilité patrimoniale.

¹ S. MELLOLI, S. FRIKHA, Les sociétés commerciales, op.cit., p.442; n°1379.

² Contrairement à son homologue tunisien, le législateur français n'a pas défini le groupe de sociétés et a laissé à la jurisprudence le soin de délimiter les contours de cette notion, M. PARIENTE, Les groupes de sociétés, op.cit., n° 3 ; C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, LGDJ, p. 113

Toutefois, cette situation a incité certains juristes à s'interroger sur l'opportunité d'un droit de groupe de sociétés. Voir A. COURET, "Vers un nouveau droit des groupes ?", Petites Affiches 18 avril 1997, n°47, pp.4 ; (J.) PALLUSSEAU, "Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?", JCP, 1971, G, 2401.

³ Selon l'article 461 du Code des sociétés commerciales " ... *Est réputée filiale, toute société dont plus de cinquante pour cent du capital est détenue directement ou indirectement par la société mère, et ce, abstraction faite des actions ne conférant pas à leur porteur des droits de vote* ".

⁴ Voir infra, p. 156.

⁵ Dans cette perspective, la création d'une société est moins destinée en pratique à exprimer juridiquement une volonté collective ou un intérêt commun qu'à structurer ce regroupement économique en constituant son principe d'organisation. Voir Ch. BOUCHARD, La personnalité morale démythifiée: Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personne québécoises, P.U. LAVAL, 1997, p.40; J. PAILLUSSEAU, "Le droit moderne de la personnalité morale", RTD civ. 1993, p.705.

⁶ R. RODIERE, Droit commercial: Groupements commerciaux, 9ème éd., Dalloz 1977, p.390, n°351; M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, Cours de droit commercial, Les sociétés commerciales, volume 2, Paris, 2ème éd., Montchrestien, 1999, n°921.

Entité juridique indépendante, la filiale est dotée de la personnalité morale¹ et elle possède tous ses attributs². Elle dispose d'un siège social différent des sièges sociaux des autres sociétés du groupe et qui doit se situer au lieu de sa direction effective. Par conséquent, nouvellement créée³ elle est assujettie à l'immatriculation au registre du commerce conformément à l'article 2-2° de la loi n° 95-44 si son siège social est situé en Tunisie.

66-Ainsi, l'immatriculation s'impose à toute personne physique ayant la qualité de commerçant au sens de l'article 2 du Code de commerce et à tout groupement ayant la personnalité morale. Une demande doit être présentée tout en respectant les procédures fixées par le législateur.

Paragraphe 2: La simplification de la procédure d'immatriculation

67-La politique générale de la simplification des procédures administratives:

Pour qu'un système de publicité remplisse efficacement la fonction d'information des tiers, il doit être rapide, simple, peu coûteux, précis, accessible, sûr et fiable⁴. Bref, il doit être rigoureux. Cette rigueur devient une exigence cruciale si le législateur attribue à la formalité un rôle constitutif. Toutefois, le système de publicité en matière commerciale, ne doit pas être excessivement rigoureux au point d'entraver le principe de la liberté de commerce⁵. Les excès "*chronophages*" et les lourdeurs administratives sont devenus une préoccupation politique et sociale prenant la forme d'un combat permanent en faveur des entreprises. Aider et simplifier le parcours administratif de l'entrepreneur

¹ On en déduit que la filiale ne peut pas être une société en participation puisqu'elle est dépourvue de la personnalité morale.

² Elle a un nom qui la désigne aux yeux des tiers dans toutes les manifestations de la vie juridique. Elle a donc une raison ou une dénomination sociale selon la forme adoptée. Elle a une nationalité qui lui est propre et qui peut bien être différente de celles des autres, surtout si elle appartient à un groupe multinational. Elle a un patrimoine propre distinct d'une part des patrimoines personnes des associés et dirigeants sociaux et, d'autre part, des patrimoines de la société mère et des sociétés membres du groupe de sociétés, ce qui écarte toute compensation entre les dettes de la filiale et celles des associés, dirigeants et sociétés du groupe pour défaut de réciprocité des dettes, puisque ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Aussi, l'on écarte leur solidarité commerciale (Paris 31 mai 1989, Dalloz 1989, I.R., 227). Elle est représentée dans tous les actes par ses propres gérants ou administrateurs. Voir A. M'ZABI, "La filiale en droit des sociétés", Info-Juridiques, n°12/ 13- Novembre 2006, p. 30 et 31; C-J. BERR, "La place de la notion de contrôle en droit des sociétés", in Mélange D. Bastian, 1974, p.10.

³ L'existence du groupe de sociétés doit faire l'objet d'une publicité par une mention au registre de commerce. Voir l'article 470 du Code des sociétés commerciales.

⁴ M-K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, Tunis, C.E.R.P., 1993, n°216.

⁵ Article 5 du Code de commerce. Voir supra, p.28.

dans l'accomplissement de ses démarches et gagner de temps quant à la récupération des informations pour les organismes destinataires devient une préoccupation majeure du législateur tunisien¹. Dans ce cadre, la loi n°2010-15 du 14 avril 2010 est venue apporter certaines modifications aux règles relatives aux procédures de l'immatriculation au registre du commerce. Elle a édicté certaines mesures pour simplifier la demande d'immatriculation (I) et elle a posé une nouvelle forme de cette demande à savoir la forme électronique (II).

I/ Les mesures simplifiant la demande d'immatriculation.

68-Les textes juridiques simplifiant les procédures: Conscients de la lourdeur de l'appareil administratif, les pouvoirs publics ont prôné la modernisation de l'administration et l'allègement des formalités de création d'entreprise². Certains efforts ont été faits au niveau législatif par l'adoption de la loi n° 2010-15 du 14 avril 2010 qui est venue simplifier les procédures du registre du commerce. Mais, le souci d'alléger le poids des procédures devant le promoteur apparaît avant même 2010 et ce à travers certains textes emblématiques³ comme la loi n° 2001-50 du 3 mai 2001 relative aux entreprises des pôles technologiques⁴ et la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique⁵. Généralement, les mesures consacrées par le législateur visent à accélérer la procédure d'immatriculation (A) ou à prévoir des intervenants dans l'acte d'immatriculation (B).

A/ Accélérer la procédure d'immatriculation.

69-La demande d'immatriculation: En principe⁶, l'immatriculation au registre du commerce est faite sur une déclaration volontaire des assujettis, accompagnée par

¹Les débats parlementaires, assemblée du 18 mars 2010, J.O.R.T., n°18, p. 903 (en arabe).

² N. CHAABANE, "La liberté d'investissement en Tunisie, entre réglementation et régulation", disponible sur http://www.investir-en-tunisie.net/pdf/neila_chaabane.pdf, p.15 et s.

³ Il s'agit aussi de la loi n°2004-89 du 31 décembre 2004, relative aux procédures de constitution de société en ligne (J.O.R.T. 2004, n°105, p. 3431) et le décret n° 2001-1567 du 2 juillet 2001 fixant l'organisation administrative et financière et les modalités de fonctionnement de l'agence de promotion de l'industrie et de l'innovation, J.O.R.T. 2001, n°55, p. 1689.

⁴ J.O.R.T. n°36 du 4 mai 2001, p. 1010 et suivant.

Cette loi est modifiée par la loi n° 2006-37 du 12 juin 2006 (J.O.R.T. n° 48 du 16 juin 2006, p. 1580 et suivant) et la loi n° 2010-24 du 17 mai 2010 (J.O.R.T. n°40 du 18 mai 2010, p. 1372).

⁵ J.O.R.T. n° 104-2007, p. 4337. Selon l'exposé des motifs de la loi relative à l'initiative économique, ces dispositions visent à alléger les charges d'exploitation des investisseurs.

⁶ L'exception c'est contraindre l'assujetti de se faire immatriculer par voie de justice. Voir infra pp.506.

des pièces justificatives¹ dont la liste est fixée dans des tableaux de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996². Une demande doit être présentée en deux exemplaires au greffe du tribunal compétent sur des formulaires administratifs définis par arrêté. Elle est signée par l'assujetti ou par son mandataire qui doit justifier de son identité et être muni d'une procuration signée du déclarant³. Lorsqu'il est recouru à une transmission par voie électronique de la demande, la procuration peut être fournie en copie. Cependant, la procuration n'est pas nécessaire lorsqu'il résulte des actes ou pièces déposés à l'appui de la demande que le mandataire dispose du pouvoir d'effectuer la déclaration⁴.

Toute personne assujettie doit demander son immatriculation dans un délai et doit justifier de la jouissance du ou des locaux où elle installe. Afin d'accélérer la démarche en vue de l'immatriculation, le législateur a raccourci le délai imposé (a) et il a autorisé les contrats de domiciliation (b).

a/ Délai raccourci:

70-Dualité des délais: L'immatriculation est faite sur demande présentée au greffier par l'assujetti ou son mandataire, mais au point de vue des délais une différence capitale existe entre les personnes physiques et les sociétés commerciales, d'une part, et les autres assujettis, d'autre part.

71-Délai d'immatriculation de personne physique: Dans le cadre de la recherche de célérité, la loi n°2010-15 du 14 avril 2010 a ramené le délai d'immatriculation pour les personnes physiques de un mois à quinze jours. Ainsi, selon l'article 8 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, l'immatriculation de la personne physique, ayant la qualité de commerçant au sens du Code de commerce, doit être demandée "*dans un délai maximum de quinze jours, à compter du début de l'exercice de son activité commerciale*". Toutefois, le législateur français ajoute que cette immatriculation peut être demandée dans le mois qui précède la date déclarée du début de l'activité commerciale⁵, afin que les premières opérations ne soient pas gênées ou paralysées par

¹ Article 25 (nouveau) de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995.

² Arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce. tel que modifié par l'arrêté de 19 février 2009.

³ Article 26 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁴ Article 44 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 n'exige pas un tel document.

⁵ Article R. 123-32, al. 1er du Code de commerce français.

l'attente du numéro d'immatriculation¹. Le législateur tunisien n'a pas jugé nécessaire d'adopter cette solution même avec l'amendement de 2010.

72-Délai d'immatriculation des groupements ayant la personnalité morale:

Pour les autres assujettis, l'article 10 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 exige deux délais en distinguant entre l'immatriculation des sociétés commerciales et l'immatriculation des autres personnes morales. Ces dernières doivent demander leur immatriculation "*dans les quinze jours qui suivent l'ouverture du siège social ou de l'établissement réservé à l'activité*"². Dans le cadre de la recherche de célérité, ce délai qui était de un mois³, a été ramené à quinze jours par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010⁴. Mais, pour les sociétés commerciales, le deuxième paragraphe de l'article 10 (nouveau) énonce simplement que l'immatriculation est demandée "*dès l'accomplissement des formalités de constitution, sous réserve des dispositions prévues au code des sociétés commerciales et notamment, celles relatives aux formalités de publicité*"⁵. Il s'agit ici de l'article 14 du Code des sociétés commerciales qui fixe le délai d'immatriculation des sociétés commerciales d'un mois à compter de la date de leur constitution.

73-Faudrait-il supprimer le délai?: Cette exigence d'un délai pour demander l'immatriculation est un peu curieusement formulée. Si l'on peut comprendre que, pour les personnes physiques, l'obligation d'immatriculation soit enfermée dans un délai⁶, il ne saurait en aller de même pour les sociétés commerciales et les groupements d'intérêts économiques. "*Avec les commerçants individus, on peut toujours se trouver en présence de quelqu'un qui pourrait exercer (puisque c'est une personne physique) une activité commerciale irrégulièrement ; il faut donc lui imposer un délai. Or, la même utilité n'apparaît pas pour une société dont la personne morale n'existera que si elle est*

¹ G. RIPERT, R.ROBLOT, Traité de Droit Commercial, tome 1, op.cit., p. 144.

² Cette règle concerne le groupement d'intérêt économique, les établissements publics à caractère industriel et commercial et les sociétés civiles.

³ C'était le délai fixé pour l'immatriculation selon l'ancien article 10 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁴ La même solution est adoptée par le législateur français dans l'article R. 123-36, alinéa2 du Code de commerce.

⁵ Il est étrange que huit ans déjà après la promulgation du Code des sociétés commerciales, la loi du 2 mai 1995 renvoie encore aux dispositions de l'ancien Code de commerce, bien que le législateur, par la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières, a abrogé les dispositions des articles 51 et 68 de la loi relative au registre du commerce. Il fallait attendre la loi n° 2010-15 du 14 avril 2010, modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 pour que l'article 10 (nouveau) renvoie aux dispositions du Code des sociétés commerciales.

⁶ Voir supra, p.75.

immatriculée ; elle ne pourra pas, par conséquent, avoir d'activité avant cette immatriculation ¹.

La nécessité de la suppression du délai de l'article 14 du Code des sociétés commerciales susmentionné s'explique donc, par l'intérêt que les fondateurs ont à réaliser le plus rapidement possible l'immatriculation de la société². Tant que cette formalité n'a pas été accomplie, la société ne possède pas la personnalité morale³ et les fondateurs ne peuvent retirer les fonds qui ont été versés par les souscripteurs⁴. Cet article 14 n'aurait dû pas avoir une place dans le Code des sociétés commerciales et le législateur n'aurait pas dû édicter, à l'intention des fondateurs de la société commerciale, un délai de stricte observance pour procéder à l'immatriculation de celle-ci. Déjà, le législateur français n'a pas jugé nécessaire de fixer un délai pour l'immatriculation des sociétés au registre du commerce. L'article R. 123-36 du Code de commerce précise que l'immatriculation des sociétés commerciales ou civiles et groupement d'intérêt économique doit être demandée au plus tôt après l'accomplissement des formalités de constitution, et notamment des formalités de publicité⁵. De là, aucun délai n'est imposé car, comme l'expliquait la circulaire du 23 mars 1967 pour les sociétés commerciales *"les fondateurs ou associés qui ont signé l'acte de société sont en droit, même après l'accomplissement de toutes les formalités constitutives, de renoncer à leur projet de créer une personne morale ou de retarder la date à laquelle la société aura la jouissance de la personnalité morale"*⁶. C'est pourquoi l'immatriculation peut même être demandée après le commencement d'exploitation⁷.

¹ M. DE JUGLART, B. IPPOLTI, Les sociétés commerciales, volume 2, op.cit., p. 133, 134.

² La suppression du délai pour l'immatriculation est aussi nécessaire pour les groupements d'intérêts économiques car, à l'instar des sociétés commerciales, ils acquièrent la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce (article 443 du Code des sociétés commerciales). Cette raison ne s'applique pas aux sociétés civiles qui restent toutefois contraintes de respecter le délai exigé de 15 jours exigé par l'article 10 (nouveau) alinéa 3 de la loi du 2 mai 1995.

³ Article 4 du Code des sociétés commerciales.

⁴ Le blocage des fonds jusqu'à immatriculation n'existe que pour les sociétés de capitaux, sociétés anonymes (article 169 du Code des sociétés commerciales) et à responsabilité limitée (article 98 du Code des sociétés commerciales). Voir D. GIBIRILA, "Droit général des sociétés. Procédure de constitution des sociétés. Immatriculation au registre du commerce et des sociétés", JurisClasseur Sociétés formulaire 2016, fasc. C-55, n°5.

⁵ L'immatriculation suppose donc, que soit achevée la procédure de constitution, et en particulier que l'avis de constitution soit inséré dans un journal d'annonces légales. Pour les autres personnes morales assujetties, un délai de 15 jours court de l'ouverture du siège ou de l'établissement pour demander leur immatriculation.

⁶ Cette explication a été donnée en droit français par une circulaire du 23 mars 1967. Voir J. VALLANSAN, "Registre du commerce et des sociétés. Inscriptions", JurisClasseur commercial 2013 (mise à jour 2017), fascicule 110, n° 79.

⁷ Réponse ministérielle n°9520, JOAN Q, 22 mai 1989, p. 2351.

b/ Faciliter la domiciliation de l'entreprise.

74-La détermination du domicile: Le domicile est un élément nécessaire d'individualisation de l'entreprise dont les intérêts pratiques sont certains. Notamment, il permet de procéder aux assignations en justice¹, déterminer la compétence territoriale des tribunaux², la loi applicable à la société³, sa nationalité⁴, le lieu d'accomplissement des formalités légales de publicité⁵... Si les personnes morales doivent demander leur immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé leur siège social, les personnes physiques, doivent demander leur immatriculation au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel est situé leur principal établissement commercial⁶. L'établissement principal est le premier établissement qui fait l'objet de la publicité dans la déclaration aux fins d'immatriculation principale. Par contre, l'ouverture d'un établissement secondaire⁷ donne lieu, en principe, à une inscription au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé cet établissement. Il s'agit d'une immatriculation secondaire, lorsque l'assujetti n'est pas immatriculé dans le ressort de ce tribunal et d'une inscription complémentaire dans le cas contraire.

75-Le choix du domicile de l'entreprise, en principe librement effectué, ne peut cependant pas être arbitraire. Il est fréquemment limité par des prescriptions de caractère administratif. Aussi, il ne doit pas avoir été simplement choisi, en dehors de tout autre rattachement à un lieu, pour seulement bénéficier d'un régime fiscal plus favorable ou de subventions spécifiques⁸. Concernant l'entreprise individuelle, le texte de l'article 7 du Code des procédures civiles et commerciales précise que "*le lieu où une personne physique exerce sa profession ou son commerce constitue le domicile réel en*

¹ C'est au siège social, domicile légal de société, que les actes de procédure seront signifiés, à peine de nullité (cass. civ., arrêt n° 2055 du 5 juin 1979, R.J.L. 1980, n°9, p. 93 ; Cass.civ., arrêt n° 10758 du 22 avril 1985, bull. C. cass., 1985, I, p.42 ; Cass. civ., arrêt n° 11818 du 10 juin 1985, bull. C. cass., 1985, II, p.110 ; Cass. civ., arrêt n° 29589 du 1^{er} avril 1993, bull. C. cass., 1993, II, p. 25. .

² Selon l'article 33 du Code de procédure civile et commerciale, le tribunal compétent est celui du lieu du siège social (Cass., civ., arrêt n° 2055 du 5 juin 1979, R.J.L., 1980, n°9, p. 93 ; C. cass., arrêt n° 1821 du 13 décembre 1979, bull. C. cass., 1979, II, p. 131 ; Cass. civ., arrêt n°10758 du 22 avril 1985, Bull. C. cass., 1985, I, p. 42. Voir H. KOTRANE, "Réflexions sur l'évolution de la théorie de la compétence territoriale", R.T.D., 1983, p. 481.

³ Article 10 du Code des sociétés commerciales.

⁴ La reconnaissance légale de la nationalité des sociétés provient principalement du décret-loi n°61-14 du 30 août 1961 qui fixe les conditions de détermination de la nationalité tunisienne. Le législateur cumule plusieurs critères en exigeant d'une part que la société soit constituée selon les lois tunisiennes en vigueur, que le siège se trouve en Tunisie et sans qu'il y ait fraude à la loi,

⁵ Article 10 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁶ Article 8 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁷ Pour une définition de la notion d'établissement secondaire, voir infra, p. 249.

⁸ Par exemple, pour une société on exige que le siège social soit réel et sérieux.

ce qui concerne les transactions relatives à cette activité". Il s'agit donc, de l'adresse commerciale et non personnelle du commerçant¹. Concernant les sociétés, le siège social constitue une mention statutaire². Il est défini comme étant "*le lieu du principal établissement dans lequel se trouve l'administration effective de la société*"³. Il s'agit donc, du lieu où se sont installés les organes de direction et d'administration. Il peut être par conséquent différent du lieu d'exploitation de l'entreprise ; les usines, les ateliers peuvent être, en effet, situés dans un autre pays. Lors d'une déclaration aux fins d'une immatriculation principale⁴, l'entreprise doit justifier de la jouissance privative du ou des locaux en tant que propriétaire, locataire ou sous locataire, par tous moyens⁵.

76-Cas particulier du commerçant ambulant: Cependant un commerçant peut, dans certains cas excessifs, exercer un commerce sans avoir un titre écrit pour justifier l'occupation d'un local. C'est le cas par exemple du commerçant ambulant⁶, défini comme étant "*toute personne physique qui ne dispose pas d'un local commercial permanent et qui procède à titre professionnel à l'achat de produits afin de leur revente en l'état dans des espaces réservés à cet effet et en utilisant des équipements*

¹ Le domicile commercial doit être néanmoins considéré comme étant un domicile spécial : on ne peut recourir à ce domicile que pour les transactions relatives à l'activité considérée de la personne. Le texte de l'article 7 précise que c'est le lieu où la personne physique exerce sa profession ou son commerce. Pourquoi cette adjonction ? Le terme commerce serait une délimitation du terme général qu'est la profession. Il semble concevable d'admettre que le domicile professionnel peut être celui où un commerçant exerce son commerce. Il peut être également le lieu où une personne exerce sa profession libérale. Voir N. Mezghani, "La notion de domicile en matière de procédure civile et commerciale", R.T.D. 1985, p. 339.

علي الجلولي، "المقر في القانون التونسي"، مجلة القضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1983، ص 29. الباشا البجار، "المقر اهميته صورته تحديد تاثيراته القانونية خاصة على سلامة الاستدعاء والاعلام"، مجلة القضاء والتشريع 1991 عدد 1 ص 7. محسن الاكل، "المقر في القانون المدني"، مجلة القضاء والتشريع 2000 عدد 6 ص 43. قرار تعقيبي مدني عدد 31550 مؤرخ في 3 مارس 1993، نشريّة 1993، ص 108.

² Article 9 du Code des sociétés commerciales.

³ Article 10 du Code des sociétés commerciales.

⁴ Doit être mentionné l'adresse de l'établissement secondaire, s'agissant d'une déclaration aux fins d'immatriculation secondaire ou d'inscription complémentaire.

⁵ Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, feuillets 145, V° Registre du commerce et des sociétés, n° 27 et 28; JAUFFRET, RTD com. 1964, n°2.

⁶ Au commerçant ambulant, on peut assimiler le cybercommerçant. Les cybercommerçants sont des commerçants qui déploient leurs activités dans le cyberspace par l'utilisation de l'outil informatique. Leurs activités sont de ce fait, accessibles dans presque tout le pays. Ainsi, le commerçant qui exerce le e-commerce en Tunisie est tenu de demander son immatriculation au greffe de tribunal dans le ressort duquel se trouve son établissement. Ainsi, on peut penser que l'implantation physique, nécessaire au cybercommerçant, peut se voir à travers simplement le local abritant le matériel informatique, nécessaire à l'activité. Aussi, elle peut être constituée, à l'image des entreprises commerciales, de grands locaux abritant des bureaux, des entrepôts et autres. Mais à défaut d'une implantation matérielle donc, d'un établissement permettant de localiser le cybercommerçant, la loi du 2 mai 1995 permet à ce dernier de demander son immatriculation au greffe de tribunal dans le ressort duquel se situ son domicile.

démontables et transportables"¹. Les colporteurs sont des marchands qui effectuent la vente immédiate d'un objet qu'ils transmettent et offrent aux consommateurs². L'exercice du commerce ambulancier nécessite l'obtention d'une carte de commerçant détaillant ambulant délivrée par la direction régionale du commerce après avis du gouverneur territorialement compétent³. Pour ces commerçants n'ayant pas de principal établissement, doivent se faire immatriculer au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve leur domicile⁴ ou, le cas échéant, leur "*commune de rattachement*"⁵. Ils doivent fournir un titre de circulation. Cette mention est classée par l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996 tel que modifié par l'arrêté de 19 février 2009 dans le tableau 1 indiquant les renseignements relatifs à la personne physique⁶.

77-La domiciliation de l'entreprise: Mais, la nouvelle entité commerciale a parfois des difficultés pour obtenir une domiciliation. En effet, le coût financier de la jouissance privative des locaux est important notamment en début d'activité⁷. C'est pourquoi le législateur est intervenu pour simplifier la création d'entreprise en facilitant la domiciliation.

1°/ La loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique, précise les règles applicables à la domiciliation de l'activité d'une personne physique. En vertu des dispositions de l'article 8 de cette loi, le promoteur individuel peut désigner le local de sa résidence ou une partie de ce local, en tant que siège social de

¹ Article 2 de l'arrêté du ministre de l'intérieur et du développement local et du ministre du commerce et de l'artisanat du 9 décembre 2010, portant fixation des conditions et des procédures de l'exercice de l'activité du commerce de détail ambulant, JORT, 2010, n°100, pp.3395.

² Le Manuel Permanent du Droit des Affaires Tunisien, mai 1995, V° Commerçant.

³ Article 4 de l'arrêté du ministre de l'intérieur et du développement local et du ministre du commerce et de l'artisanat du 9 décembre 2010.

⁴ Article 8 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

⁵ Cette solution est consacrée en droit français. Selon l'article R. 123-32 du Code de commerce français, à défaut d'établissement ou de local d'habitation, l'assujetti doit demander son immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé sa commune de rattachement au sens des articles 23 et suivants du décret n°70-708 du 31 juillet 1970 portant application du titre 1^{er} et de certaines dispositions du titre II de la loi n°69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, ou la commune mentionnée à la dernière phrase du 1^{er} alinéa de l'article 2 du même décret.

⁶ V. Tableau 1 relatif aux pièces fournies par les personnes physiques. Arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce.

⁷ Ainsi, lorsqu'une société nouvellement née n'est pas propriétaire de locaux, elle doit en particulier, louer des bureaux afin d'y installer son siège social. La conclusion d'un bail commercial entraîne en plus de paiement d'un loyer souvent élevé, le versement d'un pas de porte. Les associés doivent aussi, recruter du personnel administratif qui risque d'être sous-employé, acquérir du matériel peu utilisé au début tout au moins. Voir Y. REBOUL, "L'opération de domiciliation des sociétés", Rev. sociétés, 1975, p. 393.

l'entreprise ou pour l'exercice d'une activité professionnelle¹ après avoir déposé "*une déclaration auprès des services municipaux compétents pour l'exercice d'une activité professionnelle dans un local destiné initialement à l'habitation*". L'activité à exercer doit être du type d'activité ne demandant pas une fréquentation importante des clients, une réception ou une livraison de marchandises et n'ayant pas d'impact sur l'environnement. Mais, contrairement au droit français qui confère le caractère permanent à la faculté de domiciliation dans le local d'habitation², le législateur tunisien édicte que cette possibilité n'est ouverte que pour une durée ne dépassant pas cinq années à partir de la date du début de l'activité. Ainsi le commerçant demande son immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé soit son principal établissement, soit dans le cas prévu à l'article 8 de la loi du 27 décembre 2007, son local d'habitation.

Concernant l'entreprise sociétaire, le législateur français prévoit la possibilité de l'installation provisoire du siège social au domicile du chef d'entreprise³ et la domiciliation d'une société dans un local occupé en commun par d'autres entreprises⁴ appelées "*la domiciliation collective*"⁵. Cette domiciliation est définie comme "*l'opération par laquelle une personne recourt aux services d'une agence spécialisée en vue de se faire attribuer une adresse destinée à être utilisée dans ses relations avec les tiers*"⁶. Sans être expressément reconnue par le droit des sociétés, rien n'interdit, en droit tunisien, à ce que l'adresse du siège social sera obtenue par la technique de la domiciliation. Ainsi, une société mère et ses filiales peuvent installer leurs sièges réciproques dans un local dont l'une a la jouissance ou pour permettre, à moindre frais,

¹ Ces dispositions s'appliquent nonobstant les dispositions législatives contraires et notamment l'article 75 du Code de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme promulgué par la loi n° 94-122 du 28 novembre 1994 qui dispose "*Le propriétaire et le locataire ne peuvent pas transformer un local à usage d'habitation en local à usage professionnel, administratif ou commercial sans autorisation préalable de la même autorité habilitée à délivrer le permis de bâtir*".

² Article L.123-10 alinéa 2 du Code de commerce français. Voir B. SAINTOURENS, RTD com. 2003, p.689 et suiv.

³ L'article L. 123-11-1 du Code de commerce français (modifié par l'article 30 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005). Voir notamment S. MOISDON-CHATAIGNER, "Domiciliation des sociétés", Juris-classeur sociétés 2005, fasc. 28-50, n° 20.

⁴ Article L. 123-10 (assujetti personne physique), L. 123-11 (assujetti personne morale); art. R. 123-167 et R. 123-170 du Code de commerce français.

⁵ Voir notamment, M. BONSOM-DELUCCA, "Domiciliation collective d'un entrepreneur individuel ou d'une société dans des locaux faisant l'objet d'un bail commercial", JCP, 1998, N, p.1016; A. LIENHARD, "Loi pour l'initiative économique, quoi de neuf pour les sociétés ?", Dalloz 2003, chron., p. 1900 ; F.G. TREBULLE, "domiciliation des sociétés", Droit sociétés, 2003, n°10, comm. p.161.

⁶ S. MOISDON-CHATAIGNER, "Domiciliation des sociétés", JurisClasseur sociétés 2005, fasc. 28-50, n° 29.

le démarrage d'une activité¹. La Cour de cassation tunisienne semble aussi, admettre la possibilité de choisir un siège social ayant uniquement pour but de recevoir le courrier et les correspondances administratives, judiciaires ou autres sans y effectuer effectivement une activité commerciale². Cette position de notre cour de cassation a pour effet de rendre les lieux de domiciliation des simples boîtes aux lettres. Pour éviter ce risque (la domiciliation ne soit source de sièges fictifs), il sera nécessaire que le législateur tunisien, à l'instar de son homologue français, intervienne pour réglementer le contrat de domiciliation. Le domiciliataire doit mettre à la disposition de la personne domiciliée des locaux permettant une réunion régulière des organes chargés de la direction, de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise. Il faut par ailleurs s'assurer de l'installation des services nécessaires à la tenue, à la conservation et à la consultation des livres, registres et documents comptables³. Dès que la mise à disposition des locaux est possible, le centre de domiciliation n'est pas un siège fictif⁴.

2°/ Afin de faciliter le démarrage des "start up", la loi n° 2001-50 du 3 mai 2001 relative aux entreprises des pôles technologiques⁵ permet une domiciliation de l'entreprise dans une agence. Les entreprises publiques ou privées des pôles technologiques⁶ peuvent en effet, louer les locaux dont elles disposent dans l'enceinte du pôle en vue de leur utilisation pour une activité industrielle ou commerciale dans le cadre de la spécialité du pôle⁷, tout en faisant échapper ces opérations de location aux dispositions de la loi n° 77-37 du 25 mai 1977⁸. Une convention d'accompagnement et

¹ Ch. HANNOUN, "La domiciliation collective d'un groupe de sociétés", Bull. Joly Sociétés, 1 septembre 1994, n°9, p. 922.

² C. cass. civ., arrêt n° 14602 du 3 juin 1987, bull. cass. civ. 1987, p. 175 (en arabe).

³ Ces exigences sont consacrées par le législateur français. En effet, l'article L. 123-11, al. 2 du Code de commerce.

⁴ CA Paris, 7 mars 2001, RJDA, juil. 2001, n° 830, p. 728.

⁵ J.O.R.T. n°36 du 4 mai 2001, p. 1010 et suivant.

Cette loi est modifiée par la loi n° 2006-37 du 12 juin 2006 (J.O.R.T. n° 48 du 16 juin 2006, p. 1580 et suivant) et la loi n° 2010-24 du 17 mai 2010 (J.O.R.T. n°40 du 18 mai 2010, p. 1372).

⁶ Le pôle technologique est défini par l'article 1^{er} de la loi n°2001-50 du 3 mai 2001 relative aux entreprises des pôles technologiques (modifiée et complétée par la loi n° 2006-37 du 12 juin 2006) comme étant "l'espace ou l'ensemble des espaces intégrés et aménagés pour accueillir des activités dans le domaine de la formation et la recherche scientifique et technologique, d'une part, et les domaines de la production et du développement technologique d'autre part, dans une spécialité déterminée ou un ensemble de spécialités, en vue de promouvoir la capacité concurrentielle de l'économie et de développer les composantes technologiques...".

⁷ Article 3 de la loi n°2001-50 du 3 mai 2001.

⁸ Article 4 de la loi n°2001-50 du 3 mai 2001.

d'hébergement avec indication de l'identité de la pépinière d'entreprise¹, d'une part, et l'identité du créateur d'entreprise, d'autre part, est exigée. Selon cette convention, la pépinière propose au porteur de projet ou au créateur d'entreprise installée dans le pôle technologique de bénéficier d'une occupation provisoire d'un local sous certaines conditions². Elle peut même proposer des services communs appropriés : bureaux, salle de réunion...

Au moment de la demande d'immatriculation d'une entreprise hébergée, la convention d'hébergement conclue à cet effet doit être présentée. Bien que le législateur tunisien ne le précise pas expressément, cette convention doit être mentionnée au registre du commerce, avec l'identité de la pépinière d'entreprise (entreprise domiciliataire). Le législateur français³ ajoute même, que l'entreprise domiciliataire doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers durant l'occupation des lieux⁴. Il précise aussi, qu'avant l'expiration du délai de cinq

¹ La Tunisie s'est engagée depuis 1999 dans un programme national de mise en place de pépinières d'entreprises au sein des établissements d'enseignement supérieur, et ce à travers la signature d'une convention cadre entre les ministères de l'Enseignement Supérieur et de l'Industrie. L'entrée en activité de la première pépinière d'entreprises a eu lieu en 2001. Actuellement, un réseau de 26 pépinières couvre pratiquement l'ensemble du territoire. Ces pépinières sont implantées dans les Instituts Supérieurs des Etudes Technologiques (ISET), les écoles d'ingénieurs, les centres de recherche et les technopôles. C'est avec la loi relative à l'initiative économique que les pépinières d'entreprises sont définies comme étant des espaces équipés pour aider les promoteurs dans les secteurs innovants et les activités prometteuses à concrétiser leurs idées de projets et les transformer en des projets opérationnels et pour héberger ces projets pendant une période déterminée et les aider à s'implanter en dehors de la pépinière après la période d'incubation (article 36). Ces services concernent essentiellement la formation de nouveaux promoteurs notamment dans le domaine de la création des projets, leur assistance lors de la préparation du projet, l'hébergement des projets innovants et leur accompagnement pendant les premières années après leur démarrage et ce à travers la prestation des services logistiques de base et l'offre d'expertises nécessaires pour appuyer les entreprises dans la gestion, faire connaître leur produit et déterminer leur future stratégie. L'article 37 de la loi relative à l'initiative économique définit les cyber-parcs comme étant des espaces équipés pour héberger les promoteurs et les aider à réaliser leurs projets dans le domaine des services basés sur les technologies d'information et de communication à travers la prestation des services logistiques et des moyens nécessaires à l'exploitation et ce, pendant une période déterminée.

² Article 5 de la loi n°2001-50 du 3 mai 2001 "*Les conditions de bail des locaux relevant des entreprises prévues à l'article 2 de la présente loi, sont fixées par un cahier des charges approuvé par le ministre ou les ministres concernés par les activités exercées au sein du pôle technologique. Le cahier des charges prévu à l'alinéa précédent fixe notamment : - Les conditions du bénéfice du bail, les activités dont l'exercice est autorisé au sein du pôle technologique, la durée du bail et les conditions de son renouvellement, les modalités de fixation du loyer et les différentes redevances exigibles, les obligations du bailleur, les conditions et les procédures de résiliation du contrat de bail. Les contrats de bail passés entre les entreprises prévues à l'article 2 de la présente loi et les entreprises installées dans les pôles technologiques sont soumis au code des obligations et des contrats dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente loi*".

³ Toutefois, le législateur tunisien exige lors de la création des groupements des pôles technologiques par la loi n° 2006-37 du 12 juin 2006 leur immatriculation au registre du commerce (article 13 alinéa 4 de la loi n°2001-50 du 3 mai 2001).

⁴ L'immatriculation du domiciliataire peut être refusée en cas d'exigüité des locaux offerts. V° CA Paris, 31 janv. 2003, bull. Joly, § 142, p. 660, note J-M BAHANS ; CA Paris, 25 oct. 2002, Juris-Data n° 2002-196864.

ans¹, la personne morale doit communiquer au greffe du tribunal l'adresse de son nouveau siège. Le greffier doit aussi inviter l'entreprise à lui communiquer l'adresse de son nouveau siège social, faute par l'assujetti d'avoir régularisé sa situation dans le délai imparti, le greffier procèdera à sa radiation².

B/ La multiplication des intervenants dans l'acte d'immatriculation:

78-Afin de faciliter le processus juridique de création d'entreprise, le législateur a confié à la chambre de commerce et d'industrie la mission de transmettre la demande d'immatriculation au greffe du tribunal de première instance (a). Il a aussi créé la structure du guichet unique de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation (b).

a/ Les chambres de commerce et de l'industrie

79-Le nouveau rôle d'intermédiaire confié par la réforme de 2010 aux chambres de commerce et de l'industrie: La loi du 14 avril 2010 a ajouté un article 5 bis³ à la loi du 2 mai 1995 selon lequel "*Les demandes d'inscription, de modification, de radiation, de réinscription et de dépôt d'actes et pièces au dossier annexé au registre du commerce, peuvent être présentées par l'intermédiaire des chambres de commerce et de l'industrie exerçant dans le ressort des tribunaux de première instance*". Ainsi, l'assujetti a la faculté de présenter la demande d'immatriculation directement au greffier du tribunal compétent ou en s'adressant aux chambres de commerce et de l'industrie. Régies par la loi n°2006-75 du 30 novembre 2006⁴, ces dernières doivent tenir le répertoire des personnes physiques et morales inscrites au registre du commerce relevant de leurs circonscriptions territoriales et leur assurent des prestations de services

¹ Cependant, cette domiciliation temporaire peut être permanente si l'activité est exercée par l'occupant ayant sa résidence principale dans ce local et qu'elle est une activité ne conduisant ni à recevoir une clientèle ni marchandises. En effet, le législateur français a entendu favoriser des activités d'un nouveau type comme le télétravail, ou le commerce électronique qui correspondent bien à une activité pouvant être développé dans son local d'habitation.

² Article L. 123-11-1 du Code de commerce français.

³ Cet article est ajouté par l'article 2 de la loi n° 2010-15 du 14 avril 2010, modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce.

⁴ Loi n°2006-75 du 30 novembre 2006, relative aux chambres de commerce et d'industrie abrogeant les dispositions de la loi n° 88-43 du 19 mai 1988 portant création de chambres de commerce et d'industrie (JORT n° 34 du 20-24 mai 1988) telle que modifiée et complétée par la loi n° 92-112 du 23 novembre 1992 (JORT n° 80 du 1er décembre 1992, p. 1531).

rémunérés¹. Ainsi, le fait de pouvoir présenter les demandes d'immatriculation, en lieu et place des personnes tenues d'être immatriculées au registre du commerce, constitue une prestation de service devant être rémunérée².

Cette réforme traduit le souci du législateur tunisien de simplifier les démarches administratives des assujettis dans l'accomplissement de leurs formalités d'immatriculation au registre du commerce. En effet, les chambres de commerce et de l'industrie ont pour double fonction de recevoir le dossier comportant les déclarations afférentes tant aux personnes physiques ayant la qualité de commerçant qu'aux personnes morales, concernant l'immatriculation principale, et de remettre ce dossier à l'organisme compétent - à savoir le greffe du tribunal -. Ayant la qualité d'"intermédiaire"³, les chambres de commerce accomplissent leur rôle sans assumer aucune responsabilité dans le contrôle de la régularité de la formalité qui demeure l'apanage des greffiers des tribunaux⁴, organismes destinataires de la demande d'immatriculation⁵. Mais, peut-on estimer que l'intention du législateur tunisien est d'attribuer la même qualité reconnue par le législateur français aux chambres de commerce et d'industrie français ?

80-Le législateur français attribue aux chambres de commerce et d'industrie la qualité de "centres de formalités des entreprises"⁶ en ce qui concerne l'immatriculation des personnes physiques et morales au registre du commerce⁷.

¹ Article 4 de la loi n°2006-75 du 30 novembre 2006, "*Les chambres de commerce et d'industrie contribuent dans leurs circonscriptions territoriales à la promotion des secteurs du commerce, de l'industrie, des services, de l'artisanat ainsi qu'à la promotion des petits métiers, tels que déterminés par la législation organisant le secteur des métiers...*".

² L'article 5 bis alinéa 3 de la loi du 2 mai 1995.

³ Il convient de souligner que la demande d'immatriculation présentée aux chambres de commerce et de l'industrie n'est pas sans conséquence au regard des relations entre l'assujetti déclarant et le greffier, elle vaut présentation auprès de l'organisme destinataire et elle interrompt les délais pour accomplir les formalités.

⁴ Voir infra, p. 302 et suiv.

⁵ Toutefois, on estime que les chambres de commerce disposent certes, d'un périmètre de compétence précis et limité à la vérification formelle de la présence de pièces et de certaines énonciations dans la demande transmise.

⁶ Voir sur ce sujet H. AZARIAN, "Centres de formalités des entreprises", *jurisClasseur commercial* 2012 (mise à jour 2016), fascicule 126; R. DE LA HAYE, "Les Centres de formalités des entreprises créés par le décret du 18 mars 1981", *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 613.

⁷ Article L. 711-3, al. 2 du Code de commerce.

Toutefois, cette qualité pour créer les centres de formalités est reconnue aussi à d'autres organismes¹.

Institués par un décret du 18 mars 1981², les centres de formalités des entreprises, ont pour mission de faciliter la vie des entreprises, en permettant à celles-ci de "*souscrire en un même lieu l'ensemble des formalités et procédures nécessaires à l'accès et à l'exercice de leur activité*"³. Ils ont, en effet, pour objet de recueillir en un dossier unique les différentes déclarations auxquelles sont astreints les assujettis et de les transmettre aux organismes destinataires (greffe, administration fiscale, caisse générale de la sécurité sociale...)⁴. Ces déclarations sont relatives à la création, à la modification ou à la cessation d'activité que les entreprises sont tenues de déclarer. Le dossier unique comporte aussi les demandes d'autorisations administratives nécessaires

¹ En effet, il a fallu, lors de création des chambres de commerce et d'industrie, et pour des raisons de bon sens, tenir compte de leur rôle fonctionnel limité et chercher d'autres lieux d'accueil pour les déclarants ne relevant pas de la compétence des chambres de commerce et d'industrie. Le décret du 19 juillet 1996 codifié depuis dans le Code de commerce consacre sept centres compétents selon la catégorie des déclarants. Les articles R. 123-3 et R. 123-4 du Code de commerce déterminent les organismes ayant qualité pour créer les centres de formalités selon la nature de l'activité des entreprises intéressées: il s'agit des chambres de métiers et de l'artisanat assumant la fonction CFE pour les artisans personnes physiques et les sociétés artisanales, les greffes des tribunaux de commerce ou des tribunaux de grande instance assumant cette fonction pour les sociétés civiles ainsi que pour les sociétés d'exercice libéral, la chambre nationale de la batellerie artisanale assume la fonction CFE pour les personnes physiques et morales devant s'immatriculer au registre de la batellerie artisanale...

² Suite à l'adoption de la loi Madelin du 11 février 1994 (Loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle) et de la réforme du registre du commerce et des sociétés du 10 avril 1995 (R. CODANI, "Réforme du registre du commerce et des sociétés", Petites Affiches, 10 mai 1995, n°56, p. 4), une refonte des textes était nécessaire et indispensable (Lors de leur institution, l'existence des Centres des formalités des entreprises a suscité de vives critiques de la part des professionnels. Voir R. DE LA HAYE, "Les centres de formalités des entreprises : lorsque les simplifications escomptées par les pouvoirs publics se traduisent en réalité par : complications nouvelles, frais supplémentaires et confusion !", Gaz. Pal. 1984, doct., p. 158), ce qui a été chose faite avec l'adoption du décret n°96-650 du 19 juillet 1996 (M-F. COUTANT, "Aperçu rapide sur le décret du 19 juillet 1996 relatif aux centres de formalités des entreprises", Gaz. Pal., 1995, doct., p. 1485). Le décret de 1996, dont les dispositions sont passées dans la partie réglementaire du Code de commerce (Article R. 123-1 à R. 123-30 du Code de commerce français), reprend en bonne partie les dispositions du décret de 1981.

³ Article R123-1 du Code de commerce français tel que modifié par décret n°2010-210 du 1er mars 2010.

⁴ La liste des destinataires est énoncée aux termes de l'annexe 1-1 à l'article R. 123-30 du Code de commerce français. Voir notamment H. AZARIAN, "Centres de formalités des entreprises", jurisClasseur commercial 2012 (mise à jour 2016), fascicule 126, n°3 et suiv.

à l'exercice des activités¹. Les centres de formalités des entreprises ont-ils désormais vocation à recueillir les demandes d'immatriculation².

81-L'importance de la solution française: Par conséquent, le droit français a consacré l'institution du "*guichet unique*". L'entrepreneur, assujéti à l'immatriculation au registre du commerce, dépose un dossier unique composé des pièces et informations nécessaires aux organismes et administrations chargés de leur validation juridique notamment, en un seul endroit, la chambre de commerce et d'industrie assumant le rôle du centre de formalités des entreprises.

En Tunisie, on doit attendre le cahier des charges approuvé par décret qui déterminera notamment les modalités et les procédés de présentation des demandes et de transmission des dossiers par l'intermédiaire des chambres de commerce³ pour savoir si le législateur a l'intention de leur attribuer la qualité de guichet unique. Jusqu'à cette date le nouveau dispositif n'a pas encore entré en vigueur. Cependant, on doit signaler que le législateur tunisien a créé un guichet unique au sein de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation.

b/ Le guichet unique de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation

82-L'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation⁴ est un établissement public ayant pour mission de mettre en œuvre la politique du gouvernement relative à la promotion du secteur industriel en tant que structure d'appui

¹ L'article 2 de la loi n°94-126 du 11 février 1994 a été réécrit, par le décret du 1^{er} mars 2010, dans les articles R. 123-1 et R. 123-2 du code de commerce.

² Le passage par l'intermédiaire de ces centres était obligatoire pour les déclarants. Jusqu'au décret n°2006-679 du 9 juin 2006, modifiant le décret n°96-650 du 19 juillet 1996 relatif aux centres de formalités des entreprises, celui qui souhaitait présenter directement au greffe du tribunal une demande d'immatriculation, d'inscription modificative ou de radiation devait obligatoirement justifier avoir saisi au préalable le centre de formalités des entreprises. Cette obligation, ayant engendrée des retards importants dans le traitement des dossiers imputable aux centres, a été supprimée par le décret du 9 juin 2006. Selon la nouvelle rédaction de l'article R. 123-5, alinéa 2, du Code de commerce, le déclarant a la faculté de déposer le dossier de déclaration directement auprès du greffe compétent, celui-ci doit transmettre sans délai le dossier au centre des formalités des entreprises.

³ Article 5 bis alinéa 2 de la loi du 2 mai 1995: "*Les modalités et les procédés de présentation des demandes, de dépôt d'actes et pièces et de transmission des dossiers par l'intermédiaire des chambres de commerce et de l'industrie sont fixés par un cahier de charges approuvé par décret*".

⁴ La dénomination de l'"Agence de Promotion de l'Industrie" prévue par la loi susvisée n° 91-38 du 8 juin 1991 portant création de l'Agence de promotion de l'industrie est remplacée par "Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation" selon la loi n° 2010-25 du 17 mai 2010, modifiant et complétant la loi n° 91-38 du 8 juin 1991, portant création de l'agence de promotion de l'industrie (J.O.R.T. 2010, n° 40, p. 1372).

aux entreprises et aux promoteurs¹. Selon l'article 7 du décret n° 2001-1567 du 2 juillet 2001², un guichet unique est créé pour être "*chargé de fournir aux promoteurs des projets les prestations administratives et légales nécessaires à la constitution juridique de leurs entreprises dans les secteurs prévus par le Code d'incitation aux investissements. Il est également chargé de la gestion des déclarations et des avantages spécifiques relatifs aux activités prévues par l'article 2 (nouveau) du décret n° 96-632 du 15 avril 1996, modifiant le décret n° 94-492 du 28 février 1994, portant fixation des listes des activités relevant des secteurs prévus par les articles 1, 2, 3 et 27 du Code d'incitation aux investissements*". Ces prestations sont destinées aux promoteurs tunisiens et étrangers, résidents ou non résidents, réalisant des projets d'investissement en Tunisie³.

Afin de faciliter le processus de la constitution d'entreprise et de réduire le temps nécessaire à la démarche juridique, le guichet unique commercial, un centre de formalités administratives et légales, regroupe des représentants des différentes instances en relation directe avec la création de société commerciale : le bureau de la recette des finances (pour l'enregistrement des actes constitutifs), le bureau de contrôle des impôts (pour les déclarations d'existence et l'identification fiscale), le bureau du greffe du tribunal de première instance de Tunis (pour les immatriculations au registre du commerce), le bureau de l'imprimerie officielle de la République Tunisienne (pour la publication instantanée des textes de constitution au Journal Officiel de la République Tunisienne), le bureau des douanes (pour le Code en douane), le bureau de la caisse nationale de sécurité sociale (pour les affiliations au régime légal de la sécurité sociale) et le bureau du ministère du Commerce et de l'Artisanat (pour l'information et l'assistance des promoteurs sur l'exercice des activités commerciales)⁴. L'ensemble des administrations intervenant dans l'accomplissement des formalités juridiques de

¹ Article 2 de la loi 91-38 du 8 juin 1991 portant création de l'Agence de Promotion de l'Industrie (J.O.R.T. 1991, n° 43, p. 1144).

² Décret n°2001-1567 du 2 juillet 2001, fixant l'organisation administrative et financière et les modalités de fonctionnement de l'agence de promotion de l'industrie et de l'innovation, J.O.R.T. 2001, n°55, p. 1689.

³ A. ELLOUZE, Nouvelle législation des investissements étrangers en Tunisie, leur contrôle et protection, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Université de Droit d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, Paris II, 1978, p. 38 et s.

⁴ Articles 8 et 9 du décret n°2001-1567 du 2 juillet 2001, fixant l'organisation administrative et financière et les modalités de fonctionnement de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation, J.O.R.T. 2001, n°55, p. 1689.

création d'entreprise commerciale est réuni dans un même espace afin de faciliter la tâche aux promoteurs.

Grâce à cette structure du guichet unique de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation¹, les fondateurs d'une entreprise peuvent regrouper, avec la demande d'immatriculation, un certain nombre de formalités auprès d'autres organismes permettant l'achèvement de la constitution de l'entreprise. Le guichet unique constitue une solution réelle pour les promoteurs en leur facilitant le processus juridique de constitution de l'entreprise, souvent qualifié de parcours du combattant.

III/ La nouvelle forme de la demande : la voie électronique.

83-Cadre juridique de la "téléprocédure"²: L'exercice d'une profession non-salariée par une personne physique ou par une personne morale est subordonné à l'accomplissement de formalités auprès d'organismes nombreux et variés. Simplifier l'accomplissement des formalités administratives des déclarants est, depuis plusieurs années, une préoccupation majeure du gouvernement et du législateur. La promulgation de la loi n°2004-89 du 31 décembre 2004³, relative aux procédures de constitution de société en ligne a sans aucun doute apporté une réponse partielle à cette préoccupation.

¹ Il existe un autre organisme qui a été créé au sein de l'agence et de ses directions régionales en février 2006, et ce en vertu d'une convention établie entre l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation et le Ministère des finances, c'est l'"*Interlocuteur Unique*" (C'est le receveur des finances qui a la qualité d'un interlocuteur unique selon l'article 2 du décret n° 2000-2475 du 31 octobre 2000 relatif à la formalité unique pour la création des projets individuels (J.O.R.T. 2000, n° 90, p. 2825)). Le déploiement d'interlocuteur unique auprès desquels les formalités peuvent être effectuées permet la réduction des délais d'accomplissement des formalités administratives tant pour la déclaration des projets (délivrée dans les 24 heures) que pour la constitution juridique d'une entreprise (délai de 24 à 48 heures). Cependant, l'interlocuteur unique n'est pas chargé d'accomplir les formalités requises pour demander l'immatriculation auprès du greffe du tribunal de première instance. En application des dispositions de l'article 3 du décret n° 2000-2475 du 31 octobre 2000, la déclaration unique remplace toutes les formalités administratives nécessaires pour l'obtention du promoteur du matricule fiscal, du numéro d'affiliation à la Caisse Nationale de la Sécurité Sociale, de l'attestation de dépôt de la déclaration d'investissement le cas échéant, de l'autorisation d'exercice de l'activité si elle est nécessaire conformément aux règlements et dispositions en vigueur du Code en douane. La déclaration unique ne remplace donc pas la demande d'immatriculation pour l'obtention d'un numéro d'immatriculation.

² Par "*téléprocédures*", il faut entendre des échanges dématérialisés de formalités entre les autorités publiques, leurs partenaires et usagers, sachant que la dématérialisation signifie la suppression de la matière concrète et plus précisément, la substitution du support électronique au support papier pour toutes les opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations. Les téléprocédures orientées vers les entreprises leur ont permis de faire diverses déclarations. Voir, L. CLUZEL-METAYER, "Procédures administratives électroniques", *JurisClasseur Administratif* 2006, fascicule 109-24, n° 2 et s. ; V. DELOULOU, "Les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat", *A.J.D.A.* 2001, n° 7-8, p. 624; W. HARRAR MASMOUDI, "L'administration électronique", *R.T.D.*, 2007, p. 329.

³ Loi n°2004-89 du 31 décembre 2004, relative aux procédures de constitution de société en ligne, *J.O.R.T.* 2004, n°105, p. 3431.

Un dispositif de constitution en ligne des sociétés a été mis en place par l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation en collaboration avec les administrations concernées, représentées au "*guichet unique virtuel*"¹. Il permet, par les moyens électroniques fiables conformément à la législation relative aux échanges électroniques², l'accomplissement des prestations administratives et légales³ requises pour la constitution des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée⁴. Ce procédé permet de fournir par voie électronique, tous les éléments afférents à la constitution de la société, c'est-à-dire les statuts enregistrés, la déclaration d'existence et la carte d'identification fiscale, l'extrait du registre du commerce et la déclaration de souscription et de versement.

Par ailleurs, le législateur a franchi une étape supplémentaire en reconnaissant la transmission de demande, dossier ou de déclarations par la voie électronique. La loi n°2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique⁵, qui n'est pas sans rappeler la loi pour l'initiative économique adoptée en France en vue de simplifier la création, le développement et la transmission des entreprises⁶, vise à encourager l'initiative privée pour la création d'entreprises⁷. Son chapitre 2 est consacré à la simplification des procédures de lancement des projets. Il a instauré la "*téléprocédure*" en autorisant la transmission des demandes et dossiers relatifs à la création de l'entreprise par voie électronique dans des conditions fixées par décret⁸. Aussi large soit-il, il ne concerne toutefois pas les organismes chargés de la tenue d'un registre de

¹ En effet, et dans le cadre de son adhésion au programme d'action gouvernemental, relatif à l'administration communicante, le décret n°2005-3189 du 12 décembre 2005 (Décret n°2005-3189 du 12 décembre 2005, modifiant et complétant le décret n° 2001-1567 du 2 juillet 2001, fixant l'organisation administrative et financière et les modalités de fonctionnement de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation (J.O.R.T. 2005, n°100, p. 3564 et s.)) a créé un "*guichet unique virtuel*" à côté du guichet unique. L'accomplissement des formalités de constitution des sociétés, en ligne, au guichet unique virtuel se réalisera via le site Web de l'Agence : www.tunisieindustrie.nat.tn / Rubrique "Constitution juridique des sociétés en ligne" (Prestation fournie au Guichet Unique de Tunis.).

² L'article 1er de la loi n°2004-89 du 31 décembre 2004.

³ Aussi bien l'échange des documents entre le responsable de la société et l'administration que le paiement des droits, comme les droits d'enregistrement peuvent avoir lieu par des moyens électroniques.

⁴ Le deuxième paragraphe de l'article 7 du décret n°2001-1567 du 2 juillet 2001 a été ajouté par le décret n°2005-3189 du 12 décembre 2005.

⁵ Voir notamment T. BOUACHBA, "Un nouveau-né pour le droit de l'entreprise : la loi relative à l'initiative économique", Infos Juridiques, Février 2008, n°40/41, p.6 ; F. CHOYEKH, "Commentaire de la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique", Infos Juridiques, Février 2008, n°40/41, p.20.

⁶ Loi n°2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique, www.legifrance.gouv.fr.

⁷ S. KADDOUR, "L'apport de la loi relative à l'initiative économique au droit d'incitation fiscale aux investissements", R.J.L., Mai 2008, p.39 et s.

⁸ Article 5 alinéa 2 de la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007.

publicité légale y compris les greffes, qui sont visés par un texte spécifique à savoir la loi relative au registre du commerce.

Ainsi, la réforme du registre de commerce apportée par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010 vise essentiellement à adapter le dispositif législatif relatif au registre à l'évolution des lois à caractère économique. Elle est venue compléter les dispositions de la loi du 31 décembre 2004 et de la loi du 27 décembre 2007, en prévoyant la faculté de présenter les demandes d'immatriculation au registre du commerce par voie électronique (A) et la délivrance du récépissé de dépôt de dossier par la voie électronique aussi (B). Compte tenu de l'importance de la réforme, la Commission des affaires politiques, des droits de l'homme et des relations extérieures de la chambre des députés a décidé de constituer une équipe de travail au sein de l'INNORPI pour élaborer les projets des textes d'applications.

A/ Le dépôt électronique.

84-Consécration: La loi du 14 avril 2010 envisage la possibilité de la dématérialisation des procédures d'immatriculation des entreprises. L'article 25 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 prévoit que "*Les demandes d'immatriculation sur support papier sont présentées en double exemplaire selon les formulaires fixés par arrêté du ministre de la justice. En outre, les demandes peuvent être présentées sur support électronique fiable conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Les conditions requises pour la certification des supports électroniques sont fixées par arrêté du ministre de la justice*". Désormais, les demandes d'immatriculation peuvent être faites par "*voie électronique*"¹. Mais ces demandes doivent être accompagnées des pièces justificatives. Selon l'article 44 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, l'assujetti peut choisir la voie électronique pour transmettre le dossier relatif à la demande d'immatriculation.

85-Conditions d'une demande délivrée par voie électronique: Dans ce cas, l'assujetti ou son mandataire peuvent signer électroniquement les demandes

¹ "... On entend par « par voie électronique » que l'information est envoyée à l'origine et reçue à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et entièrement transmise, acheminée et reçue par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques selon des modalités définies par les Etats membres". Directive 2003/58/CE, modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés, Comm.-Comm. Elect., 2003, octobre, p.31.

d'inscriptions selon l'article 26 (nouveau) de la même loi qui renvoie aux dispositions du Code des obligations et des contrats régissant la signature électronique¹. Le législateur² renvoie aussi aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur lorsqu'il exige que le support électronique soit fiable. Il s'agit de la loi n°2004-5 du 3 février 2004 relative à la sécurité informatique³ ayant pour objet d'"organiser le domaine de la sécurité informatique et de fixer les règles générales de protection des systèmes informatiques et des réseaux". Selon cette loi, une Agence Nationale de la Sécurité Informatique était créée. Elle a pour mission d'opérer un régime d'audit obligatoire et périodique de la sécurité informatique des divers organismes publics ou autre organismes qui seront fixés par décret.

En outre, le même article 25 (nouveau) impose la certification du support électronique selon des conditions fixées par arrêté du ministre de la justice. En réalité, la certification électronique est une nouvelle profession qui a vu son émergence avec le développement du commerce électronique. La loi du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique l'a confiée au "*fournisseur de services de certification électronique*"⁴. Face au risque d'intrusion de personnes externes au système de l'opération de transmission du document électronique, le législateur tunisien lui a accordé des missions importantes. Le fournisseur identifie les parties du message électronique⁵. Il identifie aussi le message électronique pour les garanties du non répudiation et de l'intégrité à travers la vérification des signatures électroniques⁶. Il certifie la date et sa bonne réception.

¹ Voir infra, p.186.

² L'article 25 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 exige lors d'une immatriculation par voie électronique que le support électronique soit fiable. Cette condition est reprise par l'article 44 de la loi du 2 mai 1995 selon lequel le dépôt des actes et pièces en annexe au registre du commerce doit se faire sur papier, sur support magnétique ou sur support électronique fiable, tout en respectant les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

³ J.O.R.T. 2004, n° 10, p. 242 et suiv.

⁴ Le 17 juillet 2001, deux décrets se rapportant aux organismes des fournisseurs de services de certification électronique ont été pris, l'un n°2001-1667 portant approbation du cahier des charges relatif à l'exercice de l'activité du fournisseur de services de certification électronique (J.O.R.T. du 27 juillet 2001, n°60, pp. 1846-1849) et l'autre n°2001-1668, fixant les procédures d'obtention de l'autorisation de l'exercice de l'activité du fournisseur de services de certification électronique (J.O.R.T. du 27 juillet 2001, n°60, pp. 1849-1850).

⁵ Il identifie l'émetteur du document électronique et le destinataire. Voir A. ELLOUMI, *Le formalisme électronique*, Préface V. Gautrais, Tunis, Centre de Publication Universitaire 2011, p. 445 et suiv.

⁶ L. GRYNBAUM, "La procédure de certification des procédés de création de l'écrit et de signature électronique", *Comm.-comm. Elect.*, juillet-août 2002, n°101, p.24.

Par conséquent, l'intervention du fournisseur de services de certification électronique, appelé aussi "*tiers de confiance*"¹, dans les opérations électroniques, présente certaines garanties nécessaires dans un monde immatériel. Outre les garanties techniques², le législateur exige un formalisme informatif qui doit figurer dans le certificat électronique émis par le fournisseur³. Cependant, il faut préciser que l'article 25 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 renvoie à un arrêté du ministre de la justice qui fixera les conditions de certification des supports électroniques. Il faut donc attendre la publication de ce texte d'application pour pouvoir bénéficier de ce nouveau moyen de transmission de demande d'immatriculation.

86-En droit français, des modalités de l'immatriculation par voie électronique ont été introduites par le décret n°2005-77 du 1^{er} février 2005⁴ qui a modifié le décret du 30 mai 1984 abrogé et codifié en partie réglementaire du Code de commerce. Les modifications apportées tiennent compte des apports de la directive 2003/58/CE du Parlement et du conseil du 15 juillet 2003, modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil, dite première directive, en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de société, et de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite "*loi Dutreil*" du nom de son initiateur⁵.

Il s'agit d'un premier pas vers une dématérialisation sous condition. Aux termes de l'article R. 123-77, alinéa 1^{er} du Code de commerce français une demande d'inscription ou un dépôt d'acte ou de pièce au registre du commerce et des sociétés peut être effectué par la voie électronique dès lors qu'il peut être transmis et reçu par cette voie, à l'exception toutefois du dépôt des actes et pièces dont l'original doit être fourni et qui ont été établis sur support papier⁶. Il peut néanmoins être suppléé, lors de la première immatriculation, à la production de l'original d'actes ou pièces sous seing

¹ L-J. KHALIL, "Signature électronique : certificats qualifiés « publics » ou certificats qualifiés « privés » ?", *Comm.-comm. Elect.*, 2003, n°4, p. 11.

² Support indispensable de la sécurité sur le réseau des réseaux, les moyens techniques ont été déterminés dans l'article 6 de l'arrêté du 19 juillet 2001, qui exige pour la signature du certificat l'utilisation des algorithmes bien déterminés.

³ Article 17 et 18 de la loi du 9 août 2000. L'article 3 de l'arrêté du 19 juillet 2001 détaille les informations que doit comprendre le certificat et distingue entre les informations obligatoires et celles qui sont facultatives.

⁴ JO 2 février 2005, p. 1709.

⁵ H. AZARIAN, "Registre du commerce et des sociétés. Législation, Organisation et fonctionnement", *JurisClasseur commercial* 2013, fascicule 105, n°27.

⁶ L. GRYNBAUM, "Le registre des sociétés au format électronique", *Comm.- com. Elect.* 2003, comm. 95.

privé par la remise d'une copie¹. Pour toutes ces transmissions par voie électronique, il est fait usage d'une signature électronique sécurisée² dans les conditions prévues à l'article 1316-4 du Code civil et par le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour son application³.

Un décret d'application du 9 juin 2006⁴ décrit de façon précise les nouvelles modalités de fonctionnement du centre de formalité d'entreprise en cas de transmission électronique du dossier de déclaration de création d'entreprise. Les caractéristiques électroniques des documents que doit comprendre ce dossier⁵ ont été fixées par l'arrêté du 23 avril 2007⁶. L'article R. 123-14 du Code de commerce précise que le centre des formalités d'entreprise peut transmettre par voie électronique au greffier les demandes d'immatriculation et les pièces nécessaires. Il appartient à la commission de coordination⁷ de veiller au respect de la confidentialité et de la sécurité des échanges, ainsi, qu'à la compatibilité des systèmes de communication par voie électronique⁸.

¹ Cette possibilité a été introduite par le décret n°2007-750 du 9 mai 2007.

² Article R. 123-77 alinéa 2 du Code de commerce.

³ J.-M. BAHANS, "La publicité des sociétés par voie électronique", Actes prat. ing. sociétaire, janv.-févr. 2002, p. 3

⁴ Décret n°2006-679 du 9 juin 2006, modifiant le décret n°96-650 du 19 juillet 1996 relatif aux centres de formalités des entreprises : J.O. 10 juin 2006, p. 8838. Voir H. LECUYER, "Déclaration de création d'entreprises : la voie électronique dessinée et privilégiée", Comm.-comm. Elect., septembre 2006, p. 42-43.

⁵ Ce dossier comprend un formulaire électronique renseigné ainsi que les pièces numériques ou numérisées exigibles comprenant, le cas échéant, le mandat donné en vue de réaliser les formalités. Ce dossier électronique comprend également les actes constitutifs normalement déposés, sauf s'il s'agit de pièces devant être déposées en original et établies sur support papier. Concernant la faculté de transmettre les actes constitutifs de personne morale par voie électronique, l'article R. 123-77 du Code de commerce permet une transmission au greffe de la copie des actes originaux devant être fournis lors de la première immatriculation. En revanche, lors de la modification, les actes et pièces dont l'original doit être fourni et qui ont été établis sur support papier ne peuvent être déposés par voie électronique. Ce dossier électronique comprend également le justificatif du règlement des frais de la formalité. Enfin, la déclaration électronique est acceptée par le centre lorsque, en cochant la case informatique prévue à cet effet, le déclarant déclare sur l'honneur l'exactitude des éléments déclarés conformément à la formule suivante : "*Je déclare sur l'honneur l'exactitude des informations de la formalité et signe la présente déclaration, n°..., faite à..., le...*".

⁶ J.O. 15 mai 2007, p. 9034. Pour plus de détail voir H. AZARIAN, "Centres de formalités des entreprises", jurisClasseur commercial 2012 (mise à jour 2016), fascicule 126, n°28 et suiv.

⁷ La commission de coordination des centres de formalités des entreprises a été créée par le décret n°2002-375 du 19 mars 2002. Elle a pour mission de veiller à l'harmonisation de l'application des dispositions réglementaires relative aux entres de formalités des entreprises. Elle donne son avis sur toutes questions relatives au fonctionnement des centres, dont elle est saisie par ceux-ci ou par les organismes destinataires des formalités. Elle peut également se saisir d'office. Elle fait rapport aux ministres compétents des difficultés ou anomalies dont elle a connaissance. Elle propose les modifications de textes et les réformes de procédure qui en découlent. Les conditions de fonctionnement de la commission de coordination des centres de formalités des entreprises ainsi que les modalités de publication de ses avis ont été précisées par un arrêté du 1^{er} octobre 2007.

⁸ Article R. 123-15 du Code de commerce français.

87-En Tunisie, les nouvelles dispositions de l'article 25 (nouveau) et 44 (nouveau), non encore mises en œuvre en attendant des textes d'application, vont donc obliger les greffes qui procèdent à l'immatriculation à s'adapter à ces nouvelles mesures. Il en ira de même pour les chambres de commerce et d'industrie qui peuvent servir de l'intermédiaire par application de l'article 5 bis de la loi du 2 mai 1995. Il sera nécessaire pour ces organes concernés par la réception de la demande d'immatriculation d'amplifier leur effort d'équipement et de création de réseau sécurisé.

B/ Délivrance du récépissé par voie électronique.

88-Définition du récépissé: Contre le dépôt du dossier de demande d'immatriculation, le greffier remet au déclarant un récépissé. Selon l'article 44 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, "*le dépôt est constaté par un procès-verbal établi par le greffier et donne lieu à la délivrance par ce dernier d'un récépissé signé par la propre main du greffier*". Dans le cas où le dossier est établi et envoyé par voie électronique, la transmission du récépissé s'effectue également par voie électronique. Dans ce cas, l'article 44 (nouveau) exige une signature électronique conformément à la législation en vigueur.

89-Possibilité de substituer le récépissé électronique par l'accusé de réception: Toutefois, l'article 5 de la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique prévoit qu'en cas d'envoi de demande, de dossier ou déclaration comportant les pièces exigées, par voie électronique, "*l'accusé de réception électronique tient lieu du récépissé...*". Les modalités d'application dudit article 5 sont fixées par le décret n° 93-982 du 3 mai 1993¹, déterminant le cadre général de la relation entre l'administration et ses usagers, tel que modifié par les textes subséquents² et notamment le décret n° 2008-344 du 11 février 2008³. Selon l'article 7 (nouveau) du décret, toute personne, présentant à l'un des services relevant de l'Etat, des collectivités locales ou des établissements et entreprises publics une déclaration ou un dossier ou une demande pour l'obtention d'une prestation administrative, a droit à un récépissé et ce, à

¹ Décret n°93-982 du 3 mai 1993, relatif à la relation entre l'administration et ses usagers, J.O.R.T. 1993, n°36, p. 651.

² Décret n° 2007-1259 du 21 mai 2007 (J.O.R.T. 2007, n°43, p.1819 et s.); Décret n° 2010-1882 du 26 juillet 2010 (J.O.R.T. 2010, n°63, p. 2123 et s.)Selon son article 1^{er}, le décret du 3 mai 1993 est complété par les articles 7 (bis), 7 (ter) et 9 (bis).

³ Décret n° 2008-344 du 11 février 2008, portant modification du décret n° 93-982 du 3 mai 1993, fixant le cadre général de la relation entre l'administration et ses usagers, J.O.R.T. 2008, n°14, p. 727.

condition que la prestation demandée relève des attributions dudit service. Dans le cas d'envoi par voie postale ou électronique d'un dossier ou d'une demande d'obtention d'une prestation administrative, le cachet de la poste ou l'accusé de réception électronique tient lieu de récépissé. L'article 7 (nouveau) ajoute que la forme du récépissé et les indications qui doivent y être insérées sont fixées par arrêté du ministre concerné.

Ces règles juridiques ne s'appliquent pas dans le cas de dépôt du dossier de demande d'immatriculation au registre du commerce auprès du greffe du tribunal. L'alinéa 4 de l'article 5 de la loi relative à l'initiative économique dispose que « *les demandes dont les formalités de dépôt auprès des autorités administratives sont fixées par des dispositions particulières* », sont exclues de l'application de ces dispositions. Par conséquent, le dépôt du dossier de la demande d'immatriculation sur un support électronique se fait contre un récépissé sur un support électronique aussi, conformément aux dispositions de la loi du 2 mai 1995.

90-La précision du droit français: Il est à noter, qu'en droit français, ce récépissé (document administratif) prend le nom de "*récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise*". Il a été institué par la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique dans l'objectif annoncé de simplifier la création d'entreprise¹. Afin de surmonter les freins à la création d'entreprise et au démarrage de l'activité résultant des délais de délivrance de l'extrait K bis comportant le numéro d'immatriculation de l'entreprise, ce document administratif a été créé². Il est délivré gratuitement par le greffier du tribunal ou le centre des formalités des entreprises à toute personne ayant déposé une demande d'immatriculation complète. Il doit être remis le jour même du dépôt du dossier ou, si la demande est présentée par voie postale, adressé à l'intéressé le jour même ou le jour ouvrable suivant. L'article R.123-26 du Code de commerce indique que le récépissé est transmis par voie électronique si le dossier de création d'entreprise est envoyé par voie électronique, sauf si le déclarant en demande la transmission par voie postale. En outre, il comporte la signature électronique sécurisée.

¹ B. SAINTOURENS, RTD com. 2003, p. 687 et suivant.

² S. De VENDEUIL, "Les dispositions de droit des sociétés de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique", JCP, 2003, E, 240.

Contrairement au droit français, le droit tunisien n'a pas précisé la remise immédiate du récépissé au déclarant, lors du dépôt du dossier¹. Mais, logiquement, il est concevable qu'il soit délivré par le greffier du tribunal dès que l'assujetti dépose son dossier. En fait, le récépissé vise à permettre d'accomplir, sous la responsabilité personnelle de la personne physique ayant la qualité de commerçant ou qui agit au nom de la société en formation, les démarches nécessaires à l'installation de l'entreprise (par exemple : ouverture d'une ligne téléphonique)². C'est ainsi que l'article 44 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 indique les mentions que doit comporter le récépissé. Il comprend les mentions de nom, prénom, l'objet de l'activité du déclarant pour les personnes physiques, la dénomination sociale ou le nom commercial, la forme de la société pour les personnes morales. Il mentionne également l'adresse du siège de l'entreprise, la date de dépôt et la nature des actes et pièces déposés.

Section 2: Les effets de l'acte d'immatriculation.

91-Définition de l'effet constitutif: Les auteurs allemands distinguent parfois entre les publicités constitutives et les publicités déclaratives³. La publicité sera constitutive lorsqu'"elle participe à la naissance du droit ou de l'acte"⁴, lorsqu'elle "crée un nouvel état de droit, établit une situation juridique nouvelle"⁵.

En matière de registre du commerce, l'immatriculation produit un effet constitutif. Elle donne naissance à une qualité (paragraphe 1). Mais, cet effet constitutif ne constitue pas l'effet unique. Aujourd'hui l'immatriculation produit plusieurs effets aussi bien en droit tunisien qu'en droit français. Certains des effets présentent quelques particularités par rapport à l'effet constitutif d'une qualité. En effet, alors que ce dernier constitue les raisons pour lesquelles le législateur requiert l'immatriculation, les premiers ne constituent pas un motif pris en compte par le législateur au moment de

¹ Pour monsieur SAINTOURENS, cette précision apportée par l'article L. 123-9-1 du Code de commerce est inutile car il est matériellement impossible de remettre le récépissé dans un délai plus bref et que n'imagine pas qu'un délai plus long aurait été envisagé pour la mise en œuvre d'une mesure destinée à accélérer les formalités de création d'entreprise. Voir B. SAINTOURENS, RTD com. 2005, p. 476.

² Voir, infra, p. 266 et suiv.

³ Voir notamment, DUROUDIER et KUHLEIN, "De l'importance des inscriptions au registre de commerce en Allemagne", RTD com. 1955, pp. 45.

⁴ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, L.G.D.J. 1990, p. 11. Cet auteur ajoute "si elle est accomplie, le droit ou l'acte apparaît sur la scène de la vie juridique ; si elle n'est pas accomplie, le droit ou l'acte est inexistant, nul ou caduc, l'assujetti ne peut s'en prévaloir à l'égard des tiers".

⁵ Vocabulaire Juridique, GERARD CORNU, P.U.F. 1987, p. 195. Cette notion s'oppose à déclaratif "qui constate un fait préexistant ou reconnaît un droit préexistant".

l'élaboration de l'obligation de l'immatriculation. C'est dans le cadre d'autres normes que le législateur se sert de l'immatriculation pour procéder à une "délimitation"¹ du cercle des personnes relevant de leur champ d'application. Par conséquent, l'immatriculation est simplement utilisée par une autre norme de l'ordre juridique pour l'acquisition de certains droits (paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'effet constitutif d'une qualité:

92-La corrélation entre l'immatriculation et l'effet constitutif: Il est généralement admis que le législateur a assigné à l'immatriculation au registre du commerce la sanction la plus énergique. Si les autres inscriptions sont sanctionnées par l'opposabilité aux tiers², l'immatriculation est sanctionnée par l'efficacité d'une situation même à l'égard de la personne soumise à l'obligation de l'immatriculation. Toutefois, cet effet constitutif ne caractérise pas uniquement l'immatriculation en matière des affaires. Il a été adopté pour la première fois en matière de la publicité foncière. Depuis le début des années 1990³, le législateur s'est engagé dans une vaste réforme du livre foncier. C'est en vertu de la loi n° 46-92 du 4 mai 1992 portant la révision de quelques dispositions du Code des droits réels⁴, que le pouvoir législatif a réalisé les vœux de la

¹ Cette expression est utilisée par madame S. CORNELOUP pour désigner la fonction de délimitation de l'immatriculation au registre du commerce. Cette fonction est la plus proche de la fonction originaire des registres des corporations dans les villes italiennes au Moyen-âge. L'immatriculation avait alors pour fonction de délimiter le cercle de personnes relevant de la compétence des juridictions corporatives. Aujourd'hui, l'immatriculation joue encore une fonction de délimitation pour le bénéfice du statut des baux commerciaux en droit français. L'article L. 145-1 du Code de commerce réserve le bénéfice du statut aux seuls commerçants immatriculés au registre du commerce. Voir S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p. 190, n°176.

² Article 62 de la loi du 2 mai 1995.

³ Avant cette date, les commentateurs du Code foncier de 1885 ont démontré que le législateur aurait adopté l'effet constitutif de l'inscription dans la version initiale du Code en date du 1^{er} juillet 1885. Toutefois, l'évolution ultérieure du droit positif n'avait pas confirmé cette interprétation. Rapidement et même avant l'entrée en vigueur du Code, le législateur rétracta ses intentions initiales pour revenir complètement sur la règle de l'effet constitutif prévue par l'article 342 du Code Foncier selon lequel "*tout droit réel relatif à un immeuble déjà immatriculé n'existera que par le fait et du jour de son inscription à la conservation de la propriété foncière...*". En vertu du décret du 1^{er} mai 1886, le législateur ajouta la formule "*à l'égard des tiers*" aux dispositions de cet article, juste après le verbe "*n'existera*". Le Code des droits réels tel que promulgué en 1965 a reproduit les dispositions de l'ancien Code foncier. Cependant, il faut noter que l'abandon de l'effet constitutif de l'inscription a suscité des critiques qui n'ont pas cessé d'être formulées par la doctrine. Avec le développement de la pratique un autre élément est venu pour renforcer les critiques : c'est le phénomène des titres gelés qui a révélé que la majorité des titres fonciers détenus par la conservation de la propriété foncière ne correspondent pas à l'état réel de la propriété. Dans cette perspective, le problème de l'absence d'une sanction immédiate du défaut de publicité a été mis au centre des contestations et la solution a été recherchée dans l'effet constitutif de l'inscription. Le législateur s'est engagé dans une vaste réforme du livre foncier depuis le début des années 1990.

⁴ Article 305 du Code des droits réels tel que modifié prévoit que "*Tout droit réel ne se constitue que par le fait et du jour de son inscription sur le livre foncier*".

doctrine quant aux effets de la publicité, et ce par l'abandon de la règle séculaire, qui limite la fonction de l'inscription à la seule opposabilité du droit à l'égard des tiers. Ainsi, le législateur a remplacé cette règle par le principe de l'effet constitutif de l'inscription. Selon l'article 305 nouveau du Code des droits réels¹ l'acte² ne prend son effet entre les parties que du jour et par le fait de son inscription sur le livre foncier³. Il en résulte que par faute d'accomplissement de la formalité d'inscription, la sanction est la non constitution du droit réel. Enoncée à propos de la publicité foncière, cet effet constitutif de l'immatriculation est-il transposable à l'immatriculation au registre du commerce ?

93-La diversité de l'effet constitutif de l'immatriculation: En matière de registre du commerce, le pouvoir créateur de l'immatriculation connaît des degrés différents, suivant qu'il s'agit d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise sociétaire. Si l'immatriculation attribue à cette dernière une personnalité morale indépendante de la personnalité de chacun de ses membres (I), elle ne personnalise pas toutefois l'entreprise individuelle. Elle permet, semble-t-il, au fonds de commerce d'accéder à une existence juridique parfaite. Telle est la conclusion qu'on pourrait faire à partir d'un arrêt, vivement critiqué par certains commentateurs⁴, rendu par la Cour de cassation française le 5 juillet 1989⁵. Selon cette Cour, un fonds déjà exploité mais dont le propriétaire n'est pas immatriculé, doit être assimilé à "*un fonds en formation*", du moins en ce qui concerne les nantissements susceptibles de le grever⁶. Or, la Cour de cassation tunisienne a refusé de subordonner l'existence du fonds de commerce à l'immatriculation qui ne constitue pas son élément constitutif⁷. Il est admis que

¹ Selon cet article "*Tout droit réel ne se constitue que par le fait et du jour de son inscription sur le livre foncier*".

² Sont concernés par l'inscription, tous les "*actes et conventions entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux... ayant pour effet de... transmettre... un droit réel*" (Art. 373 du Code de droits réels). Cette formule englobe incontestablement la vente, la donation, l'apport en nature, l'échange, la transaction et la fusion.

³ L'effet constitutif de l'inscription est consacré aussi par l'article 278 du Code des droits réel (concernant l'hypothèque) et l'article 204 du Code des statuts personnels (concernant la donation).

أحمد بلحاج جراد، "المجال الزمني لمبدأ المفعول المنشئ للتسجيل"، دراسات قانونية 2002، عدد 9، كلية الحقوق بصفافس، ص. 123.

⁴ H. THUILIER, "L'inscription de nantissement sur un fonds de commerce requiert-elle l'immatriculation du débiteur nanti ?", JCP, 1990, N, 1543.

⁵ Cass. civ. 5 juill. 1989, Gaz. Pal. 1989, p. 634, note B. HATOUX.

⁶ A. SAYAG, Lamy droit commercial, Paris 1992, n° 654.

⁷ C. cass. arrêt n°21074 du 28/02/2008, R JL, 2008, n°9, p.239.

" إن صفة التاجر تكتسب عملاً بأحكام الفصل 2 من المجلة التجارية ولا تستوجب التسجيل بالسجل التجاري طبق قانون 2 ماي 1995 لقيامها في جانب من توفرت فيه ذلك أن الفصل 61 من القانون المذكور يتعلق بالإحتجاج بتلك الصفة إزاء الغير أو الإدارة ولا يشترط لاكتساب الأصل التجاري التسجيل بالسجل التجاري لأن التسجيل بذلك السجل لا يشكل عنصراً من عناصر الأصل التجاري التي أوردها الفصل 189 من المجلة التجارية."

l'immatriculation, étant personnelle¹, influence sur la qualité de commerçant de l'entrepreneur (II) et ne peut, de ce fait, que présumer l'existence d'un fonds de commerce².

I/ La naissance de la qualité d'une société personne morale:

94-Ambiguïté des textes juridiques: Déjà latente chez les canonistes du moyen Age, pour qui la personne morale n'est qu'un être idéal (*corpus mysticum*), la théorie de la fiction a été systématisée par le romaniste allemand SAVIGNY en 1849. Cette thèse était reprise par la plupart des exégètes français³ et tunisiens⁴. En effet, le législateur semble souverain quant à l'attribution de la personnalité morale⁵. Il dispose d'un pouvoir créateur puisqu'il lui appartient de personnifier les entités qu'il a désignées⁶ et de déterminer les modalités d'acquisition de la personnalité morale. L'article 4 du Code des sociétés commerciales en constitue une illustration. Il fait coïncider la naissance de la personne morale avec l'immatriculation. Or, l'article 2 de la loi du 2 mai 1995 assujettit à l'immatriculation toute société ayant la personnalité morale. Il serait donc, paradoxal d'imposer à la société de s'immatriculer à condition d'avoir la personnalité morale, alors qu'elle ne l'acquière qu'à dater de son immatriculation⁷. Cette discordance entre

¹ Sur le caractère personnel de l'immatriculation voir infra, p.144.

² Il s'agit d'une présomption simple susceptible de la preuve contraire. Voir J. VALLANSAN, "Registre du commerce et des sociétés. Sanctions des règles", JurisClasseur commercial, 2014, fascicule 115, n°48. الأستاذ التوفيق شيشوب " الأثار المترتبة عن السجل التجاري" ملتقى حول التشريع الجديد المتعلق بالسجل التجاري، نظمه الاتحاد الجهوي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية بصفاقس بنزل سيفاكس يوم الخميس 11 أبريل 1996

³ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, L.G.D.J. 2004, n°34, p.22; R. DAVID, Rapport général, in La personnalité morale et ses limites, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris 1960, p.14; J. CARBONNIER, Droit civil, Les personnes, PUF, 21ème éd., 2000, n°199; G. GOUBEUX, "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", in Aspects actuels du droit commercial français: commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif, Etudes dédiées à René Roblot, Paris, LGDJ, 1984, p.199, n°6; P. DURAND, "L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé", in Le droit privé français au milieu du 20ème siècle, Etudes offertes à G. Ripert, t.1, L.G.D.J., 1950, p.138, n°6; J-P. GRIDEL, "La personne morale en droit français", Rev. International de droit comparé, 1990, n°2, pp.496.

⁴ Ch. LABASTIE-DADOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, tome 1, IHE, 2003, p.182-184; M-K. CHARFEDDINE, Droit civil. Théorie générale-Les personnes-La preuve, IORT, 2017, p.581 et suiv.; M-L. HACHEM et F. MECHRI, "Droit aux vacances et vacance du droit: l'évolution du droit autorise-t-elle l'introduction de la multipropriété", RTD, 1983, pp.543; Kh. KHARROUBI, Droit des sociétés commerciales, volume 1, Regroupe Latrach des livres spécialisés 2008, n°155-156.

⁵ Pour monsieur PAILLUSSEAU, la création de la personne morale, structure d'accueil originale en ce sens qu'elle comporte l'attribution de la personnalité juridique, doit revenir au législateur. Voir J. PAILLUSSEAU, "Le droit moderne de la personnalité morale", art. préc., n°52 et suiv.; J. PAILLUSSEAU, "La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés", Dalloz 1999, chron., p.333, n°77.

⁶ Voir supra, p. 64.

⁷ La même remarque s'applique pour le groupement d'intérêt économique qui acquiert la personnalité morale à dater de son immatriculation au registre du commerce.

les textes nous incite à déterminer avec certitude le moment d'apparition de la personne morale.

Le problème paraît être résolu en droit français. Lorsqu'il traite la relation entre la personnalité morale et l'immatriculation au registre du commerce, le législateur français parle de la "*jouissance*" de la personnalité morale à dater de l'immatriculation (A). En revanche, le législateur tunisien énonce "*la naissance*"¹ ou "*l'acquisition*"² d'une personne morale à partir de l'immatriculation (B). Quelle est donc la différence entre ces notions? La réponse à cette question permet de déterminer le moment exact de l'acquisition d'une société de la personnalité morale.

A/ La solution du droit français:

95-Interprétation de la doctrine française: Selon l'article L. 210-6 du Code de commerce, "*les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés*". Une controverse s'est installée en doctrine sur la portée juridique du terme "*jouissance*" depuis 1966. En effet, le législateur français a repris une disposition qui existait dans l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966³, puis il l'a généralisée pour les sociétés civiles⁴ et même pour les groupements d'intérêt économique⁵. En interprétant cet article 5, la doctrine française a cherché de déterminer la date de naissance de la personnalité morale. Certains auteurs⁶ estimaient que le terme *jouissance*, employé par le législateur, doit être distingué de celui de *l'acquisition*. Seul l'instant de la *jouissance* est fixé par la loi au moment de l'immatriculation de la société. Quant à la *naissance*, elle peut être antérieure ainsi qu'en témoigne la capacité de l'être social de contracter des obligations rétroactivement donc

¹ Article 4 du Code des sociétés commerciales "*Toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation ...*"

² Article 176 *in fine* du même Code des sociétés commerciales "*la société ne peut acquérir la personnalité morale qu'à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce*".

³ En France, la réforme du droit des sociétés fut instaurée par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁴ Article 1842 du Code civil.

⁵ Article L. 251-4 du Code de commerce.

⁶ E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, tome 1, 8ème éd., Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence 1931, n° 315 et 501; Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 1, op.cit., n° 131; M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", in *Aspect actuel du droit commercial français*, Études offertes à R. Roblot, LGDJ 1984, p. 217; F-X. VINCENSINI, *La commercialité: Recherche sur l'identification d'une activité*, préface J. Mestre, PUAM, 1998, n°23-25, p.29.

antérieurement à cette formalité substantielle¹. Cette interprétation présente l'avantage de conforter la théorie classique selon laquelle la société acquiert la personnalité morale au moment de la signature des statuts. Elle reporte donc la date de jouissance de cette personnalité au jour de l'immatriculation². Toutefois, cette distinction entre jouissance et existence apparaît, pour la doctrine dominante, comme artificielle car il ne fait pas de doute que *"l'incapacité de jouissance équivaut à la privation d'un droit"*³. En effet, comment admettre qu'une société puisse avoir la personnalité morale sans en jouir immédiatement ? Dire qu'une société n'a pas la jouissance de la personnalité morale, c'est dire que cette personnalité morale n'existe pas. *"L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés est désormais l'acte de naissance de la société en tant que personne morale"*⁴. Autrement dit, *"l'immatriculation apparaît comme la dispensatrice de la personnalité morale"*⁵. *"Jusqu'à l'immatriculation, la société n'a pas d'existence juridique en tant que personne"*⁶.

96-Le recours au droit communautaire: Le choix pour une telle interprétation ou l'autre ne peut être fait qu'à l'égard des textes ultérieurs relatifs aux entreprises européennes. La loi n°89-377 du 13 juin 1989 qui institue le *"Groupement européen d'intérêt économique"*⁷ aujourd'hui codifiée aux articles L. 252-1 à L. 252-12 du Code de commerce, précise que *"Les Groupements européens d'intérêt économique immatriculés en France ont la personnalité juridique dès leur immatriculation"*⁸. Une autre loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie est ajoutée au Code de commerce français⁹ pour prévoir que les sociétés

¹ Infra, p. 270.

² F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., n°23-25, p.29.

³ J.P. GASTAUD, Personnalité morale et droit subjectif : essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, Paris, LGDJ, 1977, p.87; D. BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", Études de droit commercial à la mémoire d'H. Cabrillac, Litec 1968, p. 25; G. GOUBEAUX, "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", art. préc., p. 202.

⁴ J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Sociétés commerciales. Introduction, généralités, sociétés de personnes, société à responsabilité limitée, société anonyme : constitution, direction et administration Sociétés commerciales, tome 1, Paris, Dalloz 1972, n° 150.

⁵ A. SCHERRER, "La personnalité morale des sociétés et son nouveau visage depuis 1978", Dr. prat. jud. 1980, n° 24, p. 11.

⁶ Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales, 2010, n° 1120.

⁷ Voir Y. TROCHON, "Le groupement d'intérêt économique (GIE/GEIE) est-il un véhicule juridique approprié pour conduire des coopérations industrielles européennes ?", Dalloz affaires 1996, n° 23, p. 699.

⁸ Article L. 252-1 du Code de commerce français.

⁹ Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, complétée par les décrets d'application n° 2006-448 du 14 avril 2006, modifiant le décret du 23 mars 1967, et n° 2006-1360 du 9 novembre 2006 sur l'implication des salariés. (les articles L. 229-1 à L. 229-15 et R. 229-1 à R. 229-26 du Code de commerce)

européennes immatriculées en France au registre du commerce et des sociétés aient la personnalité juridique à compter de leur immatriculation¹.

On peut constater d'ors et déjà que, pour ces entreprises européennes dotées de la personnalité morale, le législateur français emploie le verbe "ont" et non pas "jouissent de" la personnalité à partir de leur immatriculation en France. La différence marquée sur ce point avec les autres structures sociétaires françaises ne résulte pas d'une bévue législative. "A l'origine, le projet du gouvernement reprenait la formule consacrée par l'article 1842 du Code civil. Observant que ce système national était en divergence avec la plupart des systèmes pratiqués en Europe, le Conseil d'Etat a préféré susciter une innovation qui pourrait préfigurer une réforme du système français qui soulève parfois des difficultés d'application et auquel des juristes étrangers reprochent un certain manque de fiabilité"². En réalité, la loi de 1966, issue de la première directive européenne qui imposait aux Etats membres de substituer aux nullités un système de contrôle, administratif, judiciaire ou notarial, préalable à la mise en service de la société et à l'acquisition par elle de sa personnalité morale, demeura à "mi-pente"³. D'une part, la séduction des solutions pragmatiques, efficaces et sécuritaires du droit allemand particulièrement, faisait son œuvre⁴. D'autre part, les juristes français théoriciens et praticiens abandonnaient un système de contrôle *a priori* quant à l'acquisition de la personnalité morale⁵ et demeuraient attachés aux analyses qu'ils avaient contribuées à affirmer ou qui, tout au moins, leur étaient familières. Selon ces juristes, la société est un type de contrat particulier. Celui-ci est doté d'un pouvoir créateur de droits qui lui confère des effets tout à fait exceptionnel: le contrat de société donne naissance à une personne morale.

97-Les circonstances ci-dessus évoquées expliquent pourquoi il existera une notable différence entre les entreprises européennes et celles nationales. La personnalité morale de la première n'ayant aucune existence même embryonnaire avant l'immatriculation, les fondateurs ne pourront acquérir ou contracter en son nom avant

¹ Il s'agit des articles L. 229-1 à L. 229-15 et R. 229-1 à R. 229-26 du Code de commerce français.

² C. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, RTD com. 1989, p.469, note, n°1, spécialement p.472.

³ C. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, RTD com. 1989, p.469, note, n°1, spécialement p.471.

⁴ En fait, le droit allemand exerça un pouvoir de séduction non négligeable sur le droit français. La réception de la société à responsabilité limitée en 1925 et de sa théorie du mandat illimité et irrévocable, de même que l'introduction dans l'organisation des sociétés anonymes du "*führer prinzip*", en 1943, par l'institution du Président Directeur Général de même que, plus tard, la création d'une forme de société anonyme à Directoire et Conseil de surveillance en sont les irrécusables témoins.

⁵ Infra, p. 300-301.

cette naissance par l'accomplissement de la formalité. C'est surtout en ce qui concerne la reprise de ses engagements que des problèmes se poseront¹.

B/ La solution du droit tunisien:

98-Une précision textuelle: L'immatriculation d'une entreprise sociétaire constitue une formalité créatrice d'un sujet de droit: la société personne morale. Prévoyant que "*toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce*", l'article 4 du Code des sociétés commerciales subordonne la naissance de la personne morale à l'accomplissement de la formalité d'immatriculation. Désormais, ces dispositions ont le mérite de préciser le moment d'acquisition de la personnalité morale par rapport à la législation antérieure au Code des sociétés commerciales.

99-Historique: Avant la promulgation du Code des sociétés commerciales, aucun texte ne précisait d'une manière explicite la date d'acquisition de la personnalité morale par la société. Ce laconisme législatif a divisé la doctrine en deux courants. Certains auteurs considèrent que la personnalité morale naît dès l'accord des parties sur la constitution de la société conformément à l'article 1261 du Code des obligations et des contrats². Cette coïncidence entre la conclusion du contrat de société et l'apparition d'un être juridique était affirmée aussi, par la jurisprudence. La Cour de cassation a pu juger que la société acquiert sa personnalité juridique dès sa constitution sans qu'il soit nécessaire de satisfaire à une formalité quelconque³. L'immatriculation exigée par la loi du 2 mai 1995 n'a qu'un simple effet déclaratif. Elle n'aurait d'effet qu'à l'égard des tiers.

Mais, pour d'autres auteurs, la naissance de la personnalité morale est tributaire de l'accomplissement des formalités de publicité, y compris l'immatriculation. Ce courant s'est appuyé sur l'article 180 du Code de commerce, prévoyant l'annulation de la société pour défaut de publicité, pour reporter l'acquisition de la personnalité morale à la date de l'accomplissement de la formalité de l'immatriculation⁴. Il a été influencé par le

¹ Sur la question de la reprise, voir infra, p. 268.

² F. TOUMI, "Le droit des sociétés en Tunisie: un droit moderne en pleine mutation", R.J.L., avril 1998, p.33.

³ Cass.civ. arrêt n°71649 du 16 février 2000, bull. C.cass. 2000, I, 172.

⁴ S. KASBAOUI, Le droit des sociétés commerciales à l'heure de la mise à niveau: rétrospective et ouverture, op.cit., p.25.

législateur français qui avait, depuis 1966, rompu avec la tradition selon laquelle la personnalité morale naissait au moment de l'acte constitutif. Le législateur tunisien n'a adopté pour une telle solution que tardivement à l'occasion de la promulgation du Code des sociétés commerciales par la loi du 3 novembre 2000. Mais, et contrairement à son homologue français, il a subordonné l'attribution de la personnalité morale et non pas sa jouissance à l'accomplissement de la formalité d'immatriculation.

100-Application de l'article 4 du Code des sociétés commerciales: Par conséquent, les sociétés commerciales soumises aux lois et usages de commerce¹, acquièrent leur personnalité dès leur immatriculation, selon l'article 4 du Code des sociétés commerciales. Cet article, figurant sous le Titre Premier intitulé "*Dispositions générales*", s'applique à toutes les formes de sociétés même celles créées dans le cadre de fusions ou scissions de sociétés. La même solution est réaffirmée à l'article 176 alinéa 6 du Code des sociétés commerciales applicable aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne et aux termes duquel "*La société ne peut acquérir la personnalité morale qu'à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce*". Elle s'applique aussi à la société unipersonnelle à responsabilité limitée, la seule forme possible de la société unipersonnelle². L'article 148 du Code des sociétés commerciales dispose que "*Le régime juridique des sociétés à responsabilité limitée est applicable aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée sous réserve des dispositions contraires prévues au présent titre*". Ainsi, et dans le cas où la société est constituée par un acte unilatéral, c'est-à-dire par la volonté d'une seule personne, celle-ci doit être immatriculée pour avoir la personnalité morale. Enfin, la même solution est transposée pour le groupement d'intérêt économique³ qui "*est doté de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce...*"⁴. Cette transposition atteste l'intention du législateur d'unifier progressivement les modes d'acquisition de la personnalité morale.

¹ Article 7 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales.

² En revanche, le droit comparé (français et allemand) autorise comme société unipersonnelle, la société unipersonnelle à responsabilité limitée et la société anonyme unipersonnelle.

³ L'immatriculation du groupement constitue aussi l'évènement à partir duquel se déclenche la computation de sa durée puisqu'aux termes de l'article 439 du Code des sociétés commerciales il "*... peut être constituée ... pour une durée déterminée...*".

⁴ Cette disposition de l'article 443 du Code des sociétés commerciales se ressemble à celle de l'article L. 251-4 et l'article L. 252-1 relatif au groupement européen d'intérêt économique du Code de commerce français.

101-Avantages et inconvénients de la précision: On allègue généralement, que la nouvelle solution a l'avantage de fixer la naissance de la personne morale à une date indiscutable et facile à connaître¹. En subordonnant l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation au registre, on évite que des personnes morales naissent sans que le public en soit informé: la personne morale n'existe qu'à partir du moment où les tiers peuvent en prendre connaissance². Cette solution traduit, en réalité, une volonté de protéger, non seulement les associés, mais aussi et surtout les tiers en leur révélant avec précision le moment de la naissance de la personne morale, et à partir duquel celle-ci pourra valablement s'engager³. Mais, cette utilité de fixer une date précise a pu être discutée et on a fait valoir qu'il y a un singulier paradoxe. "*Après avoir été les premières à bénéficier d'une personnification, les sociétés commerciales sont aujourd'hui les groupements qu'en jouissent le plus difficilement*"⁴. Au contraire, les sociétés civiles, auxquelles la jurisprudence n'a que très tardivement concédé la personnalité morale, en jouissent sans avoir à remplir aucune formalité⁵. Il faut au surplus remarquer que la réforme est loin de supprimer toutes difficultés, qu'elle en a même créé puisqu'on est obligé d'examiner longuement et sans prétendre les résoudre aisément, les problèmes que pose la situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce⁶.

II/ La naissance de la qualité de commerçant:

102-Historique: Il ne serait pas sans intérêt, avant d'entreprendre l'étude des dispositions issues de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce, de vérifier si l'immatriculation dans l'ancien régime avait une incidence quelconque sur la qualité de commerçant. Sous le protectorat français, la solution qui devait régir la question était celle du droit français. D'une part, le décret beylical du 16 juillet 1926, instituant le registre du commerce, n'était que la reproduction de la loi française du 18 mars 1919 et d'autre part, l'article premier du Code de commerce français devrait s'appliquer par les tribunaux français de Tunisie⁷. Or, la règle admise était que

¹ A. JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre du commerce", RTD com. 1969, p. 403.

² S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p.189, n°175.

³ C.A. Paris, 30 janvier 1997, R.J.D.A., 4/1997, n° 512; C.A. Paris, 22 mars 1983, B.R.D.A., 10/1983, p. 15.

⁴ A. OMRANE, "Les problèmes suscités par l'entrée en vigueur du Code des sociétés commerciales", Etudes Juridiques 2001, n°8, n°19.

⁵ Infra, p. 239 et suiv.

⁶ Infra, p. 255 et suiv.

⁷ S. HAMADA, "Présentation du Code de commerce", RJL, 1959, octobre, p.3.

l'immatriculation ne produisait aucun effet civil sur la qualité de commerçant, et inversement, le défaut d'immatriculation ne pouvait dépouiller quelqu'un de sa qualité de commerçant. Sous l'empire du décret beylical de 16 juillet 1926, l'immatriculation était conçue comme une simple formalité administrative de publicité ayant pour but d'assurer une meilleure information des tiers intéressés.

Après l'indépendance, l'adoption d'un Code de commerce tunisien n'a pas modifié la solution antérieure ; son article 2 ne fait dépendre l'acquisition de la qualité de commerçant qu'à l'exercice professionnel d'une activité commerciale. L'immatriculation au registre de commerce est restée conçue comme une obligation incombant aux commerçants, sous cette réserve que par l'effet de certains textes l'immatriculation a pu être une condition de l'exercice de leurs droits. C'est le cas, par exemple, de l'article 414 ancien du Code de commerce qui imposait au commerçant, qui demandait un concordat préventif de présenter à l'appui de sa demande un certificat d'inscription au registre du commerce¹. De même, d'autres textes tendent à subordonner à l'immatriculation l'exercice même du commerce².

103-Ambiguïté de la législation antérieure à 2010: Le législateur de la loi du 2 mai 1995 a, sans doute, adopté à partir du droit français la règle selon laquelle l'immatriculation emporte présomption de la qualité de commerçant. Néanmoins, cela ne l'a pas empêché d'innover en décidant que l'assujetti "*n'acquiert sa qualité de commerçant qu'à partir de la date d'immatriculation*", disposition issue de la version officielle en langue arabe de l'article 61 de la loi du 2 mai 1995. C'est sur la base de la version arabe de cet article qui fait foi³, que certains juristes considèrent que l'immatriculation constitue une condition d'acquisition de la qualité de commerçant⁴.

¹ Infra, p.451.

² V. aussi l'arrêt du 20 janvier 1956, article 3 (J.O.R.T. 1956, p. 82) et article 73 du Code des assurances qui subordonnent la délivrance de la carte professionnelle de boulanger et celle de courtier en assurance à l'inscription au Registre de commerce.

³ Il faut cependant appliquer le principe fondamentaliste selon lequel en cas de différence entre la version arabe et la version française du texte de la loi, il faut s'en tenir de la version arabe. Ce principe déclaré par la jurisprudence tunisienne est dégagé de la loi n°93-64 du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au Journal Officiel de la République Tunisienne et à leur exécution (J.O.R.T. n° 50 du 6 juillet 1993, p. 931). Selon l'article 1^{er} de cette loi "*Les lois, les décrets lois, les décrets et les arrêtés sont publiés au Journal Officiel de la République Tunisienne en langue arabe. Ils sont publiés également dans une autre langue et ce uniquement à titre d'information*".

⁴ B. BEN MABROUK, "Commerçant professionnel, commerçant habituel, commerçant occasionnel et commerçant de fait, quelle différence", Etudes juridiques 1997, n°5, p.85 ; M. MAHFOUDH, Introduction au droit commercial tunisien, COOPI 2004, p. 247 ; N. BEN AMMOU, Droit commercial, Les actes de commerce, Les commerçants, Le fonds de commerce, cours photocopié 2006-2007, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, p. 88.

Une autre partie de la doctrine¹ considère, sur la base de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995, que l'immatriculation au registre du commerce produit un simple effet probatoire. Cette dernière interprétation pouvait être justifiée. *D'une part*, notre législateur s'était orienté dès la préparation de la loi relative au registre du commerce vers une conception qui se rapprochait au droit français. Son intention est de faire de l'immatriculation une présomption de la qualité de commerçant et non pas une condition nécessaire pour son acquisition². C'est avec le décret du 9 août 1953³ que le législateur français avait réalisé le vœu souvent formulé⁴ de voire le registre du commerce jouer un rôle plus étendu. Cette réforme faisait de l'immatriculation une présomption de la qualité de commerçant. Le décret n°67-237 du 23 mars 1967 avait reproduit la même règle dans son article 41 tout en prévoyant des exceptions pour certaines personnes morales et les loueurs de fonds de commerce. L'article 64 du décret du 30 mai 1984, devenu l'article L. 123-7 du Code de commerce, a limité le principe aux seules personnes physiques. Désormais, l'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant.

D'autre part, la présomption de la qualité de commerçant de la personne immatriculée est en parfaite conformité avec la définition du commerçant, telle que présentée par l'article 2 du Code de commerce⁵ : en dehors de toute immatriculation, seul l'accomplissement d'actes de commerce à titre de professionnel peut conférer cette qualité. La qualité de commerçant se détermine ainsi, suivant la méthode objective et ne dépend pas d'une condition formelle à laquelle l'intéressé a pu procéder ou n'a pas procédé. Ainsi, selon cette pensée notre droit privilégie le fond sur la forme ou la publicité.

104-La réforme de 2010: Face à cette ambiguïté, les voix se sont levées pour que le législateur intervienne pour adopter l'une ou l'autre solution⁶. La nouvelle réforme de registre du commerce, tant attendu, est introduite par la loi n°2010-15 du 14

¹ N. MEZGHANI, Droit commercial, op.cit., p. 112 ; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, Volume 1, op.cit., p. 256 ;

المبروك بن موسى، "اثر الترسيم بالسجل التجاري"، مجلة القضاء والتشريع عدد5، ماي 1998؛ عبد الرؤوف بن الشيخ، "ملاح حول نظام السجل التجاري حسب القانون الجديد"، مجلة القضاء والتشريع 1996، عدد 4، ص 21.

²Les débats parlementaires, assemblée du 25 avril 1995, J.OR.T., n°36, p. 36-37 (en arabe).

³ Décret n° 53-705 du 9 août 1953 portant réforme du registre du commerce, D. 1953, p.273.

⁴ La réforme du registre du commerce était souvent réclamée par la doctrine. A. JAUFFRET, "Le rôle du registre du commerce", JCP, 1945, G, 472, n°31 et suiv; R. DE LA HAYE, "Etude critique sur le projet de loi sur la réforme du registre du commerce", RTD com. 1949, p. 447 et suiv. ; R. DE LA HAYE, "Le registre du commerce, organe possible de publicité légale en matière commerciale", art. préc., p. 454 et s.

⁵ Supra. p. 41.

⁶ Infos-Juridiques 2009, n°66 / 77, p.3, obs. H.B.

avril 2010 modifiant certaines dispositions de la loi du 2 mai 1995. Mais, cette réforme n'a pas résolu définitivement le problème de l'effet de l'immatriculation sur l'attribution de la qualité de commerçant. La lecture des débats survenus lors des délibérations de l'assemblée des chambres des députés nous révèle que la question ne s'est même pas posée¹. Serons-nous devant une nouvelle occasion ratée pour régler définitivement et clairement les débats sur cette question ?

Mais, ce qui est surprenant c'est que la loi du 14 avril 2010 a introduit dans la version française de l'article 61 (nouveau) la phrase manquante issue de la version arabe. Elle n'a pas apporté des modifications substantielles à cet article 61 et n'a fait qu'harmoniser entre les deux versions arabe et française. Désormais, l'article 61 (nouveau) prévoit que "*La qualité de commerçant n'est acquise qu'à la date de l'immatriculation*". Par conséquent, l'immatriculation au registre du commerce a un effet constitutif de la qualité de commerçant. Elle devient, pour la personne physique, une formalité juridique qui détermine sa qualité de commerçant. Le droit tunisien s'est rapproché du système allemand mais sans aller jusqu'à donner, comme celui-ci, la qualité de commerçant à celui qui n'exerce pas une activité commerciale.

105-Comparaison avec le droit allemand: Le législateur allemand reconnaît la catégorie de "*commerçant par choix*"². Ce sont de professionnels qui choisissent d'acquérir la qualité de commerçant en demandant leur inscription comme tels au registre du commerce. Il s'agit du professionnel dont l'entreprise n'exige pas une gestion commerciale³, d'une part, l'agriculteur ou le forestier⁴, d'autre part. Dans les deux cas, l'immatriculation a un effet constitutif. Mais, c'est "*l'entrepreneur qui exprime sa volonté d'endosser le costume de commerçant, et reçoit de ce fait fictivement la qualité recherchée, en s'inscrivant au registre du commerce*"⁵. La qualité de commerçant dépend ainsi, de la seule volonté de l'exploitant, il pourra choisir de devenir commerçant ou préférer conserver sa qualité civile, en fonction d'une

¹Les débats parlementaires, assemblée du 18 mars 2010, J.O.R.T., n°18, (en arabe).

²Le *Kannkaufmann* : le possible commerçant ou commerçant selon le bon vouloir (article 2 et 3 HGB).

³Dans la pratique, ce sont surtout les petits commerçants et les artisans qui peuvent bénéficier de cette possibilité. Ils choisissent librement leur statut de commerçant. Cette liberté s'entend largement : il est non seulement libre de devenir ou non commerçant, mais également de renoncer à la commercialité. En effet, il lui suffit de demander la radiation de son nom commercial du registre du commerce.

⁴Quant à l'agriculteur ou l'exploitant forestier, il ne peut s'inscrire au registre du commerce et acquérir ainsi la qualité de commerçant que si son entreprise exige une gestion commerciale, mais il n'est pas tenu de le faire. Pour plus de détail, voir M. FROMONT, *Droit allemand des affaires: Droit des biens et des obligations: Droit commercial et du travail*, Paris, Montchrestien 2001, p. 181, n°357.

⁵A. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, "Le commerçant en droit allemand", *Revue Internationale de Droit Comparé* 4-2009, p.785 et spécialement p. 803.

inscription au registre, mais sans rien changer à l'objet de son activité ni à la façon dont il l'exploite. L'immatriculation a donc, une importance capitale : elle crée la commercialité pour ces entreprises qui à défaut, ne sont pas commerciales. La commercialité résulte alors du seul accomplissement d'une formalité qui n'a pas d'équivalent en droit français et tunisien.

106-L'antériorité de la qualité de commerçant à l'immatriculation en droit tunisien: Or, le droit tunisien comme le droit français impose à tout commerçant personne physique de s'immatriculer au registre du commerce. La qualité de commerçant est généralement reconnue aux personnes exerçant des actes de commerce par nature à titre professionnel. Elle est antérieure à l'accomplissement de cette formalité dont elle est totalement indépendante. En effet, aux termes de l'article 2 de la loi du 2 mai 1995 "*Il est tenu auprès de chaque tribunal de première instance un registre du commerce local auquel sont immatriculées sur déclaration: 1 -les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce ...*"

Le législateur tunisien n'a pas donc, adopté la conception allemande de l'effet constitutif de l'immatriculation, d'autant plus que celle-ci a pour corollaire la présomption irréfragable de commercialité¹. Or, l'immatriculation au registre du commerce tunisien, n'emportant qu'une présomption simple de commercialité, ne confère pas, et ce contrairement au droit allemand, la qualité de commerçant à celui qui ne la tient pas de l'exercice professionnel d'une activité commerciale au sens de l'article 2 du Code de commerce.

107-La spécificité de l'effet constitutif: Par conséquent, l'acception de l'effet constitutif de l'immatriculation, telle que conçue par le législateur tunisien, consiste à ce que la qualité de commerçant n'apparaît dans la scène juridique et n'aura d'existence légale que par l'accomplissement de la formalité de publicité. La qualité de commerçant que tient la personne de l'exercice professionnel du commerce ne lui est reconnue juridiquement qu'à partir de l'immatriculation. Dès lors, pour jouir de cette qualité, la personne doit satisfaire à une double condition : une condition de fond, l'exercice professionnel de commerce et une condition de publicité qu'est l'immatriculation.

¹ Concernant la présomption irréfragable de la qualité de commerçant en droit allemand voir, H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p.147; C. WITZ et N. SPIEGEL, "Les publicités légales en droit allemand", in Publicités légales et information dans les affaires, op.cit., p. 391, n°462; R. DUROUDIER et R. KUHLWEIN, "De l'importance des inscriptions au registre de commerce en Allemagne", RTD com. 1955, p.47.

Ce résultat ne saurait être déduit avec certitude, si le législateur n'a pas précisé que "*La qualité de commerçant n'est acquise qu'à la date de l'immatriculation*". Le législateur nous a épargné donc dans un esprit d'anticipation, les différentes interprétations qui ont été données, en France, à l'article 64, alinéa 1^{er} du décret du 30 mai 1984 ainsi qu'à ses anciennes rédactions¹.

Paragraphe 2: L'effet constitutif d'un droit:

108-On a étudié que l'immatriculation est nécessaire à l'efficacité d'une situation, même à l'égard de la personne soumise à l'obligation de s'immatriculer. Elle permet à une entreprise individuelle d'acquérir le statut de commerçant. Elle confère² aussi à son auteur des droits spécifiques. En effet, certains textes font de l'immatriculation une condition d'acquisition de droits reconnus aux commerçants (I). Une partie de la doctrine considère que l'idée de subordonner, pour les commerçants, l'exercice de certains droits à l'immatriculation au registre du commerce, n'est en réalité qu'une application d'un principe général énoncé dans l'article 61 de la loi du 2 mai 1995³. Il s'agit d'une véritable déchéance de droits qui doit sanctionner une négligence. Mais, la règle de l'article 61 selon laquelle le commerçant non immatriculé ne peut se prévaloir de sa qualité, n'est que facultative pour les tiers; elle est édictée pour assurer leur protection⁴. Or, les différents textes intéressent l'organisation même du commerce. On estime donc, que le juge est en droit d'invoquer cette déchéance, même en l'absence de toute demande des parties.

Pour les sociétés, l'immatriculation constitue une condition déterminante de l'acquisition de la personnalité morale. Il s'agit de l'effet constitutif de l'immatriculation qui lui confère aussi un poids capital comme critère de rattachement des sociétés au droit tunisien. En effet, à l'heure de la mondialisation des échanges, de la mobilité internationale des capitaux, les sociétés exercent une activité internationale mais demeurent juridiquement rattachées à un Etat national. Le rattachement des sociétés à un Etat est indispensable pour savoir dans quel Etat est valablement née la

¹ V° notamment J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", Dalloz 1985, Actualité, p.79.

² Monsieur A. JAUFFRET préfère employer le terme "*jouissance*". Il a précisé que le rôle de l'immatriculation n'est nullement de conférer des droits à des personnes par le seul fait de l'immatriculation et abstraction faite de leur qualité réelle, l'immatriculation est seulement une condition de l'exercice de leurs droits par des personnes ayant, par ailleurs, la qualité de commerçant. Voir A. JAUFFRET, "Le rôle du registre du commerce", art. préc., n°11.

³ Voir A. JAUFFRET, "La réforme du registre du commerce", Dalloz 1953, chron., p. 149.

⁴ Infra, p. 434.

personnalité juridique et surtout quelle est la loi nationale qui s'applique à la société. Une doctrine estime que le critère de rattachement des sociétés est bien celui de l'immatriculation. Cette solution est justifiable en droit tunisien (II).

I/ L'immatriculation: une condition d'acquisition de droits reconnus aux commerçants.

*109-*S'il est vrai que l'immatriculation conditionne l'existence de la situation juridique du commerçant, on peut constater que de nombreux textes tendent à faire produire à cette formalité des effets de fond. En effet, certains droits découlent expressément de l'immatriculation au registre du commerce en droit tunisien (A). Quant au législateur français, il a été plus innovateur en attribuant à l'immatriculation des effets plus accrus. Elle produit des effets de droit moins dans la personne de l'immatriculé que dans la personne de ceux qui contractent avec lui (B).

A/ Les droits reconnus par le droit tunisien.

110-Une consécration textuelle expresse de certains droits: Selon l'article 2 du Code de commerce, le droit commercial s'applique, en principe, aux seuls professionnels du commerce. Cependant certains textes prévoient, dans des cas spéciaux, l'immatriculation comme une condition déterminante pour que le commerçant puisse exercer certains droits. Il serait vain de rechercher une véritable idée directrice, dans ces textes de loi disparates que l'on peut rassembler¹. Il n'est pas douteux qu'ils ne procèdent pas d'une politique législative précise. Il est difficile de les classer, mais peut être on peut distinguer, d'une part, les textes qui subordonnent à l'immatriculation l'exercice de certaines professions (a), d'autre part, les textes qui exigent l'immatriculation pour prétendre à l'application de certaines règles spécifiques (b).

En dehors de ces cas prévus expressément par le législateur, l'immatriculation n'est pas une condition pour pouvoir se prévaloir des règles spécifiques réservées aux seuls commerçants. C'est ainsi que l'immatriculation au registre du commerce ne semble pas être une condition pour l'application de la théorie de l'accessoire² et qualifier un

¹ Sans d'ailleurs prétendre en dresser une liste complète.

² L'application de la théorie de l'accessoire va permettre d'assurer un régime juridique unique pour tous les actes ou faits juridiques et déterminé par la nature civile ou commerciale du principal. Selon l'article 4 du Code de commerce, tous les actes effectués par un commerçant pour les besoins de son activité, considérés comme des accessoires de celle-ci, sont traités comme des actes de commerce.

acte civil d'acte de commerce par accessoire¹. Elle ne semble pas aussi être une condition pour qu'un commerçant puisse invoquer la présomption de salaire², le droit d'agir séparément dans un mandat collectif³ et la présomption de stipulation d'intérêts en matière de contrat de prêt⁴ à intérêt. Enfin, elle ne semble pas être exigée pour la qualification de certains contrats commerciaux dans lesquels une des parties doit avoir obligatoirement la qualité de commerçant⁵. Dans toutes ses hypothèses la distinction entre commerçant régulièrement immatriculé et celui qui ne l'est pas serait d'une utilité réduite.

a/ L'immatriculation: condition d'exercice de certaines professions :

III-Le courtage d'assurance: Le législateur tunisien exige l'accomplissement de la formalité d'immatriculation pour pouvoir accéder à certaines professions⁶. Parmi ces professions on trouve le courtage d'assurance. Le courtier d'assurance est un

¹ J. VALLANSAN, "Compétence des tribunaux de commerce. Détermination des actes de commerce", *JurisClasseur commercial* 2013, fascicule 37, n°130; C.A. Bourges, 1^{er} ch. 26 février 1996, *Juris-Data* n°1996-048476. Contra Trib. grand. Inst. Pontoise, 13 octobre 1964, *RTD com.* 1965, p. 85, obs. JAUFFRET (Le commerçant non-immatriculé ne peut pas se prévaloir de sa qualité et ne peut pas bénéficier de ce régime. Il ne peut pas donc revendiquer la qualification commerciale pour ses actes civils accomplis pour le besoin de son commerce).

² Article 1114 du Code des obligations et des contrats.

³ Article 1125 du Code des obligations et des contrats.

⁴ En principe, les intérêts ne sont dus que s'ils ont été stipulés par écrit. En l'absence d'une telle stipulation expresse dans la convention, l'emprunteur n'aura pas à verser d'intérêts. Cependant, cette stipulation est présumée lorsque les contractants sont commerçants (Article 1096 du Code des obligations et des contrats). Le commerçant immatriculé a le droit de se prévaloir, à défaut de toute stipulation conventionnelle d'intérêt, d'un intérêt légal qui s'applique en matière commerciale. Il est égal au taux maximum des découverts bancaires, fixé par la Banque Centrale, majoré d'un demi-point (en matière civile, le taux légal est calculé à raison de 7% l'an selon l'article 1100 du code des obligations et des contrats). Pour plus de détail, V. F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op.cit., p.466.

⁵ Il s'agit d'abord, du commissionnaire dans les contrats de commission. L'article 601 du Code de commerce dispose que "le contrat de commission est le mandat par lequel un commerçant reçoit pouvoir d'agir en son propre nom pour le compte de son mandant, dit commettant". Le commissionnaire est donc un commerçant qui a pour mission de contracter pour le compte d'un commettant, mais en son nom personnel. Pour pouvoir exercer cette mission, il n'est pas tenu de démontrer son immatriculation au registre du commerce afin de pouvoir se prévaloir de sa qualité de commerçant. Il s'agit ensuite, du contractant de l'agent commercial dans le contrat d'agence commerciale. Selon l'article 625 du Code de commerce, l'agent commercial est un mandataire qui agit au nom et pour le compte d'un commerçant. L'accès au statut d'agent commercial est ainsi, subordonné à la qualité de commerçant de l'autre partie du contrat (mandant). Hormis, le législateur français admet que le mandant ne soit pas commerçant. Il peut être un producteur, industriel et même une entreprise privée ou publique à condition que cette dernière soit à caractère industriel ou commercial (Article 1er de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991).

⁶ Cependant, le législateur ne semble pas exiger l'immatriculation pour exercer l'activité du commerce de distribution. L'article 4 de la loi n° 2009-69 du 12 août 2009, relative au commerce de distribution (JORT 2009, n°65, pp.2349) impose simplement, au commerçant distributeur de notifier au ministère chargé du commerce le démarrage de son activité dans un délai d'un mois. La notification doit comporter le nom du promoteur, la nature de l'activité, ..., et le numéro d'immatriculation au registre de commerce.

commerçant soumis aux dispositions du Code de commerce¹. Il est tenu de s'immatriculer au registre du commerce selon l'article 2-1° de la loi de 1995. Son rôle consiste à rechercher, pour le compte de tout assuré, la conclusion de contrats d'assurances auprès d'entreprises d'assurances². Il est donc, le mandataire de l'assuré. Il est chargé de rechercher une garantie d'assurance susceptible de répondre aux besoins du client³. Par ailleurs, son activité, visant à rechercher la conclusion de contrats d'assurances, fait de lui un intermédiaire d'assurances parmi d'autres⁴. Mais pour présenter les opérations d'assurance, il doit justifier de la possession d'une carte professionnelle⁵. Cette carte professionnelle ne peut lui être accordée que s'il remplit plusieurs conditions parmi lesquelles "*être immatriculé au registre du commerce*"⁶.

112-Assesseur dans les chambres commerciales: En outre, la nomination des commerçants assesseurs au sein des chambres commerciales exige leur immatriculation au registre du commerce. En effet, la loi n° 95-43 du 2 mai 1995, modifiant et complétant l'article 40 du Code de procédures civiles et commerciales⁷, a prévu la possibilité de créer, au sein de tribunal de première instance, des chambres commerciales à compétence spécialisée et à composition particulière. L'alinéa 6 de cet article dispose que "*dans la composition de la chambre commerciale, les deux assesseurs seront remplacés par deux commerçants ayant avis consultatif et nommés pour une période de trois ans par arrêté du ministre de la justice*". Sont également nommés deux suppléants avec pour mission de remplacer les assesseurs commerçants en cas de défaillance, d'empêchement ou de vices affectant les nominations des titulaires. Ils sont choisis sur une liste d'au moins huit commerçants proposés par l'organisme professionnel le plus représentatif. Chaque commerçant, inscrit sur la liste, doit "*être inscrit au registre du commerce depuis dix ans au moins*"⁸.

Mais, la question qui se pose est de savoir si les commerçants qui n'exercent pas directement le commerce mais qui le font par l'intermédiaire d'une société, peuvent être inscrits sur la liste?

¹ Article 77 du Code des assurances.

² Article 69 du Code des assurances.

³ R. SIALA, "Le courtier d'assurances", Etudes Juridiques 1998-1999, n°6, p. 247.

⁴ L'article 69 du Code des assurances est situé sous le titre "Les intermédiaires".

⁵ Article 70 du Code des assurances.

⁶ Article 73 du Code des assurances.

⁷ J.O.R.T. du 9 mai 1995, n° 37, p.1055.

⁸ Article 40 (nouveau) al. 10 du code de procédure civil et commercial.

Le président-directeur général de la société anonyme, les dirigeants associés des sociétés en non collectif, des sociétés en commandite simple et des sociétés en commandite par actions ont la qualité de commerçant. Cependant, ils n'exercent pas le commerce pour leur compte. C'est donc, la société qui est immatriculée et qui est réputée faire ces actes de commerce. L'article 40 du Code de procédures civiles et commerciales exige que le commerçant soit inscrit au registre du commerce en sa qualité de commerçant. Or ces personnes (indiquées ci-dessus) ne sont pas inscrites en cette qualité. L'immatriculation concerne la société et pas les dirigeants même si leur nom figure dans le registre¹. La question de la représentation des personnes morales au sein des chambres commerciales des tribunaux n'est pas donc envisagée par le législateur². Toutefois, il serait peut-être, souhaitable que les principaux acteurs du monde des affaires soient représentés. A côté des commerçants personnes physiques, les seuls visés par la loi, il faut que les sociétés le soient aussi par l'intermédiaire de leur représentant. "*En exigeant cumulativement, que le commerçant exerce une activité économique, le législateur fait référence à une catégorie d'acteurs sociaux aujourd'hui dépassée*"³.

113-Les activités privées de contrôle, gardiennage...: Mais ce qui est surprenant c'est que le législateur subordonne l'exercice *des activités privées de contrôle, de gardiennage, de transport de fonds et de métaux précieux et de protection physique de personnes* à l'immatriculation au registre du commerce⁴. Or, ces actes de nature civile ne confèrent pas la qualité de commerçant aux personnes physiques qui les exercent. Comment peut-on donc exiger leur immatriculation ? La même remarque s'impose pour le représentant légal de la personne morale qu'exerce ces activités.

Exiger l'immatriculation des commerçants et des non commerçants pour pouvoir exercer une activité consacre une tendance législative vers l'unité de droit privé par l'abandon de la distinction entre commerçant et non commerçant en faveur de la distinction entre le professionnel et le consommateur.

¹ C. LABASTIE-DAHDOUH et H DAHDOU, Droit commercial, Volume 1, op.cit., p. 82.

² M. DAHDOUH justifie la position du législateur par la mobilité des dirigeants. En effet, si une société peut avoir dix ans d'immatriculation au registre du commerce on ne peut trouver des dirigeants ayant dix ans d'inscription au registre du commerce du fait de leur mobilité.

³ Ibid, p. 82.

⁴ Article 6 de la loi n° 2002-81 du 3 août 2002, relative à l'exercice des activités privées de contrôle, de gardiennage, de transport de fonds et de métaux précieux et de protection physique des personnes (J.O.R.T. 2002, n° 64, p. 1807).

b/ L'immatriculation: condition d'application de certaines règles spécifiques.

114-Règles relatives aux ventes avec réduction des prix: La spécificité des relations commerciales est de nature à légitimer la naissance de différentes *techniques de ventes commerciales*¹. Le commerçant, pour pouvoir prétendre au bénéfice de ces techniques, doit-il être immatriculé au registre du commerce ?

La question n'a d'intérêt que pour les ventes avec réduction des prix². Au sens de la loi n° 98-40 les ventes avec réduction des prix s'entendent des soldes périodiques ou saisonniers³, des liquidations⁴ et des promotions⁵ tels que définis par ladite loi. Marquant la singularité de ce contrat de vente par rapport à la vente du droit commun, le législateur exige une déclaration préalable auprès du ministre chargé du commerce. Cependant cette déclaration est réservée aux seuls soldes périodiques ou saisonniers⁶ et liquidations⁷. Les promotions ne sont point tributaires de l'accomplissement de cette formalité. Le commerçant doit, en outre, insérer au sein de la déclaration un certain nombre de mentions prévues par les articles 6 pour les soldes périodiques ou saisonniers et 11 pour les liquidations. Parmi les documents à fournir "*une copie de son enregistrement au registre du commerce datant d'un an au moins*"⁸. Ainsi, les ventes soldées et de liquidation ne peuvent avoir lieu que par les commerçants immatriculés⁹.

Il est toutefois à signaler que cette règle est de nature à restreindre le domaine des ventes avec réduction des prix et plus particulièrement les soldes périodiques ou saisonniers ainsi que les liquidations. Exigeant la fourniture d'une copie de son immatriculation au registre du commerce, le législateur réserve ces techniques non pas

¹ Loi n° 98-39 du 2 juin 1998 relative aux ventes avec facilités de paiement, JORT n°44, p. 1201. Loi n° 98-40 du 2 juin 1998, relative aux techniques de vente et à la publicité commerciale, JORT n° 44 du 2 juin 1998, p. 1203. Cette loi régleme les ventes avec réduction de prix, les ventes hors magasins, et la publicité commerciale.

² Les dispositions régissant les ventes avec facilité de paiement, les ventes hors des locaux du commerce et des ventes à distance ne font pas allusion à la question de l'immatriculation au registre du commerce.

³ Article 3 de la loi n° 98-40 du 2 juin 1998 "*Sont considérées comme soldes périodiques ou saisonniers toute offre de vent ou vente au consommateur faite par les commerçants de produits neufs démodés, défraîchis, dépareillés ou fin de séries, et qui est pratiquée en fin de saison en vue du renouvellement saisonnier de la marchandise par l'écoulement accéléré du produit moyennant une réduction des prix*".

⁴ Article 9 de la loi n° 98-40 du 2 juin 1998 "*Sont considérées comme liquidations, les ventes tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de la totalité ou d'une partie des produits en possession d'un établissement commercial à la suite d'une décision de cessation, de suspension instantanée ou changement d'activité, ou de modification substantielle des conditions d'exploitation*".

⁵ Selon l'article 15 de la loi susvisée, la promotion est "*toute opération de vente ou de prestation de services accompagnée d'une réduction du prix pratiquée pendant une période limitée, en vue de lancer ou de relancer la vente d'un ou plusieurs produits ou services*".

⁶ Article 4 de la loi n° 98-40.

⁷ Article 10 de la loi n° 98-40.

⁸ Article 6 de la loi n° 98-40.

⁹ M. MAHFOUDH, Une introduction au droit commercial tunisien, op.cit., p. 247.

aux commerçants immatriculés mais aux commerçants exerçant depuis au moins une année. Si la loi a exigé une année d'activité commerciale c'est dans le but de garantir un maximum de crédibilité pour ces techniques et d'assurer une meilleure protection du consommateur¹. En outre, nonobstant la vaillance particulière que notre législateur a manifestée à l'égard du contenu de la déclaration préalable, il a omis de prévoir une sanction pour la défaillance de l'un des documents obligatoires comme l'extrait de l'immatriculation au registre du commerce. Madame Najet BRAHMI ZOUAOUI a pu écrire que "*la déclaration préalable auprès du ministre chargé du commerce devrait être analysée comme une simple obligation précontractuelle pesant sur le commerçant*"². Elle n'est pas une condition de validité³, ni condition de perfectionnement⁴ du contrat de vente. Ainsi, instrument de contrôle a priori, cette formalité inciterait le commerçant à se conformer aux règles élémentaires d'un commerce loyal.

115-Règles relatives au droit d'élection dans les chambres de commerce et d'industrie: L'immatriculation au registre du commerce est exigée aussi pour être électeur et éligible dans les chambres de commerce et d'industrie. En effet, chaque chambre de commerce et d'industrie est dirigée par un comité. Ce comité est élu par les ressortissants de la circonscription de la chambre qui sont les tunisiens âgés de vingt ans à la date de la clôture de l'établissement des listes électorales, exerçant leurs activités depuis trois mois au moins dans la circonscription de la chambre à la même date. Ils peuvent être des commerçants, industriels ou prestataires de services⁵. Contrairement au droit français qu'exige expressément que l'électeur à titre principal⁶ soit immatriculé au

¹ N. BRAHMI ZOUAOUI, "L'ordre public économique de protection dans le nouveau droit des ventes au consommateur", R.J.L., mai 2001, p.9.

² N. BRAHMI ZOUAOUI, "Propos sur la protection du consommateur (contribution à l'étude des ventes avec réduction des prix à travers la loi n° 98-40 du 2 juin 1998 relative aux techniques de vente et à la publicité commerciale)", R.J.L., décembre 2000, pp. 9.

³ Loin de s'inscrire dans la phase de la formation du contrat, la déclaration préalable tient de l'avant contrat. Aussi, engendre-t-elle dans l'hypothèse de son inobservation, une sanction autre que la nullité. Il s'agit d'une amende de 500 à 10.000 dinars.

⁴ En effet, une condition de perfectionnement suppose un contrat déjà formé.

⁵ Article 6 du décret n° 2013-1332 du 7 mars 2013, relatif à la fixation des conditions et des procédures relatives à l'inscription sur les listes électorales et à l'élection des membres des comités des chambres de commerce et d'industrie, J.O.R.T., 2013, n°21, p.965 et suiv.

⁶ La législation française (article L. 713) répartit les électeurs en trois catégories : 1/ les commerçants inscrits au registre de commerce ; 2/ les chefs d'entreprise immatriculés au répertoire des métiers, régulièrement inscrits au registre de commerce et des sociétés ; 3/ les représentants - dont les administrateurs des conseils d'administration des sociétés -, y compris les sociétés nationales et les entreprises publiques soumises au droit commercial et inscrites au registre du commerce au titre de leur siège social, et des commerçants et des sociétés pour leurs établissements secondaires ou succursales ayant fait l'objet d'une immatriculation secondaire au registre de commerce.

registre du commerce et des sociétés, le décret n° 2013-1332 du 7 mars 2013, n'ayant pas repris les dispositions précises de l'ancien décret n° 2007-81 du 15 janvier 2007¹, n'a pas imposé cette condition. Son article 6 prévoit que les commerçants "*ayant déclaré leurs activités conformément aux dispositions de l'article 56 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés ou inscrits au registre du commerce*" ont le droit de s'inscrire sur les listes électorales. Cette souplesse quant à l'exigence de l'immatriculation peut être constatée aussi dans le chapitre III du décret n° 2013-1332 du 7 mars 2013 qui fixe les conditions d'éligibilité au comité de chambre de commerce et d'industrie. En effet la candidature est ouverte pour tout électeur âgé de 23 ans révolus à la date de la clôture des listes électorales². Le commerçant qui veut présenter sa candidature doit déposer une déclaration munie d'"*un extrait du registre du commerce ou de l'identifiant fiscal...*"³.

Or, selon la loi n° 2006-75 du 30 novembre 2006, les adhérents aux chambres de commerce et d'industrie sont les personnes physiques ou morales, exerçant dans leurs circonscriptions respectives une activité relevant des secteurs du Commerce, de l'Industrie, des Services, de l'Artisanat ainsi qu'à la promotion des Petits métiers. S'il s'agit d'un commerçant, il doit être immatriculé au registre de commerce selon l'article 3 de cette loi⁴. Ainsi, les chambres de commerce et d'industrie réunissent toutes les entreprises de leur circonscription inscrites au registre du commerce. Ces adhérents⁵ doivent normalement, justifier qu'ils sont immatriculés au registre et qu'ils remplissent les conditions pour être électeurs ou éligible.

B/ L'innovation du droit français.

116-L'immatriculation produit un effet constitutif au profit de la personne avec qui le commerçant a contracté: Le législateur français a édicté des textes qui ont un impact sur le registre du commerce. Dans ces textes assez curieux, on peut constater

¹ Le décret n° 2013-1332 du 7 mars 2013 a abrogé et remplacé le décret n° 2007- 81 du 15 janvier 2007, fixant les conditions et les procédures relatives à l'inscription sur les listes électorales et à l'élection des membres des comités des chambres de commerce et d'industrie (J.O.R.T. 2007, n°6, p.204 et suiv). Selon l'article 3 du décret n° 2007-81, "*On le droit de s'inscrire sur les listes électorales... Commerçant ou industriel inscrit au registre de commerce, ou prestataire de services...*".

² Article 22 du décret n° 2013-1332 du 7 mars 2013.

³ Article 25 du décret n° 2013-1332 du 7 mars 2013.

⁴ S'il s'agit d'un artisan, il doit déclarer son activité conformément à la législation en vigueur (article 3 de la loi 2006-75 du 30 novembre 2006).

⁵ Selon la législation française, les chambres de commerce et d'industrie n'ont pas d'adhérents, mais des ressortissants qui leur sont nécessairement rattachés. Voir, A-P. NOUVION, Répertoire Dalloz de Droit commercial 2005 (actualisation 2015) V° Chambres de commerce et d'industrie, n° 17.

que l'immatriculation va modifier la situation juridique, non plus du commerçant immatriculé lui-même, mais de celui qui contracte avec lui. Ainsi, l'immatriculation fait bénéficier le donneur d'ordre au profit duquel un travail est exercé d'une présomption de non salariat (a). Elle limite le droit de gage des créanciers professionnels au seul actif du patrimoine affecté (b).

a/ L'immatriculation crée une présomption de non salariat:

117-Consécration de la présomption de non salariat: Parallèlement à la présomption de la qualité de commerçant d'une personne immatriculée au registre du commerce, le législateur français a également inséré dans le Code du travail une présomption de non-salariat. Mais, si la première est utilisée pour fixer une qualification, la deuxième emporte, en revanche, une exclusion¹. Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation.

Destinée à éviter que des entrepreneurs ne soient dissuadés d'avoir recours à la sous-traitance, l'article 49 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (dite "*loi Madelin*"), avait prévu une disposition stipulant que les personnes physiques immatriculées ou inscrites sur le registre professionnel des commerçants, des artisans, des agents commerciaux ou des professionnels libéraux, étaient présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de leur activité professionnelle ayant donné lieu à cette immatriculation ou à cette inscription².

¹ Madame Th. AUBERT-MONPEYSSSEN l'a dénommée aussi "*présomption d'activité indépendante*". Voir son article "La définition du salariat par la loi Madelin", Petites affiches, 22 septembre 1995, n° 114, p. 14.

² Voir, A. ARSÉGUEL et Ph. ISOUX, "Loi « Initiative et entreprise individuelle », aspects sociaux", Bull. Joly Sociétés 1 mai 1994, n° 51, p.469, n° 5; AUBERT-MONPEYSSSEN, "La définition du salariat par la loi Madelin", art. préc., p. 14 s.; J. BARTHÉLÉMY, "Contrats de travail et d'entreprise : nouvelles frontières, Réflexions sur la loi Madelin", JCP, 1994, E, p.361; DOROY, "La vérité sur le faux travail indépendant", Droit social 1995, p. 638; DJOUDI, "Sur la loi Madelin", Droit social 1995, p. 631; LAROQUE, "Présentation introductive de la loi du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle", Droit social 1995, p. 631; G. LYON-CAEN, "Où mènent les mauvais chemins [à propos de la loi Madelin]", Droit social 1995, n° 7-8, p. 647; TEYSSIÉ, "Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, commentaire de l'article L. 120-3 du code du travail", Droit social 1994, p. 667.

Abrogées par la loi Aubry II du 19 janvier 2000¹, puis réintroduites par la loi du 1er août 2003², les présomptions de non-salariat sont rétablies aujourd'hui par l'article L. 8221-6-I, du Code du travail³. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite loi "LME"⁴ a ajouté une présomption plus générale, ne reposant pas, à la différence des précédentes, sur le statut du cocontractant, mais sur les modalités d'exécution de la prestation : est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre⁵. Sont principalement concernés les auto-entrepreneurs ou les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée⁶.

118-Avantages de la présomption de non-salariat: Inscrites dans la logique de promotion du développement économique et de l'emploi⁷, les présomptions de non-salariat dispensent la personne au profit de laquelle un travail est exécuté, des obligations pesant sur un employeur. Elles mettent ainsi le donneur d'ordre à l'abri de poursuites pour travail dissimulé⁸. Toutefois, elles ont été vivement critiquées par un auteur⁹, qui a cru y voir dans ces présomptions le moyen artificiel de soustraire un travailleur aux règles protectrices du salariat, en permettant à celui-ci, par la simple expression de sa volonté, de se déclarer sur un registre professionnel comme

¹ Bien accueillie par le milieu patronal, cette disposition avait été, en revanche, vivement critiquée par les syndicats de salariés et par un certain nombre d'inspecteurs du travail (Voir Association Villermé, "La loi Madelin et le Code du travail : à contre-courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet", Droit social 1994, p. 673), qui y ont vu, pour tous les donneurs d'ouvrage intéressés, un moyen de se soustraire à bon compte aux contraintes de la législation sociale inhérentes à l'emploi de salariés, notamment en ce qui concerne la durée du travail, les conditions de rémunération, l'hygiène et la sécurité, le paiement des cotisations sociales, ainsi qu'au domaine du contrôle de l'inspection du travail. Sensible à ces critiques, le législateur a abrogé, par une loi du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, dite "loi Aubry II", ces présomptions de non-salariat.

² Loi du 1er août 2003, relative à l'initiative économique.

³ M. VERICEL, "Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique)", Droit social 2004, n°3, pp. 297.

Les présomptions de non-salariat sont étendues. Sont aussi présumés ne pas être liés au donneur d'ordre par un contrat de travail : les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ; les personnes physiques relevant de l'article L. 123-1-1 du Code de commerce ou du V de l'article 19 de la loi no 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (travailleurs indépendants soumis au régime "micro-social" de la sécurité sociale).

⁴ Journal Officiel 5 Aout 2008 ; F. ROUSSEL et H. MROZ, "Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie", Dr. et patr. octobre 2008, p. 30.

⁵ Article L. 8221-6-1 du Code de travail.

⁶ BARTHÉLEMY, "Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise", JCP, 2009, E, p.1455.

⁷ J. BARTHELEMY, "Contrats de travail et d'entreprise, nouvelles frontières, réflexions sur la loi Madelin", art. préc., p.361.

⁸ A propos de cette notion qui signifie l'emploi non déclaré de salariés afin d'échapper aux charges fiscales et à celles de la Sécurité sociale, voir A. CERF-HOLLENDER, Répertoire de droit du travail 2012 (dernière mise à jour: juin 2014), V° Travail dissimulé.

⁹ VÉRICEL, "Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique)", art. préc., p. 298.

"travailleur indépendant". En fait, ces présomptions sont susceptibles d'abus. Sont dénoncés en particulier les risques d'externalisation du travail, qui consistent, pour un employeur, à inciter ses salariés à se mettre à leur compte (travailleur indépendant, auto-entrepreneur), pour ensuite faire appel à eux en tant que pseudo travailleurs indépendants¹.

119-Nature de la présomption: En dépit de sa pertinence apparente, cette critique doctrinale est, en réalité, injustifiée. En effet, au delà de ce que rappelle, constamment, la Cour de cassation française en droit du travail, qu'"il n'est point permis de renoncer, à l'avance, au bénéfice d'un droit"², le législateur a précisé le caractère réfrégable de la présomption. Selon l'article L.8221-6 du Code de travail, la requalification de la relation en contrat de travail est possible s'il est établi que le cocontractant fournit "*directement ou par personne interposée, des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui le placent dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard de celui-ci*"³.

On peut considérer que l'on se trouve plutôt, en présence d'une présomption mixte⁴. La présomption de non-salariat est renversée en présence d'un lien de subordination juridique. Ainsi, le travailleur immatriculé doit prouver, au regard de ses conditions de travail, l'existence d'un contrat de travail entre lui-même et le donneur d'ouvrage. Il faut établir une absence d'autonomie dans l'exécution du travail, caractérisée par le fait que le donneur d'ordre fixe unilatéralement les conditions et les horaires de travail, donne des directives précises, contrôle l'exécution du travail, en sanctionne les manquements⁵. La chambre sociale estime aussi "*que le travail au sein*

¹ A. CERF-HOLLENDER, Répertoire de droit du travail, 2012 (mise à jour 2014), V° Travail dissimulé, n°39; F. DOROY, " La vérité sur le faux travail indépendant", art. préc., p. 638.

² Pour une application jurisprudentielle de ce principe général et transversal voir notamment, Y. AUBRÉE, Répertoire Dalloz de Droit du travail 2017, V° Contrat de travail, n°28.

³ Article L. 8221-6 du Code de travail français.

⁴ Sont qualifiées de mixtes les présomptions qui, soit en vertu d'un texte précis, soit par application de l'"*esprit de la matière*" ne tolèrent que certaines preuves contraires. Elles constituent, entre les présomptions simples et les présomptions irréfragables, une "*espérance intermédiaire*", les "*présomptions relatives*". Voir, H et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, tome1, op.cit., n°383.

⁵ Voir les exemples d'un artisan inscrit au registre des métiers (Crim. 10 mars 1998, n° 96-86.675, Bull. crim. n°95), d'un transporteur indépendant inscrit au registre du commerce (Soc. 8 juillet 2003, n° 01-40.464, Bull. civ. V, n° 217), d'un gardien-jardinier inscrit au registre du commerce (Soc. 22 mars 2006, n° 05-42.346, Bull. civ. V, n° 119), d'un porteur de presse (Soc. 10 décembre 2002, n° 00-44.646, Bull. civ. V, n° 374), d'un gérant-mandataire au sens de l'article L. 146-1 du code de commerce (Soc. 16 janvier 2008, n° 07-40.055, D. 2008. AJ 477, obs. CHEVRIER), d'un "*associé-gérant*" mis à la disposition d'une autre société pour travailler le dimanche (Crim. 19 juin 2012, n° 11-82.391).

d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail"¹.

Il en découle que l'article L.8221-6 du Code du travail ouvre la voie à la requalification du rapport contractuel en dépit de l'immatriculation du travailleur au registre du commerce. Sera donc, requalifié en contrat de travail le recours à une personne déclarée comme "travailleur indépendant"², lorsqu'elle se trouve chargée par son cocontractant d'exécuter, pour le compte de celui-ci et conformément à ses prescriptions, un travail déterminé qu'il lui rémunère. Sa seule volonté est impuissante à le soustraire au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail.

b/ L'immatriculation crée un patrimoine d'affectation:

120-La personnalité morale et le patrimoine d'affectation: Le patrimoine revêt une importance telle qu'une théorie de la personnalité morale a été élaborée entièrement sur la base de ce concept³. Néanmoins, certains auteurs contestent l'existence même de la personnalité morale en tant que catégorie juridique autonome et refusent de la considérer comme étant une technique d'affectation patrimoniale⁴. Selon cette doctrine, les conséquences traditionnellement attachées à la personnalité morale peuvent résulter d'autres mécanismes juridiques. Cette négation s'est appuyée sur des fondements divers⁵ mais celui qui semble être le plus significatif de ce courant de pensée est le patrimoine sans sujet. Développée surtout en Allemagne, cette théorie assimile la personnalité

¹ C. cass., chambre sociale, 30 novembre 2010, 10-30.086 (inédit), cité par E. JEANSEN, "Salariat. Définition", *JurisClasseur Travail* 2016, fasc. 17-1, n°29.

² Le statut d'"*indépendant*" ne correspond pas nécessairement à une volonté d'entreprendre. En principe, l'indépendant est un véritable entrepreneur. En s'immatriculant, il exprime sa volonté d'exercer une profession commerciale indépendante. Dans ce cas la présomption de non-salariat n'aura pas d'intérêt. Or, parmi les indépendants, on constate qu'il y a un nombre important de personnes qui, dans leurs conditions de travail, ne se distinguent pas vraiment des salariés, et qui sont en réalité dans une subordination étroite de leur donneur d'ouvrage. C'est souvent le cas dans l'essaimage où, dans un premier temps, le travailleur est économiquement dépendant d'un seul donneur d'ordre. Le statut d'indépendant est considéré par certaines entreprises - et cela au mépris de l'ordre public social - comme une simple alternative à un statut de salarié considéré comme trop coûteux et trop contraignant. Ces travailleurs indépendants doivent être distingués des premiers et sont concernés par la présomption de non-salariat.

³ R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, thèse, Paris, 1951.

⁴ Sur cette question voir N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé: éléments pour une théorie*, L.G.D.J., 2004, p. 24 et s.

⁵ Outre la théorie de patrimoine d'affectation, une deuxième théorie a été développée surtout par PLANIOL selon laquelle, la personnalité morale ne recouvrirait qu'une forme de propriété collective, la propriété des biens devant être rapportée non au groupement mais à ses membres. Elle vient souligner que les biens affectés à un groupement, lors même qu'ils sont encore destinés à profiter à ses membres, subissent une modification du régime de leur propriété pour être assujettis au but poursuivi. Il a enfin été soutenu que les effets juridiques de la personnalité morale s'expliqueraient par les liens contractuels existant entre les membres du groupement. Pour plus de détail voir P. COLOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*, Thèse précitée, p.23 et suivantes.

morale à un patrimoine sans sujet, existant dès lors qu'il se trouve affecté à un certain but¹. La théorie du patrimoine d'affectation permet donc à une personne d'affecter d'autant de patrimoine que d'activités distinctes. Affecter, c'est justement soumettre un bien à un usage déterminé.

En France, la théorie allemande du patrimoine sans sujet a trouvé un prolongement dans l'idée de patrimoine d'affectation défendue par SALEILLES, dans le dessein avoué de soustraire au monopole de l'Etat la constitution des personnes morales². Cependant, cette théorie a été largement critiquée surtout qu'elle heurte de front un des piliers du droit français: la conception du patrimoine d'AUBRY et RAU et plus précisément, le principe de "*l'unité du patrimoine*"³. Il était traditionnellement admis que, à l'instar de toute personne physique ou morale, le commerçant ne pouvait être titulaire que d'un seul patrimoine⁴, "*mais... le patrimoine d'une personne n'est pas, à raison de sa nature incorporelle, divisible en parties matérielles ou de quantité, et n'est même pas susceptible, à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres*"⁵.

L'unité du patrimoine, fondée principalement sur des considérations pratiques tirées du respect du droit de gage général des créanciers et de la protection du crédit, constitue aussi un principe qui règne en droit tunisien. Elle puise son fondement dans l'article 192 du Code des droits réels qui dispose que "*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*". L'unité ou l'indivisibilité du patrimoine exprime ainsi, les exigences d'honnêteté. "*Il est moralement juste et socialement utile que, par chacun de ses actes, le débiteur engage*

¹ L'explication de cette dissociation entre patrimoine et sujet est fournie par BRINZ qui s'est référé au droit romain. Pour l'auteur, il n'est pas nécessaire de personnifier le but auquel le patrimoine est affecté, il suffit de s'en tenir à la réalité, c'est à dire à la notion de patrimoine sans maître, simplement affecté à un but. Le patrimoine ne serait plus l'émanation de la personnalité, il trouve son élément fédérateur dans le but pour lequel sont groupés des biens et des dettes spécifiques. Voir D. HIEZ, Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, préface Ph. JESTAZ, Paris, LGDJ, 2003, n°23 et suivnt.

² R. SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théories, Paris, éd. La mémoire du droit, 2003, p.476. Voir aussi SPETH, La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne, Liège, 1957; ROTONDI, "La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle", RTD com. 1968, p.1.

³ F. ZENATI, "Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine", RTD civ. 2003, p.668.

⁴ Ch. LARROUMET, Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, tome1, Paris, 4ème, Economica, 2004, n°415; F. ZENATI, "Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine", art. préc., p.668.

⁵ Ch. AUBRY et C-F. RAU, Cours de droit civil français, 6ème éd. par E. BARTIN, Litec 1942, p. 335, n°573.

l'ensemble de ses biens"¹. Il est donc immoral de permettre à une personne de faire échapper une partie de ses biens à l'emprise de certains créanciers.

Cette solution adoptée par le législateur est préférée à la technique de l'affectation de patrimoine dont la pénétration dans notre droit ne peut être ignorée. Le patrimoine successoral², le fonds de limitation de la responsabilité du transporteur maritime³ et le fonds commun de placement et de créances⁴ dépourvu de la personnalité morale⁵, constituent un patrimoine d'affectation. Cependant, s'agissant de la société unipersonnelle à responsabilité limitée, appelée en droit français l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, on ne peut parler de patrimoine d'affectation⁶ et

¹ M. GRIMALDI, B. REYNIS, "Brèves réflexions d'avant congrès sur le patrimoine professionnel", *Defrénois*, 15 mai 1987, n°9, art.33947, p.588, n°1.

² L'article 241 du Code des obligations et des contrats prévoit que "*les obligations ont effet, non seulement entre les parties elles-mêmes, mais aussi entre les héritiers ou les ayants cause...*". Tout en étant propriétaire des biens à lui dévolus, l'héritier est tenu de faire les actes nécessaires pour payer les créanciers successoraux et s'abstenir de tout acte portant atteinte à leurs droits. Il doit respecter l'affectation de ces derniers pour le paiement des dettes successorales. Cependant, il faudrait préciser que ce ne sont pas tous les biens de l'héritier qui sont affectés au paiement des créanciers successoraux mais uniquement les biens de la succession. La responsabilité de l'héritier est limitée quant aux dettes successorales. S. MELLOULI, "Y-a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien?", *A.J.T.*, 1990, n°3, p.39.

³ Le système envisagé par le Code de commerce maritime consiste à permettre à l'armateur de limiter sa responsabilité pour les dettes nées au cours d'une expédition maritime par la constitution d'un fonds de limitation (les articles 132 à 143 du Code de commerce maritime). D'après ces dispositions, monsieur MELLOULI constate les deux éléments indispensables à tout patrimoine d'affectation: la limitation de la responsabilité du débiteur et le droit de gage exclusif du créancier. Voir S. MELLOLI, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, CERP, Tunis, 1993.

⁴ La société de gestion, mandataire des souscripteurs (article 16 du Code des organismes de placement collectif en valeur mobilière), est qualifiée de propriétaire de fonds commun. Elle a deux patrimoines: le sien propre et, à l'intérieur de celui-ci, mais entouré d'une cloison étanche, le fonds commun de placement. La société de gestion ne répond des dettes dont le titre résulte de la conservation ou de la gestion de l'actif, qu'à concurrence de cet actif. Cette affirmation découle de l'article 49 du Code des organismes de placement collectif en valeur mobilière qui fonde la limitation de la responsabilité de la société en gestion tenant à l'activité de fonds. Les biens de la société de gestion autres que ceux compris dans le fonds sont insaisissables par ses créanciers dont le titre résulte de la gestion du fonds. En revanche, ces créanciers bénéficient d'un droit exclusif sur les biens du fonds; autrement dit, les créanciers personnels de la société de gestion sont exclus du concours avec eux, ils ne peuvent donc pas poursuivre le paiement de leurs créances sur les actifs du fonds.

⁵ Les fonds communs de placement et des créances sont qualifiés par la loi de copropriétés de valeurs mobilières (article 6 relatif aux fonds commun de placement et articles 35 et 37 relatif aux fonds commun de créances du Code des organismes de placement collectif en valeur mobilière).

⁶ Cf. CHAMPAUD, "L'entreprise personnelle à responsabilité limitée: Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français", *RTD com.* 1979, p.579 et suiv.

de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel¹. Nous sommes toujours en présence d'une personne juridique titulaire d'un patrimoine, cette personne est la société, qu'elle soit unipersonnelle ne change rien. La jouissance de cette société de la personnalité morale découle des articles 148 et 4 du Code des sociétés commerciales².

121-L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, technique nouvelle d'affectation du patrimoine en droit français: Quant au législateur français, il a mis longtemps à briser le tabou de l'unité du patrimoine. Dans un premier temps il a préféré permettre à l'entrepreneur de soustraire quelques biens aux poursuites de ses créanciers professionnels³, puis il a rompu définitivement avec le dogme⁴ par la consécration de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Ainsi, en application de la loi n° 2010-

¹ On a vu dans la société unipersonnelle à responsabilité limitée, la reconnaissance de l'idée de patrimoine d'affectation. L'élément déterminant du lien entre les éléments du patrimoine, ne réside plus dans la personne du titulaire mais dans l'affectation commune à la poursuite d'un même but. Il en résulte que si une personne a plusieurs activités, elle peut avoir plusieurs patrimoines et que corrélativement, une masse de biens peut être considérée comme un patrimoine. Si l'entrepreneur individuel choisit la société unipersonnelle à responsabilité limitée, il restreint l'étendu de sa responsabilité. Les créanciers de la société ne pourront obtenir le remboursement de leurs dettes que sur l'ensemble des biens affecté à l'exercice de l'activité de cette société. Les biens personnels de l'entrepreneur ne sont pas engagés. Voir M. GRIMALDI et B. REYNIS, "Brèves réflexions d'avant congrès sur le patrimoine professionnel", art. préc., n°2, p.558.

² Supra, p. 105.

³ En effet, une déclaration d'insaisissabilité a été créée par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 sur l'initiative économique qui a été modifiée par la loi LME n° 2008-774 du 4 août 2008 afin d'étendre le domaine de protection à tout bien foncier bâti ou non bâti qui n'est pas affecté à un usage professionnel. Il s'agit d'un acte unilatéral de volonté d'un entrepreneur individuel pour rendre insaisissables les biens immobiliers qui ne sont pas affectés à un usage professionnel (C. com., art. L. 526-1). Une telle déclaration ne scinde pas le patrimoine de l'entrepreneur. Elle empêche les créanciers, titulaires de créances professionnelles nées postérieurement à la publication de la déclaration au service de la publicité foncière, de saisir les biens visés par celle-ci pour les réaliser et obtenir paiement de leur créance avec le prix de vente de ces immeubles. Certains commentateurs, en 2003, ont considéré que le législateur s'était arrêté au milieu du gué, et qu'il aurait été peut-être préférable de créer un patrimoine d'affectation. Voir C. MALECKI, "La loi pour l'initiative économique : l'insaisissabilité de la résidence principale", Dalloz 2003, chron., p. 2220.

⁴ La consécration de la fiducie scella cependant le sort de la théorie de l'unité du patrimoine, en faisant entrer le patrimoine d'affectation dans le Code civil. C'est ainsi que selon l'article 2011 du Code civil, inséré par la loi no 2007-211 du 19 février 2007, "*la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou [de] plusieurs bénéficiaires*". Selon l'article 12 de la même loi, "*les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation*". Voir, ALBIGES, "La constitution de la fiducie", Dr et patr. 2008, n°171, p.47 et suiv.; BARRIÈRE, "La fiducie. Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007", Bull. Joly 2007, p.440 (1re partie) et Bull. Joly 2007, p. 556 (2e partie) ; "La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence", JCP, E, 2007, p.2053 ; "La fiducie-sûreté", JCP E 2009. 1808; DELEBECQUE, La responsabilité du fiduciaire, Dr et patr. novembre. 2009, p. 42; DELFOSSE et PÉNIGUEL, "Premières vues sur la fiducie", Defrénois 2007, p. 581; G. KHADEM RAZAVI, "Recherche sur la fiducie en droit privé", Les Petites Affiches 23 août 2010, n°167, p. 5 s.

658 du 15 juin 2010¹, tout entrepreneur individuel peut créer un patrimoine d'affectation afin de scinder son patrimoine personnel en deux parties, l'une personnelle et l'autre professionnelle. Seul ce dernier pourra servir de gage à ses créanciers professionnels, sans création d'une personne morale². L'entrepreneur met donc, son patrimoine personnel à l'abri des poursuites de ses créanciers professionnels grâce au mécanisme juridique du patrimoine affecté.

Dans la mesure où l'entreprise individuelle à responsabilité limitée n'est pas une entreprise, mais un patrimoine affecté, ce dernier ne peut recevoir pour qualification que celle d'universalité de droit³ grâce à laquelle l'entrepreneur réalise son activité professionnelle. La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration⁴ effectuée au registre de publicité légale c'est à dire au registre du commerce et des sociétés s'il s'agit d'un commerçant⁵. À compter de cette date, le patrimoine de l'entrepreneur individuel est scindé en deux parties : la première, appelée patrimoine non affecté, composée de tous les éléments actif et passif de l'entrepreneur qui ne sont pas compris dans le périmètre de l'affectation, et par conséquent qui n'ont pas été mentionnés dans la déclaration déposée au greffe. La seconde, le patrimoine affecté, comprend les éléments décrits dans la déclaration d'affectation. Le droit de gage des créanciers professionnels se limite à l'actif du patrimoine affecté, ils ne peuvent plus saisir l'actif du patrimoine non affecté en cas de non paiement de leur créance. En

¹ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, JO 16 juin 2010 - les articles L. 526-6 à L. 526-21 nouveaux du Code de commerce. Voir sur cette question, DINH, "L'EIRL, un hybride en droit français", JCP, E, 2010, 1979; SAINTOURENS, "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi no 2010-658 du 15 juin 2010", Rev. sociétés 2010, p. 351; B. DONDÉRO, "L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, ou l'entrepreneur fractionné. À propos de la loi du 15 juin 2010", JCP, 2010, G, p.679; MARMOZ, "L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise", Dalloz 2010, Chron., p.1570; S. PIEDELIÈVRE, "L'entreprise individuelle à responsabilité limitée", Defrénois 15 juillet 2010, n° 13, p.1417; F. VAUVILLÉ, "Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée", Defrénois 15 septembre 2010, n°15, p. 1649.

² L'entreprise individuelle à responsabilité limitée se distingue donc très nettement de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), qui n'est rien d'autre qu'une société dont l'associé est unique.

³ En fait, il existe deux catégories d'ensemble de biens, l'universalité de droit qui peut être définie comme un ensemble de biens et d'obligations (F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, Les biens, PUF 2008, 3e éd., n° 134), et l'universalité de fait qui ne constitue qu'un regroupement de biens (A. DENIZOT, L'universalité de fait, LGDJ 2008, n° 162 s.). Jusqu'à présent, on peut citer plusieurs exemples d'universalité de fait, et parmi les plus connues, on trouve le fonds de commerce et l'entreprise (à défaut d'avoir acquis la personnalité juridique), mais il n'existait qu'une sorte d'universalité de droit, le patrimoine.

⁴ La déclaration contient des informations prévues par l'article R. 526-3 du code de commerce français.

⁵ Article L. 526-7 du Code de commerce. Il s'agit aussi du répertoire des métiers pour les artisans, du registre spécial des agents commerciaux ou du registre de l'agriculture pour les exploitants agricoles.

principe¹, la limitation du droit de gage ne concerne que les créances professionnelles nées postérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation².

II/ L'immatriculation constitue un critère de rattachement qui détermine le droit applicable.

122-Le droit international des sociétés: La société, comme toute institution de droit privé placée dans un contexte international, pose des problèmes de conflit de lois. Le point de départ est un peu particulier puisque la personnalité juridique est initialement acquise en vertu de la loi qui a présidé à sa constitution. Mais encore faut-il vérifier que la loi utilisée par les fondateurs était bien compétente selon la règle de conflit du for. Et, surtout, il y a lieu d'établir jusqu'à quel point cette loi régit le fonctionnement ultérieur de la société, jusqu'à sa dissolution, sa liquidation et, finalement, la perte de la personnalité morale : on retrouve là le processus classique de délimitation d'une catégorie de rattachement. À dire vrai, la question du choix de la loi applicable peut se poser à deux stades : au moment de la constitution de la société et en cours de vie sociale, lorsque les associés envisagent de changer le rattachement de la société pour la soumettre à une nouvelle loi. On s'intéressera successivement aux deux hypothèses dans lesquelles l'immatriculation au registre du commerce joue un rôle crucial. D'abord, l'immatriculation constitue le critère qui détermine *la lex societatis* (A). Ensuite, elle change le droit applicable si elle est emportée par le transfert international du siège social (B).

A/ L'immatriculation comme critère de détermination de la *lex societatis*:

123-La *lex societatis*: Dans le cadre de ce phénomène de mondialisation, la société a joué un rôle important dans le développement du commerce international. Elle a franchi les frontières étatiques soit à travers les opérations commerciales qu'elle effectue ou encore à travers l'implantation dans un autre pays dans le cadre de la délocalisation. Sur le plan juridique, ceci provoque nécessairement l'incertitude sur la

¹ Toutefois, l'entrepreneur individuel peut opter pour une opposabilité de l'affectation aux créanciers titulaires de créances nées antérieurement à ce dépôt (article L. 526-12, al. 2 du Code de commerce). Pour cela, l'entrepreneur doit indiquer dans la déclaration d'affectation ce choix. Il doit également mentionner les caractéristiques des créances antérieures concernées par cette limitation du droit de gage. Afin de préserver les droits de ces créanciers, l'entrepreneur doit les informer (article L. 526-12, al. 2 du Code de commerce) et leur indiquer les mentions figurant à l'article R. 526-3 du Code de commerce, c'est-à-dire leur fournir les indications figurant dans la déclaration d'affectation. L'entrepreneur doit informer personnellement chaque créancier par lettre recommandée avec accusé de réception dans le mois suivant le dépôt de la déclaration d'affectation (article R. 526-9 du Code de commerce).

² Article L. 526-12, al. 1er du Code de commerce.

loi applicable¹ ; l'existence de deux ou plusieurs systèmes juridiques qui ont vocation à régir une même situation pose le problème du conflit de lois. Toutefois, le problème que suscite le caractère international de la société est différent de celui posé par le caractère international de ses opérations². En effet, c'est la société elle-même qui franchit les frontières étatiques et s'implante à l'étranger dans le cadre de l'extension de son activité. La dispersion sur plusieurs Etats des éléments de la société pose le problème de la détermination de la loi applicable à celle-ci : la *lex societatis*. C'est la loi qui va régir sa constitution, son fonctionnement, le pouvoir de ses organes à l'égard des tiers et sa dissolution. Le problème posé ici est de déterminer parmi les différents éléments d'extranéité qui peuvent rattacher la société à plusieurs Etats, celui qui représente les liens les plus étroits avec un Etat dont la loi est appelée à s'appliquer³.

Contrairement au commerçant personne physique dont la question se présente sous l'angle du statut des étrangers⁴, la société n'est pas régie par la loi nationale⁵. En effet, il n'est pas logique de déterminer les règles de constitution en fonction de la

¹ Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Le droit du commerce international*, Sirey, 1969, p.3 et s.

² Dans cette situation, la société est établie dans un seul Etat et procède à des échanges transfrontaliers : elle est rattachée à un seul ordre juridique ; ce sont ses opérations qui ont un caractère international et qui soulèvent la question de la loi applicable. Le développement des règles propres aux relations internationales, dites les règles matérielles, s'est imposé. Ce sont des normes qui donnent directement, aux rapports internationaux, la solution applicable au fond. La *lex mercatoria* apparaît le meilleur exemple de l'adaptation de la loi à ces rapports puisque celle-ci a comme source non seulement les usages professionnels, la pratique contractuelle ainsi que la jurisprudence arbitrale, mais on reconnaît aujourd'hui l'existence de règles transnationales qui sont issues des différents ordres juridiques étatiques et qui donnent une solution uniforme au rapport international. V° E. GAILLARD, "Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit", *Journal du droit international*, 1995, p. 5, spéc. n°5.

³ A. MEZGHANI, *Commentaire du code de droit international privé*, C.P.U. Tunis 1999, p. 28.

⁴ Voir notamment, N. GUIMEZANES, *Conditions des étrangers – Droits professionnels – Professions commerciales, industrielles et artisanales*, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 525-20; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 4, n° 168 s; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, LGDJ, 8e éd. 1993, n° 5, t. 2, 1976, 6e éd., n° 492, note 19.

⁵ La nationalité et la loi applicable sont néanmoins deux questions différentes. La détermination de la loi applicable correspond à une nécessité technique et repose sur le choix d'un critère de rattachement alors que la détermination de la nationalité exprime la compétence de l'Etat à l'égard de son national, elle traduit l'existence d'un lien d'allégeance engendrant des droits et des obligations (Y. LOUSSOUARN et M. TROCHU, "La nationalité des sociétés", *JurisClasseur Sociétés* 2016, fasc. 28-60, n°42 et suiv.). Ainsi, une société peut être constituée régulièrement sous l'empire de la loi tunisienne et soumise à celle-ci sans pour autant avoir la nationalité tunisienne. La société existe et exerce son activité, mais elle est exclue de la jouissance de certains droits réservés aux sociétés nationales. Déjà, la législation tunisienne se montre particulièrement sévère quant aux conditions exigées pour l'attribution de la nationalité tunisienne aux personnes morales. La lecture de l'article 2 du décret de 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales (Décret n° 61-14 du 30 août 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales, *J.O.R.T.* du 1er septembre 1961, p. 1152, tel que modifié par la loi n° 85-84 du 11 août 1985 ; *J.O.R.T.* 1985, n°59, p. 1028) nous révèle que le législateur prévoit la nécessité du cumul entre plusieurs conditions pour pouvoir obtenir la nationalité tunisienne. Il exige l'existence du siège social en Tunisie et la constitution de la société selon la loi tunisienne. Il exige également que le contrôle, aussi bien au niveau du capital qu'au niveau de la prise des décisions soit détenu par des personnes morales ou physiques de nationalité tunisienne.

nationalité d'une organisation qui n'a pas encore de personnalité¹. Toute référence à la notion de nationalité au stade de la création de la personne morale doit être écartée². En droit international privé comparé, deux grandes familles sont traditionnellement distinguées: les droits qui adoptent le système dit de l'incorporation ; ceux qui soumettent la société à la loi de l'État où la société est immatriculée, donc à son siège social (loi d'immatriculation ou du siège statutaire). Dans le premier système, la société est régie par la loi sous l'empire de laquelle elle a été constituée³ c'est à dire la loi du lieu où elle est "*incorporée*". Toutes les sociétés se créent formellement dans le cadre d'un système juridique, celui qui a été choisi par les fondateurs de la société. À l'inverse, dans le deuxième système⁴, la compétence législative est déduite de la localisation du siège social. Tantôt il s'agit du siège statutaire, c'est-à-dire le lieu désigné comme tel par une clause du pacte social. Tantôt est pris en considération le siège réel : la société est régie par la loi du pays où est implantée son administration centrale et à partir duquel elle est effectivement dirigée⁵. Le critère de siège social s'oppose à celui de l'incorporation qui est très libéral et ne dépend en effet que de la volonté des fondateurs d'incorporer leur société dans un pays plutôt que dans un autre⁶. Les deux critères ne peuvent se confondre si l'on adopte la variante du siège social réel de préférence au critère du siège social statutaire dont le résultat pratique n'est guère éloigné de celui consacré par le recours au système de l'incorporation. Quelle est la position du législateur tunisien?

124-Le siège statutaire: un critère de rattachement: C'est l'article 10 du Code des sociétés commerciales qui a déterminé le droit applicable en disposant que "*Les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire tunisien sont soumises à la loi*

¹ P. MAYER, Droit international privé, 6ème éd., collection Domat, Montchrestien 1998, n°1031.

² N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse, Paris II, 2001, p.312, n°669.

³ Ce système prévaut chez les pays de common law. En vérité, il s'agit à peine d'une règle de conflit. Dans l'ouvrage classique de DICEY and MORRIS, la solution est exprimée en termes de reconnaissance. Pour plus de détail voir H. SYNDET, Répertoire Dalloz de Droit International 2004 (actualisation 2010), V° Société, n°35.

⁴ Ce système est adopté par la plupart des pays d'Europe continentale de l'Ouest, sauf la Suisse, qui s'est ralliée à l'incorporation (V. loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, art. 154, Revue critique de droit international privé 1988. 438).

⁵ Le droit international privé allemand s'est toujours placé à l'intérieur de ce dernier courant. La loi italienne du 31 mai 1995 réserve l'application du droit italien "*si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités [sociétés, associations et fondations] se trouve en Italie*" (article 25 ; texte reproduit à la Revue critique Droit International de droit Privé 1996, p. 179).

⁶ P. MAYER, Droit international privé, 6ème éd., collection Domat, Montchrestien 1998, n°1037.

tunisienne". Si l'on bilatéralise¹ ce texte, il signifie que la loi du siège est compétente. Il semble que ce soit plus précisément le siège social statutaire que le droit prenne en compte et non le siège réel. Le siège réel invoqué par les tiers, n'est déterminant que lorsque le siège statutaire est non seulement fictif mais encore frauduleux². Cette solution a été retenue par une doctrine française en interprétant les articles 1837 du Code civil français et L.210-3 du Code de commerce français³. Les dispositions de l'article 10 susmentionné, les y autorisent également⁴. Il est, en fait, impossible de faire varier la validité de la société en fonction de l'option des tiers⁵. Le critère du siège social statutaire demeure donc, le critère de principe⁶.

125-L'immatriculation: un critère de rattachement: On peut dire que, considérer le siège statutaire comme critère de rattachement c'est donner de l'importance à l'immatriculation pour déterminer le droit applicable. En effet, le siège social, librement choisi par les fondateurs et mentionné dans les statuts, détermine les lieux où doivent être accomplis les formalités légales de publicité exigées de la société, où doivent être déposées certains actes et où s'exerce l'immatriculation. Le greffier ne peut à cet égard, refuser l'immatriculation pour fictivité du siège social indiqué dans les statuts d'une société⁷. L'article 2 de la loi du 2 mai 1995 prévoit que les sociétés ayant

¹ On peut constater d'abord, la structure unilatérale de cet article qui détermine seulement le domaine d'intervention de la loi tunisienne. Lorsque le siège social ne se trouve pas sur le territoire tunisien, l'article 10 ne peut pas être appliqué. Cette structure unilatérale pose le problème de la prévisibilité de la règle de conflit de lois. Ainsi, la "bi-latéralisation" de cette règle unilatérale s'avère nécessaire. La règle de conflit de lois désignée par l'article 10 du Code des sociétés commerciales devient dans ce cas la suivante : la société est régie par la loi de son siège social. Voir, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française, Dalloz, 2001, 4ème éd., p. 1.

نبيل بن عائشة " القانون المنطبق على الشركة"، دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، تونس 2004، ص 63.

² H. SYNVEIT, L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale, thèse dactylographiée, Rennes I, 1979, t.1, n°90 et suiv.

³ Les articles 1837 du code civil et L. 210-3 du Code de commerce français. Voir notamment, H. SYNVEIT, Répertoire Dalloz de droit international, 2010, V° Société, n°40; M. MENJUCQ, Répertoire Dalloz de droit des sociétés 2009 (actualisation 2015), V° Droit international des sociétés, n°100.

⁴ En examinant l'article 10 du Code des sociétés commerciales, on remarque que le législateur accorde une importance particulière au caractère réel du siège social. Mais en réalité, le siège statutaire représentera une référence de principe dans la détermination de la loi applicable et la réalité du siège ne sera évoquée que dans des cas précis. Cette solution se révèle à travers l'examen des discussions de la chambre des députés qui précisent aussi que la désignation du siège réel par l'article 10, a pour but d'éviter l'existence de siège fictif (Discussion de la chambre des députés, 31 octobre 2000, question n°28, p. 71).

⁵ P. MAYER, Droit international privé, 6ème éd., collection Domat, Montchrestien 1998, n°1037.

⁶ Y LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, Droit du commerce international, préface H. Battifol, Sirey 1969, n°343.

⁷ Les sociétés peuvent, pour jouir d'un statut plus favorable, pour des raisons fiscales ou pour bénéficier d'incitation aux investissements, fixer artificiellement leur siège dans une région ou un pays autre que celui où s'effectue leur administration. On peut estimer qu'au moment où le greffier accepte d'immatriculer la société, il ne peut vérifier si le siège déclaré est en même temps le siège réel puisque la société n'a pas encore fonctionné. Le problème de la vérification du caractère réel et sérieux du siège social ne peut être déterminé *qu'a posteriori* et non *a priori*. Voir A. BOUGNOUX, "Siège social", jurisClasseur sociétés, 2007, fasc. 28-30, n° 30.

leur siège social en Tunisie sont tenues de s'immatriculer sans toutefois préciser leur nationalité. On peut donc imaginer la création d'une société étrangère, en Tunisie, dépourvue de liens préexistants avec une autre société ou dans le cadre d'un groupe multinational. Constituant l'une des structures à laquelle une entreprise peut recourir pour l'exercice du commerce international, la filiale est assimilée à cette société étrangère¹ ayant un siège social distinct de celui de la société mère². Elle est donc, assujettie à l'immatriculation au registre du commerce conformément à l'article 2-2° de la loi n° 95-44. Elle doit mentionner son appartenance au groupe au registre du commerce³.

Par conséquent, une société dont les statuts indiquent qu'elle a son siège en Tunisie et qui y a fait l'objet d'une immatriculation au registre du commerce, est soumise à la loi tunisienne sans que l'on s'interroge a priori sur la localisation de son siège réel. Cette orientation en faveur du principe de rattachement des sociétés par leur siège statutaire correspondant aux lieux de leur immatriculation est renforcée par l'article 4 du Code des sociétés commerciales. L'acquisition de la personnalité morale ne résulte plus du contrat de société mais de l'immatriculation. Il s'agit de l'effet constitutif de l'immatriculation (corroborant le siège statutaire) qui lui confère un poids capital comme critère de rattachement des sociétés au droit tunisien et français. Une autorité n'immatricule que des sociétés soumises à son propre droit, ce qui suppose qu'un rattachement ait été préalablement adopté par les fondateurs.

126-Inflexion des solutions dans le cadre communautaire: La question du rattachement se pose aussi pour la "*société européenne*", une nouvelle forme sociale créée par le règlement n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001⁴. Qualifiée de société anonyme nationale de type communautaire plutôt que comme une véritable société de

¹En revanche, certains arrêts français ont refusé la nationalité française à des filiales de sociétés étrangères, ayant pourtant leur siège social en France, par référence à la notion de contrôle (Rennes, 16 juin 1930, D. 1931, 2, 9, note P. Chauveau, en y ajoutant parfois la considération d'un centre d'exploitation situé à l'étranger (Cass. req. 12 mai 1931, S. 1932, 1, 57, note NIBOYET).

²A. M'ZABI, "La filiale en droit des sociétés", Info-Juridiques, n° 12/ 13- Novembre 2006, p. 30 et 31.

³Article 470 *in fine* du Code des sociétés commerciales. De même, la société mère ayant son siège social en Tunisie est tenue de mentionner au registre du commerce les sociétés appartenant au groupe (Article 470 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales.). Il faut admettre que la sortie d'une société du groupe doit également donner lieu à une mention au même registre. La même publicité incombe à la société holding, mais cette dernière doit, en outre, indiquer sa qualité de holding (Article 470 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales).

⁴JOCE, n°L 294, 10 nov. 2001.

droit européen¹ la société européenne relève ainsi à la fois du droit communautaire et d'une loi nationale. Comme le règlement ne traite en définitive que d'une partie relativement limitée du statut de cette société², il sera nécessaire d'adopter des dispositions nationales complétant son régime juridique³. Dans ce cas, le règlement se réfère, pour le rattachement de la société européenne, au critère le plus exigeant, celui du siège réel puisqu'elle doit avoir son siège statutaire et son administration centrale, c'est-à-dire son siège effectif de direction, dans le même État⁴. La dissociation du siège statutaire et de l'administration centrale est interdite par le règlement, et il s'agit même d'un cas original de liquidation de la société si la société ne régularisait pas la situation. Cette sanction peut paraître très sévère, surtout au regard des dernières évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts Centros⁵, Überseering⁶, Inspire Art⁷. La Cour de justice des Communautés européennes a affirmé le caractère suffisant du critère du siège statutaire en matière de liberté d'établissement et l'opposabilité de la loi d'immatriculation. En effet, l'article 12 du règlement 2157/2001 précise que l'immatriculation de la société européenne doit s'effectuer dans l'Etat du siège de la société européenne dans un registre désigné par cette loi conformément à l'article 3 de la première Directive n°68/151/CEE du 9 mars 1968⁸. Ainsi, la société européenne ayant un siège social en France sera immatriculée au

¹ En ce sens, M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, éd. Lextenso, 4ème éd., LGDJ, 2016, n° 97; J.-M. BISCHOFF, "La société européenne, aspects de droit international privé", *Petites affiches* 16 avril 2002, n°76, p. 46.

² Essentiellement des organes de direction, d'administration et de surveillance, en distinguant un système dualiste et un système moniste.

³ F. FAGES et M. MENJUCQ, "Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la société européenne (SE)", *JCP*, 2003, G, p. 1853.

⁴ Règl. n°2157/2001, art. 10.

⁵ CJCE, 9 mars 1999, Centros, aff. C-212/97, concl. A. La Pergola, *Bull. Joly* 1999. 705, note J.-Ph. Dom, D. 1999, Cah. dr. aff., juris., p. 550, note M. Menjucq, *JCP E* 1999, p. 1285, obs. Y. Reinhard *JDI* 2000. 484, obs. M. LUBY, *Rev. pratique des sociétés*, 2000, Bruylant, n°6799, p. 42, note J.-P. DEUEE; *CJCE*, 5 nov. 2002,

⁶ Überseering, aff. C-208/00, *JCP*, 2003, E, n° 448, note M. MENJUCK; *Rev. sociétés* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET.

⁷ Inspire Art, *JCP*, 2004, II, 10002, note M. LUBY; *Dalloz*, 2004, p.491, note E. PATAUT; *JCP*, 2004, E, 252, note V. MAGNIER.

⁸ JOUE, n° L 65 du 14/03/1968. Cette directive est modifiée par la directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 (JOUE n° L 221, 4 sept. 2003, p. 13), toutes deux abrogées et codifiées par la directive CE du 16 septembre 2009 (JOUE n° L 258, 1er oct. 2009, p. 11).

registre du commerce et des sociétés tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se situe le siège de la société européenne¹.

127-Justification de la solution: Par conséquent, le droit tunisien ainsi que français, retiennent le siège social comme critère permettant de retenir la loi applicable; ils se réfèrent donc, au droit de pays de l'immatriculation. Ce choix se justifie par deux considérations essentielles. D'une part, l'immatriculation permet de caractériser un lien suffisant de rattachement de société à un Etat dont la législation est appelée à s'appliquer. Ce lien correspond à l'intégration de la société dans l'économie nationale² dès lors que l'activité de la personne morale sera développée principalement sur le territoire où elle a son siège donc où elle s'est immatriculée. Généralement, on admet que le siège social est celui où se manifeste la société en tant que personne morale et où se trouve le centre effectif de la vie sociale³. D'autre part, ce critère permet d'assurer la stabilité nécessaire à l'unité du statut juridique de la société et par conséquent à son bon fonctionnement. Il est important dans ce cas, que la loi applicable à celle-ci puisse la suivre durant toute sa vie⁴.

B/ Le transfert du siège social exige une nouvelle immatriculation.

128-Effet du transfert international du siège social sur le droit applicable: La concurrence internationale accrue et l'apparition de nouveaux marchés amènent de plus en plus les sociétés à exercer leurs activités sur un autre territoire, c'est-à-dire à transférer leur siège social dans un autre Etat. Le transfert international du siège social

¹ Mais, on doit signaler une particularité relative au respect d'une condition préalable lors de l'immatriculation: il s'agit de l'adoption d'un régime d'implication des salariés. L'immatriculation n'est possible que si l'implication des travailleurs est mise en œuvre conformément aux articles 12 paragraphe 2,3 et 4, article 26 paragraphe 3, article 32, paragraphe 6 de la Directive 2001/86/CE (Directive n°2001/86/CE du 08/10/2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, JOCE, n° L. 294 du 10/11/2001, p.22-32). Voir J-P. BROUILLARD, "La SAE: la société approximativement européenne", JCP, 2007, E, p.40.

² B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française, Dalloz, 4^{ème} éd., 2001, p. 401.

³ C'est aussi où sont prises ses décisions, où sont effectivement exercées par les dirigeants, de façon stable et continue, les principales manifestations de son existence juridique. Le législateur tunisien, en définissant le concept du siège social, a adopté le critère du centre d'administration dans l'article 18 du Code de commerce puis dans l'article 10 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales. Concernant l'apport de la nouvelle définition en comparaison avec l'ancienne, Voir C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, Volume 2, op.cit., p. 207 et suiv.

⁴ Cependant, le critère d'établissement est utilisé pour déterminer la législation applicable au cybercommerçant exerçant une activité commerciale dans l'univers numérique. Toutefois, monsieur LAUBOUÉ estime que la localisation du cybercommerçant ne se fait pas dans cet univers numérique, marqué par l'ubiquité. Il s'agit donc de rattacher le cybercommerçant au monde physique en lui appliquant le critère de l'établissement. L'établissement nécessite une implantation physique et peut aussi se révéler à travers l'immatriculation. Il ressort de cela que le cybercommerçant peut être localisé à travers l'immatriculation. Les conditions relatives à l'immatriculation imposent de disposer d'un établissement sur le territoire au terme des dispositions relatives au registre du commerce. Voir, A-S. LAUBOUÉ, Le cybercommerçant, thèse, Université de Bordeaux, 215, pp.30.

entraîne un changement de compétence législative. Un conflit de lois naît de la modification de l'élément du rattachement juridique de la société qui soumet successivement cette dernière à deux systèmes juridiques différents. Mais, l'un des principes fondamentaux du droit international des sociétés réside dans l'unité du "*statut personnel*"¹ de la société : celle-ci ne doit être rattachée à titre de principe qu'à la loi d'un seul Etat. Si la succession de lois applicables à la société est envisageable dans le cadre d'un transfert de siège, en revanche deux législations nationales différentes ne doivent pas régir en même temps ni le statut d'une seule société ni même simplement l'ensemble de ses rapports externes sous peine de voir naître inévitablement des contradictions entre les dispositions applicables, source d'insécurité juridique et de blocage². Dès lors que la *lex societatis* est déterminée en principe par le lieu d'immatriculation mentionné dans les statuts sociaux, la nouvelle immatriculation emportée par le transfert international du siège social détermine-t-elle le droit applicable?

Une application distributive des deux lois paraît s'imposer: *d'une part*, la décision de transfert est gouvernée par la loi d'origine. En Tunisie, par exemple, la loi n°95-44 du 2 mai 1995 n'a prévu que des procédures spécifiques en cas de transfert de siège social dans un autre gouvernorat³. La question du transfert international du siège social n'a pas été réglementée même dans le Code des sociétés commerciales⁴. Mais,

¹ L'expression de statut personnel des sociétés est parfois utilisée par la jurisprudence française qui procède par analogie avec le statut des personnes physiques en droit international privé.

² M. MENJUCQ, " Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social", Bull Joly Sociétés, 1 février 2000, n°2, p.137.

³ Selon l'article 20 (nouveau) de la loi, la société qui transfère son siège social dans le ressort d'un autre tribunal doit, dans les quinze jours, demander un transfert de l'immatriculation dans le ressort de ce tribunal si elle n'est pas déjà immatriculée à titre secondaire. Dans cette dernière hypothèse, la transformation de son immatriculation secondaire en immatriculation principale s'avère nécessaire. Mais avant de demander un transfert d'immatriculation ou sa transformation, le représentant légal de la société doit déposer au nouveau greffe, compétent en considération du lieu du nouveau siège social, deux exemplaires des statuts mis à jour et d'une pièce annexée aux statuts puis procéder à la publication au Journal Officiel de la République tunisienne conformément à l'article 16 du Code des sociétés commerciales. Le greffier du nouveau siège doit, dans les quinze jours, notifier au greffier de l'ancien siège le dépôt des statuts afin que ce dernier porte une mention relative au transfert du siège au dossier concernant la société et notifie immédiatement l'assujetti par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

⁴ La question du transfert du siège social d'un lieu à un autre dans le même pays n'est évoquée que dans l'article 230 du Code des sociétés commerciales relatif à la société anonyme à directoire selon lequel le déplacement du siège social ne peut être décidé que par le conseil de surveillance sous réserve de ratification par l'assemblée générale ordinaire. Cette règle constitue, en réalité, une exception à la règle de compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire en matière de modification des statuts. Voir C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p. 229.

elle paraît être admise implicitement¹ sous le contexte de changement de nationalité. En effet, le changement volontaire de nationalité s'effectue le plus souvent par le transfert du siège social à l'étranger. Par conséquent, l'accord de l'unanimité des associés est exigé dans ces deux cas².

D'autre part, les statuts devront être adaptés selon les conditions de la loi de l'Etat d'arrivée. A cet égard, la question qui se pose est de savoir si une nouvelle immatriculation doit être requise? Il faut chercher la position du droit tunisien quand une société étrangère vient de s'installer en Tunisie.

129-Transfert international du siège social: nouvelle immatriculation?: On peut constater d'abord, qu'aucun texte n'organise l'insertion de la société initialement de droit étranger dans notre ordre juridique. Le régime de l'immatriculation des sociétés au registre du commerce, issu de la loi du 2 mai 1995, n'a pas été conçu pour des sociétés qui viennent de l'étranger³. En effet, l'article 20 (nouveau) de cette loi parle du transfert du siège social d'une société dans le ressort d'un autre tribunal de première instance. Il

¹ Et ce contrairement au droit suisse qui admet expressément le transfert international du siège social. Il accepte à la fois l'opération du transfert du siège de la suisse à l'étranger (article 163 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 octobre 1987) et l'opération du transfert de siège vers la Suisse (article 161 de la même loi).

² Le Code des sociétés commerciales aborde la question du changement de nationalité volontaire pour fixer la règle de vote nécessaire à la prise de décision dans certaines formes de sociétés (Article 132 du Code des sociétés commerciales relatif à la société à responsabilité limitée et article 74 relatif à la société en nom collectif). La décision unanime des associés exigée expressément pour ces deux formes de société est généralement admise pour le changement de nationalité de toute société, même les sociétés civiles du fait que, comme les sociétés commerciales de personnes, le principe est l'intangibilité des statuts sauf unanimité des associés. Il résulte donc que le transfert international du siège social exige l'accord de l'unanimité des associés. La rigueur de cette règle se justifie par la gravité des conséquences résultant de la décision de transférer le siège social du territoire tunisien vers un autre pays, non seulement vis-à-vis de l'Etat d'accueil mais également vis-à-vis des tiers en relation d'affaire avec la société. Pour monsieur SYNVET, le règle de l'unanimité se justifie aussi, par la théorie des droits propres à l'associé. Ce dernier est titulaire d'un véritable droit acquis à l'application de la loi selon laquelle la société a été constituée. Ainsi, la permanence de la loi applicable, censée une garantie primordiale des associés, exige que toute modification de cette loi suppose leur consentement unanime. Voir H. SYNVET, L'organisation juridique du groupe international de sociétés, thèse, Rennes, 1979, p.109.

Le législateur français a posé une exception en ce qui concerne les sociétés européennes immatriculées en France. Elles sont soumises au règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001, entré en vigueur le 8 octobre 2004 ainsi qu'aux dispositions des articles L. 229-1 à L. 229-15 du Code de commerce. En application de ces dispositions, il apparaît que la société européenne immatriculée en France peut transférer son siège social dans un autre Etat membre sans qu'un vote à l'unanimité des actionnaires ne soit nécessaire.

³ Supra, p. 129 et suiv.

impose "un transfert de l'immatriculation" et non plus une "nouvelle immatriculation"¹, ce qui signifie que le transfert n'affecte en rien l'existence juridique de la société et la continuité de sa personnalité morale. Cette solution est-elle transposable dans le cas du transfert d'une société étrangère de son siège social en Tunisie?

130-Le transfert international du siège social et survie de la personnalité morale: La doctrine n'a traité la question de l'effet du transfert international du siège social que pour prendre partie sur la survie de la personnalité morale. Toutefois, elle n'est pas unanime sur cette question. La possibilité du transfert international du siège social avec maintien de la personnalité morale est fortement controversée. Mais, la doctrine moderne est, dans l'ensemble, favorable à la continuité de la personne juridique malgré le changement de la loi applicable². Les auteurs mettent en avant que l'opposition des thèses de la fiction³ et de la réalité¹ est aujourd'hui dépassée et que la

¹ Expression employée déjà dans la version initiale de l'article avant sa modification en 2010. En effet, l'ancien article 20 imposait à la société de demander une "nouvelle immatriculation" et au greffier de l'ancien siège de procéder d'office à la "radiation". Ces termes, non employés par le législateur français (Article R. 123 du Code de commerce français), donnaient l'impression que la société acquiert une nouvelle personnalité morale après avoir perdu l'ancienne du fait du transfert du siège. Mais, il semblait qu'une telle interprétation n'a pas été adoptée par la doctrine et la jurisprudence aussi bien tunisiennes que françaises. La radiation de la société du registre tenu par le greffier du tribunal de l'ancien siège social est considérée comme l'inscription modificative. Au demeurant, il est admis que la publication du transfert du siège le rend opposable aux tiers. Voir, C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p. 209; C. cass. civ., arrêt n°14602 du 3 juin 1987, Bull. C. cass., 1987, p.175. Concernant la doctrine et la jurisprudence française voir notamment B. SAINTOURENS, Répertoire de droit des sociétés, 2000 (mise à jour 2013), V° Siège social, n°80 et suivant.

Pour lever toute incertitude, l'article 20 (nouveau) tel que modifié en 2010 parle de "transfert de l'immatriculation" et de la mention de la "transformation" dans l'ancien registre. Ainsi, une société ayant transféré son siège social dans le ressort d'un autre tribunal, mais n'ayant pas procédé aux formalités de publicité voulues, il est jugé que le tribunal compétent est celui de l'ancien siège. Toutefois, les tiers peuvent, malgré le défaut de publicité, se prévaloir du transfert effectif du siège social (CA Paris, 13 juin 1989, JCP, éd. E, 1990. I. 15658, n°3, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL; Cass. 2e civ. 20 avr. 1988, D. 1988, IR 128, Gaz. Pal. 1988.2. somm. 490, RTD civ. 1988, p.577, obs. R. PERROT).

² Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, Droit du commerce international, préface H. Batiffol, Paris, Sirey, 1969, p. 293, n° 273; J. Foyer, Rapport de l'ouvrage, "La personnalité morale et ses limites", Institut de droit comparé de l'université de Paris, 1960, p. 118; J.P. GRIDEL, "La personne morale en droit français", Rev. internationale de droit comparé, 1990, p. 496.

³ Adoptant la théorie de la fictivité de la personne morale, une partie de la doctrine estime que seule la loi donne vie à la personnalité morale, celle-ci s'évanouit dès que les associés prétendent écarter la loi qui l'a créée. Le changement volontaire de leur nationalité équivaldrait à un suicide pour les sociétés. La société pourra bien se reformer en pays Etranger, une personne morale nouvelle naîtra, mais différente de l'autre "absorbée" par la législation nouvelle. Si la société veut ainsi émigrer, elle doit nécessairement se dissoudre et constituer une société nouvelle. Voir H. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., n° 429; SAUSER-HALL, "La situation juridique des Etrangers en Suisse", Bull. législ. comp. 1921, p. 232; THIBIERGE, Rapport sur le statut des sociétés étrangères, le statut de l'étranger et le Marché commun, 57e Congrès des notaires de France, Tours 1959; Le statut des sociétés en droit international privé français, rapport au VIIIe Congrès de l'Union du notariat latin: Mexico 1965.

personnalité morale est une simple technique juridique. Si cette technique est commune au pays de l'ancien siège social et à celui du nouveau, "la logique et l'intérêt invitent à dire que c'est la même société qui continue, ce qui permet d'éviter toute solution de continuité"². Dans ce cas, la société doit appliquer la loi du nouveau siège et apporter des modifications à ses statuts pour les mettre en harmonie avec ses propres exigences³. "L'opération s'analyse, en effet, en une adaptation et non en une constitution"⁴.

Pour surmonter le problème du maintien de la personnalité morale lors du transfert international du siège social, une jurisprudence faisait recours aux dispositions relatives à la transformation⁵. En fait, le transfert international du siège ayant pour effet le changement de droit applicable s'accompagne nécessairement d'une transformation de la société, parfois très profonde. Par conséquent, si on accepte la transformation de la forme sociale avec maintien de la personnalité morale, on accepte *a fortiori* ce maintien lors de l'opération du transfert international du siège social. Certes, en droit interne, la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle⁶. Ceci résulte de ce que la personnalité morale procède, non plus du contrat, mais de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui sera maintenu. Or, un tel raisonnement ne peut être tenu en matière internationale : le changement de loi applicable à la société et les transformations qui l'accompagnent supposent la radiation de la société du registre d'origine, et son immatriculation dans le nouvel État. La transformation soulève alors une vraie difficulté sous l'angle du maintien de la personnalité juridique, avec en filigrane le problème de la

¹ S'appuyant sur la théorie de la réalité des personnes morales, d'autres auteurs estiment qu'une même société peut continuer de vivre après transfert du siège social. La personne morale est indépendante de la loi qui la gouverne, elle peut s'y soustraire sans perdre son existence. La société peut donc, transférer son siège social sans perdre son existence. Encore faut-il que la société soit reconnue dans le pays où elle va s'implanter. Voir J-M. BISCHOFF, "Observations sur la validité du transfert international du siège social", in Mélanges Bastian, p. 23 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, T. 1, LGDJ, 8ème éd., 1993, n°194 ; Y. LOUSSOUARN, Les conflits de lois en matière de sociétés, Thèse Rennes 1949, n° 122, p. 239.

² A. BOUGNOUX, "Siège social", jurisClasseur sociétés, 2007, fasc. 28-30, n° 84.

³ Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU, "Nationalité des sociétés", JurisClasseur Sociétés 2016, fasc. 28-60, n° 313.

⁴ *Ib.id.*

⁵ C'est d'ailleurs, très exactement l'analyse de la Cour de justice des communautés européennes, dans l'arrêt *Cartesio*, qui considère le transfert de siège avec changement de loi applicable comme une transformation "en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace" (M. MENJUCK, "N'est pas un être moral nouveau, la société qui a transféré son siège en France", Bull Joly Sociétés, 1 février 2010, n°2, p.176). C'est aussi la position de la Cour d'Appel de Paris, ch. 8, du 3 juin 2014, no 14/03053, Société Financière Écho (L. MARION, "Transfert du siège d'une société de droit français dans l'UE avec maintien de la personnalité morale", Bull Joly Sociétés, 1 octobre 2014, n°10, p.373.).

⁶ Article 4 du Code des sociétés commerciales.

protection des associés et des tiers face à un bouleversement profond du régime juridique applicable à la société¹.

Par conséquent, il ne peut exister une analogie entre l'opération de transformation et celle de transfert international du siège social. Toutefois, et afin d'expliquer le maintien de la personnalité morale, monsieur MENJUCK souligne la parenté des résultats obtenus à travers un transfert international de siège ou une fusion internationale par absorption². Cette pensée mène à dire que si la société absorbante installée en Tunisie est soumise aux règles de publicité prévues pour les augmentations de capital soit une demande d'inscription modificative au registre du commerce...³, la société étrangère dont le siège est transféré en Tunisie doit aussi s'immatriculer au registre du commerce tenu par le greffier du tribunal du nouveau siège social. Selon l'article 2 de la loi du 2 mai 1995, est tenu de s'immatriculer toute société ayant son siège social en Tunisie. Mais cette immatriculation est considérée, selon l'auteur⁴, comme une inscription modificative. Elle a pour effet de rendre opposable le transfert du siège social aux tiers. Elle provoque le changement de la loi national. Par conséquent, le lieu de la nouvelle immatriculation constitue le critère de rattachement qui détermine la loi applicable.

131-Les difficultés de la survie de la personnalité morale: Cette affirmation présentant l'avantage de lever les obstacles artificiellement dressés sur le chemin de ces deux formes de mobilité internationale⁵, suscite, néanmoins des difficultés. Par hypothèse, le changement de la loi applicable dû à un transfert international du siège social, suppose l'abandon de la loi initialement choisie pour régir la société et la soumission de celle-ci à une nouvelle loi. On ne saurait donc trancher la question du maintien de la personnalité morale abstraitement. Il faut considérer les vues de chacune des lois concernées sur le sujet. Elles ne partagent pas nécessairement les mêmes conceptions quant à la personnalité juridique d'une société d'un type donné⁶: si les attributs de la personnalité morale sont différents dans les deux lois en présence, peut-on encore parler de continuation de la personnalité juridique malgré le changement de

¹ Hervé SYNVET, Répertoire de droit international 2004 (mise à jour 2010), V° Société, n°64.

² En effet, l'absorption d'une société nationale par une société étrangère est traitée comme entraînant le transfert du siège social à l'étranger, donc un changement de nationalité. Voir M. MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés, op.cit., n° 225.

³ Infra, p. 156.

⁴ M. MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés, op.cit., n° 225.

⁵ Ibid.

⁶ Sur la question de conflits de lois en matière de capacité juridique voir SYNVET, Répertoire de droit international, 2004 (mise à jour 2010), V° Société, n°118 et suiv.

loi applicable? Surtout, concrètement, pour qu'il y ait maintien de la personnalité juridique, il faut s'assurer que la loi d'origine admet que le changement de droit applicable ne déclenche pas une dissolution de la société, et que la loi d'arrivée permet la reconnaissance à une société préexistante de la personnalité morale telle qu'elle la conçoit, sans exiger une nouvelle constitution¹ ni une nouvelle immatriculation.

Aussi, une telle solution peut paraître incompatible avec les dispositions de l'article 4 du Code des sociétés commerciales stipulant que "*toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce*". Conformément à ces dispositions il paraît impossible d'admettre la survie de la personnalité morale lors du transfert du siège entre deux Etats exigeant l'immatriculation au lieu du siège social². On estime ainsi que le transfert du siège social d'une société implantée à l'étranger, en Tunisie équivaut à la constitution d'une nouvelle société. La société étrangère pourra bien se reformer en Tunisie. Elle doit être immatriculée au registre du commerce tunisien; une personne morale nouvelle naîtra, mais différente de l'autre, absorbée par la législation tunisienne. C'est cette dernière qui donne vie à la personnalité morale et qui la régie. Cette constatation est une conséquence de la consécration de la théorie de la fiction. Ainsi, la société désirant transférer son siège à l'étranger n'aurait d'autre choix que de se dissoudre dans son Etat d'origine pour se reconstituer dans l'Etat du nouveau siège. La nouvelle immatriculation exigée au titre du nouveau siège social détermine le droit applicable à ce nouvel être juridique.

Cependant, cette formule qui consiste à dissoudre la société et à la reconstituer dans le pays choisi, la rend très vulnérable à un moment où elle a le plus besoin de toutes ses forces pour s'implanter sur un autre territoire³. *D'une part*, la dissolution du premier groupement provoque une mutation patrimoniale avec la perception de droits fiscaux. *D'autre part*, les formalités de constitution surtout pour les sociétés de capitaux, sont très nombreuses dans un souci de protection des associés et des tiers. Une telle lenteur risque de nuire à l'entreprise qui envisage ainsi le transfert de son siège social,

¹ SYNDET, Répertoire de droit international, 2004 (mise à jour 2010), V° Société, n°63.

²A savoir la Tunisie et la France. En droit tunisien et Français la société doit impérativement être immatriculée au lieu du siège social.

³Y.LOUSSOUARN, M. TROCHU, "Nationalité des sociétés", JurisClasseur Sociétés 2016, fasc. 28-60, n° 313-317.

alors que de telles investigations ne se justifient pas pour elle puisque tant que les membres du groupement que les cocontractants ont pu déjà l'apprécier. De plus sa capacité réduite durant cette période est susceptible de lui interdire de prendre certaines initiatives fondamentales¹.

132-Droit communautaire: Compte tenu de tels inconvénients, la question de la continuité de la personne morale en cas de transfert de son siège social a été étudiée à maintes reprises au sein de la Communauté européenne². Pour l'heure, seule la société européenne peut aujourd'hui transférer effectivement son siège social³. En effet, l'article 8 du règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001, entré en vigueur le 8 octobre 2004, prévoit un droit au transfert du siège statutaire de la société européenne dans un autre État membre en précisant que ce "*transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle*". Le règlement opte pour une application distributive des lois en présence complétées par des règles matérielles en matière de publicité⁴.

Bien que la société européenne ne perde pas sa personnalité juridique d'origine à l'occasion du transfert de siège, elle doit procéder à une nouvelle immatriculation au registre tenu par l'Etat d'accueil. C'est à partir de cette immatriculation que le transfert de siège et les modifications statutaires en résultant prennent effet, que le nouveau siège social devient opposable aux tiers. Mais, tant qu'il n'a pas été procédé à la radiation de l'immatriculation d'origine, les créanciers, peuvent continuer à se prévaloir du siège d'origine sauf pour la société à démontrer qu'ils sont de mauvaise foi et connaissaient l'existence du nouveau siège⁵. La radiation du registre du commerce doit intervenir à

¹Y.LOUSSOUARN, M. TROCHU, "Nationalité des sociétés", *JurisClasseur Sociétés* 2016, fasc. 28-60, n° 313-317.

² Bien qu'une partie de la doctrine (B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Paris, 5ème éd., Dalloz, 1994, n° 101, p. 119.) estime qu'une reconnaissance implicite du maintien de la personnalité morale peut être déduite de la consécration du principe de la liberté d'établissement, la Cour de justice des Communautés européennes n'en a pas moins décidé que dans l'état actuel du droit communautaire, les dispositions du Traité de Rome (art. 52 et 58) ne conféraient pas aux sociétés d'un État membre le droit de transférer leur siège de direction dans un autre État membre, tout en gardant leur qualité de société de leur État d'origine (CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87 "Daily Mail" : *Juris-Data* n° 1988-604140 ; D. 1989, somm. p. 227, obs. L. CARTOU; *RTD eur.* 1990, p. 357, concl. DARMON). Une Commission devrait bientôt présenter une proposition de 14ème directive sur le droit des sociétés, relative au transfert du siège d'un État membre. Cette 14ème directive demande aux États membres d'adhérer au principe du transfert international du siège au sein de la Communauté. À cette fin, ils sont invités à modifier leurs législations afin d'éviter que le transfert du siège social n'aboutisse à une dissolution dans l'État de départ et à une création de société nouvelle dans l'État d'accueil (Y. LOUSSOUARN, "Nationalité des sociétés", *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2006, fasc. 28-60, n°264).

³ M MENJUCQ, "La circulation internationale des sociétés", *Bull Joly Sociétés*, 4 mai 2001, n°89, p.33.

⁴ Les modalités du transfert sont organisées très précisément par l'article 8 du règlement n°2157/2001 et les articles L. 229-2 et R. 229-3 du code de commerce français.

⁵ Cons. UE, règl. n° 2157/2001, art. 8, § 13.

l'initiative du greffier du tribunal de commerce dès réception de la notification de la nouvelle immatriculation par l'autorité chargée de celle-ci dans l'État où le siège a été transféré¹. Il en découle que la nouvelle immatriculation suivie d'une radiation provoque l'application de la loi du nouveau siège social. Ainsi, pour tout litige survenant avant la nouvelle immatriculation, même si l'action est introduite postérieurement, la société est-elle considérée comme ayant maintenu son siège d'origine, ce qui conserve la compétence des juridictions, par exemple au titre du domicile du défendeur et de la loi de l'État du siège initial comme *lex fori* ou *lex societatis*.

¹ Cette radiation est notifiée à l'autorité chargée de la nouvelle immatriculation. À l'issue des formalités, il est procédé en France à une publication au BODACC, à l'initiative du greffier du tribunal, ainsi qu'à une publication au JOUE.

Chapitre 2: Le rôle probatoire de l'immatriculation.

133-L'extrait d'immatriculation: moyen de preuve: Dans la mesure où la création d'une situation juridique exige l'accomplissement de la formalité de l'immatriculation, la question de la preuve se trouve par cela même résolue. Cette constatation n'a rien de surprenant, parmi les avantages que la loi attend de la publicité des situations, il faut inclure ceux qui en découlent sur le terrain probatoire¹. A cet égard, on peut constater à travers la loi relative au registre du commerce que l'immatriculation possède une fonction autonome de preuve². Toute déclaration aux fins d'immatriculation indique obligatoirement certaines informations. Elle est présentée sur des formulaires administratifs définis par arrêté et accompagnée par des pièces établissant le caractère personnel et unique de l'immatriculation³. Ces renseignements consignés dans chaque registre au nom de toute personne inscrite sont recueillis et centralisés par le registre local tenu au greffe du tribunal et mis à la disposition des administrations, organismes ou toutes personnes intéressées.

Or, la consultation directe du registre et les communications orales ne sont pas possibles. Selon l'article 63 de la loi du 2 mai 1995, le greffier délivre à toute personne qui en fait la demande, une copie, un extrait ou un certificat. La "*copie*" est la reproduction intégrale de toutes les inscriptions figurant au dossier individuel de l'immatriculé. L'"*extrait*" indique l'état de l'immatriculation à la date à laquelle cet extrait est demandé. Le "*certificat*" atteste qu'une personne n'est pas immatriculée au registre du commerce tenu par le greffier auquel le certificat est demandé.

La pratique nous révèle que le document admis par les juges pour constater la qualité de commerçant de l'une des parties au litige ou l'existence juridique d'une société personne morale est celui qui prend la forme d'un extrait émanant du greffier. On peut citer, à cet égard, une enquête réalisée par le Centre de recherche économique

¹ M-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, op.cit., p. 165.

² Les considérations de preuve jouent un rôle important à propos du registre du commerce dans la mesure où différentes présomptions sont attachées à l'accomplissement ou au non-accomplissement de l'immatriculation. A cet égard, madame S. CORNELOUP distingue entre les présomptions qui permettent d'utiliser l'immatriculation comme mode de preuve à l'égard des tiers (la fonction autonome de constitution de preuve) et celles qui n'existent pas pour fournir une preuve, mais pour compléter l'organisation de l'information du public (la fonction d'information servie par des règles de preuve). Dans la seconde catégorie, la présomption ne permet pas de prouver l'existence du fait, mais seulement sa connaissance par le public. Voir S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p. 183 et suiv., n°169 et suiv.

³Article 25 (nouveau) de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995.

français qui a été réalisée auprès d'un échantillon de banques françaises¹. A la question de l'appréciation de l'utile et de l'inutile en matière de publicité dans les affaires, les banquiers ont répondu en citant, au titre de ce qu'ils considèrent même comme étant indispensable, l'extrait du registre du commerce. Les banquiers ont déclaré qu'ils réclament cet extrait pour obtenir la preuve de l'existence juridique d'une entreprise et pour connaître les noms de ses gérants. Ainsi, pour eux, l'extrait constitue en quelque sorte sa "*carte d'identité*"².

Mais, il va de soi que l'immatriculation ne peut jouer son rôle de preuve que si l'extrait sera doté d'une force probante particulière. Contrairement au droit français, le droit tunisien n'a pas précisé cette valeur juridique qu'on doit chercher (Section 2).

Sur un autre point, on se demande comment le tiers désireux d'avoir certains renseignements pourrait-il connaître le greffe auquel il doit s'adresser et lui donner une référence précise, permettant l'obtention de l'information dans les meilleures conditions. Afin de rendre l'information aisée et faciliter l'obtention de l'extrait d'immatriculation, le législateur a mis en œuvre certaines mesures dont il convient de s'interroger si elles sont suffisantes? (Section 1).

Section 1: Les mesures Facilitant l'obtention de l'extrait d'immatriculation.

134-A l'instar des actes de naissance, l'acte d'immatriculation se matérialise généralement par la délivrance d'un extrait. L'extrait d'immatriculation constitue avec les copies et les certificats un document qui est délivré par le greffier à tout intéressé ainsi qu'à l'entreprise elle-même. Rapproché de l'extrait d'acte de naissance, il fait état de l'immatriculation à la date à laquelle cet extrait est demandé. Afin de faciliter son obtention pour s'en servir, le législateur tunisien a instauré un numéro d'immatriculation qui identifie la personne immatriculée (paragraphe 1) et il a imposé sa publicité (paragraphe 2).

¹ Cette investigation s'est placée délibérément dans une perspective très pragmatique, l'objectif assigné étant de connaître les pratiques et de recueillir les appréciations des demandeurs d'informations sur les entreprises les plus significatifs, c'est-à-dire des établissements de crédit, banques ou institutions financières spécialisées. Les résultats de cette enquête ont été exploités par C. ALEXANDRE-CASELLI et E. FORTIS, "Un utilisateur institutionnel, la banque", in "Publicités légales et information dans les affaires", sous la direction d'Alain SAYAG, Litec, 1992, p. 337 et suiv.

² Cette expression est utilisée par madame S. CORNELOUP dans son ouvrage "La publicité des situations juridiques", op.cit., p. 184, n°170.

Paragraphe 1: Le numéro d'immatriculation identifie la personne immatriculée.

135-Le numéro d'immatriculation facilite l'identification et le suivi de l'entreprise et de son évolution. Il en découle qu'il est attribué à une entreprise à l'occasion d'une demande de son immatriculation au registre du commerce. Il est marqué par son caractère unique (I) et interchangeable (II).

I/ Le caractère unique du numéro d'immatriculation.

136-Consécration légale: L'article 3 (nouveau)¹ de la loi du 2 mai 1995 reconnaît à l'immatriculation un caractère unique et personnel. Incorporé dans une section préliminaire intitulée "*Dispositions générales*", il s'applique aussi bien aux personnes physiques que morales. Pour certains juristes, l'immatriculation a un caractère personnel et ensuite unique. Pour d'autres, le caractère unique de l'immatriculation résulte de son caractère personnel².

Cette confusion entre le caractère personnel et le caractère unique de l'immatriculation paraît avoir pour origine les textes juridiques français. Sous l'empire de l'article 51 du Code de commerce (décret du 9 août 1953), la double caractéristique de l'inscription était formellement précisée. "*L'inscription a un caractère personnel et nul ne peut être immatriculé dans plusieurs greffes ou dans un même greffe sous plusieurs numéros*". L'article 9 du décret du 30 mai 1984 est plus ambigu puisqu'il ne mentionne pas la conjonction de coordination "*et*" laissant ainsi planer une incertitude sur l'origine du caractère unique. Actuellement, l'article R. 123-31 du Code de commerce dispose "*L'immatriculation a un caractère personnel. Nul ne peut être immatriculé plusieurs fois à un même registre*". En droit tunisien, la réforme de registre du commerce par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010 semble résoudre cette équivoque. L'article 3 (nouveau) de la loi de 1995 prévoit que "*L'immatriculation au registre du commerce a un caractère personnel. L'assujetti à l'immatriculation ne peut obtenir qu'un numéro unique d'immatriculation principale au registre du commerce...*".

¹ Modifié par l'article 1er de la loi n° 2010-15 du 14 avril 2010.

² M. de JUGLART, B. IPPOLITO, Les sociétés commerciales, volume 2, op.cit., p. 405 ; HOUIN et PEDAMON, Droit commercial, op.cit., p. 157 ; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 252.

137-La signification du caractère unique: Il en découle que le caractère unique et le caractère personnel semble n'être que des expressions redondantes. L'immatriculation serait forcément unique¹ parce qu'attachée à la personne. En effet, les renseignements figurent sous le nom du déclarant et non de l'établissement². A l'ancien "registre analytique" tenu originellement par établissement³ avait succédé des "dossiers individuels"⁴ classés par numéro d'immatriculation⁵ et contenant toutes les déclarations de la personne. Le registre du commerce doit, et ce depuis 1995, être considéré comme un "casier personnel"⁶ par opposition à l'expression de "casier réel"⁷ qui s'appliquait au registre du commerce régi par le décret du 26 juillet 1926⁸.

Puisque l'immatriculation est personnelle, l'assujetti ne peut obtenir "qu'un numéro unique d'immatriculation principale au registre du commerce...". Cette expression qui se rapprochait de l'ancienne version de l'article 8 du décret français du

¹ L'immatriculation avait, sous l'égide du décret du 16 juillet 1926, un caractère « multiple ».

² السيد رشيد الصباغ السجل التجاري في القانون التجاري الجديد عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 محاضرة وردت بالدورة التي نظمها المعهد الاعلى للقضاء حول السجل التجاري يومي 19 و20 جانفي 1996 بتونس.

³ Article 26 du décret du 26 juillet 1916 disposait que "Le registre local, tenu au greffe, comprend deux parties : 1° un registre chronologique; 2° un registre analytique".

⁴ Le registre du commerce consiste en une série de dossiers individuels et non plus un livre, comme était le cas sous l'empire du décret beylical de 1926. L'article 4 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 prévoit que le registre tenu au greffe est composé d'un fichier alphabétique des personnes immatriculées, d'un dossier individuel comprenant la demande d'immatriculation et complété, le cas échéant, par les inscriptions subséquentes et d'un dossier annexe comportant les actes et pièces tenus d'être déposés au registre du commerce par toutes "personnes morales et physiques soumises en vertu de la législation en vigueur à l'obligation de tenir une comptabilité".

⁵ Ce numéro d'immatriculation doit être distingué du numéro de gestion. Selon l'article 10 paragraphe 1 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996 "Le greffier appose sur chaque demande d'immatriculation un numéro de gestion interne qui constitue la référence au greffe...". Le numéro de gestion constitue aussi la référence dans les rapports inter-greffes et les rapports entre les greffes et le registre central (Article 10 paragraphe 2de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996).

⁶ Expression employée par J. DELGA dans sa thèse, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse Université de Paris I- Panthéon-Sorbonne, 1983, p. 97.

⁷ Ibid., p. 93.

⁸ Avant la loi du 2 mai 1995, le décret du 16 juillet 1926 semblait reconnaître à l'immatriculation un caractère réel. Le registre analytique que comprenait le registre local n'était qu'un "casier réel" sur lequel les mentions portées sur le propriétaire de l'établissement ne figuraient qu'en fonction de l'existence de ce dernier. Ainsi, le caractère réel de l'immatriculation signifiait que l'immatriculation était juridiquement tenue par établissement.

23 mars 1967¹ signifie que ce caractère unique n'a pas pour cause la réduction du nombre des établissements principaux à un seul mais la volonté d'attribuer à la "personne" un seul numéro à titre principal et de centraliser en un seul lieu, celui où se trouve le principal établissement, un ensemble de renseignements sur le requérant et ses exploitations. Cette immatriculation principale devra avoir lieu au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve l'exploitation principale ou le siège social de l'assujetti². Toute autre demande ne peut avoir pour effet que d'obtenir une immatriculation secondaire pour les autres établissements de la même personne situés dans d'autres ressorts, une inscription complémentaire pour les établissements situés dans le ressort du tribunal³.

138-Composition du numéro d'immatriculation: Selon la version initiale de l'article 32 de la loi du 2 mai 1995, le numéro unique d'immatriculation "se compose de l'indicatif R.C.S., du nom de la juridiction où est tenu le registre, de la lettre (A) s'il s'agit d'une personne physique, de la lettre (B) s'il s'agit d'une personne morale commerçante, de la lettre (C) s'il s'agit d'une personne morale non commerçante, et du numéro d'identité qui sera déterminé par arrêté". C'est l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce⁴ qui a déterminé le numéro d'identité dans son article 11 selon lequel "Le numéro d'identité est attribué par la centrale informatique prévue à l'article 2 de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995, outre l'indicatif mentionné dans l'article 32 de la même loi précitée le numéro d'identité est composée de l'année en cours suivi d'un numéro attribué suivant l'ordre numérique des demandes à l'échelle nationale". L'article 32 susmentionné a été modifié par la loi du 10 avril 2010 pour disposer que "La composition de ce numéro est fixée par arrêté du

¹ Selon laquelle "Nul ne peut être immatriculé à titre principal à plusieurs registres ou à un même registre sous plusieurs numéros". Déjà cette ancienne disposition ambiguë avait suscité une double interprétation. Pour exprimer le caractère unique de l'immatriculation, monsieur JAUFFRET affirmait "Dorénavant, ce commerçant devra n'être immatriculé qu'une fois pour le commerce qu'il estimera le plus important". Ainsi, l'immatriculation à titre principal est la première que prend une personne physique ou morale, ou du moins, si elle a plusieurs établissements celle qu'elle prend pour l'inscription de son principal établissement. Donc, l'immatriculation était unique parce qu'il n'existait qu'une entreprise, qualifiée de principale par le sujet (Voir A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., p. 242). Cependant, pour une autre partie de la doctrine, l'unicité de l'établissement principal ne peut pas être la cause du caractère unique de l'immatriculation. En effet, ce caractère unique exprime la volonté d'attribuer à la "personne" un numéro unique (Voir J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 107 et s.).

² Article 8 de la loi n° 95-44 (relatif à l'immatriculation d'une personne physique) et l'article 10 de cette loi (relatif à l'immatriculation d'une personne morale).

³ Art. 14 de la loi n° 95-44 ; Rep. com. Dalloz, mars 1998 ; Registre du commerce et des sociétés ; p. 6.

⁴ tel que modifié par l'arrêté de 19 février 2009.

ministre de la justice. Le numéro d'immatriculation est notifié immédiatement par le greffier au requérant par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit". Cette modification n'a pas donc, repris l'indication antérieure des lettres qui désignaient la forme de l'entreprise¹. Mais, aujourd'hui, les greffiers doivent faire face à un vide juridique puisque cet article est entré en vigueur depuis octobre 2010² tandis que l'arrêté du ministre de la justice n'est pas encore apparu.

139-Un numéro unique d'identification en droit français: Contrairement au législateur français, le législateur tunisien a choisi, lors de la réforme de 2010, de maintenir un numéro d'immatriculation pour les entreprises qui sera attribué dans des conditions fixées par arrêté du ministre de la justice. Quant au législateur français, il a remplacé le numéro d'immatriculation attribué par le greffier par le numéro unique d'identification³. Depuis le décret n° 97-497 du 16 mai 1997⁴, pris en application de l'article 3 de la loi du 11 février 1994, et dont les dispositions ont été abrogées et codifiées en partie réglementaire du Code de commerce, les entreprises ont un numéro unique d'identification au répertoire des entreprises, qui est le numéro SIRENE à neuf chiffres attribués par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) lors de leur inscription au répertoire des entreprises⁵. Ce numéro unique d'identification doit être complété à titre d'identifiant spécifique par des mentions prévues par l'article D. 123-236 du Code de commerce français⁶.

Il n'en demeure pas moins qu'un numéro d'immatriculation subsiste, mais il n'est utilisé que pour la seule gestion des dossiers. Il comprend le chiffre de l'année en cours suivi d'une lettre "A" pour les personnes physiques, "B" pour les sociétés commerciales et les autres personnes morales commerçantes, "C" pour les groupements d'intérêt économique et enfin "D" pour les personnes morales non

¹ Toutefois, cette indication subsiste comme "numéro de gestion" pour la gestion des dossiers au sein du greffe et dans les rapports avec l'INNORPI. Selon l'article 10 paragraphe 1 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, ce numéro de gestion est composé "du numéro identificateur du tribunal de première instance, et de l'année en cours, suivi de la lettre (A) s'il s'agit d'une personne physique, de la lettre (B) s'il s'agit d'une personne morale commerçante, de la lettre (C) s'il s'agit d'une personne morale non commerçante et d'un numéro d'ordre chronologique annuel".

² Selon l'article 5 de la loi du 14 avril 2010.

³ RTD com., 1997, p. 429 et 431.

⁴ Décret n° 97-479 du 16 mai 1997 relatif au numéro unique d'identification des entreprises, Dalloz, 1997, législation, p. 266.

⁵ Article D. 123-235 du Code de commerce français, anciennement l'article 1er du décret du 16 mai 1997.

⁶ Ces mentions sont ajoutées par le décret n° 2007-550 du 9 mai 2007.

commerçantes et le numéro d'ordre chronologique annuel¹. Ce numéro sert pour la gestion des dossiers au sein du greffe et dans les rapports avec l'INPI².

140-En Tunisie, il ne faut pas confondre le numéro d'immatriculation avec "l'identifiant national" attribué, par l'Institut National de la Statistique, à chaque entreprise inscrite au répertoire national d'entreprises³ ainsi qu'à chaque établissement qui s'y rattache. En effet, on oppose le registre du commerce dont la numérotation se rapporte aux personnes physiques (commerçants) ou morales, au répertoire national d'entreprises⁴ dont la numérotation se rapporte aux établissements, de sorte que le dossier individuel du commerçant qui ne comporte qu'un numéro unique d'immatriculation au registre du commerce peut comporter plusieurs identifiants nationaux⁵. En effet, l'Institut National de la Statistique attribue un identifiant national pour chaque entreprise inscrite au répertoire et à chacun de ses établissements. Il octroie aussi un code activité de l'entreprise selon la nomenclature officielle des activités⁶. L'identifiant national a un rôle statistique, son attribution à une entreprise ou à un établissement ne crée pas en elle – même une situation juridique déterminée. Il est souvent utilisé comme élément de preuve en matière sociale⁷. Le but recherché est d'obtenir le plus grand nombre d'informations possible, car il s'agit de donner une fiche signalétique de l'entreprise. Les renseignements fournis sont principalement la raison sociale, l'adresse, la forme juridique, le montant du capital social, le détail du ou des secteurs d'activité et le nom des principaux dirigeants⁸. A cette synthèse, ont pu être ajoutées quelques données considérées comme importantes par le diffuseur mais qui ne proviennent pas de la publicité légale : les relations bancaires, les produits fabriqués ou distribués, par exemple⁹.

¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial, op.cit., n° 212.

² H. AZARIAN, "Registre du commerce et des sociétés", Juris-classeur commercial 2013, fasc. 105, n°51.

³ Décret n° 94-780 du 4 avril 1994, portant création du répertoire national d'entreprises, J.O.R.T., 1994, n° 29, p. 613.

⁴ Décret n° 94-780 du 4 avril 1994, portant création du répertoire national d'entreprise, J.O.R.T., 1994, n° 29, p. 613.

⁵ Article 3 du décret n° 94-780 "Un identifiant national est attribué à chaque entreprise inscrite au répertoire ainsi qu'à chaque établissement qui s'y rattache".

⁶ Article 5 du décret n° 94-780.

⁷ V° Commerçant, Dictionnaire Permanent Droit des Affaires 1999, n°28.

⁸ Article 4 du décret n° 94-780.

⁹ "Les diffuseurs de l'information légale", enquête réalisée par HEC-Etudes (M-A Debon et P. Merviel), avec la participation du CREDA : C. ALEXANDRE-CASELLI et A. REYGROBELLET, in Publicités légales et information dans les affaires, étude du centre de recherche sur le droit des affaires sous la direction de A. Sayag, p. 288.

141-Par conséquent, et contrairement à l'identifiant national, le numéro d'immatriculation se rapporte plus à la personne qu'à l'entreprise principale. C'est "le sujet" lui-même, en tant qu'entité juridique, à la tête d'une ou plusieurs entreprises mentionnées dans l'immatriculation à titre principal (et dont les activités peuvent être distinctes), qui est immatriculé. A côté des informations relatives à l'entreprise principale, tous les établissements exploités sont mentionnés dans l'immatriculation¹ afin de permettre aux tiers de connaître plus particulièrement certaines indications sur le sujet immatriculé. La volonté du législateur est donc, de centraliser en un lieu l'ensemble des renseignements relatifs à l'immatriculé qu'il soit personne physique² ou personne morale³. L'immatriculation s'attache plus au sujet exploitant qu'à l'exploitation elle-même.

II/ Le caractère inchangeable du numéro d'immatriculation.

142-Une consécration textuelle expresse: Selon l'article 3 (paragraphe premier nouveau) "L'immatriculation au registre du commerce a un caractère personnel. L'assujéti à l'immatriculation ne peut obtenir qu'un numéro unique d'immatriculation principale au registre du commerce qui demeure inchangé jusqu'à sa radiation, ...".

La personne immatriculée maintient son numéro d'immatriculation jusqu'à sa radiation du registre du commerce. Cette radiation intervient normalement à la cessation d'activité commerciale⁴. Pour les autres faits et actes modifiants sa situation juridique, ils doivent simplement faire l'objet d'une inscription modificative⁵ sous peine d'être inopposables aux tiers. En matière de sociétés, la plupart des évènements sociétaires s'articule autour d'un mécanisme fondamental qui est le maintien de la personnalité morale. Une fois acquise, la personnalité morale survit aux modifications que connaît le groupement⁶ notamment modification de l'objet compatible avec le but initial, prorogation et transformation en une autre catégorie de personne morale⁷. Cette survie assure à la société la plasticité requise pour s'adopter au mieux aux circonstances

¹ L. BOY, M-L. BERMOND, Droit commercial général, Economica, 1993, p. 85.

² Article 9 de la loi du 2 mai 1995.

³ Article 11 de la loi du 2 mai 1995.

⁴ Infra, p. 393.

⁵ Article 16 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

⁶ Pourvu que ces modifications n'affectent pas sa substance. Voir A. BATTEUR, "Le changement de nature juridique des personnes morales", Petites affiches 27 juillet 1992, n° 90, pp. 12.

⁷ L'article 4 du Code des sociétés commerciales.

économiques¹. Afin de sauvegarder les droits des créanciers, elle est consacrée aussi dans l'article 29 du Code des sociétés commerciales aux termes duquel "*La personnalité morale de la société survit jusqu'à la clôture de la liquidation*". Ainsi, la dissolution d'une société n'entraîne pas *ipso facto* sa radiation. D'où, le caractère particulier de la disparition des personnes morales qui réside dans le prolongement de la personnalité juridique au-delà de l'arrêt de l'activité.

Dès lors, la consécration du caractère inchangeable du numéro d'immatriculation trouve tout son intérêt dans les situations particulières où le législateur prévoit la survie de la personnalité morale. L'article 3 de la loi du 2 mai 1995 s'applique dans l'hypothèse de la dissolution d'une société (A) et de mutation de ses structures juridiques (B).

A/ Maintien du numéro d'immatriculation dans les cas de liquidation d'une société dissoute.

143-Le caractère obligatoire de la liquidation d'une société dissoute: La dissolution de la société, c'est à dire sa mort, n'a pas pour conséquence la transmission du patrimoine, mais entraîne une liquidation et un partage. Le législateur a proclamé le caractère obligatoire de la liquidation dans l'article 29 du Code des sociétés commerciales, sauf cas prévus par la loi². La solution a fait l'objet d'une jurisprudence³ bien fixée et approuvée par la doctrine⁴, qui voit dans la liquidation une conséquence inéluctable de la dissolution⁵.

¹A. NENI, "Regard sur le nouveau Code des sociétés commerciales", Colloque les journées de l'entreprise, "L'entreprise, l'environnement juridique et fiscale", Sousse 9-10 novembre 2001, p.65.

² Toutefois, il existe deux exceptions légales à l'obligation de liquidation: fusion-absorption (article 411 du Code des sociétés commerciales) ou une scission totale (article 428 du Code des sociétés commerciales). Dans les deux cas, la liquidation est inutile parce que le patrimoine de la société dissoute se transmet de manière universelle à un nouveau titulaire.

³ Jugement du tribunal de première instance n°500 du 10 mars 1964, R.J.L. 1964, n°2,3, p.113; Cass.com. n°23531 du 25 octobre 1995, R.J.L. 1995, n°9, p.77. Concernant la jurisprudence française Cass. req. 16 août 1880, S. 1882. 1. 176 ; 28 juill. 1896, S. 1900. 1. 391; Cass. civ. 18 oct. 1910, S. 1915. 1. 148; 22 janv. 1930, S. 1930. 1. 185; Cass. req. 7 mai 1935, Gaz. Pal. 1935. 2. 66; Cass. com. 7 août 1951, Bull. civ. II, no 280; 27 janv. 1953, D. 1953. 236.

⁴ G. RIPERT, par R. ROBLLOT, Traité de droit commercial, op.cit., n° 699 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, tome 1, op. cit., n°486 ; J. et E. ESCARRA et J. RAULT, Traité théorique et pratique de droit commercial ; Les sociétés commerciales, par J. RAULT, t. 1, 1951, Sirey, no 280 ; A. MOREAU, Les sociétés civiles, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1954, p.202, n°151; P. ROUBAUD, R. DEVOS, M. DEVOS, J. REVAULT et J. BEHIN, Théorie et pratiques des sociétés civiles, Litec, 1970, p.268.

⁵ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n° 209; A. CATHELIN-ROULAUD, Liquidation des sociétés - Principes généraux de la liquidation, JurisClasseur Sociétés Traité, 2013, fasc. 31-10, n°39.

144-La survie de la personnalité morale d'une société dissoute: Définie comme étant "l'ensemble des opérations consistant, après règlement du passif sur les éléments de l'actif, à convertir ces éléments en argent, de manière que le partage puisse être effectué"¹, la liquidation paraît indispensable pour permettre le partage. Or, pendant cette période qui peut, en raison de sa complexité, s'étendre sur plusieurs années, il est nécessaire que le patrimoine social reste attaché à la personnalité de la société qui sera maintenue pendant la liquidation². La survie de la personnalité morale, admise sans difficulté³, est expressément consacrée en droit tunisien, concernant les sociétés commerciales dans l'article 29 du Code des sociétés commerciales⁴. Toutefois, certains auteurs préfèrent parler plus d'une "continuation" que d'une "survie" de la personnalité morale⁵. La mise en liquidation de la société ne provoque pas la mort de l'être moral et la thèse de la survie par fiction de la personnalité morale⁶ serait juridiquement inexacte et mal dénommée. La société dont la physionomie s'en trouve modifiée⁷, ne cesse pas de vivre pendant la liquidation. Il en découle que la survie revient à maintenir une société

¹ Ch. HANNOUN, Répertoire de droit de sociétés 2007 (mise à jour 2013), V° Liquidation et partage, n°1.

² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, op.cit., n°s 441 et suivant ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, Droit commercial. Sociétés commerciales, Paris, 20ème éd., Dalloz, 2016, n°s 117 et suiv.

³ La survie de la personne morale dissoute a même été promue au rang de standard juridique. Voir C. GAVALDA, "La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation", Mélanges J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 253. Pour d'autres auteurs c'est "une question d'application des principes généraux" (P. ROUBAUD, R. DEVOS, M. DEVOS, J. REVAULT et J. BEHIN, Théorie et pratiques des sociétés civiles, op.cit., p.268)

⁴ La règle est également applicable aux groupements d'intérêt économique (l'article 458 du Code des sociétés commerciales). Pour la société civile, il ne s'agit toutefois, que d'une reconnaissance indirecte de la survie de la personnalité morale. On peut citer l'exemple de l'article 1334 du Code des obligations et des contrats à travers lequel le législateur insiste sur la continuité du contrat de société et non pas son interruption. Il en découle que la société en liquidation continue à bénéficier de sa personnalité morale.

⁵ A. BOUILLOUX, "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", Rev. sociétés 1994, p.393; C. GAVALDA, "La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation", art. préc., p. 253; D. Bastian, "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", Petites affiches 26 août 1983, p. 18; reprenant l'étude: Journ. sociétés 1937, p.1 s.

⁶ La doctrine classique considérait que cette survie reposait sur une fiction nécessaire aux opérations de liquidation. Lors de sa dissolution, la société cesse d'exister pour l'avenir en vue de l'exploitation qui constituait son objet et ne peut plus faire d'opérations nouvelles; toutefois, par une fiction juridique, elle est censée se survivre, uniquement dans la mesure nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation ainsi qu'à la sauvegarde des droits acquis. Voir A. MOREAU, Les sociétés civiles, op.cit., n°151; C. L. LYON-CAEN et L. RENAULT, op. cit., t. 2, n°366 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, tome 1, op.cit., n°486 ; BASTIAN, "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", Journ. soc. 1937, p.1 et suiv; M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", art. préc., p. 234.

⁷ Certes, l'assemblée générale, son organe de volonté, toujours nanti de sa compétence souveraine, subsiste mais, d'autres organes de la société peuvent disparaître (conseil de surveillance, commissaires aux comptes, etc.). En outre, le liquidateur succède au dirigeant.

dissoute, que sa dissolution ait lieu de plein droit, volontairement ou judiciairement¹, pendant un laps de temps destiné à liquider les affaires sociales et préparer le partage. Mais, pour pouvoir survivre, celle-ci doit s'extérioriser². Elle conserve de ce fait l'intégralité des prérogatives et des attributs de la personnalité morale qui subsistent jusqu'à la clôture de la liquidation. Elle garde son autonomie juridique.

145-La survie de la personnalité morale de la société en liquidation entraîne le maintien de son numéro d'immatriculation. L'article 3 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 prévoit que ce numéro "*demeure inchangé jusqu'à (sa) radiation*" de l'immatriculé. Le maintien du numéro d'immatriculation se traduit essentiellement par le maintien des éléments d'identification de la société. En effet, la société en liquidation garde la plénitude de jouir de son nom et de son siège social³ lui permettant de s'extérioriser dans ses relations avec les tiers. Elle continue donc, pendant tout le temps de sa liquidation, à être désignée par sa dénomination sociale. Cette solution traditionnelle se trouve confirmée par les dispositions de l'article 29 du Code des sociétés commerciales⁴ qui précise que la raison ou la dénomination sociale doit être suivie de la mention "*société en liquidation*". Cette mention, ainsi que le nom du ou des liquidateurs doivent également figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers (lettres, factures, annonces et publications diverses)⁵, sous peine d'engager la responsabilité du liquidateur⁶. L'article 29 ajoute que cette dissolution doit être inscrite au registre du commerce et publiée au Journal Officiel pour être opposable aux tiers. La règle est la même pour les sociétés civiles avec une particularité lorsqu'elles sont dissoutes avant terme par la volonté commune des associés; dans ce cas, elles ne seront censées être dissoutes vis-à-vis des tiers qu'un mois après la publication du jugement ou autre acte dont résulte la dissolution⁷. Par conséquent, toute

¹ Les causes de dissolution d'une société sont prévus dans les articles 21 et suivants du Code des sociétés commerciales.

² C. GAVALDA, "La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation", art. préc., p.258.

³ Le maintien du siège social est implicitement reconnu par les articles 30 et 47 du Code des sociétés commerciales. Ces derniers font référence au siège social de la société dissoute pour déterminer le cas échéant le tribunal compétent pour statuer dans les contestations et les affaires se rattachant à la personne morale dissoute.

⁴ L'équivalent de cet article en droit français est l'article L. 237-2, alinéa 1er, du Code civil.

⁵ En droit français, il s'agit de l'article R. 237-1 du Code de commerce.

⁶ Le droit tunisien n'a pas prévu expressément la responsabilité du liquidateur, mais, on peut estimer que la responsabilité sera engagée dans ce cas sur la base, ou bien des règles générales de l'obligation ou bien de la règle de l'article 38 du Code des sociétés commerciales. En revanche, la responsabilité est expressément prévue en droit français. Celui-ci considère que le défaut de la mention constitue une contravention punissable d'amende.

⁷ Article 1326 du Code des obligations et des contrats.

décision prononçant la dissolution de société doit faire l'objet d'une inscription modificative au registre du commerce¹. Le législateur a d'ailleurs sanctionné pénalement le fait de dissimuler que la société est en liquidation. Le liquidateur qui, dans les trente jours de sa nomination, ne procède pas à l'inscription au registre du commerce de la décision de dissolution et de sa nomination est puni d'une peine d'emprisonnement de un à six mois et d'une amende de trois cents à mille dinars².

B/ Maintien du numéro d'immatriculation dans les cas de restructuration de société³.

146-La restructuration de société correspond à une modification statutaire: La situation de crise que connaît la société rend nécessaire, voire obligatoire lorsque la survie de la société en dépend, le recours à des opérations qui affectent de manière directe la structure sociale⁴. Ce changement de forme, de portée peu ou assez importante, ne paraît avoir aucune conséquence au fond. Il est analysé en une modification statutaire au même titre qu'une prorogation de la société ou d'une augmentation du capital social et ce indépendamment des changements de modalités ou du type de groupement. Il permet ainsi la continuité de la personnalité morale et l'être juridique créé maintient son numéro unique d'immatriculation.

¹ En ce qui concerne les dissolutions amiables, la décision de dissolution doit en principe être déposée en double exemplaire au registre du commerce dans le délai de quinze jours à compter de sa date (article 46 nouveau de la loi du 2 mai 1995). Si cette mention n'a pas été faite, le juge du registre du commerce lui enjoint de requérir cette formalité (article 54 de la loi du 2 mai 1995).

² Article 49 du Code des sociétés commerciales.

³ Ch. MASQUEFA, La restructuration, thèse, LGDJ, 2000.

⁴ B. BEL HAJ YAHIA, "Fusion et scission des sociétés", art. préc., p.155; M-M. ELBAROUNI, "Fusion, scission e transformation de sociétés commerciale", art. préc., p.11 (en arabe); A. NENI, "Regard sur le nouveau Code des sociétés commerciales", Colloque les journées de l'entreprise, "L'entreprise, l'environnement juridique et fiscale", Sousse 9-10 novembre 2001, p.65.

147-Ainsi, *constitue une modification statutaire la "transformation"*¹: En effet, le Code des sociétés commerciales, en traitant de la transformation dans ses articles 434, 435 et 144, fait toujours référence aux conditions requises pour la modification des statuts. La transformation d'une société se traduit par une décision prise par *"l'assemblée générale extraordinaire des associés conformément aux dispositions du Code et aux dispositions particulières régissant chaque type de société"*². Elle est régie par le principe majoritaire qui cède dans certains cas la place à une décision unanime³. *"Les nouveaux statuts doivent être publiés conformément aux dispositions de l'article 16 du présent Code"*⁴. Toutefois, le législateur ne s'est pas contenté de renvoyer aux textes qui régissent la modification des statuts. Il a adopté un régime spécifique en raison de la nature particulière de cette modification statutaire. *"C'est qu'en effet, la délibération modificative n'est pas seulement l'abandon des statuts de la société selon sa forme actuelle, elle est aussi constitutive des statuts selon sa forme nouvelle"*⁵. Le changement de forme est un changement du régime juridique applicable à la société transformée.

¹ La transformation d'une société est l'opération consistant à changer sa forme juridique. Le législateur admet cette définition dans l'article 387 du Code des sociétés commerciales. Sur cette question voir notamment J-P. DAVIN, La transformation des personnes morales, thèse 1979, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille. Toutefois, il ne faut pas confondre le caractère et la forme. La forme est un type légal nommé de société, doté d'un régime spécifique qui peut servir à déterminer le caractère civil ou commercial de la société. Il n'y aurait pas, de ce fait, de transformation, si la modification consiste à changer le genre de groupement entraînant une modification d'une autre nature. Passer d'une société à un groupement d'intérêt économique, c'est changer la nature juridique du contrat qui fonde la personne morale (Voir A. CHARVÉRIAT, A. COURET et B. MERCADAL, Sociétés commerciales, Mémento pratique F. Lefebvre, 2005, n°1201). La transformation de société ne recouvre pas, non plus, la modification qui n'entraîne qu'un changement du mode de gouvernement de la société, par exemple en passant d'une société anonyme à conseil d'administration à une société anonyme à directoire et conseil de surveillance, ou en introduisant, dans les statuts, d'une clause de variabilité du capital social qui fait d'une société à capital fixe une société à capital variable. De même, le passage de la société à responsabilité limitée à la société unipersonnelle à responsabilité limitée ne constitue pas une transformation puisqu'elle n'aboutit pas à un changement de forme sociale. En revanche, le législateur, dans l'article 93 du Code des sociétés commerciales parle, sans doute par commodité de langage, de transformation à ce propos (Voir, Ch. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p.229).

² Article 434 du Code des sociétés commerciales.

³ Lors d'une transformation pouvant augmenter les engagements des associés, c'est l'unanimité qui sera engagée, comme le prévoit l'article 143 du Code des sociétés commerciales concernant la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société de personnes ou en société en commandite. En revanche, une majorité spéciale peut parfois être exigée comme lors de la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme où l'article 131 du Code des sociétés commerciales exige la prise de la décision par une majorité de trois quart au moins des parts sociales. Voir P. LE CANNU, "De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité ?", Bull. Joly Sociétés, 1 mai 2005, n°5, p.557.

⁴ Article 436 *in fine* du Code des sociétés commerciales.

⁵ D. LANGE, Répertoire de droit des sociétés 2005 (mise à jour 2012), V° transformation, n°32.

148-La continuation de la personnalité morale: Etant une opération qui vise à changer la forme juridique de la société, la transformation volontaire¹ ou imposée², "n'entraîne pas la perte de la personnalité morale qui subsiste sous la nouvelle forme"³. Contrairement au droit fiscal qui considère la transformation comme une cessation d'entreprise⁴, le droit des sociétés qui a tranché un débat doctrinal ancien relatif à la nature juridique de la transformation⁵, édicte que la réalisation de la transformation ne fait pas perdre à la société sa personnalité juridique⁶ et ne donne pas naissance à une autre nouvelle. L'article 4 du Code des sociétés commerciales prévoit que "*La transformation de la société ou la prorogation de sa durée n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle*". C'est l'ancienne personne morale qui survit avec la nouvelle forme choisie, comme l'ont précisé les professeurs RIPERT et ROBLOT "*la transformation de la société ne modifie pas en elle-même la personne morale existante*"⁷.

¹ Selon les dispositions du Code des sociétés commerciales, la transformation est généralement librement choisie par les associés.

² La transformation est imposée par la loi lorsqu'elle est la seule voie que la loi offre à une société pour échapper à sa dissolution et se mettre en conformité. Elle est prescrite lorsque le montant du capital est, par exemple, tombé en dessous du minimum légal pour les sociétés anonymes (Article 387 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales), lorsque le nombre des associés de la société à responsabilité limitée vient à comprendre pendant plus d'un an plus de cinquante associés (Article 93 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales), ou lorsque le nombre d'associés de la société anonyme est réduit à moins de sept et qu'un an au moins s'est écoulé (Article 387 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales) ou lorsque, dans une société en nom collectif, un associé décède et laisse des héritiers, la société se transforme alors de droit en société en commandite simple (Article 65 du Code des sociétés commerciales).

³ Article 436 du Code des sociétés commerciales. Cette solution est adoptée aussi par le législateur français dans l'article 1844 du Code civil.

⁴ M. MAALAOUI, Memento impôts directs de Tunisie, Tunis, Imp. Signes, 2005, p.146. En revanche, le droit fiscal français distingue entre la transformation réalisée d'une façon régulière, elle n'emporte que le paiement d'un tarif fixe pour droit d'enregistrement sans aucune autre perception d'impôt direct à la charge de la société ou associés et la transformation irrégulière qui entraîne la création d'une personne morale nouvelle, par conséquent, elle sera considérée comme une cessation d'activité de l'entreprise et elle sera analysée comme étant une dissolution de la société ancienne suivie d'une constitution d'une nouvelle société avec toutes les conséquences qu'elle peut emporter.

⁵ Une première opinion reposant sur l'affirmation que la forme est consubstantielle à la société personne morale, prétendait que la transformation était une dissolution de société sous sa forme actuelle suivie de sa reconstitution sous une forme nouvelle. Une deuxième opinion a proposé de dissocier le contrat de la société et sa personnalité morale et de considérer que la transformation résultait d'une novation du contrat de société fondée sur la volonté des associés; ce qui permettait le maintien de la personnalité morale de la société. Pour une discussion des thèses en présence, V. J. TREILLARD, Les transformations des sociétés et l'intérêt des tiers, thèse, Bordeaux, 1951; J-P. DAVIN, La transformation des personnes morales, thèse précitée, p.8 et suivantes.

⁶ J. FISCEL, "L'absence d'un être moral nouveau dans les transformations de sociétés", Gaz. Pal., 1986, doct., p.724.

⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales, tome 2, 21ème éd., LGDJ Lextenso, 2014.

Cette solution, adoptée depuis 1972 par la Cour d'appel de Tunis¹ est confirmée par l'article 433 du Code qui a exclu la société en participation du domaine de la transformation². Ainsi, la transformation d'une société en participation est interdite parce qu'une telle société n'a pas de personnalité morale et que le changement de la forme juridique de la société ne soit admis que pour des sociétés possédant cette personnalité. Si on admet qu'une telle société puisse se transformer, cette transformation équivaudra à la création d'une nouvelle personnalité juridique, et de ce fait, l'opération se doit être qualifiée comme une constitution d'une nouvelle société³.

149-La continuation de la personnalité morale signifie le maintien de l'immatriculation: Le principe de continuité de la personnalité morale, " *pierre angulaire de la construction juridique des transformations*"⁴, emporte des conséquences importantes pouvant être résumées d'une phrase : "*la personne morale conserve intacts ses attributs patrimoniaux et extrapatrimoniaux dont l'exercice et la jouissance doivent seulement s'accomplir conformément au régime juridique applicable selon sa forme nouvelle*"⁵. Elle conserve aussi son numéro unique d'immatriculation conformément à l'article 3 de la loi du 2 mai 1995. Ce numéro inchangé permet de se renseigner sur ses modifications.

150-En outre, la fusion et la scission sont, pour la société absorbante ou sociétés bénéficiaires, des opérations conduisant à modifier leur statuts dans la mesure où elles aboutissent à une augmentation du capital et même à une restructuration complète des dites sociétés⁶. Par conséquent, les dites sociétés conservent leur personnalité morale qui édicte à son tour la règle du maintien d'immatriculation prévue par l'article 3 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

151-Société absorbée: maintien ou perte de sa personnalité morale? Quant aux sociétés absorbées, l'article 411 du Code des sociétés commerciales édicte expressément

¹ Cour d'appel de Tunis n°31133 du 2 février 1972, R.J.L. 1972, n°6, p.61.

² Article 433 du Code des sociétés commerciales.

³ M-H. MONSERIE-BON, "Transformation de sociétés", JurisClasseur Sociétés 2016 (mise à jour 2017), fascicule 33-10, n°3; G. BAFFOY, "La transformation d'une société en participation en société d'une autre forme", JCP, N, 1997, p. 1549; "La transformation d'une société en participation en une société de droit est-elle possible ?", JCP, E, 1998, p. 359.

⁴ J-P. DAVIN, La transformation des personnes morales, thèse précitée, p.23 et suivantes.

⁵ D. LANGE, Répertoire de droit des sociétés 2005 (mise à jour 2012), V° transformation, n°135.

⁶ Leurs capitaux certes modifiés, mais le nombre de ses associés aussi, et par conséquent, vont se voir modifier la composition de l'assemblée générale des actionnaires, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. De plus subiront une modification de l'objet social et le cas échéant la forme sociale.

que "la fusion entraîne la dissolution des sociétés fusionnées ou absorbées..." et par conséquent, la perte de leur personnalité morale. Toutefois, pour une doctrine française ancienne et minoritaire¹, "la société absorbée n'est pas dissoute par la fusion, elle continue son existence sous une personnalité nouvelle, elle se transforme"². Déjà HEMARD considérait qu'au point de vue juridique transformation et fusion sont des opérations voisines³. De son côté monsieur CHEMINADE a considéré que "la fusion constitue le mode de concentration d'entreprises le plus parfait... et que la société absorbée ne perd aucun de ses éléments constitutifs"⁴. Il a ajouté que la transmission qui s'opère dans le cadre de la fusion n'est pas limitée au seul patrimoine, lequel pourrait aussi bien être transmis par d'autres moyens. Elle s'étend à la société elle-même qui "se transmet" corps et biens, mêlant ses éléments à ceux de la société absorbante dont elle emprunte, dès cet instant, la personnalité morale. "C'est l'évidence et aussi une question de bon sens. Il est impossible d'affirmer sans paradoxe que la fusion augmente la puissance économique des sociétés fusionnantes et entraîne la disparition d'une, de plusieurs ou toutes, et on voit mal où serait l'intérêt d'une société prospère de réaliser une fusion qui mettrait prématurément fin à son activité"⁵. Ainsi, la société absorbée continue d'exister avec un nom, une forme voire un objet nouveau⁶. La solution est de l'essence du terme "fusion" qui suppose que les sociétés se fondent l'une dans l'autre, ce qui n'est possible que si les groupes sociaux demeurent et permet de tenir pour acquise la pérennité de la société absorbée. On ne voit pas d'ailleurs, comment on pourrait vivre à deux si l'union tuait un des partenaires⁷.

Cette pensée, bien que contredite par le législateur, trouve de l'écho dans le Code des sociétés commerciales. Les textes régissant la fusion reflètent, dans une certaine mesure, la survivance de la société absorbée. *D'une part*, la nullité du contrat de la fusion conformément à l'article 425 du Code illustre la persistante de sa personnalité morale⁸. Selon l'article susmentionné, la société absorbée va retrouver son existence pour répondre, à côté de la société absorbante, aux dettes et engagements qui découlent

¹ CH. PINITEAU, "A propos de l'évaluation des titres dans la fusion", Gaz. Pal. 1962, doctr., p.20.

² J. COOPER ROYER, De la fusion des sociétés : essai juridique, Dalloz, 1933, n°577.

³ HEMARD, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait.; WAHL, "De la transformation des sociétés", Journ., soc., 1910, p.97 et note S., 1912.2.297.

⁴ Y. CHEMINADE, "Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes", RTD com. 1970, p. 39.

⁵ Ibid., p.42.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p.23.

⁸ Selon l'article 425 du Code des sociétés commerciales, le défaut de publicité ou l'irrégularité de la décision de l'opération sont susceptibles d'entraîner la nullité de la fusion sous peine de la régularisation.

des contrats et autres obligations créés par la société née de la fusion¹. Pour Y. CHEMINADE, il ne s'agit pas là d'une "résurrection", la seule constatation de la nullité par les juges qui se bornent uniquement à constater le droit, n'étant pas de nature à rendre vie à une société prétendument disparue. "*La fusion de la société étant assimilée à une simple modification aux statuts primitifs il est normal que, cette modification étant annulée, la société continue son existence dans les conditions antérieures*"². La fusion apparaît selon cet auteur, comme un moyen de restructuration qui permet de réaliser la pérennité des sociétés commerciales.

D'autre part, la société absorbée conserve sa personnalité dans la mesure des droits qui lui demeurent propres. Elle la conserve à l'égard des créanciers si la fusion est déclarée inopposable à ceux-ci, de sorte qu'il est impossible de parler de transmission universelle. La combinaison des articles 419 et 420 du Code des sociétés commerciales révèle que la fusion, lorsqu'elle est déclarée inopposable aux créanciers, ne met pas entièrement fin à la société absorbée. L'alinéa 1er de l'article 420 du Code dispose que "*Les créanciers de chacune des sociétés qui participent à la fusion conservent leurs droits sur le patrimoine de leur société débitrice*". Selon cet article, les créanciers de la société absorbée, peuvent, le cas échéant, saisir les biens de la société absorbée qui en reste propriétaire. La société absorbée persiste donc, pour le paiement de ses dettes.

Toutefois, l'alinéa 1er de l'article 420 ne doit pas être pris isolément. C'est l'*infine* de cet article qui nous permet de dégager la solution voulue par le législateur en disposant qu'"*A défaut de paiement des créanciers, leurs créances sont transférées avec les sûretés à la société nouvelle ou absorbante. Les créanciers bénéficient dans tous les cas d'une préférence vis-à-vis des créanciers dont la créance est née postérieurement à la fusion que cette créance soit chirographaire ou privilégiée*". Le législateur accorde donc, aux créanciers autorisés à s'en prévaloir³, un droit de préférence qui leur permettra d'être payés par priorité à toutes les autres créances qui vont naître après la décision de la fusion. Ils ont un droit de préférence sur les biens apportés par la société débitrice qui

¹ Article 425 alinéa 5 du Code des sociétés commerciales.

² Y. CHEMINADE, "Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes", art. préc., p.36.

³ Ce sont les créanciers qui ont exercé un droit d'opposition conformément à l'article 419 du Code des sociétés commerciales.

constituaient leur gage avant la fusion. Certains voient, dans cette situation, la création d'un patrimoine d'affectation¹ et ce par assimilation à la matière successorale².

Par conséquent, la fusion et particulièrement la fusion-absorption produit deux effets fondamentalement différents selon qu'on envisage la fusion du côté de la société absorbante ou du côté de la société absorbée. Si la deuxième disparaît définitivement sans qu'il puisse être considéré que sa personnalité morale se poursuit au travers de celle de la société absorbante, la première continue d'exister et reçoit du fait de la fusion l'intégralité des éléments d'actif et du passif de la société absorbée. C'est elle qui maintient son numéro d'immatriculation du fait de la persistance de sa personnalité morale.

152-Groupe de sociétés: Contrairement à la fusion et à la scission qui affectent l'existence même des sociétés concernées (sociétés absorbées, sociétés scindées), le groupe de sociétés laisse subsister en droit la personnalité morale et l'autonomie juridique de chacune des sociétés membres³. Sa création s'obtient essentiellement par la création des sociétés nouvelles⁴, ou par la prise des participations dans des sociétés existantes grâce à l'achat d'un nombre suffisant de parts ou d'actions. La cession d'actions aboutit à faire de la société cédée une filiale et favorise sa subordination économique à la société cessionnaire ainsi que son contrôle. Elle engendre la modification de son statut. En effet, la prise de contrôle s'accompagne généralement, d'une restructuration de la société acquise et d'un changement d'orientation de son activité en fonction des intérêts dominants⁵. Il en découle que, malgré l'existence du

¹ M. MERCADAL et F. JANIN, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, Lefebvre, 14^{ème} éd., p.902.

² Après avoir admis la transmission de la succession au patrimoine de l'héritier dès l'instant du décès de son auteur (Article 85 du Code de statut personnel), le législateur oblige, dans l'article 241 du Code des obligations et des contrats, les héritiers de répondre des dettes successorales jusqu'à concurrence de l'actif de la succession. Le patrimoine successoral constitue un patrimoine d'affectation (voir supra, p. 124).

La même solution est adoptée pour la société absorbée dont les biens sont confondus avec ceux de la société absorbante. Ses créanciers peuvent saisir les biens de cette dernière jusqu'à concurrence de la valeur d'actif net de la société absorbée sans venir sur cette partie du patrimoine en concours avec les créanciers de la société absorbante. Inversement, les créanciers de cette société peuvent saisir les biens de celle-ci sans subir le concours des créanciers de la société absorbée.

³ RIPERT et ROBLOT, *Traité du droit commercial*, tome1, op.cit., p.1160.

⁴ Supra, p.70-71.

⁵ Une société est dite "*mère*" lorsqu'elle contrôle les décisions grâce aux droits de vote qu'elle détient directement ou indirectement. Elle peut avoir un rôle industriel et financier en ayant des actifs industriels qu'elle gère elle-même ou qu'elle confie à une société de mandat ou se contenter d'un rôle exclusivement financier. Dans ce second cas, elle est appelée "*holding*", elle n'a aucune activité commerciale ou industrielle propre et se borne à gérer ses participations financières dans les différentes sociétés (article 463 du Code des sociétés commerciales).

contrôle qui traduit la sujétion économique des sociétés groupées, celles-ci conservent leur personnalité morale propre qui édicte à son tour la règle du maintien du numéro d'immatriculation prévue par l'article 3 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995. Mais, elles doivent mentionner leur appartenance au groupe au registre du commerce¹.

Paragraphe 2: La publicité du numéro d'immatriculation:

153-Publier le numéro d'immatriculation est une nécessité: Le registre du commerce, véritable état civil des entreprises, est un instrument de publicité permettant de renseigner les tiers sur leur demande. Mais, il importe peu de prévoir une information répondant aux besoins des différents intéressés, si elle échappe à ses destinataires qui, faute d'un accès aisé aux informations légales, s'en servent peu ou mal. A cet égard, la question qui se pose est de savoir comment un tiers désireux d'avoir certains renseignements relatifs à l'existence juridique d'une entreprise, pourrait-il connaître le greffe auquel il doit s'adresser et donner à celui-ci une référence précise, permettant l'obtention d'extrait d'immatriculation.

Afin que les tiers puissent aisément connaître le greffe auquel ils doivent s'adresser pour demander cet extrait, le numéro d'immatriculation doit normalement être diffusé. Mais, si le législateur impose l'indication du numéro sur les documents commerciaux (I), il reste réticent au sujet de sa publication dans la presse (II).

I/ L'indication du numéro d'immatriculation sur les documents commerciaux:

154-Législation étrangère: Plus généralement, l'obligation de mentionner le numéro d'immatriculation sur les papiers commerciaux est prévue par toute législation ayant adopté un registre du commerce². En France, l'obligation longtemps consacrée, faite aux commerçants, d'indiquer leur numéro d'immatriculation au registre du commerce sur certains documents, avait été confirmée par l'article 72 du décret du 30

¹ Article 470 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales. Les sociétés ayant leur siège social en Tunisie et soumises au contrôle d'une société mère ayant son siège social en dehors de la Tunisie doivent mentionner leur appartenance au groupe au registre du commerce (Article 470 in fine du Code des sociétés commerciales). Par parallélisme de forme, la sortie du groupe de sociétés doit être mentionnée audit registre (Article 470 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales).

² On peut citer l'exemple de l'article 49 du Code de commerce marocain selon lequel "*Toute personne assujettie à l'immatriculation au registre du commerce est tenue de mentionner dans ses factures, lettres, bons de commande, tarifs, prospectus et autres papiers de commerce destinés au tiers, le numéro et le lieu de son immatriculation au registre analytique*".

mai 1984 devenu l'article R.123-137 du Code de commerce. Les mentions que toute personne immatriculée doit porter sur ses papiers d'affaires, sont détaillées aux 1°, 2° et 3° de l'article R. 123-237 du Code de commerce dans sa rédaction issue du décret n°2007-550 du 9 mai 2007. Elles sont relatives à l'indication du numéro unique d'identification complété de la mention "RCS" suivie du nom de la ville d'immatriculation et du lieu du siège social.

Quant au système allemand du registre du commerce, il ne connaissait pas cette modalité particulière de publicité. L'article 4 de la première directive du conseil des communautés européennes du 9 mars 1968¹, a nécessité une modification de la législation allemande qui est intervenue par la loi du 15 août 1969. Désormais, toute correspondance d'affaire adressée par une société doit comporter outre l'indication de la forme légale et du siège de la société, celle du tribunal qui tient le registre du commerce au lieu du siège social et le numéro d'immatriculation de la société au registre. Il faut observer que cette obligation ne pèse que sur les sociétés de capitaux. Les commerçants, personnes physiques, ne sont pas davantage concernés².

155-Droit tunisien: Si l'entreprise inscrite au répertoire nationale est astreinte à mentionner son identifiant national uniquement dans les correspondances avec l'administration³, elle est tenue par contre, à indiquer son numéro d'immatriculation dans tous les documents relatifs à son activité. Dans le souci de permettre aux tiers intéressés de se procurer plus commodément des extraits au greffe concerné, l'article 67 de la loi du 2 mai 1995 impose à toute personne immatriculée d'indiquer sur les papiers d'affaires, "*le nom du tribunal ainsi que son numéro d'immatriculation*". Ainsi, la mention du numéro d'immatriculation est requise sur les factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires, ainsi que toutes correspondances et récépissés relatifs à l'activité de l'entreprise⁴. Toutefois, on doit préciser que les documents à usage interne des entreprises qui les livrent, n'ont pas à porter cette mention. De même, les

¹ Selon cet article, "*les Etats membres prescrivent que les lettres et notes de commandes portent les inscriptions suivantes : celles du registre auprès duquel le dossier mentionné à l'article 3 est ouvert, ainsi que le numéro d'immatriculation de la société dans ce registre*".

² C.WITZH et N. SPIEGEL, "Les publicités légales en droit allemand", in Publicités légales et information dans les affaires, op.cit., p. 395 et 396 ; CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p. 70 et suiv.

³ Le décret n° 94-780 du 4 avril 1994 oblige dans son article 7.

⁴ Article 67 de la loi du 2 mai 1995.

enveloppes imprimées à en-tête et les emballages ne requièrent pas la mention du numéro d'immatriculation¹.

156-Cas particuliers: En outre, on peut signaler des cas particuliers dans lesquels est exigée l'indication du numéro d'immatriculation. L'article 7 de l'arrêté du ministre de la justice du 19 février 1998² exige la mention³ du numéro d'immatriculation au registre du commerce du bailleur et du preneur dans le registre de leasing⁴ tenu par le greffe du tribunal de première instance. La même disposition est reprise par l'article 6 de l'arrêté du ministre de la justice du 8 mars 2002⁵. Selon cet article, le greffier doit inscrire aux tableaux du registre de nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel⁶, le numéro d'immatriculation du débiteur⁷.

La loi n°2002-82 du 3 août 2002⁸, modifiant et complétant le Code des procédures civiles et commerciales, a ajouté des énonciations obligatoires dans les exploits dressés par les huissiers de justice ou dans les requêtes présentées au greffe du tribunal cantonal ou tribunal de première instance⁹. En effet, si l'une des parties est

¹ Ces précisions étaient apportées en droit français par deux réponses ministérielles respectivement n°10819, JO Sénat Q 18 décembre 1971, p. 3277 et n°38214 : JOAN Q, 26 janvier 1981, p.374.

² Arrêté du ministre de la justice du 19 février 1998, relatif aux procédures d'inscription des opérations de leasing au greffe du tribunal, J.O.R.T. n°17 du 27 février 1998, p. 401.

³ Déjà, l'article 5 de l'arrêté du ministre de la justice du 19 février 1998 exige du bailleur, afin de s'inscrire au registre de leasing, de présenter au greffe du tribunal compétent l'extrait d'immatriculation du preneur au registre du commerce.

⁴ Selon l'article 7 de la loi n°94-89 du 26 juillet 1994 relative au leasing (J.O.R.T. n°60 du 2 mai 1994, p. 1255), les opérations de leasing sont inscrites sur un registre spécial ouvert à cet effet au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel le preneur est immatriculé au registre du commerce. Mais, si le preneur n'est pas immatriculé au registre du commerce, l'inscription est effectuée au greffe du tribunal dans le ressort duquel sont exploités les équipements ou le matériel objet du leasing. Concernant le contrat de leasing en droit tunisien, voir A. KHOULDI, "Le leasing en droit tunisien : Essai d'analyse technique et juridique", R.J.L., 1995, n°10, pp. 5.

⁵ Arrêté du ministre de la justice du 8 mars 2002, relatif aux procédures d'inscription au registre de nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel.

⁶ Selon l'article 6 de la loi n°2001-19 du 6 février 2001, relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel (J.O.R.T. n°12 du 9 février 2001, p. 251), les contrats de nantissement de l'outillage et du matériel de l'équipement professionnel sont soumis à l'inscription sur un registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur est immatriculé au registre de commerce. Si le débiteur n'est pas immatriculé l'inscription est requise au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve l'établissement dans lequel est exploité le matériel nanti ou de celui dans le ressort duquel se trouve le domicile du débiteur. On peut constater que cet article reproduit les dispositions de l'article 7 de la loi n°94-89 relative au leasing. Sur cette question voir

رابحة الغندوري، "رهن ادوات ومعدات التجهيز المهنية في قانون 6 فيفري 2001"، مجلة القضاء والتشريع، نوفمبر 2008، ص. 147.

⁷ L'article 3 de l'arrêté du ministre de la justice du 8 mars 2002 exige du créancier nanti, afin de s'inscrire au registre de nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel, de présenter au greffe du tribunal compétent un extrait d'immatriculation du débiteur s'il est immatriculé.

⁸ Loi n° 2002-82 du 3 août 2002, modifiant et ajoutant quelques articles au Code de procédure civile et commerciale. J.O.R.T. n°65 du 9 août 2002 ; p. 1840.

⁹ Il s'agit respectivement des articles 6 (nouveau), 43 (nouveau) et 70 (nouveau) du Code de procédure civile et commerciale tel qu'ils sont modifiés par la loi n°2002-82 du 3 août 2002.

commerçante (que ce soit demandeur ou défendeur), il faut indiquer le numéro et le lieu de son immatriculation au registre du commerce. Ces mentions sont exigées aussi dans les requêtes présentées au juge de la sécurité sociale. Selon l'article 9 de la loi n°2003-15 du 15 février 2003 portant création de l'institution du juge de la sécurité sociale¹, "*si le demandeur ou défendeur est une personne morale, la requête doit mentionner..., ainsi que le numéro et le lieu de son immatriculation au registre du commerce*". Bien que cet article ne vise que les personnes morales, mais rien n'empêche de l'appliquer si l'une des parties au litige est une personne physique commerçante. De même, doit figurer dans la demande du règlement amiable ou judiciaire la mention du numéro d'immatriculation².

En France, depuis le décret n° 2007-750 du 9 mai 2007, doivent également figurer sur le site Internet de toute personne immatriculée : le numéro unique d'identification de celle-ci, ainsi que la mention du registre au commerce et des sociétés où elle est immatriculée³.

157-Sanctions: Ayant un intérêt réel et certain, l'exigence de la mention du numéro d'immatriculation au registre du commerce dans certains documents est assortie d'une sanction pénale. Selon l'article 70 de la loi du 2 mai 1995, la personne immatriculée qui ne respecte pas cette obligation sera passible d'une amende de cent à mille dinars et, en cas de récidive, d'une amende de deux cent à deux mille dinars. Lorsque le contrevenant est une personne morale, cette peine pèse sur le gérant ou l'administrateur de la société.

En revanche, les autres dispositions particulières imposant cette mention n'édicte pas de sanction pénale. Mais, si l'éviction de l'article 70 est évidente par application du principe de la légitimité des infractions et des peines en matière pénale⁴,

¹ J.O.R.T. n°14 du 18 février 2003 ; p.393.

² *Infra*, p. 452.

³ Ces mentions doivent être complétées, pour les personnes morales, par la mention du lieu du siège social, ainsi que, pour les sociétés dont le siège est à l'étranger, sa dénomination, sa forme juridique, le lieu de son siège social, s'il y a lieu son numéro d'immatriculation dans l'Etat où elle a son siège et, le cas échéant, qu'elle est en état de liquidation.

⁴ Article 1^{er} du Code pénal prévoit que "*Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une disposition d'une loi antérieure*".

le recours aux sanctions civiles nécessite un éclaircissement. Généralement¹, la nullité de la requête n'est admise que si un grief² est prouvé par la partie qui y a intérêt³. Il ne s'agit pas d'une formalité substantielle⁴ ou d'ordre public⁵. En revanche, et concernant la saisie-arrêt, l'article 332 (nouveau)⁶ du Code de procédure civile et commerciale prévoit expressément la nullité de l'exploit d'huissier notaire qui n'énonce pas le numéro et le lieu de l'immatriculation du débiteur saisi. "*Si le débiteur n'y est pas immatriculé, l'exploit doit en faire mention expresse*"⁷.

II/ La publication de l'immatriculation n'est pas imposée.

158-La position de la législation étrangère: Recommandée par une première directive du Conseil des communautés européennes (désormais la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009)⁸, la majorité des législations ayant adopté le système de registre du commerce impose la publication d'un avis des inscriptions au bulletin national. Le législateur français est allé au-delà des prescriptions de cette directive qui l'a imposée au moins pour les sociétés, pour l'étendre même aux personnes physiques. En effet, le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) publie un extrait de toutes les déclarations faites au registre du commerce en cas d'immatriculation, d'inscription modificative et de radiation de personnes

¹ Au cours des délibérations de la chambre des députés le 16 et 17 juillet 2002, le ministre de la justice a déclaré, à propos de l'article 6 (nouveau) de C.P.C.C, que le registre de commerce se rassemble à un dossier médical pour l'entreprise... ses mentions sont indispensables mais leur absence n'engendre pas la nullité. Monsieur Moncef KCHAOU a précisé que cette position du législateur peut être justifiée s'il s'agit d'indiquer des mentions relatives au défendeur. Cependant on ne peut l'accepter s'il s'agit des mentions relatives au demandeur.

المداخلة التي القاها الاستاذ منصف الكشو بعنوان اجراءات الاستدعاء. بمناسبة الملتقى التي نظمتها كلية الحقوق بصفاقس حول الجديد في الاجراءات وطرق التنفيذ من خلال قانون 3 اوت 2002. يومي 13 و 14 ديسمبر 2002

²Y. LOBIN, "La notion de grief dans les nullités des actes de procédure", in Mélanges dédiés à J. Vincent, Dalloz 1981, p. 232 ; WIEDERKEHR, "La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile", Dalloz 1984, chron. 165.

³ Arrêt Cour cass. n°29763 du 12 février 2004, Bull. C. cass. 2004, I, p. 395 ; Arrêt Cour Cass. N° 5240.2005 daté du 9-03-2006 (inédit) ; Arrêt Cour Cass. N° 8883 daté du 30 mai 2005, Bull. C. cass. 2005, I, p. 191.

⁴ Par formalité substantielle on entend celle qui donne à l'acte sa nature, ses caractères, qui en constitue sa raison d'être.

⁵ محمد الصالح الزبيدي " الاستدعاء والتبليغ في قانون 3 أوت 2002", مجلة القضاء والتشريع نوفمبر 2004، ص 96 و 97؛ محمد كمال حلاب "تعليق على التنقيحات الجديدة لمجلة المرافعات المدنية والتجارية"، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 2003، ص 103.

⁶ Le deuxième paragraphe de cet article a été modifié par la loi n° 2002-82 du 3 août 2002.

⁷ Article 332 (nouveau) du Code de procédure civile et commerciale.

⁸ Directive 68/151 (1^{ère} directive sociétés) du 9 mars 1968 - abrogée et codifiée par la directive CE du 16 septembre 2009- selon laquelle, les actes et indications inscrites au registre du commerce font l'objet, dans le bulletin national désigné par chaque état membre, d'une publication soit intégrale ou par extrait, soit sous forme d'une mention signalant le dépôt du document au dossier ou sa transcription au registre.

physiques ou morales¹. Cette publication quasi systématique est effectuée aux frais du nouvel exploitant, à la diligence et sous la responsabilité du greffier qui reçoit les déclarations². Les insertions doivent être transmises dans un délai de huit jours de l'inscription correspondante. Lorsqu'il s'agit d'une immatriculation des personnes physiques ou morales, les avis à publier sont établis et adressés dès la notification du numéro d'identification par l'Institut national de la statistique et des études économiques³. Ils contiennent les références de l'immatriculation⁴.

159-Modes de publications: Cette publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales s'effectue sous la forme d'avis. Des formules imprimées sont remplies par le greffier⁵. En revanche, le droit allemand prévoit la publication obligatoire des inscriptions faites au registre du commerce⁶. Il s'agit d'une reproduction intégrale de ces inscriptions dans le journal fédéral d'annonces légales (*Bundesanzeiger*) et dans un journal local d'annonces légales⁷. C'est le tribunal chargé du registre du commerce qui doit assurer cette publication⁸. De même, le droit suisse prévoit que l'inscription sur le registre du commerce est publiée intégralement et sans délai dans la *Feuille officielle suisse du commerce*, à moins que la loi ou une ordonnance ne dispose que la publication en sera faite partiellement ou par extrait⁹. Il en résulte donc que la publication des inscriptions à un bulletin officiel est de nature à concurrencer le registre du commerce en donnant les mêmes informations contenues

¹ Le contenu des insertions est prévu pour chaque cas par le décret n°67-238 du 23 mars 1967, modifié par le décret du 30 mai 1984 codifié : 1° pour les immatriculations (article R. 123-155 à R. 123-158) ; 2° pour toute vente et cession, apport en société, attribution, partage ou licitation d'un fonds de commerce (article R. 123-211 et R. 123-212). L'avis de radiation est régi par les articles R. 123-216 et R. 123-160. L'avis de publication des inscriptions modificatives de dissolution est régi par les articles R. 123-217 et R. 123-159.

² Article R. 123-218 du Code de commerce français.

³ Article R. 123-161 du Code de commerce français.

⁴ Pour les personnes physiques, l'avis contient les références de l'immatriculation, les noms, nom d'usage, pseudonyme et prénoms de la personne immatriculée, la ou les activités effectivement exercées, le lieu d'exercice, la date du commencement d'exploitation, le nom commercial. Pour toutes les sociétés et les groupements d'intérêt économique, cet avis contient les références de l'immatriculation, la raison sociale ou la dénomination suivie, le cas échéant du sigle et du nom commercial, le montant du capital, l'adresse du siège, l'activité exercée, la forme juridique, noms pseudonyme et prénoms des associés indéfiniment et solidairement des dettes sociales, noms prénoms des gérants...

⁵ Voir, "Les diffuseurs de l'information légale", enquête réalisée par HEC-Etudes (M-A. DEBON et P. MERVIEL), avec la participation du CREDA (C. ALEXANDRE-CASELLI et A. REYGROBELLET), in Les publicités légales et les informations dans les affaires, op.cit., p. 306.

⁶ §§ 10 et 11 H.G.B.

⁷ Selon le § 11, al. 1^{er} H.G.B. " en décembre de chaque année, le tribunal doit spécifier les journaux dans lesquels paraîtront, au cours de l'année suivante, les publications prévues au § 10".

⁸ Le § 10, alinéa 1^{er}, H.G.B. prévoit que "Le tribunal est tenu de faire publier les inscriptions faites au registre du commerce dans le *Bundesanzeiger* et dans un au journal au moins. Les inscriptions sont publiées in extenso, à moins que la loi n'en décide autrement".

⁹ Article 931 du Code des obligations suisse.

dans ce dernier. Les inscriptions au registre du commerce ne se suffisent pas à elles-mêmes ; elles doivent être suivies par la publication destinée à mieux diffuser l'information.

160-Effet de la publication: Il y a lieu de souligner aussi que, contrairement au droit allemand¹ et au droit suisse² qui édictent que l'inscription effectuée au registre du commerce ne produit ses effets qu'après sa publication, c'est l'inscription au registre qui produit effet en droit français. En effet, la publicité au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales est, en principe³, en ce qui concerne le registre du commerce, sans effet juridique. Toutefois, l'existence et l'utilité du bulletin officiel des annonces civiles et commerciales n'est pas remise en cause. Les avis concernant l'immatriculation, publiés, contiennent le numéro d'immatriculation qui permet un meilleur repérage des entreprises.

161-Le législateur tunisien est réticent à propos de cette publication relayant l'information assurée par le registre du commerce. Il n'a pas imposé la publication d'un avis des inscriptions dans le JORT et ce pour une double raison. D'une part, le système adopté du registre du commerce tend à développer ses propres moyens de diffusion de l'information, assurant par conséquent, un certain monopole⁴. D'autre part,

¹ § 15, alinéa 1^{er}, HGB énonce "Aussi longtemps qu'un fait soumis à inscription n'a pas été inscrit et publié, la personne qui devait l'inscrire ne pourra l'opposer à un tiers à moins que celui-ci en ait eu connaissance". Voir notamment C. WITZ et N. SPIEGEL, "Les publicités légales en droit allemand", in Les publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction de A. Sayag, op.cit., p. 390.

² Article 932 alinéa 2 du Code des obligations suisse. Voir notamment R. PATRY, "Les effets de l'inscription sur le registre du commerce en droit suisse", Etude offerte à A. Jauffret, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1984, p.527.

³ Par exception, en matière de société, en exécution de la directive des Communautés européennes du 9 mars 1968, modernisée par la directive n° 2003/58/CE du 15 juillet 2003, relative aux obligations de publicités de certaines formes de sociétés, toutes les deux modifiées et codifiée par la directive CE du 16 septembre 2009, l'ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969 a introduit, dans l'ancienne loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, un article 4-1, devenu l'article L. 210-5 du Code de commerce, qui admet, en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, que l'opposabilité aux tiers des actes soumis à publicité ne résulte pas de la publication au BODACC. Et sur un point particulier, l'article R. 235-3 du Code de commerce, décide que la tierce opposition contre les décisions prononçant la nullité de la société n'est redevable que pendant un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire au BODACC.

⁴ M. GRIBAA, Le registre du commerce, mémoire en vue d'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en droit des affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales (Tunis II) 1995-1996, p. 59.

les éléments juridiques, avant d'être portés au registre, ont fait généralement l'objet d'une publication préalable¹.

Cependant, la réticence du législateur semblait être atténuée par une pratique qui existait lors de la promulgation de la loi du 2 mai 1995. En consultant quelques numéros du JORT de cette époque, on a pu constater² que plusieurs sociétés y publiaient un avis relatif à leur réimmatriculation³.

162-Généralement, la réticence du législateur tunisien semble être critiquable.

A travers le numéro d'immatriculation largement diffusé, il sera aisé à toute personne de connaître le greffe auquel il doit s'adresser pour demander l'extrait d'immatriculation. A cet égard, le JORT⁴ pourrait constituer la principale source d'information sur les entreprises en contenant des renseignements fondamentaux pour une bonne connaissance des acteurs économiques concernés. Il permet d'obtenir une information rapide, surtout qu'il est tenu aujourd'hui sous format électronique. En outre, le Journal officiel, unique pour l'ensemble du territoire tunisien, centralise les informations au niveau national. Pour ces raisons, le législateur tunisien aurait dû, à l'instar du législateur français, imposer l'insertion d'un avis relatif à l'immatriculation de l'entreprise au JORT.

Section 2/ La force probante de l'extrait d'immatriculation.

163-Etant un registre public, le registre du commerce a une valeur authentique: Sans doute, parce qu'elle s'impose comme une évidence, la valeur authentique du registre n'est pas affirmée dans la loi⁵. Toutefois, ne sauraient être considérés comme des registres publics, ceux relatifs à la gestion interne des dossiers en

¹ On peut citer à titre d'exemple la cession du fonds de commerce. Selon l'article 191 du Code de commerce, un extrait d'acte de cession doit être publié au J.O.R.T. à la diligence de l'acquéreur. Par ailleurs, le vendeur du fonds doit se faire radier du registre du commerce (article 23 de la loi du 2 mai 1995) et l'acheteur de son côté doit se faire immatriculer pour pouvoir se prévaloir de sa qualité de commerçant (article 8 alinéa 5 de la loi du 2 mai 1995). En matière de sociétés, l'article 15 du Code des sociétés commerciales impose la publication de l'acte constitutif de la société.

² C'est la constatation faite par monsieur M. GRIBAA dans son mémoire en vue d'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en droit des affaires, intitulé "Le registre du commerce" (Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales (Tunis II) 1995-1996, p. 60).

³ Concernat la réimmatriculation, voir infra, p. 509 et suiv.

⁴ La publicité du numéro d'immatriculation pourrait se faire par insertion dans le Journal officiel des annonces légales. Voir, supra, p. 8.

⁵ Elle se déduit naturellement de la définition d'un acte authentique. Voir infra, p. 173.

cours comme le registre chronologique¹ ainsi que le registre d'arrivée². Seules les informations contenues dans le registre de commerce, registre public, sont susceptibles d'être communiquées au requérant³. Les greffiers communiquent à tout intéressé les renseignements relatifs à l'état de l'immatriculé par écrit qui prend la forme souvent d'un extrait du registre du commerce.

Ce document est délivré, selon l'article 16 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, par le greffier sur "*un support papier ou sur un écran visuel*"⁴. Le choix des supports (papier ou visuel) reflète en réalité le niveau technologique de la société. L'ouverture du droit positif tunisien aux nouvelles technologies de l'information et aux techniques connexes a donné naissance à une panoplie des supports qui relèvent des techniques informatiques⁵. Ainsi, et compte tenu de l'informatisation de la société, le traitement informatique des données portées au registre du commerce a été admis pour les extraits, copies et certificats délivrés par le greffier. L'informatique permet le stockage d'un grand nombre de données sur les entreprises et de les diffuser. Avec le développement des réseaux fermés et ouverts, l'écrit électronique gagne de proche en proche, tous les domaines du monde des affaires. Les formalités qui entourent la vie des entreprises ne pouvaient y échapper. A cet égard, la réforme du 14 avril 2010 permet d'adapter les formalités d'immatriculation au registre du commerce à l'écrit électronique ce qui mène normalement à concevoir la délivrance d'un extrait d'immatriculation électronique. Toutefois, cette possibilité répandue dans la pratique, doit être distinguée de la reconnaissance juridique d'un extrait établi sous forme électronique. Dépourvu de tout effet juridique faute d'un texte spécifique qui en précise les conditions et modalités (Paragraphe 2), ce dernier doit être distingué de celui sur

¹ Article 31 (nouveau) de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995.

² Article 28 (nouveau) de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995.

³ L'obligation des tiers de s'informer ne se conçoit que si sa mise en œuvre est utile. Or, en matière de registre du commerce, il existe des éléments juridiques, bien que portés au registre, ne sont pas communiqués au public. Il s'agit des décisions énumérées à l'article 66 de la loi du 2 mai 1995. Par conséquent, la présomption de connaissance de ces décisions n'est plus déclenchée, puisque devenues sans objet. En outre, aucun devoir de s'informer n'incombe aux tiers à propos des limitations statutaires des pouvoirs des gérants. En effet, les clauses limitant les pouvoirs du gérant d'une S.A.R.L. sont inopposables aux tiers même en cas de publication des statuts (art. 114 du Code des sociétés commerciales).

⁴ Sur le plan national, les renseignements que comporte le registre central du commerce, sont délivrés "*sur imprimés ou sur un écran visuel*" (Article 4 de l'arrêté des ministres de la justice, du commerce et de l'industrie du 22 février 1996, fixant les conditions d'inscription et de dépôt au registre central du commerce).

⁵ Il convient de distinguer les trois catégories de supports : supports liés aux techniques de communication (téléphone, télégramme, télex, télécopie et minitel), supports liés aux techniques de reproduction (microfilm) et les enregistrements informatiques.

support papier. En effet, la loi ne permet aux différentes instances d'accepter l'information communiquée par l'assujetti que sous la forme de documents sur support papier. Encore faut-il préciser qu'elle n'a reconnu son caractère authentique qu'implicitement (Paragraphe 1), et ce contrairement au droit français qui a consacré l'authenticité de l'extrait quel que soit le support.

Paragraphe 1: L'extrait d'immatriculation: support papier

164-L'énoncé du problème en droit tunisien: En France, le décret n°2009-1150 du 25 septembre 2009¹ a ajouté à l'article R. 123-152 du Code de commerce Français une précision selon laquelle le document communiqué par le greffier "*fait foi jusqu'à preuve contraire*". Désormais, les extraits ou certificats du registre du commerce délivrés par les greffes ont valeur authentique, faisant foi jusqu'à inscription de faux². Une telle précision n'a pas été apportée par le législateur tunisien lors de la réforme du 14 avril 2010. En fait, il n'est nullement fait état de la faculté d'établir des actes authentiques dans la loi relative au registre du commerce. On doit donc chercher si le législateur a attribué le caractère d'authenticité à l'extrait émanant du greffier?

Sous l'empire du décret beylical du 16 juillet 1926, il était consacré implicitement l'authenticité de la copie des inscriptions portées au registre qui devait être "*certifiée conforme par le magistrat chargé de la surveillance du registre*". En effet, le législateur qui subordonne la reconnaissance de l'authenticité à la qualité d'officier public du rédacteur³ a reconnue au juge cette qualité⁴ depuis la promulgation du Code des obligations et des contrats en 1906⁵. Après la promulgation de la loi du 2 mai 1995, le législateur confie au greffier la mission de délivrer les copies et extraits sans prévoir la possibilité de les certifier par le juge. Mais, est-ce-que ces documents ont la même valeur juridique que ceux certifiés par un juge?

¹ Décret n° 2009-1150 du 25 sept. 2009 relatif aux informations figurant au registre du commerce et des sociétés, J.O. du 30 sept. 2009, p. 15840.

Ce décret a modifié les dispositions contenues dans la partie réglementaire du code de commerce et relatives aux conditions et modalités de délivrance par le greffier des divers documents figurant au registre du commerce et des sociétés.

² Article R. 123-152 du Code de commerce français.

³ L'article 442 du Code définit l'acte authentique comme étant l'acte "*qui a été reçu avec les solennités requises par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé*".

⁴ Selon l'article 443 du Code, les actes reçus par les juges ainsi que les jugements qu'ils rendent sont considérés des actes authentiques.

⁵ Décret du 15 décembre 1906, portant promulgation du Code tunisien des obligations et des contrats (J.O.R.T., n°100 supplémentaire du 15 décembre 1906).

La doctrine française ancienne a suggéré de ne pas se méprendre sur le sens qu'il faut donner au mot "*copies*"; il s'agit bien dit-on d'une copie certifiée conforme par le greffier du registre qu'il détient¹. La fiabilité des documents délivrés par greffier était donc, reconnue malgré le silence de la version initiale des dispositions du décret du 30 mai 1984. En droit tunisien, la solution doit être cherchée dans les dispositions du Code des obligations et des contrats. Selon l'article 471 du Code des obligations et des contrats, les copies de pièces administratives ou judiciaires délivrées par les fonctionnaires habilités à se faire par des règlements administratifs produisent les mêmes effets que les originaux². Deux règles sont toutefois à signaler. D'une part, ces copies ou photocopies doivent, pour avoir le même effet que les originaux, être certifiées conforme à l'original. D'autre part, elles ne doivent contenir ni rature ni altération. Il est à signaler que la Cour de cassation, dans son arrêt n°8462 rendu le 4 janvier 1973³, s'est basée sur l'article 470 du Code des obligations et des contrats pour décider que la copie du contrat de location délivrée par le receveur d'enregistrement, dépositaires des originaux des contrats, a la même valeur que l'original. Elle a considéré que cet agent public, habilité à délivrer des copies certifiées conformes⁴, a la qualité d'officier public.

Par conséquent, on ne peut affirmer le caractère authentique de l'extrait d'immatriculation que si le greffier qui en délivre a la qualité d'un officier public (I) et qu'il oppose sa signature pour certifier sa conformité à l'original (II).

I/ La qualité d'officier public du greffier.

165-Reconnaissance expresse en droit français: Lorsque le législateur français a précisé, en 2009, l'authenticité des documents émanants des greffiers, il a "*fait en quelque sorte œuvre de cohérence*"⁵. Selon les dispositions de l'article L. 741-1 du Code de commerce français, le greffier du tribunal de commerce est un officier public et

¹ Rapport présenté par M. JOMAIN assisté de M. ANCEL le 16 juillet 1988 au congrès, tenu à Limoges, de l'association nationale des greffiers des tribunaux de commerce intitulé "La diffusion de l'information sur les entreprises", Gaz. Pal., 1988, doct., p. 172.

² Article 471 du Code des obligations et des contrats tel que modifié par la loi n° 2000-57 du 13 juin 2000.

³ Bull. C. cass., I, p. 66.

⁴ Selon l'article 26 du décret organique sur l'enregistrement du 19 avril 1912, le receveur du droit d'enregistrement est habilité à délivrer des copies des contrats déposés dans son bureau.

⁵ B. SAINTOURENS, "La réforme des conditions de délivrance par le greffier de copies, extraits ou certificats du RCS", RTD com. 2010, p. 59.

ministériel¹. Il cumule les deux qualités: qualité d'officier ministériel remplissant un office c'est-à-dire une tâche, une mission, et qualité d'officier public. Ce cumul² se caractérise, fort logiquement, par la reconnaissance d'un monopole³ et l'octroi du pouvoir de dresser des actes publics ayant un caractère authentique et une force exécutoire. En conséquence, les écrits authentiques qu'ils dressent font foi, jusqu'à inscription de faux⁴.

166-Le silence du droit tunisien: Soumis au statut général des fonctionnaires de l'Etat⁵, les greffiers des juridictions de l'ordre judiciaire sont aussi régis par un statut particulier. Le décret du 26 juillet 1999 fixant le statut particulier au personnel du corps des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire⁶ ne précise pas la qualité d'officier public du greffier. Cependant, la lecture des dispositions des articles 83 et 86 du Code des droits d'enregistrement et de timbre semble nous permettre de la constater. Sous la section première intitulée "*Obligations des officiers publics*", l'article 83 du Code édicte que "*Les notaires, huissiers notaires, greffiers et autres officiers publics, ne peuvent, sous peine de répondre personnellement des droits, ni délivrer en brevet, copie ou*

¹ Voir sur cette question, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions juridictionnelles, Paris, 12^{ème} éd., 2013, n°1087; L. CADIET, Découvrir la justice, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000, p. 203 ; F-J. PANSIER, Répertoire Dalloz de Procédures civile 2008 (actualisation 2016), V° Office public ou ministériel, n° 128; G. CHABOT, "Officiers publics et ministériels", JurisClasseur Entreprise individuelle 2006, fascicule 930, n°1.

Selon l'Article L743-12 tel que modifié par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 (article 31) "*Les greffiers des tribunaux de commerce peuvent exercer leur profession à titre individuel, en qualité de salarié d'une personne physique ou morale titulaire d'un greffe de tribunal de commerce, sous forme de sociétés civiles professionnelles ou sous forme de sociétés d'exercice libéral telles que prévues par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Ils peuvent aussi être membres d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique ou associés d'une société en participation régie par le titre II de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé*".

² C'est dire que ces deux qualités ne doivent pas être confondues : la catégorie des officiers ministériels est plus large que celle d'officier public et, à l'intérieur de la première catégorie, il y a place pour un cumul des fonctions d'officier public et ministériel.

³ Sur cette question de monopole voir G. CHABOT, "Officiers publics et ministériels", JurisClasseur Entreprise individuelle 2006, fascicule 930, n°56 à 63.

⁴ Article 1319 du Code civil français.

⁵ Les greffiers des juridictions de l'ordre judiciaire sont des fonctionnaires publics soumis à la loi n° 83-112 du 12 décembre 1983, portant statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif tel que modifiée par la loi n° 90-71 du 24 juillet 1990, la loi n° 91-62 du 22 juillet 1991, loi n° 92-82 du 3 août 1992, loi n° 92-97 du 26 octobre 1992, loi n° 97-83 du 20 décembre 1997 et la loi n°2003-20 du 17 mars 2003.

⁶ Décret n° 99-1623 du 26 juillet 1999, fixant le statut particulier au personnel du corps des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire, J.O.R.T. n° 63 du 6 août 1999, p. 1286. Selon son article 34, le décret du 26 juillet 1999 a abrogé les dispositions du décret n° 92-848 du 11 mai 1992, fixant le statut particulier au personnel du corps des greffes de juridictions de l'ordre judiciaire tel qu'il a été modifié par le décret n° 95-958 du 29 mai 1995.

expédition aucun acte ou jugement soumis à l'enregistrement, ni faire aucun autre acte en conséquence avant qu'il n'ait été enregistré". En outre, l'article 86 du même Code confie au greffier la mission de "déposer, à la recette des finances compétente, les minutes des jugements et arrêts ... dans les soixante jours de la date de leur prononcé".

A travers ces dispositions, on peut constater que le législateur fiscal impose aux greffiers des obligations en tant qu'un officier public. En effet, et dans le cadre du contrôle des actes et jugements soumis obligatoirement à la formalité de l'enregistrement¹, le législateur impose aux officiers publics de communiquer aux agents de l'Administration Fiscale dûment habilités à cet effet, de tous actes, écrits, registres détenus ou conservés par eux en leur qualité. Au même titre que le notaire², huissier notaire³, le greffier est tenu de déposer auprès du receveur des finances les minutes des jugements et arrêts dont la tenue est prescrite par la loi⁴.

Mais, la question qui se pose est de savoir si le fait d'insérer dans une section relative aux obligations des officiers publics, des dispositions qui traitent du greffier signifie que ce dernier a la qualité d'officier public ?

On doit signaler d'abord, que le législateur attribue expressément la qualité d'officier public à certains agents dans des lois spéciales qui organisent leurs professions. Mais, cette qualité ne se limite pas aux seuls notaires⁵, huissiers de justice⁶

¹ L'article 2 du Code d'enregistrement et de timbre détermine le domaine d'enregistrement. Il s'agit principalement des actes et mutation. http://www.profiscal.com/Etudiants/Accueil_etudiant.htm

² Selon l'article 88 du Code de l'enregistrement et des timbres, le notaire est tenu de présenter tous les trois mois au receveur des finances les registres brouillards et minute dont la tenue est prescrite par la loi

³ Selon l'article 88 du Code de l'enregistrement et des timbres, les huissiers notaires présentent, tous les trois mois, le répertoire dont la tenue est prescrite par les textes régissant leur profession, au receveur des finances de leur résidence qui le vise et énonce dans son visa le nombre d'actes inscrits.

⁴ Ces obligations incombent à leurs auteurs sous peine de répondre personnellement des droits. Voir notamment H. AYADI, Les droits d'enregistrement et de timbre et leur contentieux, Centre de publication Universitaire 2008, p. 360 et suivant.

⁵ Selon l'article premier de la loi n°94-60 du 23 mai 1994 portant organisation de la profession des notaires (J.O.R.T. n°42 du 31 mai 1994, p. 896 et suivant.) "*Le notaire a qualité d'officier public et est soumis dans l'exercice de sa profession à la présente loi*". Voir notamment D. DELLONNEX, Le notaire, le magistrat de juridiction volontaire, Rapport présenté au 3ème congrès de l'union internationale du notariat latin, Paris, 1954, p. 99.

⁶ L'article premier de la loi n° 95-29 du 13 mars 1995 portant organisation de la profession des huissiers de justice (J.O.R.T. n°23 du 21 mars 1995, p. 495 et suivant.) précise aussi que "*l'huissier de justice a qualité d'officier public, il est un auxiliaire de justice, soumis dans l'exercice de sa profession à la présente loi*". Voir notamment R. ROUQUETTE, Dictionnaire du droit administratif, Coll., le moniteur, Paris 2003, p. 12.

et officiers des services financiers¹, elle est reconnue aussi, implicitement à certains agents. C'est par l'intermédiaire de la technique de qualification² qu'elle sera constatée.

167-La définition de l'officier public: Une définition de l'officier public peut être recherchée dans l'article 442 du Code des obligations et des contrats aux termes duquel "*L'acte authentique est celui qui a été reçu avec les solennités requises par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé*". On peut ainsi, constater que le concept d'officier public s'élargit pour englober toute personne "*ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé*". Cette conception large recouvre toute personne habilitée par une loi à instrumenter à titre officiel³.

Il revient donc à l'officier public d'établir un écrit d'une certaine valeur juridique. Cette fonction est évidemment très liée, non seulement à la reconnaissance d'un monopole, mais aussi à la mission de service public que doit assurer l'officier⁴. En effet, pour des raisons d'ordre public⁵, le législateur décide de céder une parcelle de l'autorité publique à des personnes habilitées à instrumenter dans divers domaines d'une certaine importance⁶. Ces agents sont chargés de transcrire en langage juridique les droits, évènements et actes, dans un écrit ayant le caractère authentique. Ils bénéficient à cet égard des prérogatives exorbitantes de droit commun. L'officier public est donc, un dépositaire de l'autorité publique⁷.

¹ Le législateur a institué par la loi des finances n° 2002-101 du 17 décembre 2002 (L'article 71 de la loi des finances n° 2002-101 du 17 décembre 2002, portant loi de finances pour l'année 2003, a modifié l'article 28 du Code de la comptabilité publique) une nouvelle catégorie d'agents à savoir les officiers des services financiers. L'article 28 bis nouveau du Code la comptabilité publique a précisé que "*L'officier des services financiers a la qualité d'officier public*".

² La qualification est le fait d'apprécier un fait, un acte ou une situation juridique et de lui donner l'appellation en droit qui lui convient, avec les conséquences et les effets prévus par la loi, c'est-à-dire déterminer le régime juridique qui s'applique à ces faits. Cette définition est disponible sur <http://www.lecourshebert.com/dictionnaire-juridique/details/6527>

³ يسرى حمام، "الحجة الرسمية وتحريرها من وظيفة معينة"، المجلة القانونية التونسية 2007، ص 211 وبعده.

⁴ L'examen de la législation et de la jurisprudence démontre que l'officier public en tant qu'un acteur actif dans la vie juridique, bien qu'il s'apparente au droit privé du fait de l'existence des intérêts privés qui entrent en jeu, il est une institution relevant aussi du droit administratif. L'officier public est défini par le régime auquel il est soumis. Il est en situation de dépendance organique vis-à-vis de l'administration à laquelle il appartient, mais également en situation d'indépendance fonctionnelle concernant ses attributions en tant qu'officier public.

⁵ J-M. DE FORGES, Droit administratif, P.U.F., 6^{ème} édition, Paris 2002, p. 203.

⁶ Tel est le cas pour les officiers d'état civil qui, en assurant le service de l'état civil, établissement des actes authentiques, à savoir les actes d'état civil.

⁷ J-M. DE FORGES, Droit administratif, P.U.F., 6^{ème} édition, Paris 2002, p. 11.

Par conséquent, l'agent public¹ ne peut avoir la qualité d'officier public que par une habilitation spéciale par une loi qui lui confie la mission d'authentifier avec autorité de vérité légale. Encore faut-il qu'il respecte les formes et les conditions prédéterminées. Il faut donc examiner si les greffiers de l'ordre judiciaire relèvent de cette catégorie et ont la qualité d'officier public.

168-La constatation de la qualité d'officier public du greffier: Selon l'article 23 du décret du 26 juillet 1999, fixant le statut particulier au personnel du corps des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire², le greffier n'est pas chargé uniquement de tenir et conserver les multiples fichiers, registres ou répertoires ayant trait à l'activité judiciaire³, il assure aussi la tenue de divers registres ou répertoires destinés à assurer la publicité des inscriptions qu'ils contiennent par la délivrance de copies ou d'extraits. Le registre qui exige de la part du greffier une grande activité dans le domaine de l'inscription, du contrôle et délivrance des copies est le registre de commerce. Cette mission témoigne sa qualité d'officier public. *D'une part*, le greffier, chargé de la tenue du registre du commerce⁴, est seul habilité à effectuer les inscriptions⁵. Il doit suivre les procédures déterminées par la loi n°95-44 du 2 mai 1995⁶ pour faire immatriculer l'assujetti selon le modèle de l'article 32 (nouveau) de la loi. L'obligation d'instrumenter sur lequel elle pèse est statutaire, elle provient du caractère de service public de sa fonction d'assurer le fonctionnement régulier et permanent d'un registre

¹ Le terme "agent public" est vague, il recouvre diverses catégories de personnels. Pour plus de détail voir N. BACCOUCHE, Répression pénale et disciplinaire dans la fonction publique, C.R.E.A., Tunis 1990, p. 32 et suivant ; N. BACCOUCHE, "L'identification des agents publics par le tribunal administratif", R.T.D., 1987, p. 15 et suiv.

² Ce décret détermine, notamment, les grades du personnel du corps des greffiers (Article 1^{er} du décret 26 juillet 1999.) et les conditions dans lesquelles ces agents sont recrutés et formés. Il détermine aussi les différentes attributions qui se diversifient selon le grade.

³ Selon l'article 23 du décret du 26 juillet 1999, les greffiers des juridictions sont chargés "d'assister aux audiences des chambres juridictionnelles et de consigner les débats qui s'y déroulent". Ils font partie intégrante du tribunal en ce sens que celui-ci ne serait pas régulièrement constitué si le greffier n'était pas présent pour attester ce qui se fait, se dit ou se décide à l'audience ; comme on le dit parfois, "il tient la plume à l'audience" (R. PERROT, Institutions judiciaires, Paris, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 365.) et à ce titre, il est un officier public. Tenir la plume lors d'une audience signifie que le greffier doit tenir un registre d'audience et établir une note d'audience ou un procès verbal de déroulement des débats. Ces écrits ont la valeur authentique. Voir C. GRASSET, "Greffes et greffiers", JurisClasseur Procédure civile 2016, fascicule 400-20, n°123.

⁴ Articles 2 et 5 de la loi du 2 mai 1995.

⁵ L'article 23 du décret oblige les greffiers des juridictions d'"effectuer les inscriptions sur le registre de commerce".

⁶ Les articles : 28 (nouveau), 29, 30, 31 (nouveau) et 44 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

public. *D'autre part*, le greffier dépositaire¹, est aussi, seul habilité à délivrer les copies du registre du commerce qu'il conserve. Contrairement au droit français, l'article 65 de la loi du 2 mai 1995 prévoit que le greffier est astreint à délivrer à toute personne qui en fait la demande, une copie, un extrait ou un certificat. L'article R. 123-150 du Code de commerce français édicte que l'institut national de la propriété industrielle satisfait aussi, à la demande des intéressés en délivrant ces documents, avec cette précision qu'il est habilité à délivrer le certificat qui atteste que la personne n'est immatriculée à aucun registre de commerce et des sociétés, si le certificat est demandé au registre national. En droit tunisien, l'INNORPI diffuse les "*informations statistiques*"² qu'il détient sous des formes autres que celles de l'extrait, de la copie ou du certificat. L'intention du législateur tunisien est de n'attribuer à ces informations la valeur que d'un simple renseignement³.

Le greffier doit donc, communiquer à tout intéressé les renseignements relatifs à l'état de l'immatriculé par écrit sous peine d'engager sa responsabilité⁴. Cet extrait fait foi s'il est certifié conforme à l'original par le greffier, officier public.

¹ Généralement, le dépositaire est seul habilité à délivrer les copies des actes qu'il conserve. Ainsi, les actes judiciaires sont conservés par les greffiers des juridictions auprès desquelles ils exercent leurs fonctions. Aux termes de l'article 23 du décret du juillet 1999, fixant le statut particulier au personnel du corps des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire, le greffier est tenu de "*délivrer les copies des jugements, l'exécutoire des dépens dans les instances civiles et pénales et les certificats d'enrôlement et de classement*". En outre, l'article 252 du Code des procédures civiles et commerciales édicte que le greffier est chargé de délivrer à tout bénéficiaire d'un jugement une expédition ou une copie exécutoire du jugement désignée par "*grosses*" sur laquelle il appose sa signature.

² Selon l'article 3 de l'arrêté des ministres de la justice, du commerce et de l'industrie du 22 février 1996, fixant les conditions d'inscription et de dépôt au registre central du commerce (J.O.R.T. 1996, n° 18, p. 398) l'institut national de la normalisation et de la propriété industrielle répond à "*toute demande concernant les informations statistiques que comporte le registre central du commerce*".

³ La question de la recherche des causes de l'absence de la valeur juridique de ces renseignements s'est alors posée en droit tunisien. Elle doit être faite à partir de la nature des informations diffusées par l'institut national de la normalisation et de la propriété industrielle. Il s'agit d'une information statistique qui relève de l'information traitée subjectivement et non pas une information brute dont la neutralité est évidente.

⁴ Il s'agit d'abord, d'une responsabilité disciplinaire conformément à l'article 58 de la loi organique n°2016-22 du 24 mars 2016, relative au droit d'accès à l'information. L'efficacité de ce droit d'accès aux données publiques est renforcée et sanctionnée par une obligation à la charge de l'organisme public sollicité, il s'agit en effet d'une obligation de s'exécuter dans de brefs délais (soit 20 jours selon l'article 14 de la loi organique). Par ailleurs, en cas de rejet de la demande un recours gracieux auprès du chef de l'organisme concerné, dans un délai ne dépassant pas les vingt (20) jours suivants la notification de la décision sera possible. Le demandeur d'accès à l'information peut faire un recours directement auprès de l'instance d'accès à l'information mentionnée à l'article 37 de la présente loi.

عماد الحزقي، "المرسوم عدد 41 لسنة 2011 المتعلق بالنفذ الى الوثائق الادارية بين النص ومقتضيات التطبيق"، للقانونية مجلة القانون عدد 136-137 جوان 2011 ص 30 وما بعدها.

Il s'agit ensuite d'une responsabilité délictuelle. En effet, on estime que le refus injustifié et fautif de délivrer le document peut servir de base à une action en dommages-intérêts en vertu des dispositions de l'article 83 du Code des obligations et des contrats.

II/ La certification de l'extrait.

169-L'obligation de la certification par le greffier: En matière civile, les copies et extraits des actes de l'état civil revêtus de la signature et du sceau de l'autorité qui les a délivrés feront foi jusqu'à inscription de faux¹. L'authenticité de ces copies et extraits est relative à la signature de l'officier d'état civil ayant la qualité d'officier public². Une telle disposition n'existe pas en matière de registre du commerce. L'article 63 de la loi du 2 mai 1995 oblige les greffiers à délivrer des extraits sans les astreindre expressément à apposer leurs signatures. Mais peut-on dire que la signature du greffier n'est pas exigée ?

Avant 1995, le décret beylical du 16 juillet 1926 prévoyait que la copie délivrée par le greffier devait être "*certifiée conforme par le magistrat chargé de la surveillance du registre*". La loi du 2 mai 1995 n'exige plus la certification conforme ni du juge ni de greffier. En revanche, la lecture des textes d'application de cette loi nous révèle que la certification des copies aux actes et documents déposés en annexe ou aux inscriptions est expressément prévue par le décret gouvernemental n°2015-964 du 3 août 2015 relatif aux droits d'immatriculation au registre de commerce³. Ce décret ne précise pas la personne habilitée à certifier conforme les copies. On admet généralement que c'est le greffier qui est habilité à les certifier, non pas par application de l'article 4 de la loi n°94-103 du 1^{er} août 1994⁴, mais par ce qu'il est dépositaire du registre de commerce et il est habilité à délivrer les copies. En effet cet article attribue la compétence de certification aux magistrats et greffiers "*en ce qui concerne les actes judiciaires*". Or, l'extrait d'immatriculation constitue un document administratif⁵.

¹ Article 13 de la loi n°57-3 du 1^{er} août 1957, réglementant l'état civil, J.O.R.T. n°2-3 du 30 juillet-2 août 1957, p. 10 et suivant.

² ليلي عاشور، مضمون الولادة، مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة تونس 1996-1997، ص. 37 وما بعدها.

³ J.O.R.T. n°63 du 7 août 2015, p. 2186. Ce décret a abrogé et remplacé le décret n°95-2452 du 18 décembre 1995, relatif aux droits d'immatriculation au registre du commerce.

⁴ Loi n° 94-103 du 1^{er} août 1994, portant organisation de la légalisation de signature et de la certification de conformité des copies à l'original, J.O.R.T. n° 62 du 9 août 1994, p. 1291 et 1292.

⁵ Etant un registre public destiné à la publicité légale, le registre de commerce constitue un document administratif. Il s'en déduit que l'extrait d'immatriculation élaboré et délivré par le greffier, fonctionnaire public, est aussi un simple document administratif.

170-Effet de la certification: Le greffier doit, avant de délivrer la copie du registre du commerce à l'intéressé, certifier¹ sa conformité à l'original. Après avoir vérifié sa véracité et son origine, il appose sa signature² et l'empreinte de son sceau sur la dernière page de la copie. Généralement, et comme les copies, les extraits du registre du commerce font foi des énonciations contenues dans l'acte original. Leur signature par le greffier, officier public, leur confère le caractère authentique.

Généralement, il est admis³ que les actes inscrits par le greffier sur le registre du commerce, les copies et extraits délivrés par lui, partagent tous une même nature authentique. Ils sont donc dotés de la même force probatoire. Mais, par application de l'article 472 du Code des obligations et des contrats, on peut les opposer les uns des autres. C'est ainsi qu'un tiers auquel on oppose une copie ou extrait peut contester sa conformité avec l'original en exigeant sa collation sur le registre. Toutefois, il ne peut pas demander la présentation au tribunal de l'original. Cette position du législateur tunisien paraît être raisonnable car si on admet la possibilité d'exiger la présentation du registre du commerce ça risquerait de compromettre rapidement sa pérennité et présenterait des difficultés pratiques de gestion considérables⁴.

Par conséquent, les extraits de l'immatriculation établis et signés par le greffier, officier public, sont dotés d'une force probante singulière que la loi n'attache qu'aux actes dressés par des officiers publics. Ils constituent le reflet identique des inscriptions portées au registre de commerce (de l'acte original). Le fait d'utiliser frauduleusement

¹ Selon le vocabulaire juridique publié par G. CORNU, certifier signifie "*pour une autorité, rendre certain un acte ou un fait en affirmant, après vérification, sa véracité, son authenticité, son origine, sa conformité...*".

² L'article 453 du Code des obligations et des contrats prévoit que "*la signature doit être apposée de la propre main de la partie au bas de l'acte ; un timbre ou cachet ne peuvent y suppléer et sont considérés comme non apposés*". La loi n°2000-57 du 13 juin 2000, modifiant et complétant certains articles du Code des obligations et des contrats, ajoute un deuxième alinéa à l'article 453 en ces termes "*la signature consiste à apposer de la propre main du contractant un nom ou un signe spécial intégré à l'écrit auquel il se rapporte*".

³ Et ce par analogie à la valeur authentique des actes de l'état civil. Définis largement, les actes de l'état civil s'entendent à la fois des actes inscrits dans les registres lors de l'enregistrement d'un événement d'état civil que de leur copies et extraits. L'acte inscrit dans les registres a une nature authentique. Il semble qu'il en est de même des copies et extraits qui, établis dans des conditions similaires à l'acte original, en sont le reflet fidèle.

⁴ En revanche, les dispositions de l'article 1334 du Code civil français édictent que les copies d'un acte authentique font foi du contenu du titre dont la présentation peut toujours être exigée. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux actes de l'état civil. Ainsi, un tiers ne peut contester la force probatoire d'une copie ou extrait des actes de l'état civil en exigeant la présentation du registre. Par conséquent, la force authentique de ces écrits est autonome de l'acte original subsistant. Voir F. GOSSELIN, "Actes de l'état civil. Dispositions générales. Force probante des actes de l'état civil", *JurisClasseur civil* 2014, Art. 34 à 39, fasc.50, n°13.

une copie ou extrait d'immatriculation est réprimé par le Code pénal avec force : faux dans un document et détention de faux. L'article 174 du Code pénal puni d'emprisonnement et d'amende "*le fonctionnaire public ou assimilé, ..., qui délivre en forme légale copie d'un acte supposé, ou, frauduleusement, une copie différente de l'original*".

171-Dès lors qu'ils sont revêtus de la signature et du sceau du greffier, les extraits font foi de leurs énonciations jusqu'à inscription de faux. Peu importe à cet égard la nature du support ; les documents dactylographiés ou obtenus par reproduction photographique doivent être signés au même titre qu'un écrit manuscrit. Les extraits peuvent également être délivrés à partir des données contenues dans une mémoire informatisée. Ils doivent comporter la signature du greffier et ce dernier doit s'assurer, sous sa responsabilité, de leur conformité à l'original authentique, faute de quoi ces documents seraient privés de toute force probante. Ainsi, on admet que la visualisation télématique ou sur l'internet des informations légales contenues dans les fichiers des greffes a une valeur de simple renseignement¹. "*Seul un document signé fait foi*"². Donc, seul l'extrait délivré sur un support papier et signé par le greffier constitue un document officiel revêtant un caractère d'authenticité. Cette opinion sera confirmée à travers l'étude de l'extrait électronique.

Paragraphe 2: L'extrait d'immatriculation: support électronique.

172-*L'instauration de l'échange de données informatisées³ dans la pratique:* Si la loi du 14 avril 2010 a organisé l'immatriculation par voie électronique⁴, elle n'a pas, toutefois, prévu que le greffier peut délivrer des extraits ou copies par la même voie

¹ On peut visualiser le contenu d'un extrait du registre de commerce et en faire la commande par voie télématique. En effet, les logiciels sont conçus de telles sortes que la consultation d'écran y est assortie d'une option de télécommande d'extraits. Ces documents, si l'option est exercée sont alors édités par le greffe et envoyés certifiés au demandeur par voie postale. Voir, M. JOMAIN et P. ANCEL, "La diffusion des informations sur les entreprises", Gaz. Pal., 1988, doct., p. 171.

² Cette disposition a été ajoutée par le droit français lors de la réforme de 1998 (A. 9 février 1988, article 30, alinéa 1^{er}, rédaction A. 2 juillet 1998).

³ L'échange de données informatisées est défini comme « l'échange par voie électronique de données structurées, organisées ou messages normalisés ». Les messages présentés de façon uniforme sont dits normalisés car ils échappent à toute appropriation privative. La normalisation est effectuée par des organismes reconnus par tous les acteurs utilisant l'échange de données informatisées. L'échange de données informatisées est un transfert électronique des renseignements. Le document électronique en est sa représentation. Voir V. DELPECH, *Dématérialisation et sécurité des transactions*, thèse Université Montesquieu Bordeaux IV, 1996, p. 119.

⁴ *Supra*, p. 91.

électronique. Mais, de par les capacités énormes de stockage et de diffusion des données que l'Internet recèle, le greffe des tribunaux aurait profité des apports de cette nouvelle technologie de l'information et de la communication en vue d'améliorer, non seulement ses modalités d'organisation et de fonctionnement, mais aussi ses relations avec ses usagers et partenaires. C'est dans cette perspective que le ministère de la justice et des droits de l'homme avec la collaboration du Programme de Modernisation Industrielle (PMI) et l'INNORPI¹ ont mis en place un réseau d'informations nationales qui s'est matérialisé par la conception et le développement du site web www.registre-commerce.tn². Cette pratique qui s'est développée sans le secours d'une base légale³, a permis à toute personne d'avoir les renseignements portés au registre de commerce tenu par n'importe quel greffe quels que soit le lieu du siège de l'immatriculé⁴.

Par conséquent, le greffe dispose des technologies d'information pour une diffusion rapide et massive des données contenues dans le registre du commerce. Il peut délivrer un extrait sur un support électronique. Cette possibilité peut être reconnue juridiquement (I), mais elle sera dépourvue de tout effet juridique faute d'un texte express qui la régleme (II).

I/ La reconnaissance du support électronique de l'extrait: état actuel du droit positif

173-Le développement du support de l'écrit: Le remplacement croissant du papier, dans le monde des affaires, par de nouveaux procédés d'information, phénomène communément appelé dématérialisation, a rendu nécessaire une réflexion

¹ <http://www.registre-commerce.tn/presentation.html>

² L'élaboration du portail du registre de commerce central a commencé en septembre 2008 par une équipe de trentaine de personnes entre experts métiers et experts en système d'Information. Cette équipe a commencé par la mise en place d'un système d'information moderne utilisant les dernières technologies des TIC.

³ Cependant, on peut déduire à travers un projet de décret relatif à la fixation des procédures et fonctions du registre central du commerce que l'intention se dirige vers la consécration juridique *a posteriori* de cette pratique. Selon l'article 5 de ce projet, élaboré mais non encore promulgué, les renseignements sont délivrés sur imprimé ou par voie électronique. Par conséquent, ce projet de décret substitue l'expression "écran visuel" qui figure dans l'article 4 de l'arrêté par l'expression "par voie électronique".

⁴ Le système permet aussi d'envoyer, toujours en temps réel, les informations saisies au niveau des tribunaux vers le registre central auprès de l'INNORPI, en charge de la diffusion à l'échelle nationale. L'INNORPI dispose d'une base de données bilingue (français-arabe) qui regroupe les informations issues des registres locaux des tribunaux de première instance. http://www.innorpi.tn/fr/texte_s_rub.asp?table=tab_s_rubrique&narticle=306&nomrubrique=Propri%E9t%E9%20industrielle&nom_s_rubrique=Le%20registre

sur l'adéquation du droit positif aux nouveaux supports informatiques tels que le télex, le fax (télécopie), les messageries électroniques.

En droit positif tunisien, et au temps de la promulgation du Code des obligations et des contrats, en 1906, le législateur ne connaissait comme technique de communication que le téléphone et le télégramme. Il ignorait le télex, les messageries électroniques, et les nouveaux procédés de conservation... ou de reproduction particulièrement le microfilm et la microfiche¹. Quant au Code de commerce, le législateur n'a pas prévu dans ses articles des dispositions concernant les techniques informatiques. Néanmoins, depuis les années quatre-vingt, un revirement de la politique législative commençait à se dessiner par la mise en place d'un dispositif législatif contenant de nouveaux supports et nouveaux mécanismes dans plusieurs matières de droit². Avec l'apparition des autoroutes de l'information qui sont des réseaux d'information ouverts de type "Internet", la loi n°2000-57 du 13 juin 2000, modifiant et complétant certains articles du Code des obligations et des contrats³ relatifs au droit de la preuve, a consacré l'"écrit électronique"⁴ et a reconnu expressément sa valeur juridique⁵.

¹ R. KHEMAKHEM, "La valeur probatoire des documents informatiques en droit positif tunisien", in Cadre juridique et technique des échanges de données informatisées. Dématérialisation des effets de commerce et des effets financiers, Acte du colloque organisé à Tunis le 19 juin 1996, éd. C.E.J.J., 1996, pp. 194.

² L'ouverture du droit positif tunisien aux nouvelles technologies de l'information et aux techniques connexes commence à se faire sentir depuis la fin des années quater vingt. Plusieurs procédés ont été expressément admis venant ainsi s'ajouter aux procédés déjà existants lors de la promulgation du Code des obligations et des contrats en 1906. Pour plus de détail voir R. KHEMAKHEM, "La valeur probatoire des documents informatiques en droit positif tunisien", art. préc., p. 200 et suiv.

³ J.O.R.T. du 16 juin 2000, n°48, pp. 1456-1457.

⁴ Monsieur A. ELLOUMI a constaté que la notion de l'électronique existe dans les textes tunisiens depuis 1981, précisément dans l'article 3 bis de l'ancien Code des douanes (ajouté par l'article 28 de la loi n°81-100 du 31 décembre 1981), qui admet la transmission des éléments d'information à la douane "... *par des moyens électroniques ou d'autres moyens automatiques*". Pour plus d'exemple voir A. ELLOUMI, Le formalisme électronique, op.cit., pp.18.

A cet égard, certains préfèrent l'expression "*document informatique*". Selon monsieur R. KHEMAKHEM, si cette définition ne couvre que les enregistrements informatiques, il n'en demeure pas moins que le champ d'application des documents informatiques s'étend aussi à d'autres supports qui lui sont liés tels que les supports de communication de conservation et de reproduction. L'expression "*document informatique*" couvre donc tous les supports liés aux nouvelles technologies de l'information. Voir R. KHEMAKHEM, "La valeur probatoire des documents informatiques en droit positif tunisien", art. préc., pp. 198-199. Voir aussi I. DE LAMBERTERIE, "La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE", Revue Internationale du droit commercial, 1992, n°3, p. 643.

Quant à la loi québécoise, elle a préféré employer le concept "*document technologique*" (Article 3 de la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information) car elle n'est pas liée à une technologie spécifique, à savoir l'électronique. Elle englobe l'ensemble des technologies de l'information passées présentes ou futures. Voir C. FABIEN, "La preuve par document technologique", Revue juridique Thémis 2004, n°3, volume 38, p. 537 et suivant.

⁵ Article 453 bis du Code des obligations et des contrats.

174-En matière de registre du commerce, depuis l'apparition de la loi du 2 mai 1995, une procédure d'informatisation a été instaurée et un programme de tenue du registre par des procédés informatiques a été mis en œuvre dans les divers greffes afin de faciliter l'accès à l'information¹. On essaie de présenter la situation de la délivrance de l'extrait d'immatriculation par voie électronique sous l'empire de la loi relative au registre du commerce (A) avant d'en chercher les incidences de la loi n°2000-57 du 3 juin 2000 (B).

A/ La réticence de la loi relative au registre du commerce.

175-*L'informatisation du registre du commerce*: Au cours des années 90, le Gouvernement tunisien s'est engagé dans un ambitieux programme de mise à niveau de l'Administration² qui entre désormais dans une phase de réorganisation basée sur l'utilisation intensive des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC)³. A cet égard, la principale réflexion avait trait, lors de la promulgation de la loi du 2 mai 1995, à l'informatisation de l'information⁴. L'article 2 de la loi prévoit que les données portées sur chaque registre local seront regroupées dans une centrale informatique qui sera rattachée aux services du ministère de la justice. De même, l'article 9 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996 précise que le greffier du tribunal de première instance tient le registre chronologique manuellement ou selon un procédé informatique. Cette informatisation des greffes des tribunaux de première

¹ عزوز الغنوشي، " نظام التالفة"، مجلة القضاء والتشريع 1996، عدد خاص، ص 25 وما بعدها.

² En effet, l'administration tunisienne s'est trouvée contrainte d'évoluer sous l'effet d'un ensemble de contraintes nouvelles, qui modifient les conditions d'exercice de ses missions et imposent le réajustement de ses modes d'organisation et d'action. Sur ce sujet voir M.L.F. MOUSSA, "La mise à niveau de l'administration tunisienne", in mélanges Habib Ayadi, CPU 2000, p.719 et suiv.

Cette action de réforme administrative a commencé par la refonte des textes législatifs organisant l'action administrative (Décret n°96-48 du 15 janvier 1996 portant institution du conseil supérieur de mise en ordre des dispositions légales et réglementaires en vigueur, J.O.R.T. n°7 du 23 janvier 1996), puis par une restructuration et une réorganisation des organes administratifs, et enfin par l'établissement de la communication entre l'administration et ses usagers et la dynamisation des prestations qui lui sont offertes. Voir H. BEN CHEIKH AHMED-DELLAGI, "Les mutations des relations entre l'administration et ses usagers", in Les mutations des relations entre l'administration et ses administrés, Actes du colloque des 11-12 mai 2000, Collection Forum des Juristes, Université de Tunis El Manar, Tunis 2002, p. 112.

³ N. DJERAD, Les actes juridiques à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2002-2003, p.9.

⁴ C'est ainsi que dans le cadre du schéma d'informatisation du ministère de la justice, l'arrêté du ministre de la justice du 15 mai 1996 fixant le plan de mise à niveau relatif au ministère de la justice (J.O.R.T. n°42 du 24 mai 1996, p. 998.) prévoyait, la mise en place d'un réseau de connexion et d'échange d'informations entre les tribunaux et les services centraux ainsi que la participation à l'élaboration d'un système national d'information juridique. Par conséquent, le ministère de la justice faisait recours à une nouvelle infrastructure informatisée marquée par l'existence des réseaux et des applications informatiques pour améliorer le traitement et la gestion de l'information.

instance présente l'avantage de raccourcir considérablement les délais de satisfaction des demandes de communication d'informations.

Dans ce cadre, l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, permet au greffier du tribunal de première instance de délivrer l'extrait d'immatriculation "*sur un support papier ou sur un écran visuel*"¹. Il en est de même pour les renseignements que comporte le registre central de commerce; ils sont communiqués "*sur imprimés ou sur un écran visuel*". Il s'agit en l'occurrence de la mise en œuvre d'une banque de données télématique accessible par minitel. Il est donc possible de visualiser le contenu d'un extrait du registre du commerce qui prend la forme d'un message affichable à l'écran sur simple appel de l'utilisateur.

En réalité, les dispositions de l'article 16 de l'arrêté de 22 février 1996 constituaient une reprise textuelle des dispositions de l'ancien article 30 de l'arrêté français du 9 février 1988². Par le truchement d'un serveur télématique, il était possible de visualiser les informations du registre du commerce.

176-Développement de l'expérience française: Depuis 1986, le service *Infogreffe*³ a été mis en œuvre en France. Il propose un abonnement donnant accès par Minitel à ses fichiers et les services offerts sont relatifs à la visualisation des extraits du registre du commerce et des sociétés. Les logiciels sont conçus de telle sorte que la consultation d'écran y est assortie d'une option de télécommande d'extraits⁴. Sur le plan national, afin de mettre à la disposition du public la masse d'information que contient le registre de commerce et des sociétés national, l'Institut national de la propriété industrielle a constitué dès 1980 une banque de données et s'est préoccupé de sa mise en accès vidéotex⁵. A cet effet, il a été créé dès 1988, en coopération avec la société *OR*

¹ L'article 16 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996 (modifié 2009).

² L'ancien article 30 de l'arrêté du 9 février 1988 relatif au registre du commerce et des sociétés prévoit que "*Les copies du registre du commerce et des sociétés sont, selon la demande, délivrées sur un support papier ou sur un écran visuel*".

³ Outre le serveur Infogreffe, il existe Greftel, Inter-greffe et Euridile.

⁴ M. JOMAIN et P. ANCEL, "La diffusion des informations sur les entreprises", art. préc., p. 171 et 172.

⁵ Afin de répondre à la demande de l'intéressé, les données figurant au registre du commerce sont accessibles soit sous la forme d'une banque de données accessibles sur des terminaux classiques (ASCII) ou des micro-ordinateurs (il s'agit de la banque de données INPI-STE3), soit sur bande magnétique dans le cadre de licences d'utilisation interne ou de redistribution.

TELEMATIQUE la banque de donnée EURIDILE¹. Avec le développement de la télématique, l'interrogation des banques de données prend ainsi, le pas sur les modes de consultation traditionnels. Grâce à ces banques, chacun a un accès au registre du commerce et des sociétés sans se déplacer et peut même recevoir chez lui, de façon quasi-instantanée, les informations juridiques et financières du registre².

Puis, par un décret du 2 juillet 1998, le principe même de la diffusion de la publicité légale par voie électronique a été consacré³. Ce décret s'est traduit par l'introduction de nouvelles règles, les unes dans le Code de l'organisation judiciaire, les autres dans les textes relatifs au registre de commerce et des sociétés. Il fut donc inséré au Code de l'organisation judiciaire un article R. 821-2-1 précisant les conditions de délivrance par les greffiers de renseignements par voie électronique relatifs aux inscriptions portées aux registres de publicité légale tenus par leurs soins⁴. Dans la logique de ce texte, l'arrêté du 9 février 1988 a été modifié pour tenir compte de cette évolution en matière de registre du commerce et des sociétés. A cet égard, l'article 30 de l'arrêté prévoit que "*Les copies du registre du commerce et des sociétés peuvent être délivrées par voie électronique...*". Plus récemment, le décret n°2009-1150 du 25 septembre 2009 relatif aux informations figurant au registre du commerce et des

¹ La société OR TELEMATIQUE serveur d'EURIDILE rend ces prestations en vertu d'une concession de service public signée avec l'INPI. Cette concession prévoit la numérisation des documents annexés aux bilans ainsi que les actes régissant la vie des entreprises, ce qui permettait d'avoir un service de fourniture électronique de ces documents.

² J-C. COMBALDIEU, "Le registre national du commerce et des sociétés", Gaz. Pal., 1994, doct., p.108.

³ M-F. COUTANT, "Commentaire du décret et de l'arrêté du 2 juillet 1998 portant réforme du registre du commerce et des sociétés", Gaz. Pal., 1998, doct., p.1150.

⁴ Cet article prévoit que "*Les copies délivrées par les greffiers à titre de simple renseignement et relatives aux inscriptions portées aux registres de publicité légale dont ils ont la charge peuvent être diffusées par voie électronique dans les conditions suivantes :*

- *Les informations sont diffusées directement par le greffe compétent. Toutefois, les greffiers peuvent s'associer au sein d'un groupement ayant soit l'une des formes autorisées par l'article L. 821-1 du présent code, soit une forme associative. Ce groupement est chargé de centraliser les appels et de les orienter vers le greffe concerné. Les greffiers peuvent, dans les mêmes conditions, conclure aux mêmes fins des accords avec l'INPI pour les attributions de celui-ci ;*

- *Les informations ne portent que sur les inscriptions figurant, en application des textes législatifs et réglementaires, aux registres dont les greffiers assurent la tenue ;*

- *Les informations sont délivrées telles qu'inscrites aux registres ou sur les actes annexés, sans subir de traitement quelconque, sous réserve des dispositions prévues par l'acte réglementaire pris en application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés".*

sociétés¹ précise les conditions et les modalités de la délivrance par voie électronique des copies, extraits ou certificats².

177-Face à la réticence de notre législateur tnisien, peut-on considérer que l'absence de consécration de la délivrance d'un extrait d'immatriculation par voie électronique est dépassée par la loi n°2000-57 du 13 juin 2000 qui a inséré le document électronique dans les dispositions du Code des obligations et des contrats relatives à la preuve³ ?

B/ L'incidence de la loi n°2000-57 du 13 juin 2000.

178-*Le recours à la définition générale du document électronique:*
Généralement, l'extrait d'immatriculation sur le support papier ne pose pas de problème particulier. C'est un document dont on peut identifier son auteur car il émane du greffier du tribunal de première instance opposant sa signature. En outre, il est un document lisible établi "sur des formules établies conformément au modèle..."⁴ imposé par le ministre de la justice. Dans la publicité par voie électronique, l'extrait d'immatriculation doit répondre aux conditions essentielles du document électronique tel que défini par

¹<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021087520&dateTexte=&categorieLien=id>

² Ce décret a ajouté les articles R.123-152-1 et R.123-152-2 ainsi rédigés: Art. R. 123-152-1 " *Les copies, extraits ou certificats peuvent être délivrés par les greffiers par voie électronique dans les conditions prévues à l'article R. 741-5*". Art. R. 123-152-2 " *Les extraits ou certificats mentionnés au dernier alinéa de l'article R. 123-152 sont délivrés par les greffiers sur support électronique dans les conditions suivantes :1° Ils sont établis au moyen d'un système de traitement, de conservation et de transmission de l'information garantissant l'intégrité de leur contenu et agréé par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce ; 2° Les systèmes de communication d'informations mis en œuvre par les greffiers doivent être interopérables entre eux ainsi qu'avec les organismes auxquels ils doivent transmettre ces données ;3° Les extraits ou certificats sont revêtus de la signature électronique sécurisée du greffier qui les a dressés, telle que définie par le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique ;4° Ils doivent être conservés dans des conditions de nature à en préserver l'intégrité et la lisibilité ;5° Les greffiers conservent également l'ensemble des informations relatives aux extraits et certificats délivrés, telles que les données permettant de les identifier, de déterminer leurs propriétés et d'en assurer la traçabilité; 6° Ils tiennent en outre, jour par jour, un répertoire sur support électronique de tous les extraits et certificats qu'ils établissent ;7° Ce répertoire mentionne la date, la nature, le nom des destinataires des extraits et certificats, le support sur lequel ils ont été établis et toutes autres informations prescrites par les lois et règlements ;8° L'image du sceau du greffier doit figurer sur les extraits ou certificats délivrés.Un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, précise, en tant que de besoin, les modalités d'application du présent article*".

³ A cet égard, monsieur A. BRAHMI a publié une étude relative à "La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation", Petites Affiches, 19 février 2002, n°36, p.4 et suiv.

⁴ Article 15 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996.

l'article 453 (bis) du Code des obligations et des contrats¹. Il est admis au même titre que celui délivré sur support papier qu'il remplit la condition de l'intelligibilité², la fiabilité³ et la durabilité⁴. En outre, il doit être "*renforcé par une signature électronique*"⁵.

En droit français, le décret du 25 septembre 2009 adopté au visa de la directive n°2003/58/CE du 15 juillet 2003⁶ qui organise une publicité de sociétés par voie électronique, exige une "*signature sécurisée*"⁷. Cette expression met l'accent sur la sécurité d'une telle signature qui doit être établie avec un dispositif sécurisé de signature

¹ Selon cet article, "*le document électronique est l'écrit composé d'un ensemble de lettres et chiffres ou autres signes numériques y compris celui qui échangé par les moyens de communication à condition qu'il soit d'un contenu intelligible, et archivé sur un support électronique qui garantit sa lecture et sa consultation en cas de besoin*". Le tribunal de première instance de Bizerte a considéré, dans une décision rendue le 28 novembre 2000 que le législateur vise par la notion de document électronique "*toute carte contenant des informations ou des données concernant les opérations réalisées par le biais des nouveaux moyens de communication comme l'internet ou l'ordinateur ou d'autres moyens semblables tel que le distributeur automatique bancaire*" (Tribunal de 1ère instance de Bizerte, n°7245, du 28 novembre 2000, R.J.L., 2000, n°10, pp. 265).

² Cette condition peut être définie comme étant "... *l'aptitude à être lu en langage clair. Ceci suppose l'accessibilité du document pour être consulté. Ainsi, une série de signes cryptés devient, par le décryptage, un texte parfaitement intelligible...*". M.K. CHARFEDDINE, "L'écrit, une preuve à l'épreuve", art. préc., p. 222.

³ La fiabilité suppose que l'écrit ne puisse être modifié par les parties ou par les tiers. L'article 4 de la loi du 9 août 2000 exige, dans ce sens, la conservation du document électronique dans sa forme définitive de manière à assurer l'intégrité de son contenu. On parle donc, de l'inaltérabilité de l'écrit. Selon M. ANTOINE et M. ELOY "*préserver le caractère inaltérable d'un document nécessite la conservation de celui-ci comme inchangé à la fois dans son contenu ainsi que dans sa forme*". M. ANTOINE, M. ELOY, J.F. BRAKELAND, Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, p. 64.

⁴ Le support électronique doit répondre à une condition essentielle relative à la durabilité. Il doit permettre le stockage des informations et essentiellement des écrits électroniques avec toutes leurs annexes. P. LECLERCQ, "Faut-il réformer le droit de la preuve ?", Droit de l'informatique et des télécoms, 1991, n°1, pp.10; E.J. PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, op.cit., pp.73.

⁵ Article 453 (bis) du Code des obligations et des contrats.

⁶ Cette directive, qui modifie la directive n°68/151/CEE du 9 mars 1968 et qui à son tour était modifiée par la directive CE du 16 septembre 2009, impose la dématérialisation des procédures d'immatriculation des sociétés. De plus la directive organise une publicité de ces éléments par voie électronique tout comme elle prévoit que les tiers peuvent demander et obtenir par la même voie des copies de ces éléments. Voir Comm.-Comm. Elect., octobre 2003, p.18, obs. L. GRYNBAUM.

⁷ Constituant une création de la directive du 13 décembre 1999 ce type de signature électronique a été consacré en France dans l'article 1316-4 paragraphe 2 du Code civil et l'article 1er-2 du décret du 30 mars 2001. Mais, si le droit français parle d'une "*signature sécurisée*", la directive parle de "*signature électronique avancée ou qualifiée*". A la question qui a été posée pour savoir s'il existe une différence entre les deux expressions, la majorité de la doctrine considère que les différences sont minimales. Pour plus de détail sur cette question voir A. ELLOUMI, Le formalisme électronique, op.cit., p. 66 et 67.

électronique et vérifiée par l'utilisation d'un certificat électronique qualifié¹. Elle présente un degré de fiabilité supérieur à celui d'une signature électronique ordinaire². Certains auteurs pensent qu'elle équivaut à une signature manuscrite³, alors que d'autres affirment qu'elle présente même une fiabilité supérieure⁴. Le droit allemand crée, quant à lui, trois types de signatures : la signature électronique ordinaire, la signature électronique avancée qui correspond à celle prévue dans le droit communautaire et la signature électronique qualifiée qui est plus stricte dans ces conditions de création⁵.

Quant au législateur tunisien, il ne prévoit qu'un seul type de signature électronique dans le deuxième alinéa de l'article 453 du Code des obligations et des contrats. Il s'agit de chercher si les conditions exigées pour reconnaître juridiquement la signature électronique sont suffisantes en matière de la délivrance des extraits de registre du commerce par voie électronique ? Est ce qu'elles garantissent la fiabilité recherchée en cette matière?

179-Définition de la signature électronique: Le législateur tunisien adopte une définition fonctionnelle⁶ de la signature électronique en prévoyant qu' "*elle consiste en l'utilisation d'un procédé d'identification fiable garantissant le lien entre ladite*

¹ Le certificat électronique qualifié doit obéir à un nombre important de prescriptions qui figurent au I de l'article 6 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001. Ces mentions visent ainsi à permettre d'identifier le signataire et à vérifier la signature électronique. Elles doivent également garantir la véracité et la fiabilité du certificat établi par le tiers certificateur ; notamment sa durée et la garantie attachée à l'émission du certificat. De telles mentions répondent également aux exigences de l'article 1316-4, alinéa 2, du Code civil qui exige que la signature permette d'identifier le signataire et à celles de l'article 2, du décret qui fait reposer la fiabilité du procédé de signature électronique sur la vérification de la signature à l'aide d'un certificat électronique qualifié.

Pour établir un certificat électronique qualifié, il faut non seulement que ce document contienne certaines informations, mais encore qu'il soit établi par un tiers certificateur qualifié. L'article 6, II du décret du 30 mars 2001 précise les exigences requises du prestataire de services de certification électronique (tiers certificateur).

L'énumération de ces exigences constitue en quelque sorte une charte du tiers certificateur.

² L'article 2 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 prévoit que « *La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ». Voir H. BITAN, "La signature électronique : comment la technique répond-t-elle aux exigences de la loi ?", Com.-Comm. Elect., 2001, chron., n°19.

³ Th.-P. COUDOL, "L'écrit électronique et la signature électronique depuis LCEN", Com.-Com. Elec., 2004, n°9, p. 42.

⁴ Y. BREBAN et I. POTTIER, "Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques", Gaz. Pal., 1996, doct., p. 279.

⁵ B. JALUZOT, "Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande", Dalloz 2004, chron., pp. 2866.

⁶ Il utilise des termes généraux de manière à pouvoir s'adapter aux évolutions techniques. En effet, donner une définition par la forme risque d'être très vite désuet dans le monde informatique. Voir sur la définition fonctionnelle de la signature électronique E.-J. PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, préface, M. Vivant, Paris, L.G.D.J. 2006, p. 229.

signature et le document électronique auquel elle s'attache"¹. Ainsi, la signature électronique doit remplir deux fonctions (essentielle) traditionnellement reconnues à la signature manuscrite ; à savoir l'identification du signataire et la garantie du lien entre la signature et l'acte sur lequel elle est apposée.

Mais, pour pouvoir assurer ses fonctions, la signature électronique doit consister en l'usage d'un procédé d'identification fiable. A cet égard, le recours à la cryptographie est la meilleure solution technique qui permet de fiabiliser la signature électronique². Il peut prendre la forme de logiciels ou de puces électroniques spécifiques permettant d'assurer l'intégrité du message électronique, c'est-à-dire la détection des altérations, des modifications, des ajouts ou de la réutilisation d'information et l'authentification c'est-à-dire l'identification de l'émetteur, le contrôle d'accès à un ordinateur ou un fichier par exemple, ou encore la non répudiation du message, ce qui évite toute tentation de prétendre n'avoir jamais envoyé ou reçu un message³.

Ainsi, la seule manière d'authentifier la signature électronique est le cryptage⁴. Mais, pour que le recours au système de cryptage offre une sécurité juridique, l'intervention d'une tierce partie de confiance paraît indispensable pour asseoir la confiance et la certitude de la correspondance⁵. Ainsi, la reconnaissance du "*fournisseur*

¹ Article 453 deuxième alinéa du Code des obligations et des contrats.

² L'article 2 de la loi du 9 août 2001 relative aux échanges et au commerce électroniques définit le cryptage comme étant "*l'utilisation des codes ou signaux non usuels permettant la conversion des informations à transmettre en des signaux incompréhensibles aux tiers ou l'utilisation de codes et de signaux indispensables à la lecture de l'information*". Cette définition a été reproduite dans l'article 2 de la loi n°2001-1 du 15 janvier 2001. L'article 11 du décret n°97-501 du 14 mars 1997, relatif aux services à valeur ajoutée des télécommunications (J.O.R.T. du 25 mars 2001, n°24, p. 497.) prévoit que le fournisseur de services s'engage à "*obtenir, au préalable, l'autorisation du ministre chargé des communications pour la transmission d'informations cryptées. Les conditions d'obtention de l'autorisation d'utilisation du cryptage sur un service à valeur ajoutée sont fixées par arrêté du ministre chargé des communications*". En application de ce décret, un arrêté du ministre des communications du 9 septembre 1997 est venu fixer les conditions d'utilisation du cryptage dans l'exploitation des services à valeur ajoutée de télécommunications (J.O.R.T. du 23 septembre 1997, p. 1799.). Outre ces textes, le cryptage est réglementé aussi par le décret n°2001-2727 du 20 novembre 2001, fixant les conditions et les procédures d'utilisation des moyens ou des services de cryptage à travers les réseaux des télécommunications, ainsi que l'exercice des activités y afférentes. Pour plus de détail sur le champ d'application respectif de ces textes juridiques voir A. ELLOUMI, *Le formalisme électronique*, op.cit, p. 347 et 348.

³ P. LAGARDE, "Cryptologie : le nouveau régime juridique", *Gaz. Pal.*, 1996, doct., p. 1320.

⁴ G. CHATILLON, H. MAISL et J. HUET, "Point de vue doctrinaux et solutions législatives et jurisprudentielles concernant les nouveaux procédés de télécommunication interactives (Internet)", in *Droit européen comparé d'Internet*, Académie Internationale de Droit Comparé, Bruxelles, Bruyant 2000, p. 37.

⁵ F-J. PANSIER, C. CHARBONNEAU, "La signature électronique, signature sous surveillance (A propos du décret n°2001-272 du 30 mars 2001)", *Petites Affiches* 6 avril 2001, n°69, p. 4.

de services de certification"¹ par la loi du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques, répond à ses besoins. Cette loi définit cet organe à partir de ses fonctions comme étant "toute personne physique ou morale qui émet, délivre, gère les certificats et fournit d'autres services associés à la signature électronique"². Ainsi, le fournisseur de services de certification est une sorte de témoin spécialisé qui va s'engager professionnellement sur une correspondance, il va la certifier, d'où la notion de "certificat électronique"³.

Mais, s'il est possible de remplacer la signature manuscrite du greffier par une signature électronique, il sera inconcevable de recourir à un tiers certificateur privé pour certifier la signature d'un officier public. "Les officiers publics ont pour mission de délivrer l'authenticité au nom de la république et du peuple ..., sous le sceau de l'Etat, et il parait donc invraisemblable de faire certifier leur signature par un opérateur privé"⁴. Il est nécessaire que la certification soit faite, par un prestataire public, ou par un système d'auto certification réalisé à l'intérieur de la profession⁵. Selon l'article 9-5° de la loi du 9 août 2000 l'agence nationale de certification électronique⁶ peut jouer le même rôle que le fournisseur de services de certification électronique. Elle est chargée de l'émission et de la conservation des certificats électroniques, relatives aux agents publics habilités à effectuer des échanges électroniques. L'agence peut effectuer cette mission toute seule ou à travers des fournisseurs de services de certification électronique publics.

180-Par conséquent, la signature électronique telle que réglementée par la loi du 9 août 2001 et ses textes d'application correspond à ce qu'il est convenu d'appeler en droit européen et comparé la signature électronique avancée ou sécurisée, une signature qui se voit reconnaître une valeur juridique équivalente à celle de la signature

¹ Dans certaines législations, notamment la législation française et le droit communautaire, cet organe prend l'appellation de "tiers certificateur" ou "prestataires de services de certification électronique".

² Article 2 alinéa 4 de la loi du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique.

³ La loi du 9 août 2000 donne une définition large à la notion de "certificat électronique" en prévoyant dans son article 2 que c'est "...le document électronique sécurisé par la signature électronique de la personne qui l'a émis et qui atteste après constat la véracité de son contenu". Pour plus de détail sur cette notion voir T. PIETTE-COUDOL, Echanges électroniques, Certification et sécurité, Paris, Litec, 2000, p. 34.

⁴ I. DE LAMBERTERIE, Les actes authentiques électroniques. Réflexion juridique prospective, Paris, La documentation française, 2002, p. 73.

⁵ J.D. MATHIAS, "L'authenticité électronique", Petites Affiches 2 avril 2001, n°65, p. 29.

⁶ L'agence tunisienne de certification électronique est "une entreprise publique à caractère non administratif dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière..." et chargée de "l'octroi de l'autorisation d'exercice de l'activité de fournisseur de service de certification électronique sur tout le territoire de la république tunisienne" (articles 8 et 9 de la loi du 9 août 2000).

manuscrite, et ce par opposition à la signature électronique simple¹. Dans ce cas, l'extrait de registre du commerce délivré par voie électronique acquiert-il la valeur authentique ?

III/ L'obstacle à l'attribution du caractère authentique à l'extrait électronique du registre du commerce.

181-L'absence d'une reconnaissance antérieure d'un acte authentique électronique: Depuis la réforme de 1998², les copies et extraits du registre du commerce peuvent être délivrés par voie électronique en France sans être, néanmoins, revêtus du caractère authentique³. En fait, le législateur français n'a attribué une valeur juridique à ces extraits, qu'après avoir reconnu juridiquement l'acte authentique électronique. En effet, la reconnaissance de principe d'un acte authentique établi et conservé sous forme électronique a été effectuée par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique qui complète l'article 1317 du Code civil par un alinéa 2. Désormais, l'acte authentique "*peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat*". Deux décrets en Conseil d'état en date du 10 août 2005 ont été pris en application de cet alinéa afin de régler les actes authentiques établis sous forme électronique par les notaires⁴, d'une part, par les huissiers⁵, d'autre part.

En Tunisie, l'article 453 bis alinéa 2 du Code des obligations et des contrats constitue un vrai obstacle à l'attribution de la valeur authentique à l'extrait délivré par voie électronique. Cet article considère que le document électronique fait preuve seulement comme acte sous seing privé. L'absence d'une reconnaissance de l'acte authentique électronique risque, sérieusement, d'affecter la valeur juridique de cet extrait.

¹ P.A. FOUQUE, "Les technologies de l'écrit électronique", Petites Affiches, 2 avril 2001, n°65, p.12; A. BRAHMI, Signature électronique et droit. Essai de clarification du nouveau cadre juridique de la signature électronique et des méthodes de sa réception, 2004, p. 42.

² A. 9 février 1988, article 30, alinéa 1^{er}, rédaction A. 2 juillet 1998.

³ En effet selon l'article 30 de l'arrêté du 9 février 1988 relatif au registre du commerce et des sociétés (tel que modifié par l'arrêté du 2 juillet 1998 "*Les copies du registre du commerce et des sociétés peuvent être délivrées par voie électronique. Il doit alors être précisé que seul un document signé fait foi*").

⁴ Décret n°2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires (J.O. n°186 du 11 août 2005, p.13096).

⁵ Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n°56-222 du 29 février 1956 concernant le statut des huissiers (J.O. n°186 du 11 août 2005, p.13095).

182-L'absence d'une consécration juridique de l'extrait électronique: Lorsque le législateur français a revêtu expressément l'extrait d'immatriculation du caractère authentique, il a précisé dans le même décret n°2009-1150 du 25 septembre 2009, les conditions et modalités de la délivrance par voie électronique les copies, extraits ou certificats. On peut d'ores et déjà constater une similitude entre le formalisme exigé par l'article R. 123-152-2 et celui relatif aux conditions d'établissement d'un acte notarié qui constitue la catégorie la plus habituelle des actes authentiques¹. On peut aussi, constater cette similitude lorsque les formalités exigées par l'article R. 123-152 du Code de commerce français² sont facilement transposables à l'environnement numérique. Le décret français du 25 septembre 2009 exige d'assortir l'extrait délivré par voie électronique de marques distinctives afin de faciliter son identification.

Dès lors que les conditions requises par l'alinéa 2 de l'article R. 123-152 du Code de commerce seront remplies, l'extrait ou certificat communiqué par voie électronique verra revêtu de la force probante attachée aux actes authentiques. L'inscription de faux, procédure particulièrement lourde, pourra seule aboutir à la contestation des mentions portées sur ces actes³. Dans l'état actuel du droit tunisien, la loi relative au registre du commerce ne précise pas les règles de présentation matérielle inhérente à l'extrait du registre de commerce. C'est l'article 15 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996 (modifié par l'arrêté 19 février 2009) qui précise que l'extrait est délivré sur des formules établi conformément à un modèle.

¹ Outre son établissement par un officier public, tout acte authentique nécessite certaines solennités relatives à son élaboration. Il doit être établi par un officier public territorialement compétent selon les règles de présentation matérielle inhérentes aux actes authentiques. Voir notamment les articles 6 et 13 du décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, tel que modifié par le décret n°2005-973 du 10 août 2005.

² Cet article dispose que "*Les extraits ou certificats portant la date de leur délivrance et revêtus du nom, de la signature et du sceau du greffier qui les a délivrés ainsi que la mention du lieu dans lequel ce dernier exerce ses attributions font foi jusqu'à inscription de faux. Toute surcharge, interligne ou addition contenu dans le corps de ces documents est nul*".

³ B. SAINTOURENS, "La réforme des conditions de délivrance par le greffier de copies, extraits ou certificats du R.C.S", RTD com. 2010, p.59.

Conclusion Partie I titre I

183-A l'origine, le registre du commerce était un simple répertoire de caractère administratif n'ayant pour but que de "*recenser les entreprises et de découvrir la nationalité de leur exploitant*"¹; mais son rôle ne cesse de s'accroître pour devenir de plus en plus un véritable répertoire de portée purement juridique. Cette nouvelle acception de registre du commerce n'est que le résultat de l'étude des effets des inscriptions qui y sont portées.

L'inscription fondamentale est évidemment l'immatriculation au registre du commerce. Le législateur lui a assigné l'effet le plus important à savoir l'effet constitutif. Cet effet qui était limité aux personnes physiques selon l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, est étendu aujourd'hui et ce depuis la promulgation du Code des sociétés commerciales en 2000, aux sociétés commerciales. Désormais, l'article 4 du Code dispose que "*Toute société commerciale donne naissance à une personne morale ... à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce...*". La lecture des dispositions de ces deux articles nous permet de dégager le véritable rôle de l'immatriculation qu'est le rôle constitutif. Elle donne naissance à une situation juridique nouvelle.

Toutefois, une lecture attentive des différents textes qui se réfèrent à l'immatriculation nous a permis de constater que cette formalité produit des effets constitutifs différents. C'est par cet enregistrement que l'entreprise va voir naître juridiquement sa personnalité morale s'il s'agit d'une entreprise sociétaire ou sa qualité de commerçant s'il s'agit d'une entreprise individuelle. L'immatriculation permet aussi à son auteur de jouir de certains droits spécifiques. Elle crée, en droit français, une présomption de non salariat et un patrimoine d'affectation qui ont pour effet surtout, de modifier la situation juridique du cocontractant de l'immatriculé. A l'échelle internationale, l'immatriculation occupe une place importante: elle constitue pour la société un critère de rattachement qui détermine le droit applicable. Considérer le siège statutaire comme critère de rattachement signifie, en fait, donner de l'importance à l'immatriculation pour déterminer le droit applicable. C'est ainsi que le transfert du siège social est assimilé à une immatriculation nouvelle.

¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., n°219.

184-Comme toute formalité publicitaire, l'immatriculation possède aussi un rôle probatoire. Sa date revêt une importance particulière. Par interprétation des termes des articles 61 de la loi du 2 mai 1995 et 4 du Code des sociétés commerciales, on en déduit que la date de l'immatriculation est celle de la réalisation de l'écriture sur le registre du commerce. C'est cette date qui permet de préciser le moment de la naissance d'une qualification ou de la jouissance des droits. Elle est prouvée par l'extrait d'immatriculation délivré par le greffier dépositaire du registre du commerce. Contrairement au droit français, le droit tunisien n'a pas précisé sa valeur juridique. Mais, dès lors qu'ils sont revêtus de la signature et du sceau du greffier -officier public-, les extraits font foi de leurs énonciations jusqu'à inscription de faux. Cette force probante particulière est réservée au seul extrait sur support papier.

Bien que la réforme de la loi relative au registre du commerce par la loi du 10 avril 2010 ait instauré l'immatriculation par voie électronique, elle n'a pas consacré la délivrance des extraits par voie électronique. Cette forme demeurant possible sur la base de l'article 16 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996 (modifié en 2009), ne produit toutefois pas des effets juridiques. L'absence de force probante des actes électroniques de greffe en matière de publicité légale ne peut être dépassée par la loi du 13 juin 2000 qui méconnaît l'acte authentique électronique. Même si la Tunisie n'a pas encore reconnue ce type de document électronique, il est indéniable que le recours à un tel acte est en train de se généraliser dans le monde entier. L'acte authentique ne peut donc rester à l'écart des nouvelles technologies. Et, l'absence de force probante qui caractérise les écrits électroniques des greffes en matière de registre de commerce (extraits et certificats), ne saurait perdurer. Outre la consécration juridique des actes authentiques électroniques dans le Code des obligations et des contrats, un décret sur les actes authentiques des greffes par voie électronique devrait préciser ses conditions formelles.

185-Il en découle que l'immatriculation ne constitue pas une notion homogène. Certes, l'effet constitutif constitue l'effet principal de l'immatriculation au registre du commerce, mais, il a plusieurs facettes et il n'est pas son effet exclusif. La diversité des effets que l'immatriculation produit marque nettement son ambivalence et rend difficile son emplacement dans le système juridique tunisien et même français. Il sera donc utile d'étudier l'immatriculation du point de vue de sa finalité permettant de faire apparaître

les traits caractéristiques communs à toute cette diversité des effets. Il convient de chercher quelle est la politique juridique qu'elle vise à réaliser.

Titre II: Ambivalence de la finalité.

186-L'immatriculation et la fonction générale d'information: Pour que les transactions soient sûres, le système juridique doit offrir un système de publicité légale remplissant essentiellement deux fonctions: informer les tiers intéressés par la situation de l'entreprise en cause et permettre d'opposer cette information publiée¹. L'immatriculation, étant un moyen d'information complète sur la situation juridique et financière de l'entreprise, est un vecteur privilégié de la publicité quérable² qui s'opère pour l'essentiel par l'intermédiaire du registre du commerce. D'où son intérêt pour les tiers qui doivent pouvoir se renseigner facilement sur l'entreprise (chapitre 1).

187-L'immatriculation et la politique juridique de protection des tiers: Une telle approche fait apparaître que derrière la fonction d'information, commune à toutes les mesures de publicité, se dessinent des finalités concrètes de l'information³. Ainsi, il a été montré que la publicité constitue un procédé de la technique juridique, en principe sans valeur intrinsèque, que le législateur utilise pour mettre en œuvre une certaine politique juridique⁴ articulée autour de la volonté générale de protéger les tiers⁵. Entendu ainsi, l'immatriculation constitue une technique juridique qui devrait poursuivre une politique juridique de protection des tiers qui lui est spécifique⁶. Elle vise à protéger les intérêts des tiers en les informant de l'identité même de la personne morale. L'immatriculation des personnes physiques obéit à des considérations

¹ J-M. BAHANS, "Publicité des sociétés. Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", *JurisClasseur Sociétés Traité* 2016, fasc. 27-40, n° 2 et 3.

² *Supra*, p. 10.

³ Lorsque certains auteurs décrivent à propos de la publicité une autre fonction que les informations des tiers, leur appréciation se situe-t-elle à un degré de précision plus avancé. Leur analyse porte donc sur les finalités concrètes de l'information du public. L'information n'est pas une fin en soi mais peut être requise par le législateur pour poursuivre concrètement des politiques juridiques diverses, bien que toujours liées à une politique de protection des tiers. Il est donc possible de retenir qu'envisagées globalement, toutes les publicités ont la même fonction, celle d'informer les tiers. En revanche, envisagées concrètement, les finalités, c'est à dire les politiques juridiques qu'elles mettent en œuvre, sont variables. Voir S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, op.cit., n°99, p.109.

⁴ F. GENY, *Sciences et techniques en droit privé positif*, op.cit., p.31.

⁵ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op.cit., p.205. Selon cet auteur, "Par rapport à celui qui la fait, la publicité est un mode particulier de preuve d'un acte. Mais, ce n'est pas sa nature intime, laquelle se détermine par son but. La publicité protège les tiers qui ont intérêt à être avertis de telle ou telle situation".

⁶ Madame S. CORNELOUP a pu constater que la publicité poursuit des finalités concrètes qui diffèrent d'une hypothèse à l'autre. Chaque exigence de publicité paraît poursuivre une politique juridique de protection des tiers qui lui est spécifique. La protection poursuivie par une publicité peut avoir une consistance variable pour les tiers. Voir S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*", op.cit., n°115 et suiv, p.125 et suiv.

semblables dans la mesure où l'information doit permettre aux tiers d'adapter leur attitude à la circonstance que leur cocontractant possède la qualité de commerçant¹.

N'étant pas doté d'un régime juridique cohérent, l'immatriculation ne constitue pas, néanmoins, une catégorie homogène de règles. D'abord, en subordonnant l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation au registre on devrait éviter que des personnes morales naissent en dehors de cette formalité et avant que les tiers en soient informés. Ensuite, par cette règle, on devrait permettre un certain contrôle préalable sur les conditions de constitution de la société² afin d'éviter le risque de divulgation d'un acte affecté d'un vice susceptible d'engendrer sa nullité. Or, admettre le contraire réduit considérablement l'efficacité de la fonction d'information de l'immatriculation (chapitre II).

¹ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, op.cit., n°124, p.133.

² Ce contrôle est effectué, d'une part, pour garantir que les informations publiées sont exactes, mais également, d'autre part, pour vérifier que les conditions légales de la constitution des sociétés ont été respectées. Voir infra, p. 310 et suiv.

Chapitre 1: L'immatriculation: une mesure d'information.

188-Comme l'a clairement précisé Madame BARREAU-SALIOU en estimant que l'information constitue la fonction primaire et commune à toutes les publicités, alors que les autres rôles peuvent seulement s'y ajouter éventuellement¹, on peut dire que l'immatriculation n'a pas seulement un rôle créateur d'une situation juridique, mais surtout un rôle d'information. L'"acte de naissance" qu'elle constitue va s'accompagner des renseignements indispensables pour connaître l'entreprise. L'immatriculation fournit donc les indications nécessaires à l'identification de la personne assujettie (commerçant ou personne morale) et permet surtout de rendre publiques l'organisation de son entreprise et son activité².

Une telle interprétation peut être dégagée d'une lecture de l'article 61 de la loi du 2 mai 1995 selon lequel l'immatriculation du commerçant organise l'opposabilité de sa qualité. C'est l'une des conséquences de présomption de connaissance qui démontre que l'immatriculation a pour fonction de porter un élément à la connaissance du public³. Mais, selon cet article, l'immatriculation n'est pas simplement informative, elle est sanctionnée par l'opposabilité de la situation juridique de l'intéressé. L'article 4 du Code des sociétés commerciales n'interdit pas aussi cette solution. L'affirmation de la nature de la personnalité morale - comme technique d'opposabilité d'une organisation chargée de poursuivre un intérêt déterminé⁴ ou modalité de la personnalité juridique - permet de comprendre la raison d'être de la publicité nécessaire à son apparition. L'immatriculation a pour finalité de rendre opposable à l'égard des tiers, un groupement personnifié⁵. Elle renforce l'information des tiers (section 1) puisqu'une fois accomplie, nul ne pourrait s'abriter derrière l'ignorance de l'existence d'une société. De la même façon, nul ne saurait se voir opposer cette existence sans la formalité requise, quelle que soit la connaissance de celui à qui on prétendrait l'opposer.

¹ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, L.G.D.J., 1990, p.3

² E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "L'absence d'un système cohérent de publicité légale", in Publicités légales et information dans les affaires sous la direction A. SAYAG, n°57 et suiv, p. 55 et suiv.

³ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., n°105, p. 114.

⁴ N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, p.283 et suiv. Selon cet auteur, la personnalité morale présente un double aspect: elle est fondée sur un élément substantiel (l'intérêt distinct et organisé) que sur un élément formel (l'opposabilité).

⁵ V. par exemple J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°241; G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J., 1997, n°230 et suiv.

Toutefois, l'application de l'article 4 n'est pas exempte de toute difficulté. La restriction de son domaine aux seules sociétés commerciales pose la question du rôle de l'immatriculation des sociétés civiles. Puisqu'elle n'est pas sanctionnée sur le terrain de l'efficacité de la situation¹, l'immatriculation d'une société civile ayant acquise sa personnalité depuis sa constitution, ne peut avoir qu'un simple effet déclaratif qui a pour but d'informer les tiers de l'existence d'une structure juridique (section 2).

Section 1: Une information sanctionnée par l'opposabilité pour les sociétés commerciales.

189-L'immatriculation: une formalité contractuelle: Afin de déterminer la nature de la publicité, monsieur CARBONNIER préfère parler de "*formalité contractuelle*" au lieu du formalisme atténué². La publicité n'est pas, en principe, une véritable forme qui enveloppe l'acte, mais plutôt un acte juridique, une formalité, qui s'ajoute à celui-ci. Madame GUERRIERO a mis en relief cette spécificité en opposant les solennités aux publicités³. Elle qualifie la forme solennelle comme "*la manière d'être de l'acte juridique*"⁴ alors que la formalité de publicité et non seulement extérieure à l'acte juridique, mais lui est étrangère⁵. Elle n'affecte en rien son efficacité. Elle constitue un acte autonome par rapport à la situation dont elle relève. Elle est, elle-même, un acte juridique dans le sens d'une manifestation de volonté en vue de produire un effet de droit.

Cette affirmation renforce l'idée qui refuse de considérer que l'immatriculation d'une société est une condition de son existence (paragraphe 1). Avant l'immatriculation, il existe bel est bien une société, mais qui sera dépourvue de la personnalité morale. Cette dernière n'existe que par rapport au monde environnant ce que justifie qu'elle soit tributaire d'une mesure de publicité. On peut affirmer, aujourd'hui, qu'il n'est pas d'institution personnalisée dont l'acte d'organisation ne soit

¹ Toute publicité doit être considérée comme informative dès lors que le législateur ne lui a pas conféré un autre caractère. Les éléments juridiques sont, en effet, opposables d'emblée et ils ne peuvent être déchus de cette opposabilité que dans les cas prévus par la loi. Voir C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, op.cit., n°7, p.10.

² J. CARBONNIER, Droit civil, t.4, Les obligations, PUF, 2000, n°89-92.

³ M-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, op.cit., p.213 et suiv.

⁴ L'exemple donné par l'auteur est la rédaction d'un écrit. Cet écrit constitue l'*instrumentum* qu'on adjoint au *negotium* qu'est l'acte substantiel. Il n'est donc pas possible de dissocier l'acte juridique, *negotium* de la forme.

⁵ M-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, op.cit., p.213 et suiv.

soumis à une forme de publicité plus ou moins élaborée. C'est ainsi que l'article 2 de la loi du 2 mai 1995 ayant un domaine large, impose l'immatriculation de tout groupement dotée de la personnalité morale¹. Cette immatriculation conduit à l'opposabilité de l'organisation² qui donne sa substance à la personnalité morale (paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'immatriculation n'est pas une condition de l'existence de société.

190-L'acquisition de la personnalité morale ne soulève aucune difficulté lorsqu'elle dépend, en vertu d'une décision du législateur, de la seule existence du groupement (ex. société civile...)³. Le problème se pose en revanche s'agissant des groupements auxquels est imposé l'accomplissement de formalités supplémentaires déterminant l'acquisition de leur personnalité morale (ex. société commerciale, groupement d'intérêt économique...)⁴. Pour ces groupements, l'exigence de ces formalités opère en effet une dissociation entre la formation de leur acte constitutif, leur existence en tant que groupement, et l'existence de leur personnalité morale. Il est malaisé de dire si la constitution de la société préexiste à son immatriculation ou lui est simultanée et si l'avènement de la personnalité morale dans la plénitude de ses effets, peut être dissocié de celui de la société.

En droit tunisien et français, l'immatriculation ne conditionne pas l'existence d'une société. D'abord, l'ordre juridique reconnaît l'existence des sociétés dépourvues de la personnalité morale et qui ne sont pas dans l'obligation d'être immatriculées au registre de commerce (I). Ensuite, et même pour les sociétés personnifiées, la formalité d'immatriculation ne s'intègre pas dans le processus de leur constitution. Elle n'est pas une formalité constitutive (II).

¹ Supra, p. 63 et suiv.

² Selon monsieur MATHEY, la personnalité morale est plus exactement une technique d'opposabilité d'une organisation et non d'un groupement dans la mesure où il existe des personnes morales sans membres (ex. les fondations) ou unipersonnelles (ex. société unipersonnelle à responsabilité limitée). N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, p.309, n°664.

³ Infra, p. 239.

⁴ Supra, p. 100.

I/ L'ordre juridique reconnaît l'existence d'une société dépourvue de la personnalité morale.

191-Si à l'origine de toute société personne morale, il y a toujours une société, toute société n'a pas nécessairement la personnalité morale. La présence d'une société non personnifiée prouve que la personnalité morale n'est pas de l'essence des sociétés. Elle n'est qu'un attribut qui donne à la société une force particulière par la reconnaissance à cette dernière d'une capacité juridique¹. Ainsi, une société sans personnalité morale constitue incontestablement une société.

192-Le contrat: fondement légal de la société². Le législateur a défini la société dans l'article 1249 du Code des obligations et des contrats comme étant "*un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail, ou tous les deux à la fois, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter*". Ces dispositions qui s'appliquaient aux sociétés civiles et commerciales sont réservées aux premières depuis la promulgation du Code des sociétés commerciales qui a apporté sa propre définition. Désormais la société commerciale est définie par l'article 2 du Code comme étant "*un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter en commun leurs apports, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourraient résulter de l'activité de la société. Toutefois, dans la société unipersonnelle à responsabilité limitée, la société est constituée par un associé unique*".

Ainsi définie, la société est un contrat³, mais ce contrat n'aboutit pas toujours à la création d'une personne morale. Une société sans personnalité morale n'est en fait qu'un

¹ Infra, p. 214.

² Cette solution ne devrait pas être influencée par la recherche de la nature contractuelle ou institutionnelle de la société. Bien que la préférence légale semble aller vers l'institution, "*il ne faut pas prêter à la terminologie légale une portée qu'elle ne saurait avoir, l'analyse juridique étant une préoccupation de professeur, non de législateur*". G. FLORES et J. MESTRE, "Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société", Petites Affiches, 14 mai 1986, n°58, pp. 25.

³ Toute société est constituée d'un acte juridique, celui-ci n'est plus nécessairement un contrat : ce peut être un acte juridique unilatéral. Voir S. YOUSSEF, L'acte unilatéral, source d'obligation autonome en droit privé, thèse Tunis 2002, p. 272; GRISOLI, "Les sociétés d'une seule personne en droit comparé", Etudes offertes à A. Jauffret 1984, p. 361.

La possibilité de créer une société d'une seule personne est prévue par le législateur. En droit tunisien, il s'agit d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée. En droit français, il s'agit des Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, Agriculture pour les EARL.

contrat consensuel qui naît dès l'accord de volonté¹. Le législateur reconnaît l'existence de cette société-contrat, mais il en fait l'exception du tissu sociétaire. En effet, aux termes de l'article 4 du Code des sociétés commerciales que "*Toute société commerciale donne naissance à une personnalité morale indépendante de la personnalité de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce à l'exception de la société en participation*". Or, la société en participation n'est pas l'unique modèle des sociétés sans personnalité morale. Ces dernières recouvrent en réalité des cas divers dans la mesure où cette situation peut être voulue ou spontanée, provisoire ou durable. Outre la société en participation à laquelle le législateur français assimile la société créée de fait², le Code des sociétés commerciales parle aussi de la société en formation non encore immatriculée³. La nature de la société en formation ne peut être contestée puisque le législateur la qualifie expressément de société⁴.

193-1°// La reconnaissance expresse de la société en participation: L'article 77 du Code des sociétés commerciales définit la société en participation comme étant "*le contrat par lequel les associés déterminent librement leurs droits et obligations réciproques, et fixent leurs contributions aux pertes et leurs parts dans les bénéfices et dans l'économie qui pourraient en résulter*". Par conséquent, la société en participation est bien une société au sens de l'article 2 du Code des sociétés commerciales. Si l'on avait pu douter, jusqu'au début du XX^e siècle, de la nature sociétaire de "*l'association en*

¹ L'article 3 du Code des sociétés commerciales prévoit que tout contrat de société doit être rédigé par acte sous seing privé ou acte authentique à l'exception de la société en participation. Concernant le rôle de l'écrit, alors que selon l'ancien article 19 du Code de commerce, le contrat de société était à peine de nullité constaté par écrit ; cette sanction n'est pas expressément reprise par l'article 3 alinéa 1. La doctrine tunisienne a été divisée quant à la détermination de la fonction de l'écrit requis dans l'acte de société. Certains pensent qu'il s'agit d'un instrument de preuve (M. MAHFOUDH, "Formalisme et théorie générale du contrat", R.T.D. 2005, p. 162), d'autres pensent que l'écrit est exigé comme condition de validité (C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p.173 ; M. KOSSENTNI, "Le formalisme à travers les règles communes de constitution des sociétés commerciales : quelles fonctions ?", Etudes Juridiques 2008, °15, p. 129 et suivant.

² Article 1873 du Code civil français.

³ Infra, p. 255.

⁴ Dans les articles 98, 103 et 171 du Code des sociétés commerciales relatifs à la société en formation sans la viser expressément, le législateur emploie le terme société.

participation"¹ expression employée par l'ancien droit français², il est admis actuellement clairement son appartenance à la famille des sociétés³.

Mais, contrairement aux autres sociétés ayant la personnalité morale, l'article 78 du Code des sociétés commerciales tunisien prévoit qu'elle "*n'est soumise ni à l'immatriculation ni à aucune forme de publicité*". Généralement, il est admis que les participants ont distinctement voulu constituer une société, mais ils ont décidé de la soustraire à la formalité de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ce qui a pour conséquence de priver leur société de la personnalité morale, attribut attaché à l'immatriculation par l'article 4 du Code des sociétés commerciales⁴. C'est pourquoi on l'appelait dans l'ancien droit, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, la "*société anonyme*"⁵.

Par ailleurs, n'exigeant aucune formalité particulière de constitution, la société en participation serait une forme intéressante pour les affaires de courte durée qui pourraient se transformer ultérieurement en société d'une autre forme en cas de succès⁶. Dans tous les cas de figure, il s'agit bien d'une société reconnue comme telle par le législateur et relevant de ce fait d'une situation de droit. Elle doit être distinguée de la société créée de fait dépourvue aussi de la personnalité morale mais d'origine jurisprudentielle.

194-2°// La reconnaissance jurisprudentielle de la société créée de fait confirmée par le législateur français: La société créée de fait désigne "la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés,

¹ Par C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, 6^e éd., t. 1^{er}, 1927, Sirey, n° 324, p. 365, note 4.

² Le législateur français utilisait l'expression "association en participation" dans l'ancien article 47 du Code de commerce.

³ En effet, l'article 49 ancien du code de commerce, tel que modifié par la loi du 24 juin 1921, disposait que "les associations en participation sont des sociétés". Depuis la loi du 24 juillet 1966, le législateur français emploie l'expression "société en participation". La loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 a placé les dispositions relatives aux sociétés en participation au sein du code civil, aux articles 1871 à 1872-2, qui régissent les sociétés en participation à objet civil comme celles à objet commercial. Voir J. GUYENOT, "Les assises contractuelles de la société en participation peuvent elles être conciliées avec les nouvelles dispositions de l'article 1832 du Code civil relatives à la définition de la société", *Gaz. Pal.*, 1986, chron., p.83.

⁴ Curieusement, la société en participation relève de l'impôt sur le revenu tout en admettant qu'elle jouit d'une personnalité fiscale distincte de celle de ses membres. Voir A. YAICH, *Théorie et principes fiscaux*, éd., R. Yaïch, Sfax, Tunisie 2004, p.144.

⁵ R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, 1989, Montchrestien, n° 376.

⁶ Kh. KHARROUBI, "Le particularisme de la société en participation en droit tunisien", *R.T.D.*, 1999, p.235.

sans avoir exprimé la volonté de former une société"¹. Elle résulte du comportement qu'ont eu entre elles et à l'égard des tiers, des personnes (époux, concubins, parents, amis...) qui travaillent ensemble. Alors même qu'elles se comportent comme des associés, elles refusent de qualifier leur relation de société, ou omettent simplement de le faire. C'est donc le juge qui reconnaîtra l'existence d'une société, dans le silence des parties ou contre leur volonté.

195-Le problème de rattachement de la société créée de fait à la catégorie des sociétés: Il en découle que le droit de la société créée de fait est un droit "très jurisprudentiel, avec tous les inconvénients que cela comporte : droit fragmenté, changeant, d'accès moins simple, etc"². Ainsi, un auteur a pu écrire dans l'introduction à son ouvrage, "imprécision et approximation caractérisent la société créée de fait"³. L'essentiel du contentieux relatif à cette société porte sur la caractérisation ou non d'une société créée de fait. Les problèmes soulevés sont encore plus redoutables qu'on ne le perçoit de prime abord, puisqu'en l'absence de volonté des parties clairement exprimée, c'est même la question de son rattachement à la catégorie des sociétés qui pourrait se poser⁴. L'appellation "société", en l'absence de contrat - en tant que support juridique obligatoire de toute société - est donc manifestement inappropriée et si cette situation peut difficilement être expliquée de manière objective, elle nécessite d'être dénoncée⁵.

D'ailleurs, cette confusion embarrassait déjà J. HEMARD qui s'interrogeait sur les conclusions qui devaient être tirées de cette constatation. "Est-ce à dire qu'il y ait des associés inconscients et que l'on puisse contracter une société sans le savoir?". Non, estimait-il, "il y a nécessairement contrat puisque la société est un contrat mais dans les sociétés créées de fait, le contrat est présumé"⁶. Par ailleurs, l'*affectio societatis*, en tant qu'élément psychologique de toute société, fait défaut. Il est impossible d'envisager une entrée en société "inconsciente" d'un futur associé. Toute proposition en ce sens pour expliquer la société créée de fait doit donc être rejetée⁷.

¹ M. GERMAIN, Traité de droit commercial, t. 1, LGDJ 2002, 18ème éd., n° 275.

² B. DONDERO, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2012, V° Société créée de fait, n°4.

³ S. VACRATE, La société créée de fait, essai de théorisation, préf. H. Lécuyer, 2003, LGDJ, n°39.

⁴ Ibid., n° 568 et s.

⁵ P. DIDIER, Droit commercial, L'entreprise en société, tome 2, Paris, 2ème éd., PUF, 1997, p.368.

⁶ J. HEMARD, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2ème éd., Sirey 1926, p.193.

⁷ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, "Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait", Dalloz 1982, chron. p. 84 et suiv.

Ainsi madame S. VACRATE refuse d'admettre l'existence "d'une société imaginaire"¹ car il n'y a aucune trace d'existence ou de manifestation de la volonté des parties d'avoir agi dans le cadre d'une société². La critique la plus dure à la raison d'être de la société créée de fait a été portée par monsieur F.-X. LUCAS qui estime que lorsque la société créée de fait est fondée sur des relations contractuelles, elle se confond avec la société en participation, tandis que le recours à la notion de société créée de fait en l'absence de tout contrat devrait se voir préférer une extension de la théorie des quasi-contrats³.

"Manifestement, la société créée de fait n'a de société que le nom, ce qui rend la recherche de sa véritable nature juridique extrêmement délicate"⁴. Elle ne peut répondre à la définition légale de la société de droit commun ni obéir au régime juridique qui l'assortit, car le droit commun des contrats autant que le droit spécial des sociétés s'en trouvent écartés. Pourtant, ni le défaut de consentement des parties ni celui d'affectio societatis⁵ ne font obstacle à la qualification sociale opérée par le législateur français et les tribunaux⁶.

196-La position du législateur français: Poser la question de rattachement de ce groupement à la catégorie de société en droit français, n'est peut-être pas utile, dès lors que l'expression "société créée de fait" a été employée par l'article 1873 du Code civil en sa rédaction résultant de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978. Cet article soumet la société créée de fait au régime de la société en participation, qui est incontestablement une société. Désormais, cette forme sociale a sa place dans le Code civil aux côtés de la société civile et de la société en participation⁷. C'est d'ailleurs aux côtés de cette dernière qu'elle figure dans tous les ouvrages de droit des sociétés, motif pris que ces deux formes sociales ont en commun de n'être pas dotées de la personnalité morale.

¹ SAVATIER, note sous T. civ. Seine, 3 mai 1922, DP 1924, 2.9.

² S. VACRATE, La société créée de fait, op.cit., n°581, p. 252.

³ La société créée de fait n'est pas un contrat, elle ne devrait donc pas être une société telle que définie par le législateur. Etant induite d'un simple comportement humain, elle ne repose pas sur un support contractuel. Voir F.-X. LUCAS, "La société dite « créée de fait »", art. préc., p. 737.

⁴ S. VACRATE, La société créée de fait, op.cit, n°588.

⁵ Pour certains auteurs, la société créée de fait "correspond au degré zéro de la conscience sociétaire". Voir, C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. ss CA Paris, 12 nov. 1991, RTD com. 1992, p. 812.

⁶ J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, Société en participation et société créée de fait. Aspects juridiques et fiscaux, GLN, Joly, Paris 1996, p.73, n°183.

⁷ La proposition a été faite par Joseph HEMARD, de voir une société dans une "suite d'opérations commerciales effectuées en commun par plusieurs personnes". Les parties n'ayant jamais pris soin d'exprimer leur accord de constituer une société et encore moins de le nommer, la société qui procède de leurs relations communes a été dite "créée de fait". Sans doute l'idée existait-elle avant d'être exprimée par HEMARD mais c'est lui qui l'a théorisée. Voir J. HEMARD, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, op.cit., n°150; Les sociétés de fait en droit français, Travaux Capitain, t. XI, Dalloz, 1960, p. 131 et suiv., spéc., p.148.

197-II en découle que toute société pluripersonnelle a donc pour origine un contrat¹. Selon les hypothèses, on sera en présence d'une "*société-contrat*", pour les sociétés sans personnalité. Mais, si on a mis l'accent sur l'aspect contractuel de la société en participation, s'agissant de la société créée de fait, on ne perçoit pas un contrat mais on peut le concevoir.

III/ L'immatriculation n'est pas une formalité constitutive.

198-Des difficultés naissent de l'ambivalence du terme "*société*" qui s'emploie indifféremment pour désigner à la fois la société considérée comme acte juridique ainsi que la société considérée comme personne morale². Mais, on doit préciser que la société n'acquiert la personnalité morale qu'après l'accomplissement d'un processus. Au départ, une idée prend progressivement la forme d'un projet autour duquel une ou plusieurs personnes se mobilisent et cherchent à concrétiser. Lorsque les protagonistes sont d'accord, ils peuvent mettre en œuvre le projet. Le problème de la structure juridique, du cadre juridique de l'activité va se poser aux acteurs. Ils cherchent alors le meilleur "*habillage juridique*" au regard des objectifs poursuivis. Ils expriment leur volonté pour constituer une société telle que définie par l'article 2 du Code des sociétés commerciales. Ainsi, la phase économique de la création de la société précède celle de sa constitution juridique³ qui sera déduite de la signature de l'acte de société. Finalement les fondateurs demandent l'immatriculation de la société au registre du commerce afin d'acquérir la personnalité morale. Dans ce cadre peut-on dire que l'immatriculation est l'ultime étape constitutive de la société? Constitue-t-elle la dernière étape qui clôture la phase de la constitution de la société?

199-*La notion de constitution de société*: Elle revêt un double sens. *D'une part*, elle désigne l'ensemble des actes nécessaires à l'existence d'une société, à savoir l'acte de volonté d'une seule personne ou le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie et s'engagent à contribuer aux pertes⁴.

¹ R. BESNARD GOUDET, " La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes", Droit des sociétés n° 12, Décembre 2001, chron. 21.

² B. MERCADAL et P. JANIN, Sociétés commerciales, Mémento Lefebvre, 2013, n° 1 et 1072.

³ D. PLANTAMP, "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", RTD com. 1994, p.3, n°4.

⁴ Article 2 du Code des sociétés commerciales et l'article 1832 du Code civil français.

D'autre part, elle vise toutes les opérations, décisions et formalités destinées à faire attribuer au groupement social la personnalité juridique, soit, en d'autres termes, à permettre l'éclosion de la société en tant que sujet de droit (rédaction des statuts, immatriculation au registre du commerce et des sociétés)¹.

200-1°// Le caractère large (unitaire) de la période de constitution: "... Cessant d'être une simple formalité de publicité, (l'immatriculation) est devenue la pièce maîtresse du nouveau système de constitution des sociétés commerciales, avec valeur vraiment constitutive"². Elle "produit un effet constitutif de droit puisque c'est elle qui conditionne (son) l'existence d'une société"³. Ainsi, pour les défenseurs de cette conception unitaire de la période de constitution des sociétés commerciales⁴, le législateur a fait proroger la démarche créatrice de la société en subordonnant l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation. Celle-ci "prendra corps par une série d'opérations, variable selon les types, mais qui toutes comprendront dans le stade de fondation un acte juridique volontaire et dans le stade final l'immatriculation, par où naîtra la société et non pas seulement la personne morale". Il n'y a donc, constitution définitive de la société qu'après l'immatriculation au registre du commerce. Monsieur Jean-Pierre SORTAIS⁵ défend cette conception large sur le fondement d'une circulaire du 11 février 1985 relative à l'accélération des procédures juridiques de création d'entreprises⁶ et selon laquelle " l'immatriculation constitue l'aboutissement du processus juridique de constitution des sociétés". Tant qu'elle n'a pas été immatriculée, la société destinée à être personnifiée n'est pas définitivement ou complètement constituée.

Les arguments purement exégétiques invoqués à l'appui de cette pensée résultent d'abord, de l'article 103 du Code des sociétés commerciales en vertu duquel " *La société n'est valablement constituée qu'après son immatriculation au registre du commerce*". L'article 104 du Code fixe un délai de prescription de l'action d'annulation de la société

¹ D. GIBIRILA, " Droit des sociétés - Procédure de constitution des sociétés - Période de formation et signature des statuts ", JurisClasseur Sociétés Formulaire 2016, Fasc. C. 50, n°1.

² R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et leurs modifications statutaires", Rev. sociétés 1966, p.249, n°7.

³ C. LABASTIE-DAHDOUH, H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op. cit., p. 258.

⁴ Ibid; R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et leurs modifications statutaires", art. préc., p.249, n°7.

⁵ Jean-Pierre SORTAIS, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2004 (actualisation 2016), V° Constitution des sociétés, n°8.

⁶ D. 1985, p.196.

de trois ans "à partir de la constitution de société". Ils résultent ensuite des articles 98 alinéa 2 et 169 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales relatifs respectivement à la société à responsabilité limitée et à la société anonyme. Les dispositions de ces articles¹ prévoient que si la société "n'est pas constituée" dans le délai de 6 mois à compter du premier dépôt de fonds ou dépôt du projet de statuts au greffe, les fondateurs et souscripteurs peuvent demander la restitution du fonds. L'alinéa de l'article 98 poursuit en décidant que " si les apporteurs décident ultérieurement de constituer la société, il sera procédé à un nouveau dépôt des fonds dans les mêmes conditions". Plus significatives sont les dispositions de l'article 165 du Code qui subordonne la validité de la constitution de la société contrat à la souscription de la totalité du capital, alors que la libération de cette souscription peut intervenir dans le délai de 5 ans à partir de la constitution définitive. Ceci étant, pour désigner la naissance de la personne morale, le législateur utilise l'expression société "valablement" ou "définitivement" constituée. Il est alors permis de dire que cette expression signifie tout simplement la société immatriculée. Une société non encore immatriculée est une société qui n'est pas définitivement constituée.

201-2°// La conception restrictive de la période de constitution: Il est vrai que l'emploi du terme " constituer " laisse supposer que la constitution doit s'entendre de l'ensemble des opérations dont la dernière est celle de l'immatriculation. Mais, ces arguments ne sont pas déterminants. Déjà un éminent auteur français, face au malaise qu'a suscité l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 faisant de l'immatriculation au registre du commerce la condition nécessaire à l'octroi de la personnalité morale², a proposé de dissocier l'avènement de la société de celui de la personnalité morale, donnant ainsi de la cohérence au contenu de cet article. Il conclut que " la société est déjà constituée avant toute immatriculation par l'accomplissement des formalités constitutives au sens classique du terme mais il s'agit d'une société dépourvue de personnalité juridique"³.

¹On peut constater que la même terminologie est employée par l'article 98 du Code des sociétés commerciales à propos de la société à responsabilité limitée et par l'article 169 à propos de la société anonyme.

² Les nouvelles dispositions de cet article ont créé à l'époque de leur parution un double foyer d'incertitude aux éléments intimement combinés. Il est, en effet, malaisé de dire si la constitution de la société préexiste à son immatriculation ou lui est simultanée et si l'avènement de la personnalité morale dans la plénitude de ses effets, peut être dissocié de celui de la société. Voir J-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, op.cit., p. 86.

³BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. préc., p.29.

Cette analyse peut être vérifiée à travers la loi du 2 mai 1995 et le Code des sociétés commerciales qui semblent distinguer la constitution de la société de la formalité de l'immatriculation. Ainsi, l'article 14 du Code disposant que " *La société doit être immatriculée au registre du commerce du tribunal de son siège social dans un délai d'un mois à compter de date de sa constitution*", laisse apparaître deux états nettement différenciés de la société: la constitution et l'immatriculation. L'article 97 du Code détermine le moment de la constitution définitive d'une société à responsabilité limitée, "*lorsque les statuts mentionnent que toutes les parts représentant des apports en numéraire ou en nature ont été réparties entre les associés et que leur valeur a été totalement libérée*". Dans le même sens, l'article 10 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 soumet l'immatriculation à "*l'accomplissement des formalités de constitution, sous réserve des dispositions prévues au code des sociétés commerciales et notamment, celles relatives aux formalités de publicité*". Cette exigence est formulée en terme plus net encore par l'article 45 (nouveau) de la même loi qui édicte le dépôt des actes constitutifs des personnes morales dont le siège social est situé sur le territoire tunisien au plus tard en même temps que la demande d'immatriculation.

Dans cette perspective, on peut constater que les formalités constitutives sont conçues par le législateur au sens étroit. Cette idée est confirmée aussi par la détermination des personnes qui s'en chargent. Si les fondateurs concourent "*effectivement à la constitution d'une société*"¹, le représentant légal doit effectuer les formalités de publicité et l'immatriculation au registre du commerce². En effet, le Code des sociétés commerciales oblige les fondateurs à accomplir, en leur qualité, un certain nombre d'actes nécessaires à la constitution de la société³. Ils sont amenés le plus souvent à conclure spontanément plusieurs actes pour le compte de la future société⁴,

¹ Article 164 du Code des sociétés commerciales. Cette disposition, bien que particulière aux sociétés anonymes, rien n'empêche de l'appliquer largement face à la généralisation de la période de constitution à toutes les catégories de société.

² *Infra*, p. 502.

³ Les fondateurs d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne doivent signer le projet de statut (article 163), signer la notice (article 164 alinéa 3), déposer les fonds provenant des souscriptions dans un établissement bancaire ou financier (article 168 alinéa 2), faire la déclaration de souscription et de versement auprès du receveur (article 170 alinéa 1), convoquer les souscripteurs en assemblée (article 171 alinéa 1), faire éventuellement désigner le commissaire aux apports en justice (article 173 alinéa 1). Les fondateurs d'une société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne doivent mettre à la disposition des souscripteurs une déclaration mentionnant le versement de la part exigible des actions ainsi qu'un état d'un engagement pris par eux pour les besoins de la constitution (article 181 alinéa 3). Les fondateurs d'une société à responsabilité limitée sont chargés de la préparation du statut qui va être signé par les associés (article 97).

⁴ Article 171 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales.

mais et surtout en leur nom propre et sous peine d'engager leur responsabilité personnelle¹. On peut donc constater que le rôle de fondateur prend fin à la constitution de la société, "*puisque à partir de ce moment-là, les fondateurs ne sont plus spécifiquement chargés des dernières formalités nécessaires à conférer la personnalité juridique à la société*"² qui seront l'apanage du représentant légal. D'ailleurs, les articles³ qui s'intéressent à l'obligation de l'immatriculation utilisent cette expression. L'article 15 du Code des sociétés commerciales précise que les formalités de publicités sont effectuées par le représentant légal. Au sein même de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, le législateur qui organise l'obligation de l'immatriculation au registre du commerce emploie des termes vagues⁴ ou désigne expressément le "*gérant... administrateur*"⁵ dans les articles qui répriment le manquement à cette obligation.

En réalité, le législateur tunisien a été influencé par le droit allemand qui considère que la société en formation - "*organisation autonome*"⁶- est représentée par ses organes, mais sans aller jusqu'à la consécration de la distinction entre fondation et constitution. En droit allemand, les fondateurs concluent parfois⁷ un "*avant-contrat*" par lequel ils s'engagent à réunir leurs efforts pour achever la constitution d'une société⁸. Le but de ce contrat "*préconstitutionnel*" se restreint à de simples actes préparatoires. Mais il n'est ni le "*prédécesseur*" de la société immatriculée ni celui de la société en formation. Cette dernière commence dès la constitution d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée; donc au moment de l'établissement des statuts par

¹Certains textes du Code engagent la responsabilité personnelle des fondateurs à l'occasion de la constitution de la société, soit en raison des actes qu'ils ont passé pour les besoins de cette constitution (article 171), soit en raison des omissions ou inexactitudes dans les renseignements qu'ils ont fournis (article 177), soit en raison de la non constitution de la société dans les délais légaux (articles 178 et 186).

² R. B. GOUDET, "Constitution des sociétés par actions - Fondation - Période constitutive", *JurisClasseur Commercial*, 2012, fasc.1359, n°40.

³ On peut citer par exemple les articles 15-20-176-169.

⁴ On peut citer l'exemple de l'article 68 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 "Toute personne tenue de requérir l'immatriculation...", l'article 69 alinéa 1 "Toute indication inexacte ou incomplète donnée par quiconque...".

⁵ Article 69 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 "... Les mêmes pénalités sont applicables à tout commerçant, à tout gérant ou administrateur...".

⁶ K. PEGLOW, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, Paris, 2003, n°631 et suivant, p.356 et suivant.

⁷ La "société antérieure à la constitution" n'est qu'une option sur la voie de création définitive de la société. La conclusion d'un avant-contrat sur lequel elle repose n'est pas toujours nécessaire. S'agissant d'une société à responsabilité limitée de taille moyenne ou petite, les fondateurs renoncent la plupart du temps à la rédaction d'un "contrat préconstitutionnel" puisqu'en général la fondation ne sera pas compliquée. A défaut d'avant contrat, la "société antérieure à la constitution" n'existe pas. En outre, elle n'existe jamais lors de la constitution unilatérale, car l'unique fondateur ne saurait conclure un avant-contrat avec lui-même.

⁸ K. PEGLOW, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, op.cit., n°631 et suiv., p.356 et suiv.

acte authentique. Engagée valablement par le gérant ou le directoire, elle est tenue de répondre de ses obligations¹. La société en formation prend fin avec la naissance de la société à responsabilité limitée ou de la société par actions, donc au moment de l'immatriculation au registre du commerce².

En droit français et tunisien, le législateur n'a pas consacré la période "*avant contrat*" dont ses acteurs sont les fondateurs. Ainsi, la fondation de la société, telle qu'elle ressort de l'article 164 du Code des sociétés commerciales, comprend la phase conceptuelle de la société (allant des pourparlers à la conclusion du contrat consensuel de société) et la phase post-contractuelle jusqu'à la constitution de la société (c'est-à-dire la signature des statuts pour la société sans offre au public et la tenue de l'assemblée constitutive dans les autres sociétés anonymes). On peut donc, constater que la "*fondation*" d'une société vise sa "*constitution*". Les deux concepts n'englobent pas l'immatriculation au registre du commerce.

202-Ces textes montrent donc, sans ambiguïté que la constitution précède l'immatriculation. L'intention du législateur paraît mettre en relief l'idée selon laquelle la constitution de la société et son immatriculation sont deux phases successives dans le temps³. Autrement dit, il faut y avoir au préalable une société déjà constituée avant qu'une personne morale puisse voir le jour. Dans une circulaire du 23 mars 1967 relative au registre du commerce français, le Garde des Sceaux précisait justement qu'avant l'immatriculation, "*il existe une société sans personnalité morale qui n'est donc pas habile à être titulaire de droits ou d'obligations, ni à agir par elle-même*"⁴.

Paragraphe 2: L'immatriculation et l'opposabilité de l'organisation.

203-L'opposabilité de l'organisation apparaît comme un élément essentiel de la personnalité morale (I). Elle est rendue possible par la formalité d'immatriculation. Cette formule est confirmée par certaines dispositions du Code des sociétés commerciales. En effet, des conséquences importantes résultant de l'opposabilité de l'organisation à partir de son immatriculation, ont été prévues par le législateur (II).

¹ K. PEGLOW, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, op.cit., n°631.

² Ibid.

³ M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", art. préc., p. 218.

⁴ Ibid., p. 221.

I/ L'opposabilité de l'organisation et la personnalité morale.

204-L'étroite relation entre la personnalité morale et l'opposabilité de l'organisation est diversement interprétée par la doctrine française. Une première partie de la doctrine voit dans la personnalité morale une technique d'opposabilité (A), quant à l'autre partie, elle la considère comme une simple modalité de la personnalité juridique (B). Cette dernière se caractérise par ses manifestations externes ce qui rend bien compte de l'idée d'opposabilité. Dans l'une ou l'autre interprétation, l'immatriculation nécessaire à l'apparition de la personnalité morale trouve sa raison d'être.

A/ La personnalité morale: une technique d'opposabilité.

205-Il ne s'agit pas ici d'appliquer la notion d'opposabilité à l'acte de société, mais d'en étendre la signification à la personnalité morale elle-même. Il faudrait tout simplement "*opérer un glissement de l'acte d'organisation à l'organisation elle-même*"¹. Si l'organisation est opposable aux tiers, on dit alors qu'elle est dotée de la personnalité morale. Monsieur WICKER a affirmé que "*la personnalité morale est liée, non à l'existence, mais à l'opposabilité du groupement*"². Cet auteur a par la suite développé une théorie de la personnalité morale construite à partir de la notion d'opposabilité³. Il a comparé la distinction des effets internes et des effets externes à celle de l'effet relatif et de l'opposabilité du groupement.

206-*La distinction des personnalités interne et externe*: Parti de l'idée que la personnalité morale des sociétés était une forme de démembrement de la propriété, THALLER⁴ estimait qu'il fallait distinguer une personnalité morale interne et une personnalité morale externe⁵. Il tenait fort à la nécessité de reconnaître à la société au stade de son élaboration une personnalité morale interne "*sourde*" et "*latente*"⁶. Cette reconnaissance de la personnalité morale interne est d'une grande utilité pratique, pour

¹ N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, n°662, p.308.

² G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préface J. Amiel-Donat, L.G.D.J. 1997, n°237.

³ G. WICKER, J-Ch. PAGNUCCO, Dalloz, Répertoire de droit civil, 2016, V° Personne morale, n° 20.

⁴ E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 3ème éd., Rousseau 1904, n°289 cité par H. TEMPLE, Les sociétés de fait, préface J. CALAIS-AULOY, L.G.D.J., 1975, n°537.

⁵ En raison de leur structure particulière, les personnes morales ont vocation à réaliser leurs effets dans deux directions : dans l'ordre interne comme tout groupement, personnifié ou non, et dans l'ordre externe, vis-à-vis des tiers, en qualité de sujet de droit autonome.

⁶ E. THALLER et J. PERCEROU, Traité élémentaire de droit commercial, op.cit., n°501, p.329.

la société elle-même¹. Il relevait aussi que "*les stipulations sociales vont s'imposer au respect de toute personne, et toute personne, pourra en réclamer l'application*" ce qui rend bien compte de l'idée d'opposabilité². Cette distinction entre personnalité morale interne et personnalité morale externe a été reprise aussi par monsieur GASTAUD³ qui l'a, toutefois, déformée. En effet, "*la personnalité morale interne*" ne reflète pas une vie interne de la personnalité morale mais plutôt un ensemble d'effets qui tend à agir sur les droits des associés. Ces derniers se voient bousculer vers un stade provisoire dit "*indivision sociétaire*" en attente de leur convention finale suite à l'avènement du sujet de droit, "*personnalité externe*" par l'effet de l'immatriculation. L'externe ne vient que parfaire l'interne⁴.

Bien que la distinction de THALLER ne soit pas exempte de critique⁵, elle reste cependant d'actualité⁶ comme le prouve monsieur P. DIDIER pour qui la société apparaît comme une organisation révélée aux tiers par la publicité⁷. Lors même qu'il est destiné à être personnifié, un groupement peut, dès sa constitution, réaliser ses effets

¹ Elle lui permet de devenir, titulaire de droits et d'obligations, issus des engagements souscrits par les fondateurs pour son compte, pourvu qu'elle se constitue effectivement par la suite.

² E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3ème éd., Rousseau 1904, n°289.

³ J.P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, op.cit., n°61, p.88.

⁴ Cette pensée était critiquée par monsieur N.F. RAAD qui estimait que l'explication avancée à la complémentarité soulevée entre l'extérieur et l'intérieur de la personnalité morale de la société à créer, est contestable. On ne peut "*affirmer que la personnalité instaure par elle-même, un système de valeur engendrant de ce fait des effets internes qui viennent innover les droits individuels des associés*". Voir N.F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, op.cit., p.41.

⁵ On reprochait à l'idée de THALLER que l'expression même de personnalité interne peut paraître étonnante car seule la personnalité externe semble être réellement une personnalité. En effet, l'expression "*personnalité morale interne*" comporte en elle-même une contradiction flagrante. On a du mal à accepter une personnalité morale inopposable aux tiers. Voir L. SEBAG, *Condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 361.

⁶ D'abord, la théorie de THALLER a été consacrée dans certains systèmes de droits ; tel est le cas du droit allemand en vertu de la théorie de l'identité. Les partisans de cette théorie estiment que, le groupement caractérisant une société anonyme en formation qu'il soit société civile ou association préliminaire, n'est autre chose que la société anonyme définitivement constituée. Il y a identité des deux sociétés. Les droits et les obligations, créés par le groupement de fondation sont directement acquis par la société constituée sans qu'il soit besoin de transfert spécial. En outre, considérant que le groupement est absolument identique à la société anonyme, elle supprime toute limitation aux pouvoirs de son gérant et juge l'exploitation anticipée parfaitement licite et valable (V° R. WEITH, *Les contrats conclus au nom d'une société anonyme en formation*, thèse Lausanne, 1953, p.54). Ensuite, la théorie de la personnalité morale interne a-t-elle été accueillie par certains auteurs avec quelques variantes. Selon MASSART (A.MASSART, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse Rennes 1901, p.17) la société commence dès la réunion du capital social. Alors que GOIFFON (L.GOIFFON, *De la condition juridique de la société par actions pendant la période constitutive*", thèse Paris 1898) a fait dériver la personnalité interne du système anglais qui reconnaît la société anonyme comme personnalité morale dès les premiers actes constitutifs. D'après la loi anglaise, la société "*limited*" en voie de constitution jouit de la personnalité juridique. Dès que "*le memorandum*" a été déposé et que le "*registar*" en a reconnu la régularité par la délivrance d'un certificat d'incorporation, la société a une existence légale qui permet aux fondateurs de traiter en son nom.

⁷ P. DIDIER, *Droit commercial*, tome 2, op.cit., p. 54.

dans l'ordre interne ; en revanche, ses effets dans l'ordre externe se trouvent suspendus à la réalisation des mesures de publicité. La conclusion s'impose en conséquence que l'immatriculation qui détermine l'attribution de la personnalité morale, détermine seulement l'efficacité du groupement vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire son opposabilité.

207-La distinction de l'effet relatif et l'opposabilité du groupement: Il est évident aujourd'hui que la société est constituée dès la signature des statuts même si elle n'acquiert la personnalité morale que lors de son immatriculation. Ainsi, d'après le doyen A. WEILL¹, la "*société-contrat*" resterait soumise à l'effet relatif: les associés ont des droits et des obligations entre eux et envers la personne sociale, mais les tiers ne peuvent pas devenir créanciers ou débiteurs contre leur propre volonté. En revanche, la "*société-organisme*" relèverait du domaine de l'opposabilité. Cette analyse a le double mérite d'attirer l'attention sur l'originalité des actes créateurs d'un groupement juridique² et de ne pas confondre les concepts d'opposabilité et de relativité³.

Il convient, toutefois, d'insister sur le fait que la personnalité morale est présentée souvent, comme une technique d'opposabilité d'une organisation⁴, "*dans la mesure où la première notion implique la seconde*"⁵. Tout groupement ayant la personnalité morale est rendu opposable d'emblée aux tiers. L'absence d'une manifestation extérieure peut être un argument contre la reconnaissance de sa personnalité morale⁶. C'est ainsi que la règle de l'article 4 du Code des sociétés commerciales lie de façon indissociable l'octroi de la personnalité morale à l'immatriculation au registre du commerce. La société "*prend corps*"⁷ uniquement lorsqu'elle devient opposable aux tiers par cette mesure de publicité. La personnalité morale n'existe donc que par rapport au monde environnement: sans opposabilité l'être

¹ A. WEILL, Droit civil : introduction générale, Paris, Dalloz 1970, n°220 et 221.

² J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°241, p.273.

³ Historiquement, l'essor considérable des personnes morales a éminemment concouru à éclairer la notion d'effet relatif, en démontrant l'irréalisme de la thèse de la relativité-inopposabilité. Voir infra, p. 242.

⁴ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°241, p.273. Toutefois, monsieur N. MATHEY estime qu'il s'agit plutôt d'une technique d'opposabilité d'organisation constituée dans un intérêt déterminé. Il justifie sa position par le fait que le droit positif reconnaît la forme unipersonnelle de société qui a opéré un changement considérable dans le droit des personnes morales. Voir N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, n°664, p.309.

⁵ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°241, p.273.

⁶ En France par exemple, l'absence de manifestation extérieure de la société civile avant la réforme de 1978 était un argument pertinent contre la reconnaissance de la personnalité morale de cette organisation. Cela n'avait pas empêché la Cour de cassation de proclamer la personnalité morale des sociétés civiles dans des arrêts, demeurés célèbres (pour une bibliographie sur ces questions voir N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, n°663, p.308).

⁷ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°241, p.273.

collectif en tant que tel n'existe pas juridiquement. Cette observation est corroborée par le statut juridique de la société en participation. Cette forme sociale a vocation à régir uniquement les rapports internes des associés. Elle n'a donc pas l'utilité d'être opposable aux tiers, ce qui justifie qu'elle soit ni une personne morale, ni soumise à l'immatriculation¹.

Toutefois, on doit préciser qu'en droit de la personnalité morale, l'immatriculation conduit à l'opposabilité de l'organisation qui n'est pas celle des contrats ordinaires². La personne morale est opposable non seulement en tant qu'un acte juridique présent sur la scène juridique mais aussi en tant qu'organisation. Elle n'est pas un simple fait que les tiers ne peuvent méconnaître, elle est aussi une "*institution*"³ qui détermine leurs droits. L'opposabilité ne concerne pas seulement son existence mais également son contenu.

208- L'immatriculation: acte condition: Partant du fait que l'immatriculation est un élément essentiel de la personne morale, monsieur N. MATHEY estime que "*la distinction de la publicité aux fins d'opposabilité et de la publicité-support de l'existence d'une situation perd de sa pertinence. Elle n'a pas de raison d'être là où l'existence se confond avec l'opposabilité*"⁴. Selon cet auteur⁵, l'immatriculation ressort d'une catégorie particulière d'acte unilatéral qu'on désigne sous le terme générique d'"*acte-condition*"⁶. Il y a acte-condition lorsque la volonté ne fait que déclencher le jeu d'une règle juridique qui ne s'applique pas indistinctement à tous les membres du groupe social, mais seulement à ceux qui s'y soumettent par un acte accompli conformément à

¹ Article 78 du Code des sociétés commerciales.

² Sur le principe d'opposabilité voir, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Paris, 3^{ème} éd., L.G.D.J. 2001, n°723.

Inversement, un acte d'organisation publié n'entraînera pas toujours une opposabilité parfaite. L'opposabilité aux tiers de l'intérêt et de l'organisation chargée de le satisfaire est parfois limitée par l'effet de la loi. En droit des sociétés, les clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers sans être illicites. Les textes précisent parfois que seule la connaissance effective de la clause par un tiers peut rendre celle-ci opposable, étant entendu que la simple publicité des statuts ne saurait suffire à établir cette connaissance.

³ Terme employé par monsieur N. MATHEY pour désigner son sens juridique courant et non le sens où l'entend la théorie de l'institution. N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, p.311.

⁴ Ibid., p.312.

⁵ Ibid., n°667, p.312.

⁶ L. DUGUIT distinguait en effet, en s'inspirant de la science allemande de l'acte de volonté, les actes-règles, les actes-conditions et les actes subjectifs. Voir L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd., Paris, 1927, p. 311 et s., 328. Voir également S. FLOGAÏTIS, "Contrat et acte administratif unilatéral", Mélanges en l'Honneur de G. Braibant, Dalloz, 1996, pp. 229-251.

la règle elle-même¹. Il n'y a pas alors création volontaire, mais adhésion à un statut ou à une institution organisée par la loi². L'immatriculation est donc, "*un acte condition, créateur de la personnalité morale, dans la mesure où l'on constate l'intervention de l'autorité publique, même réduite à une chambre d'enregistrement, et la volonté des auteurs de l'acte de déclencher un statut*"³. Tous les actes conditions recensés ont pour effet de rendre opposable l'organisation"⁴.

B/ La personnalité morale: modalité de la personnalité juridique.

209-N'étant pas une formalité constitutive, l'immatriculation modifie de façon substantielle la situation juridique de la société. C'est d'elle que dépend l'accès à l'autonomie juridique. Or, une société n'accède à la vie juridique que lorsqu'elle devient opposable. Cette affirmation peut être soutenue par l'analyse de la distinction entre la personnalité morale et la personnalité juridique.

210-*La personnalité morale et la personnalité juridique*⁵: Même si l'article 4 du Code des sociétés commerciales a le mérite de fixer le moment de la naissance de la personne morale, il évoque, néanmoins, une interrogation. Est ce que l'immatriculation donne naissance à un nouvel être juridique ou elle attribue seulement la "*personnalité morale*", expression employée par l'article 443 du Code qui a adopté la même solution pour le groupement d'intérêt économique⁶?

Procédant d'une même notion "*personne*"⁷, la personne morale, comme la personne physique, bénéficie de la personnalité juridique. Définie comme l'"*aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations*"⁸, la personnalité juridique est

¹ L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, op.cit., p. 311 et s., 328.

² V. HAURIOU, L'institution et le droit statutaire, Rec. Acad. légis. Toulouse, 1906; BRËTHE DE LA GRESSAYE et LEGAL, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, 1938, Sirey.

³ F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, préface J.A. Mazeres, Bibliothèque de droit public, t.176, L.G.D.J. 1997, p.68.

⁴ N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse précitée, n°667, p.312.

⁵ J.P. GASTAUD, Personnalité morale et droit subjectif, op.cit., p.5; J. DABIN, Le droit subjectif, préface Ch. Atias, Paris, Dalloz, 2007, n°2.

⁶ Selon l'article 443 du Code des sociétés commerciales "*le groupement d'intérêt économique est doté de la personnalité morale...*".

⁷ Généralement, la personne se définit comme l'"*être qui jouit de la personnalité juridique*". Voir G.CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 9ème éd., 2002.

⁸ G.CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 9ème éd., 2002. Voir Personnalité. Voir aussi V. SIMONART, La personnalité morale en droit privé comparé: L'unité du concept et ses applications pratiques -Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse, Bruylant, Bruxelles, 1995, p.1, n°1.

attribuée à chaque personne considérée un sujet de droit¹, un titulaire d'un droit subjectif². Ces deux notions -personne et personnalité juridique - ne sont, en fait, qu'une construction juridique édiflée par la pensée juridique³. La personne, conformément à son étymologie latine *persona*⁴, n'est pas une réalité naturelle⁵ mais un simple support abstrait de droits et d'obligations, dont l'être humain peut être le destinataire sans

¹ Certains auteurs distinguent la personne du sujet de droit et affirment la prééminence de la personne. Monsieur GRZEGORCZYK fait du sujet de droit une fonction spécifique de la personne. La personne bénéficie de la plénitude des droits, tandis que le sujet de droit peut n'être sujet de droit que de certains droits (C. GRZEGORCZYK, J. COLEMAN, O. ABEL, *Le sujet de droit*, Paris, Sirey 1989, p. 9-13). Monsieur VIRALLY estime que "*la personne juridique est évidemment un sujet de droit. Mais elle est plus que cela en ce sens qu'elle ajoute à l'idée de sujet de droit une notation supplémentaire, un accent porté avec plus d'insistance sur sa subjectivité*" (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, L.G.D.J. 1960, p.124). Le concept de sujet de droit, selon monsieur DE LAPRADELLE, "*se réalise en divers types de personnes*" (G. DE LAPRADELLE, *L'homme juridique, essai de critique de droit privé*, PUG, Coll. critique du droit, F. MASPERO, 1979, p.75).

D'autres auteurs considèrent que "personne" et "sujet de droit" sont similaires. Voir J. CARBONNIER, *Etre ou ne pas être: sur les traces du non-sujet de droit*, Arch. phil. dr., t. XXXIV, Sirey 1989, p.197; J.-P. GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2ème éd., 1994, p.355; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 6ème éd., 1996, n°9.

² En effet, il n'existe pas, en droit positif, de droit sans sujet. Voir notamment J. CARBONNIER, "Théorie sociologique du droit subjectif", in "*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*", LGDJ, 10ème éd., 2001, p.93.

³ S'inspirant de l'expression célèbre de Gaston JEZE, "je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale", monsieur Germain constate que "la personne physique, telle qu'on en parle en droit, est au fond une abstraction juridique et on ne déjeune pas plus avec la personne physique des juristes qu'avec une personne morale". M. GARMAN, "L'apport du droit de l'entreprise au droit des personnes", JCP, 1997, éd.E, n°2.

⁴ Le terme "*persona*", du latin *persona*, désigne le masque de théâtre, et donc le personnage joué par l'acteur, le rôle. Il est essentiellement défini par les fonctions remplies et donc par le statut afférent à cette fonction. La *persona* qui n'avait rien de métaphysique en droit romain, subit une évolution avec le christianisme: par la primauté qu'il confère à la personne humaine (A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°2).

⁵ Selon madame BARUCHEL, l'attribution de la personnalité juridique n'est pas nécessairement liée à l'existence de l'être humain. Depuis le droit romain, "*persona*" ne se confond pas avec "*être humain*". Aujourd'hui, cette distinction demeure toujours actuelle. L'exemple du jugement déclaratif de l'absence et de la situation juridique de l'embryon illustrent cette distinction dans le droit positif (Voir N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé: Eléments pour une théorie*, LGDJ, 2004, p. 261 et suivant). Ainsi que l'observe monsieur VIRALLY, "*L'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif, lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même*". (Voir N. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p.121).

toutefois en constituer l'essence¹. Ainsi, la personnalité juridique de l'homme apparaît comme la construction juridique de référence², laquelle connaît, sous l'appellation de personnalité morale, une application particulière relative aux réalités collectives³. Pareille conception était déjà présente sous la plume de P. COULOMBEL⁴, évoquant dans sa thèse le "*particularisme*"⁵ des personnes morales.

La personnalité morale serait, dès lors, un procédé technique, un instrument juridique permettant la reconnaissance à un groupement -telle que la société - de la

¹ L'assimilation entre personne physique et personne morale ne faisait pas l'unanimité de la doctrine. Les auteurs classiques, moyennant un raisonnement d'une rigoureuse orthodoxie, considèrent que la personne morale est un sujet de droit à part entière. Elle apparaît comme une "*personne dérivée*" (R. MARTIN, "Personne et sujet de droit", RTD civ. 1981, p.786, n°3.) une création de l'esprit sur le modèle anthropomorphique de la personne physique. Voir G. WICKER, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1997, n°170; F. GENY, Science et technique en droit privé positif, op.cit., p.369; P. DURAND, "L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé", art. préc., p.140. Quant à la doctrine moderne, l'attrait de sa conception de la personnalité morale tient principalement à l'abandon de la référence à la personnalité juridique de l'homme et conduit à l'adoption d'une technique d'autonomisation dans le seul dessein de conférer à un groupement ou à une entité les avantages issus du statut de personne morale. De l'avis de monsieur PAILLUSSEAU, initiateur d'un "*droit moderne de la personnalité morale*" (Il s'agit du titre de l'un des nombreux articles de monsieur PAILLUSSEAU consacrés à cette question, in Rev. trimestrielle de droit civil 1993, p. 705.), il est permis d'affirmer que la personnalité morale "*est un mécanisme, un instrument ou une technique juridique*" (J. PAILLUSSEAU, "Le droit moderne de la personnalité morale", art. préc., n°12, p.709; J. PAILLUSSEAU, "Le droit est aussi une science d'organisation", RTD com. 1989, p.1; J-M. GROSSEN, "La personnalité morale et ses limites en droit suisse", in La personnalité morale et ses limites, ouvrage collectif, t. XVIII, LGDJ., 1960, p.156; J-P. GASTAUD, Personnalité morale et droit subjectif, op.cit.; G. GOUBEUX, "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", art. préc., p.199, n°13; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, thèse précitée; V. SIMONART, La personnalité morale en droit privé comparé, op.cit., n°204; Ch. BOUCHARD, La personnalité morale, démythifié. Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises, L.G.D.J., Presses universitaires de Laval, 1996, spéc. Chapitre II, Les nouveaux fondements de la personnalité morale.) qui "*rend des services en expliquant certains phénomènes de la vie de droit*" (J. HAMEL, "La personnalité morale et ses limites", Dalloz 1949, chron., p.141.).

² En fait, la personnalité morale est susceptible d'être appréciée par référence, non pas à la personne physique en tant que telle, mais à la personnalité juridique des personnes physiques. Voir G. WICKER, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J. 1997, n°170.

³ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie, L.G.D.J. 2004, p. 261.

⁴ P. COULOMBEL, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, thèse Nancy, 1949.

⁵ Le particularisme implique nécessairement une référence à un droit commun, constitué précisément par la personnalité juridique de l'homme.

personnalité juridique¹. Elle demeure, en raison de son caractère abstrait, une notion "invariable"²; ce qui la distingue de la capacité de jouissance³ et de la personne morale⁴.

211-Personnalité juridique et opposabilité: Pour monsieur DUCLOS, la personnalité morale représente une technique destinée à favoriser l'action juridique d'organismes jouissant d'une réelle individualité, "en sorte que tout groupement investi de la personnalité juridique devient, comme tel, opposable aux tiers"⁵. Déjà, le doyen HAURIOU avait mis l'accent sur l'importance des manifestations externes de la personnalité juridique en la présentant comme étant "un procédé... destiné à faciliter la

¹ J. PELLERIN, "La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé", art. préc., p.510, n°83.

² N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, L.G.D.J. 2004, p.316, et suivant. Par contre, la majorité de la doctrine classique (L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. 1ère partie, Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, Paris, LGDJ, 1998, n°146; R. DEMOGUE, "La notion de sujet de droit", RTD civ. 1909, p.611, spéc. p.638; R. DAVID, Rapport général, in "La personnalité morale et ses limites", ouvrage collectif, LGDJ, 1960, p.3, spéc., p.6.) et certains auteurs contemporains (C. CHAMPAUD, Rapport à l'association H. Capitant, sur "Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français", Travaux ass. Capitant, t.XXI, 1969, 1974, p.141; G. DE LAPRADELLE, L'homme juridique, essai de critique de droit privé, PUG, 1979, p.85; F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., n°19, p.26-27.) considèrent que cette notion de personnalité morale est variable. Ainsi monsieur F-X. VINCENSINI distingue entre la "grande personnalité", "petite personnalité" et la "toute petite personnalité" appelée encore une "mini-personnalité".

³ Selon monsieur GOUBEUX, "La personnalité morale, c'est (donc) une capacité de jouissance" (G. GOUBEUX, "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", art. préc., p.202). Cette assertion trouvait son illustration dans le droit français qui parle de la jouissance de la personnalité morale à dater de l'immatriculation (Les articles L.210-6 du Code de commerce et 1842 du Code civil). Quant au législateur tunisien, il parle de la jouissance de la personnalité juridique. L'article 461 du Code des sociétés commerciales édicte que le groupe de sociétés est "l'ensemble de sociétés ayant chacune sa personnalité juridique..." et que le groupe, en tant que tel, "ne jouit pas de la personnalité juridique".

Or, la personnalité morale et la capacité de jouissance ne se confondent pas. L'étendu de la capacité de jouissance n'est pas identique pour toutes les personnes morales, comme elle ne l'est pas pour toutes les personnes physiques. Le particularisme des personnes morales ainsi que le principe de spécialité (Voir notamment, V. SIMONART, La personnalité morale en droit privé comparé, op.cit., n°314; G. WICKER, Rep. civil, Dalloz, 1998, V° Personne morale, n°68; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, thèse précitée, n°750.) limitent, de façon négative, leur capacité de jouissance, par l'intermédiaire d'incapacités liées à leur nature ou à leur objet.

⁴ Sur cette idée voir J. PELLERIN, "La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé", art. préc., p. 471.

La personne morale doit à la reconnaissance de la personnalité sa capacité juridique. Les autres éléments de son régime juridique peuvent être rattachés à la forme conférée par l'acte créateur. La personne morale est la construction juridique du sujet de droit dont les éléments sont définis, aménagés et coordonnés par le droit. Elle est une structure juridique adaptée à la satisfaction de certains intérêts autonomes, distincts de ceux des membres. Les personnes morales sont donc diverses. La dissolution est une cause supplémentaire de diversité puisqu'elle va entraîner une modification de la structure de la personne morale qui visera à satisfaire d'autres intérêts que ceux initialement prévus dans l'acte créateur. La dissolution va renouveler le régime de la personne morale notamment en limitant sa capacité et sa durée et en imposant des règles nouvelles de représentation. La personne morale dissoute représente donc une forme particulière de personne morale qui participe à la vie juridique à des conditions particulières et soumise à un régime déterminé et original. De la sorte, modifiant sa structure, la dissolution lui confère une forme nouvelle alors que la personnalité juridique, notion invariable, reste inchangée. Plus précisément, si la personnalité morale n'est pas affectée par la dissolution, la personne morale l'est, les formes qu'elle prend le sont.

⁵ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., 1984, n° 241.

vie de relation avec autrui, par synthèse de ce qui est propre à chaque individu"¹. Il ajoutait que les organismes personnifiés "sont devenus des êtres abstraits ou fictifs car ils ont une réalité concrète et existent dans la pensée de tous ceux qui les connaissent"². Dans la mesure où les procédés de publicité étaient encore fort rudimentaires pour les personnes morales, la notion de "temps" était si importante dans la pensée d'HAURIOU³. Dans son esprit, un établissement doit avoir fonctionné un certain temps pour acquérir la personnalité aux yeux des tiers⁴. Aujourd'hui, que les modes de publicité ont été perfectionnés, il n'est plus nécessaire que l'organisation ait effectivement fonctionné pour être opposable aux tiers. Il suffit désormais que l'organisation soit publiée. La publicité permet de présumer sa connaissance et de rendre opposable son existence.

212-La législation moderne illustre parfaitement cette étroite corrélation entre la personnalité juridique et l'opposabilité. Lorsque le législateur dispose que l'immatriculation donne naissance à une "personne morale", il reconnaît l'aptitude d'un groupement à être titulaire de la personnalité juridique à partir de cette date. C'est grâce à l'opposabilité déclenchée par cette formalité, que le groupement est constitué en un sujet de droit autonome⁵ et qu'il pourra jouir d'un patrimoine propre, être titulaire de droits extrapatrimoniaux ou ester en justice⁶.

II/ Les conséquences pratiques de l'opposabilité de l'organisation.

213-L'article 4 du Code des sociétés commerciales conditionne la naissance de la personne morale par l'immatriculation. Des conséquences importantes qu'on peut dégager de certains textes, proviennent de cet octroi de la personnalité juridique. La jurisprudence en livre aussi, quelques-unes. Ces conséquences ne sont en fait, qu'un constat significatif de l'existence des attributs juridiques que possède une société à partir de son immatriculation. En effet, l'aptitude d'un groupement à être doté de la personnalité morale requiert qu'il réunisse les éléments nécessaires à sa participation au

¹ M. HAURIOU, Principes de droit public, 1ère éd., Sirey 1910, p.101.

² M. HAURIOU, "De la personnalité comme élément de la réalité sociale", Revue générale du droit 1898, p. 1 et 118 et suiv.

³ Ibid., spécialement p.126.

⁴ M. HAURIOU, "La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat", RTD civ. 1923, p.331.

⁵ Voir J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n° 241 ; G. WICKER, op. cit., n° 230 et s.

⁶ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n° 241.

commerce juridique en tant que sujet de droit. Cela suppose tout d'abord, pour qu'il puisse être investi de droits propres opposables aux tiers, qu'il soit identifié.

214-L'immatriculation et l'identification de la personne morale: Toute personne morale, parce qu'elle est dotée de la personnalité juridique, doit être identifiée. L'identification permet de distinguer la société de ses associés et des autres personnes morales, à l'égard des tiers. Cette finalité explique le caractère obligatoire de certains éléments: appellation, nationalité et domicile. Ses éléments ne peuvent être utilisés par la société qu'à partir de son immatriculation¹ qui a pour conséquence de faire connaître au public l'existence d'une personne morale. C'est ainsi que la société ne peut être titulaire d'une appellation qu'à compter de son immatriculation² puisque c'est seulement à cet instant qu'elle acquiert la personnalité juridique. Jusque-là, les mots choisis par les fondateurs pour désigner la société ne constituent en principe qu'une mention du pacte social³. Autrement dit, tant que l'immatriculation n'est pas intervenue, la dénomination sociale retenue dans les statuts n'est pas indisponible et peut être appropriée par un tiers à titre de signe distinctif⁴. De même, le siège social qui est un élément nécessaire d'individualisation de la personne morale dont les intérêts pratiques sont certains⁵, n'acquiert son rôle plein qu'à compter de l'immatriculation.

215-Identifier juridiquement la société permet en fait d'imputer dans son patrimoine les conséquences juridiques des actes accomplis et des faits commis par ses dirigeants pour son compte et d'agir en justice pour défendre ses intérêts. Or, elle ne peut se prévaloir à l'égard des tiers, d'un patrimoine (A) et d'un intérêt (B) propres qu'après son immatriculation.

¹ Ces éléments d'identification ne présentent aucun intérêt pour une société qui n'existe pas à l'égard des tiers. Ainsi, la Cour de cassation française refuse pour une société dépourvue de la personnalité morale d'employer une raison sociale (Com., 21 novembre 1949, JCP 1950, II, 5339, note BASTIEN) ou d'employer un siège social (Civ. 31 mars 1936, Dalloz 1963, p.300).

² Cass. com., 24 nov. 1992, SARL JurisData n° 1992. 002721; JCP, E, 1993, pan. 774; CA Paris, 4e ch., 18 avr. 1989, Dalloz 1993, somm. p. 117, obs. J. J. BURST.

³ F. VINCKEL, "Dénomination sociale", JurisClasseur Sociétés Traité, 2012, fascicule 28-20, n°12.

⁴ Ibid., n°11; G. LOISEAU, Répertoire Dalloz de droit commercial 2002 (mise à jour 2011), V° Nom commercial, n°15 et suiv.

⁵ Supra, p. 78.

A/ L'immatriculation et l'opposabilité d'un patrimoine propre:

216-Spécificité du patrimoine social: Défini comme étant un "ensemble des droits et des obligations appartenant à une personne et ayant une valeur pécuniaire"¹, le patrimoine constitue un ensemble qui est lié à une personnalité juridique. Logiquement, c'est à partir de son immatriculation que l'entreprise possède un patrimoine² propre qui se traduit par le principe de non-confusion du patrimoine du groupement et des patrimoines personnels de ses membres³ et pourra l'opposer aux tiers. Mais, étant donné que les droits réels et personnels qui forment l'actif d'un patrimoine social sont constitués sous forme de transfert d'apports⁴, se pose alors la question de déterminer le moment du transfert⁵?

217-La solution légale pour l'apport en numéraire: Contrairement au régime antérieur au Code des sociétés commerciales⁶, le transfert de la propriété des apports se trouve retardé jusqu'à ce que la société soit dotée de la personnalité juridique par l'immatriculation. Pendant la période antérieure à l'immatriculation le bien apporté resterait la propriété de l'apporteur. A cet égard, le législateur qui exige⁷ la libération

¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Cours de droit civil, Lesbiens, t.4, CUJAS, Paris, 3ème éd., 1994, n°7, p.16.

² Le patrimoine doit être distingué du capital social. Le premier comprend tous les droits et obligations de la société. Sa composition varie constamment en fonction des opérations effectuées par la société (achats, vente, fabrication, investissement). Le patrimoine est mouvant, il fluctue en fonction des bénéfices et des pertes de la société. En revanche, le capital social est normalement intangible, non variable. Il représente lors de la constitution de société, le montant des apports faits par les associés lors de la constitution. Le capital social peut être augmenté par de nouveaux apports ou réduit par des reprises d'apports ou par suite de perte. Dans ce cas, la modification du capital social, à la hausse comme à la baisse, est une modification statutaire qui suppose l'accord unanime ou majoritaire des associés selon les sociétés ainsi que l'accomplissement des formalités de publicité. Le capital social et le patrimoine ne coïncident, en pratique, qu'au moment de la constitution de la société.

³ Trib., 1ère instance Tunis jugement n°764 du 31 décembre 1963, R.T.D. 1967, p.293 et R.J.L. 1965, n°2,3,4,5, p.44; Cass.civ. arrêt n°29286 du 17 mars 1993, Bull. C. cass. 1993, p.266.

⁴ Dans l'opération d'apport en société, il s'agit du transfert d'un droit de propriété ou d'un droit de jouissance. Tantôt le droit porte sur un bien, c'est le cas des apports en nature, tantôt il porte sur une somme d'argent, c'est le cas des apports en numéraire. "*Même les apports en industrie transfèrent un droit de créance au profit de la société l'autorisant à exiger de l'apporteur l'exécution de sa prestation*". Voir, M. GENINET, "Les quasi-apports en société", Rev. sociétés 1987, p. 29.

⁵ L'importance de la question réside dans le fait que le transfert ne peut s'opérer que d'un patrimoine à un autre.

⁶ Sous l'ancien régime, le transfert d'apport était réalisé au jour de la signature des statuts ou de la tenue de l'assemblée générale constitutive, date de la dotation de la personnalité juridique.

⁷ Il revient normalement aux statuts de prévoir les modalités concrètes du versement des fonds, c'est-à-dire de fixer la proportion qui doit être versée au moment même de la souscription, et d'indiquer de quelle manière seront effectués les versements ultérieurs. Toutefois, pour assurer la viabilité et la crédibilité financières de la structure de certaines sociétés, le législateur exige la libération immédiate. Voir, B. FEUGERE, "La libération du capital : de la liberté à l'obligation", JCP, E, 2000, p. 834.

immédiate de l'apport en numéraire au profit de certaines sociétés en formation¹, pose la règle d'indisponibilité des fonds apportés qui seront bloqués jusqu'à l'immatriculation de la société². Les sommes déposées ne deviennent disponibles que sur présentation d'un certificat du greffier attestant que la société est immatriculée au registre du commerce. Ce n'est donc qu'à ce moment-là que la société ayant un patrimoine, peut devenir propriétaire des fonds avancés. Le défaut d'immatriculation de la société ouvre le droit à l'apporteur de demander la restitution du montant déposé.

218-Les solutions doctrinales pour l'apport en nature: Cette règle d'indisponibilité consacrée par le législateur pour régler le problème de l'obligation d'une libération immédiate et le transfert retardé de propriété pour l'apport en numéraire correspond à la théorie de "*mise à disposition*" proposée par monsieur R. BESNARD-GOUDET³. Contrairement à une doctrine française qui a défendu l'idée d'un transfert immédiat⁴ de l'apport en nature à la société, cet auteur estime que la libération de l'apport se traduit par le transfert d'un droit réel (apport en propriété ou en usufruit) ou d'un droit personnel (apport en jouissance) et par la mise à disposition. De ce fait, la libération se réalise d'une part, par un report du transfert des droits à la date d'immatriculation et d'autre part, par la réalisation de la mise à disposition, acte purement matériel, avant cette date, par l'intermédiaire des fondateurs⁵. La société sans personnalité morale ne peut recevoir de droit et ne peut donc être propriétaire de l'apport qui est mis à sa disposition. On constate que la mise à disposition est parfaitement possible même lorsque la société n'a pas la personnalité juridique. Rien ne s'oppose

¹ L'article 165 du Code des sociétés commerciales relatif à la société anonyme exige le versement du quart au moins du montant de son apport lors de la souscription et le reste dans un délai maximum de cinq ans à compter de la constitution définitive de la société. L'article 97 du Code des sociétés commerciales relatif à la société à responsabilité limitée exige une libération intégrale et immédiate.

² Art. 98 CSC (SARL) et art. 168 CSC (SA).

³ R. BESNARD-GOUDET, "Théorie des apports. Notion d'apport en société", *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2011 (mise à jour 2012), fasc. 10-10, n°31.

⁴ Cl. CHAMPAUD, *RTD com.* 1969, p. 991; Cl. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, *RTD com.* 1989, p.469; H. BLAISE, *L'apport en société*, thèse Rennes 1955, n°175.

H. BLAISE pensait qu'" *il semble possible d'arriver à une solution plus satisfaisante en considérant que la personnalité morale conférée à la société présente un certain caractère rétroactif, ce qui permettrait de maintenir les solutions admises antérieurement à la réforme, quant au moment de transfert de propriété. Ce transfert continuerait à être réputé avoir eu lieu dès l'échange de consentements*".

⁵ R. BESNARD-GOUDET, "Théorie des apports. Notion d'apport en société", *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2011 (mise à jour 2012), fasc. 10-10, n°31.

L'auteur donne les exemples suivantes: Lorsqu'un immeuble est apporté et qu'il doit servir soit à l'établissement du siège social, soit à l'exploitation d'un fonds à créer, il sera immédiatement mis à la disposition de la société, pour une utilisation et/ou pour des aménagements. Lorsqu'un fonds de commerce est apporté, soit il sera géré immédiatement par les futurs dirigeants, soit l'apporteur continuera à l'exploiter, mais il sera alors mandaté pour le faire et il le fera au nom et pour le compte de la société en formation. C'est ainsi que s'effectuera la mise à disposition (dans le cas de la libération immédiate).

donc à la mise à disposition immédiate qui apparaît, en outre, comme indispensable à l'exigence de libération immédiate dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions.

Cette théorie de "*la mise à disposition*" qui a rendu inutile le recours aux dispositions relatives au transfert de propriété jugées désavantageuses pour les apporteurs¹, a le mérite de proposer une solution générale, applicable quelle que soit la nature de l'apport en postulant la mise à disposition comme l'exécution de la libération immédiate. En effet, pour régler la question de la propriété des apports en nature entre le moment de la constitution de la société et celui de son immatriculation, certains auteurs² ont proposé l'idée d'"*indivision*"³ qui a été critiquée⁴ et substituée par celle de "*l'exercice d'un ordre collectif interne*". Madame C-R. MOUTIER⁵ part de l'existence d'une dualité de fonctions de la personne morale⁶ et distingue entre personnalité morale interne génératrice d'un système original collectif et personnalité morale externe, sujet de droit. Elle considère qu'un fonds commun, pouvant être composé tant de droits de propriété que de créances de jouissance, est susceptible d'exister dès la constitution de société en tant qu'attribut de la personnalité morale interne. Après son immatriculation,

¹ Certains auteurs estiment qu'en l'absence de précisions légales, le transfert de propriété et des risques obéit aux règles applicables à la vente. En d'autres termes, tant que la société n'est pas immatriculée, l'apporteur reste propriétaire des biens apportés et supporte seul les risques de disparition des biens apportés, même si cette disparition intervient après la signature des statuts. Voir A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, *Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales 2011*, n° 2632; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, *Droit commercial*, volume 2, op.cit., p.133.

Or, par application de la théorie de monsieur BESNARD-GOUDET, puisque l'apporteur n'a plus la détention du bien apporté (immeuble par exemple), on ne peut mettre à sa charge l'obligation de conservation de la chose. L'apporteur n'est donc pas dans la situation du vendeur qui n'aurait pas livré la chose. Ce résultat découle logiquement de l'obligation de libération immédiate ; l'apporteur ayant réalisé son apport n'en a plus la détention et il ne peut, par conséquent, en assurer la conservation.

² Ch. REYNAUD et P. PUYRAVEAU, "Les problèmes posés par les apports en nature et spécialement par l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise commerciale et les clauses de rétroactivité", in *Mélanges. D. Bastian, Litec, Droit des sociétés*, T. I, p. 241 et s.

³ Selon cette pensée, la propriété privative de chaque associé sur ses apports est transférée à une indivision qui se formerait entre les associés du fait de la conclusion du contrat de société. Cette indivision "*apparaît seulement comme le maillon nécessaire d'une chaîne qui aboutira à la consécration de la propriété sociale depuis la date à laquelle l'apport a été effectué lorsque la société sera immatriculée au registre du commerce...*". Voir REYNAUD et P. PUYRAVEAU, "Les problèmes posés par les apports en nature et spécialement l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise commerciale et les clauses de rétroactivité", art. préc., p. 252.

⁴ Le recours à l'idée d'indivision a été cependant critiqué étant donné que "*l'intention des associés, lors de la conclusion du contrat de société, n'est pas de faire naître entre eux une indivision, même limitée à la période de formation de la société. Leurs apports sont destinés à la société personne morale et non aux associés*". Voir, B. MERCADAL et P. JANIN, *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. F. LEFEBVRE, 1999, n°153.

⁵ C-R. MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, L.G.D.J. 1994, n°99.

⁶ L'auteur suit en cela le raisonnement d'une doctrine qui distingue entre personnalité morale interne et personnalité morale externe. Voir supra, p. 210.

la société pourra se prévaloir d'une autonomie patrimoniale attachée à sa personnalité juridique et à la reconnaissance de son existence juridique externe¹.

Quelque soit le fondement de l'une ou l'autre théorie, il est généralement admis que la société sera propriétaire et aura la jouissance des biens apportés à compter de son immatriculation au registre du commerce². Ce qui implique que la société ne peut bénéficier, avant son immatriculation au registre du commerce, d'aucun actif social, sauf possibilité aux associés de recourir à la technique d'indivision conformément au droit commun³. Elle ne peut être titulaire d'un compte en banque : seules les personnes agissant en son nom peuvent l'être et utiliser le chéquier délivré à ce titre⁴.

219-La Position du législateur: Cette solution est confirmée par le législateur dans l'article 423 du Code des sociétés commerciales selon lequel les effets de la fusion par la création d'une société nouvelle commencent à compter de l'immatriculation de la nouvelle entité au registre du commerce. En effet, la fusion comme la scission entraînent la dissolution des sociétés absorbées ou scindées et la transmission universelle⁵ de leurs patrimoines à la société nouvelle ou à la société absorbante. Le transfert universel signifie que la société va se substituer à la société absorbée ou scindée dans tous ses droits et obligations⁶ ce qui nécessite le bénéfice de sa personnalité juridique. Par conséquent, la société absorbante ou bénéficiaire, en tant qu'ayant cause à titre universel, doit être immatriculée avant toute opération de transfert universel⁷. On comprend bien que la date d'effet de la fusion ou la scission ne puisse être que postérieure à la date d'immatriculation, à défaut de quoi la société n'aurait pas

¹ C-R. MOUTIER, La notion d'apport en jouissance, L.G.D.J. 1994, n°100.

² C. d'Appel de Tunis arrêt n°2727 du 10 décembre 1970, R.J.L. 1971, p.287; C.d'Appel de Tunis arrêt n°52472 du 22 décembre 1998, R.J.L. 2001, n°9, p.269 et suivant.

³ F. CAPORALE, " Société et indivision", Rev.sociétés, 1979, p. 265 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ, "L'indivision dans les sociétés en participation", JCP, 1980, N, p.439.

⁴ Com. 6 fév. 1990, RTD com. 1990, p.241, obs. CABRILLAC; T. BEN NASR, Commentaire de la loi relative aux sociétés commerciales, éd. Maison de la balance, Sousse, 1^{ère} éd., 1996, p.21.

⁵ L'article 411 du Code des sociétés commerciales. Article L. 236-3-I du code de commerce français. Voir Ml. COQUELET, La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés, thèse Paris X, Natterre, 1994; M. JEANTIN, "La transmission universelle du patrimoine d'une société", in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, Paris, Litec1991, pp.287.

⁶ Les opérations de fusion et de scission transfèrent par une démarche globale et unique l'ensemble des éléments actifs et passifs de l'entreprise, dans l'état où ils se trouvent à la date de réalisation définitive de l'opération. Pour plus de développement voir M. JEANTIN, "La transmission universelle du patrimoine d'une société", in Mélanges J. DERRUPPE 1991, p.296.

⁷ Lorsque la fusion a été entreprise par absorption, ses effets sont nés à partir de la date de l'assemblée générale extraordinaire qui l'a votée. Cependant, le législateur a laissé dans ce dernier cas la liberté aux actionnaires de fixer une autre date à partir de laquelle la fusion peut engendrer ses effets. Ainsi, selon l'article 423 du Code des sociétés commerciales, le contrat de fusion peut contenir une date autre que celle de l'assemblée générale ayant décidé en dernier lieu la fusion par absorption.

de patrimoine à cette date. Par ailleurs, la date d'immatriculation est aussi la date d'ouverture du premier exercice de la société bénéficiaire¹.

220-Conséquences de l'opposabilité d'un patrimoine propre: l'application du régime de redressement des entreprises en difficulté économique: Le patrimoine social, constitué à l'origine par les apports des associés, devient, lors de l'immatriculation de la société, le gage exclusif des créanciers sociaux². Ainsi, dans l'hypothèse où les créanciers personnels d'un associé agissent en paiement contre la société, cette dernière opposera à ces tiers son autonomie patrimoniale issue de sa personnalité juridique afin d'échapper aux poursuites³. Mais, l'une des conséquences les plus remarquables de ce que les personnes morales sont titulaires d'un patrimoine propre est la possibilité qu'elles soient soumises à une procédure collective. En effet, l'entreprise sociétaire ne peut être régie par le régime de redressement des entreprises en difficulté économique qu'autant qu'elle jouisse de la personnalité morale⁴. La personnalité juridique des groupements est donc, une condition "*sine qua non*" de l'ouverture de la procédure collective⁵. Une société non immatriculée au registre du commerce⁶ ne peut être soumise à une procédure collective ou être déclarée en redressement judiciaire⁷. En outre, et faute de personnalité juridique de la société, aucune extension semblable à celle prévue par l'article 590 du Code de commerce⁸ n'est

¹ A. BONNASSE, "Fusion-Scission. - Réalisation des fusions et scissions", JurisClasseur Sociétés Traité 2004 (mise à jour 2011), n°46.

² Concernant le passif social, il doit en principe, être assumé par la seule société qui répond de ses engagements sur son actif. Même, lorsque les associés sont solidairement tenus du passif social, il est faux de prétendre que la personnalité juridique de la société est niée. Les créanciers doivent, avant de poursuivre les associés personnellement, mettre la société en demeure de s'exécuter. Il en résulte que les associés sont dans la même situation que celle du garant. Voir Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°185.

³ C. cass. arrêt n°9422 du 15 août 1984, Bull. C. cass., pénal, 1995, p.195.

⁴ Article 416 du Code de commerce.

⁵ Une société non immatriculée ne peut donc pas être mise en redressement judiciaire, Com., 10 mars 1987, JCP, 1987, II, 20830, note Y. GUYON; Rev. sociétés 1987, p.587, note SORTAIS.

⁶ Les sociétés créées de fait comme les sociétés en participation ou en cours d'immatriculation sont dans la même situation à l'égard de la législation sur les procédures collectives de paiement ou de redressement.

⁷ Cass.com., 7 juill.1981, Gaz. Pal. 1982, 1, pan. jurispr. p. 56, note J. DUPICHOT; RTD com. 1981, p.844, n°4, obs. Ph. MERLE; Cass.com. 10 mars 1987, D. 1987, somm. p. 355, obs. A. HONORAT; JCP, G, 1987, II, 20830, note Y. GUYON; Rev. soc. 1987, p. 587, note J-P. SORTAIS; CA GRENOBLE, 14 nov. 1989, Dr. Soc. 1990, comm. n° 118; J-C. HALLOUIN, "Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaire", art. préc., n°13.

⁸ L'article 590 du Code de commerce dispose que "*En cas de faillite d'une société, la faillite peut être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société, masquant ses agissements, a fait, dans son intérêt personnel, des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme de ses biens propres*".

possible. Cette extension suppose en effet une personne morale de droit privé qui fait défaut en l'occurrence.

L'exigence de la personnalité juridique suppose qu'au moment où la procédure est engagée, la société soit immatriculée au registre du commerce. Mais, encore faut-il que l'immatriculation et les autres conditions d'ouverture de la procédure, en l'occurrence l'état de cessation des paiements, doivent exister au jour de la demande d'ouverture. Qui plus est, on admet que, même après l'immatriculation, une telle procédure ne peut être ouverte du fait des dettes nées avant l'immatriculation de la société. La Cour de cassation française affirmait que "*faute d'avoir la personnalité morale, une société en formation ne peut être assignée en règlement judiciaire ou en liquidation des biens et (...) l'acquisition ultérieure de la personnalité morale ne peut justifier le prononcé de l'une de ces mesures*"¹. Dans un autre arrêt, elle précisait que la société doit être immatriculée au jour de la date de cessation des paiements éventuellement reportée². L'acquisition de la personnalité juridique n'a aucun effet rétroactif. En effet, avant la procédure de reprise, les dettes ne présentent pas un caractère social, mais après, elles sont censées avoir été souscrites dès l'origine par la société elle-même³.

B/ L'immatriculation et l'opposabilité d'un intérêt propre

221-De façon générale, l'entreprise sociétaire bénéficie, dès son immatriculation, d'une vie juridique propre, distincte de celle des associés⁴. Comme toute personne juridique, elle a un intérêt propre qu'elle doit pouvoir défendre en justice et, notamment, exercer, en demande ou en défense, les actions relatives à ses droits et obligations.

¹ Cass. com., 10 mars 1987, Bull. civil 1987, IV, n° 69 ; Rev. sociétés 1987, p. 587, note J.-P. SORTAIS; JCP, G 1987, II, 20830, note Y. GUYON; JCP, E, 1987, II, 14795, note Y. GUYON; Gaz. Pal., 1987, 1, p. 372, note A. HONORAT.

² Cass. com., 1er févr. 2000, SARL Docks des matériaux c/ Auger-Dupeu, JurisData n° 2000-000545 ; L. Petite Affiche 9 mars 2001, n° 49, p. 18, note D. GIBIRILA; Dr. sociétés 2001, comm. 82, obs. J.-P. LEGROS; RJDA 5/2000, n° 553, p. 440. En l'espèce, la mise en redressement avait été prononcée le 3 juillet 1992 et la date de cessation des paiements reportée au 3 janvier 1991. La société aurait dû être immatriculée au plus tard le 3 janvier alors qu'elle a acquis la personnalité morale le 1er février de la même année. On peut supposer que le passif social est né d'actes antérieurs à l'immatriculation mais repris par la société. À défaut de reprise, les actes incombent aux associés.

³J.-P. LEGROS, "Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. Qualité du débiteur. Personne morale", JurisClasseur Commercial 2009 (mise à jour 2011), fasc. 2162, n°29.

⁴ R. HOUIN, R. RODIERE Droit commercial : actes de commerce et commerçants, activité commerciale et concurrence; Paris, 6ème éd., Dalloz, 1980, p.120.

Mais, contrairement à la personne physique qui défend un intérêt personnel, la société défend un intérêt social¹.

222-Définition de l'intérêt social: Considéré par certains auteurs comme "*la boussole*"² qui indique la conduite à suivre en assurant la police du fonctionnement social et en permettant de détecter les déviations qui affectent la vie d'une société, l'intérêt social est cependant une notion indéfinie, relevant d'une idéologie polyvalente, et qui peut difficilement être appréhendée dans une définition globale³.

Analysé comme la somme des intérêts des associés⁴ ou uniquement celui de la personne morale⁵, l'intérêt social constitue pour une doctrine moderne l'intérêt de l'entreprise⁶. Cette doctrine, dépassant le vieux débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société, adopte une nouvelle approche de la société en la considérant comme une technique d'organisation de l'entreprise. Par la personnalité juridique qu'elle comporte, la société ouvre donc, la vie juridique à l'entreprise; elle l'autorise à établir des rapports de droit soit avec les associés soit avec les tiers.

¹D. MARTIN, "Regard sur l'intérêt social", Rev. sociétés 2012, n°9, p.475; D. PORRACHIA, D. MARTIN, "Regard sur l'intérêt social", Rev. sociétés 2012, p. 475; D. SCHMIDT, "De l'intérêt social", JCP, 1995, E, 448; "Les conflits d'intérêts dans la société anonyme", éd. Joly 1999, p.23; "L'intérêt social", Rev. Droit Bancaire et Bourse, juillet-août, 1995, p.130; G. SOUSI, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse Lyon III, 1974.

² A. PIROVANO, "La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social et intérêt de l'entreprise", Dalloz 1997, chron., p.189.

³ A. OMRANE, "Du droit des sociétés au droit de l'entreprise: Pour un droit de l'entreprise en Tunisie", art. préc., p.26

⁴ La société est constituée dans l'intérêt des associés qui ont apporté les biens et les moyens nécessaires en vue de tirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel.V. JP. BERTEL, "Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés", RTD com. 1996, octobre-décembre, p.598; B. BEL HADJ YAHIA, L'abus de bien et du crédits sociaux en droit positif, thèse, Paris I, 1976, p. 52; A. OMRANE, "Du droit des sociétés au droit de l'entreprise: Pour un droit de l'entreprise en Tunisie", art. préc., p.28.

⁵ La meilleure illustration de cette distinction entre intérêt social et intérêt des associés est qu'une constitution de réserves facultatives par une décision majoritaire des associés a été considérée comme conforme à l'intérêt social, même si la vocation principale de la société est la répartition périodique des dividendes. Pour d'autres illustrations voir A. OMRANE, "Du droit des sociétés au droit de l'entreprise: Pour un droit de l'entreprise en Tunisie", art.préc, p.28, n°20.

⁶ J-P. BERTEL, "Liberté contractuelle et société. Essai d'une théorie de "juste milieu" en droit des sociétés", art. préc., p.595.

Consacrée par certains textes législatifs tunisiens¹ et reconnue par une jurisprudence², la notion d'intérêt d'entreprise est définie comme "*l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers (...), de ses fournisseurs et de ses clients mais qui correspond à leur intérêt commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise*"³. Dans cette optique, l'intérêt social est considéré comme un intérêt commun qui dépasse l'intérêt des associés pour englober également celui des salariés, des créanciers, des fournisseurs, des clients et même de l'Etat⁴. Toutefois, cette définition ne doit pas laisser croire que l'intérêt social correspond à l'intérêt commun, notion employée par le législateur tunisien dans l'article 461 du Code des sociétés commerciales définissant le groupe des sociétés⁵.

223-L'intérêt social et la personnalité juridique: L'intérêt social est étroitement lié à l'existence d'une personne morale. N'étant pas un sujet de droit, la société commerciale non immatriculée ne peut avoir, ni opposer un intérêt propre, différent des

¹ La loi du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques a inséré dans ses articles la notion d'entreprise et son corollaire intérêt de l'entreprise. Selon son article 2 tous les organes judiciaires intervenants à l'occasion d'un processus de redressement doivent respecter les intérêts de l'entreprise.

² Le tribunal de première instance de Tunis dans un jugement rendu le 30 juillet 1970, à l'occasion d'une action fondée sur l'abus de majorité dans une société anonyme, justifie son pouvoir de contrôle des résolutions sociales par référence à l'intérêt de l'entreprise (R JL, 1974, n°1 et 2, p.70).

La jurisprudence française semble avoir adopté une logique incertaine oscillante entre l'intérêt de l'institution sociétaire dans son ensemble incluant les associés, les salariés et même les contractants habituels (J. MESTRE, C. BLANCHARD-SEBASTIEN, Lamy Sociétés commerciales, n° 685) et une conception plus restrictive lorsqu'il s'agit d'apprécier le droit d'agir en justice (Voir A. DEKEUWER, Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux, JCP, 1995, E, chron., n° 500, spéc. p. 428).

³ C. BAILLY-MASSON, "L'intérêt social, une notion fondamentale", Petites Affiches, 9 novembre 2000, n°224, pp.6.

⁴ D. SCHMIDT, "De l'intérêt commun des associés", JCP, 1994, E, 404.; Il suffit à cet égard de rappeler que l'article 1833 du code civil français édicte que « toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés ». La communauté d'intérêts existant du fait de la loi entre les associés.

⁵ En droit tunisien, la notion d'intérêt social doit être distinguée de celle d'intérêt commun réservée au groupe de sociétés. En effet, l'absence de la personnalité juridique du groupe sur laquelle pourrait reposer un intérêt, comme en matière d'intérêt social, engendre une incertitude quant à sa définition et de son utilité. Voir, D. SCHMIDT, "Les conflits d'intérêts dans la société anonyme" : éd. Joly, 2004, p. 418 et n° 425; M. COZIAN, "Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ? (L'arrêt Sofige du 21 juin 1995) ", JCP, 1996, E, p. 524; A. COURET, "Vers un nouveau droit des groupes?", art. préc., p.4; "Intérêt du groupe et intérêt social, Réflexions à propos d'un jugement rendu par le TGI de Paris du 16 mai 1974 dans l'affaire Willot-Saint Frères", JCP, 1976, II,11816, p. 381 et s.

L'examen de la jurisprudence française révèle que la notion n'est pas entendue par les tribunaux dans un sens juridique mais économique. En d'autres termes, l'intérêt du groupe n'est pas l'intérêt cumulé des sociétés filiales qui le composent, et ne se réduit pas non plus à l'intérêt d'une seule d'entre elles. Il s'apprécie à l'aune d'une politique commune. Voir, A. LECOURT, Le juge et l'économie, préface B. Saintourens, PUAM, 2004, spéc. n° 542; Q. URBAN, "La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés", RTD com. 2000, p.1.

intérêts particuliers des associés qui la composent et des autres intervenants dans sa vie. Dès lors, la notion fondamentale de l'intérêt social est inopérante avant que la société ne soit immatriculée¹. Après l'accomplissement de cette formalité, elle devient un élément dominant le fonctionnement de la société². Elle constitue un instrument de protection pour la société. En effet, les dirigeants sociaux³ et les associés⁴ ne peuvent exercer leurs pouvoirs que dans la limite de l'intérêt social qu'ils doivent aussi défendre en justice.

224-Le droit de défense de l'intérêt social en justice: La doctrine reconnaît à la personne morale, le droit d'ester en justice pour défendre ses intérêts⁵. En lui-même, ce droit d'action ne présente rien d'original, car il n'est que la conséquence de la personnalité juridique attribuée au groupement. L'action qu'intente une société non immatriculée est déclarée d'office irrecevable pour défaut de qualité⁶, quand bien même la société reprendrait après son immatriculation l'action intentée en son nom⁷. Réciproquement, une action introduite contre elle n'est pas davantage recevable. L'irrégularité de la procédure ne peut pas être couverte en raison de l'immatriculation ultérieure de la société⁸. Or, reconnaître à la personne morale ce droit ne signifie pas qu'elle peut l'exercer personnellement.

225-L'exercice du droit de défense de l'intérêt social en justice par les représentants légaux: L'immatriculation d'une société lui confère une aptitude à être sujet de droit et d'obligations. Cette aptitude ne doit se confondre avec la notion de

¹ J. MESTRE et M-E. PANCRAZI et ALII, Droit commercial, op.cit., p.240 ; T. HASSLER, "L'intérêt commun", RTD com. 1984, p. 593 ; M. GERMAN, "L'intérêt commun des actionnaires", JCP, E, 1996, p. 13.

² En effet sa violation appelle des sanctions en droit des sociétés en droit pénal et en droit fiscal : c'est le cas lorsqu'il y a abus de majorité ou de minorité, lorsque les dirigeants méconnaissent l'intérêt social et c'est encore au nom de l'intérêt social, que le juge pourra désigner un administrateur provisoire en cas de crise pour se substituer aux organes de gestions; M. COZIAN et A VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, op.cit., p.348.

³ On peut citer l'exemple de l'article 113 CSC qui dispose que "*le gérant peut effectuer tous les actes relevant de l'objet de la société et dans l'intérêt de celle-ci*". Aussi, l'article 146 du même code puni d'emprisonnement d'un an à 5 ans et d'une amende de 500 à 5000 dinars, "*les gérants qui, de mauvaise foi ont fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci ...*".

⁴ Le droit de vote des associés "*n'est pas une prérogative discrétionnaire, mais un droit fonction qui doit être utilisé dans l'intérêt de la société*". Voir C. BAILLY-MASSON, "L'intérêt social, une notion fondamentale", art. préc., p.6.

⁵ V. L. COUPET, L'action en justice des personnes morales de droit privé, thèse, Aix-en-Provence, 1974 ; G. SOUSI, "Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure", Gaz. Pal., 1984, doct., p.427.

⁶ Article 19 du Code de procédure civile et commerciale ; Com. 24 septembre 1986, Rev.soc., 1987, p.98, note GUYON; Cass. com., 25 octobre 1983, Gaz. Pal. 1984, I, pan. jurispr. p.65, note S. GUINCHARD; Cass., 2ème civ., 15 janvier 1992, Droit sociétés 1992, comm., n°45.

⁷ Voir infra, p. 277.

⁸ Cass. civ. 2^{ème} ch., 18 mai 1989, JCP, 1990, N, p. 205, obs. J-P. GARCON. Voir infra, p. 276.

capacité employée par l'article 443 du Code des sociétés commerciales¹. Il est exact que l'immatriculation va doter la société de la personnalité juridique, de la capacité mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle entraîne *ipso facto* la capacité d'exercice. Assimilées aux mineurs et aux incapables majeurs², la société est privée aussi de la capacité d'exercice mais, n'en demeure pas moins un sujet de droit. Elle est frappée d'une incapacité d'exercice totale et ne peut agir que par l'intermédiaire de ses représentants légaux³. Elle ne peut donc, être directement et personnellement partie à une action en justice.

226-L'immatriculation et l'opposabilité des représentants légaux: A partir de la date de son immatriculation, la société peut mener une vie juridique et, notamment agir par la voie de ses représentants légaux⁴. Elle ne peut ester en justice que par l'intermédiaire de son représentant légal et toute action contre elle doit l'être contre son représentant légal⁵. Elle ne peut aussi conclure des contrats⁶, consentir un nantissement sur le fonds par exemple, que par l'intermédiaire de son représentant légal⁷.

Par conséquent, les personnes désignées pour exercer les fonctions du dirigeant à l'égard des tiers n'acquièrent cette qualité et ne peut l'opposer qu'après l'immatriculation de la société au registre du commerce⁸. Les articles 98 et 169 du Code des sociétés commerciales autorisent respectivement au gérant d'une société à responsabilité limitée et au représentant légal d'une société anonyme de retirer le fonds de l'établissement dépositaire et d'en disposer après l'immatriculation de la société. De même, les dispositions législatives et réglementaires, ainsi que les clauses statutaires, concernant les gérants ne sont applicables qu'à partir de la date de cette immatriculation. En effet, la fonction de gérant ou de dirigeant n'a de sens que dans le cadre d'une société-personne morale s'exprimant par leur intermédiaire. Il en découle

¹ Selon cet article "*Le groupement d'intérêt économique est doté ... de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce...*".

² Article 5 du Code des obligations et des contrats.

³ Cass.civ., arrêt n°20128 du 17 janvier 1989, R JL, 1991, n°6, p.57; Cass. civ., arrêt n°20291 du 12 octobre 1989, Bull. C. cass. 1989, p.382; Cass. civ. arrêt n°35632 du 15 mars 1995, R JL, 1996, n°4, p. 71.

⁴ S. KOLSI, Le statut juridique des dirigeants de la société anonyme, Thèse, Tunis 1997 ; C. BERR, L'exercice des pouvoirs dans les sociétés commerciales, Sirey, Paris, 1961.

⁵ Cass.civ., arrêt n°1322 du 15 novembre 1979, Bull. de la Cour de cassation 1979, II, p.91.

⁶ Cass. 3ème civ., 28 oct. 1992, Bull. Joly 1993, p.85, note P. LE CANNU; JCP., N, 1993, II, p.279, note J-P. GARCON; Cass. 3ème civ., 13 mars 1996, Bull. Joly 1996, p.513, note D.L; Droit sociétés 1996, comm., n°119, obs., T. BONNEAU.

⁷ Cass. 1ère civ., 5 juillet 1989, RTD com. 1990, p.400, obs. C. CHAMPAUD.

⁸ Cependant, la Cour d'Appel de Paris a décidé qu'en l'absence de disposition législative contraire, la date à partir de laquelle commence à courir la durée des fonctions d'administrateur doit être fixée au jour où celui-ci a accepté ses fonctions (Paris 4 décembre 1997, bull. Joly, 1998, p. 236).

qu'avant d'être dotée de la personnalité juridique, la société non immatriculée ne peut dûment être représentée et ne peut opposer ses représentants. Mais, elle peut bénéficier des contrats conclus par ses fondateurs¹.

Section 2: L'immatriculation informe de l'existence d'une structure juridique.

227-Le domaine limité de l'article 4 du Code des sociétés commerciales: Le registre du commerce, qui n'imposait initialement l'immatriculation qu'aux seules sociétés commerciales², connaît aujourd'hui un élargissement. La loi n° 95-44 du 2 mai 1995 énumère dans son article 2 les différentes catégories de personnes morales assujetties à l'immatriculation au registre de commerce. Désormais, l'immatriculation est imposée aux sociétés civiles jouissant de la personnalité morale. Or, une lecture attentive de l'alinéa 3 de l'article 2 susmentionné nous révèle que l'immatriculation concerne aussi, les succursales et établissements d'une société étrangère installés en Tunisie. Ces structures sont, néanmoins, dépourvues de la personnalité morale.

L'article 4 du Code des sociétés commerciales qui a le mérite de fixer le moment de la naissance de la personne morale, ne manque pas de soulever ici, quelques difficultés d'interprétation. La solution qui consiste à faire coïncider l'acquisition de la personnalité juridique par la société avec son immatriculation au registre du commerce ne s'applique qu'aux seules sociétés commerciales³. Elle ne s'applique ni à la société civile ni aux structures créées par la société étrangère en dépit de son caractère commercial⁴. A cet égard, la question qui se pose est de savoir quel est l'effet produit par l'immatriculation?

L'immatriculation est dépourvue d'effet juridique sur la personnalité morale de la société civile (paragraphe 1). Elle informe les tiers de l'existence des structures avec lesquels ils peuvent entretenir (paragraphe 2).

¹ Infra, p.259 et suiv.

² Article 3 du décret 16 juillet 1926 "*Dans ce registre : 1° Sont immatriculés..., les sociétés commerciales françaises, les sociétés commerciales tunisiennes, les sociétés commerciales étrangères ayant soit leur siège social, soit une succursale ou agence*".

³ L'article 4 du Code des sociétés commerciales le prévoit expressément en disposant que "*toute société commerciale donne naissance à une personne morale...*". Cela découle explicitement aussi de l'article 1er de la loi du 3 novembre 2000 portant promulgation du Code des sociétés commerciales disposant que "*les dispositions du présent code s'appliquent à toutes les sociétés commerciales*".

⁴ L'article 2-3° impose l'immatriculation des succursales et établissements d'une société étrangère mais encore faut-il que cette société soit commerciale.

Paragraphe 1: L'absence d'effet juridique de l'immatriculation sur la personnalité morale de la société civile.

228-Solution du Droit français: En droit français, la société civile doit son régime actuel à l'importante réforme réalisée par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978¹. Avant cette réforme, elle n'était pas soumise à l'obligation de l'immatriculation. D'ailleurs, sa naissance, son fonctionnement et même sa dissolution ne nécessitaient la moindre mesure de publicité légale destinée à prévenir les tiers. Avec cette réforme, la société civile est appelée à sortir de sa clandestinité² par l'immatriculation au registre du commerce³, rebaptisé à cette occasion "*registre du commerce et des sociétés*"⁴ puisqu'il accueille des personnes morales qui ne sont pas forcément commerçantes. La rupture avec le passé est ainsi totale en ce qui touche l'acquisition de la personnalité morale. La loi du 4 janvier 1978 a affermi la personnalité morale reconnue par la jurisprudence aux sociétés civiles⁵ qui ne l'acquièrent désormais que par et à partir de l'immatriculation au registre du commerce⁶. Elle constitue une manifestation éclatante de l'unification des sociétés civiles et commerciales entamée déjà par quelques textes antérieurs⁷.

Actuellement, un principe général applicable à toutes les sociétés est consacré dans l'article 1842, alinéa 1er du Code civil français aux termes duquel "*Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation*". Cette formule était employée

¹ Journal Officiel 5 Janvier 1978 ; JCP G 1978, III, 46684.

² P. DELAISI, "La clandestinité des sociétés civiles", Gaz. Pal., 1968, doct., p.6-10

³ GUIGOU, "L'unification des sociétés civiles et commerciales vers un droit commun ? Gestion et contrôle", RTD com. 1983, p.525.

⁴ Décret n° 78-705 du 3 juillet 1978, Journal Officiel 7 Juillet 1978.; JCP, G, 1978, III, 47421.

⁵ C'est avec l'arrêt du 23 février 1891 que la Cour de cassation française a affirmé nettement qu'il était de "l'essence des sociétés civiles" d'être dotées de la personnalité morale. Voir Cass. req., 23 février 1891, D.P., 1, p.337; S. 1892, 1, p.73, note MEYNIAL. Cependant, la question divisait la doctrine française et n'avait pas rallié l'unanimité des auteurs. Exemple des auteurs qui déniaient à la société civile la personnalité morale, J. GUYENOT, "Rapport sur les sociétés civiles en vue de mettre fin à leur clandestinité et d'organiser leur régime juridique", Rev. des sociétés n°9, 1971, 369-380, spéc. 372; Y. GUYON, Les dispositions générales de la loi n°78-9 du 4 janvier 1978, portant réforme des sociétés", art. préc., n°11, p.8.

⁶ GUIGOU, "L'unification des sociétés civiles et commerciales vers un droit commun ? Gestion et contrôle", art. préc., p.525.

⁷ L'alignement des sociétés civiles sur les sociétés commerciales est annoncé déjà, par quelques textes antérieurs à la loi de 1978, telle la loi no 67-563 du 13 juillet 1967 (Dalloz 1967, p.269) sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, et l'ordonnance no 67-820 du 23 septembre 1967 (Dalloz 1967, p.358) instituant une procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif. Pour une présentation d'ensemble de ce mouvement, V. DORAT DES MONTS, "L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ?", RTD com. 1982, p.505 et suiv.

depuis 1966 dans l'article 5, alinéa 1er, de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966¹, reprise par l'ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 à l'égard des groupements d'intérêt économiques², puis par le Code civil qui vise les sociétés en général³, à l'exception toutefois des sociétés en participation, puis par le Code de commerce dans l'article L.210-6.

229-Solution du droit tunisien: Contrairement à son homologue français, le législateur tunisien n'a pas édicté un texte général ni même des dispositions expresses concernant l'immatriculation des sociétés civiles. C'est le recours à la technique d'interprétation qui permettra de répondre à certaines questions. D'abord, sur la question de savoir si la société civile est tenue de s'immatriculer on doit d'abord chercher si le législateur lui reconnaît la personnalité morale? En effet, l'article 2 de la loi du 2 mai 1955 assujettit à l'immatriculation "*les sociétés ... jouissant de la personnalité morale*" sans préciser leur caractère (I). En cas d'une réponse positive on doit chercher ensuite l'effet de cette immatriculation. Les dispositions du Code des obligations et des contrats régissant les sociétés civiles n'ont pas consacré une règle analogue à celle édictée pour les sociétés commerciales. Quant à la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 relative au registre du commerce, elle ne prévoit qu'une seule sanction au défaut l'inscription, dans son article 62, à savoir l'inopposabilité. Sanction inopportune dans notre hypothèse, l'immatriculation révèle simplement l'existence de la personnalité morale de la société civile (II).

I/ Reconnaissance de la personnalité morale d'une société civile.

230-Problème de reconnaissance ou méconnaissance de la personnalité morale à la société civile: La question de la reconnaissance de la personnalité morale au profit de la société civile se trouve posée en raison de l'absence d'une règle identique à celle qui a été prévue pour les sociétés commerciales⁴. Elle semble avoir été évoquée pour la première fois devant les juges à l'occasion d'un jugement rendu par le tribunal de première instance de Tunis, dans lequel le tribunal a dénié la personnalité de la société

¹ Cet article dispose que "*les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce*".

² Article 3, 1er de l'ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967; Voir J. GUYENOT, "Les modalités de constitution des groupements d'intérêt économique", Gazette de Palais 1983, 1, doctrine, p.294.

³ Article 1842, alinéa 1er du Code civil français.

⁴ Article 4 du Code des sociétés commerciales.

civile en se fondant sur le fait qu'"il n'existe en droit tunisien aucun texte accordant expressément ou implicitement la personnalité morale aux sociétés civiles; que les seuls textes en ce domaine sont relatifs uniquement aux sociétés commerciales"¹. Cette décision, bien que cassée par un arrêt de la Cour de cassation² a été, par ailleurs, confirmée par d'autres qui se fondaient, pratiquement, sur les mêmes considérations³. Par la suite, de nombreuses décisions relativement récentes, émanant notamment de la Cour d'Appel de Tunis, ont reconnu, sans aucune hésitation, la qualité de sujet de droit aux sociétés civiles⁴. La jurisprudence admet par conséquent la personnalité juridique des sociétés civiles.

Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de ce courant jurisprudentiel et dire qu'il consacre la théorie de la réalité de la personnalité morale. On doit noter d'abord, que la théorie de la réalité se manifeste uniquement là où la loi ne s'est pas prononcée pour octroyer ou refuser⁵ la personnalité morale. Lorsque la Cour de cassation française reconnaissait, en 1891, la personnalité morale aux sociétés civiles⁶, aucun texte n'avait encore abordé la question. Or, l'examen des dispositions du Code des obligations et des contrats qui régissent la société de droit commun fait ressortir une reconnaissance, même équivoque, de la personnalité morale (A). Cette solution est confirmée par un récent mouvement législatif (B).

¹ Tribunal de première instance de Tunis n°8669 du 15 juillet 1967, RTD, 1969, p.404; RJL, 1969, p.56.

² La décision du tribunal de première instance de Tunis a été confirmée en appel (Cour d'Appel de Tunis n°28097 du 31 juillet 1968, inédit, cité par F. MECHRI et M. HACHEM, "Droit aux vacances et vacance du droit : l'évolution du droit tunisien autorise-t-elle l'introduction de la multipropriété ?", art. préc., p. 547). La décision de la Cour d'appel a été ensuite cassée par un arrêt n°6580 rendu par la Cour de cassation le 13 janvier 1969 (Bull. de la Cour de cassation 1970, p.9).

³ C.A. Tunis, arrêt civil n° 60771 du 31 juillet 1968 ; C. Cass., arrêt civil n° 8300 du 20 juin 1972, cités par A. MAMLOUK, Le capital social, gage des créanciers sociaux, Thèse, Droit privé, Faculté des sciences juridiques et sociales de Tunis, 1998-1999, p. 14.

⁴ C.A. Tunis, arrêt civil n° 40895 du 28 décembre 1977 ; C.A. Tunis, arrêt n° 53736 du 16 mars 1983, cité par F. MECHRI et M. HACHEM, article précité, p. 547; C. cassation, arrêt civil n° 6580 du 13 janvier 1969, Bull de la Cour de cassation 1970, p. 9 ; C. cassation, arrêt civil n°54742 du 2 mars 1983, cité par T. BEN NASSR, Droit des sociétés, Commentaire, éd., Dar EL MIZEN, Tunis 1996, p.171 (en arabe).

قرار تعقيبي عدد 54742 مؤرخ في 2 مارس 1983، توفيق بن نصر، تعليق على قانون الشركات، دار الميزان للنشر، تونس 1996، ص 171.

⁵ En effet, la jurisprudence ne s'est jamais hasardée à accorder la personnalité morale à un groupement auquel la loi la refuse expressément: la société en participation par exemple pourrait très bien figurer ce "groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés"; si les juges reconnaissent la personnalité morale à cette société, ils consacrent la théorie de la réalité, mais il ne lui ont jamais reconnu.

⁶ Cass. req., 23 février 1891, Social 1892, I, 73, note MEYNIAL.

A/ D'une reconnaissance équivoque:

231-Aperçu historique: La question de la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés devait se systématiser dès l'instauration du protectorat en Tunisie et le remplacement des juridictions consulaires par les tribunaux français, devenus compétents depuis, pour connaître de toutes les affaires civiles et commerciales dans lesquelles des européens étaient en cause¹. La société était regardée comme une personne morale, qui tout comme les sujets de droit public devait être autorisée. Dès lors, la reconnaissance de la personnalité morale devait coïncider avec l'autorisation donnée à la société, par la puissance publique afin qu'elle puisse se former et naître².

Avec la promulgation du Code des obligations et des contrats, le législateur tunisien a prévu dans le chapitre II de son titre IX une réglementation générale applicable aux sociétés civiles et commerciales. D'ailleurs, on ne pouvait concevoir une solution refusant la personnalité morale aux sociétés du Code des obligations et des contrats, car selon une règle déjà établie avant même le protectorat, si on pouvait faire bénéficier les étrangers en Tunisie d'un traitement égal aux tunisiens, on ne saurait, du moins sur le plan du droit, leur faire bénéficier d'un privilège auquel les tunisiens en seraient dépourvus³. En effet, avant même la promulgation du Code des obligations et des contrats, les tribunaux français de Tunisie appliquaient sur le fondement des traités⁴, à leurs justiciables la règle du droit français selon laquelle "*les sociétés civiles jouissent comme les sociétés commerciales de la personnalité morale pendant toute la durée de leur existence*"⁵.

¹ C'est ainsi qu'une décision de la justice de paix de Sousse du 16 juin 1896 rappela les principes applicables en la matière, "*Attendu, que toute personne morale ne peut exister et avoir des droits que par le fait, indispensables à sa formation, de sa reconnaissance par la puissance publique, seule capable de créer des fonctions, et partant des êtres fictifs. Attendu, que sous la réserve des lois spéciales et des traités, il est de doctrine générale qu'une société commerciale, de bienfaisance ou autre, reçoit en naissant la nationalité de l'Etat qui lui a donné l'existence en l'autorisant, et qu'à défaut d'autorisation expresse, comme dans le cas d'une autorisation générale, in futurum, accordée à la société à naître, la société emprunte la nationalité du lieu où elle a son principal établissement*". J.T.T. 1896, p. 501.

² Cette autorisation pouvait être spéciale et personnelle ou générale. Cette dernière forme d'autorisation fut usitée en Tunisie par le droit conventionnel. En effet, par les traités italo-tunisien du 8 septembre 1868 et anglo-tunisien du 19 juillet 1875, le gouvernement tunisien a autorisé les sujets de droit à établir en Tunisie des sociétés commerciales, industrielles ou autres, tant entre eux qu'avec les sujets tunisiens. La coexistence de deux systèmes d'autorisation des sociétés par la puissance publique : l'un personnel et l'autre général, prend fin avec le décret beylical du 28 février 1930, qui n'exigea pour la constitution des sociétés que leur formation conformément à la loi française.

³ La société personne morale était un privilège sous le régime capitulaire.

⁴ Ce sont les traités mentionnés dans la note n°2.

⁵ Trib. 1^{ère} inst. Tunis, 29 juin 1904, J.T.T. 1905, p. 258.

En résumé, dans le système établi en Tunisie avant la promulgation du Code de commerce en 1959¹, la société constituée selon l'une des formes réglementées par la loi tunisienne devait être reconnue comme société personne morale². Alors, si la personnalité morale des sociétés était déjà acquise, comment peut-on comprendre l'article 14 du Code de commerce disposant que "*Toute société, à l'exception de la société en participation, a la personnalité civile*"?

En réalité, le législateur, dans l'article 14 du Code de commerce, n'aurait pas eu pour objectif la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés commerciales, car elles en bénéficient déjà, mais plutôt le refus de cette personnalité aux sociétés en participation. Au surplus, s'il est vrai que les dispositions du Code de commerce s'appliquent conformément à son article premier aux commerçants et aux actes de commerce, il paraît invraisemblable que les mots "*toute société*" visent les seules sociétés commerciales. L'inadjonction de l'adjectif "*commerciale*" aux termes "*toute société*" dans l'article 14 semble être chose voulue dans l'intention de ne pas laisser entendre que les autres sociétés, non commerciales, sont dépourvues de la personnalité morale.

Ainsi, on constatait que le droit tunisien paraissait favorable à la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles. Cependant, cette constatation est mise en brèche avec la promulgation du Code des sociétés commerciales. L'article 4 du Code dispose expressément que "*toute société commerciale donne naissance à une personne morale..., à l'exception de la société en participation*". Le problème de la reconnaissance de la personnalité morale à la société civile ne peut être résolu qu'à travers une lecture approfondie des dispositions du Code des obligations et des contrats.

232-L'ambiguïté des dispositions du Code des obligations et des contrats:

L'examen des dispositions du Code des obligations et des contrats qui régissent la société de droit commun fait ressortir deux séries de textes contradictoires. Les uns y sont favorables, les autres s'y opposent.

¹ Par la loi n°59-129 du 5 octobre 1959, portant promulgation du Code de commerce (JORT, n°56 des 3,6, 10 et 13 novembre 1959).

² V. Décret du 28 mars 1931 (J.O.T. 1931, p. 613), imposant aux sociétés civiles de personnes de faire au bureau de l'enregistrement où elles ont le siège de leur établissement principal, une déclaration de l'existence. V° également décret du 8 oct. 1945 relatif à la tenue de la comptabilité en Tunisie, art 1 "*sont assujettis quel que soit leur nationalité à la tenue des documents comptables visés à l'article 2 ci-après les personnes suivantes : 1°/les sociétés quel que soit leur nature, leur forme et leur objet...*".

S'agissant de la première catégorie de textes, on peut citer, d'abord, l'article 1259 qui dispose, dans son alinéa premier que le fonds commun des associés ou le capital social est formé de l'ensemble des apports des associés et des choses acquises moyennant ces apports en vue des opérations sociales. Le capital social est une dotation initiale de la personne morale. Les articles 1270 et 1271 confirment cette idée et emploient respectivement les expressions "*engagement des associés envers la société*" et "*intérêts de la société*". La même indication figure à l'article 1273 qui traite des obligations de l'associé envers la société¹. Le droit d'administrer la société est reconnu à tout associé, qui peut, à cet effet "*obliger la société*" et "*représenter la société*"². Toutes ces indications démontrent que la société civile constitue une personne morale pour le compte de laquelle les associés accomplissent les opérations sociales. De surcroît, le législateur accorde aux créanciers sociaux le droit de "*poursuivre leurs actions contre la société représentée par les gérants*"³. C'est dire que la société civile est un sujet de droit.

Cependant, il faut noter qu'une autre série de textes va à l'encontre de cette déduction et risque de démolir toute la construction déjà élaborée. On peut citer l'article 1259 alinéa 3 du Code des obligations et des contrats selon lequel, les biens mis en commun restent la copropriété des associés⁴ ce qui engendre l'absence de toute distinction entre le patrimoine social et les patrimoines personnels des associés⁵. Tout au plus, le pouvoir d'administrer la société civile emporte celui de représenter les associés vis-à-vis des tiers⁶. Raison pour laquelle, la loi déclare la responsabilité des associés envers les tiers de bonne foi du fait des actes frauduleux commis par l'administrateur⁷. Si la société est une personne morale, seul le patrimoine social servirait à la réparation du préjudice subi par les tiers. Or, une telle interprétation va à

¹ Dans le même sens, l'article 1314 du Code des obligations et des contrats parle du nom ou de la raison sociale de la société.

² Art. 1285 al. 2 du Code des obligations et des contrats.

³ Art. 1315 du Code des obligations et des contrats.

⁴ Dans le même sens, le projet du Code civil et commercial de 1897, dénommé projet SANTILLANA, est largement inspiré des principes du rite malékite parmi lesquels figure le principe qu'il n'y a point de société là où la propriété des biens ne se confond pas. Aussi, la société n'est-elle, en droit musulman, qu'une communauté modifiée par des conventions particulières et ayant un but spécial.

⁵ En vertu de l'article 1316 du Code des obligations et des contrats, le législateur permet à chacun des associés d'opposer aux créanciers sociaux les exceptions personnelles qui lui appartiennent ainsi que celles qui appartiennent à la société y compris la compensation.

⁶ Art. 1283 du Code des obligations et des contrats.

⁷ Art. 1313 du Code des obligations et des contrats.

l'encontre d'un mouvement législatif récent qui tend à reconnaître la personnalité morale aux sociétés civiles.

B/ A une reconnaissance certaine:

233-Les sociétés professionnelles: Le droit tunisien paraît être favorable à la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles. Le législateur dénombre expressément, les sociétés professionnelles parmi les personnes morales. Ainsi, l'article 8 de la loi n° 88-18 du 2 avril 1988, portant promulgation du Code des investissements agricoles et de pêche¹, considère la société civile comme l'une des personnes morales pouvant investir dans le secteur agricole.

En outre, la loi n° 2002-81 du 3 août 2002 relative à l'exercice des activités privées de contrôle, de gardiennage, de transport de fonds et de métaux précieux et de protection physique de personnes², prévoit dans son article 3 que "*les activités mentionnées à l'article premier de la présente loi sont exercées par les personnes physiques ou morales...*". Les sociétés ayant pour objet l'exercice de ces actes³ de nature civile sont considérées civiles. Elles bénéficient de la personnalité morale.

De surcroît, le législateur octroie explicitement la personnalité morale aux sociétés professionnelles des avocats⁴ et aux sociétés d'expert comptable. Les articles 4 et 5 de la loi n° 88-108 du 18 août 1988, portant refonte de la législation relative à la profession d'expert comptable⁵ prévoient respectivement l'exercice de la profession d'expert comptable dans le cadre d'une société civile ayant les droits attribués et les

¹ J.O.R.T. 1988, n° 23, p. 522. La loi n° 88-18 a été abrogée par la loi n° 93-120 du 27 décembre 1993, relative au code d'incitations aux investissements, J.O.R.T. 1993, n° 99, p. 2174.

² J.O.R.T. n° 64 du 6 août 2002, p. 1807.

³ L'article 1^{er} de la loi du 3 août 2002 "*Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux activités privées ci-après définies et dont l'exercice n'est pas confié par la loi aux autorités publiques administratives :*

a/ la prestation de service tendant à assurer le contrôle, le gardiennage des biens meubles ou immeubles et assurer la sécurité des personnes se trouvant dans les dits immeubles,

b/ le transport de fonds, de bijoux et de métaux précieux et leur gardiennage lors du chargement et du déchargement et jusqu'à leur livraison effective,

c/ la protection de l'intégrité physique des personnes".

⁴ Décret-loi n°2011-79 du 20 août 2011 portant organisation de la profession d'avocat (J.O.R.T. n°63 du 23 août 2011, p.1595). L'article 13 de l'ancienne loi n° 98-65 du 20 juillet 1998 relative aux sociétés professionnelles d'avocats (J.O.R.T. 1996, n° 60, p. 1640) était plus explicite en prévoyant que "*Les sociétés professionnelles d'avocats ayant la forme civile jouissent de la personnalité morale*". Cf. Y. KNANI, " Les sociétés professionnelles d'avocats", R.T.D., 1999, p. 251.

⁵ J.O.R.T. 1988, n° 56, p. 1179.

obligations imposées aux membres de l'ordre¹. Le législateur a imposé aussi, la forme de la société civile pour les médecins et médecins dentistes désirant constituer des sociétés professionnelles². A cet égard, il renvoie aux dispositions législatives et réglementaires et au Code de la déontologie médicale³. L'article 95 de ce Code impose à la société civile professionnelle d'avoir une raison sociale qui est un attribut de la personnalité morale.

L'article 5 de la loi portant attribution d'un droit de priorité à l'achat au profit des locataires⁴ accorde un droit de priorité à l'achat à une société constituée à cet effet. Ce droit est également reconnu aux sociétés civiles immobilières concernant les immeubles appartenant aux étrangers et construits ou acquis avant 1956⁵. Un tel exercice fait de ces sociétés un sujet de droit, c'est-à-dire une personne morale.

234-Autres dispositions générales s'appliquant à toutes les sociétés: Certaines dispositions du Code de procédure civile et commerciale militent en faveur de la personnification de la société civile. En effet, l'article 33 qui ne fait pas de distinction entre les sociétés civiles et commerciales, leur reconnaît expressément les attributs d'une personne morale : le pouvoir d'ester en justice, un patrimoine et un siège social. En outre, l'article 407 du même Code classe les sociétés civiles parmi les personnes morales dont les droits sociaux peuvent être adjugés.

Dans le même contexte, l'article 15 du Code des droits réels qualifie les parts sociales, émises par toutes sociétés, de meubles par détermination de la loi, même si ces sociétés sont propriétaires d'immeubles. Il en découle que les sociétés ne peuvent être propriétaires d'immeubles que si elles sont pourvues de la personnalité juridique.

235-En somme, il convient de conclure sans hésitation et sans équivoque, que les sociétés civiles jouissent de la personnalité morale, au même titre que les sociétés commerciales. Il est de l'essence des premières, aussi bien que des deuxièmes, de créer au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des

¹ On peut citer un autre exemple, c'est celui de la loi n° 97-71 du 11 novembre 1997 relative aux liquidateurs, mandataires de justice, syndics et administrateurs judiciaires (J.O.R.T. 1997, n° 91, p. 2047). L'article 40 de cette loi prévoit que "*Les sociétés de liquidateurs, mandataires de justice, syndics, administrateurs judiciaires peuvent revêtir soit le caractère civil soit le caractère commercial*".

² L'article 23 de la loi n° 91-21 du 13 mars 1991 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecins et de médecins dentistes (JORT n° 19-1991, p. 408) permet au médecin ou au médecin dentiste d'exercer sa profession dans un cabinet individuel ou de groupe ou dans le cadre d'une société civile professionnelle et en conformité avec les règles édictées par la législation et la réglementation en vigueur et notamment le Code de déontologie médicale.

³ Décret n° 93-1155 du 17 mai 1993 portant Code de déontologie médicale, J.O.R.T. n°40-1993, p. 764.

⁴ Loi n° 78-39 du 7 juin 1978 portant attribution d'un droit de priorité à l'achat au profit des locataires, J.O.R.T. n° 42, 1978, p. 1681.

⁵ Art. 3 de la loi n°83-61 du 27 juin 1983, J.O.R.T. n° 48, 1983, p. 1870.

intérêts des droits de chacun de leurs membres; les textes du Code des obligations et des contrats personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associés à associés et en mettant toujours les associés en rapport avec la société¹. Les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social.

II/ L'immatriculation révèle l'existence de la personnalité morale d'une société civile.

236-Le moment d'acquisition de la personnalité morale d'une société civile:

Depuis la réforme fondamentale introduite par la loi n° 2000-93 du 3 novembre 2000 portant promulgation du Code des sociétés commerciales, la détermination de la date d'acquisition par la société de la personnalité morale officialise la dichotomie société commerciale et société civile. Contrairement à l'article 4 du Code des sociétés commerciales qui reporte cette date à l'accomplissement de l'immatriculation pour la première, pour la seconde ce sont les dispositions du Code des obligations et des contrats qui continuent de régir la question depuis son apparition en 1906. En effet, l'article 2 de cette loi n'a pas abrogé les articles 1249 et suivants du Code des obligations et des contrats qui restent applicables aux sociétés civiles.

Aux termes de l'article 1261 de ce Code, "*la société commence dès l'instant même du contrat, si les parties n'ont établi une autre date. Cette date peut même être antérieure au contrat*". Cette disposition est une reprise de l'article 1842 du Code civil français dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1978, d'après lequel "*la société commence à l'instant même du contrat s'il ne désigne une autre époque*". A cet égard, on doit préciser que le terme "*société*" employé désigne la personnalité morale² et ce pour deux raisons. D'une part, le non-emploi du concept "*personnalité morale*" ne signifie pas qu'elle est méconnue du législateur lors de la promulgation du Code des obligations et des contrats par le décret du 15 décembre 1906, puisqu'elle est déjà

¹ A. MAMLOUK, Le capital social, gage des créanciers sociaux, Thèse précitée, p. 17.

²S. FRIKHA, "La modernisation de la législation relative aux sociétés civiles", disponible in <http://samifrikha.blogspot.com/2013/04/blog-post.html> (article en arabe).

utilisée dans d'autres articles¹. D'autre part, influencé par la jurisprudence française de l'époque², le législateur tunisien reconnaît à la société civile la personnalité morale³.

Il en découle ainsi, que la date de la conclusion du contrat de société marque la naissance de la personne morale⁴. La plénitude de l'existence de la personnalité morale d'une société civile se rattache, non à la rédaction d'un écrit⁵, mais tout simplement à l'immédiateté de l'effet contractuel. Cette solution repose sur une "*sélection juridique*"⁶ fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté.

237-Le problème soulevé par la loi n°95-44 du 2 mai 1995: Cette logique contractuelle paraît parfaitement expliquer l'existence de la personnalité morale qui coïncidait nécessairement avec celle de la convention des associés, avant 1995. Mais est-ce qu'il en est de même après la promulgation de la loi du 2 mai 1995. Avant cette date, la constitution d'une société civile était des plus simples. Elle n'entraînait pas la complexité de formalités et de prescriptions d'ordre public imposées aux autres sociétés. Il suffisait tout simplement de l'établissement d'un simple contrat appelé, dans la pratique "*les statuts*" qui sont le pacte social sous les conditions duquel l'accord des volontés doit se former entre les futurs associés et qui doit faire la loi commune à tous. Il n'y avait aucune formalité de publication à remplir, comme pour les sociétés commerciales. Le décret du 26 juillet 1926 qui régissait le registre du commerce comme

¹Par exemple les articles 6-16-332-391-431-1083-1101-1132-1159 du Code des obligations et des contrats.

² En France, la personnalité des sociétés de commerce ne fut jamais mise en doute par la jurisprudence, bien qu'il n'eût pas de texte l'affirmant explicitement. Elle a été déduite de certains textes qui parlaient d'une société distincte de ces associés. Quant à la personnalité de société civile, la jurisprudence française l'avait reconnue depuis les arrêts de 23 février 1891 (cass. req. 23 février 1891, Dalloz 1891, 1, 337) et 2 mars 1892 (cass.req. 2 mars 1892, Dalloz 1892, 1, 169) C'était par la suite la loi du 24 juin 1921 qui confirma cette solution par une affirmation légale et explicite de la personnalité morale autre que l'association en participation. Voir, P. CLOMBEL, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse Nancy, 1949, p.79.

³ Supra, p. 231 et suiv.

⁴ Aux termes de l'article 1254 du Code des obligations et des contrats, la société est parfaite par le consentement des parties sur la constitution de la société et sur les autres clauses du contrat. Par application du principe de consensualisme qui règne en matière (contractuelle) civile, le contrat de société civile se forme par la rencontre des volontés sans qu'aucune forme spéciale ne soit imposée.

⁵ Toutefois, selon monsieur COLOMBEL qui s'était référé à une jurisprudence française ancienne selon laquelle l'écrit est exigé *ad solemnitatem*, la société civile est personne morale du jour de la rédaction définitive de l'acte de société (P. COLOMBEL, Le particularisme des conditions juridiques des personnes morales privées, thèse précitée, p.54 et 107.). Cette pensée restait néanmoins isolée. Il est généralement admis que l'écrit sera exigé *ad probationem* lorsque la valeur de l'objet social dépasse la somme fixée par la loi, autrement dit lorsque la réunion des apports des associés, excède une somme. Voir A. MOREAU, Les sociétés civiles, op.cit, n°50).

⁶ La sélection juridique se fonde sur la volonté interne des parties. Elle s'opère au sein du contrat de société, par la distinction entre conditions de validité et conditions réelles de formation: les premières sont de l'affaire du législateur, les secondes de l'affaire des parties et par là résultent de leur volonté créatrice. Voir J. ABEILLE, La simulation dans la vie juridique et spécialement dans le droit des sociétés, thèse Aix, 1938, p.144.

étant une technique commerciale n'imposait pas l'immatriculation des sociétés civiles. En pratique, c'était le gérant qui justifiait lui-même, vis-à-vis des tiers, de l'existence de la personne morale et de l'étendue des pouvoirs qui lui étaient conférés.

Avec la promulgation de la loi du 2 mai 1995, la société civile à qui on reconnaît la personnalité morale est soumise à l'obligation de s'immatriculer qui découle aussi des dispositions de l'article 11-B (nouveau) de la loi¹. Mais, cette loi n'a pas précisé l'effet de l'immatriculation d'une société. Doit-on continuer à appliquer l'article 1261 du Code des obligations et des contrats? Quel rôle peut jouer l'immatriculation?

238-Effet de l'immatriculation: La publicité au registre du commerce emporte une présomption irréfragable de connaissance, et une présomption simple de régularité découlant de l'article 3 de la loi du 2 mai 1995². Par conséquent, l'immatriculation à laquelle est soumise la société civile, ne pouvant pas créer sa personnalité morale mais, aura cet effet de la rendre opposable aux tiers conformément à l'article 62 de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995. Son défaut entraîne son inopposabilité³. Ce résultat qui s'appliquait aux sociétés civiles et commerciales⁴, se trouve, après la promulgation du Code des sociétés commerciales, réservé aux seules sociétés civiles.

Mais, dans le système de l'article 62 de la loi du 2 mai 1995, le défaut de publicité n'empporte qu'une présomption simple d'ignorance⁵; si le tiers est en droit de se prévaloir de l'inopposabilité de l'élément non publié il reste, toujours, en droit de se prévaloir de la réalité, l'existence de la société personne morale. Il en découle que ce tiers peut invoquer dans son rapport avec la société non immatriculée⁶, l'inopposabilité de sa personnalité morale bien qu'elle a fonctionné dès la conclusion du contrat. Comment peut-on donc, comprendre la notion de l'inopposabilité de la personnalité morale? On ne peut concevoir un sujet de droit qui est garanti d'une certaine pérennité,

¹ L'article 11 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 détermine les informations que doit comporter une demande d'immatriculation d'une sociétés. Concernant les mentions relatives à l'établissement, il renvoie à l'article 9 relatif à la demande d'une personne physique " *à l'exception de ceux, prévus au 5, 6, et 7 s'il s'agit d'une société nom commerciale*". Ces alinéas correspondent à des informations relatives au fonds de commerce qui ne peuvent intéresser une société civile.

² Voir infra, p. 306 et suiv.

³ A. OMRANE, "Dix ans de Code des sociétés commerciales", Etudes Juridiques 2011, n°18, p. 34, n°32. Cette solution était déjà admise en France pour les sociétés commerciales avant l'introduction de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966. Il a été affirmé qu' "*une mesure de publicité ne peut pas à elle seule créer la personnalité morale, mais peut seulement la manifester et la rendre opposable aux tiers*". Voir note sou BESANCON, 27 mai 1936, Rev. sociétés, 1937, p.11.

⁴ Supra, p. 104.

⁵ Infra, p. 349.

⁶ Avec cette précision que cette société non immatriculée ne bénéficie d'aucune présomption de régularité.

mais dont l'existence sera inopposable. "*Une personne morale, dont l'existence n'est pas opposable aux tiers, n'existe pas*"¹.

239-Portée de la sanction d'inopposabilité: Certes, le défaut d'accomplissement de la formalité de l'inscription est, en principe, sanctionné par l'inopposabilité. Mais, en l'espèce, il ne s'agit pas de porter à la connaissance des tiers la teneur d'un acte juridique ordinaire. Il s'agit de la naissance d'un être de droit nouveau à partir d'un contrat² qui, tout en ayant la nature originale³ d'un "*acte créateur*"⁴, ne devrait avoir d'effet qu'entre les parties contractantes. Historiquement, l'essor considérable des personnes morales de droit privé a éminemment concouru à éclairer la notion d'effet relatif, en démontrant l'irréalisme de la thèse de la relativité-inopposabilité⁵. Il est généralement admis qu'on ne peut appliquer, au contrat de société, le principe de l'effet relatif consacré dans l'article 240 du Code des obligations et des contrats. Monsieur SAVATIER a annoncé que le fait d'expliquer l'effet créateur de personnalité morale d'une convention par le recours au principe de l'effet relatif est "*radicalement faux*"⁶. En effet, les bouleversements de la révolution économique qui marquaient la deuxième moitié du XIX^e siècle avaient accentué l'interdépendance des individus et développé de nouveaux types de conventions dont l'efficacité repose largement sur leur opposabilité. Tel est le cas de l'essor des sociétés commerciales, dont "*l'existence et l'activité rayonnent erga omnes*"⁷. Comment imaginer l'inopposabilité des contrats de société,

¹ L. SEBAG, La condition juridique des personnes physiques et morales avant leur naissance, op.cit., p.297.

² et non pas d'"*acte collectif*" ou d'une "*union*" comme estimait L. DUGUIT. Cet auteur a tenté de justifier le rayonnement des personnes morales, en soutenant que la création d'une personne juridique ne résulte pas d'un contrat, mais d'un acte collectif ou d'une union. Voir F. GENY, "Les bases fondamentales du droit civil en face de théories de L. DUGUIT", Rev. trimestrielle de droit civil, 1922, p.779-829.

³ La société est aussi un contrat spécifique puisque son existence réelle réside dans celle de l'affectio societatis, microcosme de la pluralité des associés, de la mise en commun des apports et de la recherche des bénéfices. "*Ainsi conçu directement et exclusivement dans le cadre contractuel, l'affectio societatis sera l'unique critère subjectif par excellence, qui féconde les éléments objectifs, relevant de l'existence de la personnalité morale des sociétés*". Voir N-F. RAAD, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op.cit., n° 33.

⁴ L'originalité de cet acte réside dans le fait que, non seulement il exige un concours de volontés animées par des intérêts communs et tendues vers un même dessein, mais ses effets juridiques sont extraordinaires: il donne naissance à un nouvel être juridique, distinct de la personne des fondateurs. Ce nouveau sujet de droit est lui-même particulier, puisqu'il a une existence abstraite et vocation de ce fait à durer plus longtemps que les individus. Voir L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3^e éd., volume 2, Paris, 1927-1928, p.303.

⁵ L'inopposabilité se distingue et complète la notion de relativité. En vertu de son effet relatif, le contrat n'oblige que les seules parties et leurs ayants cause universel (article 240 du Code des obligations et des contrats). Par conséquent, ce contrat ne peut avoir, en règle générale, aucune répercussion juridique sur les tiers: les actes conventionnels seraient donc inopposables à ceux qui n'ont pas participé à leur formation.

⁶ R. SAVATIER, "Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats", RTD civ. 1934, p. 527 et 528.

⁷ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°23, p.48.

alors que ces groupements prennent dans l'économie une place de plus en plus considérable? Le rayonnement des actes conventionnels vers les tiers apparaît dans les faits si inéluctables, qu'il nécessitait une stricte limitation du principe de leur relativité. Mais, de l'autre côté, le contrat est reconnu opposable aux tiers puisque son existence peut leur nuire ou leur profiter¹. A cet égard, monsieur J. DUCLOS insiste sur le fait que la personnalité morale est "*une technique d'opposabilité*"². "*C'est-à-dire, une technique destinée à favoriser l'action juridique d'organismes jouissant d'une réelle individualité, en sorte que tout groupement investi de la personnalité juridique devient, comme tel, opposable aux tiers*".

240-Par conséquent, l'immatriculation d'une société civile ne peut avoir des effets juridiques sur sa personnalité morale. Elle est destinée uniquement à la faire sortir de sa clandestinité et à faire apparaître aux tiers l'existence d'un sujet de droit qui existait depuis la conclusion du contrat de société. D'ailleurs, en droit français antérieur à la loi du 24 juillet 1966, la Cour suprême a qualifié en termes excellents la nature de l'immatriculation d'une société en affirmant qu'" *elle crée à l'égard des tiers une présomption légale de connaissance des clauses des statuts qui ne peut être combattue par la preuve contraire*"³.

L'assujettissement d'une société civile à l'obligation de l'immatriculation participe à l'objectif d'une plus grande transparence et au désir du législateur de faire disparaître toutes les structures susceptibles d'héberger et de transmettre en toute discrétion des patrimoines. L'absence d'immatriculation est un obstacle à cette transparence puisque concrètement elle empêche le public de connaître les statuts (siège, objet, capital, organes de gestion et de décision etc.), les dirigeants, les associés et les modifications de ces éléments essentiels.

¹ Ibid, p.49.

² Ibid, p.273.

³ Civ., 24 juillet 1919, D. P. 1923, 1, 112; Civ., 30 octobre 1918, D. P. 1923.1.101.

241-C'est dans cette logique que *l'immatriculation des établissements publics à caractère industriel et commercial*¹, première forme d'entreprises publiques², est imposée³. Ces établissements, sujets de droit public, sont dotés de la personnalité morale mais ils l'acquièrent par une disposition expresse de l'acte réglementaire qui les crée. Leur immatriculation est conçue pour renseigner les tiers. Les mentions qui doivent figurer dans leur demande d'immatriculation sont les mêmes que pour les sociétés quant à leur raison sociale, leur adresse, leur objet social et leurs membres; en outre, doivent figurer la forme de l'entreprise et l'indication de l'autorité chargée de sa tutelle ainsi que, le cas échéant, la date de publication au Journal officiel de l'acte qui a autorisé sa création et des règlements ou des statuts qui déterminent les conditions de son fonctionnement⁴.

Paragraphe 2: L'immatriculation informe sur la situation de certaines structures juridiques dépourvues de la personnalité morale:

242-*Les techniques de l'extension de l'activité à l'étranger:* Les entreprises ne peuvent exercer une activité internationale importante sans implantation à l'étranger. A cette fin, le droit du commerce international leur offre un éventail de techniques juridiques qui sont souvent concurrentes, parfois complémentaires, et débouchent sur les grands groupes internationaux de sociétés dont elles sont des modes de constitution : fusions, techniques contractuelles ou institutionnelles de concentration ou de coopération, filiales, succursales. La Tunisie, pays d'accueil de ces structures impose leur immatriculation au registre du commerce tunisien.

¹ Mais, il convient de faire une précision d'ordre terminologique. La loi du 1er février 1989 (Loi n° 89-3 du 1er février 1989 relative aux participations et entreprises publiques, J.O.R.T., n° 9, du 7 févr. 1989, p. 203.) a introduit une nouvelle expression à savoir "*l'établissement public n'ayant pas le caractère administratif*" pour désigner l'ensemble des établissements publics autres que les établissements publics à caractère administratif (V° N. TAHAR, "Les catégories d'établissements et d'entreprises publiques en droit tunisien", R.T.D. 2001, pp. 483.). A cet égard Monsieur MIDOUN a pu démontrer que les établissements publics à caractère non administratif ne sont autres que les établissements publics à caractère industriel et commercial (M. Midoun, "Les établissements publics à caractère non administratif : des établissements de troisième type ?", in mélanges Habib Ayadi, Tunis, C.P.U., 2000, pp. 665.). D'ailleurs, même après la réforme de 1989, le législateur est resté fidèle à la qualification d'établissements publics à caractère industriel et commercial.

² Voir notamment M. BEN LETAÏEF, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques en Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 1998; K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'Etat des entreprises publiques*, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2001; S. CHERIF et M. KAMOUN, *L'entreprise publique en Tunisie*, ENA, CREA, 1998; Collectif ATDA, *Le droit des entreprises publiques*, Tunis, 2005; A. AOUIJ MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire 2009.

³ Article 2-4° de la loi du 2 mai 1995.

⁴ Article 12 de la loi du 2 mai 1995.

243-Le problème de l'immatriculation d'une société étrangère: A priori, c'est l'article 2-3° de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 qui régit la question de l'immatriculation des sociétés étrangères¹ au registre du commerce tunisien. Il assujettit à l'immatriculation "*les sociétés commerciales étrangères et les représentations qui ont un établissement ou une succursale en Tunisie ainsi que les sociétés non-résidentes*". Cette formulation nous paraît ambiguë et nécessite une clarification. En effet, la société étrangère peut choisir la Tunisie comme pays pour s'implanter principalement ou pour y installer un établissement secondaire. La première situation qualifiée de "*statique*"² consiste en la création *ex nihilo* d'une société, elle est soumise au même titre qu'une société tunisienne au droit tunisien³. Elle diffère de la deuxième situation "*dynamique*"⁴ qui consiste, au contraire, pour une société préexistante, à étendre le champ spatial de son activité en modifiant ou déployant ses structures ou certaines de ces structures d'un Etat à un autre, ou en procédant à des implantations, sans modification de la structure d'origine. Relevant du domaine de la "*circulation internationale d'entreprise*"⁵, cette situation "*économique*"⁶ recouvre une réalité complexe puisqu'elle peut se rapporter aux structures juridiques comme aux structures matérielles de l'entreprise qui se constitue à partir de la personne-société.

244-La reconnaissance d'une société étrangère: La société créée à l'étranger peut choisir, tout simplement, d'étendre l'exercice de son activité sur le territoire d'un autre État. Mais, avant d'effectuer tout acte juridique, il est un préalable nécessaire qui réside dans sa "*reconnaissance*"⁷ par l'État en cause. Il s'agit de savoir si cet État admet

¹ Le qualificatif étranger s'entend de "*toute personne qui, au regard d'un Etat, n'a pas la nationalité de cet Etat*". Le vocabulaire juridique, PUF, 1996, p. 328.

² J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, Droit de commerce international, Paris, 3ème éd., Dalloz, 2014, n°288.

³ Supra, p. 129.

⁴ J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, Droit de commerce international, op.cit., n°288.

⁵ M. MENJUCK, Droit international et européen des sociétés, 4ème éd., LGDJ, 2016, p.415 et suiv.

⁶ J-B. BLAISE, "Une cohabitation difficile: nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne", in mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Litec, 2000, p.585-586.

⁷ La reconnaissance "*peut se définir comme l'admission sur le territoire national de l'existence et des effets d'une personne juridique (physique ou morale) étrangère*" (L. LÉVY, La nationalité des sociétés, 1984, LGDJ, p. 51). Cette définition présente l'avantage de souligner les deux aspects de la reconnaissance, mais aussi de montrer qu'elle est le préalable à la détermination des droits dont une société étrangère peut jouir et exercer sur le territoire d'un État puisqu'il est nécessaire pour cela que cet État admette l'existence juridique de la société. Il est cependant possible de délimiter plus strictement le domaine de la reconnaissance en le restreignant à l'admission des effets d'une personne juridique étrangère sur le territoire d'un État et en définissant la notion comme "*l'autorisation d'exercer une activité*" (P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9e éd., 2007, Montchrestien, nos 1053 et s.). Quant à l'existence de la société étrangère, il ne s'agirait pas, selon ces auteurs, d'une question de reconnaissance mais de "*compétence internationale des autorités*" (P. MAYER et V. HEUZÉ, op. cit., no 1035).

l'existence de "*la personnalité morale conférée par une loi étrangère*"¹. Le principe de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés étrangères a longtemps été discuté en fonction du point de savoir si la personnalité juridique des sociétés était une réalité² ou une fiction³ ; débat qui paraît aujourd'hui dépassé⁴. Pour monsieur NIBOYET, le problème de la reconnaissance des droits des étrangers n'est pas un problème juridique, mais un problème politique et d'opportunité⁵. En Tunisie⁶, monsieur Ali MEZGHANI a pu déduire de l'article 43 al 2 du Code de droit international privé⁷ que "*la personnalité juridique est reconnue en droit tunisien aux personnes morales sans l'accomplissement d'aucune formalité dès le moment où elle est admise par le droit étranger*"⁸. Par conséquent, la société dont le siège social est à l'étranger et qui effectue des opérations en Tunisie n'est tenue que de se conformer à la loi étrangère concernant sa publicité, la compétence de la loi tunisienne est par conséquent exclue⁹.

¹ J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, Droit du commerce international, op.cit., n°283.

² Pour les tenants de la théorie de la réalité, de même qu'une personne physique ne perd pas sa personnalité en franchissant une frontière, de même une personne morale doit être reconnue de plein droit sur le territoire d'un État étranger. BATIFFOL, P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. 1, 8ème éd., LGDJ 1995, n° 200, p. 251.

³ Les auteurs qui se référaient à la théorie de la fiction tendaient à refuser le bénéfice d'une reconnaissance systématique des sociétés étrangères sur le territoire national. Dans cette théorie, la personne morale, étant une création du législateur, une sorte de vêtement juridique confectionné pour des raisons de commodité pratique, ne peut avoir de valeur en dehors du territoire de l'État qui lui a donné naissance. Une société étrangère ne saurait donc posséder la personnalité juridique qu'une autorité publique nationale n'a pas conféré. A. WEISS, Traité théorique et pratique de droit international privé. Le droit de l'étranger, tome 2, Paris, L. Larose et Tenin, 1908, n° 448.

⁴ Le problème de la reconnaissance internationale de la personnalité morale n'apparaît donc pas lié à celui du fondement de cette personnalité. Il l'est d'autant moins que la théorie de la fiction, comme celle de la réalité, apparaissent aujourd'hui dépassées par celle de la personnalité morale considérée comme une technique juridique, et cette dernière position ne semble, ni s'opposer à la reconnaissance de plano, ni la commander de façon impérative. Y. LOUSSOUARN, "Sociétés étrangères", Répertoire de droit des sociétés, 2010, n°6-7.

⁵ Dès lors, on peut refuser à une personne physique certains droits parce qu'elle est étrangère, si l'on juge opportun politiquement d'agir ainsi, et l'on peut tout aussi bien contester la personnalité morale, que l'on rattache la personnalité à une fiction ou à une réalité, dès l'instant où des intérêts politiques sont en cause. Voir NIBOYET, Cours de droit international privé, n° 356, p. 319.

⁶ En France, pour des raisons propres, la loi du 30 mai 1857 qui déterminait les conditions de la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères a été abrogée par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit (D. BUREAU, "Feu la loi du 30 mai 1857", Rev. crit. DIP 2008, p.161 et suivantes; L. D'AVOUT et S. BOLLE, Dalloz 2008, Pan. 2563; R. CRONE, "Reconnaissance des sociétés étrangères en France, une simplification attendue (abrogation de la loi du 30 mai 1857", Defrénois 30 août 2008, n°14, pp.1546.). Outre cette loi, de nombreux décrets collectifs prescrivant la reconnaissance en France des sociétés de tel pays étranger et des traités et conventions d'établissement passés par la France ont atténué la rigueur du droit commun. Voir Y. LOUSSOUARN, Répertoire de droit des sociétés, 1971 (mise à jour 2010), n°20 et suivantes.

⁷ Cet article dispose que "*Les personnes morales sont régies quant aux droits liés à leur personnalité par la loi de l'État ou elles ont été constituées ou, lorsqu'il s'agit de leurs activités, à la loi de l'Etat ou elles exercent ces activités*".

⁸ A. MEZGHANI, Commentaire du Code de droit international privé, op.cit., p. 108.

⁹ Supra, p. 130-131.

Cette solution adaptée à l'idée d'unité du statut juridique de la société, se heurte néanmoins, à une préoccupation importante celle de protéger les créanciers nationaux¹. En effet, le but de la publicité est d'informer les tiers afin d'instaurer une sécurité dans les relations avec les sociétés. Pour cette raison, le législateur n'impose l'immatriculation d'une société dont le siège social se trouve dans un pays étranger qu'en raison de l'établissement ou de la succursale qu'elle exploite en Tunisie (I). Cette immatriculation présente néanmoins des caractéristiques propres qui la font distinguer de l'immatriculation personnelle (II).

I/ L'assujettissement à l'immatriculation des établissements et succursales dépourvus de la personnalité morale.

245-Lorsqu'une société étrangère ayant son siège social à l'étranger souhaite s'implanter sur le territoire tunisien², elle a le choix entre créer un établissement ou une succursale ou encore constituer une filiale. Ces structures constituent une technique juridique pour l'exercice du commerce international. Le choix entre la création de filiale ou de succursale est étroitement lié à la stratégie de développement des entreprises³. Il dépend du système d'organisation retenu par les dirigeants, des avantages et inconvénients offerts par ces deux structures juridiques. Certains systèmes favorisent même l'usage d'une structure aux dépens de l'autre⁴.

246-Définition de la succursale: Contrairement à la filiale⁵, et en dépit des multiples utilisations de la notion de succursale, aucun texte de droit privé interne ou de droit international n'en donne de définition, de portée générale. Cette carence procède sans doute du fait que les problèmes posés par la pratique des succursales n'ont jamais

¹ J-M. BAHANS, "Conditions et effets de l'immatriculation en France des sociétés étrangères", Bull. Joly sociétés 2002, n°3, pp.406.

² Pour qu'une immatriculation soit demandée, il est nécessaire que la société étrangère soit commerciale, à l'exclusion des sociétés civiles et des groupements d'intérêt économique.

³Le choix prend un détour différent lorsqu'il s'agit de filiale étrangère et l'on privilégie plutôt la constitution de succursale, puisqu'on estime que "*l'exercice d'une activité dans un pays par le biais d'une filiale plutôt que sous forme de succursale entraîne souvent une diminution du surface financier, de nouveaux flux financiers avec les autres entités du groupe ainsi que des surcoût résultant des charges supplémentaires et de la pertes du régime fiscal des frais de siège rendu attractif par les conventions fiscales de double imposition*". Voir O. BOISSEAU CHARTRAIN, "Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA?", RDAI/IBLJ, n°3-2000, p.359.

⁴ En Europe, les filiales pullulent et forment le mode le plus fréquent des sociétés compte tenu de l'époque des groupes de sociétés. Contrairement, en Amérique, les succursales constituent le mode privilégié de l'organisation sociétaire locale.

⁵ Article 461 du Code des sociétés commerciales.

été envisagés de façon globale mais au contraire, abordés successivement et sous des angles particuliers¹.

La succursale a été définie par la Cour de justice dans son arrêt de principe du 22 novembre 1978² comme étant "*un centre d'opération qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison-mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec les tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison-mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement*"³.

Cette définition de la succursale en droit communautaire contient deux éléments fondamentaux de la notion de succursale en droit interne : l'implantation matérielle durable et le pouvoir de conclure des affaires avec les tiers. Cependant, la définition communautaire présente des nuances qui démontrent une conception plus restrictive. Elle exige un équipement matériel et une direction, terme absent dans la notion de droit interne⁴.

Ainsi définie, la succursale est "*une simple universalité de fait*"⁵, un élément détaché de l'entreprise sociale⁶. Elle n'a pas la personnalité morale⁷. Elle ne dispose pas d'une autonomie juridique ce qui implique que les actes conclus par le représentant de la succursale le sont au nom et pour le compte de la société étrangère. Elle n'est que le prolongement en Tunisie de la société dont le siège est à l'étranger⁸. En outre, elle n'a pas un patrimoine propre ; elle fait partie intégrante du patrimoine de la société mère. Les biens qui sont affectés à son fonctionnement et les relations juridiques dont elle est

¹ Droit commercial, Lamy 1999, n° 114.

² CJCE, aff. 33/78, Somafer, Dalloz. 1979, inf. Rap. p. 458, observation B. AUDIT.

³ Cette définition de la succursale en droit communautaire contient deux éléments fondamentaux de la notion de succursale en droit interne : l'implantation matérielle durable et le pouvoir de conclure des affaires avec les tiers. Cependant la définition communautaire présente des nuances qui démontrent une conception plus restrictive. Elle exige un équipement matériel et une direction, terme absent de la notion de droit interne.

⁴ H. AZARIAN, "Succursales", jurisClasseur sociétés 2015, fasc. 28-40, n° 10 et suiv.

⁵ M. CABRILLAC, "Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé", in Mélanges en l'honneur du Doyen J. Hamel, Dalloz, 1961, pp. 119.

⁶ Pour appréhender cette réalité, le droit commercial est plus réticent que le droit social et le droit fiscal. Pour définir le rapport d'une succursale bancaire et de la banque maison-mère, M. GAVALDA a parlé de "*semi-dépendance juridique*". GAVALDA, "*Les succursales de banques*", Droit et pratique du commerce international, 1985, p. 83.

⁷ Y. LOUSSOUARN, "La succursale, technique juridique du commerce international", Droit et pratique du Commerce International, 1985, vol. II, n° 3, p. 363.

⁸ J-M. JACQUET et Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, Droit du commerce international, op.cit., n° 427.

le centre ne forment pas une universalité de droit, même s'ils forment un ensemble économique¹. Ces caractéristiques de la succursale définissent aussi la notion d'établissement.

247-Définition de l'établissement: L'article 2 du décret n° 94-780 du 4 avril 1994 portant création du répertoire national d'entreprises définit l'établissement d'une entreprise comme étant "*toute unité économique, situé en un seul lieu, dépendant juridiquement de l'entreprise et exerçant sous l'autorité de l'entreprise*". Il s'agit néanmoins d'un "*établissement secondaire*" tel que défini par l'article 14 de la loi relative au registre du commerce. Selon cet article "*Est un établissement secondaire ..., tout établissement permanent, distinct de l'établissement principal et dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers*". Ces deux textes se réfèrent au critère juridique de la succursale, c'est-à-dire le pouvoir de traiter avec les tiers au nom et pour le compte de la maison-mère. Par conséquent, en cas de franchise² ou de concession exclusive³, le commerçant doit procéder à une immatriculation personnelle et non à une immatriculation en qualité de succursale.

Ainsi définie, la notion d'établissement recouvre aussi l'agence et le bureau d'assistance technique ou bureau de liaison. Dans le langage courant, l'agence désigne un établissement moins important que la succursale, soit en raison d'une organisation moins complexe, soit en raison d'une direction munie de pouvoirs plus restreints. Elle ne traduit qu'une simple "*décentralisation géographique des activités de la société*"⁴. Quant au bureau de liaison, et contrairement à la succursale, il ne fait l'objet d'aucune

¹ BRUZIN, "De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale", JCP, 1946, G, 567.

² La franchise est un contrat du droit commercial par lequel un commerçant dit "le franchiseur", concède à un autre commerçant dit "le franchisé", le droit d'utiliser tout ou partie des droits incorporels lui appartenant (nom commercial, marques, licences), généralement contre le versement d'un pourcentage sur son chiffre d'affaires ou d'un pourcentage calculé sur ses bénéfices. L'exécution du contrat s'accompagne d'une obligation, de la part du franchiseur de faire bénéficier le franchisé de son expérience technique, de ses méthodes commerciales ou industrielles, et de ses campagnes publicitaires. A la charge du franchisé le contrat inclut l'obligation d'acheter au franchiseur lui-même ou à un fournisseur que ce dernier lui désigne, des matières ou des marchandises qui sont fournies au franchisé selon un tarif déterminé à l'avance mais révisable périodiquement. Néanmoins, le franchisé assure seul les risques de son entreprise. Cette définition est disponible sur <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/franchise.php>.

³ La "*concession*" est le contrat commercial conclu intuitu personae par lequel un commerçant indépendant dit "concessionnaire" se procure auprès d'un autre commerçant, fabricant ou grossiste, dit le "*concedant*" des marchandises qu'il s'engage à commercialiser sous la marque du concedant, lequel lui confère une exclusivité pour un temps et dans une ère géographique délimitée. Il s'agit en général d'une exclusivité de vente. Mais des exclusivités se rencontrent aussi dans les contrats de fournitures et les contrats de prestations de services. Cette définition est disponible sur <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/concession-concessionnaire.php>.

⁴ BERR, "Participations, Filiales", JurisClasseur Sociétés traité, fasc. 165-3, n° 19.

réglementation spécifique. Souple et peu formaliste, il s'agit de la structure la plus propice à une première implantation sans activité commerciale¹. Sa création est subordonnée à l'accord préalable de la direction du commerce intérieur qui lui octroie une carte de commerçant selon les directives du décret-loi n°61-14 du 30 août 1961². Le bureau de liaison permet ainsi de prospecter un marché, d'établir des contacts, de recueillir des informations, voire d'assurer la publicité et la promotion de la société étrangère. L'émission de factures, la signature de contrats commerciaux sont de la seule compétence de la société étrangère. Cette dernière est responsable sur son actif des engagements pris par le bureau (ouverture d'un show-room, participation aux foires et salons...).

248-L'obligation d'immatriculation de la succursale et de l'établissement: Il est unanimement admis³ que l'établissement et la succursale dépourvus de la personnalité morale, sont soumis à l'immatriculation au registre du commerce, aux termes de l'article 2-3 de la loi n° 95-44. Leurs demandes d'immatriculation principale doivent être faites dans les quinze jours de l'ouverture de l'établissement⁴, selon les procédures prévues par l'article 52 de la loi. Cet article impose à toute société commerciale étrangère qui ouvre un établissement ou une succursale en Tunisie de déposer au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé cet établissement ou cette succursale deux copies des statuts de la société certifiées conformes en langue arabe. Il ajoute que les actes modifiant les statuts postérieurement à leur dépôt doivent être déposés dans les mêmes conditions. Si la succursale ou l'établissement est déplacé à un autre lieu, les statuts de la société mises à jour, doivent être déposés dans les mêmes conditions au greffe du tribunal de ce lieu.

En conséquence, est soumis à l'immatriculation la succursale ou l'établissement qu'une société étrangère a en Tunisie. Mais encore faut-il que cette dernière soit déjà régulièrement créée au regard du droit de son pays. D'ailleurs, elle doit fournir un extrait de l'immatriculation au registre du commerce ou un titre justifiant l'existence de

¹ Le bureau de liaison ne doit pas effectuer d'opérations commerciales; il n'est pas soumis à l'impôt sur les sociétés, mais il est assujéti au paiement des taxes assises sur les salaires à l'exception des taxes sur la formation professionnelle.

² J.O.R.T., n°35 du 1er septembre 1961.

³ C'est le cas du droit français (article 2 du décret du 23 mars 1967), droit belge (article 197 du Code de commerce belge) et droit suisse (article 160 de la loi fédérale suisse sur le D.I.P.).

⁴ Article 10 alinéa 3 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, tel que modifié par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010

la personne morale à l'étranger¹. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si le greffier peut refuser l'immatriculation pour fictivité de la société d'origine. La Cour de justice des communautés européennes considérait, sur la base de la liberté d'établissement prévue par l'article 43 du traité de Rome², que l'Etat d'implantation de l'établissement secondaire ne peut pas paralyser ou entraver la création d'un établissement secondaire du seul fait qu'il y a une fraude au droit communautaire. Elle affirmait qu'"il est sans importance à cet égard que la société n'ait été constituée dans le premier Etat membre qu'en vue de s'établir dans le second où serait exercé l'essentiel, voire l'ensemble de ses activités économiques"³.

II/ Les spécificités de cette immatriculation.

249-L'obligation d'immatriculation d'une succursale et d'un établissement est une exception à la règle *lex-societatis*⁴: Partant du fait que le siège social est un attribut de la personnalité morale, la succursale et l'établissement n'ont pas de siège distinct de celui de la maison-mère. Leur statut juridique relève de la loi de la société étrangère dont elle est l'émanation⁵. L'avantage n'est pas négligeable. Le souci d'assurer l'unité du statut juridique de la société nécessite l'application d'une seule loi à toutes les questions qui se posent lors de sa constitution, ou de son fonctionnement à savoir la loi du siège social de la société mère. La succursale et les autres établissements constituent en fait, des techniques pour que la société élargit son champ d'activité sur le plan international. Imposer leur immatriculation peut être justifié par le caractère de lois de police de la règle de l'article 2-3° de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

250-Le caractère de lois de police⁶ de la règle imposant l'immatriculation: Il est admis que les dispositions relatives à la publicité ont le caractère de lois de police¹.

¹ Tableau 3 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce, J.O.R.T. 1996, n° 18, p. 391.

² Voir sur ce sujet N. DE GROVE-VALDEYRON, Répertoire Dalloz de Droit européen 2011 (actualisation 2016), V° Etablissement.

³ Voir J-B. BLAISE, "Une cohabitation difficile: nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne", art. préc., p.586; T. BALLARINO, "Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des communautés européennes", Rev. crit. DIP 2003, 373 et suivantes; H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé", Rev. crit. DIP 2004, p.39 et suiv., spécialement p.103 et suiv.

⁴ Concernant le principe de la *lex societatis*, voir supra, p. 127.

⁵ Cette solution s'applique aux autres techniques : agence et bureau de liaison.

⁶ P. MAYER, Répertoire Dalloz de droit international 1998 (actualisation 2009), V° Lois de police.

Ces dernières sont "*des règles impératives qui, en raison de leur rôle dans l'organisation politique, sociale ou économique du pays, sont rendues applicables même si elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique normalement compétent*"². Concrètement, la loi étrangère est en conflit avec une disposition du for qui délimite unilatéralement son champ d'application, lequel englobe tout ou partie de la situation soumise à la loi étrangère. C'est ce caractère unilatéral qui explique que la priorité soit donnée à la disposition du for sans que soit même consultée la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for.

Par conséquent, la société créée à l'étranger exerçant, en Tunisie, une activité commerciale en installant des succursales ou établissements, sera soumise à la loi relative au registre du commerce. D'une part, les dispositions de cette loi doivent régir toutes les situations juridiques qui se réalisent sur le territoire de l'Etat. Il est difficile d'admettre la compétence d'une autre loi pour régir cette publicité, alors que des organismes étatiques (le greffe du tribunal de première instance), assurent cette publicité³. D'autre part, elles visent à protéger les intérêts des tiers. Ceux-ci lorsqu'ils contractent avec la succursale d'une société étrangère doivent être informés sur sa situation juridique. En effet, la publicité est une mesure qui informe sur une situation juridique quelconque, il est logique que la loi internationalement compétente pour la régir soit celle du lieu où elle peut remplir sa mission.

251-Il en découle que l'immatriculation à laquelle est assujettie la succursale ou l'établissement est différente de celle que doit accomplir la filiale pour acquérir la personnalité morale. Ce n'est pas l'immatriculation à laquelle est assujettie une filiale et dont résulte la naissance de sa personnalité morale, mais une immatriculation secondaire ou principale, aux fins de publicité. N'étant pas personnelle, elle ne produit pas des effets juridiques. Elle n'attribue ni la qualité de commerçant, ni la personnalité morale puisque ces structures en sont déjà dépourvues. Elle informe tout simplement de leur existence.

¹ Le critère de rattachement à partir duquel est déterminé le champ d'application de la loi de police du for peut être défini par la loi elle-même, mais il l'est le plus souvent par les tribunaux, en fonction de l'objectif et du contenu de la disposition en cause. P. GOTHOT et P. LAGARDE, Répertoire Dalloz de droit international, janvier 2006 (actualisation : octobre 2013), V° Conflits de lois (Principes généraux), n° 216; NIBOYET, Cours de droit international privé, p.58.

² Cette définition est présentée par P. MAYER. Répertoire Dalloz de droit international 1998 (actualisation 2009), V° Lois de police, n°2.

³ J. LATSCHA, Les conflits de loi en matière de sociétés commerciales au maroc, Paris, LGDJ, 1960, p.132.

Chapitre 2: A efficience limitée.

252-Si l'immatriculation d'une personne physique au registre du commerce est dotée d'un effet important puisqu'elle attribue la qualité d'un commerçant, celle d'une société donne véritablement naissance à une qualité de personne morale. La création d'un nouvel être juridique par l'utilisation d'un formalisme spécifique renforce le rôle de la loi au détriment de celui des volontés individuelles. L'acquisition de la personnalité morale par l'immatriculation exprime ici la primauté de la loi sur les volontés individuelles fondatrices. De ce point de vue, l'évolution des opinions concernant le rôle de la puissance publique en ces matières est très nette, puisqu'on n'hésite plus aujourd'hui à affirmer que "*c'est à la loi qu'il appartient de déterminer quels types de groupements pourront être sujets de droits et de fixer les conditions d'attribution de cette capacité*"¹. Il y a là, depuis la réforme 2000 un très net retour à la théorie de la fiction de la personne morale. Toutefois, on éprouve dans la pratique, quelques difficultés à appliquer l'idée de fiction dans toute sa rigueur. C'est ainsi que, dans certaines hypothèses particulières on est amené à reconnaître l'existence d'une personnalité morale en dépit de l'absence de l'immatriculation (section 1). Aussi, l'effet de l'immatriculation n'est pas absolu puisque son accomplissement ne rend pas incontestable l'élément juridique inscrit. Les tiers, même confrontés à l'accomplissement de cette formalité, peuvent contester la régularité de la société en arguant de sa nullité (section 2).

Section 1: La reconnaissance de la personnalité morale en dehors de l'immatriculation.

253-*Les problème posés par l'absence d'une personnalité morale:* Le problème de la naissance de la personnalité morale ne peut être évoqué qu'à partir de l'accomplissement de la formalité d'immatriculation. Jusque là, la société, n'ayant pas d'existence juridique, ne peut devenir sujet actif ou passif de droit. Mais, si "*l'on refuse à la société la faculté d'acquérir, d'ores et déjà dans la période constitutive, des droits ainsi que de s'engager*"², on verra les difficultés surgir. En effet, il peut paraître difficile de concilier entre la vive nécessité pour les fondateurs de conclure au nom de la société

¹ G. GOUBEAUX, "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", art. préc., p. 203, n°7.

² E. THALLER et J. PERCEROU, Traité élémentaire de droit commercial, op.cit., n°500, p.328.

des conventions multiples d'une part et l'inexistence apparente de la société comme telle jusqu'à l'achèvement des formalités initiales, d'autre part¹. A cet égard, monsieur DAGOT², estimait que le législateur qui a posé le principe de l'absence de la personnalité morale avant l'immatriculation, a organisé par la même, les moyens pour y tourner. Ainsi, une naissance progressive de la personnalité morale constitue *un palliatif* des objections pratiques du système de la naissance différée de la personnalité morale des sociétés commerciales³. Cette naissance progressive se vérifie à travers la technique de reprise des actes consacrée par les articles 171 et 444 du Code des sociétés commerciales. Le législateur reconnaît donc à la société en formation, une personnalité morale (paragraphe 1).

Parallèlement à cette solution apportée par le législateur, la jurisprudence avait aussi tempéré l'absence de la personnalité par la reconnaissance d'une personnalité processuelle (paragraphe 2). En effet, lorsqu'un groupement n'est pas personnifié, il ne dispose d'aucune capacité de jouissance et ne peut pas ester en justice, en demande ou en défense⁴. Un droit au procès équitable⁵ est donc, de nature à attribuer au juge un rôle prééminent dans la détermination de la personnalité morale. La personnalité des groupements considérés sera reconnue par le juge spécialement afin de leur permettre de défendre en justice les intérêts qu'ils représentent.

¹ P. PIC et J. KREHER, traité général théorique et pratique de droit commercial, t.2, Librairie Arthur Rousseau, 3ème éd., Paris 1948, n°840, p.180.

² M. DAGOT, "Un texte contestable, l'article 5 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales", Dalloz 1974, chron., p.241 et suiv.

³ Ibid.

⁴ Supra, p. 228.

⁵ L'article 6 de la convention européenne de droits de l'homme permet aux juges de reconsidérer les règles nationales qui délimitent la capacité "*processuelle*" des sociétés, aux stades extrêmes de leur personnalité : reconnaissance des sociétés étrangères, naissance ou disparition de l'être moral. Les droits de l'Homme jouent un rôle croissant dans le domaine des affaires (M.-A. FRISON-ROCHE, "Vers un droit processuel économique", Justices, n° 1, 1991, p. 91 ; C. LECLERE, "Réflexions sur l'incidence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit des affaires"; Dr. et patr. 1999, n°74, p. 67 ; M.-L. NIBOYET, "De la spécificité de la protection internationale des droits de l'Homme en matière économique; Rev. trimestrielle de droit commercial, 1999, p. 351.) où ils ne protègent pas seulement les individus (Y. GUYON, "Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé", A. J. D. A., 2000/7-8, n° spéc., p. 136 et 137). Ainsi, la Cour de Strasbourg considère que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne du 4 novembre 1950, bénéficie en principe à tous les sujets capables d'agir en justice, parmi lesquels figurent les personnes morales (CEDH, 27 février 1992, Stenuit c/ France; J. C. P., 1992, E, p. 26, note F. SUDRE).

Paragraphe 1: La reconnaissance légale d'une personnalité morale à la société en formation.

254-Intérêt de la notion de société en formation: Historiquement, la notion de société en formation n'était pas inconnue dans notre droit antérieur. On en trouvait les traces dans l'article 52 du Code de commerce qui autorisait le dépôt du produit des apports en numéraires dans un compte ouvert au nom de la société en formation. Toutefois, il importe de signaler que ce concept était utilisé pour les seules sociétés anonymes dont la complexité des formalités de constitution nécessite l'écoulement d'une certaine durée. Il désignait la société non encore constituée. En dehors des sociétés anonymes, la notion de société en formation était peu utilisée. En effet, pour les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée, la lecture combinée des articles 14 du Code de commerce et 1261 du Code des obligations et des contrats implique que la signature de l'acte constitutif leur conférait aussitôt la personnalité morale, ce qui exclue l'existence d'"un germe de société"¹ jusqu'à la signature des statuts. Conséquemment, il n'y avait aucune raison de faire précéder ces genres de sociétés d'une période préparatoire, il n'y avait donc aucune période de formation.

Depuis que le Code des sociétés commerciales a supprimé la corrélation entre la constitution et l'acquisition de la personnalité juridique, la société est en formation même lorsqu'elle est constituée, et ceci jusqu'à son immatriculation au registre du commerce. Cette idée, consacrée expressément par le droit français², est exprimée uniquement pour le groupement d'intérêt économique dans l'article 444 du Code des sociétés commerciales prévoyant que "*Les personnes qui ont agi au nom du groupement d'intérêt économique en formation et avant l'acquisition de la personnalité morale...*". En revanche, pour les sociétés commerciales, certains textes dispersés³, et sans employer expressément le terme, désignent la situation de la société dont la constitution n'est pas encore achevée.

La société en formation est donc, une étape dans la création de la personne morale. Monsieur R. MICHAT-GUDET écrivait "*c'est en recherchant sa raison d'être*

¹ J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 1, op.cit., n°167.

² Article L. 210-6 alinéa 2 du Code de commerce français.

³ Les articles 98, 103 et 171 du Code des sociétés commerciales.

que l'on comprend pourquoi celle-ci débute à la conclusion du contrat"¹. Pour lui, la société en formation est une notion qui a permis de qualifier l'état de la future personne morale avant son immatriculation. En effet, à partir du moment où l'immatriculation est devenue nécessaire à la création de la personnalité morale, il fallait donc trouver une qualification pour cette société contrat destinée à devenir une personne morale, autrement dit pour qualifier la société pendant cette période intermédiaire.

255-Détermination de la société en formation: En tout état de cause, la nature de la société en formation ne peut être contestée puisque le législateur la qualifie expressément de société². Généralement la société naît de la volonté exprimée par deux ou plusieurs associés. Il en découle que la société ne sera en formation que lorsque le contrat de société est conclu. A cet égard, certains auteurs exigent, que la société soit constituée, ou au moins que la procédure de constitution soit entamée³. Cette position jugée "stricte"⁴, est celle adoptée par le législateur tunisien lorsqu'il édicte que "*Tant qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce, la société est considérée comme une société à responsabilité limitée en cours de constitution*"⁵. Elle est aussi, celle adoptée par l'administration fiscale française qui sollicite "*un acte opposable aux tiers et partant inhérent à la procédure législative et réglementaire de constitution*"⁶.

¹ R. MICHA-GOUDET, La formation des sociétés, Thèse Lyon 1993, Deuxième Partie, Titre I, Chapitre 1, La Notion de société en formation.

² Dans les articles 98, 103 et 171 du Code des sociétés commerciales relatifs à la société en formation sans la viser expressément, le législateur emploie le terme société.

³ M. DAGOT, "La reprise, par une société commerciale des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce", JCP 1969, G, 2277, n° 11. - G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit des affaires, tome 2, op.cit., n° 1058, mais uniquement en ce qui concerne les sociétés anonymes avec offre au public

⁴ D. LEGEAIS, "Société en formation", jurisClasseur commercial 2012 (mise à jour 2015), fasc. 1019, n° 10.

⁵ Article 103 du Code des sociétés commerciales.

⁶ Selon cette interprétation restrictive de l'administration fiscale, les critères retenus varieraient selon la forme sociale: dépôt du projet de statuts pour la société anonyme avec offre au public, dépôt des fonds ou désignation d'un commissaire aux apports pour la société à responsabilité limitée et les autres sociétés par actions, enfin signature des statuts pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple. En conséquence, selon cette position la société serait en formation avant sa constitution exceptée pour la société en nom collectif et pour la société en commandite simple. Voir D. LEGEAIS, "Société en formation", jurisClasseur commercial 2012, fasc. 1019, n° 10.

Le droit positif semble donc, appliquer la qualification de société en formation dès lors que le comportement des associés révèle la rencontre de leurs consentements¹ et la conclusion du contrat de société²; l'activité de la société montrant indiscutablement que la société existe déjà³. En effet, le législateur consacre une procédure de reprise pour les actes faits au nom et pour le compte de la société en formation avant la signature des statuts ou la tenue de l'assemblée constitutive, c'est à dire avant sa constitution⁴. C'est la concrétisation de la société qui marque le point de départ de la période de formation⁵. Toutefois, la jurisprudence française adopte une position plus "libérale"⁶. Elle considère que c'est en fonction des circonstances propres à chaque espèce que sera fixé le début de la période de formation. Les juridictions considèrent que la volonté de participer à une entreprise commune est le plus souvent révélée par un protocole d'accord⁷, promesse de société⁸ ou plus rarement par l'existence de pourparlers qui en réalité ne constituent pas un consentement et ne donnent pas naissance à un contrat⁹.

¹ La rencontre des consentements des parties présente des modalités différentes selon le type de société. Si le plus souvent, le contrat de société est l'issue des négociations, le problème est plus complexe pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne. En effet, l'accord des actionnaires non fondateurs sera donné lors de la souscription. L'offre faite par l'intermédiaire du projet exigé par l'article 163 du Code des sociétés commerciales, est précise, ferme et non équivoque. Le contrat de société sera conclu lorsque l'ensemble des souscripteurs aura accepté l'offre des fondateurs, c'est-à-dire lorsque la totalité du capital aura été souscrit. C'est l'acceptation des destinataires (souscripteurs) qui forme le contrat. Voir Y. GUYON, Traité des contrats, Les sociétés, LGDJ, 4e éd. 1999, n° 1, 3 et 8 et note 39.

² Mémento Lefebvre, op. cit., spéc. n° 4890; D. PLANTAMP, "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", art. préc., p.1.

³ R. MICHA-GOUDET, La formation des sociétés, thèse précitée, p. 206, 209 et 213.

⁴ Article 171 du Code des sociétés commerciales et articles L.210-6 du Code de commerce français. Voir infra, p. 268.

⁵ D. PLANTAMP, "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", art. préc., p.1

⁶ Dans certains cas la jurisprudence considère que, bien que le contrat de société n'est pas encore conclu, la société est qualifiée de société en formation. Voir les exemples relatifs au projet de société et promesse de société cité par R. BESNARD-GOUDET, "La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes", art. préc., n°12.

⁷ CA Versailles, 12 avr. 1991, Bull. Joly 1991, p. 699, note P. LE CANNU.

⁸ L'arrêt rendu par la Cour de Paris le 22 décembre 2000 est commenté par R. BESNARD GOUDET dans Droit des sociétés n° 12, Décembre 2001, chron. 21.

⁹ Logiquement, la société en formation doit être distinguée du projet de société. La société est en projet lorsque l'intention de la constituer, bien que verbalement exprimée, n'est pas encore matérialisée. Elle se situe au stade des négociations. Le projet ne crée pas d'obligation juridique pour les parties de constituer une société car il ne constitue pas un consentement à un contrat de société (Y. GUYON, note sous Cass. 1ère civ., 16 février 1977, Rev. sociétés 1977, p. 681). La société en formation doit aussi, être distinguée de la promesse de la société. la promesse de société est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'accordent sur la constitution entre elles d'une société et en déterminent les principaux éléments. L'engagement issu d'une promesse de société est un avant-contrat qui ne comporte pas un élément essentiel à la formation du contrat de société, l'affectio societatis (Voir N. MATULESCO, De la promesse de société dans les sociétés de personnes, Thèse Paris 1923, note (3), p. 61 : solution constante depuis Cass. req., 10 févr. 1907 : S. 1912, 1, p. 217, note J. PERROUD).

A cet égard, monsieur R. BESNARD-GOUDÉ¹ estime que le contrat de société est consensuel, sa preuve peut être faite par tout moyen ou indice. Toute activité sociale, tout acte d'exploitation, tendent à démontrer que le processus de formation a commencé et que par conséquent, le contrat de société existe². En conséquence, la signature des statuts³ ou la tenue de l'assemblée constitutive dans la société anonyme avec offre au public⁴ constitue la dernière formalité constitutive⁵. Ces événements exigent, de part leur nature, la rédaction d'un écrit qui permet incontestablement la preuve du contrat de société. Cet écrit permet l'accomplissement des formalités de publicité. Son absence aura pour conséquence le blocage du processus: le greffier, chargé de vérifier la

¹ R. BESNARD-GOUDÉ, "La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes", art. préc., n°12.

² Par exemple, la conclusion du bail pour le futur siège social, la recherche de capitaux, les démarches auprès des administrations... seront des indices permettant de démontrer l'existence d'une société en formation.

³ Pour les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée c'est la signature des statuts qui emporte constitution de la société contrat (Voir D. BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. préc., p. 27, in fine; G. DAUBLON, "Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", Rép. Defrénois 1977, 1ère partie, n° 5, p. 663; Y. REINHARD, note sous CA Lyon, 10 nov. 1983, Michon c/ Mazier : JurisData n° 1984-697078 ; D. 1984, jurispr. p. 123.).

⁴ Pour déterminer la date de la constitution de cette forme de société il faut partir au préalable de la distinction opérée au niveau de la procédure constitutive entre la société anonyme faisant appel public à l'épargne et celle ne le faisant pas. En vertu de l'article 176 alinéa 5 du Code des sociétés commerciales, la société faisant appel public à l'épargne doit procéder à son immatriculation dans un délai d'un mois à partir de la date de la déclaration faite par les fondateurs pour constater la souscription et les versements et qui doit faire l'objet d'un dépôt auprès du receveur de l'enregistrement (Article 170 alinéa 1 et l'article 176 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales.). Or, l'article 172 du Code se réfère à une phase déterminante dans le processus de la création qu'est l'approbation des statuts par l'assemblée générale constitutive. L'énumération des attributions de cette assemblée par l'article est significative dans le sens où la nomination des premiers administrateurs, des commissaires aux comptes ainsi que l'évaluation des apports en nature présente une preuve de la constitution de société (D. BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", article précité, p.28.). Concernant la société anonyme en circuit fermé, la loi conserve l'application de la règle de l'article 176 alinéa 5 du Code qui ne fait pas partie des textes expressément éliminés par l'article 180 du Code tel qu'il est modifié par la loi du 27 juillet 2005 (Loi n°2005-65 du 27 juillet 2005 modifiant et complétant le Code des sociétés commerciales, J.O.R.T. n°61 du 2 août 2005, p. 1939.). Il est donc préférable de s'attacher à la date de la signature des statuts pour dire que la société anonyme ne faisant appel public à l'épargne sera constituée entre les actionnaires à cette date. Voir, S. MARZOUK, "La constitution de la société anonyme dans le Code des sociétés commerciales", A.J.T. 2002, n°15, p.62 et 64.

⁵ En réalité c'est la publication au Journal Officiel de la République Tunisienne qui constitue la dernière formalité constitutive. Ainsi, avant de procéder à l'immatriculation au registre du commerce, il faut publier les actes constitutifs, déjà enregistrés à la Recette des Finances et déposés au greffe du tribunal, au Journal Officiel de la République Tunisienne (Article 15 du Code des sociétés commerciales. La loi n° 2009-16 du 16 mars 2009 qui modifie cet article a supprimé l'obligation de procéder à une insertion dans les journaux quotidiens dont l'un en langue arabe). En droit français, les statuts de la société doivent être l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social (les articles R. 123-36 et L. 210-4 du Code de commerce englobent les formalités de publicité dans la procédure de constitution). C'est la première mesure de publicité de la société : elle est nécessairement préalable à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, contrairement à la publicité au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales qui est nécessairement postérieure à l'immatriculation.

régularité de la constitution¹, ne pourra que refuser l'immatriculation, ce qui empêchera une société constituée d'acquiescer la personnalité morale.

256-Société en formation et société constituée: Cette détermination de la société en formation nous révèle qu'elle se distingue de la société constituée. Certes, la société constituée est une société en formation c'est-à-dire une société en attente d'immatriculation, mais la société peut aussi être en formation avant d'être constituée². En effet et abstraction faite de tout acte inhérent à la procédure de constitution, la société est en formation, dès que la volonté des associés de créer la société se manifeste de façon définitive et irrévocable. "*Puisque le contrat de société est consensuel, la société est en formation avant même sa constitution*"³ et indépendamment de la signature des statuts⁴. Elle "*apparaît à la conclusion du contrat de société et disparaît à l'immatriculation de la société, pour faire place à la société personne morale*"⁵.

257-Ainsi définie, la société en formation - non encore immatriculée - n'a pas la personnalité morale. Néanmoins, on peut constater à travers certaines dispositions du Code des sociétés commerciales que le législateur autorise aux fondateurs d'agir en son nom et avant même qu'elle ne jouisse de la capacité juridique. Généralement, à travers les différentes opérations effectuées par les fondateurs, on peut dégager une reconnaissance législative implicite d'une certaine existence (I). Cette reconnaissance peut être, ensuite, justifiée davantage par un argument se rapportant à la perspective de reprise rétroactive par la société des opérations préalables (II).

I/ Les actes conclus pour la société en formation: preuve de l'existence d'une personnalité morale.

258-Traditionnellement, on enseignait une exclusion de principe de toute activité avant que l'immatriculation de la société au registre du commerce soit effectuée. Cette attitude réservée, fondée sur l'absence de la personnalité morale et le blocage des fonds⁶

¹ Infra, p. 306.

² L'article 171 du Code des sociétés commerciales qui offre la possibilité aux fondateurs de conclure des engagements pour le compte de la société porte dans l'un de ses sens, une reconnaissance législative de l'existence de la société en formation avant la réunion de l'assemblée constitutive et l'approbation des statuts.

³ R.- B. GOUDET, "Constitution des sociétés", JurisClasseur Sociétés Traité 2011, fasc. 27-10, n°71.

⁴ Ces derniers concrétisent l'accord des associés. Voir R.-B. GOUDET, "Constitution des sociétés", JurisClasseur Sociétés Traité 2011, Fasc. 27-10, n°12.

⁵ R. MICHA-GOUDET, La formation des sociétés, Thèse précitée, 207.

⁶ Les articles 98 et 168 du Code des sociétés commerciales.

n'a pas accueilli l'accord unanime de la doctrine. Contrairement à ce que l'on peut penser que la période de formation n'est qu'un "*temps mort*"¹ dans le processus de naissance d'une personne morale, cette période peut constituer un véritable "*bouillonnement d'activité*"². Il est inconcevable de réduire la phase de formation à une attente passive de l'immatriculation³. La société "*ne peut, sans perdre de temps, entreprendre brusquement son activité sociale au jour précis où elle acquiert la personnalité morale*"⁴. D'autant plus que "*fréquemment le choix de la forme sociale n'est que la conséquence d'une activité préexistante*"⁵. Ainsi, le législateur tunisien et français autorisent aux fondateurs, à travers les articles consacrant la technique de la reprise⁶, l'accomplissement des actes au nom de la société en formation. A la recherche d'un fondement juridique justifiable des agissements préalables pour le compte de la société en instance d'immatriculation, on a relevé l'insuffisance des interprétations doctrinales⁷ (A). L'analyse simpliste selon laquelle les fondateurs mènent la fondation à leurs risques et périls sur la base des explications classiques de droit civil est insuffisante et impuissante à compromettre l'ensemble de l'activité de la société en formation. La solution se justifie largement par une conjoncture économique autant que juridique (B). Dans le monde des affaires, le fait économique précède l'acte juridique⁸. Ainsi, la société peut agir, alors même qu'elle n'est pas encore immatriculée. C'est une faveur limitée, justifiée par les besoins de fondation de la société.

A/ L'insuffisance des fondements juridiques justifiables de l'accomplissement des actes pour la société en formation.

259-Consécration légale: Une capacité juridique anticipée justifie le fait que la société passe à son compte les agissements de ses fondateurs. Mais, pour pouvoir être repris par la société, l'article 171 du Code des sociétés commerciales exige que les actes soient accomplis "*pour le compte de la société*". En revanche, l'article 444 du Code des

¹ G. DAUBLON, "Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce", Rép. Défrénois, 1977, I, p. 660.

² D. PLANTAMP, "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", art. préc., p.4.

³ C.A. Paris, 3ème chambre, 14 juin 1983, Les Petites Affiches 1984, n°67, p.29.

⁴ Rennes, 14 octobre 1976, Gazette de Palais 1977-1979, p.5.

⁵ E. PAILLET, "L'activité de la société en formation", Rev. Société 1980, p.421.

⁶ Concernant le droit tunisien, il s'agit des articles 171 et 444 du Code des sociétés commerciales. Pour le droit français, ces sont les articles L.210-6 du Code de commerce et 1843 du Code civil.

⁷ D. BASTIAN, "La réforme du droit des sociétés commerciales", article précité, n°146; Ph. MERLE, Droit commercial. Sociétés commerciales, op.cit., n°79.

⁸ Cl. CHAMPAUD, RTD com. 1994, p.57.

sociétés commerciales dont le contenu est analogue à celui de l'article L 210-6 du Code de commerce français et l'article 1843 du Code civil français, vise les actes accomplis "au nom du groupement d'intérêt économique en formation". Cette formule prête à la discussion.

260-La théorie de LESCOT: Selon la théorie de LESCOT¹ qui estime que l'existence juridique anticipée trouve sa source dans les "*statuts*"², les fondateurs agissent en qualité d'organe au moins provisoire de l'être moral. Ils procèdent personnellement à l'accomplissement des formalités légales et à la convocation des assemblées générales des futurs actionnaires. "*Ils n'expriment non plus une volonté propre mais une volonté de fonction*"³. A côté des fondateurs, les premiers administrateurs⁴ et l'assemblée générale⁵ constituent aussi, des organes qui entrent en fonction avant l'immatriculation⁶.

261-Le recours à la stipulation pour autrui: Or, il est généralement admis que les statuts énoncent les règles qui gouvernent la future personne morale⁷. Les fondateurs n'ayant pas la qualité pour agir comme véritables représentants, traitent pour le compte de la société, mais et surtout en leur nom propre⁸. Il paraît que le législateur tunisien a procédé de la manière la plus convenable par l'emploi de la formule "*pour le compte*"

¹ P. LESCOT, Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé, thèse, Dijon, 1913, Paris, Rousseau.

² De ce fait, la société en formation est pourvue d'une organisation interne très poussée inspirée des statuts qui lui assignent une certaine fin et règlent son aménagement interne. La société se trouve donc, munie de ses organes définitifs. Ibid., pp. 219.

³ Ibid., p. 220.

⁴ Concernant les premiers administrateurs, ils peuvent être désignés par les statuts (Article 172 du Code des sociétés commerciales.) et dans ce cas ils constituent avec les fondateurs un seul groupe. Ils élisent le président du conseil. Cette élection doit être faite avant l'immatriculation au registre du commerce (Selon l'article 45 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, la demande d'immatriculation doit contenir entre autre, deux copies des actes de nomination des membres des organes de gestion, d'administration, de direction, de surveillance et de contrôle de la société).

⁵ S'agissant de l'assemblée générale constitutive, elle se réunit pour exercer des attributions légales. Elle délibère dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales extraordinaires (Le législateur tunisien consacre cette solution dans l'article 175 du Code des sociétés commerciales. Toutefois, la pratique a montré la méconnaissance de cette règle. En effet, les procès verbaux des assemblées constitutives ne manquent pas de signaler l'adoption des décisions à l'unanimité des associés, ce qui milite en faveur de l'élimination des clauses statutaires et les règles législatives fixant des règles de majorité conçues essentiellement à la prise des décisions au sein d'une société personne morale.).

⁶ Voir contra, supra, p. 229.

⁷ Sur la question de l'application du statut d'une société non encore immatriculée, voir infra, p. 488.

⁸ D. BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. précité, p. 31. Cet auteur pense que l'expression "au nom de la société" n'est pas juridiquement exacte vaut mieux parler des actes souscrits pour le compte de la société.

dans l'article 171 du Code des sociétés commerciales. Ce procédé peut être expliqué¹ par le recours à la stipulation pour autrui². La stipulation consiste en "*un acte par lequel une personne convient à une autre personne, que celle-ci exécutera une prestation au profit d'un tiers*"³. Trois acteurs apparaissent à la scène. Un stipulant, un promettant et un tiers bénéficiaire. En l'occurrence, ils sont respectivement, le fondateur, le cocontractant et le bénéficiaire qui est, bien évidemment, la société. Mais, si on n'exige pas du tiers-bénéficiaire d'avoir la capacité⁴ peut-il être une personne future? Est-il possible de stipuler au profit d'une société en formation, dépourvue encore de la personnalité morale?

On peut déduire des dispositions de l'article 38 du Code des obligations et des contrats dont les termes sont généraux, que la stipulation à une personne future est possible, et ce contrairement à la gestion d'affaire⁵. D'une part, il est admis expressément que stipuler pour autrui est possible même si le bénéficiaire n'a pas été déterminé⁶. D'autre part, il n'est pas exclu le cas de la stipulation en faveur d'une personne future. On peut donc, conclure la validité de la stipulation qu'opère un fondateur qui agit en son nom propre au profit d'une société à l'état de simple projet et dont la réalisation est incertaine. Mais, encore faut-il que le contrat conclu entre le stipulant fondateur et le cocontractant promettant comporte la stipulation pour autrui⁷.

¹ DOBLEAU, "Période constitutive des personnes morales. Naissance de l'être moral...", Gazette sociétés 1923, p.373; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, Traité de droit commercial. Des sociétés, t.2, 3ème éd., n°686 (bis); C.A. de Paris 6 juin 1933, Rev. sociétés 1933, p.135.

² La stipulation pour autrui est régie par les articles 38 et 39 du Code des obligations et des contrats. Pour caractériser l'activité des fondateurs, la doctrine fait appel aux explications classiques du droit civil. Tantôt, on se réfère aux obligations contractuelles; les fondateurs traitent ou bien comme si la société est définitivement constituée, ou bien sous la condition suspensive de la constitution effective et régulière de la société. Tantôt, on se réfère aux obligations extra-contractuelles; outre l'engagement unilatéral, on a fait recours à la stipulation pour autrui et à la gestion d'affaires. Voir notamment J. et E. ESCARRA et J. RAULT, Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales, Sirey 1951; L. SEBAG, La condition juridique des personnes physiques et morales avant leur naissance, op.cit.

³ J. GHESTIN, Traité de droit civil, LGDJ, 3ème éd., Delta 1999, n°825, p.807.

⁴ En effet, le tiers bénéficiaire ne fait pas partie de la convention de stipulation.

⁵ Certains auteurs conçoivent mal le recours des fondateurs à la gestion d'affaires pendant l'élaboration de la société. En effet, il n'est jamais admis qu'on agisse au profit d'une personne future. Voir G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit des affaires, tome 2, op. cit., n°1022, p.494; Contra L. SEBAG, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, op.cit., p.401; L.J. DE LA MORANDIERE, R. RODIERE et R. HOUIN, Droit commercial, tome1, op.cit., n°448, p.347.

⁶ L'article 38 alinéa 1 du Code des obligations et des contrats admet la validité de la stipulation même si le bénéficiaire n'a pas été déterminé. Cette solution est consacrée aussi en matière d'assurance vie stipulée pour autrui d'après l'article 39 alinéa 3 du Code d'assurance.

⁷ M. EZZINE, La théorie générale des obligations. Le contrat, 2ème éd., Tunis 1997, p.360, n°448 (en arabe).

Cette condition de droit commun doit s'appliquer dans le cas des engagements pris pour le compte de la société en formation. Normalement, les fondateurs qui agissent, sont tenus d'indiquer lors de la conclusion de l'acte, qu'ils contractent non pas pour leur compte personnel mais pour le compte de la société en formation en mentionnant les caractéristiques qui permettent de l'identifier¹. Dans ce cas, les tiers parfaitement informés sur la situation de la société et qu'ils décident de passer l'acte avec les fondateurs, seront considérés comme ayant consentis à l'avance à une éventuelle substitution de débiteur².

Il convient de remarquer, enfin, qu'en faisant appel à la stipulation pour autrui, les fondateurs qui agissent en leur nom propre, ne créent que des droits en faveur de la société en formation selon les règles ordinaires de droit civil³. N'étant pas dérivés⁴, ces droits naissent immédiatement dans le patrimoine de la future société⁵, sans passer par celui du stipulant-fondateur⁶. Ils révèlent en réalité, l'existence d'une personnalité juridique. Or, lorsque le fondateur agit pour le compte de la société en formation, il la rend aussi bien créancière que débitrice, chose qu'"*on ne l'a jamais admis*"⁷.

B/ Le fondement économique justifiable de l'accomplissement des actes pour la société en formation.

262-L'indispensabilité des actes juridiques: La société en formation est conçue comme une phase précaire, provisoire, mais indispensable pour la mise en place de la structure sociétaire et des éléments nécessaires au fonctionnement de la future personne morale. Dans ce cadre, les fondateurs entretiennent la mise en place de la structure sociétaire quant aux éléments nécessaires à sa constitution. Ils vont veiller à remplir les différentes formalités auxquelles la loi subordonne la validité de la constitution de la société. Entre temps et indépendamment d'avoir accompli les prescriptions constitutives légales, il est indispensable que les fondateurs procèdent à l'accomplissement d'un certain nombre d'actes juridiques préparatoires mettant en place les éléments nécessaires

¹ G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, op.cit., p.48.

² D. BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. précité, p. 31.

³ M. BAGBAG, De la déclaration de volonté source d'obligation dans le code des obligations et des contrats, thèse, Faculté de Droit et Sciences Politiques de Tunis, 1993-1994, p. 311.

⁴ E. THALLER et J. PERCEROU, Traité élémentaire du droit commercial, op.cit., n°509, p. 329.

⁵ Article 38 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats.

⁶ J. CARBONNIER, Droit civil, t.4, "Les obligations", PUF, Thémis, 16^{ème} éd., 1992, p.243.

⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité du droit commercial, op.cit., n°1020, p.494.

pour le fonctionnement de la société, future personne morale¹. A cet égard, l'article 171 du Code des sociétés commerciales édicte que l'objet de la reprise porte sur des "actes" ou "engagements" conclus par les fondateurs. Se prononçant en termes généraux, cet article ne donne aucune précision sur la nature et le contenu de ces actes. Il reconnaît les "engagements"² antérieurement pris pour le compte de la société sans pour autant distinguer entre actes préparatoires et actes d'exploitations et ainsi l'interprète ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas.

263-Actes d'exploitation? (non): Pour fonder cette solution, on a fait prévaloir la notion de "l'entreprise" qui s'avère plus adéquate pour encadrer l'existence active de la société en formation³. En effet, la majorité de la doctrine penche dans la plupart des cas à la préexistence de l'entreprise à la société au moins à l'état d'un germe⁴. Elle ne cesse de rappeler que dans le monde des affaires, l'action économique précède la formation juridique⁵. La société n'est qu'un habit juridique dont se revêt l'entreprise préexistante⁶. Dès lors, la nécessité de conserver l'intérêt de la société atteste de la

¹ J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, Traité théorique et pratique du droit commercial, t.2, Librairie du Recueil Sirey, 1951, n°520, p. 25 ; P. LESCOT, Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé, thèse précitée; R. WEITH, Les contrats conclus au nom d'une société anonyme en formation, thèse précitée, p54 ; L. SEBAG, La condition juridique des personnes physiques et morales avant leur naissance, op.cit. ; E. PAILLET, "L'activité de la société en formation", art. préc., p. 419.

² Cette expression a suscité deux interprétations: restreinte et large. Pour certains auteurs, le mécanisme de la reprise ne vise que les actes juridiques qui impliquent un engagement de volonté (Voir M. DAGOT, "La reprise, par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce", art. précité, n°9; R. MICHA-GOUDET, "Constitution des sociétés", JurisClasseur sociétés, 1996, fasc. 27-10, n°62 ; J. Cl. BOUSQUET, note sous C.A Paris 24 fév. 1977, D. 1978, p. 361.). Pour d'autres auteurs, les engagements ne découlent pas exclusivement des actes juridiques. Ils peuvent avoir pour source des faits juridiques. Dès lors, les délits et quasi-délits sont aussi des engagements au sens strict du terme (Voir P. LE CANNU, Droit des sociétés, Paris, Montchrestien, 2002, p. 199; N. BEN AMMOU, "Société et contrat : Notations sur l'esprit contractuel du Code des sociétés commerciales", Colloque international sur le Code des sociétés commerciales du 5 et 6 avril 2001, Publication du centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis 2002, p. 40; Y. CHAPUT, Droit des sociétés, Paris, Puf, 1ère éd. 1993, p. 52; M. DAGOT, "Un texte contestable : l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales", art. précité, p. 244.). Quoi qu'il en soit, par l'acceptation de la reprise de ces obligations l'auteur du fait délictuel ne pourrait pas être libéré envers la victime. Le caractère impératif de la responsabilité délictuelle empêche la reprise de l'acte dommageable de faire disparaître l'obligation de son auteur. Par conséquent, l'auteur du comportement répréhensible ne peut pas écarter sa responsabilité en s'abritant derrière la reprise de son engagement par la société. Parallèlement, la victime du dommage va profiter d'un recours supplémentaire contre la société tout en conservant celui à l'encontre de l'auteur du préjudice (J. SORTAIS, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2004 (actualisation 2016), V° Constitution des sociétés, n°196; A. JAUURET, Manuel de droit commercial, Paris, L.G.D.J., 24ème éd. 1999, p. 186).

³ F. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p. 57.

⁴ Cl. CHAMPAUD, RTD com. 1969, p. 992; Cl. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, RTD com. 1989, p.241.

⁵ E. PAILLET, "L'activité de la société en formation", art. préc., p.427 ; Y. REINHARD, Droit des sociétés, Paris, éd. Liaisons, 1993, p.38.

⁶ M. DESPAX, L'entreprise et le droit, op.cit., n°392; Dictionnaire permanent du droit des affaires, 1^{er} déc. 1998, V° Constitution de société, n°4; Cl. CHAMPAUD, RTD com. 1967, n°4, p.175.

possibilité d'entamer la réalisation de l'objet social au moins dès la signature des statuts¹. Le fait de retarder l'activité sociale à la date de l'habillage juridique manifeste une faute de gestion par abstention de la part des fondateurs².

Profitant de cette qualification, les partisans de la théorie de la reconnaissance embryonnaire de la personnalité morale défendent l'idée d'une activité illimitée³. Ils donnent l'exemple d'une transformation de la structure juridique d'une entreprise individuelle en une forme sociétaire⁴. Il sera dès lors, inconcevable de paralyser l'activité de cette entreprise pendant le temps nécessaire pour acquérir l'habillage juridique⁵. Sur le plan pratique, le juge français, rejetant la solution traditionnelle ayant trait à limiter l'activité de la société en cours de formation⁶, déclare que l'absence de la personnalité morale n'empêche aucunement cette société de se livrer à une véritable activité⁷. Cette position se contredit avec celle adoptée par la Cour d'appel de Tunis qui a déclaré que la société ne peut poursuivre son activité avant qu'elle soit définitivement constituée au sens de la loi⁸.

Mais, reconnaître à la société en formation la possibilité de procéder à une activité illimitée, n'entraîne-t-il pas des aberrations dans la qualification de société en formation? Ne risque-t-on pas de se déplacer dans le domaine de société en participation ou de société créée de fait? Selon la Cour de cassation française, la qualification de société créée de fait ne peut être retenue aussitôt qu'on n'a pas développé de manière

¹ E. PAILLET, "L'activité de la société en formation", art. préc., p. 431.

² D. PLANTAMP, "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", art. préc., p.4.

³ Cl. CHAMPAUD, P. LE FLOCH, RTD com. 1989, p. 243.

⁴ Cl. CHAMPAUD, RTD com. 1969, p.992.

⁵ M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", art. préc., p.222.

Selon cet auteur, cette situation ne semble pas être changée en cas d'une constitution d'une nouvelle entreprise pluripersonnelle. Dans ce sens, un auteur s'est demandé sur l'intérêt de la distinction opérée entre la continuité en société d'une entreprise individuelle qui justifie l'exploitation de l'apporteur d'un fonds de commerce pour le compte de la société jusqu'à son immatriculation et l'exploitation de l'entreprise pour le compte de la société en formation par un dirigeant déjà nommé.

⁶ Cass. com., 17 mai 1989, Rev. sociétés 1990, p.3, note J. SORTAIS ; K. PEGLOW, Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés, op.cit., p. 392 ; G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit des affaires, tome 2, op.cit., p. 48.

⁷ Cass.com., 26 oct. 1981, Rev. Sociétés 1982, p. 859, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; C.A. Bordeaux, 14 mai 1990, Rev. sociétés 1990, p.592, not P. LE CANNU.

Cette position a été renforcée par l'attitude des banques qui n'hésitent pas à financer les sociétés poursuivant leur activité avant l'immatriculation. H. BAUDELET, Les opérations du banquier avec les sociétés en cours de formation, thèse Rouen, 1984, p.201 et s.

⁸ C.A., Tunis, arrêt n°4807 du 25 fév. 2004 (inédit).

Cependant, cette position prétorienne ne doit pas être érigée en un principe puisqu'en l'espèce l'impossibilité pour la société de mener son activité découle essentiellement de l'absence d'une autorisation administrative exigée par la loi.

durable et importante une activité dépassant l'accomplissement de simples actes nécessaires à la constitution¹.

264-Les actes préparatoires (oui): Cette solution est sollicitée par une partie de la doctrine qui soutient que l'activité exercée durant la période de formation de société doit être limitée². D'abord, elle est nécessaire et impulsive, exclusivement pour préparer l'avenir du groupement en lui assurant le démarrage le plus rapide possible. On doit distinguer entre les actes nécessaires à la création de la société et les actes d'exploitation. Ceux-ci sont interdits alors que les premiers seraient autorisés si les formes ont été respectées³. Ainsi, on se cantonne seulement des opérations qu'exige la mise en marche de la société en formation. Ensuite, les actes passés doivent être exceptionnels parce qu'ils ne sont parvenus que pour la création et l'organisation pour l'avenir. Autrement dit, "*si la création de la société justifie leur existence, leur absence, en revanche, rendait évanescence, voire illusoire toute volonté réelle d'entreprendre*"⁴.

265-Des exemples d'actes préparatoires: Par conséquent, les fondateurs peuvent par application des articles 98 et 168 du Code des sociétés commerciales, ouvrir des comptes joints⁵ ou bancaires⁶ directement au nom de la société en formation⁷. Dans une espèce, la Cour de cassation française a pu juger que l'attribution d'un compte et la remise d'un chéquier ne sont pas subordonnées à l'acquisition de la personnalité morale⁸. Le banquier ne commet pas en principe, une faute s'il délivrait un chéquier à une société en formation "*encore doit-il le faire avec discernement et en prenant certaines précautions*"⁹. Il doit s'assurer que celle-ci possède une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements¹⁰. Vigilante dans l'octroi de chèques à une société en formation, la banque doit l'être également dans l'octroi de ces crédits. En

¹ Cass. com., 9 novembre 1987, RTD com. 1988, p.455, obs. REINHARDS.

² M. GERMAIN, "Société en formation et société créée de fait", Droit des sociétés, mai 1982, p.5.

³ G. DAUBLON, "Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce", article précité, p.666.

⁴ D. PLANTAMP, article précité, n°34, p.18.

⁵ Cass. Com., 17 novembre 1970, Rev. Soc. 1971, p. 533, note J. HONORAT.

⁶ Cass. Com., 15 janv., 1980, D 1980, I.R., p. 381, note VASSEUR.

⁷ Par application des dispositions des articles 98 et 168 du Code des sociétés commerciales, un compte bancaire est ouvert au nom d'une société en formation pour y déposer les fonds provenant de la souscription en numéraire. A partir de ce compte, la banque peut délivrer aux fondateurs des formules de chèques. Le pouvoir d'user de ce chéquier peut être attribué à tous les fondateurs ou à quelques uns d'entre eux.

⁸ Cass.com., 6 février 1990, Rev. sociétés 1991, p.237, note J. STOUFFLET.

⁹ J-P. SORTAIS, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2004 (actualisation 2016), V° Constitution des sociétés, n°194.

¹⁰ E. GARAUD, "L'ouverture d'un compte - chèques au nom d'une société en formation", Bull Joly Sociétés, 1 juillet 1992, n°7-8, p. 730.

effet, le financement de la période de formation peut être assuré à l'aide d'un compte bancaire, ouvert au nom de la société en formation, qui est destiné à recevoir le montant du crédit consenti¹. La banque peut aussi, demander aux fondateurs de se porter caution des engagements qui découlent d'un acte passé pour le compte d'une société en formation. Ce cautionnement, donné à une société en formation, est valable² puisqu'il engendre une obligation de règlement qui prend naissance en même temps que les dettes apparaissent effectivement à la charge de la société³.

Sans s'attarder en perspective de l'immatriculation de la société, les fondateurs peuvent aussi agir pour l'acquisition du matériel et matières premières, pour l'embauche du personnel en vue de ses activités futures. Plus significatif encore, est le recours des fondateurs à la conclusion des baux afférents à ses locaux industriels et commerciaux⁴. Aussi, les fondateurs sont-ils en mesure de pourvoir à l'entretien des apports en nature (des magasins, des usines, immeubles, entrepôts), la conservation de leur valeur économique exige une intervention active pour que l'exploitation ne soit pas entravée à risque de perdre la clientèle.

266-Rôle du récépissé: Il en résulte que la société en formation possède déjà une existence juridique. Elle peut avoir un début d'activité seulement, il faut tracer ses contours exacts en la limitant à des simples actes nécessaires qui préparent le commencement d'exploitation⁵. Elle ne peut donc, se livrer dans une activité identique à celle d'une société immatriculée⁶. Dans cette phase préliminaire, la société en formation

¹ T. BONNEAU, Droit bancaire, Paris, Montchrestien, 2000, p. 46.

² Pour se prononcer sur la validité de cette garantie octroyée dans de telle circonstance, il faut partir au préalable de l'idée qui envisage le cautionnement comme étant un lien d'obligation. Conformément au droit commun, on sait bien que l'obligation peut porter sur une chose future. C'est le cas par exemple de l'article 574 du Code des obligations et des contrats qui autorise la vente d'une récolte sur pied ou aussi la possibilité de vendre un immeuble avant même sa construction. Cette règle connaît une consécration particulière en matière de cautionnement. L'article 1483 du Code des obligations et des contrats fournit une réponse satisfaisante à la question déjà évoquée. En effet, il dispose que le cautionnement peut avoir pour objet une obligation éventuelle, future ou indéterminée.

Cette validité demeure néanmoins tributaire de la connaissance par le créancier de l'inexistence du débiteur principal au moment de la conclusion du cautionnement. Pour satisfaire à cette condition, il suffit d'indiquer dans le contrat de cautionnement qu'il s'agit de garantir les engagements de la société encore en formation comme étant un débiteur principal. Voir

محمد الزين، النظرية العامة للالتزام (العقد)، تونس 1997، ص 176.

³ J. BONNARD, "Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte de la société en formation", Rev. sociétés 1992, p. 264; P. ANCEL, Le cautionnement des dettes de l'entreprise, Paris, Dalloz, 1989, p. 55, n°140; Cass. com., 5 novembre 2003, Bull. Joly 2004, p. 269, note J. BARBIERI.

⁴ La société, doit pour obtenir l'immatriculation au registre de commerce, justifier de la propriété ou de la jouissance à titre privatif d'un local devant servir de siège social.

⁵ P. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, op.cit., p.100.

⁶ P. LE CANNU, note sous C.A. Bordeaux, arrêt précité.

peut avoir besoin de prouver son existence. Il reste tout de même que la présentation du récépissé de dépôt d'un dossier complet de demande d'immatriculation¹ permet au fondateur d'accomplir les démarches nécessaires auprès des organismes publics et privés². Elle est de nature à apaiser les craintes que l'on pourrait avoir quant à la réalité du projet d'entreprise et l'imminence de l'immatriculation de la société³, susceptible d'emporter, dans les conditions légales, la reprise des actes accomplis en son nom.

III/ La technique de la reprise : preuve de l'existence d'une personnalité morale.

267-Utilité de la technique de la reprise: A côté de leur importance, les actes souscrits pendant la période de formation présentent de véritable difficulté de leur régime juridique due aux divers intérêts, ici, confrontés. D'abord, et en considération de l'avenir de la société, il est à éviter de faire subir à cette dernière les conséquences des engagements contractés et qu'elle ne juge pas opportun - dans son intérêt -. Ensuite, il ne faut pas que les fondateurs, lorsqu'ils contractent dans l'intérêt social et accomplissent des actes utiles à la société aient éventuellement, à en assumer la charge⁴. Enfin, la logique financière du droit des sociétés commerciales affirme incontestablement, la nécessité d'assurer la sécurité des transactions commerciales⁵ et de préserver les intérêts des tiers cocontractants de la société en expectative de l'immatriculation vis-à-vis des aléas de l'œuvre constitutive⁶.

L'harmonisation de ces préoccupations conduit à affirmer que les personnes, agissant pour le compte d'une société en formation, engagent leur responsabilité personnelle sauf reprise éventuelle par la société régulièrement constituée et

¹ En droit français, ce récépissé porte la mention "En attente d'immatriculation" (Article 123-9-1 du Code de commerce.) pour des raisons évidentes de sécurité juridique. Voir J-M. BAHANS, "Publicité des sociétés. Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2016, fascicule 27-40, n° 50.

² M. GERMAIN, "La loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique", *JCP*, 2003, G, 401. Il s'agit donc pour l'essentiel d'obtenir l'ouverture d'une ligne téléphonique, le raccordement à l'eau, au gaz et à l'électricité, le cas échéant.

³ Pour le commerçant, personne physique, "*son immatriculation est sans incidence sur sa capacité à accomplir des actes juridiques*" (B. SAINTOURENS, *RTD com.* 2003, p. 688.). S'engageant à titre personnel, il est tenu des actes qu'il accomplit dans le cadre de son activité économique, laquelle peut avoir commencé avant son immatriculation. On peut reconnaître, de ce fait, que l'accomplissement des démarches effectuées sur la base de ce document sera sous la responsabilité personnelle de la personne physique ayant la qualité de commerçant.

⁴ A. Le TARNEC, "Le régime nouveau des sociétés commerciales", *Gaz. Pal.* 6 déc. 1966, n°11, p. 143.

⁵ J. PAILLISEAU, "La modernisation du droit des sociétés commerciales", *Daloz*, 1966, *chron.*, p. 290.

⁶ D. GIBIRILA, "La société en formation et la protection des tiers", *Petites Affiches*, 19 juillet 1989, n°86, pp. 16; M. DAGOT, "La reprise par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés", *art. préc.*, p.2277.

immatriculée. Cette solution est érigée en un principe général en droit français dans l'article L. 210-6 du Code de commerce dont le contenu est étendu à l'ensemble des sociétés par l'article 1843 du Code civil¹. En droit tunisien, on note l'absence d'un texte général et exprès. Réserve est faite, nonobstant, d'une brève disposition de l'article 171 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales relative aux sociétés anonymes et des dispositions de l'article 444 du même Code relatives au groupement d'intérêt économique. Il est vrai que cette question revêtait moins d'importance sous l'empire du Code de commerce car la personnalisation de la société intervenait plutôt, dès la signature de l'acte constitutif, mais aujourd'hui, elle est retardée à l'immatriculation². Il est donc regrettable que l'extension de la période de formation à l'ensemble des sociétés commerciales n'a pas été accompagnée d'une réglementation rigoureuse, minutieusement aménagée. On estime, par analogie à l'article 171 alinéa 2 susmentionné, que tout type de société peut reprendre les actes accomplis par ses fondateurs.

268-Définition de la notion de reprise: On entend par reprise, le moyen qui assure l'accession de la société à des actes accomplis pour son compte pendant qu'elle ne jouissait pas encore de sa personnalité juridique. De telle sorte, la reprise veille à ce que des actes puissent être conclus sans qu'ils soient décomposés en une double transmission successive, c'est-à-dire une acquisition au nom des souscripteurs puis une rétrocession à la société lors de son immatriculation³.

269-L'effet substitutif de la reprise: La reprise des engagements, quelle qu'en soit la modalité⁴, a pour effet de substituer la société aux fondateurs en qualité de partie

¹ En droit allemand, c'est l'article 200 du Code allemand.

² C. LABASTIE DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p.191.

³ J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, Droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêt économiques, entreprises publiques, volume 2, Paris, 2ème éd., Dalloz, p. 88, n° 430.

⁴ Il existe deux modalités de reprise: La reprise sur une décision des associés avant l'immatriculation en vertu des dispositions de l'article 171 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales ou sur une décision de la société personne morale après l'immatriculation. Lorsqu'un état des actes accomplis pour le compte de la société n'a pas été communiqué aux associés avant la signature des statuts, il peut encore être soumis à l'approbation des associés qui statueront sur la reprise postérieurement à l'immatriculation de la société. Cette reprise postérieure à l'immatriculation qualifiée de "*procédé de rattrapage*" (Y. GUYON, Droit des affaires, tome1, op.cit., p. 171.), "*procédure de balai*" (Y. CHERTIER, "L'évolution de l'engagement des associés", Rev. Sociétés 1980, n°133.), ou encore de "*reprise volontaire*" (Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, op.cit., n°79.), n'a pas été consacrée en droit tunisien et ce contrairement à son corollaire français (Art. 6 du décret du 3 juil. 1978.). Cependant, elle est envisageable pour deux raisons. De prime abord, il est illogique que la société puisse en profiter de ces actes sans les avoir mis à sa charge. Ensuite, le législateur n'a prévu aucune règle de portée générale pour la reprise des engagements ce qui ne peut empêcher les associés d'aménager librement le sort de ces actes.

à l'acte passé pour son compte pendant sa période constitutive. Elle implique l'entrée de la personne morale dans les relations juridiques antérieurement créées. Par la ratification de ces engagements, la société personne morale accepte de s'engager officiellement à l'égard des tiers¹ qui n'ont aucune initiative à prendre ni un avis à donner quand bien même que la reprise ne leur est pas favorable².

La société personne morale se trouve alors, substituée activement et passivement à tous les engagements conclus antérieurement en son nom. Elle devient propriétaire des immeubles acquis par les fondateurs, titulaire des baux souscrits et de même créancière ou débitrice de toutes les obligations créées pendant sa période de gestation. Corrélativement, les créanciers vont pouvoir lui réclamer l'exécution des obligations et l'attaquer en justice si c'est nécessaire. La reprise n'a donc pour effet que de changer les sujets de droits sans qu'elle ne puisse toucher à l'engagement initialement conclu qui subsiste. Elle ne doit pas être appréhendée comme un mécanisme d'extinction de l'obligation ni de même un mode de création d'un nouvel engagement. La société prendrait la place des personnes qui ont agi pour son compte pendant qu'elle ne jouissait encore de son existence juridique³.

270-L'effet rétroactif de la reprise: Justifiée par une préoccupation d'ordre fiscal⁴, la substitution, une fois décidée, a un effet rétroactif. Comme l'estimait un auteur, "*il est un peu singulier de voir retarder une prise d'effet qui lorsqu'elle se produira, sera rétroactive*"⁵. L'acte conclu antérieurement à l'immatriculation, est censé donc, avoir été souscrit initialement par la société. Mais, cette rétroactivité n'aboutit-elle pas à un recul de la personnalité morale à la date originelle de la conclusion de l'acte?

¹ R. BESNARD GOUDET, "Constitution des sociétés", JurisClasseur Société 2011 (mise à jour 2017), fasc. 27-10, n°77.

² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, op.cit, p.107.

Cette idée est valable même dans le cas où la société s'avère insolvable. Les tiers contractants ne peuvent que rester indifférents envers cette modification des sujets de droit, et c'est là exactement la conséquence la plus importante du comportement du fondateur qui a annoncé dès le début qu'il agit pour le compte d'une société en formation.

³ J. BONNARD, "Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte de la société en formation", art. préc., p.262.

⁴ Le principe est que l'acte initialement accompli par les fondateurs est, du point de vue fiscal, parfait. Il est donc imposable. S'ils sont, par la suite, ratifiés, les actes souscrits seront dispensés de toute autre imposition au titre du transfert ultérieur des droits acquis. Ainsi, l'acquisition d'un bien entraîne perception d'un droit de mutation. Ce droit n'est payé qu'une seule fois, puisque la société est réputée s'en être portée acquéreur dès l'origine. La substitution rétroactive de la personne morale à l'auteur initial ne donne ouverture à aucun droit ou taxe de conversion si l'approbation est pure et simple. Voir D. VIDAL, Manuel de droit des sociétés, L.G.D.J., 2ème éd., 1998, n°327, p.122.

⁵ D. BASTIAN, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. préc., p.34.

Peut-on dire que la personnalité morale "*présente un certain caractère rétroactif*"¹? Il est admis que la société est substituée au cocontractant dès la création de l'obligation². Elle est considérée comme existante déjà en tant que personne morale à cette date³ c'est à dire avant son immatriculation au registre du commerce.

271-Une personnalité morale embryonnaire: La reconnaissance de l'existence d'une certaine personnalité morale à la société dès le début des opérations constitutives, constitue en réalité l'effet direct d'un parallèle tracé par comparaison ingénieuse avec l'état de l'enfant simplement conçu⁴. L'être moral est l'analogue de la personne. Il est aussi "*infans conceptus*"⁵ pendant la période qui précède immédiatement sa naissance. Or, on a avancé la surhumanité de l'être moral⁶, de plus l'application de cette maxime permet de reprendre seulement les actes avantageux pour la société sans qu'il soit possible de lui obliger à exécuter des obligations⁷. En outre, M. SEBAG a dégagé des différences manifestes qui écartent l'application de la maxime "*infans conceptus*"⁸. La société naît adulte, en pleine force, puissante et riche. La condition juridique des personnes morales est d'une singularité nettement manifeste dès sa création jusqu'à son extinction, irréductible aux règles qui concernent la naissance et le décès des personnes physiques. La Cour de cassation française a rendu une décision confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 février 1909 qui a statué à bon droit: "*On ne saurait non plus sans forcer les analogies et sans abus de langage, assimiler une association non encore autorisée à un enfant simplement conçu, puisqu'il est certain que celui-ci est*

¹ D. GIBIRILA, "Droit général des sociétés. Procédure de constitution des sociétés. Immatriculation au registre du commerce", JurisClasseur 2016, fascicule C-55, n°59.

² Y. CHAPUT, Droit des sociétés, PUF, 1993, n°93, p.54.

³ D. GIBIRILA, "L'impossible mise en redressement judiciaire de la société en formation", note sous cass. com., 1er février 2000, Petites Affiches 2001, p.19; R. BESNARD GOUDET, "Constitution des sociétés par actions. Fondation. Période constitutive", JurisClasseur, société traité, 2017, fasc. 113-10, n°54, p.10.

⁴ R. MARTIN, "Personne et sujet de droit", RTD civ. 1981, p.785, n°14.

⁵ C'est la règle "*l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt*". A. LEFEBVRE-TEILLARD, "Infans conceptus. Existence physique et existence juridique", R.H.D., 1994, p.499.

Le législateur tunisien a consacré cette règle dans les articles 147, 148, 184 du Code de statut personnel. Voir M-K. CHARFEDDINE, "L'embryon : sujet ou objet", R.T.D. 1998, p.73.

⁶ G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, p.74, n°32 cité par P. DURAND, "L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé", art. préc., p.138.

⁷ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., p.168.

⁸ Cette distinction est basée sur une analyse des étapes de la conception des être humains d'une part, et celle de la formation des sociétés d'autre part. En effet, la conception des personnes physiques consiste en un développement nécessaire naturel d'un germe sur lequel la volonté humaine n'exerce aucune influence. L'anticipation qui permet d'accorder à l'enfant conçu la capacité de l'être vivant a eu donc un sens légitime. En revanche, la constitution des sociétés ne participe pas du caractère nécessaire des phénomènes naturels. C'est une création de la volonté humaine libre et variable qui s'exerce de façon continue sur le développement de la personne morale. V° L. SEBAG, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, op.cit., p.326.

destiné à naître par le développement forcé d'un fait naturel". Encore, faut-il "*qu'il existe entre l'enfant conçu et l'établissement qui fonctionne en fait dans l'attente de la vie civile des différences irréductibles*"¹.

272-La naissance rétroactive d'une personnalité morale: une solution légale:

Partant, s'il convient d'accorder une existence quelconque à la société au cours de sa période constitutive, il faut quérir un autre fondement juridique. Selon monsieur BONNARD, le système de reprise, d'origine légale, ne constitue qu'un pur artifice. C'est une fiction juridique comme le laisser aisément deviner le législateur français en employant, dans l'article L.210-6 du Code de commerce, le terme "*réputé*"². Toutefois, monsieur DAUBLON estime que "*mettre à la charge de la société l'engagement, dès sa conclusion, rend parfaitement compte de la nature réelle des faits*"³. Indépendamment de ce débat réalité/fiction, on partage l'idée de monsieur CHAMPAUD selon laquelle "*le législateur ... fut contraint d'imaginer un curieux système de naissance rétroactive de la personnalité juridique par le biais de la formalité de reprise des actes passés pour le compte de la société en formation*"⁴. Le juge aussi, joue un rôle important en reconnaissant à une société non immatriculée, une personnalité morale.

Paragraphe 2: La reconnaissance judiciaire d'une personnalité morale à des sociétés non immatriculées.

273-La personnalité judiciaire: En principe, la personnalité du groupement se présente à première vue comme une condition d'accès à la justice⁵. Seules les sociétés qui sont dotées de la personnalité juridique peuvent agir ou être citées en justice. On peut donc se demander si le juge qui statue sur la recevabilité de l'action, est lié par l'existence ou l'absence de personnalité du groupement ou il peut la reconnaître spécialement pour lui permettre d'agir en justice.

¹ Cass.civ., du 7 février 1912, S. 1914, 1, p.305, note HUGUENCY.

² J. BONNARD, "Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation", art. préc., p.262.

³ G. DAUBLON, "Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. préc., p. 676.

⁴ Cl. CHAMPAUD et D. DANET, RTD com. 1994, p.56.

⁵ Voir supra, p. 227.

Face à cette question, une doctrine a créé la notion de "*personnalité morale judiciaire*"¹ pour décrire une hypothèse très particulière dans laquelle la personnalité morale d'un groupement résulte d'une décision de justice ouvrant une action. Certains auteurs ont en effet constaté que plusieurs juridictions avaient admis naguère, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre des sociétés créées de fait qui, faute d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, n'ont pas la personnalité morale². Or, la loi du 13 juillet 1967 réservait en principe ces procédures aux commerçants et aux personnes morales de droit privé. La doctrine en a donc déduit que lorsque le jugement d'ouverture de la procédure est passé en force de chose jugée, le groupement a acquis, du fait de cette décision, la personnalité morale, "*en marge des dispositions légales*"³. Dans cette hypothèse, la personnalité résulte donc d'une décision de justice admettant l'exercice d'une action contre un groupement qui jusque-là n'était pas personnifié, faute d'avoir respecté les conditions légales, ce qui permet de parler de personnalité "*judiciaire*" en raison de son origine.

L'ouverture d'une procédure collective contre un groupement qui, faute de respecter les exigences légales, n'est pas doté de la personnalité morale paraît désormais condamnée par la Cour de cassation⁴ conformément à la lettre de l'article L. 620-2 du Code de commerce. Désormais, seul les associés et non la société créée de fait peuvent faire l'objet d'une procédure collective. Cette ancienne jurisprudence a, cependant, le mérite de révéler un aspect important de la personnalité morale en procédure civile. On y voit en effet apparaître, par l'effet d'une décision de justice, une personnalité créée à des fins purement processuelles, d'où ce qu'on a appelé "*personnalité processuelle*"⁵.

¹ J.-P. SORTAIS, note sous Paris, 3ème chambre, 22 décembre 1983; F. DERRIDA, "L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire?", in Mélanges en l'honneur de de J. Derrupé, Litec 1991, p.29.

² V. notamment : AIX-EN-PROVENCE, 3 septembre 1976, Dalloz 1977, II, 131, obs. F. DERRIDA; Cass.com., 18 mai 1981, Rev. sociétés 1981, 855, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ; T.G.I. Digne, 19 juin 1985, Dalloz 1986, I.R., 10, obs. F. DERRIDA.

³ J.-P. SORTAIS, note sous Paris, 3ème chambre, 22 décembre 1983, Rev. sociétés 1983, p.925; Voir aussi Aix-en-Provence, 8e chambre. 3 sept. 1976, Dalloz 1976, IR, 131, obs. F. DERRIDA.

⁴ Voir notamment J.-C. HALLOUIN, "Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaire", art. préc., n°16.

⁵ Une personnalité processuelle, c'est-à-dire une personnalité spécialement destinée à permettre d'agir en justice se distingue de la personnalité substantielle définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. Sur cette question voir E. SAVAUX, " La personnalité morale en procédure civile", RTD civ. 1995, p.1.

Dans plusieurs hypothèses, le juge a reconnu la personnalité morale à des sociétés non personnifiées par la loi, afin de leur permettre d'agir en justice. Mais, pour définir le rôle exact de l'action en justice dans la reconnaissance de la personnalité morale par le juge, il faudrait tenir compte à la fois de la recevabilité de l'action qui exige parfois la personnalité juridique (I) et de l'objet du litige qui influence l'une et l'autre (II).

I/ La reconnaissance judiciaire de la personnalité morale pour la recevabilité de l'action en justice.

274-La personnalité morale ne peut, en principe, être reconnue à une société, en raison du défaut d'accomplissement de la formalité de l'immatriculation. Néanmoins, le juge peut y reconnaître *contra legem* afin d'y appliquer les effets négatifs du statut de sujet de droit. Cette reconnaissance judiciaire de la personnalité morale correspond à l'attribution d'une capacité passive par le juge (A). La capacité passive constitue une personne morale à capacité minimale. En effet, le défaut d'immatriculation a une incidence sur l'étendue de la capacité reconnue¹ (B).

A/ L'attribution d'une capacité passive:

275-*La capacité passive des sociétés non personnifiées:* Il est admis qu'une société non immatriculée n'a pas la personnalité morale et ne peut donc agir en justice. Appliquée dans toute sa rigueur, la solution priverait les tiers d'un recours contre cette société qui pourtant aurait lésé leurs droits, ne leur laissant qu'une action individuelle contre chaque membre du groupe. Afin de privilégier l'objectif légitime de protection des tiers, une jurisprudence française a reconnu à certains groupements une "*capacité passive*" permettant aux tiers d'agir contre eux en justice² sans, toutefois, se prononcer

¹ La personnalité morale est une notion invariable: elle est ou elle n'est pas (supra, p. 217). Les groupements dotés d'une capacité passive ne bénéficient pas d'une personnalité morale atténuée par rapport à celle d'autres groupements personnifiés.

² La Cour de cassation française, dans son arrêt rendu le 21 juillet 1986 a rejeté le pourvoi formé contre un jugement ayant déclaré recevable l'action en paiement de dommages-intérêts pour exercice abusif du droit de grève contre un syndicat n'ayant pas déposé ses statuts. Elle approuve la cour d'appel d'avoir décidé que le syndicat qui avait "*clairement manifesté son existence de fait [...] ne pouvait se prévaloir de l'inobservation des formalités qui lui incombent pour se soustraire à ses obligations*". (Com. 21 juill. 1986, Rev. sociétés, 1987.43, note Y. GUYON.). M. Guyon a cependant très justement noté que "*la chambre commerciale utilise une formule prudente. Elle ne déclare pas que le syndicat non déclaré jouit de la personnalité morale*". Voir Y. GUYON, Dalloz 1952, p.431.

sur leur personnalité. Cette capacité ne concerne que les groupements auxquels le législateur n'a ni reconnu ni refusé expressément la personnalité.

276-Intérêt de la capacité passive: Cette jurisprudence s'est essentiellement développée jadis à propos des congrégations religieuses non reconnues. Le tribunal civil de Meaux¹ et la cour d'appel de Rennes² ont jugé en des termes presque identiques qu'"une telle congrégation doit être assimilée à une association de fait, et peut, en cette qualité, être assignée en justice en la personne de ses représentants, par les tiers dont les intérêts doivent être protégés". Mais, elle a aussi été appliquée hors de ce domaine, notamment à une société de chasse³ et à une Fédération départementale du Parti communiste⁴. A cette occasion, la cour d'appel de Versailles a clairement énoncé la raison d'être de la règle, déjà suggérée par les arrêts antérieurs : "*autrement, le groupement non déclaré, à raison même du vice de sa constitution, échapperait dans sa personne collective à toute action de la part des tiers engagés avec lui ou lésés par sa faute et il obtiendrait ainsi une immunité et un privilège exorbitants qui blesseraient également l'ordre public, la morale et la loi*"⁵. La capacité passive d'un groupement a donc une finalité processuelle nettement accusée. Il s'agit de permettre à celui qui se prétend créancier d'un groupement de s'adresser au juge afin qu'il statue sur cette prétention. Elle est utilisée comme substitut de la personnification lorsque le juge entend éviter que le groupement s'abrite derrière l'absence de personnalité pour écarter une action en justice, sans le faire par ailleurs bénéficier des autres attributs de la personnalité juridique. La capacité passive a donc pour particularité de détacher la recevabilité de l'action de la personnalité⁶. Elle permet d'agir en justice contre un groupement non personnifié en seule qualité de défendeur. Elle constitue un diminutif de la capacité d'ester en justice⁷. Cette dernière étant par ailleurs attachée à une personnalité que le juge peut, dans les domaines délaissés par la loi, reconnaître ou refuser aux groupements⁸.

Par conséquent, en qualité de défendeurs, une société non encore immatriculée ou une société créée de fait sont parfois considérées, dans un objectif de protection des

¹ T. civ. Meaux, 23 avr. 1952, D. 1952.431.

² Rennes, 1re ch. 2 févr. 1953, JCP 1953.II.7449.

³ TGI Meaux, 20 févr. 1974, Gaz. Pal. 1974, 2e Sem. p. 737, note Ed. ALAUZE.

⁴ Versailles, 1re ch. 23 mars 1982, Gaz. Pal. 1983. somm. p.181.

⁵ Versailles, 1re ch. 23 mars 1982, Gaz. Pal. 1983. somm. p.181.

⁶ L. COUPET, L'action en justice des personnes morales de droit privé, thèse précitée, p.51.

⁷ E. SAVAUX, " La personnalité morale en procédure civile", art. préc., n°17.

⁸ Ibid.

tiers, comme des personnes morales. Or, en qualité de demandeurs, ces groupements ne peuvent ester en justice. Ainsi, une société en formation ne peut introduire une demande en justice, en sorte que la jurisprudence française considère tantôt que l'acte introductif d'instance est nul pour défaut de capacité d'ester¹, tantôt que la demande est irrecevable pour défaut du droit d'agir². Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'une irrecevabilité ou d'une irrégularité de fond, ces sanctions suscitent à leur tour une interrogation secondaire : l'immatriculation de la société en cours d'instance peut-elle conduire à régulariser³ la demande initiale ?

277-Possibilité de régularisation d'une action en justice intentée par une société en formation: Pour répondre à cette question, la jurisprudence révèle des divergences d'analyse, suivant les chambres de la Cour de cassation. Ainsi, par un arrêt du 9 octobre 1996⁴, la troisième chambre civile a considéré que la demande introduite au nom d'une société en formation est susceptible d'être couverte par l'immatriculation de la société, avant que le juge ne statue. Cette solution ayant la faveur des principaux commentateurs⁵ a été contredite par la Chambre commerciale qui a décidé le 30 novembre 1999 que la société en formation est inexistante, en sorte que sa demande ne peut être régularisée⁶.

¹ Cass. com., 7 décembre 1993, Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 283, n° 70, note MESTRE; J C P , éd. G, 1994, 22 285, note PUTMAN.

² Pour un exposé de cette jurisprudence, voir M. BANDRAC, "La vérification de la capacité d'ester en justice", Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction S. Guinchard, Dalloz éd., 2000, p. 30, no 93. La doctrine dominante considère que la nullité doit sanctionner l'incapacité d'exercice et que l'incapacité de jouissance doit être soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir. Voir L. CADIET, Droit judiciaire privé, Litec, 2e éd., 1998, no 842 ; S. GUINCHARD, obs. sous art. 121 NCPC, in Mégacode, Dalloz, 2e éd., 2001.

³ Sur la notion de régularisation, voir C. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, préface P. Hebraud, Paris, LGDJ, 1973.

⁴ RJ com., 1998, p. 16, note D. VELARDOCCHIO.

⁵ Ces juristes considèrent comme inopportune la sévérité dont font preuve la Chambre commerciale, surtout lorsqu'elle aboutit à devoir recommencer toute la procédure après l'immatriculation, ce qui peut survenir plusieurs mois si ce n'est plusieurs années plus tard (E. LAMAZEROLLES note sous Cass. com., 30 nov. 1999, Dalloz, 2000, p. 627; B. SAINTOURENS note sous Cass. com., 14 juin 2000, Bull Joly sociétés, 2000, p. 1079, § 268.). En outre, la solution de la chambre commerciale doit être mise en perspective avec une opinion selon laquelle "*une instance peut conserver un germe de validité, malgré l'inexistence de l'un de ses sujets*" (J-J. BARBIERI, note sous Cass. com., 20 juin 2006, n°03-15957 03-15957, SARL Déclics-média c/ Sté Santé Magazine, Bulletin Joly sociétés du 01/12/2006, n°12, p.1419.). Ceci devrait valoir tout particulièrement lorsque cette inexistence est temporaire comme dans le cas d'une société en formation ultérieurement immatriculée. Par ailleurs, il a été observé à l'encontre de la notion d'inexistence procédurale que sa "*beauté théorique n'est peut-être pas proportionnée à son utilité*" (PUTMAN, note sous Cass. com., 7 décembre 1993, JCP, éd. G, 1994, 22 285.).

⁶ C. cass. ch. com. 30 novembre 1999, Rev. sociétés 2000, p.512, note M. BEAUBRUN; Voir aussi, Cass. civ., 2ème ch. 18 mai 1989, JCP, 1990, N, p.205, obs. J-P. GARCON.

En l'absence de solution cohérente, certains auteurs commercialistes¹ estiment que le mécanisme de la reprise pourrait également concerner les actes de procédure et que sa mise en œuvre devrait ouvrir à la société en formation le droit d'agir en justice. Il suffirait pour cela que la personne agisse expressément "*au nom de*" la société en formation. Néanmoins, d'autres observateurs tout aussi avisés considèrent, à l'inverse, comme douteuse l'idée qu'un être moral soit réputé avoir régulièrement saisi un tribunal à un moment où il n'existait pas encore². L'article 171 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales tunisien ainsi que les articles 1843 du Code civil français et L. 2106, alinéa 2, du Code de commerce français font allusion à une reprise des engagements souscrits, ce qui désigne une variété précise d'actes juridiques, préférentiellement des conventions à l'exclusion des actions en justice, nonobstant le caractère générique de la notion d'acte³.

Il en résulte que ni la reprise formelle des engagements souscrits, ni l'immatriculation ne valent régularisation des actes de procédure accomplis au nom de la société lorsqu'elle était encore privée de personnalité juridique et n'existait qu'en germe. Ainsi conçu, la société en formation ne devrait-elle pas traitée différemment de groupements qui n'auront jamais la personnalité morale ou de ceux qui l'ont perdue⁴.

B/ L'incidence du défaut d'immatriculation sur l'étendu de la capacité passive.

278-Si la reconnaissance de la capacité passive à une société non immatriculée obéit à de justes motifs, elle n'en reste pas moins mal définie. La capacité passive consacre expressément la recevabilité de l'action en justice exercée contre la société mais, pour autant, elle ne confère pas à celle-ci tous les attributs de la personnalité morale. Son contenu apparaît dès lors comme incertain (2°). En outre, la reconnaissance d'une capacité passive semble constituer une dérogation aux conceptions traditionnelles de la procédure civile (1°).

¹ D. VIDAL, Droit des sociétés, LGDJ, 2006, p. 160, n° 326; C. PRIETO, note sous Cass. com., juin 1994, n°91-20761 91-20761, Sté nouvelle d'exploitation Château d'Aressy c/ Sté 5, Sté nouvelle d'exploitation Château d'Aressy c/ Sté 5 rue Pasteur et autres, Bulletin Joly sociétés du 01/011/1994, n°11, p.1225; J-J. BARBIERI, note sous Cass. com., 20 juin 2006, n°03-15957 03-15957, SARL Déclics-média c/ Sté Santé Magazine, Bulletin Joly sociétés du 01/12/2006, n°12, p.1419.

² Voir les réserves de R. PERROT, in note sous Cass. 3e civ., 9 oct. 1996, Procédures 1996, p.348.

³ J. HERON, "Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé", Droits, 1998, n°7, p. 85.

⁴ F. VINCKEL "La capacité des sociétés et le droit au procès équitable", Bull. Joly Sociétés, 1 février 2002, n°2, p. 192.

1°-La dérogation aux principes de la procédure civile: L'existence d'une capacité passive entraîne, du moins en apparence, une violation des conditions de recevabilité de l'action en justice du défendeur. Puisqu'elle permet l'exercice d'un droit d'agir en qualité de défendeur qui ne se rattache apparemment à aucun sujet de droit, la capacité passive semble en effet détacher la recevabilité de l'action de la personnalité juridique. Cette solution heurte tellement les conceptions traditionnelles qu'il existe en la matière. Ainsi, après avoir indiqué les raisons pour lesquelles il faut admettre la possibilité d'agir contre un groupement non doté de la personnalité morale, de très nombreuses décisions se réfèrent d'ailleurs à l'idée d'"*association de fait*"¹. La même tendance se retrouve également en doctrine où l'on constate que certains auteurs utilisent encore, pour décrire cette situation, la notion de "*personne morale de fait*"². Ainsi, à côté des personnes morales immatriculées et donc reconnues officiellement, on trouverait des personnes morales de fait. Reste cependant que ces entités ne jouiront pas de tous les attributs de la personnalité morale puisqu'elles sont dans une situation de fait³. Elles se voient appliquer la partie négative du statut de personne morale, c'est-à-dire les obligations, sans remettre en cause son régime juridique. Une telle solution satisfait aux exigences de l'équité, mais elle n'est pas sans susciter certaines difficultés sur le plan juridique⁴.

2°-Le contenu incertain de la capacité passive: L'attribution d'une capacité passive à une société non immatriculée par le juge poursuit essentiellement un objectif de protection des tiers. Seul le droit d'être attiré en justice paraît alors constituer le contenu de cette personnalité, sans toutefois que la jurisprudence précise la teneur des obligations de la société ainsi assignée. Cette incertitude quant au contenu de la capacité

¹ En effet, le Tribunal civil de Meaux et la Cour d'appel de Rennes ont jugé qu'"*une telle congrégation doit être assimilée à une association de fait, et peut, en cette qualité, être assignée en justice en la personne de ses représentants, par les tiers dont les intérêts doivent être protégés*". (Rennes, 1^{re} ch. 2 févr. 1953, JCP 1953.II.7449 ; T. civ. Meaux, 23 avr. 1952, D. 1952.431; TGI Meaux, 20 févr. 1974, Gaz. Pal. 1974, 2^e Sem. p. 737, note Ed. Alauze, préc.). Quant à la Cour d'appel de Versailles, elle a considéré que "*de tels groupements, doués d'une individualité de fait...*" Versailles, 1^{ère} ch. 23 mars 1982, Gaz. Pal. 1983. somm.181.

² M. GUYON juge à travers l'arrêt du 21 juillet 1986, par lequel la chambre sociale de la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action en responsabilité intentée contre un syndicat qui "*avait clairement manifesté son existence de fait*", l'existence d'"*une personne morale de fait*". Y GUYON, note sous cass.com., 21 juillet 1986, Rev. sociétés, 1987, p.43. Voir également, N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé: éléments pour une théorie, L.G.D.J. 2004, n°148-149, p. 84-85.

³ Cette situation se caractérise par une application sélective des règles de droit. Voir sur la notion de situation de fait L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, préface M. Gobert, LGDJ, 1990.

⁴ J. PATARIN, "Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français", in Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français, Travaux de l'association H. Capitant, t.XXI, 1969, pp.36.

passive soulève deux interrogations. D'une part, la société dispose-t-elle, en sa qualité de défendeur, de droits comparables à ceux d'une personne morale placée dans la même situation? D'autre part, comment une telle société, privée par hypothèse d'un patrimoine propre, peut-elle faire face à ses obligations?

279-S'agissant des droits d'une société non immatriculée, il convient de savoir si celle-ci doit se contenter d'opposer à la demande initiale des moyens de défense tendant à son rejet ou bien elle peut contre attaquer en émettant à son tour une prétention propre. Sur le plan procédural, l'idée d'une capacité passive qui ne donnerait naissance qu'à des obligations est intenable¹. Le simple fait de défendre à l'action autorise certainement la société à invoquer à son profit le respect des règles de procédure et des principes directeurs de l'instance, en particulier le principe de la contradiction. "*Le statut de partie à l'instance ne se divise pas*"² et la société défenderesse devrait pouvoir bénéficier de toutes les prérogatives qui y sont attachées, en particulier de la possibilité de former une demande reconventionnelle³ ou d'exercer une voie de recours⁴. Dès lors, la capacité passive inclut nécessairement la possibilité pour la société de former des demandes incidentes, voire d'exercer une voie de recours.

280-S'agissant des obligations d'une société non immatriculée, il importe de désigner le patrimoine débiteur dans l'hypothèse d'une condamnation. En effet, la société non immatriculée, initialement dépourvue de personnalité morale, ne dispose pas d'un patrimoine personnel, sur lequel l'exécution pourrait être poursuivie. Seuls les membres personnes physiques peuvent pallier l'absence de ressources propres du groupement et, par suite, exécuter ses obligations. Ainsi, a été décidé que "*le jugement rendu contre une société inexistante en tant que sujet de droit peut être exécuté à*

¹ E. SAVAUX, " La personnalité morale en procédure civile", art. préc., p.8, n°16.

² Ibid.

³ La demande reconventionnelle présente une difficulté, dans la mesure où le groupement, défendeur originaire, devient alors demandeur incident. Son action en justice n'est donc plus envisagée passivement, mais activement. La recevabilité des demandes incidentes est subordonnée à la seule condition qu'elles "se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant" (Art. 226, 227 et 228 du Code de procédures civiles et commerciales). En dehors de cette exigence, le droit commun des demandes incidentes et caractérisé par une souplesse plus grande que celle des règles applicables aux demandes initiales. Voir L. CADIET, Droit judiciaire privé, Litec, 3ème éd., 2000, n°92; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, Paris, 27ème éd., Dalloz 2003, n°1152.

⁴ Sur ces questions, voir notamment J. VINCENT, Rép. procédures civiles Dalloz, V° "Action", n° 182 et L. COUPET, L'action en justice des personnes morales de droit privé, thèse précitée, p. 53.

*l'encontre des associés de cette société, ou du moins de ceux qui ont laissé prospérer l'apparence d'une société entre eux*¹.

281-Ainsi, monsieur SAVAUX a pu voir, dans la capacité passive, apparaître une très nette dépendance de l'action par rapport au fond du droit. C'est l'existence probable d'obligations qui explique que le juge accueille l'action intentée contre un groupement non immatrilé². Il faut donc se demander si d'une manière plus générale, l'objet du litige n'exerce pas une influence sur la reconnaissance de la personnalité morale par le juge.

III/ L'influence de l'objet du litige sur la reconnaissance judiciaire de la personnalité morale.

282-*"En procédure civile, la règle est que l'action en justice a pour fonction d'assurer la sanction judiciaire des prérogatives juridiques dont les sujets de droit se prétendent titulaires"*³. La sanction judiciaire des droits patrimoniaux exerce une double influence sur la personnalité morale des sociétés. Dans certains cas, accepter une action intentée par un associé d'une société non personnifiée pour réclamer ses droits pécuniaires paraît préfigurer l'approche réaliste de la personnalité morale, puisque les juges reconnaissent a posteriori la personnalité morale pour les besoins de liquidation (A). Dans d'autres hypothèses, l'existence de droits ou d'obligations conduit le juge à faire renaître une personnalité morale éteinte (B).

A/ L'octroi posthume d'une personnalité morale pour liquider une société non immatriculée.

283-*Annonce du problème:* L'article 29 du Code des sociétés commerciales fait de la liquidation une obligation légale chaque fois que la société est dissoute. Cette liquidation nécessite la survie de la personnalité morale⁴. En effet, il faut que la société conserve son siège social afin que l'on puisse l'assigner en sachant devant quel tribunal

¹ Cass. 2e civ., 22 mai 2008, n° 07-10855. En commentant cet arrêt monsieur DONDERO estime que cette solution retenue par la cour d'appel et par la Cour de cassation n'est quant à elle pas absurde, elle est audacieuse. Voir B. DONDERO, " Exécution du jugement condamnant un fantôme... ", Bull Joly Sociétés, 1 novembre 2008, n°11, p.866.

² E. SAVAUX, " La personnalité morale en procédure civile", art. préc., n°12.

³ L. CADIET, Droit judiciaire privé, op.cit., n° 671, p. 347.

⁴ Supra, p. 150.

introduire l'instance, qu'elle soit en mesure elle-même d'ester en justice, qu'elle conserve un patrimoine propre constituant le gage des créanciers sociaux et qu'elle soit en mesure de conclure des contrats. Bref, toutes ces mesures utiles à la liquidation relèvent des attributs de la personnalité morale. Se pose alors le problème lorsque la société n'a pas *ab initio* la personnalité morale, faut-il lui refuser la solution favorable de la dissolution avec maintien de la personnalité morale et lui appliquer la théorie contractuelle selon laquelle une indivision se substitue à la société dissoute?

284-La reconnaissance a posteriori de la personnalité morale: La réponse a été longuement discutée par la doctrine française à propos d'une société annulée appelée encore une société de fait. Selon la théorie de société de fait, la nullité perd son caractère rétroactif¹ pour produire un effet immédiat: c'est une nullité-dissolution. Ainsi, l'article 105 du Code des sociétés commerciales prévoit que "*Lorsque la nullité de la société est prononcée ..., il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts et de la loi en vigueur*"². Mais, dire que le domaine actuel de la théorie des sociétés de fait couvre toutes les sociétés annulées³ serait trop hâtive, car le problème reste posé pour les sociétés entachées de vices de constitution mais non immatriculées. Selon une partie de la doctrine qui fondait la théorie des sociétés de fait sur l'idée de personnalité morale, la théorie ne s'applique pas à des sociétés non immatriculées au registre du commerce et par conséquent dépourvues de personnalité morale et d'existence juridique⁴. Elles ne bénéficient pas du régime de liquidation prévue par le droit des sociétés. En effet, cette personnalité ne peut subsister qu'autant qu'elle a existé ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une société non immatriculée⁵. Toutefois, une

¹ Normalement, la nullité a un effet rétroactif. Mais, si on applique cet effet rétroactif il s'ensuit que toutes les opérations réalisées par la société, tous les engagements souscrits par elle, les répartitions des bénéficiers, devraient être effacés. Or, cette solution est inacceptable car la vie sociale est une réalité que l'on ne peut supprimer, même sur le plan juridique.

² Bien que cet article concerne la société à responsabilité limitée, ces dispositions peuvent être généralisées à toutes les sociétés.

³ Pour la société civile, le problème ne se pose pas car la société acquiert sa personnalité morale depuis sa constitution et les dispositions du Code des obligations et des contrats consacrent implicitement la continuité de la personnalité morale (ex. article 1334). Pour les sociétés commerciales, la question du maintien de la personnalité morale n'a pas été posée sous l'égide du Code de commerce car l'immatriculation n'a pas d'effet sur la personnalité morale qui s'acquiert depuis la conclusion de l'acte constitutif. Après l'apparition du Code des sociétés commerciales l'acquisition par la société de sa personnalité morale est retardée à la date de son immatriculation au registre du commerce. Ce nouveau procédé a entraîné une limitation de l'étendue de la théorie des sociétés de fait aux seuls cas des sociétés immatriculées.

⁴ N. XUAN CHANGH, "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", *Daloz* 1968, chron., p.27, n°29; J. HEMARD, *Traité théorique et pratique des nullités et des sociétés de fait*, op.cit., p.120.

⁵ N. XUAN CHANGH, "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", art. préc., n°29.

autre partie de la doctrine a proposé l'attribution *a posteriori* de la personnalité à la société annulée pour les besoins de sa liquidation¹. Les auteurs qui fondaient la théorie des sociétés de fait sur la personnalité morale, étaient obligés de recourir à ce procédé lorsqu'ils se trouvaient en présence des groupements n'ayant pas la personnalité morale. Tel est le cas des sociétés en participations aux quelles par définition, les associés n'ont pas voulu donner la personnalité morale². La personnalisation n'avait alors lieu que *a posteriori* en vue de la liquidation du groupement qui devenait nul, donc qui se transformait en société de fait.

A cet égard, on doit rappeler que l'idée d'une attribution *posthume* de la personnalité morale, est tributaire du domaine de la nullité. La question qui se pose est de savoir si on peut demander au juge la nullité d'une société non immatriculée?

285-L'action en annulation d'une société non immatriculée: Certes, le défaut d'immatriculation ne constitue pas une cause de nullité de société³, mais la société peut être entachée des vices depuis sa constitution relatifs au non-respect des conditions générales de validité des contrats, non-respect des conditions de l'article 1249 du Code des Obligations et des Contrats⁴ ou non-respect d'une condition de forme⁵. Selon monsieur MACQUERON qui a constaté que l'application de certains textes suppose la personnalité morale⁶, le régime particulier de la nullité d'une société commerciale ne s'adresse qu'aux sociétés dotées de la personnalité juridique. Ainsi, une société dépourvue de cette personnalité sera régie par le régime de la nullité du droit commun. Il en tirait alors les conséquences que les causes de nullité des sociétés simplement constituées et non immatriculées échapperaient au principe des nullités textuelles et que la prescription de l'action en nullité se fera selon les termes du droit commun⁷.

Désormais, cette analyse n'a pas fait l'unanimité de la doctrine. Selon l'opinion majoritaire, l'action en nullité peut être engagée à l'encontre d'une société simplement

¹ J. RIVES, "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", RTD com. 1969, p.407, n°18.

² Une société en participation nulle pour objet illicite est liquidée comme une société dissoute. Com. 11 juill. 2006, n° 949, Dalloz 2006, 2036, note LIENHARD.

³ Infra, p. 483.

⁴ Exemple : absence d'apports, absence de participation aux bénéfices...

⁵ La non publication au Journal Officiel de la République Tunisienne. Voir infra, p. 482.

⁶ Il s'agit principalement des textes qui consacrent la prescription triennale et la survie de la personnalité morale pour les besoins de liquidation. Voir, P. MACQUERON, "Nullité des sociétés", JurisClasseur sociétés fasc. 32-A, n°36.

⁷ Ibid., n°82.

constituée et avant son immatriculation au registre du commerce¹. Il est possible de saisir le tribunal à partir de la date de la connaissance de l'erreur ou du dol, de cessation de la violence ou de la fin de l'incapacité; un moment qui n'est pas nécessairement postérieur à celui de l'inscription de la société au registre du commerce. Par conséquent, le régime des nullités régie toute société ayant la personnalité morale ou a la vocation de l'avoir².

Il semble que le législateur tunisien a adopté aussi cette position. Les dispositions de l'article 104 du Code des sociétés commerciales applicable à la société à responsabilité limitée fixent le délai de prescription de l'action " *de trois ans à partir de la constitution de société*". Dans ce cas, la société "*sera considérée comme une société en nom collectif de fait*" ajoute le même article. Il en découle que le délai de prescription commence à partir de la constitution et non de l'immatriculation au registre du commerce. Cette règle, adoptée aussi par le législateur français³ peut être justifiée par le fait que la société existe avant son immatriculation, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier les conditions relatives à l'engagement des associés⁴. Le point de départ de la prescription court dès la signature du contrat de société. La logique juridique impose cette interprétation puisque les conditions de validité d'un acte s'apprécient toujours au jour de sa conclusion.

Par conséquent, le législateur tunisien admet qu'une action en nullité d'une société peut être intentée avant son immatriculation. Dans ce cas, elle sera considérée une société de fait. Une telle affirmation, aisément admise pour une société commerciale⁵ avant le 3 novembre 2000 date de la promulgation du Code des sociétés, semble poser des difficultés après cette date. Antérieurement à la réforme, la nullité d'une société aboutissait à critiquer la société-personne morale. Aujourd'hui la société

¹ Il s'agit d'une opinion majoritaire. La doctrine française dominante se prononce en faveur de l'application des articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce et 1844-10 aux sociétés même simplement constituées. Voir D. BASTIAN, "La réforme du droit des sociétés commerciales", JCP, G, 1967, I, 2121, n° 94; G. RIVES, art. préc., n° 7; N-X. CHNH, "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", D. 1966, chron. p. 25 s., n° 29 s.

² J-P. LEGROS, "Nullité des sociétés. Présentation générale", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, Fasc. 32-10, n°22.

³ Aux termes des articles 1844-11 du Code civil et L. 235-3 du Code de commerce la prescription court "à compter du jour où la nullité est encourue".

⁴ N. XUAN CHANH, "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", D. 1968, chron., p. 36, n° 47; H. TEMPLE, Les sociétés de fait, op.cit., n° 441.

⁵ Cette solution s'applique aussi pour la société civile avant son immatriculation car elle acquiert la personnalité morale depuis la signature des statuts.

connaît une situation intermédiaire durant laquelle elle ne peut acquérir la personnalité morale. C'est la période de temps qui sépare sa constitution et son immatriculation¹.

286-Appliquer la théorie de société de fait à la société non immatriculée et en dehors de la nullité: Indépendamment de la question des nullités, la réglementation des opérations de liquidation est envisagée dans le contexte le plus fréquent, celui d'une dissolution normale de la société. A la question de savoir si la théorie de société de fait s'applique à la société créée de fait, monsieur J.-P. ARRIGHI refuse de considérer que l'absence de la personnalité morale constitue un obstacle à son application². En fait, réduire le domaine de la théorie de la société de fait aux seules sociétés immatriculées c'est réduire aussi son efficacité. Il a reproché à la doctrine qui considère que la théorie trouve son explication profonde dans l'idée de personnalité morale, de confondre le fondement de la théorie avec la technique lui permettant de mieux parvenir au résultat escompté³. Il a ajouté qu'"il ne faut pas perdre de vue que l'objectif recherché n'est autre que (cette) liquidation"⁴. Mieux vaut donc considérer que les règles relatives à la théorie des sociétés de fait régissent, non seulement les sociétés nulles dotées de la personnalité morale, mais également celles qui ne le sont pas. Etablir des distinctions rigides fondées sur l'immatriculation au registre du commerce, c'est paralyser la théorie des sociétés de fait de "*s'adapter aux différentes situations des sociétés fonctionnant en marge de légalité*"⁵.

287-Il est donc, possible d'attribuer *a posteriori* la personnalité morale, lorsqu'il s'agit de liquider des sociétés non immatriculées. La personnalité morale n'est qu'une technique facilitant grandement les opérations de liquidation et son absence les rend difficiles⁶. A la société dissoute sera substituée une indivision pure et simple et les associés qui devraient profiter de l'organisation collective se trouvent dans l'anarchie de

¹ Monsieur LEGROS adopte une position intermédiaire. Il a écrit "*Il semble que l'on doive appliquer aux sociétés sans personnalité morale le régime spécifique des nullités de sociétés, à l'exception évidemment des règles qui supposent la personnalité morale*". (J.-P. LEGROS, "Nullités des sociétés. Sanctions des irrégularités de constitution", *JurisClasseur Sociétés Traité* 2002, Fasc. 32-30, n°113). Par conséquent, le point de départ du délai de prescription aurait dû être fixé au jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce, jour qui marque son accès à la vie juridique. Une telle solution ne semble pas contredire les dispositions de l'article 104 du Code des sociétés commerciales qui emploie le terme "constitution". On a déjà avancé que souvent le législateur tunisien utilise l'expression pour viser l'immatriculation (Voir supra, p. 204.).

² J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé: Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, Thèse, Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1974, p. 255 et suiv.

³ J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, thèse précitée, p. 271.

⁴ Ibid.

⁵ G. RIVES, "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", art. préc., p.427, n°18.

⁶ J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, thèse précitée, p. 260.

l'indivision¹. C'est ainsi que pour les sociétés en participation, la personnalisation aura lieu à titre posthume, en vue de liquider le groupement lorsqu'il est révélé aux tiers ou lorsque les participants exigent un partage de bénéfices². De même pour les sociétés créées de fait, la qualification sociale donnée ultérieurement se double de la personnalisation du groupement aux fins de liquidation³.

288-La solution en droit tunisien: Pour ce qui est du droit tunisien, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont invoqué une telle question de l'octroi *a posteriori* de la personnalité morale. Or, il est certain que la disposition légale (article 29) qui prévoit que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de liquidation, envisage l'hypothèse la plus normale des sociétés de fait, c'est à dire, celles immatriculées au registre de commerce et donc dotées de la personnalité morale avant l'annulation. En outre, la doctrine est presque unanime sur le fait que la dissolution d'une société non immatriculée ne donne pas lieu à une liquidation au sens strict, mais à un règlement de comptes entre associés⁴. Cette technique consiste à faire la balance des

¹ En effet, en application de la théorie contractuelle, la société disparaît dès l'instant de la dissolution et le fonds social se transforme en une masse indivise gérée concurremment par tous les associés. Chacun des associés pourrait exercer tous les droits collectifs, notamment poursuivre pour sa part les débiteurs sociaux, de même qu'à l'inverse, les créanciers de la société disparue devraient englober dans leurs poursuites chacun des associés. Cette disparition subite de la personnalité morale de la société serait contraire au respect des droits acquis des créanciers sociaux qui ont sur le patrimoine social un droit de gage exclusif. Il est donc essentiel qu'ils continuent à trouver en face d'eux l'être moral, ou tout au moins son représentant, sans être obligés d'agir contre les associés individuellement, et sans perdre leur droit de préférence sur le patrimoine social par rapport aux créanciers personnels des associés. Cette obligation de ne pas considérer comme à jamais et soudainement disparu l'être moral au lendemain de sa dissolution avait amené à admettre sous certaines conditions le principe de la survie de la société pendant la période de liquidation. Voir J. et E. ESCARRA et J. RAULT, Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales, par J. Rault, tome 1, 1951, Sirey, n° 280 ; A. MOREAU, Les sociétés civiles, op.cit., n°151.

² S'agissant du moment de répartition de ces bénéfices, la pratique révèle deux possibilités. Quand la participation est conclue pour une durée importante, les statuts prévoient souvent une répartition annuelle des bénéfices ; inversement, lorsque la participation est conclue pour une durée limitée, le partage des bénéfices est généralement reporté à la fin de l'opération menée en commun. Mais si les statuts ne contiennent aucune stipulation relative au partage annuel des bénéfices, il ne semble pas que les associés puissent exiger un tel partage ; ils doivent alors attendre la dissolution de la société.

³ Avec la société créée de fait, aucun groupement n'a été juridiquement créé. Pas de statuts, pas de démarches officielles, pas d'apparence formelle d'une société, pas même la conscience d'appartenir à un tel groupement. Mais plusieurs personnes ont contribué à une même œuvre, commerciale comme l'exploitation d'un fonds de commerce... Lorsque ces personnes se séparent, la "victime" de la rupture invoque souvent la société créée de fait qui aurait existé entre elles pour toucher sa part du patrimoine qui serait devenu commun. Alors, comme il a été dit, une société créée de fait n'accède à la vie juridique que pour disparaître par sa dissolution. Voir P. MERLE, Droit commercial. Sociétés commerciales, op.cit., n° 617 ; MERCADAL et JANIN, Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales, 1998, n° 3967 ; D. GIBIRILA, Droit des sociétés, Universités droit, Ellipses, 1997, n°318 et 323.

⁴ Dans la pratique, on emploie couramment les termes "*liquidation*" pour désigner ce règlement et "*liquidateur*" pour le mandataire chargé de l'établir ; mais l'assimilation avec la liquidation des sociétés dotées de la personnalité morale ne va pas plus loin que cet emprunt terminologique. Voir, Kh. KHARROUBI, Droit des sociétés commerciales, volume 1, op.cit., p.260, n°379 ; Ch. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, tome 2, op.cit., p.32, n°43.

bénéfices et des pertes, en vue d'attribuer à chaque participant sa part de bénéfice et à lui restituer son apport, le cas échéant.

B/ La renaissance de la personnalité morale pour les besoins de liquidation

289-Enoncé du problème: La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation constitue une autre manifestation de l'influence que peut exercer l'existence d'obligations et de droits patrimoniaux sur la personnalité d'un groupement. L'article 29 du Code des sociétés commerciales prévoit que "*La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution quelle qu'en soit la cause ... la personnalité morale de la société survit jusqu'à la clôture de la liquidation*". Il en résulte que la disparition de la personne morale résulte non de la radiation de la société¹, mais de la clôture de la liquidation qui signifie le désintéressement de tous les créanciers et la répartition éventuelle du boni de liquidation. Plus précisément, on peut déduire à travers la loi organisant la clôture des opérations de liquidation² que cette disparition est fixée à partir de la publicité de la clôture qui la rend opposable. Cependant, il arrive fréquemment que la clôture soit publiée sans que tous les droits et obligations à

¹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 1, op.cit., n°1824. Com. 30 mai 1978, Rev. sociétés 1979.361, note J.-C. BOUSQUET; Cass. com., 20 février 2001, Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 618, § 156, note J.-M. BAHANS; Droit sociétés, 2001, comm. n° 93, note T. BONNEAU; V. également, A. BOUILLOUX, "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", art. préc., p. 403; I. URBAIN-PARLEANI, "Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales", Rev. sociétés 1993, p.239.

Cette solution est admise (surtout) a fortiori en cas de radiation d'office. Considérée comme étant une simple "*mesure administrative*", la radiation d'office n'a pas d'incidence sur la personnalité morale lorsque les opérations de liquidation n'ont pas été clôturées. En effet, si le liquidateur d'une société a négligé de requérir la prorogation de l'immatriculation de la société en temps utile, celle-ci sera radiée d'office conformément à l'article 41 de la loi du 2 mai 1995. Or, elle ne perd pas pour autant sa personnalité morale puisque la clôture de la liquidation qui suppose au moins la décision des associés ou d'un tribunal, n'a pas encore eu lieu. Voir F. COLLADO, La liquidation amiable des sociétés, préf. D. Vidal, PUAM 2003, n° 161; CA Paris, 3e ch., sect. A., 13 sept 1994, Sanglier c/ Morcel, JurisData n° 1994-023810; T. BONNEAU, "Personnalité morale et radiation d'office du RCS", Dr. sociétés 1994, chron. 2, p.1.

² Elle est normalement constatée par l'assemblée des associés ou éventuellement par une décision de justice (Article 45 du Code des sociétés commerciales). Le liquidateur se trouve normalement déchargé de son mandat en même temps qu'il lui est donné quitus de sa gestion (Article 37 du Code des sociétés commerciales). La clôture doit être inscrite au registre du commerce et publiée au Journal Officiel de la République Tunisienne pour être opposable aux tiers (Article 45 infine du Code des sociétés commerciales). Elle emporte enfin, la radiation de l'immatriculation de la société au registre du commerce. Selon l'article 24 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, le liquidateur doit, dans un délai de quinze jours de la publication de la clôture demander la radiation de la société (Article 24 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995). A défaut, l'article 41 de la même loi prévoit la radiation d'office au terme d'un délai de trois ans après la mention de la dissolution (Article 41 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995). Les opérations de liquidation sont donc enfermées dans ce délai. Cependant, le liquidateur peut demander la prorogation de l'immatriculation par voie d'inscription modificative pour les besoins de liquidation. La prorogation est valable un an sauf renouvellement d'année en année (Article 41 alinéa 2 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995). Cette possibilité de renouvellement laisse à croire en l'existence de sociétés dont la dissolution remonte à plus de trois ans. Mais, elle se heurte à la fixation de la durée de mandat du liquidateur qui ne peut dépasser les trois ans (Article 40 du Code des sociétés commerciales).

caractère social aient été liquidés; il y avait encore des dettes à payer ou des créances à recouvrer. Leur réalisation en justice se heurte alors normalement à l'absence de personnalité de la société lui interdisant absolument d'agir en justice. L'absence de personnalité ne constitue pas, néanmoins, un obstacle déterminant à l'exécution spontanée, mais complique seulement le règlement en obligeant à recourir aux règles de l'indivision. Ainsi, s'il apparaît que des créances sociales sont demeurées impayées, seuls les anciens associés peuvent en solliciter le paiement pour leur propre compte, conformément à leur droit au boni de liquidation¹.

290-La survie de la personnalité des sociétés liquidées: solution jurisprudentielle: Pourtant, une jurisprudence française² constante décide que "*la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés*"³. L'extension de la durée de la survie est justifiée par la nécessité d'assurer la liquidation de l'ensemble des droits à caractère collectif attachés à la personne morale dissoute⁴. La Cour de cassation française a toujours adopté une conception réaliste de la clôture de la liquidation⁵, ne serait-ce qu'afin de ne pas laisser aux associés un moyen de faire échapper certaines dettes de la société aux réclamations des créanciers ou à l'inverse de ne pas empêcher la société de poursuivre un débiteur indélicat si elle constate tardivement l'existence de sa créance. Ainsi que l'a souligné M. J.-P. Sortais, les formalités légales "*ne produisent leurs effets qu'à la condition qu'il se soit agi d'une liquidation complète, ayant abouti à l'apurement intégral du passif : à défaut d'avoir été exhaustives, les opérations de liquidation ne peuvent produire leur effet extinctif tant en ce qui concerne les droits des tiers que ceux de la société dissoute elle-même*"⁶.

¹ Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civil, IV, n° 188.

² A notre connaissance, il n'existe pas une jurisprudence tunisienne publiée sur ce sujet.

³ V. notamment Com. 12 avril 1983, Bull. civ. IV, n° 113, p. 97 ; Com. 2 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 139, p. 120 ; Com. 11 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 189, p. 158; B. BOULOC, "La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce", Rev. sociétés 1978, p. 419 et s., spéc. n° 5, p. 122; Cass. com. 30 mai 1978, Rev. sociétés 1979, p. 361, note J.-C. BOUSQUET; JCP, 1979, II, 19087, note Y. GUYON; CA Paris, 13 mars 1979, Rev. sociétés 1980. 94, note J.-P. SORTAIS; Cass. com. 15 mai 1984, Rev. sociétés 1985, 91, note J.-P. SORTAIS. Sur le maintien de la personnalité morale nonobstant la radiation d'office, voir Cass. com., 20 févr. 2001 : Dr. sociétés 2001, n° 93, note T. BONNEAU; Cass. 3e civ., 31 mai 2001, Dr. sociétés 2000, n° 134, note T. BONNEAU; Bull. Joly 2000, § 250, note F.-X. LUCAS; Cass. com., 17 juill. 2001, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2001, comm. 171, Th. BONNEAU.

⁴ E. BORONARD-LESOIN, "La survie de la personne morale dissoute", RTD com. 2003, p.23.

⁵ M. Y. GUYON y voit une "*hésitation*" du droit positif entre la théorie de la réalité et la théorie de la fiction de la personnalité morale. Fiction lors de l'attribution de la personnalité morale, réalité lors de la disparition (note sous 30 mai 1978, JCP, éd. G., 1979, II, 19087).

⁶ Note sous Paris, 13 mars 1979, Rev. sociétés 1980, p.95. Voir également M. B. BOULOC, "La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce", art. préc., p.447.

Il en résulte donc que la personnalité morale de la société revit dès qu'apparaît une créance ou une dette sociale qui n'a pas été comprise dans la liquidation. Avec la personnalité, la société retrouve la capacité d'agir en justice aussi bien comme demandeur pour le paiement de ses créances, que comme défendeur pour la responsabilité de ses dettes¹. La nomination d'un mandataire ad hoc chargé de représenter la société en justice² permet de lever le dernier obstacle que pourrait constituer l'absence de représentant légal de la société liquidée³. Ainsi, pour monsieur Ch. HANNOUN, la jurisprudence n'a fait en réalité que "*tirer les conséquences logiques des traces laissées dans l'ordonnancement juridique par le passage du sujet de droit*"⁴.

La réalisation contentieuse des droits et obligations joue donc un rôle certain dans la survie de la personnalité des sociétés liquidées. Monsieur F. VINCKEL a conclu que "*les juges opèrent une véritable résurrection de la personnalité morale*"⁵. Il faut cependant observer que dans cette hypothèse, la personnalité n'est pas créée *ex nihilo* par le juge. Il ne s'agit pas de reconnaître la personnalité d'un groupement pour lequel la loi n'a pas pris parti. Le juge constate simplement que la personnalité d'un groupement personnifié dans le respect des règles légales n'a pas réellement disparu. Les opérations de liquidation "*ne sont pas extinctives si elles ne sont pas exhaustives*"⁶.

291-Appréciation de la solution jurisprudentielle: Cette solution, bien que séduisante, demeure insatisfaisante, car il est permis de douter de la consistance véritable de l'être moral qui est maintenu au-delà de la clôture de la liquidation. Y. GUYON fait remarquer que, si les créanciers pourront assigner la société après la décision de clôture

¹ Com. 11 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 189, p. 158. On constate ici une différence radicale d'effets entre la personnalité et la capacité. La personnalité retrouvée permet à la société d'agir en qualité de demandeur ou de défendeur. En revanche, la capacité que la jurisprudence reconnaît aux groupements non dotés de la personnalité n'est qu'une capacité passive qui lui permet seulement de défendre à l'action.

² Cass. com. 11 juill. 1988, Rev. sociétés 1988.521, note Y. GUYON; Cass. com. 12 avr. 1983, préc. ; 25 janv. 1984, Bull. Joly 1983.256, Rev. sociétés 1984.51, note J.-P. SORTAIS ; 15 mai 1984, préc. ; 15 juin 1993, Rev. sociétés 1993.797, note Y. CHARTIER.

³ Puisque le liquidateur a perdu son mandat avec la clôture des opérations de liquidation. Voir Y. GUYON, note sous Cass. com. 3 juillet 2001, JCP, éd. E, 2002.76, Rev. sociétés 2002, p.298, note L. GODON; Cass. com. 10 décembre 1996, Bull. Joly 1997, p.340, note P. LE CANNU; Cass. 3ème civ. 9 juin 1999, Bull. Joly 1999, p.1209, concl. GUERIN; RTD com. 1999, p.692, obs. M.-H. MONSERIE-BON; 21 mai 2000, Dr. sociétés 2000, n°134, obs. T. BONNEAU.

⁴ Ch. HANNOUN, Répertoire de droit de sociétés 2007 (mise à jour 2013), V° Liquidation et partage, n°140. Pour cet auteur, et indépendamment de la question de la nature de la personnalité morale, seules les nécessités pratiques de la liquidation de droits à caractère collectif pourraient suffire à imposer et à fonder la survie de l'être moral. "*Plus généralement, peut-être a-t-on en définitive confondu deux questions qui peuvent être distinguées : celle de la réalité de l'être collectif et celle de la réalité des besoins de la liquidation pour inférer de la seconde le fondement de la première, alors que même à suivre les thèses de la fiction, il n'a jamais été question de nier la réalité des besoins de la liquidation*".

⁵ F. VINCKEL, "La capacité des sociétés et le droit au procès équitable", art. préc., p. 192, n°5.

⁶ E. BORONED-LESION, "La survie de la personne morale dissoute", art. préc., n°11.

et même après sa radiation, cela peut conduire à attendre que la prescription extinctive la plus longue soit écoulée pour que la société disparaisse définitivement¹. Par ailleurs, il convient aussi de constater que la survie de la personnalité morale, réalité issue de l'absence de liquidation effective et définitive, se heurte à une autre réalité. Suite à la clôture de la liquidation, les biens ont été partagés entre les associés, et sont entrés dans leur patrimoine. S'il est plus pratique d'agir contre la société, il est certain que cette action ne peut pas être suivie d'effets dans la mesure où la résurgence de la personnalité morale que l'on croyait éteinte ne permet pas de revenir à la situation antérieure. Le patrimoine social ayant été partagé, la société qui revit ne possède plus aucun bien et la question se pose dès lors de savoir contre qui l'action est effectivement dirigée².

Section 2: L'immatriculation n'évite pas la nullité.

292-Lorsqu'une information doit être portée à la connaissance des tiers, il paraît évident, au premier abord, que le destinataire de cette information soit protégé³. En vue de cette protection, la directive n° 68/151 du 9 mars 1968 impose aux Etats membres de la Communauté Economique Européenne de couvrir les nullités susceptibles d'entacher la société, soit en prescrivant l'authenticité obligatoire de tous les actes de société, soit en soumettant ces dernières à un contrôle préalable à l'immatriculation, et pouvant revêtir au choix la forme administrative ou la forme judiciaire⁴. Les modalités d'organisation de ce contrôle sont définies dans les dispositions relatives au registre du commerce. Malheureusement, la publicité n'est pas toujours organisée de telle manière que cet objectif soit atteint. Un auteur allemand constatait que "*les registres publics ne créent souvent qu'une publicité fictive et qu'il en résulte une mise en danger de la sécurité du commerce juridique*"⁵.

Un tel constat se vérifie aussi bien en droit des sociétés français concerné par cette directive que tunisienne. L'immatriculation d'une société au registre du commerce n'évite pas sa nullité. Le législateur n'a pas consacré la technique de la "*purge*" (paragraphe 1). L'analyse de la portée de contrôle tel que régi par la loi du 2 mai 1995

¹ Voir note sous Cass. com. 11 juillet 1988, Rev. sociétés 1988, p.521.

² Voir à ce sujet les remarques de M. J.-P. SORTAIS, sous Paris, 25e Ch., 13 mars 1979, Rev. sociétés 1980, p.94.

³ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., n°127, p. 136.

⁴ La directive n° 68/151 du 9 mars 1968 (modifiée par la directive CE du 16 septembre 2009) prévoit que "*dans tous les États membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications de ces actes doivent être passés par acte authentique*".

⁵ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., n°128, p. 139.

nous permet de vérifier qu'il ne peut assurer la prévention des vices de constitution (paragraphe 2).

Paragraphe 1: la non consécration de la technique de la purge.

293-La foi publique et la purge: Pour assurer la fiabilité des informations fournies par l'immatriculation, le droit allemand a doté le registre du commerce d'un effet de "*foi publique*"¹. Dans ce cas, les tiers sont protégés dans leur confiance faite à l'exactitude de l'inscription sur le registre du commerce. Parfois, les effets d'une inscription dépassent la foi publique pour réaliser une véritable purge des vices. Dans ces situations, l'état du droit résultant de l'immatriculation inexacte n'est pas seulement réputé exact à l'égard des tiers de bonne foi², mais à l'égard de tous. L'immatriculation couvre le vice.

294-Définition de la "purge": La "*purge*" constitue, en droit des sociétés, une technique destinée à éviter l'annulation de la société. Elle empêche que la société, immatriculée au registre du commerce, soit déclarée nulle en raison des irrégularités de constitution³. L'irrégularité se produit à chaque fois que la constitution de la société ne soit pas conforme aux conditions exigées par la loi⁴. L'inobservation de l'une des conditions entraîne la nullité à laquelle il faut rapprocher l'inexistence⁵. Toutefois, cette sanction risque d'entraîner de graves conséquences pour une société ayant fonctionné un certain temps et, plus spécialement, pour les tiers de bonne foi, les salariés, les fournisseurs ou clients qui ont contracté avec la personne morale. Pour en dépasser, certaines législations ont prévu la méthode préventive de la purge qui se distingue de la régularisation.

¹ Infra, p. 430.

² Il s'agit ici d'une situation apparente telle que sera étudiée dans la deuxième partie, p. 331 et suiv.

³ La nullité de l'acte irrégulier apparaît comme la sanction dominante, dont l'effet est un anéantissement rétroactif de l'acte. La nullité est elle-même susceptible de distinctions. Celle-ci peut être relative ou absolue. Il s'agit d'une sanction naturelle d'un acte juridique mal formé. Voir F. DRAGOUL, Essai d'une théorie générale de nullité, thèse, lib. Nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1902 ; J. LEBLOND, "Les actions en nullité en droit des sociétés", Gaz. Pal., 1976, doct., p. 79.

⁴ D'une manière générale, tout acte ou opération juridique sera irrégulier lorsque les conditions légales de sa réalisation n'auront pas été respectées. Tantôt, l'irrégularité résultera d'une condition de fond, tantôt de l'inobservation d'une formalité que le législateur impose à tel ou tel type d'acte ou d'opération. Dans le droit des sociétés, l'irrégularité proviendra soit de l'inobservation des règles générales régissant le contrat (capacité de s'engager, le consentement réel et non vicié, l'objet certain et la cause licite), soit de l'inobservation des règles spécifiques au contrat de société. Il s'agit des conditions de fond prévues par l'article 2 du Code des sociétés commerciales à savoir la mise en commun des apports, le partage des résultats et l'affectio-societatis. En plus des conditions de fond, la société commerciale doit obéir à certaines conditions de forme lesquelles sont prévues par la Code des sociétés commerciales dans ses articles 3 et 14 à 20. Il s'agit de l'établissement d'un écrit d'une part, et la publicité d'autre part.

⁵ Infra, p. 387.

295-Purge et régularisation: Etant une technique de perfection, la régularisation permet de corriger rétroactivement le vice ou l'irrégularité entachant l'acte, en lui apportant l'élément objectif ou subjectif qui fait défaut¹. Elle consolide l'acte vicié qui réalise sa validation et accède tardivement à la perfection juridique². Le législateur consacre l'effet absolu de la régularisation³ à travers l'article 107 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales disposant que "*L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister et cela même le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance*"⁴. Si la régularisation s'analyse en une réparation de l'acte, la purge permet simplement d'éviter l'annulation ou l'anéantissement sans que le vice soit corrigé et rend un acte vicié inattaquable.

Contrairement à certaines législations étrangères qui édictent expressément la possibilité de couvrir la nullité (I) le législateur tunisien n'a pas consacré l'effet purgatif de l'immatriculation (II).

I/ Les différentes méthodes de purge consacrées par le droit comparé.

296-L'étude du droit comparé nous révèle l'utilisation des méthodes différentes afin d'éviter l'annulation de la société par la purge de ses irrégularités.

297-1°/ L'effet purgatif de l'immatriculation: Le principe de la purge s'inspire de la théorie dite de la "*guérison*" reconnue en droit suisse⁵. Dans l'intérêt de la sécurité des transactions, le Tribunal fédéral, dès 1889 et en l'absence même de toute disposition légale, a adopté cette théorie que le législateur a expressément confirmée en 1936 à l'article 643 alinéa 2 du Code des obligations. Selon cet article, l'inscription sur le registre du commerce a un effet "*guérisseur*" - ou de validation - en ce sens que la société anonyme existe par le seul fait de son inscription malgré tous les défauts de forme ou de fond qu'a pu présenter sa constitution. Malgré que l'article 643 alinéa 2 prévoit l'effet guérisseur de l'inscription dans le seul domaine de la société anonyme, la doctrine et la jurisprudence admettent l'application de cette théorie également, dans le

¹ Influencé par son homologue français, le législateur tunisien prévoit la possibilité de la couverture de toute nullité à l'exception de celle fondée sur l'illicéité de l'objet social, par la régularisation de sa cause.

² N. BESROUR, Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, thèse pour le doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis 2001, p.368; CH. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, op.cit., p. 15.

³ C'est le sens stricte que le législateur a adopté lors de la réglementation de la régularisation dans le Code des sociétés commerciales. Il existe un autre sens plus large qui fera l'objet de notre recherche dans le dernier chapitre de la Partie Deuxième. Voir infra, p. 501.

⁴ Et aussi à travers les articles 179 alinéa 4 et 445 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales.

⁵ R. PATRY, "Les effets de l'inscription sur le registre du commerce en droit suisse", art. préc., p. 536.

cadre de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative¹. En outre, l'inscription d'une société commerciale produit un effet guérisseur quelque soit le défaut de forme et de fond qu'a pu présenter sa constitution².

Le droit allemand connaît également cet effet guérisseur. L'immatriculation vaut purge de plusieurs causes de nullité qui affectent la constitution de sociétés de capitaux³. Un autre exemple est constitué par le paragraphe 242 de la loi sur les sociétés par actions disposant que l'inscription au registre du commerce guérit une résolution de l'assemblée générale de sa cause de nullité⁴.

298-2°/ La forme authentique de l'acte constitutif: Les droits belge et luxembourgeois ne prévoyant pas de contrôle préalable, imposent la forme authentique pour l'acte constitutif. L'intervention du notaire, officier public, limite largement les risques de l'immatriculation d'un contrat de société vicié⁵. Il a un rôle actif qui ne se limite pas à recevoir l'acte, il doit le déposer au tribunal pour son homologation⁶. En droit anglais, le "*certificate of registration*" constitue la preuve définitive de la régularité de la société⁷. Ainsi, lors de la constitution d'une société, les fondateurs doivent déposer auprès du *registrar* outre le *memorandum*⁸ la *déclaration on compliance* par laquelle le *solicitor* qui a participé à la constitution de la société, ou une personne désignée comme administrateur affirme que toutes les formalités légales ont

¹ Ibid.

² Généralement, il est admis que l'inscription sur le registre du commerce ne valide pas une société qui, en fait, ne remplit aucune des conditions indispensables à son existence ni, peut être aussi, une société dont le but apparaît manifestement illicite ou immoral (article 52 alinéa 3 CC.). Voir R. PATRY, "Les effets de l'inscription sur le registre du commerce en droit suisse", art. préc., p. 537.

³ Selon les paragraphes 275 à 277 de la loi sur les sociétés par actions seul un certain nombre de vices de constitution ne sont pas purgés par l'inscription.

Concernant les sociétés de personnes, le législateur allemand n'a pas prévu des causes de nullité. Le contrat de société semble être annulable pour les mêmes motifs que les contrats classiques (objet illicite ou immoral, nullité pour incapacité, annulabilité de la déclaration de volonté d'un associé vicié par erreur, dol ou violence. Mais, selon la jurisprudence constante et la doctrine, ces vices ne sont plus une cause de nullité mais d'une simple dissolution pour raison grave si la société a commencé à fonctionner. P. JUNG, "Vers une convergence des droits allemands et français des sociétés", *Revue International de droit comparé* 2008, n°4, pp.861-884, p.867.

⁴ Voir S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, op.cit., n°92, p. 99.

⁵ A. DESMAZIÈRES, *L'évolution du rôle des notaires dans la constitution des sociétés par actions*, thèse, Paris, 1948 ; H. VIDAL, *Essai sur le rôle et la responsabilité du notaire dans la constitution d'une société commerciale*, Thèse, Montpellier Imprimerie de la charte, 1928.

⁶ VITERO, *Le contrôle de la constitution et les nullités des sociétés anonymes selon la première directive européenne du 9 mars 1968 en droit français et italien*, thèse Lille 1997, p. 85 et suivant.

⁷ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, op.cit., p. 142 et suiv.

⁸ Le *memorandum* correspondant aux statuts proprement dits des sociétés françaises, comporte notamment l'indication de la dénomination, du siège, du capital de la société mais surtout celle de son objet social. Il tient lieu d'acte constitutif à usage externe ; et les articles of association envisagent l'organisation interne.

été respectées¹. La remise du *certificate of incorporation*, véritable acte de naissance de la société, dépend de son enregistrement. La loi confère à ce *certificate* la valeur de preuve irréfragable de l'obtention de la personnalité morale. Aucun vice de forme ne pourra être allégué par la suite².

299- 3°/ L'ancienne "déclaration de conformité" du droit français: En France, lors de la promulgation de la loi du 24 juillet 1966, le parlement a substitué le contrôle judiciaire instauré par le projet³, par une déclaration de conformité⁴, imitée du droit anglais. En effet, l'intention des rédacteurs du projet était d'instaurer une corrélation entre l'immatriculation et la purge. Cette corrélation figurait dans l'exposé des motifs du projet⁵ ainsi que dans l'article 315 du projet en ces termes : "*sauf en cas de fraude, aucune action en nullité de la société fondée sur la violation des formalités de constitution n'est recevable à compter de l'immatriculation au registre du commerce*".

Intervenant avant l'immatriculation, la déclaration de conformité était la dernière des formalités de constitution. Elle intervenait en effet, après qu'ait été établi l'acte de société, qu'il ait été enregistré, qu'une insertion ait été effectuée dans un journal d'annonces légales ; le dépôt au greffe ne pouvant être réalisé qu'à l'appui d'une déclaration de conformité, que l'article 6 tel qu'il résultait de la rédaction de la loi de 1966, prévoyait. La déclaration de conformité poursuivait un double objectif : d'une part, la déclaration relate "*toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement ladite société*" et d'autre part, elle affirme que "*cette constitution a été réalisée en conformité de la loi et des règlements*"⁶. Ainsi, elle avait "*pour premier but de mettre les déclarants en face de leurs responsabilités, de les rendre sensibles. Son but second est de faciliter le contrôle qui suit en obligeant les fondateurs à faire le point*"⁷. Elle ne visait donc, pas les conditions de fond de la société mais seulement les formalités qui ont une influence sur la validité de la société. Elle permettait le contrôle *a posteriori* puisqu'elle engageait ceux qui la souscrivaient tant sur le plan civil que sur celui pénal dans l'hypothèse d'énonciations fausses. Une ancienne doctrine française

¹ Art. 12-3 du Companies Act de 1985.

² S. HEBERT, "Les publicités légales du droit anglo-américain", in Publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction A. SAYAG, op.cit., p.412.

³ Ce projet était très vivement critiqué. Voir à ce sujet M. HAGEGE, Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé, thèse, Paris II, 1977, p. 130-133.

⁴ Article 6 de la loi du 24 juillet 1966.

⁵ R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", art. préc., p. 251, n°13.

⁶ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n° 147.

⁷ R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", art. préc., p.275, n°68.

l'avait considérée "une pièce essentielle du dispositif français visant, par un contrôle a posteriori, à purger les vices pouvant entacher la constitution des sociétés ou la modification des statuts et de réduire donc le risque de nullité"¹. Cette pensée a été critiquée par madame Chantal CUTAJAR-RIVIERE qui affirme que "si une entité ne répondant pas à la qualification de société parvient à obtenir l'immatriculation, elle n'est qu'une société écran et l'immatriculation ne peut la doter rétroactivement des caractéristiques qui lui font défaut"².

Dans un souci de simplification, le législateur français avait supprimé la déclaration de conformité, jugée inutile³. Son abrogation par la loi n°94-126 du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, a été compensée par un accroissement des pouvoirs de contrôle du greffier, dont l'étendue demeure cependant incertaine⁴. Au regard du droit positif actuel, il s'avère que le législateur français a renoncé au système qui pourrait opérer la purge des nullités. C'est le principe général de non-couverture des vices qui règne. Ce principe supporte toutefois, une exception dont la portée n'est pas très importante en droit des sociétés.

300-4°/ La couverture exceptionnelle des vices par l'inscription au registre du commerce: Le législateur français permet exceptionnellement la couverture des vices dans les articles L. 210-9 du Code de commerce et 1846-2 du Code civil sur la société civile. Ces dispositions concernent les irrégularités qui peuvent affecter la nomination ou la cessation de fonction des représentants des sociétés commerciales⁵. Ni la société, ni les tiers ne peuvent se prévaloir des irrégularités affectant les nominations de ces personnes lorsqu'elles ont été régulièrement publiées. La mention portée au registre du commerce et des sociétés présente la particularité de provoquer la purge des irrégularités et des vices qui peuvent affecter la nomination intervenue. Par conséquent, la société devra respecter les engagements souscrits par le dirigeant, alors même que sa désignation serait entachée de nullité. Les tiers ne peuvent pas d'avantage invoquer une

¹ J-P. BOUERE, P. LE CANNU, "La loi madelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés", Bull Joly Sociétés, 1 mars 1994, n°3, p. 247.

² C. CUTAJAR-RIVIERE, La société écran, op.cit., p. 152.

³ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n° 147.

⁴ Voir infra, p. 308-309.

⁵ Contrairement au droit français, le Code des sociétés commerciales tunisien n'indique pas formellement que la société ou les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société lorsque cette nomination a été régulièrement publiée. Cependant, cette règle doit être retenue par application de la théorie du mandat apparent. Il s'agit en effet de sécuriser les transactions et de protéger les tiers de bonne foi.

quelconque irrégularité dans la nomination du dirigeant pour échapper aux obligations résultant pour eux des engagements souscrits par ce dirigeant¹.

Cette règle étrangère à la logique du droit français était introduite dans le système français sous l'influence de la directive européenne n° 68/151 du 9 mars 1968. Toutefois, elle a été critiquée. On a fait remarquer d'abord, qu'elle est susceptible de nuire éventuellement à la société. Un organe irrégulièrement désigné peut faire disparaître le vice entachant sa nomination, en effectuant lui-même la publicité, et qu'il pourra traiter ainsi en toute sécurité avec les tiers. La société sera alors engagée vis-à-vis de ceux-ci, mais elle conserve le droit de demander à cet organe réparation du préjudice subi². Ensuite, l'effet purgatif de la publicité n'est ni complet ni définitif : la nomination ne devient pas inattaquable. Elle peut être annulée sans que cette nullité n'ait d'influence sur la validité des engagements pris après l'accomplissement régulier de la publicité. Par conséquent, la couverture des vices n'a lieu que dans les rapports des tiers et de la société et ne s'étend pas aux relations des parties elles-mêmes.

Le droit français connaît une autre hypothèse dans la quelle l'inscription au registre purge les vices. Il s'agit de l'article L. 236-31 alinéa 4 du Code de commerce qui interdit de rechercher la nullité d'une fusion transfrontalière après la prise d'effet de l'opération. Ainsi, s'agissant d'une société créée en France, la fusion transfrontalière prend effet à la date de l'immatriculation de la dite société au registre du commerce et des sociétés. Cette immatriculation qui donne naissance à une personnalité morale couvre les irrégularités dans le processus de la fusion³.

II/ La position du législateur tunisien: l'absence de l'effet purgatif de l'immatriculation au registre du commerce.

301-Consécration expresse en droit foncier: Le législateur tunisien, a expressément admis le principe de la purge⁴ dans le droit foncier à travers l'article 308

¹ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, op.cit., p. 36.

² G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., n° 796, p. 623 ; A. JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre du commerce", art. préc., p. 404.

³ C. CATHIARD, Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, 2010, V° Fusion transfrontalière, n°151.

⁴ La purge signifie "l'anéantissement de tous les droits réels, existants sur l'immeuble au moment de l'immatriculation et qui faute d'avoir été retenus par le tribunal immobilier n'ont pas été inscrits sur le titre de propriété". M-K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op.cit., p. 145.

نرجس كريم، " المفعول التطهيري للحكم العقاري"، بحوث و دراسات قانونية، مجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفاقس، عدد 5 لسنة 2010، ص 421 و ما يليه ; رياض الجمل، " المفعول الزمني للتطهير لاحكام التسجيل العقاري"، بحوث ودراسات قانونية، مجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفاقس، عدد 5 لسنة 2010 ، ص 473 وما يليه .

du Code des droits réels¹. En vertu de cet article², les inscriptions ordonnées par le Tribunal immobilier dans sa décision d'immatriculation ou de mise à jour des titres fonciers³ sont soumis à un régime dominé par le principe de la "purge" des droits non inscrits et couvrent donc, tous ses éventuels vices. Une telle règle n'existe pas pour les inscriptions au registre du commerce. Peut-on donc penser que ce silence de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995 doit être interprété comme une abstention voulue par le législateur qui exprime son intention d'exclure l'application du principe de la purge en matière de registre du commerce ?

302-L'immatriculation n'empêche pas l'action en nullité: La lecture du Code des sociétés commerciales nous enseigne que l'immatriculation n'est pas un obstacle à l'exercice d'une action en nullité. Le droit tunisien sanctionne par la nullité⁴ l'irrégularité de la constitution de la société. Il est vrai qu'en France l'éventualité en sera relativement rare, la loi ayant fait porter l'essentiel de ses efforts sur la réduction des causes permettant d'engager une telle instance⁵. En Tunisie, la nullité est encourue toutes les fois que le législateur la retient expressément⁶, pour sanctionner le défaut d'un élément nécessaire ou le non accomplissement d'une formalité jugée essentielle. Son

¹ L'article 308 du Code des droits réels prévoit que " le droit non inscrit est réputé non avenu".

² Le principe de la purge est consacré aussi dans les articles 350 et 337 du Code des droits réels. En matière de mise à jour des titres fonciers, il est consacré par l'article 27 de la loi n°2001-34 du 10 avril 2001, aux termes duquel "toute personne, dont les droits auraient été lésés par suite d'un jugement rendu par la chambres des titres gelés ou le juge du livre foncier, n'aura jamais de recours sur l'immeuble, mais seulement en cas d'erreur, une action personnelle en dommage-intérêts contre le bénéficiaire de l'opération ordonnée".

³ Loi n°2001-34 du 10 avril 2001, portant mise à jour des titres fonciers, J.O.R.T. du 13 avril 2001, n° 30, p. 807 et suiv. Certaines dispositions de cette loi sont modifiées par la loi n° 2009-67 du 12 août 2009, J.O.R.T. du 14 août 2009, n° 65, p. 2346 et suiv.

⁴ Le droit tunisien est caractérisé par l'absence d'une théorie générale de nullité des sociétés. C'est la raison pour laquelle les règles régissant les nullités restent dispersées bien que, lors de la promulgation du Code des sociétés commerciales, le législateur a essayé de spécifier les sociétés par un code les réglementant.

⁵ Le droit français, en appliquant toutes les causes de nullité du contrat en général et du contrat de société en particulier en présence de sociétés de personnes, les a écartées en partie en présence de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés par actions. Ces dernières ne sont déclarées nulles que : si l'incapacité atteint tous les associés fondateurs, si leur objet a un caractère illicite ou contraire à l'ordre public et en l'absence de pluralité d'associés (excepté le cas de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée). Cependant, l'inobservation des conditions formelles de constituer des sociétés n'est sanctionnée expressément par la nullité que dans le cadre des sociétés de personnes en application de l'article L. 235-2 du Code de commerce français.

⁶ Article 325 du Code des obligations et des contrats prévoit "L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit :1) lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2) lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé".

domaine demeure étendu, malgré la limitation de ses causes par le Code des sociétés commerciales¹.

303-Par conséquent, il est unanimement admis, aussi bien en droit français qu'en droit tunisien, que l'immatriculation n'a pas la vertu de rendre incontestable la constitution de la société. La plupart des irrégularités relatives aux sociétés commerciales sont sanctionnées par l'ouverture d'une action en régularisation², mais ne peuvent pas être purgées par l'accomplissement de cette formalité. Mise à part l'hypothèse prévue expressément par le législateur français³, c'est le principe de non-couverture des vices par l'immatriculation qui est consacré en droit français et tunisien. Tout fait ou situation régulièrement immatriculé n'est pas purgé de ses vices⁴. Mais, si le législateur n'a pas consacré la couverture des vices de constitution d'une société par son immatriculation, a-t-il instauré un système de contrôle *a priori* efficace afin d'éviter la nullité?

Paragraphe 2: L'inefficacité du système de contrôle.

304-Diversification des systèmes de contrôle: Il est contestable de conférer la personnalité morale à une société dont la validité juridique peut être remise en cause⁵. Dès lors, s'avère nécessaire l'instauration d'un système de contrôle préalable ayant pour objet d'éviter les irrégularités de constitution et d'évincer le cas échéant la nullité. La plupart du temps, le contrôle s'exerce à l'occasion de l'immatriculation au registre du commerce. Mais, les systèmes de contrôle se diversifient. L'autorité publique compétente peut être une autorité judiciaire ou une autorité administrative⁶. Et surtout

¹ L'annulation sera moins fréquente qu'avant la promulgation du Code des sociétés commerciale. Concernant les règles de fond, la situation est la même puisque le législateur n'a pas essayé de modifier le Code des obligations et des contrats. Ainsi, l'illicéité de l'objet social, l'incapacité, l'absence et le vice de consentement constituent toujours des causes de nullité. Concernant les vices de forme, le Code des sociétés commerciales ne prévoit la nullité de la société qu'en cas de défaut de sa publicité excepté le défaut de son immatriculation. Voir infra, p. 482.

² Vu les graves conséquences et inconvénients résultant de la disparition et de l'anéantissement de l'entité économique, le législateur s'est efforcé d'éviter le prononcé de l'annulation en facilitant au maximum la possibilité de régularisation de la société frappé d'une irrégularité. En outre, il a prévu un délai de trois ans à partir de la date de la constitution de la société pour la prescription de l'action en nullité, conformément aux articles 104 et 179 du Code des sociétés commerciales.

³ Voir supra, p. 493.

⁴ Sur le sort des ces situations irrégulières, voir infra, p. 434 et suiv.

⁵ B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, préface Y. Guyon, Paris, LGDJ, 2000, p.312.

⁶ R. RODIERE et F. GORE, "Le contrôle de la constitution des sociétés anonymes", Rapports généraux au VI Congrès international de droit comparé, Hambourg, 30 juillet-4 août 1962, Bruxelles, E. Bruylant, 1962, p.534 et suivant.

l'objet du contrôle peut varier. Il peut s'agir d'un contrôle d'opportunité, ou simplement d'un contrôle de régularité de la constitution. Ce dernier est lui-même susceptible de degrés : contrôle de régularité formelle, contrôle de légalité au fond, contrôle de véracité et sincérité à travers lequel l'autorité publique a le devoir de s'assurer de la sincérité des déclarations qui lui sont faites¹.

En réalité, la mission de contrôle est étroitement liée aux effets dévolus à la publicité. Elle s'amplifie aussi bien que le registre produit des effets de droit important. En droit foncier tunisien, l'immatriculation, ayant pour objet d'assainir la propriété immobilière et de permettre au demandeur d'obtenir un certificat de propriété garantissant la stabilité et la sécurité des opérations immobilières, est soumise à un contrôle judiciaire rigoureux². Enoncée à propos de la publicité foncière, cette intensité de contrôle existe-t-elle pour l'immatriculation au registre du commerce ?

On va donc essayer de déterminer la portée du contrôle organisé par le législateur tunisien à travers sa nature (I) et son étendu (II).

I/ La nature du contrôle:

305-L'effet constitutif de l'immatriculation est tributaire d'un contrôle judiciaire: Tous les systèmes publicitaires comportent une procédure de contrôle des éléments à publier. C'est l'autorité chargée d'un registre public qui est investie de la mission de garantir l'exactitude des inscriptions. Mais, on peut penser que la corrélation de l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation sera plus logique dans le cadre du contrôle judiciaire préalable. Les juges devraient, en effet, être les plus aptes à protéger les intérêts des associés et des créanciers. Garants traditionnels des libertés, le rôle de détection et de prévention des vices de constitution semble parfaitement leur convenir. Aussi, n'est-il pas étonnant que les auteurs des textes européens aient marqué une préférence pour le contrôle judiciaire d'autant plus que le système allemand qui l'a adopté fut souvent présenté comme un modèle à la matière. Le registre du commerce

¹ Ibid., p.535 et suiv.

² Loin d'être une simple formalité à vocation administrative, l'immatriculation foncière est donc, une véritable décision judiciaire. Créé depuis la loi de 1885 sur la propriété foncière, le tribunal immobilier "statue sur les demandes d'immatriculation" (Article 310 du Code des droits réels.). A la réception de la demande, le président du tribunal immobilier désigne un juge rapporteur (Article 328 du Code des droits réels) afin d'enquêter sur la situation du bien concerné (Article 329 du Code des droits réels) en se déplaçant sur les lieux s'il le juge utile conformément à l'article 340 du Code des droits réels. Il s'agit alors d'un travail à ciel ouvert et non pas dans les bureaux du tribunal. Le jugement d'immatriculation rendu par le tribunal immobilier est envoyé à l'administration de la conservation foncière.

allemand est tenu par le juge du tribunal de première instance¹, désigné brièvement par l'expression "*tribunal du registre*"². Le juge n'autorise l'inscription³ qu'après s'être assuré de l'exactitude des mentions dont l'inscription est demandée. De là, l'autorité considérable qui est attribuée par la loi allemande aux mentions figurant au registre⁴.

En Tunisie, comme en France, le greffier qui tient le registre du commerce sous la surveillance d'une autorité judiciaire assure le contrôle au moment de l'accomplissement de la formalité de l'immatriculation. Mais, si ce contrôle peut être qualifié de judiciaire en droit tunisien (B), il a suscité un débat quant à sa nature judiciaire en droit français qui a accordé au greffier un pouvoir autonome (A).

A/ Un contrôle *sui generis* est instauré en droit français:

306-Un contrôle judiciaire dans le projet loi de 1966: L'analyse de la nature du contrôle opéré dans le système français permet de constater l'absence d'une vision claire de la part du législateur. D'abord, le contrôle tel qu'il résultait du projet qui donna naissance à la loi du 24 juillet 1966 était un contrôle judiciaire. Aux termes de l'article 4 du projet "*L'immatriculation de la société au registre du commerce est subordonnée à une décision de l'autorité judiciaire constatant que les énonciations exigées par la loi et les règlements figurent dans les statuts et que les formalités qu'elles prescrivent ont été régulièrement accomplies*". Mais, contrairement au contrôle judiciaire reconnu au droit allemand et italien, il ne pouvait s'agir que d'un contrôle de régularité formelle⁵. Le juge, si ce projet avait abouti, n'aurait eu ni les pouvoirs de vérifier la légalité au fonds des actes présentés à son contrôle, ni la faculté d'en apprécier la véracité et la sincérité⁶. Ce contrôle judiciaire préalable à l'immatriculation des sociétés au registre, aurait

¹ Le paragraphe 8 du Code de commerce allemand (H.G.B.) déclare que le registre du commerce est tenu par les tribunaux. L'alinéa 1^{er} du paragraphe 125 de la loi sur la juridiction gracieuse ou volontaire (F.G.G.) précise que « Les tribunaux de première instance (Amtsgericht) sont compétents pour la tenue du registre du commerce ».

² En effet, le tribunal de première instance est la juridiction de droit commun en matière gracieuse. En cette qualité, il assure la tenue matérielle et le contrôle judiciaire de nombreux registres de publicité, livre foncier, registre matrimonial, registre des associations... Il entre par conséquent, dans le cadre naturel de ses attributions de tenir également le registre du commerce.

³ Dans ce cas, la décision indique quelles sont les mentions devant être transcrites dans le registre. Mais, le juge peut aussi, rendre une décision refusant l'inscription. Dans ce cas, il doit préciser les motifs du refus pour permettre au requérant d'exercer, s'il le désire, les recours légaux. Voir H. CORVEST, *Le registre du commerce*, thèse précitée, p. 253-254

⁴ HAMEL et LAGARDE, *Droit commercial*, tome 1, op.cit., n°277.

⁵ H. ROSSI, " Du contrôle judiciaire de la constitution et des modifications statutaires des sociétés commerciales (A propos du projet de réforme du droit des sociétés), JCP, 1964, I, 1868.

⁶ R. SINAY, " Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", art. préc., p. 250, n° 10.

permis d'éviter la nullité pour vices de forme. Subsistaient ainsi, les nullités pour vice de fond relevant de l'application du droit commun des contrats et des conditions propres au contrat de sociétés ou celles relatives à chaque type de société¹. Cependant, ce contrôle préventif ne vit jamais le jour² alors que la suppression des nullités, elle demeurait contre toute logique. Cette suppression fut réclamée à grands cris par la pratique et les milieux économiques³.

307-La nature du contrôle dépend du pouvoir du greffier: Désormais, l'immatriculation de la société ne peut intervenir qu'après vérification par le greffier de la régularité de la constitution de la société dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce⁴. Certes les nouvelles dispositions⁵ viennent remettre en cause la solution antérieure, mais la question de savoir si le contrôle mis en place par le dispositif français actuel est judiciaire ou administratif est en réalité délicate. Si la reconnaissance d'une nature administrative au contrôle doit être immédiatement écartée puisque le greffier du tribunal de commerce est un simple officier ministériel⁶ et non autorité administrative, la reconnaissance de sa nature judiciaire est passée par deux périodes. Avant 1984⁷, une partie de la doctrine⁸, affirmait qu'un véritable contrôle judiciaire même "*indirecte*"⁹ était instauré. Le greffier agissait sous la surveillance d'un juge qu'il devait saisir s'il

¹ Voir rapport SINAY au Congrès de Poitiers, 1964, Association nationale des avocats, "L'avocat et les sociétés commerciales", p. 67, cité par CUTAJAR-RIVIERE, La société écran, op.cit., note n° 6, p. 149..

² Ce projet était très vivement critiqué. Ses adversaires invoquaient l'idée que les tribunaux n'ont pas pour mission de contrôler les actes accomplis par les particuliers: ils doivent se limiter à trancher les contestations qui se produisent entre eux. On se refusait ainsi, à admettre que les tribunaux puissent délivrer des certificats de conformité à la loi, car on craignait qu'insensiblement on se retournât à l'ancien système de l'autorisation préalable. On craignait aussi de voir la période constitutive se prolonger démesurément, du fait de l'encombrement des tribunaux, ce qui entraînerait un préjudice pour la société elle-même, ses fonds restants bloqués durant le délai nécessaire pour obtenir la décision de l'autorité judiciaire. A ces obstacles s'en ajoutaient d'autres, d'ordre technique, touchant à l'inadaptation de la juridiction gracieuse, la non-spécialisation des juges à cette nouvelle tâche. Voir M. HAGEGE, Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé, thèse précitée, p. 130-133.

³ J. BURGARD, "A propos du contrôle judiciaire de la constitution des sociétés et de certaines modifications statutaires", JCP, 1964, I, 1875; A. D'ALSACE, "Aperçu critique sur le projet de loi sur les sociétés commerciales", Rev. Sociétés 1965, p. 245; J. DELEAU, "Le contrôle judiciaire institué par l'article 4 du projet de loi sur la réforme des sociétés commerciales", Journal des agrées, 1965, p.65; J. LEBLOND, "Le projet de loi sur les sociétés commerciales devant le Sénat", Gaz. Pal., 1966, doct., p.77.

⁴ Article 6 de la loi de 1966 tel que modifié par la loi n°94-1265 du 11 février 1994. Cette vérification se substitue à la déclaration de conformité qui devait être souscrite par les fondateurs. Voir supra, p. 292.

⁵ Les articles R. 123-94 et R. 123-95 du Code de commerce français.

⁶ Voir supra, p. 170-171.

⁷ Sous l'empire du décret n°67-237 du 23 mars 1967.

⁸ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, "La douzième réforme du droit des sociétés commerciales", Rev. sociétés 1970, p. 201.

⁹ VITERO, Le contrôle de la constitution et les nullités des sociétés anonymes selon la première directive européenne du 9 mars 1968 en droit français et italien, thèse précitée, p.104.

constatait des inexactitudes ou des irrégularités lors de la réception de la demande d'immatriculation. Après le 30 mai 1984, un décret¹ a innové en accordant au greffier un pouvoir autonome². Ce dernier contrôle la demande d'immatriculation et prend une décision : immatriculation ou refus d'immatriculation. Lorsque le dossier est incomplet, il doit réclamer les renseignements ou pièces manquants qui doivent être fournis dans un délai de quinze jours à compter de cette réclamation. À la réception de ces renseignements ou pièces, le greffier procède à l'immatriculation dans le délai franc d'un jour ouvrable³. Faute de régularisation de la demande dans les conditions précédemment indiquées ou lorsque la demande n'est pas conforme aux dispositions applicables, le greffier prend une décision de refus d'inscription qu'il doit, dans le délai franc d'un jour ouvrable, soit remettre au demandeur contre récépissé, soit adresser à celui-ci par lettre recommandée avec avis de réception. La décision de refus doit être "*motivée*"⁴. A cet égard, on doit signaler que ce contrôle est réalisé sans pour autant que la décision prise - immatriculation ou refus d'immatriculation - n'ait autorité quant au fond. Comme le fait remarquer un auteur, ces innovations renforcent substantiellement le rôle du greffier⁵.

Il n'y a donc pas, de véritable contrôle préalable judiciaire. Le greffier doit, aux termes des formules vagues employées par les articles R. 123-94 et R. 123-95, alinéa 2, du Code de commerce, "*s'assurer de la régularité*" de la demande d'immatriculation et vérifier (...) que la constitution de la société "*est conforme aux dispositions législatives et réglementaires qui la régissent*". Quant au juge commis à la surveillance du registre, son rôle devient limité car il n'intervient qu'en cas de refus d'immatriculer⁶ et non de façon systématique. En outre, depuis le décret n° 95-374 du 10 avril 1995, et pour adapter la réglementation avec la loi dite Madelin du 11 février 1994, un recours particulier est prévu pour les inscriptions concernant les sociétés commerciales. En cas de refus de leurs demandes d'immatriculation, le recours ne relèvera plus de la seule

¹ C'est le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 organisant le registre du commerce et des sociétés.

² Monsieur DERRUPPE considère que le contrôle du greffier est "*mi-administratif et mi-judiciaire*". Voir, J. DERRUPPE, RTD com. 1995, p. 584.

³ Article R. 123-97, al. 2 du Code de commerce français.

⁴ Article R. 123-97, al. 3 du Code de commerce français.

⁵ B. BOULOC, "L'influence des mesures de simplification administrative sur le registre du commerce et des sociétés" Gaz. Pal. 1985, doct., p.424.

⁶ Article R. 123-139 du Code de commerce; CA Douai, 8 févr. 1996 : JurisData n° 1996-604224 ; Gaz. Pal. 1996, jurispr. p. 509

compétence du juge commis à la surveillance du registre, mais de la compétence spéciale dévolue au président de la juridiction à laquelle est attaché le greffier¹.

308-Les qualifications attribuées par la doctrine: Néanmoins, monsieur B. LECOURT estime qu'" *il serait ...excessif d'exclure toute connotation judiciaire dans ce contrôle*"². Il justifie sa position par le fait que le décret de 1995 a organisé une "*cohabitation*"³ entre le greffier et le juge commis à la surveillance du registre. De plus, même s'il peut intervenir en solitaire, le greffier opère dans un cadre judiciaire. Enfin, comme toute procédure judiciaire, le système de contrôle offre des possibilités de recours et d'appels. Sans doute peut-on déduire que le contrôle, qui n'est pas purement judiciaire, est néanmoins "*d'essence judiciaire*". "*Là encore, le système français en ne s'inscrivant pas dans les options consacrées par la directive, fait preuve d'une certaine originalité au sein de la Communauté en organisant un contrôle qui présente, dans une certaine mesure, un caractère innommé, sui generis*"⁴.

B/ Un contrôle judiciaire est instauré en droit tunisien:

309-Pouvoir limité du greffier: Lors de la réception de la demande d'immatriculation, le greffier qui tient le registre sous la surveillance d'une autorité judiciaire, assure le contrôle. Ce contrôle n'a pas toutefois, le caractère autonome reconnu au droit français. En effet, le greffier n'a pas à refuser une immatriculation. Lorsqu'il estime que la demande n'est pas régulière ou que les informations mentionnées sont inexactes, il est tenu de saisir le juge de registre du commerce. Selon l'article 30 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, "*le greffier procède à l'inscription dans les cinq jours de la réception de la demande, s'il estime que la demande n'est pas conforme aux dispositions prescrites par la loi, il est tenu dans le même délai de saisir le juge du registre du commerce*". Ce recours du greffier au juge est fait aussi dans le cas où il constate qu'il y a conflit au moment de l'immatriculation en application de l'article 55 de la loi en vertu duquel "*toute contestation soulevée au cours de l'immatriculation est portée devant le juge de registre du commerce*". Il tranche les contestations entre le greffier et le requérant et peut dispenser ce dernier de présenter une pièce justificative

¹ L'article R. 123-43 du Code de commerce français ne vise que les contestations concernant les formalités prévues à l'art. R. 123-95, al. 2 du même Code.

² B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, op.cit., p.258.

³ Expression utilisée par monsieur B. LECOURT dans son ouvrage précité.

⁴ B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, op.cit., p.258.

ou, tout au moins, lui accorder un délai¹. Un rôle important est donc, dévolu au juge de registre du commerce. Lorsqu'il constate que l'élément faisant l'objet de la demande d'inscription est réellement entaché d'irrégularité ou d'inexactitude, il peut simplement rejeter la demande et refuser l'inscription. Dans ce cas, une opposition peut être introduite contre la décision devant le tribunal de première instance².

Il en résulte que le rôle accordé au greffier est un peu moins actif par rapport au vrai contrôle assumé par le juge. Par ailleurs, ce dernier demeure le seul compétent si la tenue du registre était confiée à un organisme public ou privé au lieu et place du greffe³. Par conséquent, et contrairement au droit français qui a attribué de larges pouvoirs au greffier, la loi du 2 mai 1995 ne l'a pas responsabilisé. Selon l'article R. 123-94 du Code de commerce français, le greffier s'assure de la régularité de la demande, "*sous sa responsabilité*". S'il accepte une déclaration inexacte, non conforme aux pièces justificatives ou aux règles en vigueur, ou pour laquelle il n'aura pas exigé les pièces justificatives nécessaires, il sera responsable envers les tiers du dommage que cette irrégularité a pu causer⁴. Mais, on peut estimer qu'en droit tunisien, une responsabilité civile du greffier peut être engagée conformément au droit commun. Une telle action devrait, également, respecter les règles habituelles en la matière⁵. Dans ce cas, c'est l'Etat qui serait substitué à ce fonctionnaire conformément aux principes traditionnels de droit administratif⁶.

310-Le caractère judiciaire du contrôle: Ainsi que le fait remarquer une doctrine française antérieure à 1984⁷, "*c'est en forçant un peu qu'on le qualifie de*

¹ Article 25 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

² Voir développement relatif au recours contre ordonnance juge, p. 514.

³ Aux termes de l'article 5 de la loi du 2 mai 1995, "*Toutefois, la tenue du registre peut être confiée à un organisme public ou privé au lieu et place du greffe selon des conditions fixées par un cahier des charges approuvé par un décret. Cependant, le contrôle dans ce cas, demeure de la compétence du président du tribunal ou du juge commis par lui à cet effet*".

⁴ P. LE CANNU, "Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés : un peu plus qu'une remise en ordre", Petites Affiches 11 septembre 1984, n°104, p.8.

⁵ G. KERBART et A. REYGROBELLET, avec la participation de A. RONZANO, "La qualité de l'information et le contrôle des publicités légales", in Publicités légales et information dans les affaires, sous la direction de A. SYAG, op.cit., p. 469.

⁶ Sauf à exercer une action récursoire contre l'agent qui se serait rendu coupable d'une faute lourde ou dolosive ou d'une faute personnelle détachable. N. BACCOUCHE, Répression pénale et disciplinaire, Ecole Nationale d'Administration, Tunic, Centre de recherche et d'études administratives, 1990.

⁷ Depuis le décret du 30 mai 1984, le greffier qui estime la demande d'immatriculation non conforme est tenu de remettre au demandeur une décision de refus d'inscription motivée. Il n'est plus tenu de saisir le juge commis à la surveillance du registre, solution qui persiste encore en droit tunisien.

judiciaire"¹. Mais, on peut dire, tout court, que le législateur tunisien a opté pour un contrôle judiciaire car même en Allemagne, le contrôle judiciaire n'est pas effectué par le juge mais par le secrétaire général du tribunal qui ne renvoie le dossier au juge qu'en cas de litige². Le greffier exerce ses fonctions relatives au registre du commerce dans un cadre judiciaire. En l'état actuel de son recrutement, il n'est astreint à aucune condition de capacité spéciale, il n'est pas possible de lui confier une tâche aussi délicate que celle qui consiste à trancher une question de commercialité. Le greffier n'étant pas réellement préparé à cette tâche, on pensait le soumettre à une autorité de surveillance. Le président de tribunal de première instance ou le juge délégué par lui, a reçu une mission générale de surveillance de la tenue du registre ; c'est pourquoi paraît tout désigné pour procéder à l'examen dont s'agit. Mais, son rôle est important car il dépasse le simple contrôle de la bonne marche et de la tenue du registre du commerce. Il peut intervenir pour prendre des décisions qui interdisent l'inscription.

Il est évident que le juge est plus qualifié pour relever certains types d'erreurs, parfois, laissés passer par le greffier, lors de l'examen des demandes d'immatriculation non conformes. Toutefois, commettre un juge à la surveillance du registre n'apporte aucune garantie supplémentaire, puisque selon monsieur Y. GUYON "*si le greffier immatricule une société nulle, le juge a fort peu de chances de s'en apercevoir*"³.

311-Les impératifs d'un contrôle judiciaire: Admettant ainsi, que le législateur tunisien a instauré un contrôle judiciaire, on doit signaler toutefois, qu'un contrôle judiciaire orthodoxe devrait répondre à certains impératifs. Il est permis d'abord d'affirmer que la juridiction gracieuse semble s'imposer. "*Traduction de l'intervention des pouvoirs publics dans la formation d'actes juridiques privés*"⁴, la juridiction gracieuse suppose une nouvelle appréhension du rôle du juge qui pourrait avoir compétence pour contrôler les actes privés. De plus, l'organisation d'un contrôle judiciaire devrait s'accommoder du respect de certains principes généralement admis en droit des affaires. Aussi, conformément à l'exigence de célérité des affaires qui s'oppose à tout excès de formalisme, la procédure devrait être écrite et non solennelle. Afin

¹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, "La douzième réforme du droit des sociétés commerciales", art. préc., p. 201.

² F. GORE, "Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet de code des sociétés", RTD com. 1965, n°29, p. 280, note n°2.

³ Y. GUYON, Droit des Affaires, tome 1, op.cit., n° 148.

⁴ CI. DUCLOUX-FAVARD, Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien, t.1, Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés anonymes en droit allemand et en droit italien et la loi française du 24 juillet 1966, LGDJ, 1969, p. 6-7.

d'éviter de longs débats, la décision pourrait être rendue par un juge unique¹. Ce juge ne pourrait être qu'un magistrat professionnel: sa mission sera, en effet, de vérifier le respect des règles légales impératives. Enfin, le juge pourrait, afin de pallier le caractère unilatéral des informations, inviter les parties à se justifier sur certains points litigieux et procéder d'office aux investigations nécessaires. Cela éviterait de perdre du temps et notamment de rendre des ordonnances susceptibles de voies de recours. Impartissant aux partis des délais pour régulariser, le magistrat vérificateur pourrait surseoir à statuer sur la régularité de la création d'entreprise afin de permettre au demandeur de réparer les dispositions non conformes à la loi.

II/ L'étendu du contrôle.

312-L'exemple du droit allemand: Le droit allemand offre un exemple d'un système de contrôle qui est conforme à l'effet constitutif dévolu à l'immatriculation au registre du commerce. Le juge pratique "*un contrôle de légalité intégrale*"² qui comporte un contrôle de régularité formelle, un contrôle de légalité au fond et un contrôle de véracité et de sincérité. Il a le "*droit et devoir*" de s'assurer de la sincérité des déclarations qui lui sont faites, de la "*véracité de tous les faits qui entrent en ligne de compte*"³. A cet effet, il peut exiger la production de pièces supplémentaires⁴. Le contrôle judiciaire, tel que conçu par le législateur tunisien, n'est susceptible d'apporter, du moins sur le plan des principes, des garanties plus sérieuses que s'il porte, comme celui du droit allemand, non seulement sur la régularité formelle mais sur la légalité au fond, la véracité, la sincérité. D'ailleurs, il est admis qu'un contrôle judiciaire de fond

¹ Un juge unique est, en effet, préférable, car il est naturellement coopératif, son mouvement va d'emblée vers le contact et le dialogue contrairement au tribunal collégial qui ne peut que se replier sur lui-même. La procédure pourrait être celle des ordonnances sur requête qui est celle, normalement, de la juridiction gracieuse quand elle est assurée par un juge unique.

² R. SINAY, "La proposition de Directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français", Gaz. Pla. 1965, doct., p. 42.

³ H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p. 250-254.

⁴ Y. LOUSSOUARN, Le rapprochement du droit des sociétés dans le cadre de la C.E.E. L'harmonisation dans la communauté, éd. de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1968, p. 518. Selon la loi sur la juridiction volontaire le tribunal a l'obligation de se renseigner d'office sur les faits et de chercher les preuves qui lui semblent convenables. Mais, il importe de souligner que ce contrôle de véracité des déclarations n'intervient que dans des hypothèses exceptionnelles, lorsque le juge ou le Rechtspfleger est pris de doute ou de soupçons quant à la requête qui lui est soumise, tandis que dans les autres cas, ils admettent comme vraies les déclarations qui leur sont faites. Sa systématisation serait pour le tribunal du registre une tâche écrasante et peu justifiée. La pratique révèle en effet que dans l'immense majorité de cas, les déclarations sont exactes, soit parce que les déclarants n'ont pas d'intérêt à faire des déclarations fausses, soit parce que le contrôle de la simple légalité de la déclaration est pratiquement – surtout à raison du dépôt d'annexes – assez efficace pour assurer son exactitude matérielle. C'est pourquoi la plupart du temps, le tribunal peut admettre pour vraies les déclarations qui lui sont faites.

constitue la condition indispensable à l'acquisition de la personnalité morale ou de la qualité de commerçant¹. On doit donc vérifier si le greffier assisté par le juge spécialisé en matière de registre du commerce doit contrôler non seulement l'observation des dispositions légales mais encore la sincérité des déclarations ? S'agit-il vraiment d'un contrôle judiciaire de fond analogue à celui connu en Allemagne?

Pour répondre à cette question, on va chercher la position du législateur (A) puis celle de la jurisprudence (B).

A/ La position du législateur:

313-Un contrôle formel?: Depuis la promulgation de la loi n° 95-44 du 2 mai 1995, le rôle du greffier s'est accru. Il ne doit plus se contenter, comme dans le passé, de vérifier l'identité du requérant et de s'assurer que toutes les mentions prescrites par la loi figurent sur la demande². Désormais, il lui faut procéder à un examen beaucoup plus attentif. Selon l'article 29 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, "*Le greffier, s'assure de la régularité de la demande, il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier*".

Avant d'accepter la déclaration qui lui est présentée, le greffier opère un important contrôle. Il lui appartient de vérifier que le dossier d'immatriculation est complet c'est-à-dire de constater que toutes les mentions sont fournies, que toutes les pièces justificatives sont présentées, et que les mentions concordent avec les pièces justificatives. En effet, la demande d'immatriculation, comprenant des renseignements relatifs à la personne et à l'établissement, doit être accompagnée des pièces justificatives fournies en original ou en copies certifiées conformes pour celles qui doivent être

¹ B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, op.cit., p. 310.

² Dans le système ancien du registre du commerce, où l'immatriculation n'a qu'un effet déclaratif, le rôle du greffier était extrêmement restreint. Il ne peut refuser d'opérer les inscriptions ni exercer sur elles aucun contrôle, sauf de pure forme c'est-à-dire si toutes les mentions prévues par le décret du 26 juillet 1926 n'étaient pas portées. Les requérants qui faisaient de mauvaise foi une déclaration inexacte encouraient une simple amende, certes pénale, mais de faible montant. La faible autorité du greffier, le montant dérisoire des amendes encourues explique qu'ainsi organisé le registre du commerce était d'une "*fiabilité douteuse et (que) son rôle était limité*". Voir A. JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre du commerce", art. préc., p. 395-396. Cet auteur compare le registre de l'époque à un simple bottin répertoriant les commerçants qui souhaitent y figurer.

conservées par le déclarant. Les pièces justificatives sont définies dans les tableaux annexés à l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996¹. Sans doute, il ne s'agit là que d'un simple contrôle formel. Le greffier ne contrôle pas l'exactitude, quant au fond, des mentions de la déclaration. Il ne peut s'ériger en juge de la valeur d'une situation juridique résultant d'un acte présenté à la formalité. Il ne peut exiger que deux choses : d'une part que la déclaration qui lui est présentée contient toutes les énonciations requises, d'autre part, qu'il y a conformité des déclarations avec les pièces produites.

Toutefois, une lecture approfondie de l'article 29 de la loi du 2 mai 1995 nous permet de déterminer l'étendu réel du contrôle effectué par le greffier. L'interprétation peut être faite à la lumière de la pensée de la doctrine française puisque l'article 29 ne constitue qu'une reprise de l'article R. 123-95 du Code de commerce français (a). Mais, il sera plus judicieux de tenir en compte le particularisme du système tunisien de contrôle (b).

a/ Le recours à la doctrine française

314-La position de la doctrine française: Sur la base d'un texte similaire², une doctrine française affirmait que le "*greffier ne contrôle pas au fond l'exactitude des déclarations: il n'a aucun pouvoir d'enquête, aucun pouvoir juridictionnel*"³. On touche ici aux limites du contrôle du greffier. D'une part, il ne peut exiger d'autres pièces justificatives que celles normalement prévues : son pouvoir de contrôle est donc strictement encadré et ne lui offre aucune marge d'appréciation. D'autre part, le greffier ne procède pas à autre chose qu'un contrôle sur pièces : il vérifie ainsi uniquement la régularité des demandes faites au registre du commerce, et non pas la validité des actes,

¹ L'énumération des pièces qui doivent être fournies par l'assujéti est décrite par le tableau 1 : relatif aux demandes d'immatriculation, de modification et de radiation des personnes renseignements relatifs à la personne ; tableau 2: relatif aux demandes d'immatriculation de modification et de radiation des personnes morales de droit tunisien, renseignements relatif à la personne; tableau 3: relatif aux demandes d'immatriculation de modification des sociétés étrangères, renseignements relatifs à la personne; tableau 4: relatif aux demandes d'immatriculation, de modification des établissements publics et des autres personnes morales, renseignements concernant la personne; tableau5 : relatif aux demandes d'immatriculation, de modification des personnes physiques ou des personnes morales renseignements relatifs à la personne

² Article R. 123-95, al. 1^{er} du Code de commerce français.

³ Cependant, pour certains auteurs, la mission du contrôle exercée par le greffier ne peut être que formel. Voir J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, "La douzième réforme du droit des sociétés commerciales", art. préc., p. 200.

qui sont la cause de ces demandes¹. Pour cette raison, monsieur J-P. LE GALL estime qu'il " n'existe pas de contrôle, si du moins l'on veut donner un sens au mot contrôle"². Ce n'est là qu'un simple récolement de pièces et d'écritures, n'apportant aucune garantie formelle³. Incontestablement, cela reste un contrôle limité⁴.

Cependant, pour d'autres auteurs français⁵, cet examen sera délicat et bien proche souvent d'un contrôle au fond. "En raison de la qualité et du nombre des justifications qui doivent lui être fournies, le greffier devra procéder à des investigations étendues, bien proche d'une enquête au fond"⁶. Ce rapprochement paraît plus se manifester à travers l'article 16 du décret du 23 mars 1967⁷ qui imposait au déclarant la justification qu'il répond aux conditions requises pour l'exercice du commerce et qu'il accomplit les formalités de constitution de société. Cette formule se trouve plus ou moins reproduite à l'article 2 du décret de 1984. Il en découle que le greffier devient juge de l'accomplissement des formalités, puisqu'il doit lui en être justifié, alors qu'auparavant il se bornait à enregistrer la déclaration des fondateurs⁸. Il y a là un contrôle préventif, limité toutefois à un contrôle des formalités et non pas des conditions de fond de constitution de la société. Quant à monsieur SINAY, il estime que le pouvoir de contrôle du greffier s'est accru⁹. Un véritable contrôle de conformité était donc instauré¹⁰.

315-Cette pensée de la doctrine française est confirmée par le décret du 10 avril 1995 qui semble conférer au greffier un rôle plus actif suite à la suppression de la

¹ G. KERBART, A. REYGROBELLET et A. RONZANO, "La qualité de l'information et le contrôle des publicités légales", in *Publicité légale et information dans les affaires*, ouvrage collectif sous la direction de A. SAYAG, op.cit., n°551, p. 468 et 469.

² J-P. LE GALL, "Les autorités publiques et le contrôle de la constitution des entreprises privées", in *Les autorités publiques et l'entreprise privée*, R.J. com 1983, numéro spécial, p. 24.

³ Ibid.

⁴ G. KERBART, A. REYGROBELLET et A. RONZANO, "La qualité de l'information et le contrôle des publicités légales", in *Publicité légale et information dans les affaires*, op.cit., n°551, p. 468 et 469.

⁵ S.A. LECOUFLE, *L'extension du rôle du registre du commerce dans le décret-loi du 9 août 1953*, thèse précitée, p. 100 et suivant.

⁶ SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°20.

⁷ Le contrôle de constitution était fondé sur l'article 6 de la loi de 1966 relatif à la déclaration de conformité et les articles 16 et 45 du décret du 23 mars 1967 ayant trait à l'inscription au registre du commerce.

⁸ A. JAUFFRET, RTD com. 1970, p. 95-96.

⁹ R. SINAY, "La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français", *Gaz. Pal.* 1971, doct., p. 146.

¹⁰ R. HOUIN, RTD com. 1970, p. 1008.

déclaration de conformité¹. La dite suppression s'est accompagnée d'une légalisation du rôle de contrôle du greffier de la conformité des déclarations de constitution ou de modification statutaires des sociétés commerciales par rapport aux dispositions législatives et réglementaires². Le législateur français semble vouloir étendre largement le domaine de contrôle du greffier. Toutefois, l'étendue exacte de ce contrôle est sujette à discussion. Le greffier doit certainement s'assurer que les formalités constitutives ont été régulièrement accomplies. Tout au plus peut-il contrôler la conformité des énonciations statutaires³ ainsi que la concordance entre ces énonciations et les pièces justificatives. Il peut aussi, vérifiant, le cas échéant, que les associés remplissent les conditions requises par telle ou telle réglementation spéciale⁴. Mais il peut difficilement aller au-delà. En effet, pour certains auteurs, ce système permet à la fois une vérification de la régularité formelle et des conditions de fond les plus apparentes, comme les souscriptions du capital social ou l'exigence du nombre minimum d'associés. La plupart des fraudes et des vices de consentement restent en revanche indécélables⁵. Cependant, pour d'autres auteurs, la mission du contrôle conférée au greffier est plus approfondie⁶. Monsieur B. LECOURT avance le raisonnement suivant " *dans un premier temps, le greffier opère un contrôle de la régularité formelle par la présentation des pièces justificatives, notamment les statuts et pièces annexes; dans un deuxième temps, il doit "en outre", vérifier la conformité de la constitution aux dispositions législatives et réglementaires. Ces vérifications ne peuvent être qu'un contrôle de fond, puisque, logiquement, un contrôle formel a été effectué préalablement*"⁷.

316-Faisant preuve d'une volonté constante de se remettre en question au regard d'un système de contrôle très approximativement communautaire et de l'efficacité relative de ses mécanismes, le droit français a beaucoup évolué. Toutefois, on regrette

¹ La loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle a supprimé cette déclaration de conformité, mais elle a décidé de la maintenir en cas de fusion et de scission à peine de nullité (article L. 236-6 du Code de commerce).

² Article R. 123-95, al. 2 du Code de commerce français.

³ P. BEDER, Répertoire Dalloz de droit commercial 2011, V° Registre du commerce et des sociétés, n°238.

⁴ Com. 11 février 1986, Rev. soc. 1986, 411, note Y. CHAPUT.

⁵ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., p. 157; M-F. COUTANT, " Du contrôle du greffier du tribunal de commerce en cas de constitutions ou de modifications statutaires des sociétés commerciales", Droit des sociétés, octobre 1996, 13.

⁶ Par exemple messieurs P. DIDIER et Ph. DIDIER estiment que si en principe les dispositions relatives au registre du commerce n'imposent au greffier qu'un simple contrôle de régularité formelle, la nouvelle disposition de l'article L.210-7 du Code de commerce semble édicter un contrôle de fond qui est attendu de lui. Voir P. DIDIER et Ph. DIDIER, Droit commercial, tome 2, op.cit., n°496, p. 401.

⁷ B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, op.cit., p. 254.

toujours que les critères de l'intervention du greffier ne soient pas définis par aucun texte avec d'avantage précision¹. Cette ambiguïté caractérise aussi notre législation tunisienne demeurée archaïque.

b/ Le particularisme du droit tunisien:

317-L'instauration d'un contrôle de conformité: Les articles 29 et 3 alinéa 2 de la loi du 2 mai 1995 relatifs au domaine du contrôle de greffier n'ont pas subi des modifications lors de l'amendement du 14 avril 2010. Ils constituent tout simplement une reprise des dispositions du décret français du 30 mai 1984. Mais, il n'est pas excessif de constater que le législateur tunisien a instauré un contrôle de conformité qui se déduit des dispositions de l'article 3 de la loi du 2 mai 1995. Cet article donne pouvoir au greffier d'exiger des assujettis qu'ils remplissent bien les conditions nécessaires à leur activité. En effet, certaines activités commerciales faisant l'objet d'une réglementation spéciale sont soumises à l'exigence d'une autorisation préalable² qui prend la forme de licence³, carte professionnelle⁴, permis ou agrément⁵. Suivant les cas, le commerçant assujetti à l'immatriculation, doit donc, fournir la copie de l'autorisation

¹ Pour décrire cette situation monsieur COUTANT utilise les expressions " *flou artistique*" ou "*un clair obscur législatif*", dans son article intitulé "Du contrôle du greffier du tribunal de commerce en cas de constitution ou de modifications statutaires des sociétés commerciales", publié dans la revue Droit des sociétés 1996, 13.

² Le contrôle qu'exercent les pouvoirs publics sur l'accès au commerce et à l'industrie s'est traduit, sur le plan terminologique, par l'usage d'un vocabulaire extrêmement varié, mais qui n'a pas altéré, fondamentalement, la logique du régime préventif véhiculé par la technique de l'autorisation préalable (exemple la licence, la carte professionnelle, permis). Cependant, l'agrément se présente sous un double aspect. D'une part, le procédé peut consister dans une simple reconnaissance d'avantages à un organisme ou à une personne... D'autre part, il peut représenter la condition première de l'existence d'un organisme ou de l'exercice d'une quelconque activité. Dans cette seconde hypothèse, l'agrément paraît bien proche de l'autorisation préalable, dans la mesure où, comme cette dernière, il préside à la naissance de certaines activités commerciales et industrielles. Voir H. BEN M'RAD, La liberté du commerce et de l'industrie, thèse Tunis 1998, p. 196 et suivant.

³ Il en est ainsi par exemple de l'activité d'entreprise pharmaceutique (Décret-loi du 16 mars 1960). De même, le décret-loi n°73-13 du 17 Octobre 1973 portant réglementation des agences de voyages (Ratifié par la loi n°75-68 du 19-11-1973) soumet l'accès à l'exercice de l'activité d'entreprise d'agence de voyage à l'octroi d'une autorisation administrative appelée licence d'agence de voyages.

⁴ Pour les commerçants étrangers la carte professionnelle matérialise l'autorisation administrative pour l'exercice d'une activité professionnelle. Cette carte présume que l'étranger, voulant exercer une activité commerciale en Tunisie, a répondu à toutes les conditions exigées par la loi nationale. En fait, sa délivrance ne saura qu'après un examen de la part de l'administration nationale compétente. Voir M.A. BETTAIEB, "L'exercice du commerce par les étrangers", Infos-Juridiques, 2010, n° 102/103, pp.30.

⁵ Selon l'article premier de loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique, la liste des activités soumises à autorisation préalable est fixée par décret et ce sous réserve des dispositions législatives particulières. Dans ce cadre, le décret n° 94-492 du 28 février 1994, portant fixation des listes des activités relevant des secteurs prévus par les articles 1, 2, 3 et 27 du code d'incitations aux investissements, fixe la liste des activités soumises à autorisation préalable.

administrative¹. Il suffit donc au greffier, à travers l'objet de l'activité commerciale mentionné dans la demande d'immatriculation², de s'assurer que ce document a été délivré. Mais, cela suppose une parfaite connaissance, de la part du greffier, de l'ensemble de ces activités soumises à l'autorisation, chose qui n'est pas facile. Ainsi, une liste des professions et activités commerciales nécessitant la production d'une autorisation, d'un agrément, d'un diplôme ou d'une carte professionnelle pourrait faire, comme en France³, l'objet d'une brochure délivrée au greffier.

Le greffier doit aussi, vérifier l'accomplissement des formalités de constitution de sociétés prévues par le Code des sociétés commerciale. Certes, c'est au déclarant à justifier de cet accomplissement, mais il doit en justifier auprès du greffier qui, par conséquent, est bien tenu d'exercer un contrôle destiné à limiter les cas où la nullité pourrait être prononcée⁴. Ainsi, la demande d'immatriculation doit être accompagnée par l'acte constitutif de société rédigé⁵, un rapport du commissaire aux comptes sur l'évaluation des apports en nature⁶ et un certificat du dépositaire des fonds⁷ constatant le versement des apports en numéraire aux quels doit être annexés les bulletins de souscription délivrés par le receveur de l'enregistrement, officier public. Ces documents qui valident la consistance du capital social considéré comme le gage des créanciers

¹ V. Tableau 1 relatif aux pièces fournies par les personnes physiques. Arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce ; JORT n°18 du 1er mars 1996 ; p.392

² Article 9 (nouveau)-B-2° de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 relatif aux personnes physiques et l'article 11 (nouveau)-A-5° de la même loi relatif aux personnes morales.

³ En France, cette brochure est éditée par les journaux officiels sous le n° 1006 bis mais sa version la plus récente datait déjà de 1982. V° P. BEDER, Répertoire commercial Dalloz, 2011, V° Registre du commerce, n°182.

⁴ C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p. 425.

⁵ L'article 45 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 prescrit que deux copies conformes à l'original doivent être déposées.

⁶ Lorsque la constitution des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions comporte des apports en nature, le droit tunisien, contrairement au droit français (les articles L. 223-9 et L.225-8 du Code de commerce français), n'exige pas expressément le dépôt du rapport du commissaire aux apports. Il n'a édicté l'obligation de dépôt de ce document qu'en cas d'augmentation ou de réduction de capital de telles sociétés par apport en nature (Article 48 nouveau de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.). Le recours au Code des sociétés commerciales nous enseigne qu'une évaluation exacte de ces apports nécessite leur appréciation par un commissaire aux apports (Article 173 du Code des sociétés commerciales).

⁷ Article 45 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 " ... *En outre, pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, sont annexés au dépôt les documents prescrits aux paragraphes 1 et 2 de l'article 170 du code des sociétés commerciales*".

sociaux¹ permettent au greffier de vérifier indirectement la réalité de la constitution du capital et la validité du contrat de société². De surcroît, tout déclarant doit mentionner, dans sa demande d'immatriculation³, le numéro et la date du certificat de priorité⁴ sur le nom commercial⁵, la raison sociale⁶, la dénomination⁷ ou l'enseigne⁸. Le législateur français n'a pas requis la délivrance d'une telle attestation de priorité par l'institut national de la propriété industrielle auprès duquel l'entreprise peut mener son enquête. Toutefois, la jurisprudence admet que le greffier saisi d'une demande d'immatriculation, peut refuser la dénomination sociale ou le nom commercial, au motif que cette appellation choisie n'est pas licite⁹. Il peut même demander à une société de modifier son nom commercial, si celui-ci risque de créer une confusion avec un organisme officiel¹⁰.

En outre, le greffier doit s'assurer de la conformité de la constitution aux dispositions légales. C'est ainsi qu'il doit non seulement vérifier que le montant du

¹ En effet, l'article 5 du Code des sociétés commerciales prévoit que le capital est "*le gage exclusif des créanciers sociaux*". Il s'agit d'une garantie de remboursement, tous les biens de la personne morale qu'ils soient mobiliers ou immobiliers assurent le paiement de toutes ses dettes, ils sont le gage commun de tous ses créanciers au sens de l'article 192 du Code des droits réels. Le gage en question porte non pas sur la valeur abstraite inscrite dans les statuts mais sur les éléments de l'actif à concurrence de cette valeur.

² La nullité est généralement encourue en cas de non respect des formalités prescrites pour la constitution d'un capital social. Voir H. BLAISE, L'apport en société, thèse Rennes, 1955, n°179 et suiv.

³ Article 9 (nouveau)-A-8° de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 concernant la personne physique, et l'article 11 (nouveau)-A-1° concernant la personne morale.

⁴ La loi n°2010-15 du 14 avril 2010 a créé une attestation de priorité qui permet de s'assurer de la priorité de la dénomination sociale, de l'enseigne et du nom commercial. En vertu de l'article 6 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, cette attestation est octroyée par l'institut national de la normalisation et de la propriété industrielle. "*Les conditions d'octroi de ladite attestation, les formalités de sa délivrance et de sa publicité au registre de commerce, de la prorogation de sa validité, le tarif y afférent et les modalités de sa perception sont fixés par décret*". Par conséquent, cette loi a instauré un contrôle a priori pour prévenir contre toute usurpation qui peut consister soit en une reproduction pure et simple, soit en une imitation plus au moins servile d'une enseigne.

⁵ le nom commercial est l'appellation donnée à un fonds de commerce pour l'identifier. Il est quelquefois utilisé pour désigner l'entreprise, entité économique. Voir Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, 2005, V°Dénomination sociale - Raison sociale, p. 3755.

⁶ Les sociétés de personnes et les sociétés civiles sont désignées par une raison sociale devant impérativement comprendre le nom des associés indéfiniment responsables du passif social.

⁷ Quant aux sociétés de capitaux, elles sont désignées par une dénomination sociale : les associés ont toute latitude pour décider du contenu de cette dénomination (objet de la société, nom d'un associé, nom de faitaisie...). La dénomination sociale doit être toujours suivie ou précédée de la forme juridique (société anonyme, société en commandite par actions ou société à responsabilité limitée) suivie de l'énonciation du montant du capital social et de l'indication du lieu et de numéro d'immatriculation au registre du commerce.

⁸ L'enseigne se présente comme un signe extérieur et visuel, apposé sur l'établissement commercial et qui désigne ainsi le fonds de commerce au lieu même où il est exploité.

⁹ CA Paris, 3e ch., sect. C, 28 mai 1999: JurisData n° 1999-023154; Bull. Joly 1999, p. 1233, obs. G. LOISEAU; Dr. sociétés 1999, comm. 176, obs. Th. BONNEAU; Rev. sociétés 1999, p. 872, obs. Y. GUYON; JCP, 2000, E, p. 798, n° 20, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

¹⁰ Toulouse, 12 février 1987, JCP, 1988, G, IV, p.148.

capital social indiqué dans les statuts¹ correspond à celui mentionné dans la demande², mais encore, que le montant déclaré n'est pas inférieur au montant minimal imposé³. Il doit vérifier aussi que les sociétés en commandite simple ne comportent pas des apports en industrie⁴. A partir des extraits de naissance le greffier contrôle la capacité juridique⁵

¹ Article 9 du Code des sociétés commerciales.

² Article 11 (nouveau)-A-3° de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

³ En effet, certaines sociétés ont un montant minimal imposé : sociétés anonymes avec ou sans appel public à l'épargne (Article 161 du Code des sociétés commerciales "*Le capital de la société anonyme ne peut être inférieur à cinq mille dinars si elle ne fait pas appel public à l'épargne. Lorsque la société fait appel public à l'épargne, son capital ne peut être inférieur à cinquante mille dinars.*") et société en commandite par actions (Article 392 du Code des sociétés commerciales "*Le capital de la société en commandite par actions ne peut être inférieur à cinq mille dinars. Les apports effectués par les commanditaires doivent être intégralement libérés dès la souscription*"). Concernant la société à capital variable (Article 407 du Code des sociétés commerciales) elle doit indiquer outre le capital initial qui ne peut être supérieur à 10,000 dinars, le montant au-dessous duquel le capital ne peut être réduit par les reprises des apports et des retraits d'associés. La dite somme ne peut être inférieure au vingtième du capital social. Ce capital minimum irréductible est déterminé par les statuts. Il doit être aussi, mentionné au registre du commerce car il est destiné à la protection des créanciers pour les prémunir contre une évaporation trop importante de leur garantie, mais également pour s'assurer que le capital ne sera pas réduit à zéro.

⁴ Pour ce type de société, le législateur n'exige pas un montant minimal, mais il interdit aux commanditaires de faire des apports en industrie (Article 67 du Code des sociétés commerciales). Cette mesure qui s'appliquait aussi pour la société à responsabilité limitée, a été supprimée par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique qui abroge l'article 92 du Code des sociétés commerciales. Voir S. FRIKHA, "Les apports de la loi relative à l'initiative économique au droit des sociétés commerciales", Infos Juridiques, n° 40/41- 2008, p. 33.

⁵ L'article 11 du Code des sociétés commerciales prévoit que "*nul ne peut être associé dans une société en nom collectif ou commandite dans une société en commandite simple ou par actions s'il n'a pas la capacité requise pour la profession commerciale*". Aux termes de l'article 5 du Code de commerce "*toute personne capable de s'obliger peut exercer le commerce*". La personne capable de s'obliger est à la fois celle qui est majeure, c'est-à-dire âgée de dix huit ans révolus (Article 7 du Code des Obligations et des Contrats tel que modifié par la loi n°2010-39 du 26 juillet 2010.) et qui n'est pas atteinte d'aliénation mentale (Article 160 alinéa 1 et 161 du Code du Statut Personnel) ou interdite pour cause de faiblesse d'esprit (Article 160 alinéa 2 et 161 du Code du Statut Personnel) ou de prodigalité (Article 164 du Code du Statut Personnel.).

Toutefois, un mineur peut, à titre exceptionnel, exercer le commerce s'il a été émancipé. L'émancipation en matière commerciale ne peut être que de plein droit par le mariage telle que prévue par l'article 153 (nouveau) du Code de statut personnel. L'immatriculation du mineur émancipé par le mariage nécessite une présentation de l'acte d'état civil de mariage.

عامر بورورو، "الترشيح بالزواج، مجلة القضاء والتشريع، عدد 2 لسنة، 1995 ص 16 ; عبد الباسط خالدي، "الترشيح بالزواج"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 8 لسنة 1995، ص 179.

La possibilité de l'émancipation judiciaire a été écartée par la loi n°2010-39 du 26 juillet 2010 qui a abrogé l'article 6 du Code de commerce. Cependant, le législateur français a levé l'interdiction par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (JO 16 juin. - C. com., art. L. 526-6 à L. 526-21 nouveau) qui a permis à un mineur de constituer un patrimoine affecté à une entreprise individuelle à responsabilité limitée, y compris en matière commerciale. Destinée à favoriser l'initiative individuelle et l'esprit d'entreprise, cette loi a modifié l'article L. 121-2 du Code de commerce qui dispose désormais que "*le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé*". Cette autorisation doit être mentionnée dans la demande d'immatriculation du mineur émancipé. Voir S. MOREAU, "L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? Réflexions au lendemain de la réforme du 5 juillet 1974", JCP, 1975, I, 2718, spéc. n° 33 et 34.

des associés en nom et commandités ayant la qualité de commerçant, la capacité des associés d'une société civile¹ et celle des représentants légaux de sociétés.

318-L'intervention du juge du registre du commerce: Or, un tel contrôle nécessite une connaissance parfaite, de la part du greffier, de la réglementation générale ou spécifique² à laquelle sont soumises les sociétés. A cet égard, la loi du 2 mai 1995 a introduit une cohabitation subtile entre le greffier et le juge du registre du commerce. Ainsi, en cas de doute sur le caractère limité ou illimité de la durée de la société³, de la validité d'une société sans capital⁴ ou la nature et régularité d'une activité exercée, le

¹ Bien que l'article 11 (nouveau)-A-9° de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 ne s'applique qu'aux associés en nom et aux commandités responsables solidairement et indéfiniment des dettes sociales, son domaine peut être étendu aux associés d'une société civile qui doivent avoir la capacité de s'obliger pour les actes de la vie civile puisqu'ils sont tenus proportionnellement à leurs parts dans le capital sauf si la solidarité est stipulée (Article 1309 du Code des obligations et des contrats).

² Concernant la forme juridique de la société, le greffier doit vérifier à travers les statuts, s'il s'agit d'une société à vocation particulière, pour s'assurer que "*le régime auquel elle est soumise*" figure dans la demande d'immatriculation. On peut citer l'exemple des sociétés coopératives, sociétés de commerce international, sociétés financières, sociétés agricoles et sociétés professionnelles. La demande d'immatriculation de chacune de ces sociétés doit indiquer le statut légal particulier auquel elle est soumise.

³ L'article 9 du Code des sociétés commerciales impose de mentionner dans les statuts, la durée de la société qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, sous réserve d'une prorogation selon l'article 8 du même Code. Cette durée peut être déterminée par un terme certain ou incertain (Voir B. MERCADAL et Ph. JANIN, A. COURET et A. CHARVERIAT, Sociétés commerciales, Lefebvre, 2005, n° 316 ; H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in mélanges P. VOIRIN, LGDJ, 1996, p. 737 ; D. BASTIAN, "La réforme du droit des sociétés commerciales, JCP, 1967, G, 2121, n° 111 et suivant.). L'admission d'un terme incertain fait que les sociétés peuvent fixer leur durée par référence à un objet social naturellement limité dans le temps (H. ROLAND, "Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs", in Mélanges P. VOIRIN, LGDJ, 1996, pp. 737, spéc. p. 742 ; Contra APS, "La durée de vie des sociétés", Gaz. Pal. 1979, 1, doct. p. 18.). Mais, il ne peut pas exister de sociétés commerciales à durée illimitée.

Les fondateurs peuvent donc, préciser, dans le statut, l'opération ou la série d'opération à réaliser. Cependant, les statuts sont, en général, rédigés d'une manière suffisamment large pour que cette dissolution n'intervienne pas lors d'un arrêt de l'activité principale. Le greffier qui constate que l'objet social, largement défini, risque de ne jamais s'épuiser, doit saisir le juge de registre du commerce.

⁴ Exception faite de l'exigence d'un montant minimal, les associés sont libres de fixer le montant de capital social et choisir le type des apports qu'ils souhaitent. Mais les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital, celui-ci ne pouvant être constitué que par des apports en numéraire ou en nature (En effet, l'article 5 du Code des sociétés commerciales prévoit l'exclusion de l'apport en industrie du capital social. Cette règle est confirmée dans l'article 97 nouveau du Code). Par conséquent, la société en nom collectif constituée uniquement par des apports en industrie est une société sans capital. Aussi, rien ne s'oppose à ce qu'une société civile soit constituée uniquement entre apporteurs en industrie et que, dès lors, elle soit sans capital social (Voir, Mémento Pratique Francis Lefebvre, Sociétés civiles, 2006, n° 1755. En sens contraire, voir BEZARD, Sociétés civiles. Contrat de société, Société en participation. Registre du commerce et des sociétés, Litec 1979, n° 228). Dans ce cadre, la question qui se pose est de savoir si le greffier peut immatriculer une société sans capital c'est-à-dire une société dans laquelle les associés n'apporteraient que leur industrie? Mais, l'article 9 (nouveau)-A-3° de la loi du 2 mai 1995 exige la déclaration du "*montant du capital social*". Cette exigence ne pourra pas être remplie lorsque les statuts préciseront que la société est constituée sans capital social. Dans ce cas le greffier doit saisir le juge de registre du commerce qui peut exiger de mentionner un montant même symbolique du capital social. Aucun minimum n'étant exigé, il sera cependant tenu d'accepter des statuts mentionnant un capital de un dinar divisé en deux parts. Voir C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, Volume 2, op.cit, p. 327.

greffier peut, tout simplement saisir le juge. L'intervention, même indirecte, du juge de registre du commerce, juge spécialisé, confère une certaine garantie puisqu'on est mieux assuré que le ritualisme des opérations constitutives a été formellement respecté. A ce rôle du juge est, en effet, souvent attachée une certaine rigueur tant professionnelle que morale.

Même si le législateur, à travers les articles 29 et 3 de la loi du 2 mai 1995, n'a entendu instaurer qu'un contrôle de conformité formelle, la mission traditionnelle du juge lui confère le pouvoir d'éliminer, en vertu de sa compétence juridictionnelle, les nullités fondées sur une violation de l'ordre public ou encore celles liées à la fraude ou à la mauvaise foi¹. Le juge est sans aucun doute l'une des autorités les mieux qualifiées pour rechercher la nature d'une activité sociale² et d'apprécier le caractère universel³ ou illicite⁴ de l'objet de la société. Mais, il demeure inapte d'exercer un contrôle de sincérité

¹ Le contrôle est toujours marqué d'un minimum de vigilance. Voir, R. SINAY, "La première directive européenne sur les sociétés", art. préc., n°40, p.151.

² La demande d'immatriculation doit indiquer les activités réellement exercées par l'entreprise (Article 9 nouveau-B-2° concernant la personne physique et article 11 nouveau-A-5° concernant la société de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.) et non pas l'objet social. Monsieur M-M. FERCHICHI constate que l'emploi de l'expression activité principale ou réelle par le législateur, la jurisprudence ou la doctrine témoigne la décadence de l'institution de l'objet social qui ne constitue plus une notion fondamentale et fédératrice en droit des sociétés. Voir M-M. FERCHICHI, "La notion d'objet social dans les sociétés commerciales", Infos Juridiques, 2014, n°174-175, p.10-15, spécialement p.10.

On entend par objet social "*l'ensemble des activités que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies*". Dès lors, l'objet social est la présentation d'un programme. Il offre un choix d'activité ; il n'a pas à être réalisé dans son ensemble. Il trace simplement les limites dans lesquelles la société peut trouver la ou les activités à exercer (Y. CHAPUT, De l'objet social des sociétés commerciales, thèse Clermont Ferrand 1974, p. 9 ; P. DIDIER, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 323.). Il s'avère donc, que l'activité sociale est une composante de l'objet social. Elle est normalement la réalisation des "*possibles*" décrits par les statuts. C'est elle qui détermine la nature civile ou commerciale de l'activité exercée.

³ Devant être mentionné dans les statuts, l'objet social est généralement déterminé en termes larges pour ne pas limiter le champ ouvert aux initiatives des dirigeants et pour permettre à la société de s'adapter aux besoins de l'économie sans l'accabler par l'obligation d'une modification ultérieure parfois lourde et difficile des statuts si la société souhaite diversifier son activité (R. BESNARD GOUDET, "Objet social", juris-classeur sociétés 2015 (mise à jour 2017), fasc. 9-10, n° 9.). Cependant, l'utilisation d'une formule extensible, large et assez étendu pour déterminer l'objet social risque de constituer une forme d'objet indéterminé. Assimilée à un objet social "*universel*" un objet social indéterminé entraîne une nullité absolue de la société concernée (M-M. FERCHICHI, "La notion d'objet social dans les sociétés commerciales", Infos Juridiques, 2014, n°174-175, p.10-15, spécialement p.12.).

⁴ La licéité se détermine à partir de l'activité sociale effective. Les activités illicites sont celles qui sont contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Articles 62, 1252 et 1253 du Code des obligations et des contrats.).

des déclarations et de véracité de tout élément intervenant dans la constitution de la société, tel que le caractère réel et sérieux du siège social¹.

Dans cette perspective, l'intervention d'une juridiction sera souvent considérée comme de nature à conférer à l'entreprise une assise juridique incontestable à l'égard des tiers. Le juge n'est pas tenu d'effectuer son contrôle à la seule lumière des pièces justificatives imposées. Sa mission se prête mal à un contrôle qui serait uniquement de forme. Elle s'accommode fort bien d'un contrôle relativement poussé. Sans doute, elle l'autorise à réclamer des requérants d'autres justifications. Dès lors, le juge de registre du commerce peut demander le bulletin n°2 du casier judiciaire en vue de vérifier l'absence de toute interdiction² d'entreprendre certaines activités commerciales ou de gérer, administrer et diriger une société commerciale³.

319-Il est à indiquer, qu'après la promulgation du Code des sociétés commerciales accordant à l'immatriculation un effet constitutif de la personnalité morale, le système de contrôle envisagé dans la loi du 2 mai 1995, devrait conduire le juge à étendre naturellement ses investigations à l'ensemble du processus de constitution, si l'on veut réduire les risques d'annulation ultérieure, et par la même renforcer le crédit de la société. Et, comme il s'agit d'une juridiction gracieuse⁴, il est de sa nature que toute difficulté soulevée à l'occasion de l'immatriculation ou de l'inscription au registre soit, si possible, résolue à l'amiable, par l'invitation à régulariser. Ainsi, par le contrôle préalable, il est possible de redresser, lorsque régularisable, des vices entachant la constitution d'une société, la nomination d'un dirigeant ou l'exercice

¹ Pour les sociétés, le siège social, tel qu'il est indiqué dans les statuts, doit être réel et sérieux. Lors d'une déclaration aux fins d'une immatriculation principale l'entreprise doit justifier de la jouissance privative du ou des locaux en tant que propriétaire, locataire ou sous locataire, par tous moyens. Le greffier doit vérifier que l'adresse du siège social ou d'établissement déclarée fait l'objet d'un titre de propriété ou d'un contrat de bail (Dictionnaire Permanent Droit des Affaires, feuillets 145 "Registre du commerce et des sociétés", n° 27 et 28 ; JAUFFRET, RTD com. 1964, n°2.).

² A défaut d'une disposition particulière, analogue à celle du droit français (l'article 131-6, 11° du Code pénal français) certains textes spécifiques à certaines activités commerciales édictent des interdictions d'entreprendre certaines activités commerciales. Pour une liste de ces activités voir C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., pp. 239.

³ Il est à peu près impossible ou du moins très difficile à ce dernier voulant exercer une profession commerciale de prouver qu'il n'est pas frappé de faillite personnelle ou condamné pour faux en écriture, vol, abus de confiance, escroquerie, se voit-il interdire la gérance, l'administration, la direction des sociétés commerciales. Les pièces justificatives sont alors remplacées par une "*déclaration sur l'honneur affirmant qu'elles (personnes physiques assujetties) n'ont été l'objet d'aucune condamnation pénale ni de sanction civile ou administrative de nature à leur interdire... d'exercer une activité commerciale*" (Article 7 de l'arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996.).

⁴ supra, p. 303.

d'une activité... Mais, est-ce-que la jurisprudence tunisienne reconnaît cette mission au juge de registre du commerce?

B/ L'évolution de la position de la jurisprudence:

320-D'un contrôle formel: La loi du 2 mai 1995 a organisé un contrôle judiciaire de fond. La position de la jurisprudence a évolué dans ce sens. Dans un premier temps, la Cour de cassation tunisienne a pu décider, dans un arrêt du 18 décembre 2006¹, que le juge du registre du commerce n'est investi d'aucun pouvoir d'appréciation au fond quant à la validité des actes qui lui sont remis. Il a pour mission de contrôler les pièces déposées et examiner leur conformité avec la législation sans donner son avis ou rendre des décisions qui pourraient influencer le juge de fond qui peut être saisi du litige².

La même solution était affirmée par la Cour de cassation française³ et a été toutefois, critiquée⁴. En effet, à la suite des réformes du registre du commerce de 1995 et de 1998, l'article R. 123-97 du Code de commerce dispose désormais que si le greffier estime que la demande n'est pas conforme aux dispositions applicables il doit refuser l'inscription par une décision motivée. En outre, l'article L. 210-7 et l'article R. 123-94 du même Code prescrivent expressément au greffier de contrôler la régularité de la constitution et des modifications statutaires des sociétés commerciales. Or, ces textes ont été pris pour application de l'article 10 de la première directive européenne du 9 mars 1968 obligeant les États membres de la Communauté européenne à mettre en place un contrôle de légalité *a priori* des statuts des sociétés commerciales afin de limiter les causes de nullité de ceux-ci (ou à opter pour l'acte authentique obligatoire, ce qui revient à donner un monopole aux notaires pour les actes de sociétés). Si le greffier refuse une immatriculation en raison de l'existence d'une cause de nullité dans les statuts, il s'agit bien d'un contrôle de régularité touchant le fond de l'acte en cause.

¹ Arrêt n° 3790 du 18/12/2006, Bull. C. cass. 2007, p.137.

² أحمد الورفلي، الوجيز في قانون الشركات التجارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، ص 72-73.

³ Cass. com., 29 avr. 1997: JurisData n° 1997-001823. Dans l'espèce soumise à la cour, un litige était pendant au fond quant à la validité d'un acte de location-gérance. Or, le juge commis avait enjoint au locataire gérant de procéder à sa radiation au motif que l'acte n'était pas valable. Il ne pouvait manifestement le faire et devait simplement surseoir à statuer. La Cour de cassation souligne que la cour d'appel avait relevé à bon droit que ce juge n'est investi d'aucun pouvoir d'appréciation au fond quant à la validité des actes qui lui sont remis.

⁴ Cass. com., 29 avr. 1997: JurisData n° 1997-001823; RJ com. 1998, p. 273, note J. VALLANSAN; RTD com. 1998, p. 132, obs. J. DERRUPPE.

321-A un contrôle de fond: Puis, dans deux autres arrêts rendus le 21/2/2008¹, la Cour de cassation tunisienne a déclaré que la mission du juge de registre du commerce dépasse le contrôle formel pour concerner l'examen de la conformité des pièces, des contrats et des informations qu'elles comportent, mais ce pouvoir ne peut lui permettre de prononcer la nullité du fait que son rôle s'inscrit dans une procédure de référé dans la quelle toute procédure du contradictoire est absente². Donc, toute tentative de limiter le rôle du juge dans un simple contrôle de la forme le rendrait un simple fonctionnaire au grade de "*super greffier*"³.

De surcroît, ces arrêts portent une nouvelle précision quant à la poursuite ou non des inscriptions en cas de conflit portant sur une demande précédente. La Cour a précisé que les procédures judiciaires entre les intéressés devant le juge de registre ou devant les tribunaux ne peuvent pas empêcher les inscriptions suivantes sur le registre. Selon la Cour, la loi du 2 mai 1995 a prévu de geler les inscriptions sur le registre dans des cas déterminés.

322-Proposition d'une identification du contrôle judiciaire: Par conséquent, une détermination de la notion de contrôle judiciaire de fond peut être dégagée. Le juge du registre du commerce n'est pas le juge du fond des actes qui lui sont remis. Il a certes un contrôle de régularité, de légalité des actes comme le prévoient les textes applicables mais il n'est pas le juge du fond des contrats, statuts et procès-verbaux d'assemblées déposés par les parties. Il ne peut prononcer la nullité ou la résiliation d'un acte, il ne peut que refuser une inscription ou un dépôt au motif qu'il lui apparaît que l'acte n'est pas régulier. On constate donc que les décisions de la Cour sont orthodoxes sur le plan du droit processuel.

Mais, ce type de contrôle poserait éventuellement, de nombreuses difficultés d'ordre pratique, compte tenu des délais impartis au greffe par les textes pour valider

¹Arrêt n° 22056 et arrêt n° 22057 rendu par la 3^{ème} chambre de la Cour de cassation cité par H. BOUGARRAS, "Les pouvoirs du juge sur l'immatriculation au registre de commerce", info Juridique 2008, n°54/55, p. 6.

² La même position est adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt n°43092-2010 rendu le 13-01-2011, Info-Juridique 2011, n°122-123, p.18.

³ Ce terme est employé par la Cour de cassation dans arrêt inédit n° 22057 du 21/2/2008.

une déclaration et des exigences de rapidité du monde économique moderne¹ et compte tenu de son domaine. En effet, l'examen de toutes les mentions portées dans la demande d'immatriculation rendrait le travail du juge trop long et souvent très compliqué et contribuerait à alourdir l'institution en augmentant les chances d'erreur². Il semble inopportun de transposer en droit tunisien l'examen général consacré par le droit allemand³. En effet, les mentions qui doivent figurer au registre tunisien sont beaucoup plus nombreuses que celles exigées en Allemagne. Se poseraient également des difficultés de fond quant à l'interprétation des clauses statutaires illégales, en l'absence ou préalablement à toute décision juridictionnelle⁴.

¹ Paris, 27 févr. 1997, Juris-Data n° 020338 ; Dr. sociétés 1997. 13.

² R. DE LA HAYE, Le registre du commerce : son rôle actuel en droit français, Thèse précitée, p. 62-63.

³ En Allemagne, l'examen de juge porte sur toutes les mentions qui figurent au registre du commerce.

⁴ P. BEDER, Répertoire Dalloz de droit commercial 2011, V° Registre du commerce et des sociétés, n°238.

Conclusion Titre II

323-Depuis la promulgation du Code des sociétés commerciales par la loi du 3 novembre 2000, l'immatriculation d'une société au registre du commerce prend une importance capitale. Se détachant de la publicité, elle est devenue la condition de la naissance d'une personne morale selon l'article 4 du Code. Elle rompait avec le principe classique selon lequel la personnalité morale naissait au moment et du fait de l'acte constitutif. Toutefois, cette réforme est loin de supprimer toutes difficultés, qu'elle en a même créé ce qui nous mène à s'interroger sur la réalité de ce détachement. Est ce que l'immatriculation ne peut être identifiée que par son effet constitutif?

- *D'abord*, lorsque le législateur tunisien édicte la "*naissance*" de la personne morale, c'est bien dans l'archétype de la personnalité que s'inscrit la personnalité morale des sociétés. En utilisant cette expression, il assimile les personnes morales aux personnes physiques et il leur attribue la personnalité juridique. Or, à la différence des secondes, les premières constituent des "*situations collectives organiques*"¹, dont l'opposabilité est si fortement marquée². L'organisation est constituée en un sujet de droit autonome parce qu'elle est opposable aux tiers. A cet égard, l'immatriculation n'a d'autres raisons d'être que de rendre opposable l'organisation qui donne sa substance à la personnalité morale. À partir de ce moment, elle est individualisée ; elle bénéficie de la capacité juridique et, donc, se distingue de la personne des associés qui se sont groupés pour lui donner naissance. Par conséquent, elle peut opposer un patrimoine propre et défendre en justice son intérêt social. Toutefois, on doit signaler que la réforme du droit des sociétés à travers la promulgation du Code des sociétés commerciales ne concerne que les sociétés commerciales. Quant aux sociétés civiles, elles demeurent soumises aux dispositions du Code des obligations et des contrats aux termes desquelles elles sont dotées de la personnalité morale depuis leur constitution. L'effet de l'immatriculation à laquelle elles sont assujetties ne peut être déterminé qu'à travers la recherche de sa finalité. Comme toute mesure de publicité, l'immatriculation d'une société civile aura pour fonction d'informer les tiers de son existence. Cette différence de traitement peut être justifiée par le fait que jusqu'à 2000, date de la réforme, les esprits n'étaient pas

¹ P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963, p.386, n°46.

² A cet égard, monsieur J. DUCLOS a constaté que l'opposabilité de la situation des personnes physiques a soulevé plus de difficultés que celle des personnes morales. Voir, J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., p.248 et suiv., n°214 et suiv.

encore "mûrs" pour une refonte générale du droit des sociétés emportant réforme des sociétés civiles. Peut-on donc dire qu'actuellement une réforme s'impose? Déjà, le législateur français a, depuis la loi du 4 janvier 1978, assujetti toutes les sociétés à la formalité de l'immatriculation pour bénéficier de la jouissance de la personnalité morale.

En réalité, on pourrait être indifférent et même hostile à l'égard d'une réforme analogue à celle du droit français. Un nombre non négligeable de praticiens pensent qu'il serait très commode de trouver dans la panoplie législative, concernant les sociétés, une structure particulièrement souple et peu réglementée : ils se montrent dans ces conditions peu favorables à une évolution des textes¹. En outre, le domaine des sociétés civiles apparaît résiduel: d'une part, il a beaucoup perdu de son importance par l'extension constante de la commercialité par l'objet², d'autre part, il se trouve réduit par l'adoption de réglementations spécifiques s'appliquant à certaines sociétés civiles³.

¹ On estime que le processus de constitution d'une société civile est plus souple que celui d'une société commerciale marqué par le formalisme.

² Notons qu'en réalité la distinction des actes de commerce et des actes civils est loin d'être aussi nette et tranchée ce qui rend incertaine la qualification d'une société. Cette incertitude est due principalement à l'ambiguïté des critères de commercialité prévus par l'article 2 du Code de commerce. Depuis toujours on répugne à faire entrer certains actes dans la commercialité parce que l'on considère, par tradition, qu'ils ne sont pas marqués par l'esprit de spéculation. Tel est le cas, par exemple, de l'architecte qui est considéré comme faisant des actes civils, au même titre que l'agriculteur, alors qu'il s'interpose, avec l'intention d'en tirer profit, entre le maître de l'ouvrage et les entrepreneurs de construction. À l'inverse, des activités traditionnellement considérées comme civiles, telles que les activités immobilières, agricoles ou libérales se distinguent de plus en plus mal des actes de commerce. Cette incertitude est due aussi, à une emprise croissante de la commercialité sur le domaine des activités civiles. En effet, les grands secteurs qui sont communément réputés être civils, à savoir l'agriculture, l'immobilier, les activités intellectuelles, les professions libérales n'échappent pas totalement à l'emprise du droit commercial, en raison notamment de l'attraction de la spéculation commerciale. Il n'est effectivement pas d'activité économique qui puisse se soustraire à la loi du marché. Cela se traduit, par exemple, par l'adjonction de plus en plus fréquente d'activités annexes à l'activité civile. Ainsi les activités civiles par nature se trouvent submergées par des actes de commerce. Cette extension de la commercialité conduit à un affaiblissement de la distinction générale des actes civils et des actes de commerce et corrélativement de celle des sociétés commerciales et des sociétés civiles. Dès lors, la frontière entre le domaine commercial et le domaine civil est souvent difficile à tracer. Voir G. DAUBLON, "Le domaine des sociétés civiles", RTD com 1983, p.17; Y. VIALA, "La société civile à objet commercial", Bull. Joly Sociétés, 1 octobre 2002, n°10, p. 1018; A. JAUFFRET, "L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles", Etudes offertes à P. Kayser, t.2, Aix-En-Provence: PUAM, 1979, pp.59; J. DERRUPPE, "Activité agricole et actes de commerce", RTD com. 1989, p.211.

³ Il existe des sociétés ayant un objet civil soumises à un statut particulier tels que les sociétés professionnelles: Décret-loi n°2011-79 du 20 août 2011 portant organisation de la profession d'avocat (J.O.R.T. n°63 du 23 août 2011, p.1595; Loi n°2002-81 du 3 août 2002 relative à l'exercice des activités privées de contrôle, de gardiennage, de transports de fonds et de métaux précieux et de protection physique de personnes (J.O.R.T. n°64 du 6 août 2002, p.1007), modifiée par la loi n°2008-14 du 18 février 2008: Loi n°88-108 du 18 août 1988 portant refonte de la législation relative à la profession d'expert comptable (J.O.R.T. n°56 du 26 août 1988, p.1179); Loi n°91-21 du 13 mars 1991 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin et de médecin dentiste (J.O.R.T. n°19 du 15 mars 1991, p.408).

- *Ensuite*, qualifier une société non encore immatriculée n'est pas une œuvre facile. Il est vrai qu'une société n'acquiert la personnalité morale qu'à dater de son immatriculation; mais un certain délai peut nécessairement s'écouler entre le moment où les associés conviennent de constituer la société et celui de son immatriculation. Cette période, qui est particulièrement difficile à définir, fut à l'origine de vifs débats doctrinaux. Certains ont prétendu à l'existence d'une société créée de fait préexistante à la société de droit¹. D'autres, voyaient au contraire dans cette période une société en formation². Le droit tunisien est favorable à cette dernière qualification. Il prévoit, par une disposition applicable à la société à responsabilité limitée que tant qu'elle n'est pas immatriculée, la société est "*en cours de constitution*" (article 103 du Code des sociétés commerciales) c'est à dire en cours de formation. Cette expression paraît être ambiguë puisque le régime auquel elle est soumise permet aux fondateurs l'accomplissement d'un certains actes juridiques. Ce qui pose la question de savoir si la personnalité morale peut naître avant l'immatriculation? La société en formation est-elle dotée de la personnalité morale?

La société en formation est dotée d'une certaine existence juridique active pour des objectifs de fondation. Il s'agit ici, d'une dérogation dictée par les impératifs importants de la vie économique et par les besoins de la formation qui ne peut être interprétée et mise en œuvre que de façon étroite et réduite. Certains pensent que cette reconnaissance de la personnalité en dehors de l'immatriculation n'est qu'un retour à la théorie de réalité que la jurisprudence a amorcé aussi avec la notion de "*personnalité processuelle*" laquelle peut s'exercer dans deux directions. Dans l'ordre interne, tout d'abord, le groupement peut avoir recours au juge pour trancher les litiges qui l'opposeraient à ses membres. Dans l'ordre externe, ensuite, une personnalité d'une société dissoute et liquidée réapparaît dès que se révèlent des droits et des obligations du groupement.

- *Enfin*, un effet constitutif, nécessite en principe l'instauration d'un système de contrôle préalable ayant pour objet d'éviter les irrégularités de constitution. Or, le contrôle, tel qu'il est envisagé par la loi du 2 mai 1995 est jugé insuffisant pour éviter la

¹ Cl. CHAMPAUD, Rapport à l'association H. Capitant, sur "Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français", Travaux ass. Capitant, t.XXI, 1969, 1974, p.118 et suiv.; H. TEMPLE, Les sociétés de fait, op.cit, n°320; G. RIVES, "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", art. préc., n°15, p.406.

² J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 3, Paris, Dalloz, 1978, n°622.

nullité. Bien qu'il soit qualifié de judiciaire, il n'est qu'un simple contrôle de conformité formelle. Aussi, il sera paradoxal d'accorder à l'immatriculation un effet aussi important si elle n'est pas en mesure de garantir la sécurité de la situation qu'elle crée. Bien sûr ce n'est pas l'immatriculation seule qui fait naître la personnalité juridique, celle-ci n'est que l'aboutissement de la constitution de la société, l'aboutissement de la procédure retenue par l'ordre juridique pour reconnaître au groupement son aptitude à être titulaire de la personnalité morale.

En conclusion, on peut constater que l'effet constitutif est impuissant à caractériser l'immatriculation par rapport aux autres mesures de publicité. Elle demeure toujours une formalité qui sert à informer les tiers de l'existence d'une structure juridique.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

324-Au sommet des effets juridiques que peut atteindre la publicité légale, celle-ci devient constitutive d'un droit. Rappelons que le droit désigne sous le terme constitutif ce qui "*crée un nouvel état de droit ; qui établit une situation juridique nouvelle*". Par opposition, est déclaratif ce "*qui constate un fait préexistant ou reconnaît un droit préexistant*"¹. Traditionnellement les effets de la publicité légale sont d'ordre déclaratif. Or, certains actes de la publicité légale sont aujourd'hui d'ordre constitutif. Ainsi on parle de l'effet constitutif des inscriptions en matière de la publicité foncière et de l'effet constitutif de l'immatriculation en matière commerciale. Mais, à la différence de la première qui crée un nouveau droit réel, la deuxième permet à son auteur de bénéficier d'un statut particulier. Elle crée une nouvelle situation juridique. Ayant un caractère personnel, l'immatriculation se rapporte plus à la personne qu'à l'entreprise qu'elle exploite. C'est "*le sujet*" lui - même, en tant qu'entité juridique, qui est immatriculé. Il peut être une personne physique exploitante d'une entreprise individuelle à caractère commercial ou une personne morale à la tête d'une entreprise sociétaire civile ou commerciale. Qu'elle soit une personne morale de droit privé ou de droit public, elle est aussi tenue de s'immatriculer au registre du commerce. Il s'agit d'un enregistrement effectué par le greffier sur une déclaration volontaire de l'assujetti.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de traiter de l'effet constitutif de l'immatriculation, il ne peut s'agir de toutes ces entreprises, certaines d'entre elles sont seulement concernées. Ce sont les articles 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 et l'article 4 du Code des sociétés commerciales relatifs respectivement aux personnes physiques et aux sociétés commerciales qui consacrent cet effet mais à des degrés différents. Si pour le premier l'immatriculation attribue le statut du commerçant, elle attribue pour la deuxième une personnalité morale indépendante de la personnalité de chacun de ses membres. Cette dernière solution est transposée au groupement d'intérêt économique dans l'article 441 du Code des sociétés commerciales. Mais en dehors de ces textes, l'immatriculation ne peut pas produire le même effet. Dans ce cas, on doit chercher sa fonction qui ne peut être réduite à l'effet constitutif qu'elle entraîne.

¹ Définitions issues du vocabulaire juridique de l'association H. Capitant : publiée sous la direction de G. Cornu.

Etant une mesure de publicité, l'immatriculation sert à informer les tiers de la situation juridique de l'entreprise immatriculée. Elle informe de l'existence d'une structure créée par la société étrangère, de l'existence d'une entreprise publique à caractère industriel et commercial mais aussi de l'existence d'une société civile. En effet, la limitation du domaine d'application du Code des sociétés commerciales aux sociétés commerciales¹ suscite plusieurs incohérences dont notamment le problème de la date d'acquisition par la société civile de sa personnalité morale. Soumise encore aux dispositions du Code des obligations et des contrats, la société civile acquiert sa personnalité morale depuis sa constitution selon l'article 1261. Cette différence de traitement des situations similaires est aujourd'hui, injustifiable. La réforme du droit des sociétés civiles paraît s'imposer et devra être faite rapidement. Les dispositions du Code des obligations et des contrats applicables aux sociétés civiles font partie de ces "vieilles". La plupart dataient de 1902 et n'étaient pas dignes d'un pays qui avait fait dans la plupart des domaines un important effort de rénovation législative. Ainsi, les articles 1249 et suivants laissent beaucoup à désirer sur le plan rédactionnel, par des formules archaïques et difficilement compréhensibles, mais aussi, au fond par des références à des pratiques disparues et surtout par une insuffisance des mesures devant assurer la protection des associés et des tiers.

Une lecture approfondie des dispositions du Code des sociétés commerciales, nous permet de constater que l'effet déclaratif de l'immatriculation peut concerner même une société commerciale. Mais, on doit noter ici une certaine spécificité. En subordonnant l'acquisition de la personnalité juridique à l'immatriculation au registre du commerce, on évite que des personnes morales naissent sans que le public en soit informé: la personne morale n'existe qu'à partir du moment où les tiers peuvent en prendre connaissance. Une fois la formalité effectuée, les tiers ne peuvent ignorer son

¹ La limitation du domaine du Code des sociétés commerciales officialise la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Mais cette distinction est actuellement dépassée. Dépassée, d'une part, parce que la distinction adoptée actuellement est celle entre les sociétés faisant appel public à l'épargne et les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne. Dépassée, d'autre part, par tout un dispositif législatif qui tend à assurer l'unité de droit privé par l'abandon de la distinction entre commerçant et non-commerçant en faveur de la distinction entre le professionnel et le consommateur. Ce phénomène qui prouve que le législateur tunisien campe sur des dispositions passéistes que plus personne n'occupe, est d'autant plus regrettable que contrairement à certaines législations qui, comme le droit français, tendent à élargir le domaine du droit commercial au détriment du droit civil. Voir A. OMRANE, "Les problèmes suscités par l'entrée en vigueur du Code des sociétés commerciales", in colloque international sur Le code des sociétés commerciales, Tunis 2002, p. 190; Etudes Juridiques 2001, n°8, pp.7.

existence, c'est ce qu'on appelle l'opposabilité. La société, personne morale, apparaît alors comme une organisation opposable aux tiers par l'immatriculation.

Ainsi, nous avons constaté qu'il n'est pas toujours facile de dire à quel moment naît une personne morale, et que les multiples rapports juridiques qui préparent cette naissance ont parfois imposé l'idée que la personne morale doit être admise comme sujet de droit dès avant l'immatriculation au registre du commerce. A travers, le régime de la reprise des actes conclus par les fondateurs au nom de la société en voie de formation, on peut dégager une certaine existence juridique de la société, existence atténuée au prétexte de formation. Aussi, pour des raisons d'équité, la jurisprudence a reconnu une certaine personnalité à une société non immatriculée appelée "*personnalité processuelle*". Il existe bien un concours de la loi et de la jurisprudence dans l'attribution de la personnalité morale.

Ainsi, ce n'est pas l'immatriculation seule qui fait naître la personnalité morale. Une personnalité morale peut être reconnue en dehors de cette formalité pour les besoins de la formation d'une société ou pour permettre d'agir en justice. Cette constatation nous enseigne que l'immatriculation est dépourvue de son effet constitutif dans certains cas. Dans d'autres cas, elle aura peu d'utilité car elle n'évite pas la disparition de la personne morale qu'elle a créée. L'immatriculation d'une société ne constitue pas un obstacle à l'exercice d'une action en nullité. En effet, le contrôle de conformité formelle, instauré par la loi du 2 mai 1995, ne peut assurer la prévention des vices de constitution.

325-L'inefficacité du contrôle peut déjouer le rôle de l'immatriculation en tant qu'une mesure de publicité ayant pour rôle de faire correspondre l'élément publié avec la réalité qu'elle est censée représenter. Dans certains cas, l'immatriculation ne reflète pas la réalité. Conscient des situations pathologiques que peut créer l'immatriculation, le législateur a cherché des remèdes dans le mal lui-même ou comme disait certains "*guérir le mal par le mal*". Mais, cette faculté attribuée à l'immatriculation pour corriger ses anomalies n'est qu'une consécration d'autres théories qu'elles la concourent.

PARTIE DEUXIEME:

Insuffisances de l'immatriculation.

326-La sincérité de l'immatriculation: Comme toute mesure de publicité¹, l'immatriculation a pour objet de protéger les tiers en leur facilitant l'information qui leur permettra d'agir en connaissance de cause et d'adapter leur comportement à la situation juridique effective. Ainsi, il est certes important qu'elle soit accomplie, mais il faut surtout qu'elle soit sincèrement et correctement accomplie. Il n'est donc pas surprenant que le législateur protège les tiers contre les renseignements inexacts ou incomplets relatifs à la situation de la personne immatriculée.

327-L'insuffisance de la sanction pénale: Si à travers l'incrimination des fausses déclarations², le législateur cherche à assurer la vérité de l'information, il n'en demeure pas moins que la sanction pénale n'a guère d'impact sur les personnes tenues³, ni d'intérêt pour les personnes concernées par les publicités légales. Pour les tiers, il est nécessaire qu'une rectification des mentions erronées soit ordonnée⁴, mais pour ceux induis déjà en erreur, ils cherchent à être protégés dans leur confiance faite à l'exactitude

¹ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., p.134, n°125.

² L'article 69 de la loi du 2 mai 1995 incrimine les fausses déclarations qui, une fois publiées, induisent les tiers en erreur. Cette infraction rappelle très exactement celle que prévoyait l'article 40 du décret beylical de 1926, mais les peines sont moins sévères. Bien que le législateur français s'est engagé dans un mouvement de dépénalisation qui a touché le registre de commerce et des sociétés (abrogation de l'infraction de l'article L. 123-4 du Code de commerce), il a conservé l'infraction de l'information inexacte, ce que la commission des lois a estimé "*logique au regard de l'intention frauduleuse*". Il a même accentué la répression dans un souci d'effectivité accrue. Voir J-P. TEBOUL et F. LEGER, "Actualité législative et réglementaire du registre du commerce et des sociétés", Bull Joly Sociétés, du 1 janvier 2013, n°1, p. 77.

³ D'autant plus que le domaine d'incrimination des fausses déclarations est restreint. A l'instar de son homologue français (l'article L. 123-5 du Code de commerce français), le législateur tunisien exige un élément intentionnel pour la constitution de l'infraction de fausses déclarations. L'assujetti doit être de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il doit avoir la conscience du caractère inexact ou incomplet des indications données. Ainsi, une personne qui omet une indication par oubli ou qui mentionne une information inexacte qu'il croyait exacte n'encourt pas une sanction pénale. Mais, le problème que peut poser l'infraction des fausses publications est la difficulté de prouver la mauvaise foi du déclarant, ce qui pourrait diminuer l'efficacité de la répression édictée par le législateur.

⁴ Cette possibilité était prévue expressément dans la version initiale de la loi du 2 mai 1995. Selon les anciennes dispositions de l'alinéa 2 de l'article 68 de la loi du 2 mai 1995, auquel renvoie l'article 69 infini de la même loi, le tribunal ordonne, comme pour les omissions, que la mention devant figurer au registre y soit portée. Plus précisément, une rectification des mentions erronées serait ordonnée par le tribunal comme l'exprimait clairement, l'article 40 du décret beylical 1926. Or, la loi du 14 avril 2010 a abrogé, dans son article 4, l'alinéa 2 de l'article 68, sans toutefois abroger l'article 69 infini. Cette incohérence textuelle n'a évidemment aucune incidence sur la disparition de ce type d'injonction qui peut être justifiée par le fait que la conjugaison dans l'article 69 infini d'une procédure pénale avec le mécanisme d'injonction de nature civile de l'article 68 serait redondant et prêterait à confusion. Le législateur français a adopté la même solution lors de la promulgation de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Mais, "dans un souci d'effectivité accrue", il a accentué la répression (amende assortie d'une peine d'emprisonnement de six mois) par l'introduction de la faculté pour le tribunal de décider une privation pour cinq ans au maximum de droit de vote et d'éligibilité aux tribunaux de commerce, aux chambres de commerce et aux conseils de prud'hommes (Article L. 123-5 du Code de commerce français).

de l'inscription sur le registre. Cette protection sera donc atteinte par l'application des règles de "l'apparence".

328-L'importance de la sanction civile: le recours à la théorie de l'apparence:

Prise dans son sens étroit¹, l'apparence trompeuse est associée indéfectiblement à la "théorie de l'apparence" pour comprendre qu'elle est "une construction méthodologique offrant aux juges un guide pour motiver des décisions qui font prévaloir le fait sur le droit"². Elle implique que les partenaires peuvent se fier aux apparences au moment de la transaction. Les nécessités du commerce imposent souvent de sacrifier la réalité des droits. Plusieurs situations illustrent la mise en œuvre de la théorie de l'apparence³, il en est ainsi quand une entreprise individuelle requiert son immatriculation alors que réellement, elle n'a pas la qualité de commerçant, ou une entreprise sociétaire en demande bien qu'elle n'existe pas réellement. Cette immatriculation injustifiée crée une apparence de commerçant et une apparence de personne morale. Le législateur tunisien

¹ Le terme "apparence" recouvre deux significations qui correspondent à deux situations juridiques bien distinctes. Dans un sens large, l'apparence correspond à "ce qui paraît aux yeux ; l'aspect d'une personne ou d'une chose ; sa forme visible". Des effets de droits sont ainsi attachés à certaines situations de faits apparentes. L'article 668 du Code des obligations et des contrats désigne, sans doute, ce premier sens en disposant que "le vendeur n'est point tenu des vices apparents...". L'apparence constitue donc, une production de la réalité. Elle permet de proclamer ce que le droit considère comme vrai. La sagesse populaire nous enseigne, cependant, que l'habit ne fait pas le moine, ce qui conduit au second sens de l'apparence, contradictoire du premier. C'est le sens étroit dont se sert la "théorie de l'apparence" désignée souvent, en Allemagne par le terme "protection de la confiance", et qui signifie l'"aspect extérieur mensonger (simulé, fictif) d'une situation juridique" (Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, sous la direction de Gérard CORNU, PUF, 1996, V° Apparence, n°3). Comme dans le langage courant, l'apparence désigne-t-elle également, dans le monde juridique, ce qui est illusoire. Elle n'est plus alors, que fiction. La réalité et l'apparence viennent alors à être exceptionnellement dissociés. L'apparence du droit ne fait que refléter un état de fait faux, mais "dont la fausseté est cachée sous la forme d'une situation juridique, valable en apparence" (B. JONESCO, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, Thèse Strasbourg, 1927, Imp. Sostralib, Stasbourg, p.108). Toutefois, constatant qu'un rapport étroit existe entre les deux sens du mot apparence, monsieur AGNES a prétendu construire une "théorie générale de l'apparence". Cette théorie cesse alors d'être marginale pour devenir centrale. Elle manifeste en effet le rapport du droit à la réalité. Il peut s'agir de façon générale d'un état visible de l'extérieur, exact ou inexact, ou uniquement d'un état visible de l'extérieur qui ne correspond pas à la réalité (Voir R. AGNES, Théorie générale de l'apparence en droit privé, thèse dactyl., Paris II, 2001, p.12).

Pour l'étude de l'effet de l'immatriculation de l'entreprise, il sera pris en compte le sens restreint d'une visibilité contraire à la réalité, celui sur lequel est fondée la théorie de l'apparence. En effet, l'accomplissement de l'obligation d'immatriculation ne soulève, en principe, aucune question d'apparence. Réalisée le plus souvent d'une manière exacte, l'immatriculation au registre du commerce crée une visibilité conforme à la réalité et non une apparence au sens strict. Elle possède donc, une signification de prévention et de destruction d'apparence. Selon monsieur Jean CALAIS-AULOY, l'accomplissement d'une publicité est exigée précisément pour éviter qu'une apparence puisse naître. La publicité a donc pour objectif de rendre inutile le recours à la théorie de l'apparence qui est considéré un "pis aller", comparé à la publicité. Voir J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, LGDJ, 1959, n°31; J. CALAIS-AULOY, note sous Montpellier 16 juin 1964, D. 1965, p. 101.

² M. BOUDOT, Dalloz, Répertoire de droit civil 2009 (mise à jour 2017), V° Apparence, n°14.

³ La jurisprudence tunisienne a eu l'occasion d'appliquer la théorie d'apparence en droit processuel (Cass. civ. arrêt n°65771 du 4/5/1999, bull. de la C. cass., 1991, I, p. 67 (en arabe); Cass. civ. arrêt n°10282 du 31/1/2002, bull. de la C. cass., 2002, I, p. 399 (en arabe)).

a consacré cette théorie au sein de la loi du 2 mai 1995, introduisant ainsi une certaine souplesse à ses dispositions. La prise en considération de la situation immatriculée, permet, en dépit de son irrégularité, de créer au profit des tiers qui le méritent, les mêmes droits que ceux résultants d'une immatriculation. A cet égard, la question qui se pose est de savoir si on peut parler d'une théorie de "*commerçant apparent*" ou de "*personne morale apparente*", à l'instar de ce que pensaient certains auteurs lorsqu'il traite de la théorie propriétaire apparent¹ et théorie du mandant apparent².

329-L'évincement de la théorie d'apparence en cas de défaut d'immatriculation: Contrairement à ce que pensait une certaine doctrine française et allemande³, le défaut d'immatriculation ne peut être une source d'apparence et ne peut mener à l'application des règles de l'apparence⁴. Il constitue, en lui-même, une situation irrégulière, une situation de fait. Bien que la situation apparente relève aussi du domaine des situations de fait⁵, on peut affirmer que c'est l'extériorisation de la situation de fait qui convertit celle-ci en une situation apparente. Si la situation de fait peut se passer d'une extériorisation, la situation apparente n'existe que parce qu'elle se manifeste au tiers⁶. Servant à l'extériorisation de la situation de la personne, l'immatriculation permet ainsi, de distinguer entre la situation apparente et la situation de fait.

La situation de fait résultant du défaut d'immatriculation, a été prise en considération par le législateur tunisien dans le Code des sociétés commerciales pour déclarer de fait une société non immatriculée. Il admet implicitement, à partir de la loi du 2 mai 1995, la qualification de fait pour un commerçant qui n'a pas effectué cette

¹ E. LEROUX, "Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945", RTD civ. 1974, p.509-556.

² J. LEAUTE, "Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence", RTD civ. 1947, p.288-307.

³ J.- Ch. LAURENT, "L'apparence dans le problème des qualifications juridiques", in Etude de droit privé français, Imprimerie Caennaise, 1931, n°40 et suiv.; A-O. GUTTON, La publicité des faits juridiques, Thèse précitée, p. 354 et 376. Pour la doctrine allemande voir celle citée par madame S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, op.cit., note 204, p.161.

Pour cette doctrine, la sanction d'inopposabilité aux tiers qui se produit en cas de non-accomplissement d'une mesure de publicité ne constitue, en réalité, qu'une application de la théorie d'apparence. Pour plus de développement, voir infra, p. 349.

⁴ Infra, p. 376.

⁵ Toutefois, il ne faut pas confondre l'irrégularité d'une situation de fait avec celle de la situation apparente. La première résulte d'une violation d'une disposition légale. L'irrégularité de la situation apparente résulte de sa non conformité par rapport à la situation de droit correspondante. Les faits visibles qui semblent être la manifestation de la situation de droit révéleront par la suite que la situation apparente ne correspond pas à la situation juridique. Le décalage entre le fait et la norme destinée à le régir crée l'irrégularité de la situation apparente.

⁶ T. BACCOUCHE, L'apparence en droit des sociétés commerciales, thèse précitée, p.53, n°19.

formalité. L'admettant, on doit chercher s'il faudra attacher, à l'instar de la tutelle et de la direction de fait, à l'entreprise en situation de fait, certains effets de la situation de droit et ce en dépit de son irrégularité.

330-A cet égard, on peut noter les insuffisances de l'immatriculation qui sera concurrencée quant à sa fonction de protection de tiers de bonne foi par la théorie de l'apparence et quant aux sanctions de défaut d'immatriculation par les situations de fait. On va donc étudier successivement la relation que peut entretenir l'immatriculation avec la théorie de l'apparence (Titre I) et avec les situations de fait (Titre II).

Titre I: L'immatriculation et la théorie de l'apparence.

331-Le rôle créateur de l'apparence: Nul doute que l'apparence trompeuse a un rôle créateur¹. Cette faculté créatrice n'intéresse que le passé et non l'avenir. En fait, elle peut agir seulement sur des situations apparentes irrégulières pour les métamorphoser en situations de droit, et elle le fait de manière rétroactive. Pour réduire l'antinomie entre l'apparence et la réalité², monsieur ARRIGHI a posé la première comme principe de la seconde, où l'apparence devient une "*réalité juridique nouvelle*"³. Il pensait qu'il faudrait "*prendre le fait pour le droit, l'apparence pour la réalité*"⁴ et ce dans le seul but de protéger les tiers et de réaliser la sécurité de commerce juridique⁵. Mais, selon messieurs GHESTIN et GOUBEAUX⁶ qui mettent en garde contre le "*pouvoir évocateur de certaines expressions*"⁷, il n'est pas possible d'invoquer l'apparence pour en déduire un principe de réalité. L'apparence crée certains droits au profit des tiers, mais en aucune manière, elle pourrait se substituer au droit lui-même. Elle est source de droits subjectifs⁸.

¹ M. BOUDOT, Répertoire Dalloz de droit civil, V° Apparence, n°14.

² Cet objectif est poursuivi aussi par certains auteurs. En fait, ces auteurs ont agité sur le contenu des concepts d'apparence et de réalité eux-mêmes. Selon PAGNON, le droit des affaires fait une place à un nouveau concept, la "*réelle apparence*", qui serait fondé sur l'équation "*apparence=réalité*" (C. PAGNON, "L'apparence face à la réalité économique et sociale", D.S., 1992, p.285). Quant à FADEL RAAD, il a cantonné la définition de la réalité juridique à la sphère des actes volontaires. Il l'a considérée comme "*tributaire du principe de l'autonomie de la volonté*". Pour lui, le terme "réalité" ne peut avoir comme contenu que la "*volonté interne*". La réalité étant attachée à la volonté interne, elle se confondrait avec le "*fait*" (F. RAAD, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op.cit., p.23).

³ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.327.

⁴ Ibid., p.329.

⁵ Monsieur ARRIGHI se saisit du concept de sécurité qu'il dédouble en sécurité statique et sécurité dynamique. Si la sécurité des transactions est invoquée, afin d'assurer la permanence des droits acquis, c'est une sécurité statique. Si la sécurité est invoquée pour inciter les hommes à l'action, c'est une sécurité active, dynamique. Monsieur ARRIGHI oppose ces deux concepts et choisi de privilégier la sécurité dynamique. Il faut, écrit-il, "*dépasser le stade de l'antinomie entre l'apparence et la réalité et intégrer celle-là à celle-ci, autrement dit, considérer l'apparence comme une réalité juridique nouvelle*". Voir J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.327.

⁶ (J.) GHESTIN, (G) GOUBEAUX, (M) FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, 4ème éd., LGDJ 1994, p.796.

⁷ Comme celle qui consiste à "*dire que les droits apparents sont dotés d'effets juridiques*".

⁸ La confusion provient de la dualité de sens que recouvre le terme source dans l'expression "*l'apparence est source de droits*". Ainsi, dans une première acception, on désigne par source du droit ce qui engendre le droit objectif, ce qui permet de distinguer les sources réelles des sources formelles. C'est dans un tout autre sens qu'il faut entendre l'apparence, source de droits, où l'utilisation du pluriel est significative. L'apparence est génératrice de droits subjectifs. Elle n'abroge donc pas la loi, elle y déroge seulement dans un souci de protection des tiers. Voir (J.) GHESTIN, (G) GOUBEAUX, (M) FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, op.cit., n°838.

Toutefois, un auteur a dénoncé l'ambiguïté de cette affirmation "*parce que, pour l'avenir, les règles de droit ne se trouvent pas modifiées du seul fait de l'intervention de l'apparence ...*". M-N. JOBARD-BACHELIER, L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé, préface Paul Lagarde, Paris, L.G.D.J. 1984, p.6.

332-Intérêt de la théorie jurisprudentielle de l'apparence: La question est généralement, formulée en ces termes: les tiers de bonne foi peuvent-ils se fonder sur l'apparence ou bien la réalité peut-elle leur être opposée¹? L'hypothèse est classique: un tiers a cru à l'existence d'une situation juridique qui en réalité n'existe pas. C'est là sans doute la raison de l'émergence de la théorie jurisprudentielle de l'apparence, créatrice de droits subjectifs au profit des tiers de bonne foi. Ses effets consistent à évincer les conséquences normales des règles de droit et à permettre aux tiers d'invoquer les conséquences qu'aurait normalement produites la réalité si celle-ci avait été conforme à l'élément visible². Cette prise en considération juridique de l'apparence n'est pas un phénomène récent, on l'a trouvée déjà dans le droit romain³. Mais, ce n'est qu'à partir de la fin du XIX^{ème} siècle qu'une véritable théorie de l'apparence s'est développée en droit français. C'est une technique générale de protection des tiers trompés par l'apparence qui voient ainsi leur situation confortée et normalisée vis-à-vis du cadre juridique établi. En effet, la prise en considération de l'apparence sacrifie, au bénéfice du tiers qui en est victime, l'intérêt du véritable titulaire du droit apparent. Le tiers devient titulaire d'un droit conforme à sa croyance. Ainsi, la Cour de cassation tunisienne considère que, "*le tiers de bonne foi n'est pas atteint par la découverte de la réalité de la situation parce que sa croyance en la validité de ladite situation remplace son existence réel*"⁴. Toutefois, cette conversion de l'apparence en réalité juridique nouvelle n'est pas l'apanage de la théorie de l'apparence.

¹ J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit.

² ARIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, n°190; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, op.cit., n°867 et suivants.

³ ULPIEN rapporte l'histoire de l'esclave BARBARIOUS PHILIPPUS qui, étant parvenu à se faire passer comme citoyen libre, avait été élevé à la dignité de prêteur. Lorsque sa condition servile vint à être découverte, la question fut débattue de savoir si les actes qu'il avait accomplis en qualité de prêteur devraient être annulés ou tenu pour valable. C'est cette seconde solution qui prévalut *hoc enim humanius*, est parce que plus humaine. L'idée fut reprise par le code de justinien que la sentence donnée par un arbitre, réputé libre alors qu'il était esclave, conserverait toute son autorité. Mais ce n'est qu'accuse qui, glosant sur la lex BARBARIOUS PHILIPPUS formula la maxime *error communis*, et, plus tard, BARTOLE commenta le même texte du DIGESTE par ces mots: *Error populi pro veritate habetur; ut hic et jus facit* (H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, Paris, 4^{ème} éd., Litec 1999, p. 278.). En 1593, le Parlement de Paris considéra comme valable l'acte reçu par un commis de tabellionage qui, pourtant "*n'avait pas prêté le serment l'habilitant, circonstance ignorée du public*", et, le Parlement de Flandre, en 1751, valida la procédure diligentée par un huissier destitué, au motif que, "*poursuivant en fait l'exercice de ses fonctions, il s'était produit une erreur commune sur ce point*". Quelque temps après le Code Napoléon, donnant son avis sur la délivrance d'extraits de l'état civil par des personnes non habilitées à le faire, le Conseil d'Etat s'exprima ainsi, "*de tous les temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir les irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher*" (Voir notamment H. MAZEAUD, "La maxime *error communis facit jus*", RTD civ., 1924, p.957).

⁴ Cass. civ., n°75561 du 14 décembre 1998, R.J.L. 1999, n°9, p.105.

333-Un certain nombre de textes juridiques font de l'apparence une source de droits subjectifs. En effet, le législateur tunisien a fait office de l'apparence dans toutes les branches de droit¹. Outre les dispositions contenues dans le Code des obligations et des contrats et parmi lesquelles l'article 252² et l'article 1163³ occupent une place particulière⁴, celles relatives au droit des sociétés réservent aussi, une place importante à l'apparence. Ainsi, le Code des sociétés commerciales prévoit que ni la société⁵ ni les associés⁶ ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers. La non-rétroactivité de la nullité constitue une application de la théorie d'apparence.

Aussi, il est admis que le dispositif actuel organisant un système d'information des tiers se fonde sur l'idée d'apparence. Lorsqu'une information doit être portée à la connaissance des tiers, il paraît évident, au premier abord, que le destinataire de cette information soit protégé lorsqu'elle s'avère inexacte. Etant une forme d'extériorisation légale des éléments juridiques, la publicité établit une apparence à laquelle les tiers

¹ Voir notamment, M. MAHFOUDH, "Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien (à propos de l'arrêt des chambres réunies n°27632 du 24 avril 1997)", R.T.D. 2001, p.384 et suiv., n°17 et suiv.

² Cet article dispose "*Est valable l'exécution faite de bonne foi entre les mains de celui qui est en possession de la créance, tel que l'héritier apparent, encore qu'il en soit évincé par la suite*". La formule a pour conséquence de valider un paiement effectué par un *solvens* entre les mains d'un *accipiens* n'ayant pourtant pas la qualité de l'être.

³ Cet article dispose "*La révocation totale ou partielle du mandat ne peut être opposée aux tiers de bonne foi qui ont contracté avec le mandataire, avant de connaître la révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. Lorsque la loi prescrit une forme déterminée pour la constitution du mandat, la même forme est requise pour la révocation*".

⁴ Toutefois, la généralisation de l'apparence comme institution pouvant servir à la protection des tiers ne va pas sans gêne. D'où la nécessité de recourir à d'autres articles pour dire s'il est permis de convenir à sa consécration dans notre système juridique. A cet égard, l'article 399 du Code des obligations et des contrats semble plus expressif en disposant que "*l'interruption de la prescription opérée par ou contre l'héritier apparent, produit ses effets à l'égard des véritables héritiers*". La règle que ledit article édicte s'intègre, à n'en pas douter, dans une théorie générale de l'apparence, non seulement en faisant office du vocable (d'apparence) qui l'exprime, mais même parce qu'elle peut intéresser les tiers qui peuvent profiter de l'interruption de la prescription alors que cette dernière n'est que le fait du pseudo-titulaire du droit cédé.

Un autre texte, non moins important au regard d'une théorie générale de l'apparence, intéresse, non point une personne (héritier apparent, mandataire apparent), mais une institution : la nationalité apparente. C'est l'article 11 du Code de la nationalité qu'il s'agit. Voir pour plus de détail M. MAHFOUDH, "Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien...", op.cit., p.389, note 62.

⁵ Les articles 179 et 182 du Code des sociétés commerciales.

⁶ L'article 104 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales pour la société à responsabilité limitée et les articles 179 et 182 du même Code pour la société anonyme.

peuvent se fier¹. La situation juridique qui sera visible aux tiers grâce à l'accomplissement d'une mesure de publicité, devrait être considérée comme étant exacte à leur égard bien qu'elle n'existe pas dans la réalité.

334-L'immatriculation entretient des liens étroits avec l'apparence: Face à ces assertions, il faut déterminer la place exacte que l'apparence tient dans le droit de création de l'entreprise. La réponse à cette question nous permet de déterminer les effets d'une immatriculation inexacte sur la qualité de commerçant d'une entreprise individuelle et sur la personnalité morale d'une entreprise sociétaire.

Si l'apparence résultante d'une immatriculation inexacte est insuffisante à absorber l'existence de la personnalité morale dans la méconnaissance des dispositions de l'article 2 du Code des sociétés commerciales, ou de la qualité de commerçant dans la méconnaissance de l'article 2 du Code de commerce², il faudra admettre que l'immatriculation conditionne néanmoins, l'opposabilité de la situation publiée. A travers cette technique, le législateur prend la défense de l'apparence sur la réalité pour protéger les tiers dans leur confiance faite à l'exactitude de l'immatriculation. L'idée est à la base du droit commun de la simulation³; le rôle de l'apparence dans les institutions commerciales d'une manière générale et dans le registre du commerce particulièrement, lui procure un champ d'application aussi étendu que varié⁴. Dans cette perspective, les effets que la loi attache à l'inscription au registre du commerce sont ceux qui se produisent normalement grâce à l'application de la théorie de l'apparence. Nous sommes donc en présence d'une hypothèse dans laquelle la technique de l'immatriculation et la théorie de l'apparence se combinent harmonieusement, pour

¹ Monsieur ARRIGHI a recensé des techniques aptes à opérer cette conversion. Il cite d'abord la prescription acquisitive. Le législateur prévoit que la prescription sera acquise après écoulement d'un délai fixé. Ce faisant, il crée une nouvelle réalité juridique qui consolide à coup sûr une situation de fait. Mais, selon madame CUTAJAR-RIVIERE, il faut s'entendre sur le sens des mots et la chronologie: cette situation apparente ainsi consolidée à compter de la date où le délai est écoulé, doit s'entendre dans le sens de situation ostensible; il est impossible de la traduire comme étant la reconnaissance d'une réalité juridique consacrée, en quelque sorte rétroactivement: l'application de la règle crée une situation juridique nouvelle (Ch. CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran*, op.cit., p.180, n°222).
Le formalisme constitue aussi une technique de conversion de l'apparence en une réalité. Voir J-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, thèse précitée, p. 330.

² Il s'agit du résultat de l'idée selon laquelle l'apparence n'est pas une source de droit objectif. Voir supra, p. 330.

³ *Infra*, p. 338.

⁴ R. ROBLOT, "Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial", in *Mélanges P. Voirin*, L.G.D.J. 1966, p.712.

réaliser l'objectif de la protection des tiers¹. L'immatriculation est donc concurrencée par la théorie de l'apparence (Chapitre I).

Mais, bien que l'immatriculation servie par la technique d'opposabilité confère aux tiers, d'un point de vue qualitatif, la sécurité recherchée, elle s'avère impuissante à régler tous les litiges relevant de sa compétence. La théorie de l'apparence va alors intervenir pour lui conférer une efficacité plus complète. Cette complémentarité se manifeste lorsque la théorie de l'apparence prime la technique d'immatriculation créatrice de l'apparence pour assurer aux tiers une sécurité absolue. L'immatriculation se trouve ainsi dépassée par la théorie d'apparence (Chapitre II).

¹ On peut souligner que le résultat obtenu par cette combinaison de la publicité et de la théorie de l'apparence est tout à comparable à ce que le droit allemand réalise sur le fondement de la foi publique. Dès lors, il convient de ne pas exagérer les différences entre le droit allemand et le droit français du simple fait que ce dernier ignore la foi publique du registre.

Chapitre 1: L'immatriculation est concurrencée par la théorie d'apparence :

335-L'immatriculation conditionne l'existence de la qualité de commerçant ou de personne morale dès lors que les faits qui y ont présidé ont été constatés. Toutefois, elle peut désinformer le tiers auquel elle est adressée si les éléments publiés sont détachés de la situation juridique qu'ils sont censés représenter et ne reflètent pas la réalité. Le comportement du tiers sera dans ce cas orienté par une apparence trompeuse, une information erronée.

Les tiers devraient être protégés dans leur confiance faite à l'exactitude des mentions portées sur le registre du commerce lors de l'immatriculation. Ils peuvent tenir pour vrai une situation immatriculée ne correspondant pas à la réalité juridique et se prévaloir de l'apparence c'est à dire de la qualité de commerçant d'un entrepreneur, ou de la personnalité morale d'une société du seul fait de leur immatriculation. A partir du moment où elle est organisée, l'immatriculation crée une apparence à la quelle les tiers peuvent se fier. Un glissement va donc, s'opérer de la situation apparente à la situation publiée: la situation apparente ne sera plus tant la situation juridique qu'ils pouvaient personnellement essayer de connaître par leurs propres moyens, que la situation publiée¹. Ici, l'immatriculation crée une apparence (Section 1).

336-Cette protection des tiers victimes d'une situation issue d'une immatriculation inexacte, doit être méritée. Il ne s'agit pas de sauvegarder les intérêts de toute personne tombée dans l'erreur. La théorie d'apparence qui "*n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime*"², va alors intervenir pour conférer à cette technique une efficacité plus complète. Elle apporte à celle-ci une aide indirecte manifestant ainsi sa complémentarité. Cette complémentarité se manifeste lorsque la théorie de l'apparence a pour rôle de permettre la réunion des conditions nécessaires à la mise en œuvre de la technique de l'immatriculation en tant que source d'apparence et de faciliter ainsi son action dans le seul but de protéger les tiers. Mais, l'immatriculation n'est pas dépourvue d'effet sur la théorie d'apparence elle-même car elle renforce l'apparence aux yeux des tiers (section 2).

¹ GUTTON, La publicité des faits juridiques, thèse précitée, p. 379.

² R. VOIRIN, note au D.P., 1929, II, 81, sous Bordeaux 10 décembre 1928.

Section 1: L'immatriculation crée une apparence.

337-Convertir l'apparence en une réalité juridique nouvelle constitue une opération inhabituelle au regard du droit commun qui impose la prééminence de la réalité sur l'apparence. L'immatriculation opère cette conversion en se servant de certaines techniques (paragraphe 1). Mais la présomption de connaissance qu'elle entraîne peut réduire sa portée (paragraphe 2).

Paragraphe 1: Les techniques de conversion.

338-La discordance entre la réalité et l'élément publié génère un conflit entre l'apparence et la réalité. Dans ce conflit, l'apparence est substituée à la réalité. La lecture de la loi du 2 mai 1995 dans ses articles 60, 61 et 62 relatif aux effets des inscriptions au registre du commerce, nous révèle que le législateur prend la défense de l'apparence créée par l'immatriculation. C'est à travers l'opposabilité que se réalise ce triomphe de l'apparence. Considérée comme étant une technique parfaitement autonome qui se suffit à elle-même, elle n'est jamais tributaire de la régularité ou de l'irrégularité, de fond ou de forme, de la situation immatriculée. Toutefois, il est certain qu'elle manifeste, d'une certaine manière, l'apparence de son existence et de sa véracité (II).

Issue d'une formalité de publicité, l'opposabilité peut même intéresser les sociétés fictives auxquelles on appliquait depuis longtemps, la simulation. Cette dernière constitue aussi, une technique pour donner l'apparence d'une société réelle, là où n'existe que le néant ou une société atteinte d'une infirmité (I).

I/ La technique de la simulation.

339-Définition de la simulation: La fictivité d'une société est habituellement abordée comme une simple espèce de la simulation¹. Mais le sens du terme simulation a toujours été l'objet d'importantes controverses doctrinales² entre les tenants d'une conception dite "étroite" et ceux d'une conception "élargie". En se basant sur l'article 26 du Code des obligations et des contrats inspiré de l'article 1321 du Code civil français³, monsieur M.-K. CHARFEDDINE⁴ retient la première conception de la simulation présentée depuis longtemps par JOSSERAND et PLANIOL⁵. Selon cet article "*Les contre lettres ou autres déclarations écrites n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers. Elles ne peuvent être opposées aux tiers, s'ils n'en ont eu connaissance; les ayants-cause et successeurs à titre particulier sont considérés comme tiers, aux effets du présent article*".

La simulation suppose donc, "*deux actes concomitants: un acte apparent mensonger et un acte occulte, réservé aux parties*"⁶. Elle exige l'accord des parties pour créer l'apparence qui prendra corps dans un acte apparent, ce dernier sera utilisé pour

¹ La simulation peut emprunter trois situations possibles. Dans la première, il n'y a qu'apparence sans réalité on parle alors de fiction. Dans la deuxième, inversement, il y a réalité sans apparence, c'est la dissimulation. Dans la troisième, l'apparence est destinée à masquer la réalité, on dit qu'il s'agit de déguisement. On constate ainsi, que le procédé de la simulation rayonne sur la vie des sociétés du fait qu'il est susceptible de s'exercer soit sur l'existence de l'acte de société, on est en présence d'une opération fictive, soit sur la nature de l'acte on est en présence d'une opération déguisée. Dans ce dernier cas, derrière l'acte déguisé, il y a un autre acte celui qui a été réellement voulu. La simulation a pour objet la modification de l'acte apparent. D'une manière générale, la simulation qui caractérise la société se manifeste de deux manières: la société peut être objet ou moyen de déguisement. Notre étude porte sur la deuxième. En effet, traiter la société objet de déguisement c'est analyser le déguisement de la société elle-même. Dans ce cas, la réalité de la société est masquée par les apparences d'un autre contrat, d'un prêt par exemple. Il s'agit d'une société irrégulièrement constituée, le plus souvent non immatriculée au registre du commerce mais qui fonctionne à titre de société créée de fait.

² N.F. RAAD, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op.cit., p.20, n°22; C. CUTAJAR-RIVIERE, La société écran, op.cit., p.246, n°287; J. ABEILLE, La simulation dans les actes juridiques et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse précitée.

³ Mais, les deux articles se distinguent. Placé dans la section deuxième du chapitre premier du titre II intitulée "*De la déclaration de volonté*", l'article 26 assimile les contre-lettres aux autres déclarations de volontés et les envisage en tant que *negotium* et non pas en tant qu'*instrumentum* comme le laisser croire le droit français. Autrement dit, pour que la simulation existe en droit tunisien, il faut qu'elle soit constatée par un écrit. Ce dernier n'est pas seulement exigé comme moyen de preuve mais aussi comme condition d'existence. Voir M. BAGBAG, De la déclaration de volonté, source d'obligations dans le Code des obligations et des contrats, thèse précitée, p.164.

⁴ M.-K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op.cit., p.321, n°385.

⁵ Cité par JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, éd. Centre Nationale de la Recherche Scientifique, 1984, p.240, n°192.

⁶ M.-K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op.cit., p.321, n°385.

"camoufler" voire même occulter leur volonté réelle qui sera concrétisée dans un acte secret. Ces deux conventions, l'une ostensible mais mensongère l'autre secrète mais sincère, présentent l'élément matériel de la simulation. Le caractère volontaire et intentionnel constitue son élément psychologique. La simulation serait ainsi, la combinaison de ces deux éléments matériels et psychologique¹.

Cependant, les arguments en faveur d'une conception de la simulation limitée à la contre-lettre, ne résistent pas à l'analyse. En effet, le seul fait que l'article 26 du Code des obligations et des contrats envisage la contre-lettre à un contrat ne suffit pas pour justifier de limiter la simulation à cette seule hypothèse². En droit des sociétés, l'analyse phénoménologique a mis en évidence des simulations qui ne répondent pas à la définition de la théorie classique³. Ainsi, partant du fait que la simulation, avant d'être une notion juridique, est un procédé comme l'a exprimé un auteur⁴, elle peut même porter sur un acte matériel que juridique, émaner d'un concert de volonté ou de la volonté isolée d'une seule personne. Les auteurs de sociétés fictives l'utilisent pour faire croire à l'existence réelle d'une société valide là où il n'y a qu'illusion, apparence de société ou encore une société infirme. Selon R. PLAISANT, la société fictive n'étant que de simple figurant⁵.

¹ J. ABEILLE, La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse précitée; F. DEBOISSY, La simulation en droit fiscal, préface M. Cozian, Paris, L.G.D.J. 1997, p.25 et Suivantes.

² La doctrine recense trois formes de simulation selon le point sur lequel elle porte. A côté de la simulation portant sur la nature de l'acte, hypothèse classique à laquelle fait référence l'article 26 du Code des obligations et des contrats, la simulation peut porter sur l'existence même de l'acte qui est alors purement fictif. On parle donc de simulation absolue, par opposition à la simulation relative qui ne porte que sur un élément de l'acte. Ici, l'acte fictif cache le néant. La simulation peut, enfin, porter sur la personne même du cocontractant. Une des personnes figure au contrat comme si elle en était le véritable bénéficiaire alors que celui-ci est désigné par l'acte secret. C'est l'hypothèse de l'interposition de personnes. Voir C. OPHELE, Répertoire Dalloz de droit civil 2012 (actualisation 2016), V° Simulation, n° 15 et suivants.

³ M. DAGOT, La simulation en droit privé, Paris, L.G.D.J. 1965, p.11, n°2; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, tome 2, Paris, 2ème éd., Sirey, 1989, n°273; BREDIN, "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", RTD civ. 1956, p.261 et suiv.

⁴ C. CUTAJAR-RIVIERE, La société écran, op.cit., n°289, p.248.

⁵ R. PLAISANT, note sous cass. civ., 14 décembre 1944, S. 1946, I, 105.

Elle constitue l'opposé de la société frauduleuse¹ qui est une véritable société constituée conformément à la loi puisque toutes les conditions de sa constitution sont fournies² et elle fonctionne régulièrement³.

340-L'immatriculation dissimule: La simulation demeure au cœur du phénomène de la société fictive. L'immatriculation constitue l'acte juridique qui extériorise dans la sphère juridique une société fictive et dissimule⁴ une réalité. La réalité cachée est ici, dissociée de l'apparence créée au regard, non seulement des

¹ Il faut se garder de confondre la simulation avec la fraude. On oppose traditionnellement deux types de fraude: la fraude à des intérêts privés, appelée fraude paulienne, et la fraude à la loi. La fraude est utilisée sous ces deux aspects en droit des sociétés. Elle consiste dans l'intention de créer une société exclusivement pour faire échec à des droits déterminés ou à des exigences légales impératives, tout en se désintéressant des effets normaux d'un contrat de société. La fraude à des intérêts privés présente un profil bien particulier : la société est constituée en vue de faire échec aux droits d'un tiers ou d'une catégorie de tiers ; en l'occurrence ces tiers menacés, et qu'il faut donc protéger en dénonçant la fraude, sont tantôt des créanciers, tantôt des personnes dont certaines prérogatives considérées comme gênantes sont frauduleusement contrées (Voir H. DESBOI, La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, thèse Paris, 1927; J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, 1957). La simulation, étant un procédé neutre, ne comporte pas en principe un but répréhensible. La fictivité d'une société peut simplement résulter d'une appréciation objective du montage. Elle se réalise par un acte fictif en soi qui ne constitue pas en fait un acte réel, mais un simple mensonge juridique. Selon certains, la simulation ne nuit ni ne profite. Elle ne nuit pas, c'est à dire qu'elle n'est pas en elle-même une cause de nullité de l'acte qui en est l'objet. Elle ne profite pas, c'est à dire que les parties ne peuvent s'en faire un titre pour échapper à l'application des règles du droit (C. OPHELE, Répertoire de droit civil, 2012, V° Simulation, n°42).

² Il s'agit des conditions de fond prévues par l'article 2 du Code des sociétés commerciales et des conditions formelles (immatriculation et publication) prévues par le même Code.

³ Ce montage frauduleux est sanctionné d'abord par l'action paulienne telle que prévue par l'article 306 du Code des obligations et des contrats. Une telle action permet de mettre en échec tout acte juridique, conclu uniquement dans le but de léser les tiers, ce qui permet de viser la société qui est d'ailleurs un contrat au sens de l'article 2 du Code des sociétés commerciales. Outre cette sanction de droit commun, la fraude occasionne des sanctions pénales pour les fraudeurs qui ont détourné la société de la finalité à laquelle elle est initialement destinée. Pour monsieur VIDAL, "*il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi, à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif*" (J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz Paris 1957, p.208). D'où, la protection des tiers nécessite le recours à la théorie de la fraude.

⁴ Selon le dictionnaire juridique la dissimulation est "*le fait de cacher l'existence d'un fait ou d'un acte pour qu'il reste secret pour ceux qui ne sont pas parties au contrat. Elle n'a donc d'efficacité qu'entre les parties et à condition qu'elle ne soit pas illicite*". <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dissimulation.php>

Dans un sens étroit, la simulation s'oppose à la dissimulation qui "*s'analyse en une suppression d'apparence dans l'intérêt supérieur d'une réalité vivante qu'une loi immanente commande de sauvegarder*" (J. ABEILLE, La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse précitée, p.21.). A la différence de la dissimulation qui est "*le triomphe de l'inertie*" , la simulation implique un mensonge positif, "*des manœuvres plus ou moins savantes, un aménagement d'une situation juridique en vue de farder la vérité*" (JOSSERAND, "Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteur de droit", in Evolution et actualités, p. 232 cité par DAGOT, La simulation en droit privé, op.cit., p.9, n°1.). Elle "*résulte de la réflexion et de la pensée et répond à un but*" . Mais, techniquement, la notion de simulation absorbe celle de la dissimulation laquelle n'apparaît que comme un mode particulier de dissocier apparence et réalité. Ainsi, sont déclarés "*simulés*" des apports à une société à raison de la dissimulation du passif légal.

conditions de formation de la société mais aussi de la destination de l'utilisation qui n'est pas conforme au droit.

341-1°// D'abord, l'immatriculation dissimule l'inexistence d'un contrat de société: Traditionnellement, la notion de société fictive est limitée¹ au cas de fictivité d'un ou plusieurs éléments du contrat de société telle qu'ils sont définis par les articles 1249 du Code des obligations et des contrats et 2 du Code des sociétés commerciales. La doctrine classique considère que, quelque soit l'élément manquant son défaut démontre celui d'*affectio societatis*, "*clé de voûte de l'ensemble*"². Dans cette hypothèse, l'immatriculation d'une société est utilisée aussi bien pour déguiser une opération juridique d'une autre espèce que pour simuler un contrat de société d'une nature différente. Les contrats dissimulés peuvent être extrêmement divers. On peut cependant tenter de répertorier les plus fréquents. Dans certains cas, une société immatriculée dissimule une autre forme de société non immatriculée s'il apparaît que la deuxième demeurée ostensible est plus avantageuse que la première. Le but poursuivi par cette simulation est de faire échapper les associés à la responsabilité indéfinie et solidaire tout en les faisant bénéficier des avantages des sociétés de personnes. Il arrive ainsi qu'une société en nom collectif soit dissimulée par une société en commandite, ce qui permet à l'associé commanditaire de limiter sa responsabilité à ses apports, tout en bénéficiant des droits des associés en nom. L'immatriculation d'une société fictive sert également parfois à dissimuler des contrats translatifs de droits réels. Ainsi, la pratique consistant à dissimuler un contrat de vente d'immeuble sous couvert d'une société - la cession de droits sociaux étant fiscalement beaucoup moins onéreuse que les cessions d'immeubles - est courante³. L'immatriculation d'une société peut également camoufler une donation, le montage permettant d'éviter les règles impératives du droit des successions, et des

¹ Elle correspond à celle énoncée par l'article 26 du Code des obligations et des contrats. Voir M. DAGOT, La simulation en droit privé, t. 73, 1967, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, n°26; J.D. BREDIN, "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", art. préc., n°6.

² M. DAGOT, La simulation en droit privé, op.cit., p. 66.

D'ailleurs, la jurisprudence tunisienne fait appel à l'*affectio societatis* pour qualifier un contrat de société lorsqu'il n'est pas possible de constater l'existence d'une société par référence aux seuls éléments contenus dans l'article 1249 du Code des obligations et des contrats et l'article 2 du Code des sociétés commerciales (Trib. de 1ère instance de Tunis, jugement n°1049 du 12/02/1963, R.J.L. 1965, n°2, 3, 4 et 5, p.59-133; Trib. de 1ère instance de Tunis, jugement n°301 du 30/07/1963, R.J.L. 1965, n°2, 3, 4 et 5, p.28-122; Trib. de 1ère instance de Tunis, jugement n°1265 du 23/04/1963, R.J.L. 1965, n°2, 3, 4 et 5, p.73-147.).

³ La jurisprudence française a eu l'occasion de stigmatiser un tel montage et de requalifier les cessions successives au profit d'une personne de l'intégralité des actions d'une société dont l'actif était uniquement composé d'un immeuble en vente immobilière (Cass. com. 10 juin 1953, JCP, 1954, II, 7908, note D. BASTIAN; Cass. 1ère civ. 26 mai 1954, JCP, 1954, II, 8377 ; Cass. com. 23 mai 1977, Dalloz 1978, p.89, note M. JEANTIN)

libéralités. Elle dissimule également parfois un contrat de prêt, notamment pour contourner les règles relatives au taux d'intérêt¹. Elle est également parfois utilisée pour dissimuler un contrat de travail et échapper aux règles contraignantes du droit du travail². Les juges requalifient alors un contrat de travail et déclarent la société fictive³.

342-2°// Ensuite, l'immatriculation dissimule le non respect de l'autonomie de la personne morale: Parce qu'elle se traduit par une autonomie juridique vis-à-vis des personnes physiques qui la composent, la personnalité morale est susceptible d'abus. Cet abus apparaît⁴ lorsque la société ne se présente plus que comme un écran, un instrument juridique dénué de toute effectivité de fonctionnement⁵ : elle est alors entièrement détournée de sa définition légale telle que l'exprime l'article 2 du Code des sociétés commerciales⁶. Madame CUTAJAR-REVIÈRE estime que l'essor de cette forme de fictivité, appelée encore "*fictivité économique*" pour la distinguer de la précédente appelée "*fictivité juridique*", est dû à l'attribution de la personnalité morale dès l'immatriculation de la société⁷. Cette formalité, qui ne garantit en rien que la société ait une existence concrète, donne naissance à un être juridique nouveau qui se trouve pourvu d'organes destinés, en principe, à prendre des décisions pour lui et à le représenter. Aussi, existe-t-il un risque que l'un de ses organes ou de ses membres prennent des décisions en fonction de son propre intérêt et sans égard pour l'intérêt propre de l'être moral, voire se servent de celui-ci comme d'un écran pour cacher une activité purement personnelle. Par conséquent, la société est fictive si elle n'est qu'un

¹ Ainsi, la présence d'une clause de rachat des droits sociaux à un prix plancher pourrait, selon certains auteurs masquer un contrat de prêt. Voir C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran*, op. cit., n° 342.

² Cour 1ère instance de Tunis n°1049 du 12/02/1963 (inédit).

³ CA Versailles, 3 avril 1992, Bull. Joly 1992, p.1102.

⁴ Certes l'abus n'est pas constitué du seul fait que la création d'une personne morale est utilisée pour profiter habilement des avantages qu'offre le droit positif, ou même des lacunes que celui-ci peut comporter. Ainsi, la constitution d'une société dans le but de payer moins d'impôts ou d'exposer moins de biens que dans le cadre d'une exploitation personnelle est parfaitement licite. Voir A. MARTIN-SERF, "*L'instrumentalisation du droit des sociétés*", RJ com., 2002, p. 108.

⁵ Certains auteurs rattachent la fictivité à la théorie de l'abus de droit, chère à Josserand (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1939, 2e éd.). Il ne faut certainement pas chercher plus loin la raison qui les pousse à qualifier la fictivité d'abus de la personne morale. Il s'agit effectivement d'utiliser la facilité de création d'une structure personnifiée pour un but qui n'était pas celui envisagé par le législateur. Voir, N. FADEL-RAAD, *Les abus de la personnalité morale en droit privé*, op.cit.; C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran*, op.cit., n°311 ; R. LEGEAIS, "*L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*", RTD com. 1957, p. 289 ; J.-F. BARBIERI, "*Morale et droit des sociétés*", in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 1, n° 30 et s. ; C. BAILLY-MASSON, "*La fictivité, une épée de Damoclès disparue*", *Petites affiches*, 24 janvier 2000, n°16, p. 4.

⁶ Cette hypothèse à laquelle fait immédiatement songer l'abus de la personnalité morale est celle d'une société fictive. Voir N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, op.cit.; J.-J. DAIGRE, note sous Cass. com. 21 nov. 1995, JCP, éd. E, 1996. II. 852.

⁷ C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran*, op.cit., n°217 et suiv.

paravent qu'abritent les activités d'une autre personne¹. L'immatriculation crée une façade de société en dissimulant, grâce à la complaisance de prête-noms, que l'on peut dénommer comparses ou "*hommes de paille*", l'activité du véritable maître de l'affaire, celui-ci pouvant être soit une personne physique² soit une personne morale, une société le plus souvent³.

343-La simulation n'est plus le seul fondement de la fictivité: Pour certains auteurs⁴ la fictivité ne peut être assimilée totalement à la simulation. La théorie de simulation a vécu, en matière de société, le même sort qu'en matière de propriété. Historiquement, le recours à la simulation a été utilisé en un temps où les conditions d'application de la propriété apparente étaient encore controversées en doctrine et jurisprudence. L'idée qui était d'asseoir les mécanismes correcteurs d'apparence sur un fondement textuel et sur une catégorie juridique existante⁵ n'a guère trouvé d'écho, puis a été rejetée en raison de l'iniquité et de l'impraticabilité de certaines de ses

¹ F. GISSEROT, "La confusion des patrimoines est-elle une source autonome des l'extension de faillite?", RTD com. 1979, p.49; A-M. ROMANI, Les sociétés fictives dans les procédures collectives, thèse Nice, juillet 1981, p. 22.

² Avant la promulgation du Code des sociétés commerciales par la loi n°2000-93 du 3 novembre 2000, les intervenants économiques ont trouvé dans la théorie de la personnalité morale un grand secours pour limiter leur responsabilité et ce afin de bénéficier de plus de sécurité dans l'exercice du commerce. En fait, celui qui aurait l'intention de se livrer à une activité commerciale, aurait recours à un "*homme de paille*" pour constituer une société (Voir S. MELLOULI, "Y-a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien?", art. préc., p.9). Un tel contournement de la loi n'est plus nécessaire après cette date, dans la mesure où tout individu pourrait limiter sa responsabilité lors de l'exercice du commerce en fondant une société unipersonnelle à responsabilité limitée (Voir J. PAILLUSSEAU, "L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle", JCP, 1986, I, 3242, n°32-37). Toutefois, cette société unipersonnelle peut être tenue pour fictive notamment si l'associé unique confond son patrimoine personnel et celui de sa société. Il n'y a pas en l'occurrence, comme dans les cas classiques de simulation, un accord entre plusieurs personnes pour créer une apparence puisque par hypothèse la société résulte d'un acte unilatéral. Il n'en reste pas moins que si l'associé unique a, au vu et au su des tiers, confondu son patrimoine avec le patrimoine social, l'acte de société aura permis une simulation puisque la société unipersonnelle n'a été conçue que comme une façade destinée à masquer une affectation de patrimoine qui n'existait pas en réalité. Voir, P. LE CANNU, "L'EUURL et les procédures collectives", Bull. Joly Sociétés, 1 octobre 1986, n°10, p. 895; B. MAUBRU, "Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EUURL", JCP, 1986, N, 1986, 101268.

³ Il s'agit principalement de l'hypothèse des filiales fictives. On admet généralement que, la filiale est une société juridiquement autonome, formellement du moins, et qui le demeure malgré la part importante que la société mère peut détenir dans son capital (article 478 du Code des sociétés commerciales). Cependant, elle est susceptible de perdre cette indépendance par suite de circonstances ultérieures entraînant l'absorption complète de la personnalité de la filiale par celle de la société mère : modification dans la répartition de son capital, réorganisation de sa direction, nouvelles directives quant à son administration, etc... Elle est considérée comme une simple façade sans existence réelle. Sa personnalité se fond dans celle de la société mère, et elle peut être assimilée à une succursale ou une agence. Voir, R. MARRAU, "Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés", Petite Affiche 5 août 1996, p. 4; F. GISSEROT, "La confusion des patrimoines est-elle une source autonome de l'extension de faillite?", art. préc., n°25.

⁴ P. ROUAST-BERTIER, "Société fictive et simulation", Rev. sociétés 1993, n°15; A. MARTIN-SERF, "Consentement des parties - Sociétés fictives et frauduleuses", JurisClasseur société 2015, Fasc. 7-40, n°4.

⁵ B. JONESCO, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, thèse, Strasbourg, 1928.

applications¹. Depuis la première moitié du XXe siècle, la jurisprudence a considérablement étendu le champ d'application des mécanismes correcteurs d'apparence; la simulation a donc été rejetée comme fondement unique et universel. Selon l'analyse de monsieur P. ROUAST-BERTIER, la fictivité ne peut être une simulation, en premier lieu parce que cela implique d'accepter comme critère déterminant de la fictivité l'absence d'*affectio societatis*, critère qu'il réfute, en second lieu, parce que les conséquences juridiques de la fictivité et de la simulation diffèrent trop pour que le même mécanisme soit en cause². Par conséquent, c'est l'apparence créée qui est le seul fondement ou le fondement principal de la fictivité³.

II/ La technique de l'opposabilité.

344-La consécration du principe d'opposabilité: Sous l'empire du décret du 16 juillet 1926, la mention des faits et actes au registre du commerce, conçu comme un simple répertoire de renseignements sur les commerçants, était dépourvue de sanctions. La mention d'un acte ne produisait aucun effet et le défaut de mention n'empêchait pas le fait ou l'acte d'avoir son plein effet à l'égard de tous⁴. La loi du 2 mai 1995 a innové lorsque son article 62 a consacré, dans sa rédaction officielle en langue arabe, non seulement le principe d'inopposabilité des éléments juridiques non inscrits, mais aussi le principe d'opposabilité des éléments inscrits⁵. En revanche, en France, l'opposabilité des faits et actes mentionnés est considérée comme le corollaire logique de l'inopposabilité au cas de défaut de publicité et plus généralement comme l'effet principal et normal de la publicité légale en matière de registre du commerce⁶.

¹ J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., n° 8, p. 20.

² P. ROUAST-BERTIER, "Société fictive et simulation", art. préc., p. 725, n°16..

³ A cet égard, monsieur P. ROUAST-BERTIER a remarqué une confusion qui a été faite entre fictivité et théorie de l'apparence. Ibid., p. 725, n°16.

⁴ La solution se fondait sur l'article 42 du décret qui prévoyait que ses dispositions "*ne portent en rien atteinte aux dispositions des textes relatifs à la publicité des faits, actes ou jugements concernant les commerçants et les sociétés de commerce et qu'ils demeurent en vigueur avec les sanctions y attachées*"

⁵ Article 62 de la loi du 2 mai 1995. En réalité la version arabe est un peu différente de celle française. En arabe cet article dispose que "*la personne assujettie à immatriculation ne peut opposer, lors de l'exercice d'activité, ni aux tiers ni aux administrations, les faits et actes sujets à mention mais non portés au registre du commerce, qu'à partir de leur inscription*". En langue française cet article dispose que "*Dans l'exercice de son activité, la personne assujettie à immatriculation ne peut opposer, ni aux tiers ni aux administrations les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre*".

⁶ A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., p.261; "La réforme du registre du commerce", art. préc., p. 152 s. Toutefois, monsieur SAINT-ALARY l'a nié, motif pris de ce que les textes ne prévoient pas cette opposabilité (R. SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°13).

En réalité, le législateur tunisien est influencé par le droit allemand¹ et le droit suisse² qui ont consacré expressément cet effet d'opposabilité. En revanche, il n'a pas adopté les mêmes caractères. Si les éléments portés au registre allemand ou suisse ne seront opposables qu'à partir de leur publication au *Bundesanzeiger* (journal fédéral allemand d'annonces légales) ou dans la feuille officielle Suisse du commerce, elles le seront en droit tunisien du seul fait de leur inscription au registre du commerce. Cette différence s'explique par la non exigence d'une publication, par voie de presse, des inscriptions portées au registre du commerce³. Ainsi, immatriculation et inscription apparaissent comme la source d'opposabilité et le registre du commerce comme son mode privilégié de mise en œuvre⁴.

345-Définition de l'opposabilité : L'opposabilité a été définie par l'auteur d'un ouvrage qui lui a été consacré comme "*la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe*"⁵. Certains actes ou faits juridiques, tout en obligeant directement les parties intéressées, vont concerner des tiers et entraîner à leur égard des effets de droit. Le domaine que couvre cette technique juridique particulière est général : un acte, un fait, un droit, voire une situation peuvent être opposés.

346-Opposabilité et apparence : Par son mécanisme, l'opposabilité extériorise des éléments juridiques préexistants que les tiers doivent connaître. Cette connaissance est organisée légalement sous forme de publicité. Le système d'opposabilité est alors fondé sur un principe différent de celui de la connaissance naturelle: le tiers est ici réputé avoir connu l'élément opposé, non pas seulement du fait de la nature de ce dernier, mais grâce à une organisation spéciale destinée à le rendre public⁶. Cette "*extériorisation légale*" des éléments juridiques, crée une réalité visible – une apparence – à laquelle les tiers peuvent se fier. Ces derniers ne peuvent pas, en règle générale se plaindre d'ignorer l'élément publié: le respect d'une publicité légale renforce ainsi la supposition générale de connaissance.

¹ §15 du H.G.B.

² Article 933 du Code des obligations suisse.

³ Supra, p. 164.

⁴ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Les effets juridiques de la publicité légale", in Publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction A. SAYAG, p.146, n°169.

⁵ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., p.22, n°2-1.

⁶ Ibid., p. 291, n°259.

Il en découle que l'immatriculation constitue pour le tiers, la représentation de la situation immatriculée. Elle crée chez lui la croyance que l'apparence correspond à la réalité, c'est-à-dire que cet élément existe et qu'il est vrai. S'il ne l'est pas, le tiers aura commis une erreur légitime confortée par une mesure de publicité et bénéficiera ainsi de l'opposabilité. Mais, doit-on ou non accorder une portée absolue à cette règle quand il existe une distorsion entre la situation et sa représentation légale ?

La logique du système de publicité voudrait effectivement que celle-ci ne change rien à la situation publiée¹. En principe, l'opposabilité est indépendante du mode de création et de la véracité de l'acte ou de la situation opposable. C'est une technique indépendante qui se suffit à elle-même. En conséquence, puisque l'immatriculation n'est pas en elle-même, ainsi qu'on l'a montré, une condition nécessaire de l'opposabilité², mais tout simplement une condition de sa mise en œuvre, elle apparaît également comme détachée de la régularité ou de l'irrégularité éventuelle de l'élément opposable. Ainsi, dès que la publicité est opérée, le tiers peut tenir la fausse apparence comme la seule expression de la vérité.

347-L'opposabilité de la qualité de commerçant : Partant, l'immatriculation de tout entrepreneur individuel exerçant le commerce en dépit d'une interdiction, d'une déchéance ou d'une incompatibilité, rend opposable aux tiers sa qualité de commerçant. Cette opposabilité s'applique même dans le cas d'une personne qui n'exerce aucune activité commerciale ou se méprend sur la nature de son activité. On peut donc dire, qu'à travers la technique d'opposabilité, l'immatriculation attribuée à la personne immatriculée par erreur une qualité qu'il n'en a pas, celle du commerçant.

348-L'opposabilité de la personnalité morale : La même logique vaut aussi pour l'erreur portant sur l'existence réelle d'une société. La société fictive se présente aux yeux du public comme une société réelle qui a accompli les formalités de constitution y compris celles de l'immatriculation et de publicité. Si la publicité du contrat de société est nécessaire pour faire connaître aux tiers l'existence de la société, c'est l'immatriculation au registre du commerce qui est susceptible de créer une situation de régularité apparente à laquelle vont se fier les tiers. Elle crée une apparence de

¹ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Les effets juridiques de la publicité légale", in ouvrage collectif sous la direction de A. SAYAG, op.cit., p.155, n°178.

² C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales : Information du public et preuve des actes, op.cit., p.86-87, n°137.

société personne morale. Lorsque les prétendus associés ont procédé à l'immatriculation d'une société en dehors du cadre légal fixé par l'article 2 du Code des sociétés commerciales et que *l'affectio societatis* fait défaut, il ne fait pas de doute qu'ils ont informé les tiers de l'existence de cette société qui leur est opposable. Le "*montage purement formel*"¹ auquel correspond la société dépourvue *d'affectio societatis* n'a de société personne morale que l'apparence. Cette apparence revêt plusieurs formes. M. MOUSSERON distingue ainsi les sociétés : fantômes dont l'existence se résume à une adresse; coquilles (Shell companies), qui existent administrativement mais sans activité²; paravent (front companies) qui existent administrativement et exercent une "*double*" activité³. Madame CUTAJAR-RIVIERE parle de société écran dont la qualification "*joue sur la force de l'apparence créée par l'immatriculation qui constitue en réalité une utilisation dévoyée de la personnalité morale*"⁴.

349-Appréciation de la solution: Il apparaît donc, que la technique de l'opposabilité utilisée par le législateur est efficace, parfois même radicale. Elle a pour seul souci la protection des tiers et à travers lui, la sécurité du commerce juridique en établissant le triomphe de l'apparence sur la réalité. Par conséquent, la prise en considération de la situation de fait ostensible permet, en dépit de son irrégularité, de créer les mêmes droits que ceux qu'ils auraient eus si la réalité avait été conforme à l'apparence trompeuse. Les tiers peuvent se prévaloir de la situation apparente de son contractant immatriculé et prétendre l'opposabilité de sa qualité de commerçant. Il en est de même pour les sociétés. Les tiers voulant conserver le bénéfice des actes passés avec la société fictive, opposent sa personnalité morale apparente. Il a même été jugé que les créanciers peuvent opposer la création d'une société fictive pour contraindre les souscripteurs fictifs et les apporteurs fictifs à libérer leurs apports⁵.

¹ J.P. GASTAUD, Rev. sociétés 1976, p.675.

² Il s'agit de société en sommeil qui fera l'objet de l'étude dans les pages. 408 et suiv.

³ P. MOUSSERON, "Le blanchiment sociétaire : et si les sociétés lavaient plus blanc...", JCP, 2004, E, 875, n°7.

⁴ M. CUTAJAR-RIVIERE, op.cit., n°278. Cet auteur a mis l'accent sur la nécessité de l'obtention de la personnalité morale pour la qualification de société fictive. Ainsi, la fictivité ne se rencontre que dans les sociétés dotées de la personnalité morale. Elle ne peut, de ce fait, succéder à une société en participation dont la création ne constitue pas aussi un cas de simulation. L'interdiction faite à la société en participation de toute forme de publicité semble faire croire que cette société ne peut avoir aucune apparence à l'égard des tiers

⁵ CA Nancy, 25 nov. 1988: Bull. Joly 1989, p. 885, § 308. Dès lors, on constate que les créanciers de la société sont en droit d'exiger de ceux qui ont consenti à devenir membres apparents d'une société qu'ils assument toutes les obligations attachées à leur qualité d'associé: être tenu indéfiniment des dettes sociales ou répondre de l'évaluation des apports en nature.

Certes, ce résultat ne peut être atteint que par une dérogation aux exigences de la stricte logique juridique. Mais, contrairement à J.-Ch. LAURENT qui y voyait, il y a un demi siècle "*un phénomène de désagrégation de la loi*"¹, on peut estimer à la lumière de l'étude effectuée par monsieur Laurent LEVENEUR², que le véritable rôle de l'opposabilité comme apparence créée par l'immatriculation est de réaliser un simple assouplissement des règles dans des cas exceptionnels pour favoriser le bon fonctionnement de l'ordre juridique par la sauvegarde de la confiance sans laquelle ses mécanismes seraient paralysés.

Paragraphe 2: La portée de la conversion.

350-Etudier la portée de la conversion opérée par l'immatriculation conduit à s'interroger sur la nature de l'opposabilité. Par son mécanisme, l'opposabilité extériorise des éléments juridiques préexistants que les tiers sont présumés les connaître. Cette présomption de connaissance, qui constitue son fondement, est simple (I). Le caractère simple de la présomption révèle, néanmoins, une spécificité qui peut être dégagée à partir de l'interprétation de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995. La présomption de la commercialité dont parle cet article, n'est en réalité qu'une présomption de connaissance (II).

I/ La présomption simple de connaissance.

351-Présomption de connaissance et opposabilité: Il est admis que l'opposabilité qu'entraîne nécessairement la réalisation des publicités substantielles simplifie considérablement les relations d'affaires, dans la mesure où la connaissance est censée exister dès la publicité. Par le biais de l'opposabilité, les publicités légales, destinées à informer les tiers, créent et organisent une série de présomptions de connaissance à effets juridiques renforcés. Ne faudrait-il pas systématiquement considérer que dès leur exécution, le tiers est présumé informé, peu importe qu'en fait il n'ait pas fait l'effort suffisant pour découvrir l'information. La présomption légale de

¹ J.-C. LAURENT, L'apparence dans le problème des qualifications juridiques, thèse, Caen, 1931, n°118, p.323.

² L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., n°161, p.182.

connaissance est fondée sur un devoir du tiers de s'informer; on dit que l'information est quérable¹.

Mais, ces facilités ne doivent pas pour autant désavantager les tiers. Si à première vue, l'opposabilité semble alourdir ses engagements², son organisation par une formalité de publicité efface l'opposabilité d'emblée ou a priori des éléments qui y sont soumis en exigeant que l'existence de cet élément soit d'abord révélé aux tiers. L'opposabilité permet aux tiers de réagir à un acte, un fait ou une situation susceptible de léser leurs intérêts, ce qu'ils ne pourraient faire en son absence. C'est donc un instrument de leur sécurité³.

L'idée de J. DUCLOS est que l'opposabilité doit sanctionner positivement les éléments juridiques que les tiers intéressés auraient au moins pu connaître. Le tiers ne subira pas les conséquences néfastes d'un évènement occulte dont la révélation en temps utile l'aurait peut-être conduit à adopter une autre attitude⁴. Par conséquent, l'accomplissement de l'immatriculation déclenche une présomption légale de connaissance par les tiers des éléments divulgués. Il est sanctionné non seulement par l'opposabilité mais aussi par l'inopposabilité de la situation cachée.

352-Présomption d'ignorance et inopposabilité: L'idée est à la base du droit commun de la simulation. L'article 26 du Code des obligations et des contrats déclare l'inopposabilité de la contre-lettre aux tiers. On ne peut logiquement leur opposer un acte qu'il leur a été volontairement caché. Si le principe de solution ne peut être discuté dans le cas d'une société fictive, puisqu'il découle d'un texte sans équivoque, par contre, son fondement l'a été beaucoup plus. En effet, certains auteurs⁵ ont voulu voir dans l'article relatif à la simulation, une application de la théorie de la peine privée: le simulateur a créé une apparence pour tromper les tiers; il sera pris à son propre piège, et les tiers pourront invoquer cette apparence contre lui. Mais, l'idée d'apparence explique et justifie les solutions données aux problèmes pratiques mieux que ne peut le faire

¹ Supra, p. 10.

² D'abord, la présomption pèse sur le tiers qui doit chercher l'information. Ensuite, l'opposabilité dont il est question en matière de publicité confortative est l'opposabilité par les acteurs directs (ceux qui doivent publier) aux tiers (ceux qui sont destinataires de la publicité).

³ "Les effets juridiques de la publicité légale", étude réalisée par CREDA, in Publicités légales et information dans les affaires sous la direction A. SAYAG, op.cit., n°175, p. 153.

⁴ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°8.

⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, tome 4, Les successions, par J. MAURY et H. VIALLETON, n°337.

l'idée de peine privée¹; nous n'en voudrions pour preuve que l'exemple suivant; la seule condition imposée au tiers pour qu'il puisse se prévaloir de l'inopposabilité de l'élément secret est la bonne foi c'est à dire son ignorance de la réalité²; peu importe l'attitude du simulateur, qu'il ait eu des motifs plus ou moins louables d'utiliser la simulation. On retrouve le même processus de raisonnement que dans les autres applications de l'apparence, notamment dans le cas du commerçant apparent.

Cette justification permet ainsi de déplacer le pôle d'attraction du comportement de l'acteur direct vers celui du tiers, ce qui est plus conforme à l'esprit général de la loi du 2 mai 1995 relative au registre du commerce. En effet, l'apparence du commerçant s'applique sans avoir à constater aucune faute de la part de l'assujetti à l'immatriculation. Ce dernier se reconnaît par rapport à la satisfaction des conditions qui l'identifient (à savoir l'article 2 du Code de commerce). Mais, parfois, la personne se méprend sur sa propre qualité d'assujetti et s'immatricule par erreur; la complexité de la réalité économique est souvent très éloignée des différentes qualifications juridiques et surtout de la distinction entre commerçant et non commerçant. Si, théoriquement la distinction entre commerçant et artisan est assez aisée, c'est loin d'être le cas dans la pratique. Le flottement de la jurisprudence tunisienne concernant la qualification de la coiffure pour dames constitue le meilleur témoignage de cet interminable débat³. Un artisan ou un agriculteur dont l'activité est en principe exclue du commerce peut s'immatriculer au registre du commerce par erreur.

Il en découle que l'immatriculation qui crée une apparence de la qualité de commerçant ou une apparence de société personne morale réelle et valide, permet aux tiers d'ignorer ses éléments cachés qui demeurent inopposables. Leur ignorance les autorise à se fier à la situation apparente qui devrait généralement refléter la réalité. L'inopposabilité se fonde donc, sur la présomption de leur ignorance de l'acte secret. Ce qui fait qu'ils n'ont pu que croire à l'apparence créée par l'immatriculation c'est à dire à

¹ Pour la majorité de la doctrine, il faut y voir une application de la théorie générale de l'apparence: les tiers ont été trompés par l'apparence; ils ont le droit d'en faire état. Voir M. M. BOUDOT, Dalloz, Répertoire de droit civil 2009 (mise à jour 2017), V° Apparence, n°38; A. MARTIN-SERF, "Consentement des parties. Société fictive et frauduleuse", jurisClassaur société 2015 (mise à jour 2017), fascicule 7-40, n°37.

Toutefois, monsieur N. F. RAAD estime que l'inopposabilité trouve son origine directement dans le fait de la simulation plutôt que dans la théorie de l'apparence. Voir N.F. RAAD, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op.cit., n°248, p.233.

² Infra, p. 361.

³ F. BOURAOUI DARGHOUTH, "Vers un rapprochement du statut de l'artisan de celui du commerçant: le cas de la coiffure pour dames", art. préc., pp. 85.

la réalité de la société au moment où il a eu affaire à elle ou à l'existence d'une qualité. La protection offerte par l'article 26 s'avère ainsi, en l'hypothèse, inutile puisqu'elle est assurée par le jeu des règles relatives au registre du commerce.

353-La nature de la présomption de connaissance: spécificité: Si l'inopposabilité est fondée sur la présomption d'ignorance, l'opposabilité quant à elle, elle est fondée sur la présomption de connaissance. Mais quelle est la nature de cette présomption? L'article 62 de la loi du 2 mai 1995 soulève une difficulté quant à l'appréciation de la portée de connaissance. Aux termes de ce texte, la personne assujettie à l'immatriculation peut opposer aux tiers et aux administrations publiques les faits et actes sujets à mention si ceux-ci ont été publiés. Aucune réserve n'est faite quant à la possibilité pour les tiers d'établir qu'ils n'ont pas eu connaissance de la publicité effectuée. Il est seulement indiqué que, "*Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administration qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes*". Même si les faits et actes n'ont pas été publiés, les tiers qui en ont pris connaissance peuvent s'en prévaloir.

Ainsi, en l'absence de l'immatriculation, la connaissance réelle¹ de la situation peut suppléer celle-ci et entraîner une opposabilité de la qualité de commerçant ou de personne morale. De même, elle permet lorsque la formalité d'immatriculation est effectuée de faire primer la réalité. Les tiers peuvent donc échapper à l'opposabilité. Cette inopposabilité n'est pas due à la preuve de l'ignorance de l'accomplissement de la formalité de publicité qui déclenche dans la plupart des hypothèses une présomption légale de connaissance irréfragable². Elle est due plutôt à la preuve de l'inexactitude des mentions portées au registre du commerce. En effet, l'opposabilité ne veut pas dire que le contenu du registre correspond nécessairement à la vérité. Les inscriptions n'ont pas de valeur probatoire³.

Par conséquent, le législateur ne semble pas avoir opté pour une opposabilité absolue liée à l'accomplissement de l'immatriculation. Comme elle a pour fonction essentielle de faire connaître aux tiers la situation de la personne, il est admis que la connaissance que ces tiers peuvent avoir, indépendamment de cette formalité, a une influence sur la mise en œuvre de l'opposabilité. A cet égard monsieur DUCLOS a

¹ Par opposition à la connaissance présumée, réputée.

² C.-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, op.cit., n°105 et suiv.

³ Supra, p. 327.

estimé que la théorie d'apparence "ouvre une large brèche dans le système général d'opposabilité fondé sur la connaissance réputée"¹.

II/ La présomption de commercialité de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 : une présomption de connaissance.

354-Nature de la présomption de commercialité: Selon l'article 60 de la loi du 2 mai 1995, l'immatriculation induit la qualité de commerçant de l'entreprise individuelle. Il s'agit, néanmoins, d'une présomption simple différente de celle irréfragable consacrée par le droit allemand². Cet article prévoit que cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire.

Il en découle que la présomption de commercialité peut être renversée soit en établissant le caractère non commercial de l'activité exercée, soit en prouvant que la personne physique immatriculée ne répond pas aux conditions d'accès à la profession commerciale. S'agissant d'une situation juridique, la preuve que la personne a été inscrite à tort, et n'est donc pas commerçant peut être établie par tous moyens³. Elle peut être rapportée même lorsque l'immatriculation a été réalisée à la suite d'une ordonnance d'injonction ou à la suite d'un différend entre greffier et déclarant tranché par le juge de registre du commerce dans le sens de l'immatriculation. On admet que ces décisions ne sauraient avoir autorité de la chose jugée⁴.

355-La question qui se pose est de savoir si le renversement de la présomption de commercialité par le tiers est tributaire de sa bonne foi ?

Si, l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 édicte une véritable présomption, une règle de preuve, fondée sur la probabilité, il est raisonnable d'induire que la faculté pour les tiers de se prévaloir de l'absence de la qualité de commerçant de l'immatriculé n'est cependant pas fonction d'une notion quelconque de bonne ou mauvaise foi⁵. Déjà on peut constater à travers la jurisprudence que les juges ne font pas allusion à ces notions⁶.

¹ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., p.389, n°370.

² Supra 110.

³ JCP, 1979, CI, II, 13901.

⁴ A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., p. 2560.

⁵ On aurait pu envisager que les tiers ne puissent se prévaloir du renversement de la présomption qu'en établissant la mauvaise foi de commerçant immatriculé à tort. On aurait aussi pu envisager que seuls les tiers de bonne foi puissent opposer le renversement de cette présomption.

⁶ Voir la jurisprudence citée à la note n°6 de la page 440.

Toutefois, il est admis que le renversement de la présomption par l'immatriculé est subordonné à la preuve de la mauvaise foi des tiers. Il s'agit là, de la solution adoptée par une doctrine française¹ à la question de savoir si l'immatriculé peut rapporter la preuve de l'absence de la qualité de commerçant?

A priori, l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 répond à cette question. Il réserve, uniquement, aux tiers la faculté de prouver la commercialité de fait de l'immatriculé en disposant que "*Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers qui apportent la preuve contraire*". Les dispositions de cet article ne sont, en réalité, que la transposition de la solution déjà consacrée par la législation française depuis 1984². L'article 64 du décret du 30 mai 1984³ écarte la solution choquante admise par la jurisprudence antérieure⁴ sur le fondement d'un texte trop vague⁵, qui permettait à la personne immatriculée, souvent de mauvaise foi, de rapporter la preuve contraire d'une situation apparente qu'elle avait elle-même créée en s'inscrivant et d'écarter le statut qu'elle avait elle-même constituée.

Par conséquent, le législateur tunisien ainsi que son homologue français ont précisé que la présomption de commercialité ne pouvait être combattue que par les tiers. La majorité de la doctrine française en a déduit que la présomption réfragable vis-à-vis des tiers devient irréfragable à l'égard de la personne immatriculée⁶.

¹ J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", art. préc., p.81; C.T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales : information du public et preuve des actes, Paris 1990, n°180, p. 125.

² P. LE CANNU, "Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés", art. préc., p.8 : "*Seuls les tiers peuvent apporter la preuve contraire... La présomption est renforcée à l'égard de l'assujetti*".

³ L'article 64 du décret du 30 mai 1984 est abrogé et codifié par l'ordonnance n°2000-912 du 18 sept. 2000 à l'article L 123-7 du code de commerce. Aux termes de ce dernier article "*L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire*".

⁴ C.A. Nancy 15 avril 1966, cité par JAUFFRET, RTD com. 1974, p. 228, n°2. La cour admet qu'une personne inscrite au registre du commerce, comme commerçante en articles électroménagers peut établir qu'elle n'a pas cette qualité mais celle de mandataire en produisant le contrat le liant avec la société "*confort électroménager*". V. aussi cass. com. 17 mars 1981, RTD com. 1982, p. 517, obs. DERRUPPE.

⁵ L'article 41 du décret du 23 mars 1967 disposait que "*Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés est présumée sauf preuve contraire avoir la qualité de commerçant aux termes des lois en vigueur...*". Cet article avait prévu une présomption simple sans distinguer quelles personnes voulait combattre la présomption.

⁶ Cette solution était approuvée par certains auteurs avant même la réforme de 1984. Voir par exemple R. SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°30 ; A. JAUFFRET, "La réforme du registre du commerce", art. préc., 147-148. Elle est confirmée après la réforme. Voir par exemple P. LE CANNU, "Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés", art. préc., p.8; G.RIPERT et R.ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., n°233.

Toutefois, pour monsieur Jacques DELGA, il ne peut s'agir d'une présomption irréfragable. *"Il faut distinguer l'impossibilité pour l'immatriculé de se prévaloir du renversement de la présomption (à l'égard des tiers de bonne foi) du caractère irréfragable de la présomption. Il n'existe d'ailleurs aujourd'hui encore aucun contrôle véritable et juridictionnel de la qualité de commerçant de l'inscrit permettant la reconnaissance d'une présomption absolue de commercialité. Malgré la formulation équivoque, le caractère simple et général de la présomption est maintenu"*¹.

En outre, un auteur a pu affirmer qu'une double présomption pour l'inscrit résulte de l'immatriculation au registre du commerce: une présomption de connaissance- il est su que la personne immatriculée est réellement commerçante- et une présomption de commercialité – l'inscrit est effectivement commerçant –. Cette dernière ne peut être renversée par l'assujetti qu'à la condition que la présomption de connaissance par les tiers de la qualité de commerçant de la personne, qui résulte de l'immatriculation, ait d'abord été renversée. Ces deux présomptions sont donc dépendantes et réfragables. Le renversement de la présomption de connaissance est un préalable nécessaire au renversement de la présomption de commercialité².

Il est ainsi, admis que la preuve de l'absence de la qualité de commerçant par l'immatriculé ne suffit pas, encore faut-il qu'il prouve la connaissance de ce défaut de qualité par les tiers³. Monsieur DERRUPE est allé plus loin en estimant que l'intéressé ne sera plus recevable à prouver qu'il n'est pas commerçant mais seulement que les tiers savent qu'il ne l'est pas. Il justifie son opinion par des raisons d'ordre morale. *"Les tiers de bonne foi sont mieux protégés contre des déclarations inexactes"*⁴.

356-La vraie utilité de la présomption: On peut donc, envisager que la présomption de la commercialité ne peut être renversée que par le tiers de bonne foi, c'est à dire celui qui a ignoré que la personne immatriculée n'était pas commerçante. Ce qui mène à penser que la présomption attachée à l'immatriculation possède moins une fonction de preuve de la qualité de commerçant qu'une fonction d'information⁵.

¹ J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", art. préc., p.81.

² C.T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales : information du public et preuve des actes, op.cit., n°180, p. 125.

³ J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", art. préc., p.81.

⁴ RTD com. 1984 ; p. 654 ; obs. J. DERRUPPE.

⁵ Supra, p. 193.

Toutefois, force est de reconnaître que l'article 60, et contrairement à l'article 61 de la même loi, n'est pas réellement utile quant à la détermination exacte des effets produits par cette apparence trompeuse. Ce texte ne fait que conclure à la qualité de commerçant des personnes immatriculées. C'est là son rôle, qui n'est pas négligeable. On en déduit que l'individu en cause est commerçant, mais on n'est guère plus avancé sur les effets qu'il convient d'attacher à cette qualité illicitement revêtue¹.

357-Possibilité d'appliquer la solution de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 à l'entreprise sociétairé?: Ainsi, la qualité de commerçant d'une personne physique est opposable aux tiers après l'immatriculation puisqu'elle est supposée connue d'eux. Mais, l'immatriculation d'une société emporte-t-elle, à l'égard des tiers, une présomption légale de connaissance? A cette question madame BARREAU-SALIOU estime qu'il existe en matière de société et autres groupement une présomption légale de connaissance attachée à l'accomplissement des formalités de publicité. Aucun texte ne l'indique expressément mais elle s'impose logiquement. L'immatriculation est faite au registre du commerce et les mentions figurant sur ce registre sont opposables aux tiers qui sont présumés les connaître².

Section 2: L'immatriculation renforce l'apparence.

358-Si l'immatriculation se présente comme un moyen de faire coïncider réalité juridique et apparence, cela ne signifie pas pourtant que la situation juridique apparente l'emporte systématiquement, encore faut-il que les tiers répondent à certaines conditions. Une lecture des dispositions de la loi du 2 mai 1995 nous permet de constater que la situation apparente créée par une fausse immatriculation doit répondre aux mêmes conditions qui se rattachent à la théorie générale de l'apparence. Mais, il ne s'agit pas ici d'une reprise pure et simple des conditions car l'immatriculation renforce l'apparence en les allégeant. Ainsi, on peut noter une certaine spécificité qui a été introduite dans la condition de bonne foi exigée des tiers (paragraphe 1) et la nature de l'erreur commise (paragraphe 2).

¹ Infra, p. 434-435.

² C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, op.cit., n°144.

Paragraphe 1: La spécificité de la condition de bonne foi des tiers.

359-Il faut, peut être admettre que lorsqu'une mesure de publicité soit légalement organisée, elle va entraîner une certaine spécificité quant à la détermination de certaines notions fondamentales à savoir la notion de "bonne foi" (II) mais aussi et surtout celle de "tiers" (I).

I/ Spécificité de la notion du tiers concerné par une apparence créée par l'immatriculation.

360-*Définition de droit commun:* Expression variable et ambiguë d'une technique juridique, pourtant très usitée, la notion de "tiers"¹ irrite les juristes par sa fugacité rebutante. "Relative et circonstancielle"², elle varie selon la spécificité de chaque matière et la protection qu'accorde la loi aux tiers³. Mais, pour définir ce concept, le droit commun des contrats reste toujours la référence pour toutes les branches du droit. Généralement, la doctrine cherchait à le définir en partant de l'acte juridique vers les tiers. Une telle approche a subi la domination du principe de l'effet relatif du contrat à l'égard des tiers⁴ et du principe de l'opposabilité des actes aux tiers⁵.

L'article 37 du Code des obligations et des contrats dispose que "*Nul ne peut engager autrui, ni stipuler pour lui s'il n'a pouvoir de le représenter en vertu d'un*

¹ Voir notamment J-M. AUSSEL, Essai sur la notion du tiers, thèse Montpellier Imprimerie de la Charté 1953.

² J. Duclos, L'opposabilité, op.cit., p. 25, n°3.

³ La publicité accompagnant la vente d'un fonds de commerce définit de façon atypique les tiers. L'article 204 du Code de commerce emploie cette notion pour désigner les créanciers du vendeur. On désigne par le terme tiers toute personne, autre que les créanciers inscrits et le propriétaire du fonds de commerce, peu importe que ce dernier soit le débiteur principal ou un acquéreur du fonds de commerce grevé. En matière de location-gérance du fonds de commerce, nombreux sont les tiers que peut intéresser le contrat de location-gérance : créanciers du locataire gérant, créanciers du loueur, acquéreur du fonds, propriétaire de l'immeuble, et les employés

⁴ Article 240 du Code des obligations et des contrats "*Les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte...*". Voir notamment, A. WEILL, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, thèse Stasbourg, 1983 ; R. SAVATIER, "Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats", art. préc., p. 525 ; GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, thèse Paris II, 1977, LGDJ, préface H. Batiffol ; C. Guelfucci-Thibierge « De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994, p. 275 ; C. JAMIN, "Une restauration de l'effet relatif du contrat", D. 1991, chron., p. 275 ; C. Larroumet, "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", JCP, 1991, G, I, 3531.

⁵ Par application de ce principe, les tiers ne sont pas tenus d'exécuter les obligations des parties. Ils sont en revanche, tenus de laisser le vrai débiteur s'exécuter, ou le vrai créancier poursuivre l'exécution. En ce sens, le contrat a donc effet à l'égard des tiers.

mandat ou de la loi". Quant à l'article 241, il dispose que "*Les obligations ont effet, non seulement entre les parties elles mêmes mais aussi entre leurs héritiers ou ayants cause à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de l'obligation ou de la loi*". On déduit ainsi, que le contrat n'engage que ses contractants ou leurs représentants tels que le mandataire. Il engage aussi les ayants cause qui sont censés continuer la personnalité juridique de leur auteur. Donc, en dehors de cette sphère toute personne est considérée comme un tiers. Il s'agit d'une personne qui est complètement étrangère à l'opération et n'a aucun rapport avec les parties au contrat.

361-En matière des sociétés, la notion de tiers dûment employée, nous rappelle la définition de droit commun. En ce sens, monsieur CALAIS-AULOY définit les tiers comme étant "*les personnes étrangères au pacte social, ou à ce qui a paru un pacte social*"¹. Généralement, ils sont les personnes qui entretiennent une relation d'affaire avec la société : tiers débiteurs et tiers créanciers (fournisseurs, créanciers et clients)². Ce sont autant d'acteurs et d'intervenants nécessaires pour la société au cours de sa vie. En effet, celle-ci ne peut pas se renfermer sur elle-même, elle a besoin des tiers pour assurer sa prospérité et pour pouvoir concurrencer les autres sociétés³.

Mais, il convient de préciser que dans l'étude relative à la société fictive, on entend parler de tiers à la simulation⁴. Cette notion paraît être plus large que celle de l'article 241 du Code des obligations et des contrats puisque l'article 26 du même Code dispose que "*les ayants cause et successeurs à titre particulier sont considérés comme tiers,...*". Sont ici spécialement visés par la protection, les ayants causes à titre particulier⁵ et les créanciers chirographaires⁶. De même, les créanciers et les débiteurs

¹ J. Calais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., n° 159.

² Cass. com., 12 décembre 1991, Droit des sociétés 1992, p.7, n°76, obs. Th. BONNEAU; Cass. com., 11 juillet 1988, JCP, 1989, E, II, 15415, p.85, n°1.

³ Centre montpelliérain du Droit de l'Entreprise "La protection des tiers dans le droit des sociétés", RTD com. 1971, p. 30.

⁴ Supra p. 338.

⁵ L'expression ayant cause implique une succession d'une personne aux droits d'une autre. Elle se différencie en deux notions : celle d'ayant cause universel ou à titre universel d'une part, celle d'ayant cause à titre particulier, d'autre part. Lorsque le transfert d'un patrimoine se réalise dans son ensemble ou vise une tranche homogène de ce dernier, on dit que l'ayant cause est à titre universel. L'ayant cause à titre particulier est celui qui a acquis, au contraire, de son auteur un ou plusieurs droits déterminés : ex. l'acheteur, le donataire.

⁶ Pour la jurisprudence française, Cass. civ. 3 avril 1963, RTD civ. 1964, p. 364, obs. J.D. BREDIN. Pour la jurisprudence tunisienne, Cour de cassation, chambre civile, arrêt n° 8860 du 9 janvier 1984, Bulletin de la Cour de cassation, 1984, p. 317; Cour de cassation, chambre civile, arrêt n°18155 du 11 novembre 2002 (inédit); Cour d'Appel de Sfax, arrêt n°6724 du 29 décembre 2003 (inédit), cités par A. SAHNOUN, La simulation en droit des sociétés, mémoire pour l'obtention du mastère en droit des affaires, Faculté de Droit de Sfax, 2006-2007, p. 118.

personnels des associés, considérés des tiers, peuvent se prévaloir de l'apparence et considérer la société comme existante et régulière.

Par conséquent, est considérée comme un tiers toute personne qui n'a pas participé à la création de l'apparence trompeuse. Les associés, l'ayant créée, ne peuvent pas invoquer l'apparence. Ils n'ont pas de ce fait la qualité de tiers¹. Les actionnaires (d'une société anonyme ou société en commandite par actions), considérés généralement comme des associés, ne sont pas des tiers. Une telle solution heurte le bon sens : pourquoi traiter différemment les personnes qui ont acquis une action dans la société et celles qui ont traité avec elle ? Les unes et les autres sont totalement étrangères à la cause d'inexistence, et à l'apparence créée. Monsieur Ripert a justement remarqué à propos de la société anonyme qu'elle "*est souvent formée entre des personnes qui ne se connaissent pas*"². Il faut donc certainement, en matière d'apparence, considérer les actionnaires comme des tiers : s'ils ont cru de bonne foi³ à l'existence de la société ils doivent conserver pour le passé tous les avantages qu'a pu leur procurer leur participation à cette société. C'est pour cette raison qu'est couramment admise la validité de la négociation des actions malgré l'inexistence de la société⁴. La solution s'impose d'autant plus que l'élément visible est ici particulièrement déterminant, puisqu'il résulte surtout de la régularité formelle du titre négociable⁵. En matière de société anonyme, par conséquent, les seules personnes qui ne puissent pas se prévaloir de l'apparence créée sont les personnes qui prennent l'initiative de la création, c'est-à-dire les fondateurs ; en matière de commandite par actions, ce sont les commandités ; eux seuls sont véritablement partie à l'apparence.

362-En matière du registre de commerce: Reste à dire, qu'en matière de registre du commerce, la détermination de la notion du tiers conserve son intérêt et ce

¹ C. cass., tunisienne, arrêt civil n°2758 du 09/12/1980 (arrêt inédit).

² G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, tome 1, op.cit., n° 1027.

En effet, les actionnaires changent sans cesse, car leurs droits sont attachés à la possession d'actions qui sont négociables. Ils ne sont pas liés par la loi du contrat, car les statuts peuvent être modifiés dans toutes leurs dispositions.

³ La bonne foi des actionnaires doit certainement être appréciée plus sévèrement que celle des autres tiers, car ils ont de nombreuses occasions, en participant aux assemblées, de connaître l'inexistence ou l'irrégularité de la société.

⁴ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, tome 1, op.cit., n° 1135.

⁵ Pour le cessionnaire d'une part sociale, certes il devient associé, mais il ne l'était pas à l'origine et il peut soutenir que la cause de l'inexistence ou de la nullité lui est étrangère. V° J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, op.cit., n° 161.

contrairement en matière foncière où elle a perdu tout intérêt¹. Cette notion, intimement liée à celle d'opposabilité², s'avère relativement aisée à circonscrire. Aux termes de l'article 62 de la loi du 2 mai 1995 "*Dans l'exercice de son activité, la personne assujettie à l'immatriculation ne peut opposer, ni aux tiers ni aux administrations les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre*". Selon cet article, l'inopposabilité ne peut être, invoquée que par les tiers et l'administration avec lesquels la personne assujettie est en rapport à raison de son activité professionnelle. En conséquence, l'inopposabilité n'a pas d'effet si l'assujetti a accompli un acte sans rapport avec son activité.

Toutefois, la lecture de ce texte nous permet de constater qu'il vise les "*tiers*" et les "*administrations*", il faut moins y voir l'indice d'une distinction juridique véritable qu'une répétition pédagogique. Il est clair qu'en l'absence de précision, on aurait rangé l'administration parmi les tiers³. Ainsi, toute personne est virtuellement un tiers, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public. Le législateur français a bien précisé "*les administrations publiques*"⁴. A l'occasion de la création d'une entreprise, l'assujetti, outre son immatriculation au registre du commerce, doit souscrire un certain nombre de déclarations auprès des organismes suivants : services fiscaux, l'inspection du travail, chambres professionnelles...

363-Les techniciens du droit sont des tiers: Par ailleurs, on peut considérer que les techniciens du droit, c'est-à-dire les avocats, les conseils juridiques, les notaires, les professionnels qui suivent l'évolution juridique des entreprises ou qui sont concernés par les modifications du statut personnel de leurs clients (banquier, agent immobilier, assureur), sont des tiers au regard des publications effectuées au registre du commerce⁵.

¹ Par l'effet constitutif de l'inscription, la distinction traditionnelle entre les parties du contrat et les tiers est détruite. Le droit réel n'existe à l'égard de tous qu'à partir de son inscription (Voir M.K. CHAREDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, C.E.R.P. Tunis 1993, p. 224).

² En effet, lorsque la publicité est purement informative, la détermination des tiers ne présente aucun intérêt spécifique. Pareillement, si la publicité est constitutive, la qualité des tiers éventuellement intéressés n'intervient nullement dans l'effet créateur attribué à la formalité. En revanche, le fait qu'une publicité soit requise à peine d'inopposabilité d'un acte ou d'une situation signifie, d'une part, que les tiers pourront invoquer le défaut d'accomplissement de la formalité pour prétendre valablement ignorer cet acte ou cette situation, mais aussi, d'autre part, qu'on pourra leur opposer une présomption de connaissance fondée sur l'existence de la formalité.

³ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Les effets juridiques de la publicité légale", op. cit., p. 151.

⁴ Les administrations publiques sont composées de l'ensemble des services et des agents groupés sous une même direction pour l'exécution d'une tâche administrative déterminée. L'administration publique peut être centrale ou locale.

⁵ M. JOMAIN et P. ANCEL, "La diffusion des informations sur les entreprises", art. préc., p. 169.

Exécuter le devoir de s'informer auprès des sources de publicité légale est une des modalités de mise en œuvre de leur obligation de renseignement des parties qu'ils conseillent¹. Ils doivent s'informer des éventuelles publications qui ont pu être effectuées et qui ont un rapport avec l'acte qu'ils sont chargés de rédiger ou la situation juridique à laquelle ils sont confrontés. En outre, ces professionnels sont des acteurs directs du droit de la publicité légale. Certains d'eux doivent satisfaire à ces formalités, soit en vertu d'un mandat légal et impératif, soit en vertu d'un mandat implicitement impliqué par l'exercice de leur activité, lorsqu'ils ont été requis pour la rédaction d'un acte qui doit faire l'objet d'une publication².

Les techniciens du droit engagent leur responsabilité³ lorsqu'ils négligent de s'informer auprès des sources de la publicité légale ou d'avertir leur clientèle des risques que révèle l'état des publications accomplies au regard de sa situation juridique. Pour éviter que leur responsabilité ne soit engagée, ils doivent se renseigner ; à défaut, on leur reprochera une violation de leur devoir de conseil. Pour les notaires, la situation est plus délicate encore puisqu'ils ont l'obligation de s'assurer que les actes qu'ils passent produiront les effets que les parties en attendaient. Cette solution était consacrée par la cour d'appel de Paris⁴. Bien qu'elle n'ait pas tranché explicitement sur la qualité de tiers du notaire, elle l'a condamné à réparer le préjudice causé par sa faute

¹ P. JOURDAIN, "Le devoir de « se » renseigner ; contribution à l'étude de l'obligation de renseignement", Dalloz 1983, chron., p. 139; J. PAILLUSSEAU, "Le consommateur de droit et son conseil", Gaz. Pal., 30 juin 1989, p. 22.

² Cela est vrai des conseils juridiques, des avocats ou des notaires en matière par exemple de constitution de sociétés. En droit tunisien, cet acte peut être sous seing privé ou authentique pour la constitution de toute société commerciale (article 3 du Code des sociétés commerciales). Toutefois, le législateur tunisien a abandonné ce choix en imposant la forme sous seing privé à travers le décret-loi n°2011-79 du 20 août 2011 portant organisation de la profession d'avocat. En vertu de son article 2, l'avocat est "*investi d'une compétence exclusive en matière de rédaction des statuts des sociétés*". Certains voient dans cette disposition des garanties pour le justiciable (Voir M-A. BETTAIEB, "La nouvelle loi relative à la profession d'avocat : l'incroyable malentendu !", Infos Juridiques, n°120/121, octobre 2011, p. 25.). Cependant, d'autres y voient une réelle volonté d'élargir le champ d'activité des avocats aux dépens de certaines autres professions. Indépendamment de ce débat, il semble que pèse sur les avocats le devoir tacite d'accomplir toutes les formalités requises pour assurer la pleine efficacité de l'acte à l'occasion duquel leur intervention a été sollicitée.

³ Les techniciens de droit sont débiteurs d'un devoir d'information à l'égard de leur clientèle et engagent leur responsabilité contractuelle en cas de manquement à celui-ci. Ils encourent des sanctions pénales, civiles ou disciplinaires. V° R. SAVATIER, "Les contrats de conseil professionnel en droit privé", Dalloz 1972, chron., p. 143 ; Y. AVRIL, "La responsabilité de l'avocat", Dalloz, 1981, n° 15.

⁴ Paris, 26 février 1990, D.S. 1990, I.R. 71.

professionnelle à l'acheteur. Elle lui a reproché de ne s'être pas renseigné auprès du registre du commerce pour y découvrir l'état de la situation financière du vendeur¹.

364-On peut déduire que les tiers concernés par les inscriptions au registre du commerce sont ceux qui ont traité pour l'activité professionnelle de l'assujetti. Mais, ils sont aussi et surtout toute personne étrangère au cercle d'activité directe de l'élément juridique à publier². Cette "extranéité"³ peut s'expliquer par le défaut de participation de cette personne à la publicité de l'acte ou de la situation. Sont ainsi exclus, les partis de l'acte ou les acteurs de la situation publiée - au premier rang desquels l'assujetti lui-même-, de même que les personnes qui leur sont assimilées⁴ : leur ayant cause universel ou à titre universel⁵, enfin, les personnes chargées d'accomplir la formalité de publicité⁶. En effet, tous ces sujets de droit relèvent à différents titres "du cercle d'action immédiate de l'élément juridique à publier"⁷. Non seulement, ils connaissent son existence, mais ce sont eux qui auraient dû veiller au respect des formalités de publicité. Il leur est donc interdit de se prévaloir du défaut de publicité.

II/ La spécificité de la notion de bonne foi: bonne foi-ignorance.

365-Définition de la bonne foi: La bonne foi constitue indiscutablement la condition primordiale de toute application de la théorie de l'apparence. Difficile à

¹ En l'espèce, le vendeur était en redressement judiciaire et la vente a été déclarée inopposable à la masse des créanciers du vendeur mis en liquidation des biens auparavant. Lors de l'exécution de sa mission de rédacteur d'acte, le notaire n'a pas consulté le registre de commerce pour vérifier si le vendeur était in bonis. Le notaire a été condamné à réparer le préjudice causé à l'acheteur qui a dû payer le prix une deuxième fois.

² J. Duclos, L'opposabilité, op.cit., p. 25, n°3.

³ Ibid.

⁴ Le représenté est assimilé à la partie contractante. En effet, par partie contractante on entend non seulement les parties présentes à la formation d'une convention, mais même celles qui y ont été légalement ou conventionnellement représentées. V° J-M. AUSSEL, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, thèse précitée, p. 32.

⁵ Les ayants cause à titre particulier sont des tiers à l'égard des formalités de publicité légale. V° J-M Aussel, ibid., pp. 34.

⁶ V. Paris 26 fév. 1990, D. 1990, I.R. p. 71. Toutefois, le devoir qui pèse sur ces derniers de s'informer de l'état des publications effectuées s'analyse moins comme une conséquence de l'opposabilité que comme l'une des obligations découlant de leur mission de conseil et pouvant éventuellement engager leur responsabilité.

⁷ Duclos, L'opposabilité, op.cit., p. 298, n°265.

cerner¹, elle revêt un sens technique variable selon le rôle qui lui est imparti. La doctrine s'accorde à lui reconnaître deux fonctions. La bonne foi traduit d'abord le point de vue de la connaissance: elle correspond en ce cas à la croyance erronée et, en tant que telle, elle est source de droits. En second lieu, elle est utilisée comme antithèse de la déloyauté, de la malveillance. Elle permet alors d'apprécier les rapports juridiques sous un angle moral afin de sanctionner ceux portant atteinte à la loyauté².

Toutefois, monsieur ARRIGHI estimait qu'il n'y avait pas de différence de nature entre la croyance erronée et la loyauté car, sur le plan de l'apparence, connaître la réalité c'est agir sans loyauté. Il proposait une distinction entre l'état subjectif de croyance, impliquant une attitude passive ou neutre, et l'état objectif de croyance qui suppose une conduite diligente et éclairée de celui invoquant l'erreur, c'est à dire une attitude active. Le premier relève d'une donnée strictement psychologique, le second d'une donnée concrète en relation étroite avec la situation considérée. Il y aurait ainsi deux notions fonctionnelles de la bonne foi: celle exprimant une "ignorance" et celle traduisant un "comportement"³. Contrairement à la bonne foi - ignorance qui est présumée⁴, la bonne foi - comportement doit être établie par le tiers contractant par tous moyen⁵.

366-Pour ce qui concerne notre étude, c'est la croyance-ignorance qui nous intéresse, c'est à dire le fait de ne pas connaître la réalité juridique d'une situation

¹ Pour le doyen RIPERT, la bonne foi est un moyen de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif (G. RIPERT, "La règle morale dans les obligations civiles", 4ème éd., L.G.D.J. 1949, n°157, p.287-289). Pour G. LYON-CAEN, elle permet aux règles juridiques d'être assouplies et adaptées aux situations en cause ("De l'évolution de la notion de bonne foi", RTD civ. 1946, p.75-76). Pour R. VOUIN (La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse Bordeaux 1939, p.456, n°243) "*Il n'y a pas de principe général de la bonne foi. Il y a des correctifs spéciaux apportés dans certains cas au fonctionnement des règles juridiques pour désarmer leur rigueur quand une raison quelconque les fait paraître excessives, soit dans un intérêt privé, soit dans un intérêt social*". Cet auteur conclut qu'"il est impossible d'élever la protection de la bonne foi à la hauteur d'une règle générale" (p.458, n°243). Monsieur A. BRETON ("Des effets civils de la bonne foi", Rev. critique législation et jurisprudence 1926, p.86 et suivantes spécialement p.87-89) admet qu'il existe plusieurs significations de la bonne foi tout en affirmant qu'une seule d'entre elles produit des effets sur le plan juridique. Voir cependant F. GORPHE (Le principe de la bonne foi, thèse Paris 1928, p.241-244) pour qui la bonne foi est une notion unique et générale se fondant dans l'idée d'équité.

² Voir F. GORPHE, Le principe de la bonne foi, thèse précitée, p.17 et suiv; G. LYON-CAEN, "De l'évolution de la notion de bonne foi", art. préc., p.76 et suiv.; A. BRETON, "Des effets civils de la bonne foi", art. préc., p.89.

³ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.548 et suivantes; R. VOUIN, La bonne foi, thèse précitée, p.252-256.

⁴ Elle bénéficie des dispositions de l'article 558 du Code des obligations et des contrats aux termes desquelles "*La bonne foi se présume toujours, tant que le contraire n'est pas prouvé*".

⁵ Le juge n'y recourt que dans des situations spécifiques, essentiellement lorsque le tiers contractant a une aptitude particulière, notamment professionnelle : alors, il arrive que le juge vérifie la bonne foi.

donnée. Déjà, l'article 26 du Code des obligations et des contrats consacre expressément cette notion en déclarant inopposable les éléments cachés et demeurés inconnus des tiers. Ainsi, un tiers qui a cru à l'existence d'une société réelle par le fait de son immatriculation, peut se prévaloir de cette existence s'il a ignoré la réalité¹. Un tiers qui a cru traiter avec un commerçant alors que celui-ci n'avait que les apparences de cette qualité, il s'est trompé par une immatriculation qui a créé une fausse apparence. Dans les deux cas il y a eu erreur de leur part, de ce fait ils sont de bonne foi. Au stade de la perception des aspects extérieurs d'une situation, la bonne foi se confond avec l'erreur². *"Elle est donc la qualification de l'état psychologique de celui qui se trouve en marge des règles de droit alors qu'il pensait s'y conformer"*³. Réciproquement, on ne pourrait concevoir la protection de celui qui connaît la réalité juridique⁴. Par hypothèse, il n'a besoin d'aucune mesure de faveur, non seulement parce qu'il ne le mérite pas, mais aussi parce qu'il n'y a pour lui, ni erreur, ni même apparence. L'idée même d'apparence implique l'erreur et la croyance erronée⁵. Elle suppose avant tout une appréhension inexacte de la réalité. La théorie de l'apparence protège celui qui s'est trompé.

367-Ainsi précisé, le tiers de bonne foi peut se prévaloir de la situation apparente; la qualité de commerçant de l'immatriculé ou la personnalité morale d'une société. L'absence de cette qualité ou l'inexistence de la société, réalité cachée derrière l'immatriculation, lui sera inopposable. Le système général d'opposabilité fondé sur la connaissance réputée est ici inefficace, car le tiers n'a pas eu la possibilité de s'informer normalement de la réalité juridique. Mais, quand cette soi-disant victime a connu effectivement l'élément secret, celui-ci lui devient opposable.

Par conséquent, la fausse apparence n'a pas lieu d'être considérée, quand l'ignorance prétendue du tiers est expressément démentie par sa connaissance effective de la réalité: *"vis-à-vis du tiers de mauvaise foi, l'état de fait doit rester pur état de fait,*

¹ Cependant, on peut s'interroger sur l'influence des mesures de publicité vis-à-vis de la bonne foi. Il est admis que la publication de la contre-lettre entraîne révélation de la réalité à l'encontre des tiers ayant acquis un droit soumis à publicité, mais qu'en revanche elle n'est d'aucune influence sur la bonne ou mauvaise foi de ceux dont le droit n'a pas à être publié pour ces derniers, il appartient dans chaque cas de déterminer s'ils ont eu ou non connaissance de la contre-lettre.

² R. VOUIN, La bonne foi, thèse précitée, n°119, p.240-241.

³ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, n°223, p.550.

⁴ C'est la mauvaise foi qui est définie traditionnellement comme *"la connaissance d'un fait ou d'une situation. C'est là son sens ordinaire..."*. Voir Y. SCHUMACHER, La mauvaise foi en droit privé positif, thèse Aix, 1967, n°243.

⁵ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, n°223, p.550.

puisque le tiers sait qu'il n'est que cela"¹. L'opposabilité de la réalité juridique sanctionne ici la mauvaise foi "caractérisée"² du tiers prétendu victime de l'apparence. C'est l'immatriculé qui peut évoquer cette opposabilité en prouvant, par tous moyens, sa simple connaissance de la réalité juridique occultée. Certes, cette solution paraît être inconcevable car il est le responsable de la fausse apparence. Mais, on estime aussi, qu'"il n'y a pas de raison de favoriser un tiers qui a lui-même affiché une attitude malhonnête en feignant d'ignorer la réalité"³.

368-Difficulté de la preuve de la mauvaise foi: Ainsi, le juge ne retient l'effectivité de la connaissance pour écarter la théorie de l'apparence que si elle lui paraît certaine. Or, cette preuve, en raison de sa nature psychologique, est difficile à satisfaire pour la partie qui en a la charge. Même si la mauvaise foi, comme la bonne foi, correspond aussi à un état psychologique, il est admis qu'elle s'extériorise généralement par des attitudes, des faits qui peuvent mieux la révéler et, partant, établir la connaissance de la vérité. En pratique, les faits relevés ne sont pas différents de ceux retenus pour caractériser l'illégitimité de la croyance.

Paragraphe 2: La spécificité de l'erreur commise: l'erreur légitime.

369-Née de l'appariement des théories du propriétaire apparent et du mandat apparent, la théorie de l'apparence exige pour sa mise en œuvre une erreur⁴. Certains auteurs estiment qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction entre erreur de fait et erreur de

¹ R. VOUIN, La bonne foi, thèse précitée, n°242, p.452.

² Le langage juridique distingue la "simple mauvaise foi", de la "mauvaise foi qualifiée ou caractérisée" (fraude). Ce qui revient, somme toute, à dissocier la connaissance simple et la connaissance aggravée (caractérisée). Sauf néanmoins à objecter que la mauvaise foi ne se confond pas toujours avec la connaissance même simple. De fait, quand l'élément juridique litigieux est opposé aux tiers, au motif que sa croyance en l'apparence est illégitime, ce tiers n'est pas nécessairement averti de la réalité, il est possible que ce soit seulement montré imprudent ou négligent en ne s'informant pas suffisamment. Ce qui n'empêche pas de dire parfois que le tiers est de mauvaise foi (Voir J.-L. SOURIOUX, "La croyance légitime", JCP, 1982, G, 3058). Pour monsieur J. DUCLOS, il serait inutile d'établir des distinctions tranchées entre la connaissance simple et la connaissance aggravée. La netteté théorique de ces distinctions ne peut que s'altérer largement en pratique. Cela tient en effet au caractère psychologique et moral des notions étudiées et à l'extrême diversité des circonstances de fait où elles sont appelées à jouer. Enfin, rappelons que la croyance illégitime n'est souvent qu'une sorte de connaissance larvée de la réalité prétendument caché. "Ce rôle primordial de la connaissance se comprend aisément, car la malhonnêteté s'appréciant difficilement en soi, il est plus commode de déplacer l'objet de cette appréciation en tenant compte de la connaissance du tiers" (Voir J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°367-2, p. 385).

³ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°399, p.413.

⁴ P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p. 517, n°205.

droit¹, l'adage "*error communis*", pour sa part, ne distinguant pas suivant les différents types d'erreurs². Mais, le champ d'application de l'apparence peut s'étendre ou rétrécir selon la conception que l'on retient de l'erreur: erreur commune ou erreur légitime. La majorité des décisions françaises évoquent l'erreur légitime en matière de mandat apparent, lorsqu'un contrat est passé dans des circonstances telles qu'une des parties a cru que son partenaire agissait au nom et pour le compte d'une tierce personne³. L'erreur commune a le plus souvent été relevée à propos de propriété apparente, quand un individu croit acheter un immeuble ou acquérir un droit sur ce bien, en traitant avec celui qui passe aux yeux de tous pour être le propriétaire⁴. Or, l'utilisation des deux types d'erreur semble injustifiée.

370-D'une erreur commune à une croyance légitime: Afin de dépasser cette acception bipolaire, la notion de croyance légitime est soutenue par un fort courant doctrinal favorable à un accueil de la théorie de l'apparence plus large que celui imposé par la notion d'erreur commune. Une partie importante des auteurs reprochent en effet à

¹ L'erreur commise dans le cadre d'une situation apparente est une erreur de fait. S'il s'agit d'une erreur de droit (erreur sur le contenu de la règle applicable à une situation donnée), interviendrait alors un principe qui exclut nécessairement les effets de telles erreurs, principe selon lequel personne n'est censé ignorer la loi, et qu'exprime l'adage "*nemo censetur ignorare jus*".

² F. TERRE, "Le rôle actuel de la maxime nul n'est censé ignorer la loi", in *Etudes de droit contemporain*, VIIème congrès international de droit comparé, Uppsala, 1966, p.197.

Monsieur JOBARD-BACHELIER a constaté que la distinction entre erreur de fait et erreur de droit ne vaut pas pour l'application de la théorie d'apparence pour deux raisons: D'abord, s'agissant de l'erreur de fait, l'effet négatif de l'erreur de fait s'insère logiquement dans le cadre de certaines règles de fond (exemple vice de consentement en rapport avec le principe de l'autonomie de volonté); ce qui n'est pas le cas des effets positifs éventuellement conférés à l'erreur de fait qui s'appuient exclusivement sur l'erreur commise. Quant au refus total de prendre en considération les erreurs de droit en raison de l'adage "*nemo censetur*" (article 545 du Code des obligations et des contrats), il a constaté qu'il n'est pas conforme au droit positif qui admet sans difficulté les effets des erreurs de droit, au moins dans les hypothèses où il s'agit de leur reconnaître un effet négatif, c'est à dire en matière de vices du consentement. Or, si l'erreur de droit invoquée n'a pas pour résultat d'évincer une loi mais seulement d'annuler un acte, l'adage ne se trouvera pas directement atteint; par contre, en admettant que l'erreur de droit peut être source de droit, on va directement à l'encontre de l'adage; l'ordre public s'opposerait alors à ce que soit excusée l'ignorance ou l'erreur commise au sujet d'une disposition obligatoire. Monsieur JOBARD-BACHELIER a constaté que les auteurs même hostiles à l'idée d'une ignorance excusable de droit, finissent par admettre qu'exceptionnellement elle devrait pouvoir être admise, d'autre part et surtout, que la jurisprudence semble l'avoir retenue dans des cas d'apparence proprement dite: actes passés par une héritière apparente, affaire des mariages de Montrouge, ainsi que dans d'autres cas à bien des points de vue proches de véritables situations apparentes: avantages accordés au possesseur de bonne foi, effets de mariages putatifs au profit des époux de bonne foi. Cet auteur a adopté la solution selon laquelle la nature de l'erreur commise est indifférente au jeu de l'apparence, tout en ayant conscience d'avoir éliminé, provisoirement, l'obstacle que peut constituer l'adage "*nemo censetur*" à la reconnaissance des effets des erreurs de droit invoquées dans le cadre de situations apparentes; "*l'obstacle sera d'autant plus important à lever pour les relations internationales qui risquent d'être à l'origine de multiples erreurs de droit; il serait plus exact de dire qu'elles vont représenter, en réalité, le véritable champ d'intervention des erreurs de droits*". Voir M-N. JOBARD-BACHELIER, thèse précitée, p.12, n°13.

³ P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, thèse précitée, p. 404 et suivantes n°166-167.

⁴ *Ibid.*, p. 413 et suiv., n°168-169.

cette dernière conception sa rigueur excessive nuisible à la sécurité des transactions¹. Pour beaucoup, la maxime "*error communis facit jus*" représente davantage une concession historique à cet impératif, qu'une volonté affirmée de privilégier la sécurité dynamique. Dans une situation concurrentielle où la rapidité des opérations est nécessaire, il convient de ne pas freiner les initiatives en imposant des vérifications, certes possibles, mais longues et souvent délicates. Ceci justifie sans doute qu'en droit des affaires, où la célérité est primordiale, la notion de légitimité constitue le critère essentiel d'appréciation de la croyance².

Il ne faudrait pas toutefois, adopter une vue simpliste du domaine de la croyance légitime: le droit commercial n'a pas l'exclusivité de cette notion, pas plus que le droit civil n'est le domaine réservé de l'erreur commune et ce contrairement à ce qu'estimait certains auteurs³. Une jurisprudence tunisienne, consacrant récemment la théorie de l'apparence, a exigé une erreur légitime⁴ en matière civile, dans un arrêt de principe rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation en date du 24 avril 1997⁵.

371-Pour déterminer la notion de croyance légitime, on part d'une constatation que ce critère diffère de celui qui est retenu par la conception objective où l'on exige une erreur commune. A quoi tient cette différence?

372-Erreur ou croyance: Ce n'est pas tant l'emploi du vocable "*croyance*" plutôt qu'"*erreur*" qui importe. Il faut prendre, d'ailleurs, les deux termes comme étant ici

¹ J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.26 et suivantes, n°14 et suiv.; (J.) GHESTIN, (G) GOUBEUX, (M) FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, op.cit., n°784 et suiv.

² J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p. 30; F. DERRIDA, "De la solidarité commerciale", art. préc., n°13.

³ J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.30; Y. SCHUMACHER, La mauvaise foi en droit privé positif, thèse Aix, 1967, p.256 et suivantes; F. DERRIDA, "De la solidarité commerciale", art. préc., n°52.

محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي 2004، ص 139.

⁴ L'arrêt des chambres réunies n'a pas utilisé la formule "*erreur légitime*", mais "*faute légitime*". Loin de constituer une inadvertance conceptuelle, cette formule serait intentionnelle. Voir M. MAHFOUDH, "Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien", art. préc., p.375-408, spécialement, p.401-402.

⁵ Arrêt n° 27632 rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation le 24 avril 1997, Publication des arrêts des chambres réunies de l'année 1996-1997, éd. du ministère de la justice, 1998, p.92 et suivantes. L'affaire concernait un acte d'appel qui citait le nom d'une dame dont le décès a précédé l'action en appel et qui a été attaqué par les autres défendeurs en appel sur la base de l'article 19 du Code des procédures civiles et commerciales qui exige la capacité pour ester en justice. La Cour de cassation a eu recours pour la première fois dans son histoire à la théorie de l'apparence pour considérer que l'insertion du nom de la femme décédée dans l'acte d'appel était due à l'ignorance du demandeur en appel du décès et que dans l'acte de notification du jugement de première instance parvenu au demandeur en appel, le nom de la personne décédée existait encore. Ce qui constitue une apparence trompeuse produite par cette réalité visible qui est l'acte de notification. Cet acte notoire incite l'observateur à croire en la réalité de la situation ratifiée, et à ignorer la véritable situation juridique sans négligence de sa part.

indifférents¹. M. SOURIOUX a cependant, combattu l'idée d'erreur légitime, pour lui préférer celle de croyance². Dès lors que la vérité n'était pas connue au moment de l'acte de croire, on ne peut parler de croyance erronée: la croyance ne serait alors ni vraie ni fausse. On peut, toutefois, hésiter à partager cette idée, car la vérité n'attend pas d'être connue pour être vraie, ni l'erreur d'être découverte pour être erronée! Mais surtout, par hypothèse, la théorie de l'apparence ne présente d'intérêt que lorsque la croyance n'est pas conforme à la réalité³. Elle ne cherche pas tant à relever le tiers de son erreur qu'à le conforter dans sa croyance. "*Mieux que l'erreur, c'est la croyance qui détermine la protection des tiers*"⁴. Cette théorie implique donc une condition minima: la croyance sincère en la réalité et la validité de la situation litigieuse. Cette croyance implique aussi la bonne foi. Ainsi, celui qui a eu une connaissance exacte des données de la situation ne peut alléguer de sa croyance erronée. A son égard, l'élément psychologique est inexistant⁵. Il n'y a même pas apparence puisqu'il avait conscience de la vérité: pour lui, l'élément matériel ne peut être constitué.

La différence vient donc essentiellement du qualificatif employé: il suffit que la croyance soit légitime, on n'exige pas qu'elle soit commune. Incontestablement, ceci représente un assouplissement du critère. D'une part, cela signifie qu'on se contente d'une croyance individuelle. D'autre part, le tiers est dispensé de faire des investigations.

373-Mais, est ce que la souplesse de la notion de croyance légitime et son succès, particulièrement en droit commercial, peut expliquer son adoption en matière de registre du commerce?

Au point de vue spéciale des règles de publicité, la conception de l'erreur commune semble être, a priori, très respectueuse de l'esprit du système général d'opposabilité fondée sur la connaissance réputée. En raison de cette supposition générale (de connaissance), il ne suffit pas aux tiers d'alléguer son ignorance personnelle de la réalité juridique, il faut que tout le monde ait pu se tromper.

¹ La plupart des auteurs parlent indifféremment de croyance légitime ou d'erreur légitime. Voir Ch. AUBRY et C-F. RAU, Cours de droit civil français, op.cit., p.275; (J.) GHESTIN, (G) GOUBEUX, (M) FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, op.cit., n°785; CALAIS-AULOY, notes au Dalloz 1964, p.306, Dalloz 1970, p.23; LOUSSOUARN, RTD com. 1969, p.766; R.L., note au JCP, 1966, II, 14631.

² J-L. SOURIOUX, "La croyance légitime", art. préc., n°5 et suiv.

³ L. LEVENEUR, Situation de fait et droit privé, op.cit., n°120. Pour expliquer son opinion, cet auteur a écrit que "*si la croyance n'était pas erronée, le pouvoirs du mandataire auraient été réels et l'engagement du prétendu mandant découlerait tout simplement des règles normales du mandat*".

⁴ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p. 547, n°220.

⁵ Ibid., p. 547, n°220.

Autrement dit, au caractère abstrait de l'erreur commune, consécutif à la généralité de celle-ci, correspond l'abstraction de la connaissance imputée à l'ensemble des tiers par l'accomplissement d'une formalité de publicité¹. Or, exiger du tiers, se prévalant d'une erreur commune, la preuve de son caractère collectif ne permet pas de lui assurer une protection efficace. Une telle preuve serait excessive car elle impose qu'un nombre plus ou moins grand de personnes soient tombées dans l'erreur² ou que le tiers ait montré de prudence, de perspicacité et de diligence³.

A ce propos, il semble opportun d'écarter la conception objective de l'apparence fondée sur l'erreur commune (I) pour se tourner vers une conception subjective, fondée sur la croyance légitime (II). D'une appréciation *in abstracto*, on serait passé à une appréciation *in concreto*⁴.

I/ L'erreur issue d'une immatriculation inexacte n'est pas commune (elle est individuelle):

374-L'erreur, provoquée par l'observation de la situation de fait visible, est un élément de la notion d'apparence. Elle consiste à avoir cru vrai ce qui est faux; c'est une vision inexacte de la réalité⁵. Plus précisément, elle est la conséquence de cette vision, un état résultant d'une croyance. Il faut croire pour tomber dans l'erreur.

375-Définition de l'erreur commune: L'exigence d'une erreur commune pour la mise en œuvre de la théorie de l'apparence provient de la traduction littérale de l'adage "*error communis facit jus*". Elle s'applique d'ailleurs parfaitement lorsqu'on sait que les

¹ Monsieur DUCLOS estime que "*Dans ce cas, cette supposition collective ne se justifie plus certainement, puisqu'aux yeux de tous l'apparence passait pour la vérité. Au contraire, si l'erreur n'est pas commune, le système général de la connaissance réputée joue normalement: le tiers subit l'opposabilité de l'élément juridique dont il a pu vraiment ignorer l'existence*". J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°400.

² En effet, le caractère collectif de l'erreur limite la protection des tiers par des conditions qui lui sont extérieures. Qu'importe l'erreur des autres si l'on doit tenir compte uniquement de celle du tiers trompé. Tous les éléments d'appréciation de l'apparence doivent être recherchés en la personne du bénéficiaire de la théorie, car lui seul fait l'objet d'une protection. Après tout, il se peut très bien qu'il ait été seul à croire vrai ce qui était faux, il n'en mérite pas moins d'être conforté dans sa croyance. En outre, cette conception ne tient pas suffisamment compte de l'erreur individuelle. Celle-ci, c'est à dire la bonne foi, se présume, de sorte, qu'à moins d'une preuve contraire, elle est établie sans contrôle. Or, la dérogation aux règles de droit commun que constituent les effets de la théorie de l'apparence, impose une plus grande sévérité dans l'appréciation de cette erreur. J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p. 526, n°210.

³ En effet, pour produire ses effets, l'apparence ne doit pas provoquer une erreur chez chaque individu, mais être susceptible de la provoquer malgré les précautions qu'il a pu prendre.

⁴ C. PAGNON, "L'apparence face à la réalité économique et sociale", Recueil Dalloz 1992, pp.285.

⁵ J. GHESTIN, La notion d'erreur dans le droit positif, 2ème éd., L.G.D.J., 1971, n°1, p.1.

premières applications de la théorie concernaient des actes irrégulièrement accomplis par des officiers publics non habilités¹. L'erreur devait être nécessairement commune ou ne pas être.

Exiger que l'erreur soit partagée, commune, se comprend par référence au souci de protéger, dans l'intérêt général, la sécurité des relations juridiques. "*C'est l'intérêt public qui est en jeu, et l'intérêt public ne saurait s'absorber dans la contemplation d'un seul individu. Cet intérêt n'est menacé que si, non pas un individu, mais un très grand nombre est tombé ou aurait pu tomber dans l'erreur; car il s'est alors créé une situation apparente à laquelle chacun a pu légitimement se fier*"². L'erreur commune n'est sans doute pas l'erreur universelle. La vérité peut être connue de quelques uns. Mais, c'est l'erreur commise par la masse³.

376-Ainsi conçue, *la notion d'erreur est objective*. Son caractère collectif est tiré des éléments de la situation ostensible tels que sa durée, la possession paisible et publique des biens litigieux, la passation par le titulaire apparent d'actes laissant croire à la réalité de la situation. Il se trouve encore induit de la nature du fait générateur d'apparence. Ainsi, un titre régulièrement publié est un facteur suffisant de l'erreur commune dans la théorie de la propriété apparente qui constitue son domaine d'élection par excellence⁴.

En matière de registre du commerce, l'immatriculation est la formalité dont le rôle consiste à rendre un élément notoire, c'est à dire à le rendre connu de tout le monde. Elle a pour fonction d'assurer aux tiers intéressés la connaissance d'une situation juridique de l'immatriculé⁵. A partir de cette formalité dont certaines mentions inexactes font l'objet, les juges peuvent estimer la communauté de l'erreur. Ainsi, l'immatriculation d'une entreprise individuelle qui n'aurait soulevé aucune observation de la part du juge de registre du commerce ou du greffier, témoignait l'existence de la qualité de commerçant. A cela se bornait la preuve de l'erreur commune. La notoriété de la situation pourrait tenir à cet élément qui suffisait à justifier que la qualité de commerçant fût reconnue.

¹ Supra, p. 332, note 3.

² H. MAZEAUD, "La maxime error communis facit jus", art. préc., 1924, p.936 et 937.

³ Ibid.

⁴ E. LEROUX, "Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945", art. préc., p.532 et suiv, n°85 et suiv.

⁵ J-Ch. LAURENT, "l'apparence dans le problème des qualifications juridiques", art. préc., n°38 et suiv. Cet auteur a particulièrement insisté sur ce but qui est commun à toutes les mesures de publicité.

377-L'inadéquation de l'erreur commune: "Mais, au juste, que prouve-t-on ainsi, sinon la matérialité de l'apparence?", estime monsieur ARRIGHI¹. Tous les indices, spécialement l'immatriculation, tendent à établir l'élément matériel de la théorie et non son élément psychologique. Or, si le premier est indispensable à sa mise en œuvre, le second s'avère décisif quant à la protection des tiers. Dans une telle conception de l'erreur commune, la preuve apportée par le tiers ne témoigne nullement de leur mérite à bénéficier d'une telle protection, mais seulement de la réalité de la situation trompeuse. Il a été simplement démontré qu'un certain nombre de personnes ont été trompées par la situation ostensible, ou, du moins, qu'elle avait cette faculté. Mais, rien n'indique si le tiers a été, comme d'autres, victime de cette apparence². Autrement dit, la preuve du caractère collectif de l'erreur ne suffit pas pour établir sa propre erreur; l'important consiste à protéger ceux qui le méritent.

378-Par conséquent, la théorie de l'apparence appliquée à l'immatriculation au registre du commerce exige une erreur individuelle. Trois explications peuvent être proposées.

- La première résulte des dispositions de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 qui déclarent que seul le tiers³ ignorant l'absence réelle de la qualité de commerçant de son cocontractant immatriculé peut se prévaloir de la présomption de sa commercialité⁴. Ces dispositions ne font allusion qu'à une erreur individuelle.

- La seconde, réside dans la justification technique initialement donnée aux solutions de la théorie de l'apparence et qui n'était autre que la théorie de la responsabilité civile. Par application de l'article 82 du Code des obligations et des contrats, ceux qui ont agi sur la foi de l'apparence subiraient un préjudice si les droits qu'ils ont cru acquérir étaient mis à néant lorsque l'illusion se dissipe. Or, pour qu'une situation de fait génératrice d'une telle illusion ait pu se développer, il a fallu que le véritable titulaire du droit ait lui-même contribué activement à créer l'apparence trompeuse. L'imprudence et, *a fortiori*, la volonté délibérée d'induire les tiers en erreur sont des fautes qui engagent la responsabilité de leurs auteurs. La réparation la plus adéquate consiste à empêcher le préjudice de naître en refusant de déduire toutes les conséquences logiques de la

¹ ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.521.

² Ibid., p.522.

³ Déjà cet article emploie l'expression " Nul ne peut se prévaloir de la présomption s'il a été prouvé...".

⁴ Supra, p. 352-353.

situation juridique et en maintenant au profit des tiers les droits en lesquels ils ont cru¹. Ainsi, commet une faute² l'entrepreneur individuel qui s'immatricule sans remplir toutes les conditions de l'exercice de l'activité commerciale. Commet aussi une faute les fondateurs qui immatriculent une société en dépit de sa fictivité. L'immatriculé et les fondateurs, étant responsables à l'égard des tiers de leurs faits personnels, il est évident que là encore l'erreur présente un caractère individuel.

- Enfin, la troisième explication peut trouver sa source dans les difficultés d'application de la notion d'erreur commune en matière d'immatriculation au registre du commerce. Etant une mesure de publicité, l'immatriculation a pour fonction d'informer le public. Toutefois, cette information du public ne constitue pas une fin en soi, elle est requise par le législateur pour la recherche de la sécurité du commerce juridique³. Lorsqu'une information doit être portée à la connaissance des tiers, il paraît évident que la personne dont les intérêts sont protégés est le destinataire de cette information. Ainsi, l'immatriculation protège incontestablement l'intérêt des tiers puisqu'elle leur permet une information effective des éléments juridiques importants. Cette protection sera réalisée au détriment de la sécurité juridique si des fausses déclarations sont inscrites car le tiers s'est fié au contenu du registre⁴. Par conséquent, il apparaît plus conforme à la sécurité du commerce juridique de ne point exiger une erreur collective afin de satisfaire à cet impératif, l'erreur individuelle suffit à cet égard.

Cette dernière explication semble la mieux appropriée car elle laisse percevoir l'adéquation nécessaire entre le but poursuivi et les moyens employés pour y parvenir.

¹(J.) GHESTIN, (G) GOUBEAUX, (M) FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, op.cit., n°848; GIRAUT, *L'apparence source de responsabilité*, thèse, Paris 1937.

² Cette faute peut être intentionnelle en cas où la personne n'ayant pas la qualité de commerçant, s'immatricule dans le seul but de bénéficier des avantages du droit commercial. Elle peut être non intentionnelle si la personne s'immatricule parce qu'elle croit que son activité exercée est commerciale. Déjà, pour certaines activités la jurisprudence est hésitante à les considérer artisanales ou commerciales.

³ M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, op.cit., p.203. Selon cet auteur, "*la loi, en vue d'assurer la sécurité du commerce juridique ou le crédit, soumet de nombreux actes juridiques à des mesures de publicité dont l'objet direct est de permettre aux tiers intéressés d'avoir connaissance de ces actes et des droits qu'ils ont fait naître*".

⁴ DEMOGUE a montré que la publicité constitue un procédé qui peut permettre d'éviter une opposition irréductible entre ces deux intérêts. En effet, pour lui, les inscriptions au registre du commerce réalisent, en principe, un certain équilibre entre la protection de la sécurité juridique et celle de la sécurité du commerce juridique. Elles protègent l'intérêt des tiers qui seront informés des éléments juridiques publiés. Si elles ne sont pas accomplies les tiers sont protégés puisque ces éléments ne déploient pas d'effet à leur égard. En même temps, ces registres protègent les intérêts de l'assujetti à l'obligation d'inscription, puisque l'accomplissement de la formalité lui garantit l'opposabilité de son droit aux tiers en édictant, le plus souvent, une présomption irréfragable de connaissance à la charge des tiers. Voir R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op.cit., p.76 et suivantes.

Destinée à protéger les tiers contre les dangers d'une situation ostensible, la théorie de l'apparence doit nécessairement tenir compte de l'erreur de celui qui a été victime d'une telle situation. Mais, cette erreur suffit également à sa mise en œuvre. En effet, la protection étant accordée de manière individuelle, il est normal que la théorie recherche dans la personne du tiers trompé, et de lui seul, les motifs de son action. Toute autre considération serait superflue. Le fait que l'erreur soit partagée par d'autres n'ajoute rien. Et puisque la connaissance de la réalité, c'est à dire l'absence d'erreur personnelle, empêche le tiers d'invoquer la théorie, pourquoi dans l'hypothèse inverse ne pourrait-il pas en bénéficier sur la seule constatation de son erreur? La croyance personnelle du tiers à la réalité doit être l'unique critère de l'élément psychologique de la théorie de l'apparence, aussi bien pour en accorder l'application que pour la refuser¹.

379-Cependant, s'il faut approuver le caractère individuel de la notion d'erreur légitime, celle-ci ne peut se ramener à la simple croyance du tiers dans la réalité de la situation ostensible. La dérogation au droit commun, c'est à dire au rétablissement de la réalité juridique, suppose une erreur excusable. Le triomphe du fait sur le droit nécessite une raison suffisamment puissante pour rompre avec les solutions traditionnelles. De sorte que la simple croyance erronée ne peut suffire à produire cet effet, il faut encore que les circonstances de l'erreur attestent du mérite des tiers à bénéficier de la protection offerte par la théorie de l'apparence. C'est ainsi donner à l'erreur légitime un caractère subjectif².

II/ L'immatriculation inexacte crée une erreur légitime: La dispense de faire des investigations.

380-Définition de l'erreur légitime: La doctrine, presque unanime, s'accorde aujourd'hui pour reconnaître qu'on ne saurait toujours exiger que l'apparence ait été l'occasion d'une erreur véritablement commune. Il suffit qu'elle ait causé une croyance ou une erreur légitime. Cette qualification de l'erreur ne procède pas d'un raisonnement abstrait et impersonnel, à l'instar de celui qui mène à la qualification d'erreur commune, mais d'une appréciation concrète et individualisée de la croyance alléguée. La croyance personnelle du tiers intervient cette fois au premier chef: seul le caractère déraisonnable de l'erreur individuelle importe. Ainsi, la croyance est légitime lorsque "*les*

¹ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.537.

² Ibid., p.537-538.

circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs du mandataire apparent ¹. Elle consiste en une erreur "*particulièrement excusable*"², c'est à dire une attitude non fautive du tiers. Cette définition spécialement adaptée au mandat apparent s'adapte-t-elle à la notion de commerçant apparent et de personnalité morale apparente?

Il résulte de la définition de la croyance légitime qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit invincible, caractère sans lequel il n'y a pas d'erreur commune³: ici, au contraire, des vérifications auraient permis de se prémunir contre l'erreur et de dissiper cette croyance. A cet égard, monsieur CALAIS-AULOY écrivait "*On ne peut pas parler d'erreur invincible lorsque celle ci porte sur l'existence d'une société dont la fictivité aurait pu être décelée par un examen attentif des statuts ou par des renseignements approfondis sur la personne des associés*"⁴. On estime aussi, que le tiers qui contracte avec un commerçant apparent, aurait pu, en procédant à certaines investigations, se renseigner sur la réalité de son activité. Or, la présomption de la qualité de commerçant immatriculé ou de la réalité d'une société immatriculée, allège la tâche du tiers en lui révélant ce qui devrait être la réalité sans besoin de faire des investigations pour être au point de la véritable réalité.

La légitimité de l'erreur vient alors des circonstances qui dispensaient le tiers de cette vérification. Conçue spécialement au mandat apparent, cette notion laisse percevoir une double analyse⁵. La première a pour objet de mesurer la force persuasive de l'apparence. Pour cela, le juge prend en compte diverses données matérielles: les unes tiennent aux usages professionnels⁶, les autres à la qualité réelle du mandataire, sa fonction et l'autorité qui s'en dégage, donnant à penser qu'il est investi des pouvoirs qu'on lui attribue à tort. La deuxième porte sur la constatation de l'attitude du tiers en présence de la situation litigieuse. L'examen de ce comportement relève d'éléments

¹ Cass. ass. plén., 13 décembre 1962, Dalloz 1963, 277, note CALAIS-AULOY; JCP 1963, II, 13105, note ESMEIN; RTD civ. 1963, p.333, obs. HOUIN.

² J. CALAIS-AULOY, note Dalloz 1964, p.402.

³ Une tentative doctrinale destinée à échapper aux imperfections du caractère commun de l'erreur en ce qu'il ne tient pas suffisamment compte de l'erreur individuelle c'est à dire de la bonne foi a proposé la notion de l'erreur invincible. Selon cette doctrine l'erreur commune est celle qu'il est impossible d'éviter ou, en tout cas, que la personne la plus avisée n'aurait pas évitée. Voir J. CALAIS-AULOY, note sous civ., 3 avril 1963, Dalloz 1964, p.306; H. MAZEAUD, article précité, p.937 et suiv.

⁴ J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.28, n°16.

⁵ ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.538 et suivantes.

⁶ Com. 29 octobre 1973, Bull. civ. IV, n°299; Com. 2 juillet 1979, Bull. civ. IV, n°221; Com. 5 février 1985, n°83-17.042, Bull. civ. IV, n°46. Les usages professionnels sont parfois retenus particulièrement pour le banquier escompteur quand la lettre de change est rendue acceptée par une personne morale (Com. 23 mai 1989, n°87-19.231, Bull. civ. IV, n°160; ARRIGHI, "La protection du banquier escompteur par l'usage", JCP, 1990, E, II, 15861.

variés et spécifiques à chaque cas. Ainsi, le juge retient dans son appréciation l'existence de liens d'affaires entre le mandant et le tiers, de relations personnelles entre ce dernier et le mandataire¹. La nature de l'opération effectuée a également un rôle important à jouer dans l'admission de l'erreur légitime, selon qu'elle entraîne des conséquences plus ou moins graves. Enfin, la personnalité du tiers constitue un élément d'appréciation tout aussi essentiel. La légitimité de l'erreur est alors fonction de sa profession², de son niveau d'instruction³, du fait qu'il est ou non rompu aux affaires.

381-Erreur légitime ou faute légitime: Telles sont les circonstances particulières à chaque affaire permettant aux magistrats d'admettre ou de rejeter le caractère légitime de l'erreur invoquée. C'est dire que la bonne foi ne doit pas être présumée que si elle est méritée. Ainsi, si le tiers est coupable de négligence ou d'imprudence, la protection qu'il aurait pu attendre de l'apparence ne devra pas lui être accordée⁴. C'est pour cette raison, peut être, que la chambre réunie de la Cour de cassation tunisienne a préféré employer le terme "*faute légitime*" au lieu d'"*erreur légitime*"⁵. Loin d'être confondus⁶, "*la notion d'erreur légitime n'exclut point la considération de la faute, surtout de nature inexcusable de la part du tiers intéressé afin d'écartier l'application qui lui est profitable de l'apparence*"⁷.

On peut constater qu'une place de choix a été accordée à la qualité de l'auteur de l'erreur et à ses aptitudes personnelles, en tant que victime de l'apparence. Valant au profit d'un individu, celle-là peut ne pas l'être au profit d'un autre se trouvant dans les mêmes conditions. Ainsi, s'opère un glissement d'une appréciation très abstraite de

¹ L'existence de relations d'affaires anciennes entre le tiers et le prétendu mandant, dans lesquelles intervenait le prétendu mandataire, présente bien le caractère de circonstance autorisant le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs (Com. 25 février 1980, Bull. civ. IV, n°94; Civ. 1re, 26 octobre 1982, Gazette de Palais 1983, 1, Pan. 46; Com. 15 mars 1984, n°82-15.081, Bull. civ. IV, n°106.

² Civ. 1re, 19 mars 2008, n°05-18.911, RCA 2008, n°194; RJDA 2008, n°793.

³ Les juges français ont employé l'expression "*femme peu instruite et de condition très modeste*" (Civ. 3e, 4 mars 1971, n°69-13.485, Bull. civ. III, n°160), ou "*modeste employée subalterne*" (Civ. 1re, 3 mai 1972, n°70-13.591, Bull. civ. I, n°121), ou "*petite mutuelle sans service de contentieux propre*" (Com. 16 janvier 1990, n°88-16.999, RTD civ., 1990, p. 270, obs. MESTRE. Cette manière de procéder conduit à une "*individualisation du devoir de vigilance*" (Voir CORNU, obs. RTD civ., 1969, p.804).

⁴ Monsieur Ch. PAGAN cite aussi la naïveté dans son article "L'apparence face à la réalité économique et sociale", art. préc., p.287.

⁵ Ch. réunies n°27632 du 24 avril 1997, Publication des arrêts des chambres réunies de l'année 1996-1997, éd. du ministère de la justice, 1998, p.92 et suivantes.

⁶ Si l'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux et inversement, la faute constitue une attitude contraire au droit de laquelle résulte un dommage réparable pour une personne qualifiée de victime. Toutefois, certaines inadvertances de traduction du Code des obligations et des contrats favorisent encore ces confusions. Il en est ainsi de l'article 331 qui, tout en utilisant le concept arabe de faute, vise celui d'erreur.

⁷ M. MAHFOUDH, "Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien", art. préc., p.402, n°50.

l'erreur vers une appréciation plus concrète. Sans doute, n'est-il pas nécessaire de pousser cette constatation jusqu'à son point ultime: l'erreur légitime peut encore faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* si on la caractérise par rapport à l'état d'esprit d'un individu raisonnable et prudent placé dans les mêmes circonstances que le sujet considéré. Mais, ces circonstances extérieures dont on entoure le modèle abstrait de l'homme raisonnable, serrent au plus près la situation d'un individu déterminé, dans tous ses détails et ses nuances¹.

382-L'immatriculation crée une erreur par nature légitime: Appliquée en matière de registre du commerce, l'immatriculation constitue certes la matérialité de l'apparence. Elle permet d'extérioriser la situation juridique de la personne immatriculée. Toutefois, l'analyse de cette situation concrète suffit à rendre légitime l'erreur. Le juge n'a pas besoin "*d'apprécier la conduite du tiers (victime) par référence à celle d'un type idéal abstrait placé dans les mêmes circonstances, et, en particuliers, de prendre en considération le fait qu'il s'agit ou non d'un professionnel*"². L'immatriculation est dotée d'une apparence de fiabilité nécessairement très grande aux yeux des tiers. Lorsqu'un système légal de publicité est organisé, les tiers ne douteront en aucun cas de l'exactitude des informations ainsi recueillies et ceci d'autant moins si la publicité est réalisée par un registre tenu par une autorité publique.

Ainsi, l'immatriculation contribue puissamment à créer l'apparence. L'erreur qui en résulte est par nature légitime. C'est dire que, dans toutes les hypothèses les tiers sont dispensés de toute investigation; ils peuvent s'en tenir à l'extériorisation légale. Ils sont alors fondés à croire que la situation telle qu'elle est publiée est le reflet fidèle de la situation juridique réelle. Par conséquent, l'apparence de la qualité de commerçant ou de la société personne morale est créée par la seule immatriculation et ce contrairement à ce qui estimait un auteur pour qui les formalités de publicité ne sont pas suffisantes et que la société doit s'être manifestée par une activité extérieure³.

¹ ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p.541 et suivantes, n°218; A. SERIAUX, Le droit, une introduction, éd. Eclipses, 1997, p.144.

² Y. LOUSSOUARN, RTD civ. 1970, p.348, n°3.

³ J. CALAIS -AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., n°156.

Pour cet auteur, l'apparence de contrat de société peut se trouver prolongée par les apparences propres de l'être moral qui conduisent à son extériorisation matérielle; la société a un siège, des bureaux, des organes agissant en son nom, un personnel et elle accomplit des opérations commerciales; bref, elle fait croire à l'existence d'une société. Toutes ces "*voiles de l'apparence ne sauraient dessiner qu'une image de société*" faute de l'existence d'un contrat de société réel qui manque à la base.

Toutefois, la question qui se pose est de savoir si les tiers peuvent se prévaloir d'une erreur légitime en cas de défaut d'immatriculation?

383-Le défaut d'immatriculation et l'erreur légitime: Pour que s'applique la théorie de l'apparence, "*la valeur indicative des faits doit être telle qu'elle s'impose en quelque sorte spontanément à l'esprit, sans le détour de raisonnements compliqués*"¹. Les faits retenus sont innombrables. Outre les extériorisations légales, les extériorisations matérielles contribuent aussi puissamment à créer l'apparence². Le droit commercial a multiplié le nombre des extériorisations matérielles qui entraînent l'application de la théorie de l'apparence. Cette multiplication résulte surtout du rôle joué par les usages commerciaux. L'erreur est légitime si elle consiste dans une induction opérée par les tiers sur la foi des usages³.

Dans le domaine du registre du commerce, les règles de l'apparence s'appliquent, selon une opinion doctrinale⁴, même en l'absence de fausse immatriculation, pourvu seulement que certaines personnes aient déployé une activité conforme à celle d'un immatriculé. Si malgré le défaut d'immatriculation, un commerçant a déployé une activité suffisante pour faire croire à l'existence de sa qualité, les tiers de bonne foi peuvent s'en tenir à l'extériorisation et ignorer la réalité qu'elle cache. Ainsi, l'entrée en relations d'affaires avec un grand nombre de personnes, l'utilisation d'imprimés et de papiers à en-tête appartenant à autrui⁵ ou indiquant une fausse qualité⁶, l'apposition d'une plaque professionnelle à l'entrée d'un local⁷ peuvent tromper la croyance du spectateur. L'activité sociale qui constitue tout l'élément visible peut aussi, suffire à

¹ (J.) GHESTIN, (G) GOUBEAUX, (M) FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, op.cit., n°862.

² Selon monsieur CALAIS-AULOY, le droit commercial a multiplié les extériorisations d'où peut résulter l'application de la théorie de l'apparence. Il distingue les extériorisations matérielles et celles légales. Les premières sont celles qui ne résultent pas de la loi, mais de la nature des choses. Pour les deuxièmes, le législateur emploie deux procédés pour porter l'acte juridique à la connaissance des tiers: la publicité et le formalisme. Voir J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.37-38.

³ Le mandat apparent voit, par exemple, son domaine élargi. Si, le droit civil n'admet le mandat apparent que dans l'hypothèse où, la révocation étant demeurée inconnue des tiers, le mandataire a continué aux yeux de ceux-ci d'agir comme par le passé (articles 1163 et 1168 du Code des obligations et des contrats), en droit commercial, les tiers de bonne foi peuvent agir contre le faux mandant chaque fois qu'ils ont traité avec une personne dont le comportement était semblable à celui d'un mandataire. Encore faut-il que cette personne accomplisse régulièrement des actes rangés par les usages dans la catégorie de ceux accomplis par un mandataire de la même profession. Voir CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.38, n°30.

⁴ Supra, p. 329, note 3.

⁵ Lyon, 8 janvier 1990, JCP, 1991, II, 21711, note REINHARD; SOURIOUX, "La croyance légitime", art. préc., spéc., n°13.

⁶ Civ., 2ème, 15 octobre 1964, Gaz. Pal. 1964, 2, 433.

⁷ Civ. 1ère, 10 juin 1960, Bulletin civil, I, n°314, p.259.

créer l'illusion d'une personne morale apparente. Mais, encore faut-il qu'elle soit douée d'une singulière vigueur pour tromper les tiers¹. Il faut donc rechercher les hypothèses selon lesquelles les tiers peuvent légitimement penser que la formalité d'immatriculation a été accomplie. Il s'agit là, du cas où les dirigeants sociaux ont usé de manœuvres frauduleuses afin de persuader les tiers de l'existence de la personnalité morale, tel qu'en mentionnant faussement le numéro d'immatriculation sur les papiers d'affaires de la société². Ces derniers sont protégés parce qu'ils ont cru légitimement en la réalité de la société laquelle avait par conséquent une apparence de personnalité morale³. Ils sont aussi, dispensés de certaines investigations relatives à la réalité cachée. S'il est effectivement plus prudent que les tiers désirant contracter avec la société doivent requérir un extrait du registre du commerce pour s'informer de son existence et de son immatriculation, ils *"n'ont pas le temps, chaque fois qu'ils contractent, de s'adresser au greffe"*⁴ ou de consulter le registre du commerce. *"L'imposer systématiquement conduirait à alourdir considérablement les opérations réalisées avec la société, et à créer un climat de méfiance qui n'est pas de mise en matière commerciale"*⁵.

D'un autre côté, la très large *"banclarisation"* de la société, se traduit par la communication des coordonnées bancaires de la société qui équivalent pour les tiers à une forme de vérification de l'existence de la personne morale. En effet, il est fréquent d'avoir recours à un établissement de crédit pour obtenir des renseignements sur un contractant potentiel. Cette pratique montre que vérifier l'existence d'une personne morale n'impose pas nécessairement la consultation du registre du commerce, mais qu'un minimum de diligence permet d'y parvenir.

384-Critique: Toutefois, il existe des objections majeures à la prise en compte d'une personnalité morale apparente en cas de défaut d'immatriculation. Quel que soit le seuil d'excusabilité correspondant à l'erreur légitime, la liaison entre l'octroi de la personnalité morale et l'immatriculation au registre du commerce ne permet pas d'accueillir facilement le jeu de la théorie de l'apparence pour deux raisons. *D'une part*, établir des relations d'affaires avec une société conduit à connaître certaines

¹ J. CALAIS-AULOY, La notion d'apparence en droit commercial, op.cit., n°157, p.135.

² M. DE GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", Rev. sociétés 1991, p.474.

³ J. CALAIS-AULOY, La notion d'apparence en droit commercial, op.cit., n°129 et suivants, p.111 et suivantes.

⁴ CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.42, n°35.

⁵ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, op.cit., p. 261.

informations : sous sanctions pénales¹, doivent figurer dans divers documents la dénomination, la forme juridique, le capital social, l'indication du siège du tribunal au greffe duquel est immatriculée la société ainsi que son numéro d'immatriculation. Y a-t-il encore place pour une erreur légitime quand ces informations n'ont pu être obtenues ou que, les ayant eues, aucune vérification n'a été entreprise ? Même les établissements de crédit, assurant un service de caisse, ont soin de ne pas créer d'apparence dont les tiers pourraient être victimes. Ainsi, par exemple, une banque qui ouvre un compte au nom d'une société en formation prend la précaution d'indiquer, sur les formules de chèque qu'elle délivre, que le compte est ouvert au nom d'une personne agissant au nom d'une société en formation. Quand la période de formation de la société s'achève, les établissements de crédit ne délivrent de formules de chèque au nom de cette dernière que sur justification de son immatriculation au registre du commerce. Un extrait du registre du commerce est généralement demandé pour s'assurer de la réalité d'une société avant de lui ouvrir un compte.

D'autre part, l'évolution de la notion de personne morale vers une conception plus formaliste, voire "*mécaniste*"², "*ne permet pas d'accueillir facilement le jeu de la théorie d'apparence*"³. Adopter un système formaliste, c'est nier, en fait, à l'apparence d'être une source de la reconnaissance de la personnalité morale. Car si les formalités prescrites pour la constitution de la personnalité morale n'ont pas été observées, les tiers ne peuvent pas se prévaloir d'une erreur légitime pour invoquer l'apparence d'une société personne morale⁴. On ne peut donc voir dans la connaissance empirique du tiers, informé de l'existence du groupement clandestin, l'équivalent de l'immatriculation au registre du commerce. Ainsi, la connaissance par les tiers est indifférente⁵. L'effet négatif de l'immatriculation peut être considéré comme absolu lorsqu'aucune mesure équivalant à l'accomplissement de cette formalité de publicité n'est admise par la loi. L'inaccomplissement de l'immatriculation est irréparable⁶.

¹ Article 70 de la loi du 2 mai 1995.

² P. ROUAST-BERTIER, " Société fictive et simulation", art. préc., n°35, p.747.

³ M. DE GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", art. préc., p. 474

⁴ V. SIMONART, La personnalité morale en droit privé comparé, op.cit., n°402 ;

⁵ J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit, n°414.

⁶ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales: Information du public et preuve des actes, op.cit., p.185.

385-Le problème de l'applicabilité de la théorie d'apparence dans le cas de révélation¹ d'une société en participation: Pour appuyer cette pensée, on estime, contrairement à certains auteurs² et à une jurisprudence tunisienne³, que l'assimilation de l'associé d'une société en participation révélée à celui d'une société en nom collectif⁴ ne peut avoir pour fondement la théorie d'apparence de la personne morale. En effet, pour légitimer l'obligation des participants au passif social, cette partie de la doctrine aperçoit la création d'une apparence de personne morale lorsque la société en participation se révèle aux tiers. La croyance légitime à l'existence d'une personne morale suffit pour mettre en œuvre l'apparence et s'en tenir à la validité d'un acte que le participant prétend accomplir au nom d'une société. L'apparence permet donc de justifier le recours contre lui pour rembourser la dette sociale⁵. Ce raisonnement défendable, dès lors qu'il assure aux créanciers une quelconque protection ne se justifie que dans l'hypothèse d'une révélation de droit. Il ne peut s'appliquer lorsque, dans le cadre d'une révélation de fait, la société se manifeste sous les traits d'une participation et non comme une entité juridique autonome ayant une existence légale à l'égard de tous. De surcroît, il heurte l'esprit de la loi en la matière. L'article 79 du Code des sociétés commerciales ne permet pas une assimilation parfaite entre l'étendu de l'obligation des participants et celui des associés en nom collectif; il n'est pas évident que tous les

¹ X. BLANC-JOUVAN, "La révélation au tiers de la société en participation", article précité, p.652; A. PICAND-L'AMÉZEC, "L'obligation des associés en participation envers les tiers", Rev. sociétés 1990, p.567 spécialement p. 569.

Généralement, la révélation désigne tous les mécanismes ayant pour but de faire apparaître la société à la scène juridique, c'est-à-dire porter son existence à la connaissance du public. Elle peut provenir d'événements divers de l'ouverture d'un compte bancaire au nom de la société, de l'utilisation d'une dénomination sociale, de l'emploi de prospectus mentionnant cette société, d'actes positifs de gestion... (révélation de fait). Elle peut provenir aussi de l'accomplissement des formalités de publicité: publication, immatriculation (révélation de droit).

² J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.38; D. FIORINA, Obligation aux dettes et droits commun des obligations dans les sociétés commerciales, thèse précitée, p.195.

³ C.cass., arrêt n°188 rendu le 10 juin 1983, Bull. de la C. cass., 1983, p.342.

⁴ Article 79 du Code des sociétés commerciales. Par application de cet article les juges de fond qualifient une société en participation révélée d'une société en nom collectif de fait (T.P.I. de tunis, arrêt n°1536 et 1605 du 26 novembre 1962, R.T.D., 1963-65, p.127; T.P.I. de tunis, arrêt n°779 du 28 juillet 1964, RJL, n°2-3-4 et 5, p.47; C.cass., n°4695 du 30 novembre 1981, Bull. C. cass., 1981, p.237).

⁵ D. FIORINA, Obligation aux dettes et droits commun des obligations dans les sociétés commerciales, thèse précitée, p.201.

participants soient tenus du passif social¹. Ceci étant, il est plus exact de procéder à une analyse comportementale des prétentions des intéressés. C'est dire que le véritable fondement devrait être cherché du côté des agissements des participants. L'obligation de ceux-ci aux dettes sociales aura pour base l'apparence d'une société contrat.

Par conséquent, la théorie de l'apparence n'attribue pas à la société la personnalité morale et ne permet pas de demander le règlement judiciaire ou la liquidation de biens de la société apparente. "*Les tiers peuvent bien croire à l'existence d'un contrat de société, mais ils ne peuvent pas croire à l'existence d'une personne morale*"².

386-En conclusion, l'immatriculation semble suffire à elle seule à créer l'apparence requise pour permettre le jeu de la théorie de l'apparence. Mais, une fois mise en œuvre, la théorie d'apparence se détache de l'immatriculation pour produire ses effets propres qui ne font qu'introduire une certaine souplesse dans les règles relatives à l'immatriculation.

¹ En fait l'article 79 du Code des sociétés commerciales disposant que "*les associés seront tenus dans les mêmes conditions que ceux d'une société en nom collectif*" n'a pas repris la formulation prudente de l'ancien article 46 du Code de commerce selon lequel seule la révélation par les associés eux-mêmes de leur propre situation d'associé était susceptible d'engager leur responsabilité. Le législateur a voulu que les associés soient tenus dans les mêmes termes que ceux d'une société en nom collectif chaque fois que l'existence de la société est portée à la connaissance du public. L'interprétation exégétique de ce texte, conforme à l'idée d'une protection accrue des tiers, aboutit à engager la responsabilité de tous les participants qui pourront être tenus indéfiniment des dettes sociales. Cette responsabilité est engagée quelque soit la portée de la révélation (totale ou partielle) et quelque soit le mode (en fait ou en droit). Mais, l'assimilation entre les conditions des participants d'une société révélée et celles des associés d'une société en nom collectif semble contestable. D'une part, elle dénote un certain malaise devant l'impossibilité d'agir contre les autres participants qui étaient cachés. D'autre part, un véritable problème se pose lorsque la société en participation révélée cesse ses paiements. Dépourvue de la personnalité morale, ce sont ses associés ayant la qualité de commerçant qui peuvent faire l'objet des procédures de règlement judiciaire. Or, ne peuvent avoir cette qualité les associés ostensiblement membre de la société sans, pour autant, prendre partie à la gestion sociale et sans passer aucun acte pour le compte de la société. Ces obstacles à laquelle se heurte l'assimilation d'une société en participation révélée à une société en nom collectif peuvent être résolus à travers la restriction du domaine de responsabilité aux seuls participants révélés. Voir C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, tome 2, op.cit., p.31, n°41; S. MELLOULI et S. FRIKHA, Les sociétés commerciales, La Maison Du Livre, 2013, p.120, n°396.

² Civ. 1, 13 nov. 1980, D. 1981, 541, note CALAIS-AULOY.

Chapitre 2: L'immatriculation dépassée par la théorie d'apparence.

387-Si une mesure de publicité est exigée, les tiers sont alors fondés à croire que la situation telle qu'elle est publiée est le reflet fidèle de la situation juridique réelle. Ils peuvent se prévaloir de son opposabilité. Toutefois, cette protection s'avère nettement insuffisante. L'apparence créée par l'immatriculation n'est pas utilisée pour toutes situations ressortissantes de son domaine habituel, d'autant plus que son efficacité se trouve souvent limitée. Conférer à la théorie de l'apparence, le rôle de technique générale de protection, suppose qu'elle puisse être en mesure de sauvegarder, en toutes hypothèses, l'intérêt des tiers trompés par l'apparence. A cette fin, elle peut anéantir les effets d'une immatriculation inexacte (section 1) ou devenue inexacte (section 2).

Section 1: La théorie d'apparence anéanti les effets d'une immatriculation inexacte : l'inopposabilité de la situation publiée.

388-*L'apparence crée un droit d'option pour les tiers*: L'apparence crée un droit au profit des tiers, mais ne saurait mettre une obligation à leur charge. Il s'agit en effet de protéger une erreur et par là d'accorder une sécurité. Il ne s'agit pas de conférer nécessairement à l'apparence l'efficacité de la réalité. S'ils y ont intérêt, les tiers peuvent écarter l'élément visible pour s'en tenir à la réalité cachée. Cette solution admise traditionnellement en matière de société¹ lorsque l'apparence résulte de la simulation²,

¹ Certains auteurs ont vigoureusement critiqué l'option offerte aux tiers en matière de société de fait. Pour ces auteurs, le sort d'une société dépend de la loi et non de la volonté des particuliers. Si la société est nulle, elle ne peut devenir régulière parce que c'est l'intérêt des tiers. Voir notamment J. HEMARD, *Theorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*. op.cit., pp. 289.

Cette thèse n'a pas prévalu, car la jurisprudence invoque constamment le droit d'option. Pour monsieur CALAIS-ALOY, il s'agit surtout d'une querelle de mots; personne n'a jamais soutenu que la volonté des tiers aboutit à faire disparaître l'irrégularité de la société: une société nulle reste nulle. Seulement cette nullité a pu rester cachée aux yeux des tiers. Les tiers invoquent l'apparence de régularité, mais non la régularité elle-même. Voir J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, op.cit., n°165, p.140.

² L'article 26 du Code des obligations et des contrats n'a pas envisagé expressément une telle solution, mais la formule employée, les contre-lettres "ne peuvent être opposés aux tiers" permet de la fonder. En effet, si ce texte interdit aux parties de la simulation d'opposer aux tiers la réalité cachée, ceux-ci peuvent, par une interprétation a contrario, choisir de l'invoquer, si tel est leur intérêt. Voir M.K. CHARFEDDINE, *Les droits de tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, op.cit., p.328, n°295.

doit recevoir une application générale, et ce indépendamment de toute faute¹. En effet, la protection due aux tiers de bonne foi s'impose avec la même vigueur quelle que soit l'origine de l'apparence.

389-La primauté de l'apparence en cas de conflit d'option : Les tiers de bonne foi bénéficient donc, d'une option irrévocable et indivisible²: ils peuvent se prévaloir de la réalité ou s'en tenir à l'apparence du registre selon ses intérêts. De cette alternative résulte une possibilité de conflit entre différentes catégories de tiers dont les intérêts s'opposeraient. Ainsi, la prétention des créanciers sociaux de tenir l'existence d'une personnalité morale pour une société peut les opposer aux créanciers personnels des associés, les premiers réclamant un droit de préférence sur le patrimoine social, que contestent les seconds³. La sécurité des transactions et la cohérence imposent de donner la préférence à celui qui, de bonne foi, s'est fié à l'apparence et a commis une erreur légitime⁴. La position de la jurisprudence française s'était déjà prononcée en faveur du tiers qui se prévaut de l'apparence⁵. Ce triomphe de l'apparence sur la réalité paraît logique et équitable. Selon la formule de PLAISANT "*l'équité et la sécurité obligent à préférer le vraisemblable au vrai, l'apparence à la réalité*"⁶.

¹ En effet, le droit d'option, en matière de simulation, repose sur un fondement plus solide: la faute de l'auteur de l'apparence. La simulation, certes, ne constitue pas nécessairement une fraude, mais elle est toujours une faute et ne saurait donc aboutir à profiter à son auteur. Pour cette raison, les tiers qui y ont intérêt peuvent écarter l'acte simulé et se prévaloir de l'acte caché. Voir CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., p.139, n°164.

² MARTIN-SERF, "Consentement des parties. Société fictive et frauduleuse", JurisClasseur société 2015, fasc. 7-40, n°75.

³ Dans ce cas, il y a conflit entre deux, lorsque la société fictive présente une meilleure solvabilité que la personne dont elle cache l'activité. Les créanciers sociaux ont intérêt à invoquer l'apparence de la société, afin de faire échapper le patrimoine social au droit de gage général des créanciers personnels du maître de l'affaire, alors que pour ces derniers la réintégration du patrimoine social dans le patrimoine de leurs débiteurs, en invoquant la réalité serait plus avantageuse. Un conflit de même nature peut aussi surgir lorsque deux personnes ont acquis des droits concurrents sur le même bien. L'une les tenants de la société fictive et l'autre du maître de l'affaire. La première invoquera l'apparence et la seconde la réalité (DAGOT, La simulation en droit privé, op.cit., n°296). Pareillement, en matière de groupe de sociétés, si une société crée des filiales fictives, c'est entre les créanciers de la société mère et entre ceux de la filiale que le problème se posera. Si on accorde la préférence à ceux qui invoquent l'apparence, c'est à dire aux créanciers de la filiale fictive, ils bénéficieront de l'autonomie du patrimoine social alors que si la réalité prévaut, le patrimoine de la filiale reviendra dans celui de la société mère et dès lors, se trouveront en concours tant les créanciers de la filiale que ceux de la société mère.

⁴ C'est la tendance dominante de la doctrine, voir DAGOT, La simulation en droit privé, op.cit., n°296; M. GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", art. préc., p.465; M. MAHFOUDH, "Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien", art. préc., p.387.

⁵ Cass. civ., 25 avril 1939, RTD civ. 1939, p.790; Cass.civ., 22 février 1983, JCP, 1985, II, 20359, note J.P. VERSHAVE; Cass. civ. 10 mai 1949, JCP, 1949, II, 4972, note E. BECQUE; Dalloz 1949, 277, note LENOAN; M. DAGOT, La simulation en droit privé, op.cit., p.282 et suivantes, n°289 et suivants.

⁶ Note au S. 1946, I, 105 cité par MARTIN-SERF, art. préc., n°81.

Ainsi, donner la primauté à celui qui prévaut de l'apparence¹ paraît conforme tant à l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 que l'article 26 du Code des obligations et des contrats. A travers la présomption le législateur préfère celui qui a été trompé par l'illusion des faits et a cru en la commercialité de l'entreprise immatriculée. La théorie de la simulation a été conçue pour protéger les tiers de bonne foi en édictant à leur faveur la règle de l'inopposabilité de la réalité cachée². Toutefois, il est admis que le conflit d'option relève plus de la théorie de l'apparence que de celle de la simulation, puisqu'il oppose des tiers entre eux et non un tiers aux simulateurs³. L'apparence trompeuse de société fonde la solution retenue en matière de simulation d'une société⁴.

390-L'inopposabilité de la qualité de la personne immatriculée: Mais, en dehors de ce conflit d'option, les tiers trompés par l'élément visible peuvent, s'ils y ont intérêt, se prévaloir de la réalité. Dans ce cas, ils peuvent invoquer l'inopposabilité de la qualité de la personne immatriculée en montrant que l'apparence à laquelle ils se sont fiés ne correspondait pas à la vérité qu'elle était censée manifester⁵. A cet égard, il est curieux de constater que l'inopposabilité qui nous est apparue précédemment comme le moyen de sanctionner l'inobservation des règles de publicité⁶, permet, ici, aux tiers de tenir pour non avenues des faits ou actes publiés et de se prévaloir de la réalité. En réalité, c'est la théorie de l'apparence, protectrice des intérêts des tiers de bonne foi, qui permet d'identifier les conséquences de l'établissement de la réalité juridique. Il s'agit d'anéantir les effets qu'aurait produire une immatriculation si elle est justifiée. La sanction utile et logique d'une immatriculation injustifiée reste dans l'absence de la qualité de commerçant d'un entrepreneur individuel (paragraphe 1) et la transparence de l'écran formé par la personne morale fictive (paragraphe 2).

¹ Revenant à l'exemple de société fictive, les situations respectives des créanciers personnels de l'associé et les créanciers de la société de façade doivent être considérées comme un aspect particulier de la question des droits des tiers de bonne foi fondés sur l'apparence. L'actif de la société fictive doit être réservé aux créanciers qui ont traité avec le prétendu être moral et les créanciers personnels des associés se voient retirer, de leur droit de gage, les biens apportés à la société par leur débiteur.

² M.-K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op.cit., p.393 et suivantes.

³ M. GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", a. rt. préc., p.465, n°12.

⁴ J.-J. DAIGRE, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 1999 (actualisation 2017), V° Société fictive, n°66; GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", art. préc., p.465.

⁵ Article 62 *in fine* de la loi du 2 mai 1995.

⁶ *Supra*, p. 354.

Paragraphe 1: L'absence de la qualité de commerçant d'une entreprise individuelle immatriculée.

391-Fondement légal: Si la connaissance réputée repose largement sur l'extériorisation des éléments juridiques, le tiers peut échapper à cette imputation en montrant que l'apparence à laquelle il s'est fié ne correspondait pas à la vérité qu'elle était censée manifester¹. Ainsi, l'immatriculation d'une entreprise individuelle rend opposable sa qualité de commerçant sans garantir son exactitude. L'existence d'une présomption légale de connaissance pesant sur les intéressés et résultant de la seule immatriculation explique cette conséquence. L'article 60 dispose que "*cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire*". Le tiers peut donc revendiquer l'inopposabilité de la qualité de commerçant de la personne physique en dépit de son immatriculation, en établissant l'inexactitude des mentions relatives à sa qualité.

Par conséquent, le jour où survient un litige, le tiers qui veut se soustraire à l'opposabilité de la commercialité de l'immatriculé doit démontrer qu'il avait connaissance de ce que l'immatriculé n'était pas commerçant. Il cherchera alors à faire prévaloir sa connaissance personnelle de la réalité sur l'apparence résultante de l'immatriculation. Prouver l'absence de la qualité de commerçant demeure, néanmoins, une tâche difficile car il ne peut découvrir qu'une immatriculation soit injustifiée qu'au prix de recherches compliquées, incompatibles avec la rapidité nécessaire de la vie commerciale.

¹ Supra, p. 351.

392-Effets de l'inopposabilité: Dès lors que le tiers parvient à prouver l'absence de la qualité de commerçant, l'inopposabilité intervient pour maintenir à son égard les conséquences d'une "*commercialité de fait*"¹. N'étant pas nuls², les actes du commerçant de fait sont des actes de commerce à condition d'être en rapport avec son exploitation³. Et c'est en raison de ce caractère que les tiers⁴ pourront lui opposer la compétence des tribunaux de commerce, les modes de preuve...⁵. Mais, s'ils y trouvent avantage, ils pourront le faire priver de ces avantages du droit commercial pour le soumettre uniquement à ses inconvénients.

Si le tiers peut invoquer cette inopposabilité pour le priver des avantages du droit commercial, ce droit peut-il être exercé par l'immatriculé lui-même afin de se soustraire à ses obligations?

393-L'impossibilité d'invoquer l'inopposabilité par la personne immatriculée: Par analogie à l'article 61 de la loi du 2 mai 1995 qui distingue selon la personne qu'invoque l'application du statut de commerçant⁶, l'intéressé, lui-même, ne peut pas invoquer le défaut de sa commercialité pour se soustraire aux obligations d'un

¹ Infra, p. 447.

² Les décisions relatives à la validité des actes du commerçant de fait forment une jurisprudence française complexe avant de se stabiliser en une position de principe. Certaines décisions ont d'abord opté pour la nullité absolue des actes. Ont été ainsi annulés le bail commercial consenti à un commerçant étranger sans carte (Cass. soc., 19 juillet 1957, Bull. civ., IV, n°878, J.D.I., 1958, p.1036, note SIALELLI), ou encore, pour cause illicite, l'obligation contractée par un notaire en violation de l'interdiction de se livrer à des actes de spéculation et de courtage (Cass., req., 30 juin 1946, Dalloz 1946, p.20.). A partir des années 1960, s'ouvre une seconde période marquée par une validité de principe, la première chambre civile permettant notamment aux personnes en situation d'incompatibilité de se prévaloir des actes passés pour réclamer une rémunération (Civ., 1ère, 1 octobre 1968, Dalloz 1969, 81) et en faisant simplement référence pour les sanctionner à des mesures d'ordre disciplinaire (Civ., 1ère, 30 mars 1994, RTD civ. 1995, 100, obs. J. MESTRE). Deux décisions émanant de la chambre commerciale avaient toutefois laissé entrevoir la possibilité d'une action en nullité ouverte exclusivement au cocontractant du professionnel de fait, dans le but de le protéger (Cass. com., 19 novembre 1991, JCP, 1992, IV, 276; Dalloz 1992, I.R., 33, R.J.D.A., 1991, 10953; RTD civ. 1992, 381, obs., J.MESTRE; Cass.com., 30 janvier 1996, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1996, 896, observation J. MESTRE). Par un arrêt du 15 octobre 1996, la chambre commerciale, ralliant la jurisprudence de la première chambre civile, opte pour une validité absolue des actes du commerçant de fait (Cass.com., 15 octobre 1996, JCP, 1997, II, 921, note F. POLLAUD-DULIAN). Cette position est bienvenue. Comme l'a écrit M. SAVELLI, en évoquant la différence qui existe entre les actes et l'activité, "*l'objet de la prohibition légale, ou son but prohibitif, c'est l'activité et non chacun des actes qui la composent. C'est dire que la considération des buts protecteurs de la norme enfreinte est inefficace à justifier par elle-même l'annulabilité des actes*". (Voir M. SAVELLI, Etude des sanctions de droit privé, préface de J. MESTRE, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1995, n°296, p.249).

³ F.-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., n°731, p.445.

⁴ En revanche, le commerçant de fait ne peut se prévaloir de la commercialité des actes qu'il accomplit. L'interdiction qui lui est faite n'est qu'un moyen de le sanctionner sans rapport avec la nature des opérations qu'il réalise.

⁵ F.-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., n°731, p.445.

⁶ Infra, p. 448.

commerçant. Ce principe de solution semble satisfaisant. Admettant que l'immatriculation d'une entreprise individuelle extériorise sa qualité commerciale, seuls les tiers peuvent avoir été trompés par l'élément visible et doivent être protégés. L'intéressé ne peut jamais soutenir qu'il a ignoré le non respect de l'une des conditions de l'exercice de l'activité commerciale. Par conséquent, les personnes qui ont traité, sur la foi des apparences, avec l'entrepreneur immatriculé sont les tiers qui méritent une protection.

Cette restriction est justifiée car il paraît choquant, même si le jeu de la responsabilité civile peut compenser les résultats obtenus¹, qu'une personne puisse tromper les tiers en s'immatriculant et échapper aux conséquences du statut qu'elle avait elle-même réclamé. Pour la doctrine², il est anormal qu'une personne immatriculée au registre du commerce et assignée en règlement judiciaire ou liquidation des biens puisse faire la preuve contraire et établir qu'elle n'a pas la qualité de commerçant³. Elle fera ainsi débouter un créancier après l'avoir sciemment induit en erreur en se faisant immatriculer⁴.

394-L'exception à cette impossibilité: Toutefois, il est admis que l'intéressé puisse combattre lui-même la présomption de commercialité par voie d'exception. Dans ce cas la preuve de l'absence de la qualité de commerçant ne suffit pas, la preuve de la connaissance de ce défaut de qualité par les tiers qui l'invoquent devant être également rapportée. Ainsi, l'intéressé peut établir que les tiers savaient qu'il n'était pas commerçant et les priver de la possibilité de lui opposer les effets normalement attachés à son immatriculation.

Par conséquent, et en dépit de son immatriculation, l'intéressé peut invoquer l'inopposabilité de la qualité de commerçant à l'égard des tiers de mauvaise foi⁵. Mais, l'impossibilité pour l'immatriculé de prouver la mauvaise foi des tiers rend la présomption de commercialité une présomption presque impossible à combattre. Il lui

¹ Se plaçant sur le terrain du droit commun de la responsabilité, les tiers pourraient réclamer à l'immatriculé une indemnité en raison du préjudice que leur a causé une apparence trompeuse de commercialité, le non-commerçant ayant commis une faute en s'immatriculant.

² A. JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre du commerce", art. préc., p. 402 ; J. DERRUPE, RTD com. 1984, p. 653 ; DE JUGLART et IPPOLITO, Traité de droit commercial, tome1, 4ème éd., Montchrestien 1988, p. 478 ; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 256.

³ J. HAMEL, G LAGARDE, A. JAUFFRET, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 477.

⁴Trib. gr. inst. Bressuire 23 janvier 1964, RTD com. 1964, p. 523, n°7.

⁵J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", art. préc., p.81.

sera donc, difficile d'opposer sa condition réelle. Il sera soumis aux obligations propres aux commerçants et il pourra être condamné à une procédure collective.

Paragraphe 2: La destruction de l'écran de la personnalité morale fictive.

395-Nullité ou inexistance: En droit des sociétés, la déclaration du caractère fictif d'une société par le tribunal, dépend de la réussite, du tiers demandeur à l'action en déclaration de simulation¹ dans la preuve du caractère simulé de la société. Une fois, le juge saisi est convaincu du caractère factice de la société, c'est-à-dire qu'elle constitue un mirage de société et une apparence destinée à tromper les tiers, il va constater sa fictivité avec toutes les sanctions légales applicables. Le problème de la sanction a fait l'objet d'une controverse doctrinale vive² et d'une hésitation jurisprudentielle³ entre la sanction de la nullité et celle d'inexistence.

¹ Lorsqu'une personne entend invoquer l'acte secret et ainsi faire apparaître la réalité cachée sous l'acte apparent, elle doit déclarer la simulation. Elle dispose pour cela d'une action spécifique : l'action en simulation. La jurisprudence tunisienne a admis cette action et a précisé son régime sur la base de l'article 26 et 535 du Code des obligations et des contrats tout en reconnaissant son autonomie par rapport à l'action Paulienne basée sur l'article 306 du Code des obligations et des contrats. Cass.civ., n°8860 du 9 janvier 1984, Bull. de la Cour de cassation 1984, I, p.317.

² M. DAGOT, La simulation en droit privé, op.cit., n° 277; Ch.-RIVIERE, La société écran, op.cit., p.351 et suiv; DURRY, "Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit français", Travaux de l'association Henri Capitant t.XIV, Dalloz 1965, p.628; V. SIMONART, La personnalité morale en droit privé comparé, op.cit., p.513.

³ Quelques arrêts ont paru estimer que la société était inexistante (Cass. com. 19 déc. 1983, Bull. Joly 1984, p.295, RTD com. 1984, p.477, obs. E. ALFANDAR et M. JEANTIN; Cass. com., 11 oct. 1988, Bull. Joly 1988, p.939, note P. LE CANNU). Mais une décision de principe de la Cour de cassation est venue trancher la question. Par un arrêt Lumale (Cass. com. 16 juin 1992, Bull. Joly 1992, p.960; Dalloz 1993, p.108, note COLLET), la Haute cour a consacré sans ambiguïté la théorie de la nullité.

Quant à la jurisprudence tunisienne, elle n'a pas été animée par ce débat concernant la nature juridique de la sanction assignée à la société fictive. Elle va, tout simplement dans le sens de la requalification du contrat de société. En effet, le juge doit donner ou restituer aux actes ou faits litigieux leur exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Voir, Com. 1ère instance, tunis n°350 du 11-05-1963, R.J.L. 1963, p.5.

Le choix du recours à la théorie de l'inexistence¹ comme "*force d'appoint*"² afin de contrecarrer les effets néfastes induits par la nullité³ ou comme "*force autonome*" pour sanctionner des vices d'une gravité extrême que le législateur a omis de sanctionner par la nullité, paraît être combattu en droit français. Cette solution, rejetée par la quasi unanimité de la doctrine⁴, se prétend non conforme au droit communautaire au regard des sociétés visées par la première directive du 9 mars 1968⁵ qui prohibait expressément la théorie de l'inexistence⁶. Même la jurisprudence française, elle a

¹ Proposée par certains auteurs du XIX^{ème} siècle à propos des nullités du mariage (Voir F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, op.cit., p.71, n°81), la théorie d'inexistence a été étendue à tous les actes juridiques et on est venu à distinguer les actes nuls et les actes inexistant. Alors que la nullité sanctionne le défaut d'une existence légale qui ne remet pas en cause la réalité de l'acte, l'inexistence supposera "*qu'un acte ait été défini dans sa notion mais à qui manque un élément essentiel*". AUBRY et RAU considéraient que "*l'acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet et en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence doit être considéré non pas comme nul mais comme non venu*" (AUBRY et RAU, Cours de droit civil, 4^{ème} éd., t.1, 1869, §37, p.119, cité par B. VIAL-PEDROLETTI, L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales, thèse, Aix-Marseille, 1986, p.630, n°2). Est inexistant "*l'acte qui ne répond pas à sa définition, à la conception générale que s'en est faite le législateur*" (SEGUR, "L'inexistence en procédure civile", JCP, 1968, I, 2429, n°1).

² RENUCCI, note sous civ., 5 mars 1991 et com. 16 juin 1992, D. sociétés 1993, p.508 et suivantes; P. DIENER, note sous cass. civ., 22 juin 1976, Dalloz 1977, 619, n°31.

³ L'application de ce régime conduit à des absurdités qu'une doctrine avisée a depuis longtemps mises en exergue. D'abord, la soumission de principe de la fictivité au délai de prescription des nullités en droit des sociétés. Suffit-il d'attendre l'écoulement du délai de trois ans pour que, par une opération somme toute assez ésotérique, la société fictive devienne réelle en raison de l'impossibilité de l'atteindre à travers l'action en nullité? Mais, peut-on prescrire ce qui n'existe pas et conclure qu'après l'écoulement d'un délai de trois ans, la société fictive est inattaquable? Ensuite, si la société fictive, dépourvue d'affectio societatis est une société nulle, il faudrait admettre la possibilité de sa régularisation. La contradiction est évidente: pour que la société existe en tant qu'entité juridique, il faut que l'affectio societatis ait existé dès la création de la société. Ainsi, peut-on faire apparaître l'affectio societatis en cours de vie sociale alors que cette condition doit exister lors de la constitution. Enfin, et admettant que la prononciation de la nullité de la société est précédée à sa liquidation, faut-il admettre que la société dépourvue d'affectio societatis est dotée d'un patrimoine propre? Faut-il admettre le maintien de la personnalité morale d'une société qui n'a pas d'existence réelle. Une réponse positive ne peut être que choquante et hautement inopportune puisqu'elle prive la fictivité des sociétés de son rôle modérateur des règles traditionnelles. Voir notamment B. VIAL-PEDROLETTI, L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales, Thèse précitée et les références citées par cet auteur.

⁴ La notion d'inexistence a suscité l'opposition d'une grande partie de la doctrine. Voir, DURRY, "Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques français", précité, p.628; PLANIOL et RIPERT, Traité de droit civil, t.5, 2^{ème} éd., 1952, n°285; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, tome 2, op.cit., n°161. Concernant la doctrine tunisienne on peut citer

عبد الله السوفاني، الوجود القانوني للشركو التجارية، اطروحة، تونس، 2001، ص 324.

⁵ La directive concerne les seules sociétés à responsabilité limitée et les sociétés de capitaux.

⁶ Visant à harmoniser le régime des nullités des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée, l'article 11 prévoit que "*La législation des Etats membres ne peut organiser le régime des nullités que dans les conditions suivantes: 1-La nullité doit être prononcée par décision judiciaire, 2-Les seuls cas dans lesquels la nullité peut être prononcée sont: ... En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité*". Ainsi, la théorie de l'inexistence est expressément prohibée par la directive. Voir B. SAINTOURENS, "Les causes de nullité des sociétés: l'impact de la 1^{ère} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de Justice des communautés Européennes", Bull. Joly Sociétés, 1 février 1991, n°2, § 41, p.123 s., spéc. p. 128; F. LECLERC, "Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing?", RJ com., 1992, p. 321 et suivantes, spéc. p. 328.

définitivement cristallisé sa position en déclarant pour la première fois qu'"une société fictive est une société nulle et non inexistante"¹. Ceci dit, la théorie de la nullité a prévalu au détriment de celle de l'inexistence.

396-Fictivité et nullité: Toutefois, il a été jugé qu'il existe d'importantes distinctions théoriques entre nullité et fictivité². Ces deux notions n'entretiennent *a priori* que des rapports distants. La nullité est la sanction de l'inobservation des conditions de formation du contrat. En la matière, le droit des sociétés renvoie au droit des contrats et pose quelques règles particulières. Tandis que la notion de fictivité concerne la personne morale plus directement que la société³. Cette pensée peut être doublement justifiée: *D'abord*, le défaut d'*affectio societatis* ou l'absence d'autonomie, critère de fictivité de la société⁴, sont probablement inspirés par la théorie de la réalité technique⁵ des personnes morales. Selon celle-ci, le groupement peut être personnalisé s'il représente un intérêt distinct de celui de ses membres. Remarquons que la théorie fonctionnelle⁶ amène à une conclusion très proche, la personnification est subordonnée à l'exploitation d'une entreprise⁷. Dans les deux hypothèses, le défaut d'autonomie de la structure sociale démontre l'absence du critère de personnification. En effet, sans

¹ Arrêt LUMALE, Cass. com., 16 juin 1992, Dalloz 1993, p.508, note COLLET. Il s'agit d'un arrêt de principe pour M. P. LE CANNU ("Inexistence ou nullité des sociétés fictives", Bull. Joly Sociétés, 1 septembre 1992, n°9, §274, p.875). Quant à M. DIENER, il suggère, pour l'adoption de la sanction de la nullité, d'attendre une éventuelle confirmation par d'autres décisions (P. DIENER, note sous Paris, 3ème chambre, 16 novembre 1993, Bull. Joly, 1994, p.73, §12). Toutefois, pour madame CUTAJAR-RIVIERE "il semble prématuré de conclure à la condamnation de la théorie d'inexistence" (C. CUTAJAR-RIVIERE, La société écran, op.cit., p.358). En effet, elle a pu constater avec monsieur T. BONNEAU (T. BONNEAU, sous C. Appel, 1 décembre 1992, Dr. des sociétés 1993, §48) que des "effets pervers" du rejet de la théorie de l'inexistence semblent déjà se faire jour. En témoigne la décision rendue par la Cour d'appel de Paris en date du 1er décembre 1992 (Dr. des sociétés 1993, §48; Dalloz 1993, IR, 55; Rev. sociétés 1993, 132, obs. GUYON). Cette dernière a rejeté l'applicabilité de la théorie de l'inexistence, mais elle n'a pas fait une pleine et entière application du régime des nullités puisqu'elle a retardé le point de départ du délai prévu par l'article 1844-14 du Code civil.

² L. COMANGES, "Le dangereux paradoxe des sociétés fictives", Bull. Joly Sociétés, 1er janvier 2003, n°1, § 2, p. 13,

³ Ibid., § 2, n°6.

⁴ Supra, p. 341.

⁵ Cette théorie a triomphé en jurisprudence : Cass. civ., 28 janvier 1954, JCP, éd. G, 1954, II, 7978, concl. LEMOINE. Dans le même sens, Cass. com., 17 janvier 1956, Dalloz 1956, jur., p. 265, note R. HOUIN ; Cass. com., 21 juillet 1986, Rev. sociétés, 1987, p. 41, note Y. GUYON; Cass. soc., 23 janvier 1990, Rev. sociétés, 1990, p. 444, note R. VATINET; JCP 1990, E, 1990, II, 21529, note M. NEVOT; Cass. soc., 17 avril 1991, Rev. sociétés, 1992, p. 53 ; JCP 1992, E, II, 21856, note H. BLAISE. Cette théorie émane des conceptions de: L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale, op.cit. Aussi, P. COULOMBEL, Le particularisme de la condition des personnes morales en droit privé, Thèse Nancy, 1949.

⁶ Cette conception est l'œuvre de l'Ecole de Rennes. C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962 ; J. PAILLUSSEAU, La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise, op.cit. ; J. PAILLUSSEAU, "Les fondements modernes du droit des sociétés", JCP 1984, E, II, 14193, n° 48 et s.

⁷ Les sociétés unipersonnelles sont concernées par ce type de critère si elles ne sont pas constituées pour personnifier une entreprise mais simplement pour des motifs de protection patrimoniale.

autonomie, il n'y a pas d'intérêt distinct de celui des membres du groupement ni personnification d'une entreprise, qui se doit d'être autonome. De même, l'absence d'*affectio societatis* démontre le défaut de création d'un groupement, d'une entreprise. Or, la présence de ces éléments serait seule à même de constituer cet intérêt distinct essentiel à la personnification.

Ensuite, l'immatriculation ne confère pas à la personne morale une solidité irréversible. Lorsque la personne morale créée n'a aucune autonomie et qu'elle n'est finalisée qu'à la protection artificielle du patrimoine des associés, il est clair qu'elle ne représente pas une entreprise réelle. Elle ne sert que d'écran protecteur. Sa constitution viole "*une certaine forme d'ordre public*"¹. En effet, la facilité de création d'une société est subordonnée à son utilité pour le corps social et pour le développement économique. Celle-ci se déduit de la personnification d'une entreprise. La protection offerte au patrimoine des associés n'est qu'un moyen et ne doit pas devenir le but poursuivi par les créateurs de la société. La fictivité se manifeste alors, lorsque l'unique objectif de la constitution de la société est l'utilisation de l'écran de sa personne morale². L'intérêt principal de la fictivité de la société est donc, de considérer que la personne morale de la société ne joue plus son rôle d'écran entre les créanciers sociaux et les associés.

Ainsi, la nullité de la société pour cause de personne morale fictive est rendue difficile par le divorce entre la personne morale et son habit juridique : la société. La notion de fictivité, avant d'être rapprochée de la notion de société, doit d'abord s'analyser au regard de la personne morale ; avant d'être une cause de nullité des sociétés, elle remettait en cause sa personnalité morale.

397-Utilité de la fictivité: Le droit des entreprises en difficulté est certainement le plus grand utilisateur de cette technique. L'extension de la procédure collective au maître de l'affaire fondée sur la fictivité, est une solution apportée par la jurisprudence

¹ L. COMANGES, "Le dangereux paradoxe des sociétés fictives", art. préc., § 2, p. 13, spéc. n° 17. Cet auteur fait rapprocher la fictivité des sociétés de la notion d'ordre public. Dans cette optique, le principe est que le comportement des sujets de droit est libre. Ils peuvent créer une société. Simplement, ils sont tenus de respecter certaines règles d'ordre public. Celui-ci s'oppose à l'utilisation de la société en tant que simple écran sans personnifier une entreprise. Or, si la personne morale issue de l'immatriculation n'est pas autonome, c'est qu'elle ne représente pas une entreprise réelle. Elle est fictive.

² L. COMANGES, "Le dangereux paradoxe des sociétés fictives", art. préc., § 2, p. 13, spéc. n° 17.

française remontant au début du 20^{ème} siècle¹, puis consacrée expressément par la loi française du 26 juillet 2005². Quant au droit tunisien, il n'a consacré expressément la fictivité comme étant une cause autonome d'extension de procédure collective qu'au sein du groupe de sociétés lorsque l'article 478 du Code des sociétés commerciales prévoit que "*Les procédures de faillite ou de redressement ouvertes contre l'une des sociétés appartenant au groupe de sociétés peuvent être étendues aux autres sociétés y appartenant ..., ou s'il est établi que la société débitrice était fictive, et que les sociétés appartenant au groupe ont donné l'apparence d'y être associées*". Pour les sociétés isolées, et en l'absence d'une jurisprudence similaire à celle française, la doctrine³ a cherché à donner une interprétation extensive à l'article 596 du Code de commerce afin qu'il puisse atteindre le véritable débiteur, auteur de la société fictive⁴. Pour atteindre cet objectif on a fait appel à la notion de confusion de patrimoine⁵. Cependant, le recours à cette notion est lacunaire car s'il est établi qu'elle peut être un indice de la fictivité de la

¹ Cass. req. 29 juin 1908, DP. 1910, 1, p.233, note M. PERCEROU. Cet arrêt n'a jamais été remis en cause depuis. La jurisprudence actuelle se conforme à cette position (Cass.com., 24 oct. 1995, Revue procédures collectives 1996, p.206, obs. J.-M. CALENDINI ; CA Paris, 13 juill. 1993, Bull. Joly 1993, p.1250, note LE NABASQUE).

² L'article L. 621-2 du Code de commerce, issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, prévoit l'extension d'une procédure collective à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité, de la personne morale. La règle vaut pour le redressement comme pour la liquidation judiciaire, par renvoi des articles L. 631-7 et L. 641-1. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a levé toute incertitude sur la possibilité de l'extension d'une sauvegarde en ajoutant à l'article L. 621-2, alinéa 2, que cette extension pouvait être prononcée "à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office", écartant ainsi l'objection tirée de ce que seul le débiteur a qualité pour demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Voir le commentaire de l'article L. 621-2 in "La loi de sauvegarde article par article", Petites Affiches, 8 février 2006, n°28, pp.4. spécialement p. 30.

³ T. BEN NASR, Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes, éd.2000, Tunis, p.508 et suivantes; S. KOLSI, Le statut juridique des dirigeants de la société anonyme, thèse précitée, p.421 et suivantes.

⁴ L'article 596 du Code de commerce dispose que "*En cas de faillite d'une société, la faillite peut être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société, masquant ses agissements, a fait, dans son intérêt personnel, des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme de ses biens propres*". Cet article consacre l'extension de la faillite aux personnes qui se sont servi de la société comme couvert à leurs agissements. Son application exige la réalisation de deux conditions cumulatives à savoir : l'accomplissement d'actes de commerce sous couvert de la société et la disposition des biens sociaux comme s'il s'agissait des biens propres de l'utilisateur (Voir N. FEKI, "Les procédures collectives et le groupe de sociétés", Etudes Juridiques, 2002, n°9, p.117). Bien que cet article a un domaine particulier (l'extension de procédure de faillite) et qu'il se distingue de la vraie extension de procédure collective pour fictivité telle qu'instaurée par la jurisprudence française il a été servi comme un fondement à la deuxième.

⁵ Bien que distinctes, certains auteurs estiment que les deux notions sont complémentaires (T. BEN NASR, Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes, op.cit., p.521, n°421; C. D'HOIR-LAUPRETRE, La notion de groupe de sociétés en droit français, thèse Lyon III, 1988, p.225-244; M. BEAUBRUN, "La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif", R.J. com 1980, p.81, spéc. n°19 et suivants. Voir contra F. GISSEROT, "La confusion des patrimoines est-elle une source autonome de l'extension de faillite?", art. préc., p.49.

société¹, il convient de ne pas confondre les deux notions. "*Fictivité et confusion répondent à des situations différentes, à des mouvements divergents entre entreprises indépendantes. La fictivité qualifie un montage juridique, la confusion correspond à une situation dans laquelle les parties collaboraient si étroitement qu'elles ne s'embarrassaient plus d'une relation contractuelle*"².

398-En conclusion, la fictivité a pour effet de lever le voile de la personnalité morale et d'étendre la procédure collective au véritable maître de l'affaire. Elle s'applique principalement aux sociétés à risques limités, elle permet d'impliquer les associés dans la procédure collective. Autrement dit, la société ayant une personnalité morale jugée artificielle, perd son autonomie patrimoniale dont on ne peut se prévaloir face à un créancier³. Mais, pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation française, une demande en extension de procédure collective fondée sur la fictivité ne constitue pas une demande en nullité⁴. La demande en nullité a pour finalité d'anéantir la société alors qu'en l'espèce le créancier cherche à "*reconstituer le patrimoine de son débiteur*" et le sort de la société lui est totalement indifférent⁵.

La même solution prévaut logiquement en dehors de toute procédure collective lorsqu'il s'agit de sanctionner une fraude aux droits des créanciers : la manœuvre est déjouée puisque les biens sont réputés se trouver dans le patrimoine des associés. La conséquence de la reconnaissance de la fictivité est le rétablissement de la réalité, c'est-à-dire le retour de l'immeuble social dans le patrimoine de son propriétaire⁶.

¹ Supra, p. 342.

² J.M. DELENEUVILLE, "L'extension de procédure pour confusion, fictivité ou fiction", Rev. Procédures Collectives 1999, n°2/3, p.66.

Pour qu'il y ait confusion des patrimoines, il faut que des personnes se voient comportées comme si les patrimoines leur étaient communs. La preuve résultera de ce que les personnes réalisent habituellement des transferts d'actifs, sans contrepartie, d'un patrimoine à un autre (PETEL note sous Versailles, 29 mars 1990, Bull. Joly 1990, § 154). Alors que dans le cadre de la fictivité, on recherche de manière artificielle à séparer les risques financiers: en cas d'échec d'une opération commerciale, chaque entité n'engage que son capital social. La confusion de patrimoine révèle une volonté contraire. Il s'agit non pas d'obtenir artificiellement une séparation entre plusieurs entités qui, en réalité ne forment qu'une seule entreprise, mais au contraire de rendre perméables les cloisons existant entre des entités distinctes, réelles et permettre ainsi aux patrimoines de communiquer entre eux à l'intérieur du groupe (J.F. ARTZ, "L'extension du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux", RTD com. 1975, p.21 et suiv., n°15-17).

³ Suivant les mots de Mme F. AUBERT et M.-C. PINIOT, La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation, Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 287.

⁴ Cass. com., 19 févr. 2002, D. 2002, p. 1071 ; JCP, 2002, E, 1380, p. 1520, obs. P. PETEL; Dr. et patr. juill.-août 2002, n° 3123, p. 103, obs. D. PORACCCHIA ; JCP, E, 2002, 1510, note J.P. LEGROS.

⁵ En ce sens P. ROUAST-BERTHIER, "Société fictive et simulation", art. préc., p. 725, n° 40.

⁶ CA Paris, 3e ch., 23 déc. 1975, Gaz. Pal. 1976, 1, jurispr. p. 360, obs. Le CANNU.

Section 2: La théorie d'apparence anéantit l'effet de l'immatriculation devenue inexacte.

399-La cessation d'activité et la radiation: Normalement, une entreprise immatriculée au registre du commerce doit fonctionner régulièrement. La loi n°95-44 du 2 mai 1995 s'intéresse nécessairement à son activité. Elle subordonne son immatriculation à la mention des "*activités principales*" d'une société¹ ou de "*l'objet des activités commerciales exercées*" par un commerçant² avec mention de la date du début de l'exploitation³. La cessation de toute activité devra en principe entraîner la radiation de l'assujetti qui constitue en principe, une "*désimmatriculation*" par symétrie avec l'inscription au registre du commerce. A cet égard, la loi du 2 mai 1995 a maintenu le principe d'une différenciation entre la radiation des personnes physiques et la radiation des sociétés. L'exploitant qui cesse définitivement d'exercer une activité commerciale perd sa qualité de commerçant. Il doit demander sa radiation du registre du commerce dans un délai de quinze jours⁴ dans deux cas : en cas de cessation totale de l'activité⁵ ou en cas de décès⁶. Quant à la société personne morale qui cesse d'exercer toute activité extérieure, elle devra être dissoute puis radiée du registre du commerce. Les associés se

¹ Article 11 (nouveau) – A – 5° de la loi du 2 mai 1995.

² Article 9 (nouveau) – B – 2° de la loi du 2 mai 1995.

³ Article 9 (nouveau) – B – 4° de la loi du 2 mai 1995.

⁴ Aux termes de son article 23 (nouveau) "*Tout commerçant immatriculé doit, dans le délai de quinze jours à compter de la cessation totale de son activité commerciale dans le ressort d'un tribunal, demander sa radiation, en indiquant la date de cessation de ladite activité, à l'exception du cas prévu au paragraphe (5) de l'article 17. En cas de décès du commerçant, la demande est présentée par ses héritiers à l'exception du cas mentionné au paragraphe (6) de l'article 17*". En revanche, en droit français, le délai de radiation est d'un mois avant la cessation totale de l'activité commerciale ou d'un mois à compter de celle-ci (l'article R. 123-51 du code de commerce).

⁵ L'obligation de procéder à une radiation ne concerne pas le commerçant qui cesse partiellement son activité commerciale. Ce cas doit faire l'objet d'une modification au registre du commerce (Article 17 (4°) de la loi du 2 mai 1995). Elle ne concerne non plus le commerçant qui exerce des activités saisonnières, cesse temporairement son activité. Ce commerçant doit, lors de son immatriculation, préciser le caractère saisonnier de son activité.

Lorsque la cessation concerne un établissement secondaire, il y a radiation de l'immatriculation secondaire, mais qui n'entraîne qu'une modification pour l'immatriculation principale. Au contraire, si le commerçant cesse toute activité concomitante exercée dans deux établissements différents, il n'est tenu que de requérir sa radiation (J. VALLANSAN, "Registre du commerce et des sociétés. Inscriptions", JurisClasseur commercial, 2013 (mise à jour 2017), fascicule 110, n°75).

⁶ Après la liquidation de la succession, la situation définitive devra faire l'objet de modification au registre du commerce. En fait, on sera en présence de deux situations : ou bien le fonds est attribué à l'un des héritiers qui l'exploite et celui-ci doit procéder à son immatriculation ou bien le fonds est vendu et l'acheteur doit se faire immatriculer. Dans le cas où le fonds reste en indivision ou bien le fonds est exploité pour le compte de l'indivision par un ou plusieurs des indivisaires et ceux-ci doivent être immatriculés avec l'indication des autres copropriétaires du fonds. Le fonds peut être donné en location-gérance et le locataire-gérant devra, lors de sa propre demande d'immatriculation, fournir toutes indications sur les copropriétaires indivis de ce fonds (M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., p. 474).

réunissent en assemblée générale extraordinaire afin de prendre acte de l'événement, et ouvrir la phase de liquidation avec la nomination d'un liquidateur. Ce dernier dispose d'un délai de quinze jours à compter de la publication de la clôture de la liquidation pour demander la radiation de la personne morale¹.

400-Les problèmes posés par le défaut de radiation: Le défaut de radiation exprime alors, un clivage entre les faits et le droit. Faudrait-il, dans cette hypothèse, privilégier le droit sur le fait et prendre en considération la situation apparente pour assimiler les commerçants immatriculés ayant cessé toute activité commerciale à des commerçants exploitant? L'exploitant retiré doit-il être assimilé, faute de radiation, à une personne toujours immatriculée au registre ? La société dissoute parce que n'ayant plus une activité économique doit elle maintenir sa personnalité du seul fait de son immatriculation ?

Si on respectait la règle du parallélisme, mais cette fois-ci relativement aux formes, immatriculation-radiation, le défaut de radiation devrait maintenir la qualité de commerçant ou la personnalité morale acquise par l'immatriculation (paragraphe 1). Or, ne saurait-il y avoir de parallélisme absolu entre la naissance et la disparition de la personne morale, pas plus d'ailleurs que ne serait fondé semblable parallèle entre l'acquisition et la perte de la qualité de commerçant. La loi du 2 mai 1995 impose à l'entreprise individuelle de mentionner la cessation de son activité et à l'entreprise sociétaire de mentionner sa dissolution. Cette mention portée au registre du commerce a pour effet l'opposabilité de la perte de la qualité de commerçant et la disparition de la personnalité morale indépendamment de la radiation. De là, c'est le défaut de mention qui crée l'apparence de la sauvegarde de la situation initiale issue d'une immatriculation (paragraphe 2).

Paragraphe 1: La non radiation laisse subsister une situation apparente issue d'une immatriculation:

401-Le maintien autorisé de l'immatriculation par le législateur: L'exploitant qui cesse définitivement d'exercer une activité commerciale doit se faire radier du registre du commerce. Cependant, une demande du maintien provisoire de

¹ Article 24 (nouveau) de la loi du mai 1995. Cet article ajoute que "La radiation de l'immatriculation principale des autres personnes morales doit être demandée dans les quinze jours de la cessation d'activité dans le ressort du tribunal du siège social".

l'immatriculation pendant un délai maximum d'un an, peut être effectuée soit par le commerçant immatriculé¹, soit par ses héritiers en cas de son décès². Elle peut être renouvelée pour une période supplémentaire d'un an³. Le maintien provisoire de l'immatriculation permet au commerçant de sauvegarder les droits attachés à l'immatriculation, notamment le droit au bail commercial et aux héritiers de préserver la valeur des biens indivis⁴. Il s'agit là d'un cas curieux d'une certaine organisation d'indivision⁵. Il permet surtout au commerçant exerçant une activité saisonnière d'éviter la complexité des formalités en procédant à une radiation suivie d'une ré-immatriculation. Il en est de même pour une société dont l'immatriculation peut être conservée en dépit de son inactivité. En effet, l'origine de l'inactivité peut résulter d'un libre choix des associés lors d'une assemblée générale, comme prévenir des circonstances étrangères à la société: l'attente d'une autorisation administrative ou d'une conjoncture plus favorable, préparation d'une restructuration⁶... A cet égard, les juges français ont déclaré valable la décision d'une assemblée autorisant une mise en sommeil⁷.

402-L'omission de radiation: Si, le défaut de radiation peut être par autorisation de la loi, il peut être aussi par négligence de l'assujetti. On a pu constater⁸ que sont nombreux aujourd'hui les entreprises qui omettent de se faire radier. Cette omission se conçoit d'autant plus aisément que ces dernières, ayant cessé le plus souvent toute activité, ne perçoivent plus matériellement la nécessité de procéder à cette publicité. Mais, est-ce que cette distinction détermine différemment la situation juridique de l'entreprise retirée et non radiée ? Quelle sera la situation juridique de celui qui a omis de se faire radier ? La réponse à cette question nécessite une distinction entre l'entreprise

¹ Article 17 (5°) de la loi du 2 mai 1995.

² Article 17 (6°) de la loi du 2 mai 1995.

³ Article 17 (7°) de la loi du 2 mai 1995. Pour la demande présentée par les héritiers, cet article constitue une dérogation aux dispositions générales prévues par l'article 71 du Code des droits réels édicté dans son alinéa 2 selon lesquelles "*Toutefois, les co-indivisaires peuvent convenir par écrit de ne pas demander le partage pendant un délai déterminé. Le tribunal pourra, cependant, ordonner la résiliation de la convention et le partage, s'il y a juste motif*".

⁴ V° Registre du commerce et des sociétés ; Dictionnaire Permanent Droit des affaires ; n° 81.

⁵ L'indivision est définie par l'article 56 du code des droits réels "*Lorsque deux ou plusieurs personnes sont propriétaire d'un même droit réel et que le droit de chacune d'elles porte sur l'ensemble et non sur une portion déterminée de la chose commune, elles se trouvent en état d'indivision*".

⁶ F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.it., p. 130, n°245.

⁷ Trib. com. Seine 14 février 1958, JCP, 1958, G, II, 62556.

⁸ C'est la constatation de monsieur J. DELGA faite suite à une enquête effectuée auprès d'une quinzaine de greffiers chargés du registre du commerce. V° J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 162.

individuelle et l'entreprise sociétaire. Si, dans le premier cas, la théorie d'apparence se trouve écartée par une doctrine française en faveur d'un renforcement de l'effet de la publicité au registre du commerce (I), c'est la théorie de la société fictive qui s'applique dans le deuxième cas, se voyant ainsi, élargie son domaine (II).

I/ La situation du commerçant retiré mais non radié: renforcement des règles des inscriptions au registre du commerce.

403-Différentes interprétations de l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995: A l'instar de son homologue français, le législateur tunisien n'a pas déterminé dans un texte de portée générale l'incidence du non radiation sur la qualité de commerçant. Cependant, l'article 61 (nouveau) alinéa dernier de la loi du 2 mai 1995, traitant le cas particulier du commerçant qui cède son fonds ou qui en concède l'exploitation sous forme de location gérance, affirme que ce dernier "*ne peut opposer aux tiers la cessation de son activité commerciale pour se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds, qu'à partir du jour où a été opérée la radiation ou la mention concernant la cession ou la location gérance, sans préjudice de l'application de l'article 234 du Code de commerce*".

En interprétant cet article 61, la doctrine a constaté le maintien irréfutable de la qualité de commerçant de celui qui a cédé son fonds de commerce ou l'a mise en location gérance sans être radié (A). Une certaine d'entre elle a essayé de généraliser cette solution en se basant sur une jurisprudence française (B).

A/ Le maintien exprès par le législateur de la qualité de commerçant dans certains cas.

*404-*Sans se préoccuper expressément de la question de la présomption de commercialité de l'assujetti, l'article 61 (nouveau) alinéa dernier de la loi du 2 mai 1995 a consacré une obligation aux dettes de successeur. Traitant le cas particulier du commerçant qui cède son fonds ou qui en concède l'exploitation sous forme de location gérance, cet article affirme que ce dernier demeure responsable du fait des obligations contractées par son successeur s'il n'a pas opéré sa radiation. On estime qu'il y a présomption irréfragable que le commerçant immatriculé continue d'être à la tête de

l'exploitation du fonds et, par conséquent, de répondre des dettes nées de cette exploitation. Son successeur, jusqu'à radiation, est, en somme, présumé n'être que le représentant de celui dont le nom figure au registre du commerce¹.

405- Ainsi, *dans l'hypothèse de la cession du fonds de commerce*, il s'agit bien d'un commerçant immatriculé, qui a cédé son fonds de commerce sans qu'il ne se fasse radier. Mais, il s'agit aussi et surtout d'un successeur qui, ayant la qualité de commerçant, n'a pas procédé à son immatriculation. Cette constatation résulte de ce que l'immatriculation de l'acquéreur d'un fonds ne peut être obtenue que moyennant la radiation de l'ancien exploitant². Le nouveau propriétaire du fonds doit fournir au greffe un extrait de l'immatriculation au registre du commerce de l'ancien exploitant indiquant la radiation ou la modification résultant de la mutation du fonds³. Ainsi, dans le système du registre du commerce, la radiation de l'ancien exploitant peut entraîner l'immatriculation du nouveau, de même que l'immatriculation du nouvel exploitant ne peut avoir lieu que moyennant la radiation de l'ancien⁴.

Le cédant non radié ne peut donc, se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds. Il peut être obligé de répondre du passif de l'exploitation du fonds alors même qu'il ne lui serait pas imputable. Il ne peut pas opposer à celui qui se prévaut d'un défaut de radiation la transmission du fonds de commerce. La rigueur de cette solution ne doit d'ailleurs pas surprendre. Vouloir vérifier si les créanciers connaissent la cession serait pratiquement enlever presque toute portée à la règle, car, le plus souvent, les créanciers connaissent la cession, ne serait-ce que par la publicité prévue par le Code de commerce, rarement éludé. Aux termes de son article 191, toute cession d'un fonds de commerce doit, dans la quinzaine de sa date, être publiée, à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extraits dans un journal quotidien et au Journal Officiel de la République Tunisienne. Cet extrait doit contenir la date et l'objet de l'acte, l'indication de l'opération effectuée, les références de l'enregistrement de l'acte, les noms, prénoms et domiciles des nouveaux et anciens propriétaires, nature et siège du fonds... La publication au Journal Officiel de la République Tunisienne contient les

¹ C-T BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes ; op. cit. p. 173.

² Art. 9 (nouveau), B, 5° de la loi du 2 mai 1995.

³ Arrêté du ministre de la justice du 22 février 1996, relatif aux procédures du registre du commerce ; op. cit. ; V° Tableau N° 5.

⁴ R. HOUIN, M. PEDAMON, Droit commercial, tome 1, op. cit., p. 166.

mentions précédentes et mentionne en outre les références relatives au journal quotidien dans lequel la première insertion a eu lieu. Cette seconde insertion se fait comme la première à la diligence de l'acquéreur et est enfermée dans les limites de 15 jours à compter de la date de la cession. La seconde publicité se fait au niveau local. En vertu de l'article 192 du Code de commerce, à partir de la vente et jusqu'à l'expiration d'un délai de 20 jours après la publication au Journal Officiel, l'acquéreur doit laisser en dépôt au domicile élu, un exemplaire de l'acte de vente qui pourra être consulté par tous les créanciers et tous les opposants éventuels et dont ils pourront prendre communication et copie.

406-La question qui se pose est de savoir quelle sera la sanction du défaut de la publicité ?

Si la publicité prévue par l'article 191 n'est pas respectée, la vente n'est pas nulle¹, ni même inopposable aux tiers². Ce qui est inopposable en fait, c'est le paiement du prix de la vente du fonds. Cette sanction prévue par l'article 204 du Code de commerce est la seule admise³. Elle signifie que l'acquéreur qui n'a pas accompli la publicité dans les formes prescrites ou qui aura payé le vendeur avant l'expiration du délai de vingt jours, ne sera pas libéré à l'égard des tiers, créanciers du cédant. L'acquéreur s'expose donc à payer une seconde fois entre les mains des créanciers, mais il ne payera le montant des créances qu'à concurrence du prix de la cession du fonds. Par suite, même s'il démontre que les créanciers ont eu connaissance de la vente, il ne pourra se soustraire aux conséquences du défaut de publication. A cet égard, on peut constater que la présomption d'ignorance, dégagée de l'article 204, est encore irréfutable lorsqu'une cession de fonds de commerce n'a pas été publiée.

Mais, la combinaison de l'article 61(nouveau) de la loi du 2 mai 1995 avec l'article 204 du Code de commerce pourrait conduire à une situation curieuse. Si on suppose une vente de fonds de commerce à la suite de laquelle il ne serait procédé ni à

¹ Cass. civ., arrêt n° 11801 du 23 janvier 1975, Bull. C. cass. 1975, I, p. 53; C.A. Sousse, arrêt n° 2973 du 11 novembre 1971, RJL. 1972, n° 1, p. 105 – Cass. civ. arrêt n° 11855 du 17 juin 1985 (inédit).

² A. CAHEN, Traité théorique et pratique des fonds de commerce, 2ème éd. 1948, p. 177 et 178.

³ En effet la jurisprudence tunisienne fait une application constante de cette règle (Trib. 1ère inst. Tunis jugement n° 496 du 31 déc. 1963, RJL 1965, n° 2-3-4-5, p. 107; Trib. 1ère inst. Tunis jugement n° 1199 du 28 juillet 1964, même revue, p. 122; CA Tunis, arrêt n° 29502 du 3 juin 1970, RJL 1970, n° 10, p. 46; CA Sousse Arrêt n° 2973 du 11 nov. 1971, RJL 1972, n° 1, p. 105 et RTD 1973, p. 226, note FOUCHARD). Cette position reçoit l'adhésion de la doctrine (N. MEZGHANI, Droit commercial, op. cit. p.227; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 363.

محمد الحبيب الكناني، "حماية الدائنين من خلال الفصل 242 م.ت"، القضاء و التشريع، مارس 1994، ص 37.

la publicité, ni à la radiation du vendeur au registre du commerce, on aboutirait aux résultats suivants. L'acquéreur répondrait des dettes du vendeur, jusqu'à concurrence du prix, en raison du second article, et le vendeur répondrait des dettes commerciales de l'acquéreur en raison du premier.

Cette situation peut être justifiée par l'objectif de chacune de ces deux dispositions. En effet, la solution édictée par l'article 204 du Code de commerce se justifie d'ailleurs pleinement par la raison d'être de la publicité. Celle-ci a été prescrite non dans l'intérêt des cocontractants mais dans celui des tiers et plus particulièrement des créanciers du cédant qui risquent de voir disparaître l'élément le plus important du patrimoine de leur débiteur. Le législateur interdit alors que la cession ne soit définitivement conclue, avant que les créanciers du cédant aient été avertis de cette cession et mis en demeure de s'opposer, s'ils y ont intérêt, au paiement du prix. En revanche, la solution de l'article 61 (nouveau) de la loi de 1995 s'explique moins peut être par le désir de protéger des créanciers que par le désir d'apporter une sanction efficace à l'obligation, pour celui qui cesse d'être commerçant, de se faire radier¹.

407-Dans l'hypothèse d'une location gérance, si le locataire, ayant la qualité de commerçant, doit être immatriculé au registre du commerce², le propriétaire du fonds mis en gérance doit, quant à lui, requérir la radiation de son immatriculation puisqu'il cesse toute activité commerciale. Par ailleurs, s'il reste commerçant, il lui suffit de mentionner la location gérance dans le registre du commerce³. A défaut d'observation de ces formalités de publicité le loueur du fonds de commerce est responsable solidairement avec le locataire gérant.

La responsabilité solidaire du loueur du fonds de commerce n'est pas encourue seulement en cas de défaut de publicité au registre du commerce, elle est encourue également même en cas d'inobservation des formalités de publication du contrat de location gérance prévues à l'alinéa 2 de l'article 231 du Code de commerce. Aux termes de cet article, le contrat de location-gérance doit faire l'objet d'une publication sous formes d'extraits, dans la quinzaine de sa date, dans deux journaux quotidiens dont un

¹ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial, tome 1, op. cit. p. 479.

² Article 231 du code de commerce. Voir supra, p. 49.

L'immatriculation indique les noms, prénoms et domicile du loueur de fonds, les dates du début et du terme de la location-gérance, l'indication que le contrat est renouvelable par tacite reconduction (Article 9 nouveau - B - 7° de la loi du 2 mai 1995).

³ D. GUEVEL, L'entreprise, bien juridique : fonds de commerce et notions voisines, opérations sur fonds et sur titres sociaux, Lyon, éd. Juris-service, 1994, p. 225.

en langue arabe et dans le Journal Officiel de la République Tunisienne. Pour assurer la sécurité des tiers contre une fausse apparence créée par le défaut de publicité du contrat, le législateur a établi une responsabilité solidaire du loueur avec le locataire des dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds¹. Cette solution constitue une sanction du propriétaire destinée à l'inciter à publier davantage le contrat afin d'éviter aux tiers d'être longtemps induits en erreur sur la qualité de l'exploitant du fonds de commerce.

En outre, le loueur qui n'a pas procédé à une telle publication ne peut espérer échapper à la solidarité en invoquant la publication du contrat de location-gérance au registre du commerce, qui lui est également imposé² ou en faisant valoir que le créancier avait connaissance de la mise en location gérance³. L'article 234 du Code de commerce semble écarter définitivement toute considération de la bonne ou mauvaise foi du tiers. Il édicte une garantie légale de paiement pour les créanciers du preneur.

Ainsi, la responsabilité du propriétaire à l'égard des créanciers du gérant peut être engagée éventuellement sur plusieurs fondements⁴. Mais, la règle de l'article 61 (nouveau) alinéa 3 de la loi de 1995 assure une protection efficace à la clientèle du fonds de commerce, en leur permettant de considérer comme toujours responsable des créances de fonds, la personne inscrite au registre du commerce. Il y a toutefois, une hypothèse dans laquelle l'ancien exploitant du fonds échappe à la rigueur de la solution. Il s'agit des cas où le propriétaire du fonds fait succéder à l'ancien locataire gérant un autre locataire ou lorsque après une période de location-gérance du fonds, le propriétaire décide de le céder. Dans ces cas, ni le propriétaire du fonds ni l'ancien locataire gérant ne sont visés par la règle de l'article 61 (nouveau) alinéa dernier : le premier n'est pas un commerçant inscrit et le second, même s'il avait pendant la période de location-gérance la qualité de commerçant et reste toujours inscrit, n'est pas celui qui a cédé le fonds ou celui qui a remis celui-ci en gérance libre. Le droit de ces derniers de se prévaloir de la réalité reste intact.

¹ Article 234 du code de commerce.

² B. BEN MABROUK, "La location-gérance du fonds de commerce", R.J.L. mars 2004, p. 62.

³ Cass. com., 7 février 1992, R.J.D.A., 1992, 111.

⁴ On a étudié deux fondements qui sont : l'article 234 du code de commerce et l'article 61 alinéa 3 de la loi du 2 mai 1995. Cependant, on peut ajouter un troisième fondement : le propriétaire peut rester responsable après la publication du contrat de location-gérance, sur le fondement du droit commun de la responsabilité, s'il a créé et entretenu une confusion entre son exploitation personnelle et l'exploitation du fonds donné en location-gérance. V° D. LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, Paris, 23ème éd., Sirey, 2016, p. 103.

408-Domaine limité de la commercialité absolue du commerçant non radié:

En conclusion, il est admis que le commerçant immatriculé qui a cédé son fonds de commerce ou en a concédé l'exploitation sous forme de location gérance, conserve de manière absolue sa qualité à l'égard des tiers s'il n'est pas radié. Une doctrine française influencée par le droit allemand qui consacre la présomption irréfragable de la qualité de commerçant¹ a pu déduire, par une interprétation extensive d'une disposition similaire², une réponse générale à la question relative à la situation du commerçant non radié. Toutefois, à la différence du droit allemand, cette présomption irréfragable de commercialité n'est applicable que dans les hypothèses particulières de l'article 61 (nouveau) de la loi de 1995: cession ou location gérance. Encore, faut-il préciser qu'elle ne s'applique qu'en ce qui concerne l'obligation aux dettes du successeur. Ce qui signifie que si le débat sur la commercialité était porté sur un autre terrain, par exemple pour savoir si un acte fait par ce vendeur doit être réputé acte de commerce par accessoire, il n'y aurait qu'une présomption simple. En outre, la responsabilité de commerçant non radié ne vaut que pour les "*obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds*"³ et non pour n'importe quelles dettes de ce successeur. Enfin, il faut qu'il s'agisse de créanciers de l'entreprise par opposition aux créanciers de la personne⁴. Toutefois, pour éviter toute discussion sur le fond de problème, un auteur estimait qu'il s'agit d'une sanction ayant pour cause le défaut de radiation⁵.

¹ Supra, p. 110.

² Aux termes de l'article L. 123-8 du Code de commerce français, "*Sans préjudice de l'application de l'article L. 144-7, le commerçant inscrit qui cède son fonds ou qui en concède l'exploitation notamment sous forme de location gérance ne peut opposer la cessation de son activité commerciale, pour se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds, qu'à partir du jour où a été opérée la radiation ou la mention correspondante*".

Cette doctrine déduit aussi la présomption irréfragable de commercialité à l'égard de ceux qui, se trouvant en état de cessation des paiements, ont négligé de se faire radier du registre du commerce. Selon l'article L. 621-15 du Code de commerce français, la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte dans le délai d'un an à partir de la radiation du registre du commerce, si elle est postérieure à la cessation de paiement

³ Article 61 (nouveau) *in fine* de la loi du 2 mai 1995.

⁴ H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p. 351 ; Y. DESDEVISES, "L'incidence du défaut de radiation du registre du commerce sur la qualité de commerçant", JCP, 1975, G, p.2705; C-T BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, op. cit. p. 174.

⁵ Y. DESDEVISES, "L'incidence du défaut de radiation du registre du commerce sur la qualité de commerçant", art. préc., n°8.

B/ L'hésitation de la doctrine française quant à l'origine de la présomption irréfragable de commercialité:

409-Position de la doctrine tunisienne: Elle se contente d'affirmer que le commerçant immatriculé qui ne demande pas sa radiation conserve sa qualité de commerçant¹. Bien qu'elle se réfère à l'article 61 (nouveau) alinéa 3 de la loi du 2 mai 1995 dont les dispositions sont analogues à celles de l'article L. 123-8 du Code de commerce français, elle évite de déterminer le caractère réfréragable ou irréfragable de la présomption de commercialité dans le cas de la non radiation².

410-Quant à la doctrine française, elle affirme généralement que la présomption simple de commercialité qui découle de l'immatriculation³, change en l'occurrence, de nature pour devenir une présomption irréfragable⁴. Quelques auteurs⁵ se sont efforcés de justifier le caractère absolu de la présomption de la commercialité à travers l'étude d'une jurisprudence. Ils estiment que la règle jurisprudentielle ne concernait pas seulement quelques situations particulières – celles de l'associé en nom retiré ou du vendeur du fonds de commerce par exemple – mais fixait de manière générale une condition d'opposabilité de la perte de la qualité de commerçant⁶.

411-La jurisprudence française a un peu hésité⁷ avant de se fixer définitivement. C'est à travers deux arrêts importants de la Cour de cassation rendus le

¹ C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 260 ; N. MEZGHANI, Droit commercial, op.cit., p. 134 ; N. BEN AMMOU, Droit commercial. Les actes de commerce, Les commerçants, Le fonds de commerce, cours photocopié 2006-2007, pp. 89-90.

² Certains auteurs, lorsqu'ils parlent du défaut de radiation utilisent des adjectifs comme "*conséquences non moins rigoureuses*" (N. MEZGHANI, Droit commercial, op.cit., p.131) "*des effets importants*" (C. LABASTIE- DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p.260).

³ Article 123-7 du Code de commerce français.

⁴ A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., p. 257; J. VALLANSAN, "Registre du commerce et des sociétés. Sanctions des règles", JurisClasseur commercial, 2014, fascicule 115, n°22; Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., p. 881; DE JUGLART et IPPOLITO, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 313 ; J. DERUPPE, note sous cass.com. 27 mars 1981, JCP, 1981, II, 10197.

⁵ La plupart se contentent d'affirmer le caractère irréfragable de la présomption de commercialité sans explication. Voir par exemple Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., p. 898.

⁶ Y. DESDEVISES, "L'incidence du défaut de radiation du registre de commerce sur la qualité de commerçant", art. préc., n° 22.

⁷ A l'origine, la preuve de la cessation d'activité commerciale était admise, afin de faire échapper le commerçant inscrit mais retiré à une action en responsabilité aux dettes du successeur (cass. com. 17-2-1959, bull. civ. 1959, III, p. 77). Les décisions ultérieures ont presque toujours dénié, à l'inverse, au commerçant immatriculé le droit d'établir la preuve de l'antériorité de sa retraite, par rapport à la radiation, en affirmant que la présomption qui pesait sur l'assujetti était irréfragable (trib. com. Tours 16-10-1959, RTD com. 1959, p. 919 ; C. A. Orléans 24-5-1960, RTD com. 1960, p. 635). Voir J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 180.

10 février 1970¹ et le 9 février 1971², qu'une jurisprudence paraisse être marquée. Selon ces deux arrêts aux attendus identiques, "*la perte de la qualité de commerçant ne peut être opposable aux tiers qu'à partir de la radiation*"³. La plupart des décisions évoquent dans leurs attendus le caractère absolu de "*la présomption*" ou de "*l'inopposabilité*" qui résulte du défaut de radiation⁴.

412-Les arguments proposés par la doctrine pour justifier la présomption irréfragable de commercialité: Les auteurs se félicitent de manière quasi unanime du caractère irréfragable de la présomption. Pour le justifier ils avancent des arguments divergents.

413-1°/ La présomption irréfragable de commercialité est le résultat d'une immatriculation à bon escient: Certains auteurs⁵ prétendent, en fonction de ces deux arrêts 1970 et 1971, que si le commerçant non radié conserve de façon absolue sa qualité de commerçant à l'égard des tiers, c'est en vertu d'une présomption résultant de l'immatriculation. En décidant que la perte de la qualité de commerçant ne peut être opposée aux tiers avant la radiation, la Cour de cassation française semble donner à une mention au registre du commerce une valeur fondamentale allant dans le sens d'un accroissement du rôle juridique du registre. Ainsi, le commerçant qui ne fait pas opérer sa radiation lorsqu'il cesse le commerce, conserve de façon absolue sa qualité de

¹ Cass. com. 10 février 1970, D. 1970, 442, note A.P. ; RTD com. 1970, p. 504, obs. HOUIN; Rev. sociétés 1970, 459, note HONORAT.

² Cass. com. 9 fév. 1971, Dalloz 1972, 600, obs. JAUFFRET.

³ La cour de cassation dans sa décision du 9 février 1971 avait cassé un arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy qui avait refusé de condamner le vendeur d'un fonds de commerce à payer les dettes commerciales de son successeur parce que les créanciers «étaient parfaitement au courant de la cession». La Cour d'appel avait cru pouvoir invoquer «le principe de bonne foi qui domine l'ensemble du droit français» et rejeter la demande des créanciers du cédant, au motif qu'ils connaissaient la cession intervenue. Cet arrêt, critiquable en ce qu'il introduit une nuance non prévue par la loi (la question de la bonne foi n'est, en règle générale, pas prise en considération) a été cassé par la chambre commerciale de la cour de cassation laquelle précise que la «règle selon la quelle la perte de la qualité de commerçant ne peut être opposée aux tiers qu'à partir de la radiation ne souffre pas la preuve contraire». Malgré la connaissance certaine par les créanciers de la vente du fonds, la cessation d'activité du commerçant ne leur était pas opposable (Nancy 9 mai 1969 ; Gaz. Pal. 1969, 2, 259 ; HOUIN, RTD com. 1969, p.1095; JAUFFRET, RTD com. 1970, p.96.).

⁴ Les expressions les plus couramment utilisées, souvent conjointement employées, sont en résumé les suivantes "*la perte de la qualité de commerçant ne peut être opposable aux tiers qu'à partir de la radiation*" ou (et) "*la présomption de commercialité qui résulte de l'absence de radiation est irréfragable à l'égard des tiers*". J. DELGA, "Observations sur la situation actuelle, au regard du droit commercial, du commerçant personne physique, inscrit au registre du commerce et des sociétés, ayant cessé son activité et non radié", Gaz. Pal. 1985, doct., p. 24.

⁵ P. DIDIER, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 227; E. FORTIS et A. REYGRABELLET, "Les effets juridiques de la publicité légale", in "Publicités légales et informations dans les affaires", Etudes du Centre de Recherche Sur Le Droit Des Affaires, sous la direction de A. SAYAG, p. 139; Y. CHAPUT, note sous cass.com. 6 janvier 1987, Rev. sociétés 1987, p. 414 ; P. LE CANNU, "Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés", art. préc., p. 8.

commerçant à l'égard des tiers. Pour sa part, M. Didier a écrit "*D'une manière générale... l'exigence d'une radiation expresse tend à rendre irréfragable la présomption de commercialité*" résultant d'une inscription ayant correspondu à la réalité¹. Par contre, la présomption reste toujours simple lorsque l'inscrit n'a jamais exercé une activité commerciale ou exploité le fonds de commerce.

En effet, la présomption de commercialité ne peut pas concerner la situation d'un commerçant immatriculé au registre du commerce, ayant cessé son activité et non radié². Avant 1984, la preuve contraire de la qualité présumée de commerçant pouvait être apportée par l'intéressé immatriculé au registre du commerce et des sociétés, mais seulement dans le cas où il démontrait qu'il n'avait jamais exercé le commerce, ce qui excluait celui où il l'avait exercé puis avait ultérieurement interrompu son activité. Dans cette dernière hypothèse, c'est la présomption irréfragable de la qualité de commerçant qui s'applique en l'absence de radiation. Depuis la réforme opérée par le décret du 30 mai 1984 dans son article 64³, la solution semble encore plus rigide : la personne immatriculée ne paraît plus pouvoir renverser la présomption de qualité de commerçant⁴. Et, même s'il est admis qu'elle le puisse encore parce qu'elle n'a jamais exercé le commerce, c'est à la condition qu'elle démontre que les tiers ont eu connaissance de sa véritable situation⁵. Si cette personne a exercé le commerce, la présomption liée à l'absence de radiation est de toute façon irréfragable.

Pour cette doctrine, la solution jurisprudentielle⁶ ne constitue qu'un prolongement exceptionnel par son effet du principe édicté par l'article 41 alinéa 1 du décret du 23 mars 1967 (devenu article 64 du décret du 30 mai 1984, puis article L.123-7 du Code de commerce français). Plus que le défaut de radiation, c'est l'immatriculation prise à bon escient qui serait le fondement de la règle. Si le commerçant conserve de manière absolue sa qualité à l'égard des tiers, malgré la cessation de son activité, c'est en raison d'une inscription justifiée. Il se produirait un

¹ P. DIDIER, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 227

² E. FORTIS et A. REYGROBELLET, « Les effets juridiques de la publicité légale », in « Publicités légales et informations dans les affaires », Etudes du Centre de Recherche Sur Le Droit Des Affaires, sous la direction de A. SAYAG, p. 139.

³ Devenu l'article L. 123-7 du Code de commerce.

⁴ P. LE CANNU, "Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés", art. préc., p. 8.

⁵ A. HONORAT, observation sous cass.com. 6 janvier 1987, Dalloz 1987, sommaire, p. 236 ; J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", art. préc., p.80.

⁶ Arrêts précités: cass.com. 10 février 1970 et cass.com. 9 février 1971.

renforcement de l'effet positif de la publicité : la présomption de commercialité qui pèse sur l'assujetti et que celui-ci peut renverser à l'égard des tiers de mauvaise foi deviendrait, dans des circonstances, irréfragable¹. Il convient, à cet égard, de signaler que cette solution n'est pas formulée explicitement et qu'elle est souvent déduite en fonction de la place de l'étude du défaut de radiation sous la rubrique plus générale "*Effet de l'immatriculation*"². Ses raisons essentielles sont dans le fond fondées plus sur la volonté d'assurer la sécurité des tiers que sur de véritables motivations juridiques³.

Et de là, le caractère irréfragable de la commercialité du commerçant non radié, a été contesté au regard du contenu des textes et de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence⁴. En effet, l'article L.123-7 du Code de commerce français (ancien article 41 alinéa 1 du décret du 23 mars 1967) établit une présomption simple de commercialité⁵. Il ne distingue pas selon que l'immatriculation a été prise ou non à juste titre. Le commerçant retiré et toujours immatriculé n'est pas exclu par cette disposition. Ainsi, l'immatriculation même justifiée à l'origine ne saurait donc engendrer une présomption irréfragable de commercialité à l'égard d'un ancien commerçant ayant cessé son activité. Il s'agit d'une présomption simple qui peut être combattue par le contraire, c'est à dire prouver l'absence de la qualité de commerçant ou sa perte. C'est l'immatriculation qui crée l'apparence de la persistance de cette qualité.

414-2°/ Le défaut de radiation est sanctionné par une présomption irréfragable d'ignorance: D'autres auteurs⁶ estiment que cette jurisprudence se situe dans la ligne de l'évolution historique du registre du commerce, lequel de plus en plus résout au fond certains problèmes juridiques. Ils considèrent que l'article 42 alinéa 2 du décret du 23 mars 1967 (devenu article L. 123-8 du Code de commerce français) instituait une véritable règle de fond qui déroge à l'article 43 (devenu article L. 123-9 du Code de commerce français) admettant l'opposabilité aux tiers, qui en ont eu

¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., p. 151.

² Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., p. 898 ; (S.) PIEDELIEVRE, Droit commercial: actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, Paris, 10ème éd., Dalloz, 2015, p. 113 ; N. MEZGHANI, Droit commercial, op.cit., p. 134...

³ J. DELGA, "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", art. préc., p. 82.

⁴ R. RODIERE et R. HOUIN, Droit commercial, tome 1, op.cit., n° 122; J. DELGA, "Observations sur la situation actuelle, au regard du droit commercial, du commerçant personne physique, inscrit au registre du commerce et des sociétés, ayant cessé son activité et non radié", art. préc., p. 25.

⁵ En effet, selon cet article toute personne physique immatriculée au registre du commerce est présumée avoir la qualité de commerçant, sauf preuve contraire.

⁶ A. JAUFFRET, RTD com. 1971, p.648; Dalloz 1972, p.600; R. HOUIN, RTD com. 1972, p.475; R. HOUIN, RTD com. 1959, p.219; R. HOUIN, RTD com. 1973, p.350.

personnellement connaissance des faits et actes non mentionnés au registre du commerce. Cette interprétation est celle de la Cour de cassation qui a décidé que "*la règle selon laquelle la perte de la qualité de commerçant ne peut être opposée aux tiers qu'à partir de la radiation ne souffre pas la preuve contraire*"¹. Le renforcement de la présomption de la qualité de commerçant est généralement interprété comme une sanction de la négligence de l'immatriculé, pour ne pas s'être fait radier alors qu'il avait cessé son activité². "*Effectivement, cette solution est sévère, puisqu'elle soumet une personne qui n'accomplit plus d'actes de commerce au régime juridique des commerçants. Mais, la publicité prévaut ici sur le fond du droit, parce qu'il importe de sécuriser les tiers en leur permettant de se fier aux informations publiées*"³.

Il en découle que "*c'est l'effet négatif de la publicité légale qui est consolidé : le défaut d'accomplissement des formalités de radiation crée une présomption d'ignorance par les tiers de la réalité (la cessation de l'activité de l'inscrit)*"⁴. Or, il est admis que "*ce qui est présumé avec une telle force, ..., ce n'est pas tant la qualité formelle de commerçant qui résulterait d'une immatriculation par référence à l'article 41 (devenu article L. 123-7) que le maintien de la condition initiale de celui qui s'inscrit*"⁵. En ce sens, dans le cadre de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1970, la condition d'associé en nom collectif dont la qualité de commerçant n'est incontestablement pas engendrée du fait de l'inscription au registre et censée plus précisément être conservée, comme celle d'entrepreneur d'une exploitation commerciale déterminée dans celui de l'arrêt du 9 février 1971.

L'impossibilité d'opposer la retraite à défaut de radiation n'est donc qu'une solution publicitaire édictée dans un souci de protection des tiers en leur garantissant la véracité des données contenues dans le registre, alors qu'elle sanctionne sévèrement le commerçant qui s'est dérobé à son devoir de publier. Le caractère irréfragable ne peut s'expliquer que par le souci d'inciter les intéressés à opérer sans tarder les radiations,

¹ Arrêt du 9 février 1971, Gazette de Palais 1971, I, 358.

² P. DIDIER, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 227.

³ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Les effets juridiques de la publicité légale", in Publicités légales et informations dans les affaires, Etudes du Centre de Recherche Sur Le Droit Des Affaires, sous la direction de A. SAYAG, p. 140.

⁴ C-T BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, op. cit. p. 174.

⁵ J. DELGA, "Observations sur la situation actuelle, au regard du droit commercial, du commerçant personne physique, inscrit a registre du commerce et des sociétés ayant cessé son activité et non radié", art. préc., spéc. p.25.

afin d'avoir un registre du commerce à jour¹. L'expérience française avait montré, sous l'empire des textes primitifs sur le registre du commerce, que l'absence fréquente de radiation était un grave défaut de l'institution et rendait tout à fait trompeurs les renseignements fournis par elle².

415-Critique: Néanmoins cette sanction reste tout de même rigoureuse du fait que cette inopposabilité par ses effets absolus, dérogeant aux règles ordinaires³. Elle fait totalement abstraction de la bonne ou mauvaise foi du tiers⁴ et en cela elle s'éloigne des solutions traditionnelles et principales du droit en général et des règles relatives au registre du commerce plus particulièrement. Faudrait-il alors, admettre que cette présomption puisse être renversée en cas de mauvaise foi du tiers. Cette solution aurait le mérite de toujours protéger les tiers de bonne foi et d'établir un exact parallélisme entre les forces des présomptions résultant de la publicité.

Comme toute formalité d'inscription au registre du commerce, la radiation devrait avoir pour objectif de protéger les tiers contre la fausse apparence. Ainsi, la présomption d'ignorance engendrée par le défaut de radiation est simple. Le tiers de bonne foi peut se prévaloir de la perte de la qualité de commerçant, s'il est de son intérêt, en portant la preuve de la cessation totale de toute activité. A cet égard, une lecture intégrale de la loi relative au registre du commerce nous permet d'indiquer nettement afin d'éviter toute équivoque l'origine même de la présomption d'ignorance. Le défaut de mention de la cessation d'activité est seul en cause.

III/ La société en sommeil: élargissement du domaine de la société fictive.

416-Le phénomène des sociétés en sommeil: La notion d'activité qui revêt dans la loi relative au registre du commerce une importance cruciale, a un rôle considérable à

¹ A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., n° 38; R. RODIERE et R. HOUIN, Droit commercial, tome 1, op.cit. ; Dalloz ; n° 121 ; p. 112 ; P. DIDIER, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 227.

² A. JAUFFRET, JCP, 1945, I, 472, n°2 ; R. SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°3.

³ J. DELGA, "Observations sur la situation actuelle, au regard du droit commercial, du commerçant personne physique, inscrit au registre du commerce et des sociétés, ayant cessé son activité et non radié article précité", art. préc., p. 25.

⁴ Une doctrine estime que l'obligation aux dettes de successeur sanctionne purement et simplement, l'absence de radiation, sans tenir compte de la mauvaise foi du créancier. J. DUCLOS, L'opposabilité, op.cit., n°425, p.436; C.-T. BARREAU-SALIOU, op.cit., n°257, p.174; Cass. com. 9 fév. 1971, Dalloz 1972, 600, obs. JAUFFRET, p. 601.

l'égard de la personnalité juridique d'une entreprise¹; l'on comprend ainsi les dispositions de l'article 25 du Code des sociétés commerciales "*La société est dissoute de plein droit par l'extinction de l'objet social*". A cet égard, se pose le problème de société en sommeil surtout qu'il est souvent déclaré que le simple fait de mettre en sommeil une société ne contredit pas la possibilité de réaliser ultérieurement l'objet social et que cette situation ne saurait constituer une cause de dissolution².

Le phénomène de ses sociétés inactives³, appelées encore sociétés dormantes, en veilleuse ou en attente d'emploi⁴ n'est pas nouveau. Ainsi, dans l'Allemagne de l'entre-deux-guerres, la pratique de l'achat de la totalité des actions d'une société anonyme avait souvent pour seul but l'acquisition d'un "*moule social*" préexistant, afin d'éviter les difficultés et frais consécutifs à une constitution de société nouvelle⁵. De la même façon dans l'Italie d'avant 1942, alors que des réformes s'annonçaient, laissant présager un renchérissement des coûts de constitution, on formait des sociétés, véritables "*enveloppes vides*", en attendant que quelqu'un ait intérêt à en disposer⁶. Actuellement, cette pratique se généralise pour faire partie de la pratique de la vie des affaires. Toutefois, la variété des types de sociétés inactives⁷ rend leur approche délicate.

417-Caractère fictif de la société en sommeil: l'application de la notion de société fictive⁸: Si les sociétés en sommeil apparaissent dans l'ensemble comme une

¹ J. PAILLUSSEAU, "Le droit moderne de la personnalité morale", art. préc., p. 713, note 39.

² La question de ces sociétés sans activité s'est posée en France, à la suite d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, (Cass. com., 17 janvier 1977, JurisData n° 1977-097015 ; JCP, 1978, II, 12653 ; Revue sociétés 1978, p. 479 ; Gaz. Pal. 1978, 2, jurisprudence. p. 519, note J. GUENOT; Dalloz 1977, inf. rap. p. 311, obs. J.-Cl. BOUSQUET). Elle a fait l'objet de plusieurs études: voir notamment: BOULOC, "La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce", art. préc., p. 419; P. DIENER, "Un abus de la personnalité morale : la société en sommeil", in Dix ans de droit de l'entreprise, Paris, Litec 1978, p. 81; J. G., "La mise en sommeil d'une société est-elle la cause d'une dissolution ?", Petites Affiches, 31 août 1979, n° 101; G. NOTTE, "Les sociétés en sommeil", JCP, 1981, G, p.3022.

³ Les raisons de l'inactivité sont ici très nombreuses et sans parenté les unes par rapport aux autres. Voir F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p.130, n°245.

⁴ J. Cl. GOURGUES, JCP, 1976, II, 12258.

⁵ A. GRISOLI, "Les sociétés d'une seule personne en droit comparé", art. préc., p.361 et suiv.

⁶ P. DIENER, "Un abus de la personnalité morale. Les sociétés en sommeil", art. préc., p. 84.

⁷ Elles se répartissent en deux groupes distincts. Il y a d'abord, les "*sociétés infantiles*" qui sont mises en veilleuse dès leur création, qui naissent "*endormies*". Elles sont régulièrement conçues et immatriculées mais sans activité, qui ne sont que des "*tiroirs*" ou "*coquilles*" vides en attente d'emploi. Il y a ensuite, les "*sociétés séniles*" qui ont eu une activité mais qui l'ont cessée et sont devenues ainsi inactives

⁸ Telle que définie supra, p. 338 et suiv.

technique d'organisation de l'entreprise non condamnable en tant que telle¹, il n'en reste pas moins qu'elles constituent, en droit strict, une anomalie juridique. En effet, l'immatriculation d'une société mise en sommeil ou créée en sommeil génère l'apparence du respect des règles du droit des sociétés. Elle confère une personnalité apparente. Il suffit pour s'en assurer de constater, selon certains auteurs, l'inexistence de la société². Dans une société en sommeil, qui n'est que structure vide, les prétendus associés ne sont nullement animés par *l'affectio societatis*: l'absence d'une réalisation d'un objet social ne permet pas d'y caractériser l'union dans un but commun puisqu'il n'y a pas d'objet réel³. Cependant, monsieur P. DIENER voit dans ce type de société une illustration d'un abus de personnalité morale⁴. Par ailleurs, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que le "*maintien de la société est artificiel*"⁵ ce qui mène à dire que sa personnalité morale est fictive. Assurément, le maintien artificiel de la personnalité morale d'une société assurée par le maintien de l'immatriculation est regrettable du point de vue des schémas traditionnels du droit des sociétés; une société est créée pour s'insérer dans le tissu économique et non pour avoir une existence purement "*nominale*"⁶. Une activité fonctionnelle, réduite à néant car en sommeil, constitue une anomalie dans le sens où cela paraît contraire à la norme : une société n'est pas faite pour ne pas fonctionner ; l'inertie n'est pas la norme.

¹ Dans cette hypothèse, la société en sommeil exprime, selon la théorie de PAILLUSSEAU, l'idée de la société conçue comme une technique juridique destinée à doter l'entreprise d'une existence et d'une organisation juridique (J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme*, op.cit.). C'est essentiellement dans les groupes et les banques d'affaires que l'on trouve des sociétés régulièrement constituées et immatriculées au registre du commerce, mais sans activité réelle : leur objet social, très large, leur permet d'accueillir toute opportunité sans que le lancement de leur activité soit entravé par des procédures administratives ou des délais plus ou moins longs (G. NOTTE, "Les sociétés en sommeil", art. préc., n°4; C.A. Paris, 9e ch. 19 février 2007, JurisData n° 2007-329889 ; Dr. sociétés, 2007, comm. 142, note R. SALOMON; RJDA 12/2007, n° 1250).

Cette opinion a été critiquée par un auteur qui a pu constater, ici, un renversement de la chronologie: désormais la société existe avant l'entreprise sociale. S'il est admis que l'entreprise sociale précède la société et, même lorsque l'entreprise sociale est créée simultanément, il est difficile qu'elle ne lui soit pas antérieure, au moins de façon embryonnaire, la société en sommeil constitue une "*véritable coquille dans laquelle l'entreprise va se glisser comme dans un vêtement*". Voir P. DIENER, "Un abus de la personnalité morale. Les sociétés en sommeil", art. préc., p. 95.

² M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, op.cit., n°80, p.68; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, op.cit., n°135 et p.116; R. HOIN et F. GORE, "La réforme des sociétés commerciales", *Dalloz* 1967, chron. 121, n°155 et suiv.

³ A cet égard, on estime, que si les apports ne sont pas réalisés ou si les bénéfices ne sont pas recherchés et partagés, c'est bien parce que les parties n'ont pas eu l'intention véritable de s'associer. Et même si les apports sont effectués, ils ne sont pas réellement destinés à former un capital social pour la bonne et simple raison que la société créée en sommeil n'a aucun objet effectif, au sens de la spécialité statutaire comme au sens de la spécialité légale puisqu'elle n'est pas constituée pour rechercher des bénéfices.

⁴ P. DIENER, "Un abus de la personnalité morale. Les sociétés en sommeil", art. préc., p. 83 et suivantes.

⁵ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, l'arrêt rendu le 22 septembre 2011, cité par Y. CHAPUT, "Absence de dissolution d'une société en inactivité à l'objet statutaire réalisable", *Rev. sociétés* 2013, p. 283, n°5.

⁶ P. DIENER, "Un abus de la personnalité morale. Les sociétés en sommeil", art. préc., n°6, p.85.

418-L'extension de la notion de société fictive en cherchant la relation entre l'activité et la personnalité morale: Les rapports entre la personnalité morale et l'activité sont extrêmement puissants. Cette dernière conditionne la reconnaissance d'une personne morale qui en est l'émanation juridique. Certains textes de loi font référence, plus au moins directement, à l'activité des personnes morales. Une société a pour vocation naturelle de participer à la vie économique. Cette évidence ressort de la définition donnée du contrat de société par les articles 1249 du Code des obligations et des contrats et 2 du Code des sociétés commerciales. Aux termes de ce dernier article "*La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter en commun leurs apports, en vue de partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui pourraient résulter de l'activité de l'entreprise*". Il en ressort que le législateur tunisien, contrairement à son homologue français qui s'est référé indirectement à l'activité des personnes morales en mentionnant "*l'entreprise commune*"¹, a franchit le pas et cite directement l'activité de la personne morale. De même, l'article 439 (nouveau) du Code des sociétés commerciales définit le Groupement d'Intérêt Economique en disposant que son "*activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci*".

La loi n°95-44 du 2 mai 1995 fait également état de l'activité des sociétés assujetties à l'immatriculation au registre du commerce. L'article 11 (nouveau)-A-5° exige pour demander l'immatriculation de la société la mention des "*activités principales*" de celle-ci. Dans ce cas, on peut supposer que sauf cas de fraude, l'activité mentionnée dans la demande d'immatriculation existe bel et bien. Si elle n'existait pas, il serait au contraire impossible d'en faire mention: la demande d'immatriculation ne pouvant aboutir, la naissance de la personnalité morale ne se produirait pas. Le lien établi, ou du moins celui que les rédacteurs du texte ont voulu établir, entre l'exercice d'une activité et l'acquisition de la personnalité morale est ici très net².

¹ Aux termes de l'article 1832 du Code civil français "*la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter...*". La notion d'entreprise commune employée par cet article renvoie à la notion d'activité. L'examen des travaux préparatoires de la loi du 11 juillet 1985 ne laisse aucun doute sur ce point. Cette interprétation est confirmée par l'article 1er de l'ordonnance du 23 septembre 1967 portant création du Groupement d'Intérêt Economique disposant que "*son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci*".

² F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p.122, n°225.

419-La théorie de PAILLUSSEAU: la personnalité morale, technique d'autonomisation d'une activité¹: L'octroi de la personnalité morale suppose ainsi, l'exercice d'une activité par celui à qui elle est accordée. Dans son article intitulé "*Le droit moderne de la personnalité morale*", monsieur PAILLUSSEAU conduit une réflexion très profonde sur les personnes morales. Après avoir fait état des dernières modifications législatives en la matière qui rendent obsolètes les conceptions traditionnelles de la personnalité morale, il propose une nouvelle définition "... *la personnalité morale est fondamentalement une technique d'autonomisation, d'individualisation et de personnalisation d'une action, d'une opération; en bref d'une activité, dont la notion est conçue d'une manière très large, et dont la légitimité est établie*"². En effet, la personnalité morale naît de la nécessité de rattacher toutes les opérations auxquelles donnent lieu la conduite de l'action ou l'exercice de l'activité à une personne, autre que les membres de la société. Elle permet une affectation directe des moyens nécessaires à la conduite de l'activité³.

420-La société fictive et le maintien artificiel du fonctionnement interne de la société en sommeil: La société en sommeil sera donc, fictive. Elle n'a aucune vie réelle, même si ses instigateurs s'astreignent à respecter scrupuleusement les obligations légales et réglementaires. En effet, quoi qu'il arrive, l'administration interne de la société doit continuer de s'exercer normalement: les réunions des conseils et assemblées générales, le contrôle des éventuels commissaires aux comptes, sont maintenus⁴ et l'établissement annuel des comptes sociaux s'impose⁵. Sur le plan fiscal, les documents annuels concernant les impôts directs devront être établis de façon identique aux années antérieures⁶. Pour monsieur DIENER, le respect par les dirigeants de ces dispositions impératives du droit des sociétés "*demeure purement formel et ne correspond à aucune réalité profonde*"⁷. Les organes ne siègent pas, car ils n'existent pas réellement. Ce juriste s'est même demandé quel est le rôle exact du commissaire aux comptes: remplit-il sa mission, telle que le législateur l'entend, en se cantonnant à l'examen de la

¹ J. PAILLUSSEAU, *Le droit moderne de la personnalité morale*, art. préc., p.705 et suiv.

² *Ibid.*, p.705 et suiv, spécialement n°46.

³ *Ibid.*, n°32 et 33.

⁴ G. NOTTE, "*Les sociétés en sommeil*", art. préc., n°7.

⁵ F-X. VINCENSINI, *La commercialité*, op.cit., p.131, n°250.

⁶ *Le Manuel Permanent du Droit des Affaires Tunisien*, Octobre 2011, p.16.

⁷ P. DIENER, "*Un abus de la personnalité morale. Les sociétés en sommeil*", art. préc., n°18, p.90.

régularité formelle, en certifiant la régularité et la sincérité des comptes sociaux à la fin de chacun des exercices fictifs? "Il est permis d'en douter"¹.

421-Il en découle que dans le cadre d'une société en sommeil, les fondateurs peuvent choisir de former une société purement fictive afin de disposer d'une structure dotée de la personnalité morale qui puisse leur permettre de réaliser certaines opérations futures. Dans la préparation du montage, ils constituent une société et procèdent à son immatriculation ce qui permet de disposer, à tout instant, de personne morale prête à tout emploi. Ce montage juridique a été échafaudé pour faire échec aux lois, pour dissimuler la réalité. En effet, cette société n'a aucun objet réel, elle n'est nullement constituée en vue d'une entreprise ayant une quelconque activité. Que l'objet statutaire soit rédigé avec une imprécision exemplaire ne saurait surprendre quand on sait que la société n'est qu'une coquille, un moule vide en attente d'une activité non encore déterminée ni déterminable. La société en sommeil pourrait être, aussi, une société frauduleuse si le but est de contourner une législation d'ordre public². En revanche, le sort des sociétés qui n'ont plus d'activité pour quelque raison que ce soit et partant, la question de leur dissolution, est plus délicat à cerner, en raison surtout des dispositions réglementaires qu'imposent la mention au registre du commerce de la cessation totale d'activité, même en l'absence de dissolution et prévoient la possibilité de sa radiation d'office.

¹ Ibid., n°20, p.91.

² Monsieur DIENER, dans son article précité, a donné des exemples de fraudes possibles au moyen de sociétés en sommeil. Plusieurs sociétés en sommeil sont utilisées à des fins de fraudes fiscales, comme les sociétés dites "taxis", qui permettent soit d'augmenter les déductions en matière de TVA, au moyen de factures représentant des ventes fictives, soit de diminuer les bénéfices frappés d'impôt sur le revenu des personnes physiques ou d'impôt sur les sociétés, au moyen de chèques remis fictivement en paiement à des sociétés tout aussi fictives (Voir à ce propos, J. COSSON, "Les délits en matière de banques et d'établissements financiers", Rev. science criminelle, 1973, p.1 et suivantes; C. PENNERA, "Les sociétés relais et l'évasion fiscale internationale", JCP, CI, 1975, II, 11315; P. DIENER, "La "défiscalisation" par entreprises fictives dans les DOM", Dalloz 1992, chron. p. 181.

Paragraphe 2: Le défaut de mention de la cessation d'activité crée l'apparence.

422-Obligation d'inscription de la cessation d'activité: le principe de la tenue à jour du registre du commerce¹ exige que des inscriptions modificatives soient portées au registre dans tous les cas où la situation de l'assujetti subit des modifications exigeant rectification ou complément des énonciations portées au registre. Doivent être déclarés au greffe une série d'événements parmi lesquels la cessation totale d'activité qui, aux termes des articles 17 et 22 de la loi du 2 mai 1995, doit être mentionnée au registre du commerce. Le législateur tunisien, à l'instar de son homologue français, a aussi instauré un système assez performant permettant de mentionner au registre du commerce les cessations d'activité qui n'ont pas été déclarées. Le greffier informé de la cessation d'activité, doit rappeler à la personne immatriculée récalcitrante *"par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit"*², les dispositions lui faisant obligation de demander une inscription modificative. Si l'administration des postes retourne cette lettre avec une mention informant que la société n'exerce plus son activité à l'adresse indiquée, le greffier mentionne d'office la cessation d'activité³. Procéder à cette formalité d'inscription sur déclaration ou d'office devrait être le premier pas vers une procédure de radiation d'office accélérée.

423-La multiplication des cas de radiation d'office: La loi du 2 mai 1995 s'est tout particulièrement efforcée d'améliorer l'information des tiers après une cessation d'activité grâce notamment à des procédures de radiation d'office⁴. Ces procédures sont variées. D'abord, le greffier radie d'office, de sa propre initiative et sans intervention

¹ Ce principe est posé pour l'entreprise individuelle dans l'article 16 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 disposant que *"Toute modification au registre du commerce rendant nécessaire une rectification ou une adjonction aux énonciations prévues aux articles 9 et 15 précités doit, dans le délai de quinze jours à compter de la survenance de ces modifications, faire l'objet d'une demande d'inscription modificative par le commerçant ou, en cas de décès par les personnes mentionnées au paragraphe (6) de l'article 17".* Il est aussi posé pour une entreprise sociétaire dans l'article 21 (nouveau) de la même loi aux termes duquel *"Toute personne morale immatriculée doit demander une inscription modificative, dans les quinze jours de tout fait ou acte juridique rendant nécessaire, la rectification ou le complément des énonciations prévues aux articles précédents"*.

² Article 38 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

³ L'article 38 (nouveau) ajoute que *"Lorsque le greffier est informé par une autorité administrative ou judiciaire que les mentions relatives au domicile personnel ou à l'adresse de correspondance ne sont plus exactes, il mentionne d'office ces modifications au registre du commerce et en avise immédiatement l'assujetti à la nouvelle adresse par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit"*.

⁴ R. DE LA HAYE et E. REGNARD, "Les radiations d'office au registre du commerce: Nouvelles diligences incombant au greffier en cas de cessation d'activité", *Gaz. Pal.*, 1979, doct., p.464.

judiciaire, tout commerçant ayant mentionné la cessation totale de son activité commerciale¹ ou décédé depuis plus d'un an² et toute société qui n'a pas repris son activité au terme d'un délai de trois ans³. Aussi, il radie d'office la personne qui n'a pas régularisé sa situation après une mention d'office de la cessation d'activité⁴. Ensuite, et par application de l'article 39 (1°) de la loi du 2 mai 1995, il procède d'office à cette formalité suite à des décisions judiciaires passées en force de chose jugée ou d'une décision administrative exécutoire qui frappent la personne inscrite d'une interdiction d'exercer une activité commerciale⁵. Enfin, une radiation d'office peut avoir lieu suite à la clôture d'une procédure collective. L'article 40 de la loi du 2 mai 1995 précise, dans son premier alinéa, le cas de "*la clôture d'une procédure de règlement judiciaire en cas*

¹ Selon l'article 40-3° de la loi du 2 mai 1995, le greffier procède à la radiation de tout commerçant au terme d'un délai d'un an après la mention au registre de la cessation totale de son activité.

² Lorsque les héritiers ont fait mentionner le décès au registre du commerce (Article 17 (6°) de la loi du 2 mai 1995), la radiation est effectuée d'office par le greffier un an après cette date, à défaut par les héritiers d'avoir demandé la prorogation de l'immatriculation par mention modificative, renouvelable annuellement. Dans ces cas, la radiation intervient dans le délai d'un an à compter de la mention de la déclaration ou de son renouvellement ; une notification est faite à l'exploitant avec invitation d'avoir à requérir son immatriculation personnelle (l'article 39 (2°)).

³ L'article 40 de la loi du 2 mai 1995 dispose que "*Est radié d'office tout commerçant ou personne morale: 4 - A l'issue de la procédure ci après décrite : lorsque le greffier qui a procédé à l'immatriculation principale d'une personne morale pouvant faire l'objet d'une dissolution constate, au terme d'un délai de trois ans après la mention au registre de la cessation totale d'activité de cette personne, l'absence de toute inscription modificative relative à une reprise d'activité, il adresse au siège social de la personne morale une lettre recommandée le mettant en demeure d'avoir à respecter les dispositions relatives à la dissolution et l'informant qu'à défaut de réponse dans un délai de trois mois, il procédera à la radiation. La radiation est portée par le greffier à la connaissance du ministère public auquel il appartient éventuellement de faire constater la dissolution de la personne morale*".

⁴ En réalité, l'article 38 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 n'a pas prévu expressément cette solution. Mais, on ne voit pas pourquoi l'information de cessation d'activité qui parvient au greffier ne permettrait pas le déclenchement de cette procédure. Quant au droit français, il a consacré expressément cette solution. Selon l'article R. 123-136 du Code de commerce français, lorsque le greffier a porté d'office au registre une mention de cessation d'activité dans les conditions susmentionnées, il radie d'office la personne qui n'a pas régularisé sa situation, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de l'inscription de cette mention. Rappelons que si cette mention a été portée sur la foi de renseignements qui se révèlent erronés, le greffier rétractera son inscription sur simple demande de l'assujetti (Article R. 123-137 du Code de commerce français).

⁵ L'interdiction résulte de plein droit de certaines condamnations sans qu'il y ait à distinguer suivant que la condamnation prononcée a été ou non assortie du sursis. Ainsi, la personne frappée de faillite personnelle ou condamnée pour faux en écriture, vol, abus de confiance, escroquerie, se voit-elle interdire l'exercice du commerce. L'interdiction d'exercer le commerce peut même être encourue d'une manière automatique même si le jugement ne le mentionne pas. Dans ces cas, il entraîne de plein droit la radiation d'office sans avoir à être prononcée par le jugement qui les entraîne et le juge du registre du commerce n'est investi d'aucun pouvoir d'appréciation.

d'empêchement au maintien de l'entreprise en activité"¹ qui signifie l'impossibilité de redresser l'entreprise et donc la prononciation du jugement de la faillite ou de liquidation judiciaire faisant l'objet de l'alinéa 2 du même article².

424-Par ailleurs, il est montré qu'aucune symétrie ne peut s'installer entre l'effet de l'immatriculation et celui de la radiation³. En d'autres termes, la radiation n'a pas pour conséquence la perte de la qualité de commerçant ni l'extinction immédiate de la personnalité juridique⁴. Aussi, est-il nécessaire d'opérer la distinction entre cessation d'activité d'une entreprise individuelle (I) et cessation d'activité d'une entreprise sociétaire (II).

I/ Le défaut de la mention de la cessation crée l'apparence de la commercialité:

425-*Position du législateur allemand:* Le Code de commerce allemand, invoqué par les auteurs français pour justifier le renforcement absolu des effets de l'immatriculation, ne paraît pas pour autant vouloir édicter une règle aussi impérative en matière de défaut de radiation d'un commerçant inscrit et retiré. En cas de vente d'un fonds de commerce, comme la location gérance, la doctrine germanique estime que "*le cédant (ou le bailleur) qui aura pu établir la connaissance de la cession (ou de la*

¹ Dans ce cas, une précision terminologique doit être faite puisque cette expression ne figure pas dans le livre IV du Code de commerce relatif aux procédures collectives. La notion "*clôture de procédure*" désigne généralement toute "*décision du tribunal qui met fin à une procédure collective*" (<http://www.infolegale.fr/definitions.html>). Ainsi, lors d'un redressement judiciaire, le jugement de clôture sera prononcé, soit par extinction du passif quand le débiteur règle immédiatement ses dettes, soit de fait, lors de l'adoption du plan de continuation. Le tribunal de première instance de Sfax a déclaré dans son jugement n°4774 daté du 23 octobre 2007 que l'absence de toute disposition juridique n'empêche pas la prononciation d'un jugement de clôture de procédure de redressement lorsque le débiteur a honoré à toutes ses obligations.

منصف الكشور، المرونة والواقعية في الانقاذ، قراءة في قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، 2011، ص 111.
Par conséquent, le jugement de clôture de procédure de règlement judiciaire ne peut aboutir à une radiation d'office car il n'est prononcé que si la procédure de redressement a réalisé ses objectifs à savoir "*aider les entreprises qui connaissent des difficultés économiques à poursuivre leur activité, à y maintenir les emplois et à payer leurs dettes*" (article 415 du Code de commerce).

² Selon cet alinéa, tout commerçant doit être radié d'office à compter de la clôture d'une procédure, soit de faillite ou de liquidation des biens pour insuffisance d'actif ou dissolution de l'union des créanciers, soit par un concordat avec abandon total de l'actif par le failli.

Par ailleurs, un autre cas de radiation était ajouté par la loi relative au redressement des entreprises en difficulté (article 39 de la loi). Si le tribunal, statuant sur la demande du règlement judiciaire, a constaté que le débiteur qui ne peut être redressé a cessé son activité, il ordonne sa radiation "*sans que cela ne fasse obstacle à l'application des règles de faillite à son encontre*". A cet égard, la question s'était posée de savoir quelle sera l'utilité d'un tel déclenchement de procédure de faillite si l'entreprise a disparue suite à sa radiation ? Face à cette difficulté la loi n°2016-36 du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives n'a pas été repris par ce cas de radiation ordonnée.

³ B. BOULOC, "La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce", art. préc., p.419 et suiv.

⁴ Concernant la perte de la personnalité morale, voir les références citées dans la note 3, p. 286.

location) intervenue mais non publiée, de la part des tiers créanciers, sera en droit d'éluder pour ce motif sa responsabilité". Cette solution n'est qu'une application à une circonstance particulière d'une disposition plus générale prévue par l'article 15 alinéa 1 H.G.B. selon laquelle "tant qu'un fait à enregistrer n'a pas été inscrit et publié, celui dans l'intérêt duquel cette inscription devait être faite, ne peut l'opposer aux tiers, à moins que ces derniers n'en aient eu connaissance". Le commerçant allemand pourrait donc, opposer à défaut de radiation, la cessation de son commerce à ceux qui en avaient en fait connaissance.

426-La consécration du principe d'inopposabilité par le droit tunisien: Le législateur tunisien a consacré aussi, dans l'article 62 de la loi du 2 mai 1995, le principe d'opposabilité des "faits et actes sujets à mention" à partir de leur inscription au registre du commerce. Partant d'une disposition similaire à savoir l'article L. 123-9 du Code de commerce français, une certaine doctrine française¹ estime qu'elle consacre un principe général susceptible de régir les conséquences du défaut d'inscription. En effet, les destinataires de la règle sont en réalité tous ceux qui sont assujettis à faire publier les faits et actes de leur activité commerciale et non pas seulement les "personnes assujetties à l'immatriculation"². Ainsi, le commerçant retiré du commerce peut opposer la cessation de son activité s'il l'a mentionnée au registre du commerce, même s'il n'a pas effectué sa radiation. Cette pensée peut être vérifiée à travers certains articles:

427-1°/ L'article 220 du Codes des obligations et des contrats relatif au transfert des dettes et des créances relatives à un fonds de commerce³ confirme cette interprétation. Leur transmission dépend du fait de savoir si le cessionnaire continue ou non l'exploitation sous l'ancien nom ou raison sociale. Elle suppose au préalable

¹ Pour A. HONORAT, les dispositions de cet article sont suffisamment générales pour pouvoir être invoquées dans toutes les situations non prévues par un texte spécial (Revue sociétés 1970, p. 461) ; Y. DESDEVISES, "L'incidence du défaut de radiation du registre du commerce sur la qualité de commerçant", art. préc., n°29.

² Cette expression employée par l'article 62 de la loi du 2 mai 1995 signifie a priori que ce texte ne peut être utilisé par celui qui entend établir qu'il n'est plus commerçant et par là même qu'il n'est plus à proprement parler assujetti.

³ Admettant la transmissibilité de plein droit des dettes nées de l'exploitation du fonds de commerce, ce dernier semble consister en un patrimoine d'affectation. Voir S. MELLOULI, "Y-a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien", art. préc., p. 9.

l'accomplissement de "*la publicité usitée dans le commerce (qui) tient lieu, vis-à-vis des tiers, de la signification prescrite à l'article 205*"¹.

Selon cet article, lorsque le fonds de commerce est cédé, le cessionnaire est de plein droit² tenu des obligations de son cédant découlant de l'exercice de l'activité commerciale, lorsqu'il continue l'exploitation du fonds de commerce sous le même nom commercial. Encore faut-il que le tiers soit informé de la cession du fonds de commerce par l'accomplissement de "*la publicité usitée dans le commerce...*". La jurisprudence tunisienne³, affirme que le tiers doit être informé par les publications faites au Journal Officiel de la République Tunisienne et au journal quotidien conformément aux dispositions de l'article 191 du Code de commerce. Cependant, inspiré du droit allemand, on estime que l'article 220 du Code des obligations et des contrats renvoie à la loi du 2 mai 1995 qui exige la mention de la cession du fonds de commerce au registre du commerce. En effet, les mentions portées au registre du commerce se substituent à la formalité de signification prévue par l'article 205 du Code des obligations et des contrats⁴.

En Allemagne, l'inscription au registre du commerce "*permet d'assurer la perpétuité de la firme*"⁵. C'est une conception spécifiquement allemande⁶ qui permet de conférer à l'acquéreur ou cessionnaire d'un fonds de commerce le droit de continuer

¹ Article 220 du Code des obligations et des contrats.

² A l'exception d'une convention contraire qui n'aura d'effet "*vis-à-vis des tiers que si elle a été personnellement notifiée aux tiers par le cessionnaire ou par le cédant*" (article 220 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats).

³ C.cass., arrêt n° 4918 du 28 décembre 1981, Bulletin civil 1981, tome 4, p. 300. Cette affaire est relative à l'obligation de la notification du bailleur de la cession du droit au bail dans le cadre d'une cession d'un fonds de commerce. Le droit que le locataire, vendeur du fonds de commerce, tient de son bail est un droit de créance qui doit être analysée comme une cession de créance. En l'occurrence, le locataire créancier de la jouissance des lieux peut transmettre son droit au cessionnaire (article 33 de la loi n° 77-37 du 25 mai 1977, J.O.R.T. n°38, p. 1433). Selon l'article 220 COC, le droit au bail qui est en fait un droit de créance est transmis de plein droit à l'acquéreur du fonds. Ce dernier doit procéder à la publicité usitée dans le commerce et non à la signification prévue par l'article 205 COC.

Voir dans le même sens : C.cass., arrêt n°7848 du 6 décembre 1982, R.J.L. 1983, n°7, p. 65; C.cass., arrêt n°4178 du 10 mars 1982, Bull C. cass. 1982, tome 2, p. 143.

⁴ Article 205 du Code des obligations et des contrats "*Le cessionnaire n'est saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par ce dernier dans un acte ayant date certaine, sauf le cas prévu aux articles 219 et 220 ci-dessous*".

⁵ M.R. DE LA HAYE, Le registre du commerce : son rôle actuel en droit français, thèse précitée, p. 18.

⁶ Incontestablement, la "*firma*" constitue l'une des pièces maîtresses du droit commercial allemand (HGB) qui englobe, sous ce vocable unique, la variété terminologique française de nom commercial, de raison sociale ou de dénomination sociale, respectivement pour les commerçants personnes physiques et les sociétés commerciales. Selon l'article 17 "*la firma d'un commerçant est le nom sous lequel il exploite ses affaires dans le commerce et sous lequel il signe. Tout commerçant peut ester en justice sous sa firma, comme demandeur ou comme défendeur*". Voir sur la notion de "*firma*", M. KOVARIK, "Contributions à l'étude du droit allemand des sociétés commerciales : Qualité de commerçant, La « Firma », Registre du commerce", Rev. sociétés 1973, pp. 254.

l'exploitation sous la firme de son prédécesseur¹. Dans le cadre de la cession intervenue, et qu'il faut publier, deux situations peuvent se présenter. *D'une part*, l'acquéreur choisi de poursuivre l'exploitation sous la raison sociale de son prédécesseur, avec ou sans additif indiquant le fait de la succession. Il sera tenu de toutes les dettes de l'ancien propriétaire nées de l'exploitation du commerce. "*Le nom de la personne qui a été à un moment donné, titulaire du fonds, apparaît ainsi comme s'incorporant à l'établissement, se perpétuant avec lui, passant tel quel à tout exploitant nouveau*"². *D'autre part*, l'acheteur décide de substituer son nom à celui du vendeur³, ce qui détermine au niveau du registre la radiation de la firme ancienne et l'inscription d'une nouvelle firme. Il échappe à toute responsabilité pour les dettes antérieures, à moins qu'il n'existe "*une clause particulière d'obligation, notamment dans l'hypothèse où la prise en charge de ces obligations a été publiée par l'acquéreur d'une manière usuelle en matière commerciale*"⁴. Tel est principalement le cas, si cette prise en charge a fait l'objet d'une inscription au registre du commerce⁵.

Par conséquent, dès que la transmission du fonds de commerce a été mentionnée au registre du commerce, l'ancien commerçant sera libéré de tout engagement même conclu par lui⁶. Cette mention rend opposable à l'égard des tiers le nouveau propriétaire du fonds.

428-2°/Aussi, la possibilité réservée au commerçant retiré mais non radié d'opposer la cessation de son activité, semble être consacrée par le législateur tunisien dans l'article 475 du Code de Commerce: Il prévoit la possibilité de l'ouverture d'une procédure collective dans le délai d'un an à partir de la cessation d'activité ou de la

¹ Cette conception de "*firma*" qui autorise à faire le commerce sous le nom d'autrui est totalement étrangère au droit français et droit tunisien.

² H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p. 353.

³ Cette possibilité est consacrée aussi par le législateur tunisien sans exiger aucune formalité de publicité. Selon l'article 221 du Code des obligations et des contrats "*Lorsque le cessionnaire ne continue pas la raison du commerce sous le même nom, il ne répond pas des obligations antérieures à la cession que dans les cas suivants : Lorsqu'il a notifié, dans les formes usitées dans le commerce, qu'il assumait les obligations antérieures ; Ou bien lorsque le fonds du commerce fait partie d'un patrimoine ou d'une hérédité, et a été transmis avec eux au cessionnaire, aux termes de l'article 219*".

⁴ § 25 alinéa 3, HGB.

Le § 128 HGB prévoit une réglementation semblable à celle du § 25 HGB pour le cas où une société en nom collectif ou en commandite est formée par une personne qui se joint à un commerçant. La société ainsi créée est responsable des dettes du commerçant, à moins qu'une convention contraire ne soit inscrite au registre du commerce.

⁵ C. WITZ et N. SPIEGEL, "Les publicités légales en droit allemand", in Publicités légales et informations dans les affaires, sous la direction de A. Sayag, op.cit., p. 389.

⁶ Selon l'article 221 du COC, si le cessionnaire exploite le fonds de commerce sous une nouvelle raison sociale, le cédant reste en principe responsable des engagements conclus par lui avant la cession.

retraite, si elle est postérieure à la cessation des paiements. Les termes de ces articles sont équivoques : le délai d'un an ne court qu'à compter de la cessation d'activité ou de retrait. Or, il est difficile de déterminer la date exacte de ces événements¹.

Le législateur français a consacré une solution différente puisque la demande de redressement ou de liquidation judiciaire doit être présentée dans un délai ne dépassant pas une année à partir de la date de la radiation du commerçant du registre du commerce². La radiation d'office était assimilée par la jurisprudence française à une radiation volontaire faite sur déclaration de l'assujetti³. La jurisprudence française quasi-unanime⁴ ainsi que la doctrine⁵ considèrent que si le débiteur est soumis au droit des procédures collectives, c'est parce qu'il est présumé commerçant, de façon irréfragable, jusqu'à la date de la radiation. Toutefois, on admet une atténuation à cette présomption irréfragable, celle-ci ne joue qu'à l'encontre de ceux qui ont été immatriculés au registre du commerce. En effet, un commerçant non immatriculé, ne pouvant pas être radié, peut prouver sa retraite par tous moyens. C'est la solution du tribunal de commerce de Versailles pour lequel, dans l'hypothèse où le commerçant ne s'est pas fait inscrire, toute référence certaine, autre que la radiation au registre du commerce, doit être prise en considération pour déterminer le point de départ du délai d'un an, pendant lequel il peut être mis en faillite⁶. Cette attitude, raisonnable pour un auteur⁷, a pour conséquence de traiter plus sévèrement celui qui a partiellement respecté les règles relatives au registre du commerce que celui qui les a complètement

¹ Le problème ne se pose pas en cas de cessation d'activité par le décès de l'intéressé puisque le délai d'un an ne commence à courir qu'à partir de la date du décès (article 450 du Code de Commerce).

² Article L. 621-15 du Code de commerce qui a repris l'article 17 de la loi du 25 janvier 1985, modifié par celle du 30 décembre 1988. L'article 17 a repris à son tour, les termes de l'ancien article 4 de la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens. Il dispose que "*La procédure ne peut être ouverte que dans le délai d'un an à partir de l'un des événements mentionnés ci-après, et lorsque celui-ci est postérieur à la cessation des paiements du débiteur :*

- radiation du registre du commerce et des sociétés

- cessation de l'activité s'il s'agit d'un artisan ou d'un agriculteur...".

³ Ainsi en a décidé CA Paris, 4 mai 1966, Dalloz 1966, p.496 ; 10 mars 1967, Dalloz 1967, p.454 ; Cass. com. 12 fév. 1969, Dalloz 1969, p.377, note A. PIROVANO.

⁴ Cass.com. 10 juin 1968, RTD com. 1968, p.1136, obs. HOUIN ; 6 novembre 1972, RTD com. 1973, p.350, obs. HOUIN

⁵ J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 118-119.

⁶ Tribunal de commerce de Versailles du 21 décembre 1966, RTD com. 1967, n°2, obs. R. HOUIN. Par contre, la Cour de Paris du 25 février 1965 s'était prononcée différemment sur le cas du commerçant non inscrit au registre du commerce qui avait cessé son commerce plus d'un an avant la demande de faillite. Elle décidait qu'un commerçant non inscrit au registre du commerce n'ayant jamais pu en être radié, ne peut jamais échapper à une procédure collective en prouvant que sa retraite remonte à plus d'une année.

⁷ R. HOUIN, RTD com. 1967, n°2.

méconnues¹. Après la cessation effective de toute activité commerciale le premier pourrait être déclaré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens pendant beaucoup plus longtemps que le second².

Par conséquent, la solution de notre législateur tunisien paraît être raisonnable. Certes se référer à la radiation a l'avantage de fixer une date certaine à partir de laquelle court le délai d'un an sans donner la possibilité de discuter cette date, mais elle semble méconnaître les dispositions de l'article 62 de la loi du 2 mai 1995. Selon cet article, la cessation d'activité mentionnée au registre du commerce, sera opposable aux tiers, présumés la connaître, à partir de la date de cette mention. Si l'article 475 du Code de Commerce précise que le point de départ du délai d'un an pour demander la faillite est figuré par la "*cessation d'activité*" et non la radiation du registre, le défaut de radiation n'exclut pas de ce fait, la cessation d'activité. Donc, le commerçant qui s'est retiré du commerce n'est plus commerçant par application de l'article 2 du Code de commerce. Il peut se soustraire aux conséquences de défaut de radiation par la mention de cet évènement au registre du commerce. Le délai d'un an court à compter de cette mention.

429-Proposition d'une relecture de l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995: Cette solution nous incite à relire de nouveau l'article 61 (nouveau) alinéa 3 de la loi du 2 mai 1995 afin de chercher une interprétation qui se conforme avec les principes généraux en matière de publicité au registre du commerce. Selon cet article, le commerçant qui a cédé son fonds de commerce ou l'a concédé en location gérance reste responsable des dettes jusqu'à sa radiation. Or, avant même sa radiation, le commerçant qui a cessé d'exercer toute activité commerciale par la vente de son fonds de commerce ou sa location gérance doit mentionner ce fait dans le registre du commerce et procéder à d'autres formalités publicitaires³. Dans ce cadre, il convient de différencier les prescriptions spécifiques au registre du commerce des autres dispositions dites publicitaires. Parce que la retraite du commerce appartient à la première catégorie, elle sera opposable du seul fait de son inscription. Dans ce cas, le commerçant retiré peut se soustraire à la responsabilité même non encore radiée. Cette interprétation peut encore être justifiée par la possibilité accordée au commerçant ayant mentionné la cessation de son activité, de demander le maintien provisoire de son immatriculation. Logiquement,

¹ A. JAUFFRET, "La réforme du registre du commerce", art. préc., p. 148.

² DESDEVISES, "L'incidence du défaut de radiation du registre de commerce sur la qualité de commerçant", art. préc., n° 21.

³ Supra, p. 397.

on ne peut pas admettre qu'il étale dans le temps, et de son propre gré, l'engagement de sa responsabilité.

430-Il en découle que le législateur tunisien, à l'instar de son homologue allemand¹, consacre l'opposabilité de la cessation d'activité et de la retraite mentionnées au registre du commerce. Monsieur DELGA² a déjà constaté que l'application de l'article 62 "*paralyse le jeu*" de l'article 60. La personne immatriculée, ayant mentionné la cessation de son activité dans le registre, n'est plus considérée un commerçant. Cette publicité a pour objectif de protéger les tiers contre la fausse apparence. Elle les informe du changement de sa situation. Ils ne peuvent donc, évoquer le défaut de radiation pour soumettre le commerçant retiré aux obligations d'un commerçant. De même, ils ne peuvent alléguer l'immatriculation pour se prévaloir de la qualité de commerçant.

431-L'omission de la mention de la cessation d'activité est sanctionnée par l'inopposabilité: Selon l'article 62 de la loi du 2 mai 1995, le commerçant retiré du commerce qui a omis de mentionner cet événement ne peut opposer aux tiers la perte de sa qualité de commerçant. Or, il semble que ce qui est inopposable, ce n'est pas la perte de la qualité mais celle de la condition d'exercice d'une activité commerciale. En effet, si la vente fait perdre effectivement cette qualité à celui qui gère un fonds de commerce unique, comme c'était le cas dans les circonstances précédentes³, il n'en est pas de même dans l'hypothèse où la personne immatriculée est à la tête d'autres établissements. C'est d'ailleurs ainsi que l'entendent MM. HOUIN et RODIERE puisqu'ils traitent expressément la cessation de l'activité commerciale comme un événement inopposable aux tiers tant qu'il n'a pas été mentionné au registre du commerce⁴. Il faut donc, prendre garde de ne pas faire fonctionner le registre du commerce comme un piège dans le quel tomberait celui qui croyait s'immatriculer sans risque de se voir attribuer indûment la qualité de commerçant⁵.

432-L'omission de la mention de la cessation d'activité et la présomption du maintien de la condition de l'immatriculé: En prévoyant la sanction d'inopposabilité,

¹ § 15 al. 1 Handelsgesetzbuch "*Tant qu'un fait à enregistrer n'a pas été inscrit et publié celui dans l'intérêt duquel cette inscription devrait être faite ne peut l'opposer aux tiers, à moins que ces derniers n'en aient eu connaissance*".

² J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p.232.

³ Supra, p. 420.

⁴ R. RODIERE et R. HOUIN, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 114.

⁵ Y. DESDEVISES, "L'incidence du défaut de radiation du registre du commerce sur la qualité de commerçant", art. préc., n°9.

l'article 62 de la loi de 1995 présume le maintien de la condition initiale de celui qui est inscrit. Il s'agit d'une présomption du maintien de l'exercice de l'activité commerciale qui peut être déduite de l'alternative de l'article 475 du Code de Commerce et de l'article 62 de la loi du 2 mai 1995. Alors, seule la personne ignorant effectivement la cessation de l'activité commerciale de l'assujetti peut revendiquer, à son profit, le bénéfice de l'inopposabilité: la présomption d'ignorance est réfragable. La connaissance personnelle que les tiers peuvent avoir de l'acte ou du fait oublié peut être retenue. L'article 62 prévoit expressément que *"Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administration qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes"*.

Comme son homologue français, le législateur tunisien a donc instauré un système d'inopposabilité relative. La personne assujettie est autorisée à rapporter la preuve que les tiers ou les administrations connaissent les faits et actes non mentionnés. La substitution de la connaissance supposée à la connaissance réelle est légalement autorisée. La mauvaise foi du tiers est considérée comme un équivalent de l'accomplissement de la formalité de la publicité. Cette exception générale au principe de l'inopposabilité des faits et actes non mentionnés¹ est d'inspiration allemande². L'assujetti qui a négligé d'inscrire un fait sujet à mention va pouvoir néanmoins s'en prévaloir à condition d'écartier la sanction d'inopposabilité par l'établissement de la connaissance par le tiers concerné du fait en question. Ainsi, on peut penser que le tiers est de mauvaise foi si la fermeture du local, au sein duquel un fond de commerce est exploité, dure déjà un certain temps assez long pour qu'il puisse connaître la cessation d'activité. En effet, le fonds disparaît si la fermeture se prolonge et provoque la dispersion ou la dilution de la clientèle³.

¹ H. CORVEST, Le registre du commerce, thèse précitée, p.449.

² Supra, p. 416.

³ Cass. civ. arrêt n°6187 du 31 octobre 2013, Infos Juridiques 2014, n°174/175, p.19; Cass. civ. arrêt n°25378 du 23 avril 2009; Cass. civ. arrêt n°1232 du 12 février 2007

عصام الاحمر، العلاقات الكرائية بين النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، تونس 2014، ص 78 و ص 83.

Cette idée selon laquelle un local fermé pendant une longue période entraîne la disparition du fonds de commerce a été critiquée. En effet, le pouvoir souverain laissé aux juges quant à l'appréciation de la réalité de la clientèle, entretient un climat d'incertitude proche de l'arbitraire (J. CALAIS-AULOY, "Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce", in L'entreprise personnelle, Tome II, Critique et prospective, sous la direction de A. Sayag, Librairies Techniques, 1981, p.163, n°136). Pour plus de prévisibilité, un auteur a proposé de limiter à trois mois la durée de l'inexploitation du fonds (B. BOCCARA, note JCP, 1982, II, 19888). Comme le remarque fort justement le professeur DERRUPPE, *"ce serait substituer un évident arbitraire législatif à la crainte d'un éventuel arbitraire des juges"* (Rev. trimestriel de droit commercial 1994, p.41). La Cour de cassation tunisienne dans son arrêt n°5548 du 3 novembre 1996 parle curieusement du gel de fonds de commerce (Voir le commentaire S. KHALED, "La cessation d'exploitation fait-elle disparaître le fonds de commerce, Infos Juridiques 2015, n°194/195, p.6-9).

433-II en découle que le commerçant inscrit qui a omis de mentionner la cessation d'activité a induit les tiers en erreur, et ceux-ci sont présumés avoir ignoré la réalité jusqu'à ce que la preuve de la mauvaise foi soit faite. Dès lors, si l'assujetti demeure commerçant, c'est en raison qu'il ne peut opposer aux tiers de bonne foi la disparition de son activité. Ces derniers peuvent se prévaloir de l'apparence (la qualité de commerçant) pour le soumettre aux obligations du droit commercial. Mais, le commerçant retiré et non radié n'a la faculté de faire valoir qu'il a quitté le monde des affaires qu'en alléguant que les tiers avaient connaissance de la cessation de son activité. Cette démonstration est rendue d'autant plus difficile que les prescriptions de l'article 62 de la loi de 1995 rejettent les autres modes de publicité légale comme moyen de preuve de cette connaissance¹ et nécessitent que celle-ci soit établie personnellement et *in concreto*. En effet et à défaut de publicité au registre du commerce, il faut prouver la mauvaise foi du tiers sans que l'accomplissement d'une autre publicité suffise à renverser la présomption d'ignorance. L'inaccomplissement de la publicité au registre du commerce prend le pas sur l'accomplissement des autres formalités de publicité. C'est une nouvelle manifestation de l'autonomie des branches du droit et de la publicité légale².

II/ Le défaut de la mention de la cessation d'activité crée l'apparence d'une personne morale.

434-*La mise en sommeil est-elle une cause de dissolution³?*: Saisie de la question de savoir si la mise en sommeil d'une société pouvait constituer un juste motif⁴ de dissolution judiciaire, la Cour de cassation française répond par la négative et refuse de prononcer la dissolution, comme elle a déjà refusé sa dissolution de plein droit⁵. Disons, de façon plus imagée, que l'état de sommeil profond n'est pas le repos éternel dans lequel il serait aisé de précipiter la personne, fût-elle personne morale. Une société

¹ Aux termes de l'article 62 alinéa 3 de la loi du 2 mai 1995 "*Les dispositions des alinéas précédents sont applicables aux faits ou actes sujets à mention ou à dépôt même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale*".

² C.-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, op.cit., n°118 et 162 et suiv.

³ La dissolution est définie comme étant "*le terme de l'existence sociale. Les liens qui unissent les associés se dénouent et la personnalité morale s'affaiblit puis disparaît*". La dissolution marque donc la fin de la société et la disparition de sa personnalité morale. Y. GUYON, Droit des affaires, tome. op.cit., p. 206.

⁴ Article 1844-7, 5° du Code civil français. Deux exemples de "*justes motifs*" sont visés par cette disposition (l'inexécution de ses obligations par un associé et la mésentente entre associés) ; mais la formule n'est pas limitative (ce que révèle l'adverbe "notamment"), ce qui pouvait, semble-t-il, ouvrir la voie à une action en dissolution d'une société en sommeil.

⁵ Revue sociétés 2011, p.163, note L. AMIEL-COSMEL; JCP E 2010. 1449, note A. VIANDIER.

peut donc, cesser toute activité économique pendant plusieurs années, ne plus avoir même de domicile réel sans pour autant perdre sa personnalité juridique¹ et être à même de fonctionner. La société est donc maintenue "*en état d'hibernation, dans l'attente d'une hypothétique réanimation de l'entreprise*"². Il suffit seulement de lui laisser une chance de réveil.

Cette solution a été souvent approuvée : d'abord, parce qu'aucun texte ne fait de l'activité de la société une condition de sa survie ni ne prescrit à sa charge une obligation générale de se maintenir en activité. Ensuite, parce que ce qui importe c'est la potentialité d'activité de la société en sommeil³. En elle-même, la cessation d'activité d'une société n'implique pas la disparition de l'objet social. La jurisprudence relative à la dissolution pour réalisation ou extinction de l'objet social conforte cette vue des choses. Lorsqu'une reprise de l'activité n'est pas impossible⁴, qu'une exploitation peut se poursuivre⁵, la dissolution est rejetée.

Par conséquent, une société peut cesser toute activité, être mise en sommeil, sans être pour autant dissoute et liquidée. Néanmoins, elle peut être radiée d'office⁶. Cette radiation du registre est sans effet sur sa personnalité morale⁷, ce que la Cour de cassation française a affirmé à propos de la radiation d'office d'une société non

¹ Civ., 26 novembre 1975, n° 74-10.107, JCP, 1976, IV, p. 27 ; Cl. CHAMPAUD, RTD com. 1976, p.109.

² J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, Lamy Sociétés commerciales 2010, n°488.

³ Dans une société civile de moyens, le départ de l'un des deux associés n'a pas pour conséquence l'extinction de son objet et n'implique pas sa dissolution ; l'objet de cette société ne devient pas "*définitivement matériellement impossible. Il devient virtuel [...]. [Il] reste possible. Il suffit que d'autres associés rentrent dans la société*" (Com. 15 septembre 2009, n° 08-15.267, Dalloz 2009, 2280, obs. A. LIENHARD ; Revue sociétés 2010, p. 106, note I. URBAIN-PARLEANI ; RTD com. 2010, p.163, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; Droit sociétés 2009, n° 200, note R. MORTIER ; Gazette de Palais 4-5 nov. 2009, p. 16, note D. GIBIRILA).

⁴ Paris, 25 mai 1971, JCP 1972, II, 17084, note Y. GUYON.

⁵ Lorsqu'une société a pour objet l'acquisition, la gestion et l'administration de titres et qu'elle cède ses titres, cela n'a "*pas pour conséquence l'extinction de son objet*" et n'implique donc pas sa dissolution; il est toujours possible que la société acquière, gère ou administre des titres de sociétés (Com. 7 oct. 2008, n° 07-18.635, Dalloz 2008, p.2597, obs. A. LIENHARD ; Rev sociétés 2009, p.90, note Y. CHAPUT ; C. CHAMPAUD et D. DANET, RTD com. 2009, p. 150; Droit sociétés 2008, n° 247, note R. MORTIER ; JCP, 2008, E, p. 2545, n° 6, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Bull. Joly 2009, p.44, note D. BUREAU).

⁶ La cessation d'activité mentionnée au registre entraîne une radiation d'office dans deux cas: D'abord, une radiation d'office peut être réalisée directement par le greffier du tribunal après deux ans de la mention de la cessation totale d'activité (article R. 123-130 du Code de commerce). Ensuite, lorsque le greffier a porté d'office au registre une mention de cessation d'activité dans les conditions susmentionnées, il radie d'office la personne qui n'a pas régularisé sa situation, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de l'inscription de cette mention (article R. 123-136 du Code de commerce).

⁷ Paris, 13 sept. 1994, JCP 1995, E, II, p.655, note Th. BONNEAU.

dissoute¹. Ajoutons que la radiation d'office est une simple mesure administrative réversible. Le greffier rétractera son inscription sur simple demande de l'assujetti, si la mention a été portée sur la foi de renseignements qui se révèlent erronés².

435-Inconvénients de cette position: Si la radiation d'office n'affecte pas la personnalité morale d'une société inactive, elle peut constituer néanmoins un mal dont elle souffre. La société radiée qui se trouve dans la situation d'une société locataire ayant cessé toute exploitation, pourra, selon une certaine jurisprudence, se voir refuser le droit au renouvellement de son bail ou une indemnité d'éviction³. Quoi qu'il en soit, cette amputation de droits par l'effet de la radiation d'office, n'emporte pas dissolution de la société. Aucun texte n'assortit la sanction administrative de radiation d'office, d'une obligation pour la société de reprendre son activité ou de procéder à sa dissolution ; sauf une simple exigence dans l'article R.123-30 du Code de commerce français que cette radiation d'office soit portée à la connaissance du ministère public. Alors que la dissolution emporte radiation de la société⁴, la radiation n'emporte pas dissolution.

Fort "*heureusement !*", ainsi qu'invite à le penser la jurisprudence française, une société radiée d'office peut, après une cure de sommeil, sortir de sa léthargie et reprendre une activité identique ou nouvelle. "*Une société en sommeil, radiée d'office, peut donc, à son réveil, avoir encore de beaux jours devant elle*"⁵.

436-Position du droit tunisien: Obligation de dissolution: Afin d'éviter cette situation étrange d'une société en sommeil qui maintient sa personnalité morale en dépit de sa radiation d'office, le législateur tunisien a instauré une procédure spéciale; il s'agit de la mise en demeure de procéder à la dissolution adressée à la société. Cette mise en demeure prévue par l'article 40 (4°) de la loi du 2 mai 1995 est une mesure ouverte au greffier qui tient le registre du commerce. En effet, lorsque le greffier qui a procédé à l'immatriculation principale d'une société constate au terme d'un délai de trois ans, après la mention au registre de la cessation totale d'activité de cette personne, l'absence de

¹ Com. 20 février 2001, Bull. Joly 2001, p.618, note J.-M. BAHANS; Dr. sociétés 2001, n° 93, Th. BONNEAU; RJDA 5/01, n° 590 (radiation pour défaut d'accomplissement des formalités en cas de domiciliation temporaire). La société radiée n'a pas perdu sa capacité d'agir en résolution de la cession de fonds de commerce litigieuse.

² Article R. 123-137 du Code de commerce français.

³ Civ. 3e, 4 mars 1998, Bull. civ. III, n° 52 ; Civ. 3e, 2 juin 1999, Bull. civ. III, n° 124.

⁴ Article 24 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

⁵ L. AMIEL-COSME, Note sous Cour de cassation (com.) 23 mars 2010, F-D, n° 08-22.073, Sté Frate c/ Julien ès qual., Revue des sociétés 2011 p. 163.

toute inscription modificative relative à une reprise d'activité, il adresse au siège social une lettre recommandée la mettant en demeure d'avoir à respecter les dispositions relatives à la dissolution et l'informant qu'à défaut de réponse dans un délai de trois mois, il procédera à la radiation. Il s'agit là d'une réponse de notre législateur au problème des sociétés en sommeil.

Si la simple mise en sommeil d'une société n'implique pas sa dissolution, l'impossibilité de reprendre une activité la justifie. Il s'agit, dans ce cas, d'une dissolution de plein droit par la disparition de l'objet social¹. Contrairement à une décision de la Cour de cassation française qui reconnaissait une survie assez étonnante de la personnalité morale d'une "*société dissoute de fait*"² pour cessation de toute activité, il est généralement admis qu'une société dissoute de plein droit par l'extinction ou la réalisation de son objet social, qui n'a pas engagé d'opérations de liquidation et n'a pas désigné un liquidateur, doit être considérée comme une société dépourvue de la personnalité morale. En effet, la survie de la personnalité morale ne se justifie que pour les besoins d'une telle liquidation³. A cet égard, la question qui se pose est de savoir comment distinguer ces sociétés dissoutes de plein droit, au bout de plusieurs années d'inactivité, des autres simplement endormies dans l'attente d'un réveil? Il s'agit en réalité "*d'une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond*"⁴. Mais, il faut rappeler que l'enjeu est grand, car il s'agit de se prononcer sur la perte ou le maintien de la personnalité morale.

Implicite, l'article 40 (4°) de la loi du 2 mai 1995, considère que la cessation totale d'activité d'une société mentionnée au registre depuis trois ans, constitue une cause de dissolution. Cette solution peut se justifier par le fait que la pérennisation des sociétés inactives est dangereuse pour les tiers qui risquent d'être abusés par une fausse apparence⁵. Par ailleurs, la mise en sommeil ne peut être que transitoire dans la vie de l'être moral vue la lourdeur des obligations financières. Une telle situation ne

¹ Article 25 du Code des sociétés commerciales. Un auteur a pu même écrire que la disparition de l'objet social, élément fondamental du contrat, est une cause d'ordre public de dissolution de sociétés. Voir E. SCHAEFFER, "Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés", in dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offerte à J. Hamel, Dalloz 1961, p. 227, spécialement n°15.

² Cf. CHAMPAUD, RTD com. 1976, p.110. Cette expression est employée par cet auteur à partir de la décision de la Cour de cassation française. Elle vise la société qui est dissoute de plein droit et qui sera en cours de liquidation, indépendamment de tout formalisme. Cette société ayant cessé toute activité et dissoute de fait maintient sa personnalité morale.

³ Supra, p. 151.

⁴ Obs. Cf. CHAMPAUD, précité.

⁵ Y. GUYON, Droit des affaires, tome1, op.cit., n°202.

pourra, de toutes les manières, se prolonger indéfiniment car les dirigeants sociaux se heurteront à la règle de la perte supérieure aux trois quarts du capital social.

437-Malgré l'importance de cet article qui apporte une solution claire au problème des sociétés en sommeil, on ne doit pas perdre de vue que son application est conditionnée par la mention de la cessation d'activité au registre. Si l'activité de la société est complètement arrêtée pendant plusieurs années (à savoir trois ans), et que cet évènement n'a pas été mentionné, quelle sera la situation de cette société?

Encore, dans cette hypothèse, la loi du 2 mai 1995 a prévu la mise en demeure de procéder à la dissolution. Aux termes de l'article 59 "*Le ministère public ou toute personne intéressée, qui a connaissance d'un événement entraînant la dissolution d'une personne morale inscrite au registre peut mettre en demeure, par voie de signification, la personne morale ou, à défaut, le dernier dirigeant connu de celle-ci de procéder à la dissolution*". Par conséquent, le ministère public qui a été informé de la cessation d'activité d'une société doit demander à son dirigeant de procéder à sa dissolution s'il estime que la période d'inactivité a dépassé les trois ans.

La lecture des articles 40 (4°) et 59 susmentionnés nous révèle qu'il s'agit d'une vraie obligation¹ de mise en demeure qui peut aboutir à une régularisation ou à une dissolution. La société inactive pendant une période dépassant les trois ans peut soit décider la reprise de son activité soit décider sa dissolution dans une assemblée générale extraordinaire.

438-**La constatation judiciaire de la dissolution** : Mais, plus intéressante est la solution que prévoit le législateur lorsqu'aucune suite n'a été donnée à la mise en demeure. Aux termes de l'article 59 de la loi du 2 mai 1995 "*si la régularisation n'intervient pas dans le délai de six mois, la personne intéressée ou le ministère public peut demander au tribunal compétent de constater la dissolution et, s'il y a lieu, d'ordonner la liquidation et la radiation*". Dans le même sens, l'article 40 de la loi prévoit que lorsque la dissolution n'est pas intervenue et publiée dans un délai de trois mois de la mise en demeure, le greffier procède à la radiation de la société et informe le

¹ Contrairement à la version française de l'article 59 qui utilise le verbe "*pouvoir*", la version officielle du texte parle d'une obligation pour le ministère public. Mais, si une telle obligation est concevable et se justifie à la charge du ministère public, elle ne peut l'être s'agissant d'un particulier.

ministère public, auquel il appartient éventuellement de demander au tribunal la constatation de la dissolution¹.

439-Intérêt de la constatation judiciaire de la dissolution : En réalité, le législateur a cherché, à travers ce procédé, de remédier aux inconvénients d'une dissolution de plein droit. En effet, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, la décision de la dissolution doit être publiée² et faire l'objet d'une mention au registre du commerce³ afin d'être opposable aux tiers. L'article 29 du Code des sociétés commerciales dispose que cette dissolution ne produit ses effets à l'égard des tiers "qu'à partir du jour de (sa) publication au Journal Officiel de la République Tunisienne après inscription au registre de commerce"⁴, mais la personnalité morale survit pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci⁵. Or, il est admis que la disparition de la personnalité morale d'une société dissoute mais non liquidée n'est rendue opposable aux tiers que par l'inscription au registre du commerce de l'acte constatant la dissolution même si ceux-ci ont fait l'objet d'une autre publicité légale⁶. Cette publicité ne peut désormais, s'effectuer dans le cas d'une dissolution de plein droit puisqu'elle n'est pas déclarée dans un acte juridique. Dans ce cas la perte de la personnalité morale sera inopposable aux tiers qui se fient à l'apparence du registre vont-ils considérer la société en question comme ayant toujours une existence valable, alors qu'elle est réputée dissoute par la loi, donc inexistante. L'apparence que donne une telle société dissoute de plein droit n'est pas celle d'une société créée de fait qui continue à exercer son activité sociale en dépit de la disparition de sa personnalité morale⁷; il est au contraire logique de considérer cette société dont la dissolution n'a pas été publiée comme une personne morale apparente.

¹ Contrairement à l'article 59, l'article 40 (4°) dispose que "La radiation est portée par le greffier à la connaissance du ministère public auquel il appartient éventuellement de faire constater la dissolution de la personne morale", or il sera plus logique que le ministère public saisi le tribunal pour constater la dissolution.

² Article 16 du Code des sociétés commerciales.

³ Cette publicité se fait à travers une mention de l'acte de dissolution au registre du commerce. En ce qui concerne la dissolution amiable, la décision de la dissolution doit en principe être déposée en double exemplaire au registre du commerce dans le délai de quinze jours (article 46 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995).

⁴ Cette règle est la même pour les sociétés civiles avec une particularité lorsqu'elles sont dissoutes avant terme par la volonté commune des associés; dans ce cas, elles ne seront censées être dissoutes vis-à-vis des tiers qu'un mois après la publication du jugement ou autre acte dont résulte la dissolution (article 1326 du Code des obligations et des contrats).

⁵ Supra, p. 285.

⁶ Article 62 de la loi du 2 mai 1995.

⁷ Il s'agit surtout du cas d'une société dissoute par la survenance du terme statutaire mais qui continue à fonctionner normalement.

Pour corriger cette apparence trompeuse due à l'absence de la publicité de la dissolution, le législateur a exigée sa constatation par le juge. Ce jugement constatant la dissolution sera mentionnée d'office au registre¹. C'est à partir de cette date que la disparition de la personnalité morale sera opposable aux tiers peu important à cet égard le défaut de radiation².

¹ Article 36 (3°) de la loi du 2 mai 1995.

² Mais, on peut déjà constater que dans le cadre de l'article 40 (4°) de la loi du 2 mai 1995 la radiation précède la constatation de la dissolution. Cette situation se justifie; l'immatriculation est devenue sans objet. Il en découle que la constatation de la dissolution par le ministère public constitue la confirmation en droit de la situation de fait.

Conclusion du Titre I

440-Si le greffier doit veiller à la régularité de la demande, s'il peut exiger du demandeur la preuve du respect des conditions nécessaires à l'exercice de l'activité, il se peut néanmoins que le commerçant inapte à sa profession ait obtenu son immatriculation, et qu'il ait utilisée jusqu'au jour où intervient un litige. Il n'en demeure moins qu'il faille refuser de considérer qu'il est commerçant. Son immatriculation ne lui attribue pas une qualité qu'il n'en a pas, mais elle en donne l'apparence. De même l'immatriculation ne peut donner naissance à une personne morale faute de pouvoir matérialiser un contrat de société réel qui manque à la base, elle n'en donne qu'une apparence de cette personne morale. Lorsqu'on s'attache uniquement aux apparences créées par une immatriculation injustifiée, on est victime de ce qu'on appelle "*une illusion d'optique juridique*"¹.

La théorie d'apparence qui est introduite dans certains systèmes juridiques, sous la forme de la foi publique des inscriptions, trouve ici son domaine d'application afin de protéger les tiers. Ces derniers sont fondés à invoquer les droits qui découleraient de la réalité si elle avait été conforme à l'apparence trompeuse. Nous sommes donc en présence du "*maintien d'une situation de fait contraire au droit*"² et qui produit les mêmes effets que si elle avait été régulière³. Toutefois, on peut voir dans l'opposabilité issue d'une immatriculation, une technique qui y concourt également. A priori, le mécanisme d'opposabilité semble s'effectuer au détriment des tiers. Or, le fondement sur lequel il repose nous permet d'affirmer qu'il constitue bel et bien un instrument de leur sécurité. La présomption de connaissance sur la quelle est fondée l'opposabilité n'est en réalité qu'une présomption de véracité et de régularité de la situation publiée. Elle allège la tâche du tiers en lui révélant ce qui devrait être la réalité sans besoin de faire des investigations pour être au point de la véritable réalité. D'ailleurs, cette idée semble émaner de la lecture de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 selon lequel l'immatriculation d'une personne physique présume sa qualité de commerçant. En dehors de sa fonction probatoire, la présomption consiste notamment en une

¹ J. ABEILLE, La simulation dans les actes juridiques et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse précitée, p. 65.

² H. MAZEAUD, op.cit., p. 957.

³ L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., p.104, n°83.

supposition. On pourrait en déduire que face à cette immatriculation, les tiers supposeront contracter avec un commerçant. Mais surtout, ce qui importe ici pour nous est que les mêmes principes valent, non seulement pour l'erreur sur la qualité de commerçant, mais aussi pour celle portant sur l'existence réelle d'une société. Ainsi l'immatriculation d'une société emporte l'opposabilité de sa personnalité morale.

A travers la technique d'opposabilité, le législateur prend la défense de l'apparence sur la réalité pour protéger les tiers dans leur confiance faite à l'exactitude de l'immatriculation. Mais, cela ne signifie pas pourtant que la situation juridique apparente l'emporte systématiquement, encore faut-il que les tiers soient de bonne foi pour mériter cette protection. C'est donc la théorie d'apparence qui permet de fixer les conditions ou la mise en œuvre de la technique d'opposabilité. Le tiers doit être de bonne foi pour pouvoir se prévaloir de l'apparence et invoquer l'opposabilité de la qualité de commerçant ou la personnalité morale du seul fait de l'immatriculation.

Dans cette perspective, la théorie de l'apparence s'ajoute aux dispositions de la loi du 2 mai 1995 relatives aux effets de l'immatriculation permettant ainsi leur interprétation. Elle les prend comme l'une de ses conditions d'application, ce qui permet de réaliser une harmonie entre la visibilité résultant de l'immatriculation et les conséquences de l'application de la théorie de l'apparence. Cette fusion implique que les conditions précises de la protection des tiers, exigées dans la théorie de l'apparence soient allégées dans la mesure où l'apparence est créée par une mesure de publicité qu'est l'immatriculation. Le législateur a donc créé, à partir de la présomption de connaissance qui en découle, la légitimité de l'erreur commise par un tiers sur la foi de cette publicité¹.

441-Toutefois, l'opposabilité issue de l'immatriculation n'empêche pas le tiers de se prévaloir de la réalité. Ici, c'est la connaissance réelle des événements par les tiers qui va contrecarrer les effets de la publicité. Elle apparaît en effet, comme un correctif nécessaire à la rigidité du système général fondée sur la connaissance réputée. Les tiers peuvent donc invoquer l'inopposabilité de la situation publiée. Cette sanction n'est en fait qu'une consécration de la théorie d'apparence. Il semble donc qu'il y ait place pour une application opportune de la théorie d'apparence qui va permettre d'anéantir les effets qu'aurait produit une immatriculation si elle est justifiée.

¹ J. CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, op.cit., n°32.

Cette théorie permet aussi de résoudre le problème du sort d'une entreprise qui a cessé toute activité sans se faire radier. Admettant qu'il n'existe pas un parallélisme absolu entre la naissance et la disparition de la personnalité morale et entre l'acquisition et la disparition de la qualité de commerçant, le défaut de radiation n'empêche pas la perte de la qualité de commerçant ou la disparition de la personnalité morale. C'est le défaut de mention de la cessation de toute activité ou la dissolution de société au registre du commerce qui crée l'apparence de la sauvegarde de la situation initiale.

Titre II: L'immatriculation et les situations de fait.

442-Comme l'a bien précisé monsieur LEVENEUR, "*les situations de fait peuvent se définir par un double critère: ce sont des situations irrégulières auxquelles sont attachés certains des effets des situations de droit correspondantes*"¹. C'est à partir de cette définition qu'on va chercher si le défaut d'immatriculation d'une entreprise crée une situation de fait, c'est à dire s'il constitue une irrégularité et s'il se voit appliqué certains effets juridiques de l'immatriculation?

Admettant la qualification de fait, on peut déterminer l'ampleur du phénomène qui consiste à attacher à cette situation les effets de la situation de droit qu'elle concurrence. A travers l'assimilation de ces deux situations (Chapitre I), on peut constater que la prise en considération d'une situation de fait sert le même objectif que celui qu'a eu en vue le législateur lorsqu'il a édicté les règles applicables aux entreprises immatriculées. Conscient du fait qu'une telle assimilation peut "*perturber l'ordre juridique*"², le législateur a pris les mesures pour faire cesser la voie de fait³ qui doit être vouée à disparaître pour la période postérieure à la constatation de son existence. Il a favorisé la régularisation de la situation de fait (Chapitre II).

¹ L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., n°3, p.4.

² Monsieur LEVENEUR a constaté que la prise en considération d'une situation de fait peut perturber l'ordre juridique chaque fois qu'il est admis qu'une situation de fait pouvant durer. Voir L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., n°258 et suiv., p.304 et suiv.

³ VEDEL, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", JCP 1950, I, 851.

Chapitre 1: L'assimilation d'une situation de fait à une situation de droit

443-Il est admis qu'une situation de fait est prise en considération exclusivement en vue d'appliquer aux personnes qui s'y trouvent placées, les effets négatifs qu'elles auraient à supporter si elles étaient dans la situation de droit correspondante¹. La vieille construction civiliste de la tutelle de fait et celle de la direction de fait constituent sans aucun doute les deux manifestations les plus remarquables et les plus élaborées du phénomène². A ces deux exemples, on peut ajouter l'entreprise non immatriculée. Mais faut-il lui appliquer uniquement les effets négatifs qu'elle aurait à supporter si elle était dans la situation de droit correspondante c'est à dire une entreprise immatriculée? La recherche d'une réponse à cette question impose une distinction entre entreprise individuelle et une entreprise sociétaire.

Concernant l'entreprise individuelle, la doctrine ainsi que la jurisprudence ont cherché de savoir si toutes les règles édictées pour un commerçant pourraient être étendues au commerçant non immatriculé ou il ne s'agit que d'une extension sélective, limitée aux conséquences juridiques négatives (section 1). Quant à l'entreprise sociétaire, son défaut d'immatriculation la prive de la personnalité morale, mais elle ne serait pas pour autant rejetée dans le "*néant juridique*"³. La loi admet qu'elle puisse lui être appliquée certaines des règles édictées pour les sociétés régulièrement constituées. Un statut spécifique sera donc, mis en place selon qu'elle soit occulte ou ostensible (section 2).

Section 1: L'assimilation du commerçant non immatriculé à celui immatriculé.

444-*Le principe général consacré par l'article 61 de la loi du 2 mai 1995:* Bien qu'intégré dans un corps de règles propres au registre du commerce, l'article 61 (nouveau) fixe un principe général. La sanction édictée a la valeur d'un principe général de traitement du commerçant de fait. Ce dernier ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant, celle-ci pouvant en revanche lui être opposée afin de le soumettre "*aux responsabilités et aux obligations*" qui en découlent. Cette "*sorte de commercialité*"

¹ L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., n°7, p. 10.

² Pour plus de détail sur ces exemples, ibid, p. 11 et suivantes.

³ J. FOYER, "La réforme du titre IX du livre III du code civil", Rev. sociétés 1978, note 3, p.17.

sanction"¹ frappe sans distinction tous les commerçants de fait, aucune référence à la loi du 2 mai 1995 n'étant nécessaire pour l'application du principe².

Mais, lorsque le législateur incorpore un tel principe dans la loi du 2 mai 1995, il exprime son intention d'unifier le régime de la commercialité de fait. Il édicte les mêmes règles pour toute personne qui exerce professionnellement une activité commerciale sans se soumettre aux obligations qui en découlent³. Les obligations en question ont pour but soit de limiter l'accès à la profession - l'expression vise alors celui qui exerce au mépris d'une incompatibilité, d'une interdiction professionnelle ou sans posséder la carte de commerçant étranger - soit d'en contrôler l'exercice: est ici visé le commerçant qui n'a pas procédé à son immatriculation au registre du commerce.

445-L'applicabilité du statut du commerçant de fait au commerçant non immatriculé?: Or, la question se pose de savoir dans quelle mesure le "*statut*"⁴ d'un commerçant de droit est applicable à ceux qui exercent leur activité commerciale sans être immatriculés au registre du commerce, c'est à dire quels effets juridiques peuvent être attachés à cette situation.

Pour la majorité de la doctrine et la jurisprudence, le commerçant non immatriculé devra être considéré comme commerçant et il faudra en tirer toutes les conséquences légales. Elles refusent donc de qualifier de fait un commerçant non immatriculé (paragraphe 1). Au demeurant, cette démarche n'avait rien de choquant à une époque où le statut des commerçants était exclusivement marqué par une certaine défaveur⁵. Mais aujourd'hui qu'il existe un certain nombre de règles dont l'effet peut se trouver favorable aux commerçants, on hésite à procéder sans quelconque discernement. On s'en rend compte très aisément que le législateur semble accepter d'assimiler le commerçant de droit au commerçant de fait. Il les soumet au même statut (paragraphe 2).

¹ J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 7.

² J. MESTRE, observation sous com. 30 janvier 1996, RTD civ. 1996, p.896.

³ A côté de la sanction générale, des sanctions particulières qui correspondent à chaque obligation non respectée, peuvent être appliquées. Exemple : L'exercice d'une activité de commerce au mépris d'une interdiction constitue un délit pénal (Loi n°78-59 du 28 décembre 1978), et la personne qui exerce le commerce en dépit d'une incompatibilité (l'article 23 de la loi n°89-87 du 7 septembre 1989 interdit de cumuler la profession d'avocat avec une activité commerciale) risque d'encourir des sanctions disciplinaires parfois même pénales.

⁴ Monsieur SAVELLI a constaté que s'il n'existe aucun corps de règles autonomes propres aux activités professionnelles, il est indéniable que l'ordre juridique tend de plus en plus à attacher certaines conséquences à l'exercice de profession. Pour lui, ces effets juridiques de la "*professionnalité*" constituent le "*statut des professionnels*". B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., p.285, n°348.

⁵ Ibid.

Paragraphe 1: Le refus de la qualification "commerçant de fait".

446-Souvent, l'appellation "commerçant de fait" est employée à propos d'individus qui, exerçant une activité commerciale, ne sont pas immatriculés au registre du commerce¹. Cependant, l'expression est considérée par une doctrine "quelque peu trompeuse"² (I). Nombreuses sont les décisions de justice qui ont également tendance à s'en passer et qualifient le professionnel irrégulièrement installé de commerçant, sans autre précision. La majorité de la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'immatriculation a un effet probatoire (II)

I/ Les arguments de la doctrine.

447-L'immatriculation du commerçant, personne physique, au registre du commerce possède une particularité qui la fait distinguer de celle de la société. Elle est une condition nécessaire pour l'acquisition de la qualité de "commerçant de droit"³. Son défaut ne fait pas perdre la qualité de commerçant. Le non-immatriculé est considéré désormais, un "commerçant de fait"⁴. Toutefois, une partie de la doctrine estime que la locution "de fait" est abusivement employée⁵.

448-**Le commerçant non immatriculé répond à la définition de l'article 2 du Code de commerce:** Selon monsieur LEVENEUR, la situation dans laquelle se trouve le commerçant non immatriculé n'est pas constitutive d'une véritable situation de fait. Envisageant la notion de commerçant de fait, il affirme qu'il ne faut pas se tromper "sur le sens des mots "de fait" employés dans cette expression: lorsqu'il a été procédé à l'immatriculation d'une personne physique, son effet est d'emporter présomption de la qualité de commerçant; en parlant de commerçant de fait on veut simplement dire que la qualité de commerçant existe en réalité chez une personne qui n'était pas présumée l'avoir"⁶.

¹ F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p.348, n°586; Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit.

² B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., n°353.

³ B. BEN MABROUK, "Commerçant professionnel, commerçant habituel, commerçant occasionnel et commerçant de fait", art. préc., p.101; M. MAHFOUDH, Introduction au droit commercial tunisien, op.cit., p.248; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p.247; F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p.317, n°544, R. HOUIN et M. PEDAMON, Droit commercial, op.cit., n°173.

⁴ R. HOUIN, R. RODIERE, Droit commercial, tome 1, op.cit., p. 46; Y. GUYON, Droit des affaires, tome1, op.cit., p83.

⁵ L. LEVENEUR, Situations de fait en droit privé, op.cit., n°36, p. 46 ; B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., n°356, p. 293.

⁶ L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., n°36, p.46.

Cette affirmation peut sembler insuffisante à exclure la qualification de situation de fait, puisque par définition, lorsqu'une situation est dite "*de fait*", c'est qu'elle est bien réelle. Par ailleurs, le commerçant non-immatriculé ainsi privé des faveurs du commerçant, demeure toujours soumis à ses responsabilités par application de l'article 61 (nouveau) alinéa 1 et 2 de la loi du 2 mai 1995. C'est dire qu'une partie au moins du statut des commerçants est applicable et l'on pourrait croire que l'on est en présence d'une "*situation irrégulière à laquelle sont attachés certains des effets de la situation de droit correspondante*"¹.

Cependant, monsieur SAVELLI approuve l'exclusion opérée par monsieur LEVENEUR car le défaut d'inscription ne saurait se confondre avec une absence de titre², qui est le critère véritable des situations de fait³. En effet, seul l'exercice illicite du commerce qui constitue bien une situation de fait, et les expressions "*commerce de fait*", "*commercialité de fait*" ou "*commerçant de fait*", ne sont pas impropres, dès lors qu'un individu, sans qu'il en ait le titre, se voit attribuer la qualité de commerçant, et se trouve soumis au statut qui en découle⁴. Tel est le cas, par exemple, du notaire qui se livre à des actes de commerce à titre professionnel⁵ ou de l'huissier qui négocie des opérations immobilières et se livre à des opérations de courtage⁶. Il en va naturellement ainsi de tous ceux qui se livrent au commerce au mépris d'une incompatibilité⁷.

449-L'immatriculation au registre du commerce n'est que l'objet d'une obligation pesant sur les commerçants. Elle n'est pas une condition posée à l'accès à la profession commerciale⁸. L'article 2 de la loi du 2 mai 1995 suffit à en convaincre lorsqu'il dispose que "*Il est tenu auprès de chaque tribunal de première instance un*

¹ L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, op.cit., n°3, p.4.

² Le titre est parfois défini comme la "cause ou fondement juridique d'un droit" (Cornu: vocabulaire juridique). Cette définition est trop étroite cependant. Analysant la légitimité des situations juridiques, le doyen ROUBIER affirmait "*la question de légitimité (juridique) se réduit à la seule question d'un titre régulier, selon les règles du droit. En d'autres termes, on est en face d'un ordre juridique établi par hypothèse, et on se demande simplement si cet ordre a permis la création de la situation juridique invoquée*". (De la légitimité des situations juridiques, Mélanges Dabin, p. 271).

³ Quoiqu'il n'exprime pas le sens qu'il donne à la notion d'irrégularité, monsieur LEVENEUR n'envisage dans son étude que les situations dépourvues de titre juridique régulier (tutelle de fait, direction de fait d'une personne morale, situation apparente, relation de travail de fait, séparation de fait, mariage de fait, ...)

⁴ B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., n°357.

⁵ Cass. com. 2 février 1970, Dalloz 1970, 430; JCP, 1970, II, obs. J.A.; Grands arrêts de droit des affaires n°11, obs. SAVELLI.

⁶ Cass. Com. 24 mai 1966, Bull. civ. III, n°271.

⁷ B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., n°357.

⁸ La Cour de cassation française a déclaré dans sa décision du 18 juillet 1989 (Bull. civ. IV, n°236) que "*le non-respect des formalités prescrites pour les mentions au registre du commerce et des sociétés n'a aucune incidence sur le caractère licite ou non d'une activité commerciale*".

registre du commerce local auquel sont immatriculés sur déclaration : 1 -les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce...".

Ainsi, monsieur SAVELLI conclut que la notion de commercialité de fait est abusivement employée pour désigner le défaut d'immatriculation d'un commerçant bien que les deux notions peuvent se rapprocher en pratique. En effet, "*nul ne peut être immatriculé au registre du commerce s'il ne remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité*"¹, l'illicéité de l'accès à la profession commerciale devra en principe se doubler d'une non-immatriculation. Dans ce cas, cet auteur conteste la soumission de l'intéressé qu'il dénomme "*commerçant de fait non-immatriculé*" aux dispositions de l'article 61 de la loi du 2 mai 1995, quoique l'on puisse considérer qu'il y a dans cet article une sorte de directive générale quant à la manière de traiter ceux qui exercent irrégulièrement leur profession².

450-La sanction de l'article 61 (nouveau) suppose une admission préalable de la qualité de commerçant professionnel: Une lecture attentive de l'article 61 (nouveau) conduit à considérer que les personnes ne remplissant pas les conditions d'exercice de leur activité demeurent hors de son champ. Ce texte vise très expressément "*la personne assujettie à immatriculation ayant la qualité de commerçant qui n'a pas requis cette dernière...*". Ainsi, il doit être considéré comme étant uniquement applicable aux commerçants non immatriculés mais qui, par ailleurs, exercent licitement leur activité. Comme l'a écrit monsieur B. SAVELLI, en élargissant le débat à toutes les professions "*le non respect des conditions d'exercice d'une profession ne fait pas échec à la reconnaissance de la professionnalité. Il est heureux qu'il soit ainsi, sans quoi ces conditions seraient sans effet. Lorsque leur violation est sanctionnée, on ne peut évidemment pas dire que parce qu'il est illicite, l'exercice de la profession est non avenue et ne doit donc encourir de sanction! La loi qui réprime et qui efface totalement ce qui lui contrevient ne peut exister: ce serait une espèce de lex maius quam perfecta, un "sur-droit" si l'on veut dire, c'est à dire un non-sens*"³. Cette logique sanctionnatrice se manifeste depuis fort longtemps⁴ et dans de nombreux pays⁵. En Tunisie, comme en

¹ Article 3 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995.

² B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., n°360.

³ Ibid, n°428, p.335.

⁴ Dans l'ancien droit, les chambrelans qui faisaient le commerce clandestinement et sans attache corporative, étaient traités en qualité de commerçants (RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, tome1, op.cit., n°214)

⁵ Même en Allemagne, où les effets de l'immatriculation au registre sont très forts, existe le *Muskaufman*, qui, bien que non inscrit, est soumis au statut des commerçants pour avoir exercé, en fait, une activité commerciale (JAUFFRET, HAMEL, LAGARDE, Droit commercial, op.cit., n°344-1)

France, elle peut être justifiée par une application objective de la règle de droit. L'article 2 du Code de commerce tunisien et l'article L. 121-1 du Code de commerce français, ne requérant pas un exercice licite et notoire du commerce¹, on ne saurait exiger que de telles conditions soient satisfaites pour attribuer la qualité de commerçant.

451-Par conséquent, la personne physique qui exerce le commerce sans respecter l'obligation de se faire immatriculer est un "vrai commerçant"². Cette qualité pleine et entière justifie l'exclusion des mineurs et des majeurs en tutelle ou en curatelle du domaine de l'article 61 (nouveau) de la loi de 1995. Selon la doctrine³, il s'agit de faire jouer à l'incapacité le rôle protecteur qui doit être le sien, et d'éviter ainsi de soumettre les intéressés au statut rigoureux qu'emporte la commercialité⁴.

452-Le défaut d'immatriculation ne présume pas la non-commercialité: La qualité de commerçant du non-immatriculé justifie aussi le refus de la position de certains auteurs⁵ qui opposaient la présomption de commercialité, résultant de l'immatriculation, à la présomption de non commercialité, résultant du défaut d'immatriculation. En effet, la relation entre les articles 60 et 61 n'est pas exactement symétrique, puisque le défaut d'immatriculation, sanctionné par l'article 61 ne crée pas véritablement une présomption de non commercialité inverse de la présomption simple de commercialité établie par l'article 60. *D'une part*, la conception du sujet visé par ces deux présomptions n'est pas identique. L'article 60 prévoit que "*l'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant*". La présomption de commercialité vise donc, "*une personne physique*", notion large. Elle ne concerne pas que des commerçants, puisqu'il n'y a pas de contrôle a priori de cette

¹ La condition de notoriété existait dans le projet article 1er du Code de commerce français, mais elle a été supprimée par le Conseil d'Etat (LYON-CAEN et RENAULT, t. 1, n°200). Le commerçant occulte est reconnu depuis fort longtemps. Déjà, un arrêt du Conseil du Roi du 6 janvier 1667 précisait que "*seraient censés et réputés marchands et négociants en gros tous ceux qui feront leur commerce en magasin et n'auront point de boutique ouverte ni aucun étalage ni aucun enseignement à leur porte et maison*" (cité par F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., note n°1606, p. 348).

² F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p. 348, n° 587.

³ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome1, n°2851; Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°1097.

⁴ Lorsque cette sanction doit être évitée parce que la règle prohibitive n'avait qu'un objectif protecteur, il y aurait lieu de ne pas considérer l'intéressé comme étant commerçant de fait ou un commerçant non immatriculé. Pour plus de détail, voir B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., n°362-365.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial, op.cit., p. 166; J. GUYENOT, "Les effets juridiques des inscriptions au registre du commerce", Petites affiches 11 mai 1977, n° 56, p. 3 ; N. GUEN XUAN CHAN, "La condition juridique de commerçant face au registre du commerce", Annales fac. Droit Clermont Ferrand 1972-1973, p. 404, cité par J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 7.

qualité¹. Au contraire, la présomption dite de non commercialité de l'article 61 doit être considérée comme sanctionnant "*la personne assujettie à l'immatriculation ayant la qualité de commerçant*", c'est à dire un commerçant conformément aux règles usuelles de droit commercial. *D'autre part*, chacune de ses présomptions a un caractère distinct. La présomption de l'article 60 est une véritable présomption légale. Le législateur infère d'un fait connu, l'immatriculation, l'existence d'une circonstance inconnue, la qualité présumée de commerçant de la personne². Cette présomption de commercialité est en quelque sorte créatrice d'un droit pour le sujet immatriculé. L'application de l'article 61 suppose par hypothèse la qualité de commerçant de l'exploitant inscrit. Le défaut d'inscription a pour incidence l'inopposabilité d'un droit attaché à sa condition, et non son inexistence. Il s'agit donc, d'une véritable sanction publicitaire³. Il paraît alors, injustifié dans le cadre de l'étude de l'article 61 d'employer le terme présomption de non commercialité qui laisse présager l'absence même de la qualité de commerçant. Cette dernière qualité existe, mais elle ne peut seulement être opposée par le commerçant du fait de l'omission de la formalité d'inscription⁴.

II/ Effet probatoire de l'immatriculation⁵.

453-Dans la conception primitive du registre du commerce du 16 juillet 1926, l'immatriculation au registre du commerce était conçue comme une simple formalité administrative de publicité dépourvue de tout effet juridique. Actuellement, les dispositions de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995, identiques à celles de l'article L. 123-7 du Code de commerce français, prévoient que "*l'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant*". La majorité de la doctrine⁶ et la jurisprudence¹ considèrent, sur la base de cet article, que l'immatriculation

¹ Voir le développement relatif à l'étendu du contrôle, pp. 304.

² Infra, p. 442-443.

³ J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 133.

⁴ Ibid., p. 133.

⁵ L'immatriculation possède une fonction de preuve. D'une part, elle constitue un titre de preuve. Matérialisée en un extrait d'immatriculation, on a étudié sa valeur probatoire dans le chapitre 2 de la 1ère partie. D'autre part, elle constitue un mode de preuve à l'égard des tiers à travers la présomption de commercialité. C'est ce point qui nous intéresse dans le présent développement.

⁶ La consultation de certains ouvrages nous a permis de constater que ses auteurs se réfèrent à la présomption de commercialité engendrée par l'immatriculation lorsqu'il traite la question de preuve de la qualité de commerçant. Voir N. MEZGHANI, Droit commercial, op.cit., p. 112 ; C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 256 ;

المبروك بن موسى، اثار الترسيم بالسجل التجاري، مجلة القضاء والتشريع عدد5، ماي 1998؛ عبد الرؤوف بن الشيخ، ملامح حول نظام السجل التجاري حسب القانون الجديد، مجلة القضاء والتشريع 1996، عدد 4، ص 21.

produit un effet probatoire. Elle crée à l'égard de toute personne physique une présomption de la qualité de commerçant. Cette pensée puise son fondement dans l'origine de la présomption légale.

454-D'une présomption de fait à une présomption légale: A l'origine, la présomption légale de commercialité, prévue par l'article 60 de la loi du 2 mai 1995, constitue un simple prolongement d'une "présomption de fait"² ou comme l'a désignée une certaine doctrine une présomption "quasi légale" ou "jurisprudentielle"³. Sous l'empire du décret beylical du 16 juillet 1926 et malgré l'admission du principe que l'immatriculation était sans influence sur la qualité de commerçant, la jurisprudence estimait que l'immatriculation pourrait être retenue comme présomption de fait. La Cour de cassation tunisienne, dans son arrêt n°21383 du 7 septembre 1988, affirmait que "la qualité de commerçant n'est constituée que par l'exercice à titre professionnel des actes de commerce et que l'immatriculation au registre du commerce ne fait que créer une présomption de commercialité à son profit"⁴. Quant à la jurisprudence française antérieure au décret n°53-705 du 9 août 1953⁵, elle admettait que l'immatriculation constituait, sinon une présomption très grave de commercialité,

¹ Arrêt n°2805 rendu le 25 octobre 2004, Bull. de la Cour de cassation 2004, II, p.259, Arrêt n°7295-2004 rendu par la Cour de cassation le 12-4-2005 (non publié); Arrêt n°51633-2010 rendu par la Cour de cassation le 22 novembre 2011 (non publié); Arrêt n°15332-2007 rendu par la Cour de cassation le 20-02-2008, Info-Juridique 2008, n°50-51, p.33.

² Partant du fait que le droit sort du fait, le législateur souvent, consacre une présomption de fait. On peut déjà constater que certaines présomptions légales ne sont au fond que des présomptions de fait, généralisées et systématisées par la loi. Voir P. MIMIN, "Les présomptions quasi légales", JCP, 1947, éd. G., I, 578.

³ Les présomptions jurisprudentielles constituent bien un palier intermédiaire entre les présomptions de fait de l'homme et les présomptions légales. Voir notamment P. MIMIN, "Les présomptions quasi légales", art. préc.; J. DUPICHOT, D. GUEVEL, "Contrats et obligations. Présomptions. Notions générales", JurisClasseur civil 2009 (mise à jour 2016), Art.1349-1353, fascicule 10, n°126.

Elles sont élaborées spontanément par le corps judiciaire, notamment afin de faciliter aux plaideurs la preuve de la réunion des conditions de mise en œuvre d'une institution jugée opportune ou vice versa. Elles s'imposent au juge, du moins tant que celui-ci ne trouve rien pour la renverser. Ce type de présomption constitue fréquemment un ban d'essai en vue d'une réforme législative. Elle a pu constater un passage de la présomption purement factuelle, à sa généralisation au plan national et à sa "juridicisation" par la Cour de cassation, prélude à sa reprise dans la loi. Cette situation se rassemble à la suivante : passage de l'habitude contractuelle devenue usage professionnel ou local à la coutume commerciale reconnue par la Cour judiciaire, coutume, à son tour, souvent entérinée ensuite par le législateur. Concernant le pouvoir du juge dans la création de la norme juridique voir S. BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ, 1974.

⁴ "وحيث يؤخذ من ذلك أن الشخص الطبيعي يكتسب صفة التاجر إذا قام بالأعمال التجارية على وجه الحرفة ولحسابه الخاص والقيود بالسجل التجاري ما هو إلا قرينة على الصبغة التجارية يستند إليها لإثبات هذه الصفة ليس إلا". نشرة محكمة التعقيب لسنة 1988، ص.175.

⁵ Pour la première fois, le décret du 9 août 1953 a posé la règle selon laquelle l'immatriculation au registre du commerce constitue une présomption simple de la qualité de commerçant. Cette solution est consacrée par l'article 41 du décret n° 67-237 du 23 mars 1967 puis par l'article 64 du décret du 30 mai 1984, devenu l'article L. 123-7 du Code de commerce.

comme l'avait estimé un tribunal¹, au moins une considération très sérieuse pour l'acquisition de la qualité de commerçant².

La doctrine ancienne approuvait cette tendance jurisprudentielle et estimait que l'immatriculation ne constituait qu'une présomption de fait³. Elle considérait que l'ancien registre du commerce remédiait à l'inexistence d'un document officiel ou d'un "certificat de commercialité"⁴ qui prouvaient la qualité de commerçant⁵. Ce n'est qu'au fil des réformes que des effets ont été attachés à l'immatriculation. La présomption de fait est devenue, avec le décret français du 9 août 1953, une présomption légale. La même solution est adoptée tardivement, par le législateur tunisien dans l'article 60 de la loi du 2 mai 1995. Ainsi, se pose la question de l'utilité d'un changement de nature de la présomption de la commercialité de la personne?

455-L'utilité du changement de la nature de la présomption: Généralement, le passage d'une présomption de fait à une présomption légale n'est pas sans intérêt et ce à deux niveaux: *D'une part*, la présomption de fait constitue un mode de preuve au sens strict, tandis que la présomption légale constitue une dispense de preuve ou plutôt un allègement ou déplacement de l'objet de la preuve. Contrairement à la doctrine dominante⁶ qui relève que la présomption légale entraîne le renversement ou la modification de la charge de la preuve⁷, il est admis qu'elle réalise plutôt un

¹ Trib. com. Le Havre, 1er déc. 1924 : Gaz. Pal. 1925, 1, 247. Trib. com. Lyon, 29 sept. 1931, Gaz. Pal. 1931. 2.

² Trib. com. Rouen, 7 janv. 1941 : Gaz. Pal. 1941, 1, 213.

³ Pour la doctrine tunisienne S. KASBAOUI, le droit des sociétés commerciales à l'heure de la mise à niveau retrospective et ouverture, op.cit., p.26. Pour la doctrine française voir, A. JAUFFRET, "Le rôle du registre du commerce", art. préc., n°7 et suiv.; "Le nouveau registre du commerce", art. préc., p.233; "La réforme du registre du commerce. Décrets n°53-705 du 9 août 1953 et n°54-37 du 6 janvier 1954", JCP, 1954, I, 1153, n°29; R. DE LA HAYE, Le registre du commerce en droit français: son rôle actuel en droit français, thèse précitée, p.15 et suivantes.

⁴ F.-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p.175.

⁵ J. HAMEL et G. LAGARDE, Traité de droit commercial, tome 1, éd. Dalloz 1954, n°301.

⁶ A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaires de droit civil français, tome I, par L. Julliot de la Morandière, n°544; C. LARROUMET, Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé, tome 1, op.cit., n°149; R. LEGAIS, Les règles de preuve en droit civil, thèse, Poitiers, 1954, p.105 et suivants; Ph. MALAURIE, Introduction à l'étude du droit, Cours, 1976-1977, p.66 et suivantes; M. CHARFI, L'introduction à l'étude de droit, op.cit., n°538, p.257.

⁷ La règle qui désigne à qui incombe la charge de la preuve est fixée dans l'article 420 du Code des obligations et des contrats selon lequel " *La preuve de l'obligation doit être faite par celui qui s'en prévaut*". L'article 421 du même Code ajoute que " *Lorsque le demandeur a prouvé l'existence de l'obligation, celui qui affirme qu'elle est éteinte ou qu'elle ne lui est pas opposable doit le prouver*".

déplacement de l'objet de la preuve, du fait connu au fait inconnu¹. D'origine romaine², la présomption est définie par l'article 479 du Code des obligations et des contrats comme étant des "*des indices au moyen desquels la loi³ ou le juge⁴ établit l'existence de certains faits inconnus*". Ainsi, les présomptions se caractérisent par la méthode qu'elles mettent en œuvre⁵ afin de faciliter la preuve du *factum probandum* difficile, voire impossible à rapporter⁶. Le fait connu étant un fait apparent dont la preuve est par essence plus aisée permet, grâce à un raisonnement inductif⁷, d'accéder au fait inconnu déclenchant l'application de la règle de droit.

Par le jeu de la présomption légale attachée à l'immatriculation, la charge de la preuve de la qualité de commerçant est facilitée. En principe, l'objet de la preuve porte sur l'activité de l'intéressé. Il faut établir qu'il accomplit des actes de commerce par

¹ Or, s'il est exact que la présomption permet à son bénéficiaire de ne pas avoir à rapporter la preuve directe du fait litigieux, sa mise en œuvre suppose que soit préalablement établi le fait connexe dont on induit le fait inconnu. Il n'y a donc ni renversement ni dispense de la preuve, mais un déplacement de l'objet de la preuve, du fait connu au fait inconnu. La preuve "des indices" doit être rapportée par celui qui revendique le bénéfice de la présomption. Le plaideur qui supporte la charge de la preuve reste soumis à l'obligation d'établir les faits nécessaires à l'application de la règle de droit qu'il invoque par application de l'article 420 du Code des obligations et des contrats. Simplement, cette obligation est reportée sur un fait apparent plus facile à prouver.

² Voir sur la question J-Ph. LEVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Coll. Précis, Dalloz 2002, n° 589.

³ Aux termes de l'article 480 du Code des obligations et des contrats "*La présomption légale est celle qui est attachée par la loi à certains actes ou à certains faits*". Ainsi, la présomption légale est l'œuvre du législateur, lequel établit, à partir d'un fait connu, une présomption de fait qu'il généralise et systématise, de telle sorte que, postérieurement, le fait inconnu doit être tiré du fait connu par le juge, sur ordre de la loi. Voir J. DUPICHOT, D. GUEVEL, "Contrats et obligations. Présomptions. Notions générales", JurisClasseur civil 2009 (mise à jour 2016), Art.1349-1353, fasc.10, n°13.

⁴ Le législateur emploie l'expression de "*présomptions qui ne sont pas établies par la loi*" pour désigner les présomptions du fait. Selon l'article 486 du Code des obligations et des contrats "*Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont remises à la prudence du tribunal*". Selon l'article 486 du Code des obligations et des contrats "*Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont remises à la prudence du tribunal*".

⁵ Voir J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Bruylant, p. 89 et suiv.; L. AYNES, "la percée des présomptions", Dr et patr., 2005, n°135, pp.75.

⁶ Ainsi, GENY considérerait que l'application stricte des règles de preuve au fait inconnu "*aboutirait pratiquement à un déni du droit, qui trahirait l'intérêt suprême de la justice*". C'est pourquoi, lorsque la preuve directe du fait litigieux soulève des difficultés trop importantes, l'objet de la preuve peut être déplacé vers d'autres faits. Leur preuve doit être plus aisée. Voir F. GENY, Sciences et technique en droit privé positif, op.cit., n°230 et suivants.

⁷ Contrairement à une opinion minoritaire qui a pu soutenir qu'il y avait un raisonnement par déduction (Voir M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, tome III, éd., 1921, n°12), il semble qu'il n'y a pas déduction faite, le plus souvent, de démonstration rigoureuse. Logiquement, on peut considérer qu'une "*présomption mène d'un fait à un autre*", "*conduit vers*" une vérité seconde, et permet de "*s'en persuader*", plus qu'elle "*entend, développe*" un élément initial, pour se référer à certains initiaux de *inducere* et de *deducere*, même, si, effectivement, elle n'a pas de fonction de généralisation (voir J.DUPICHOT, D. GUEVEL, "Contrats et obligations. Présomptions. Notions générales", JurisClasseur civil 2009 (mise à jour 2016), Art. 1349 à 1353, fasc.10, n°14).

A propos du raisonnement inductif, on a pu faire remarquer que toutes les preuves sont des présomptions car elles partent toutes d'un fait constant pour en induire la vérité du point en litige. Mais, dans les modes de preuve parfaits ce phénomène intellectuel serait "*rapide et spontané*" alors que dans la présomption, le travail inductif serait plus long, plus perceptible et constituerait, dès lors "*l'élément dominant et constitutif*" (Voir G. BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de droit civil, tome II, 2ème éd., Peris 1886, p.877.).

nature à titre professionnel, tel que prévu par l'article 2 du Code de commerce. Cette preuve, même si elle peut être rapportée par tous moyens, n'est cependant pas aisée. Mais, actuellement, celui qui devrait prouver la qualité de commerçant est autorisé par la loi du 2 mai 1995 à prouver l'immatriculation au registre du commerce. Cette immatriculation constitue un titre qui emporte une présomption de commercialité¹. Il s'agit d'une présomption légale qui opère un déplacement de l'objet de la preuve dans la mesure où il suffit que la personne prouve l'immatriculation, au lieu de devoir prouver le plus difficile à savoir l'accomplissement des actes de commerce à titre professionnel. Cette présomption qui est attachée à l'immatriculation facilite donc au plaideur la preuve de la qualité de commerçant.

D'autre part, le juge dispose d'une totale liberté d'appréciation face à des présomptions de fait², alors que la mise en œuvre de la présomption légale constitue une question de droit. En l'absence d'un texte légal, la présomption tirée de l'immatriculation restait soumise, quant à son admission par les juges, aux dispositions de l'article 846 et suivant du Code des obligations et des contrats relatives aux "*présomptions qui ne sont pas établies par la loi*". Il a fallu, pour emporter la conviction du juge, un faisceau de présomptions concordantes, car à elle seule l'immatriculation ne paraît devoir constituer une présomption de fait suffisamment "*grave et précise ou bien nombreuse et concordante*"³. Le législateur exige donc, une pluralité d'indices et un serment de la partie qui les invoque⁴. La jurisprudence française admettait expressément que "*l'inscription au registre du commerce ne suffit pas à donner à la personne qui y est inscrite la qualité de commerçant*"⁵. A travers la formule "*ne suffit pas*", la Cour considérait que les juridictions du fond relèvent l'immatriculation ou le défaut d'immatriculation, non pas pour prouver directement la qualité ou le défaut de qualité

¹ Arrêt n°7295-2004 rendu par la Cour de cassation le 12-4-2005 (non publié); Arrêt n°51633-2010 rendu par la Cour de cassation le 22 novembre 2011 (non publié); Arrêt n°15332-2007 rendu par la Cour de cassation le 20-02-2008, Info-Juridique 2008, n°50-51, p.33.

² L'article 486 du Code des obligations et des contrats dispose que ces présomptions "*sont remises à la prudence du tribunal*".

³ Article 486 du C.O.C. "*Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont remises à la prudence du tribunal; il ne doit admettre que des présomptions graves et précises ou bien nombreuses et concordantes; la preuve contraire sera de droit et elle pourra être faite par tous moyens*".

⁴ Article 487 du Code des obligations et des contrats "*Les présomptions même graves, précises et concordantes, ne seront admises que si elles sont confirmées par serment de la partie qui les invoque*".

⁵RTD com. 1951, n°8, p. 481.

de commerçant, mais à titre subsidiaire, pour corroborer les résultats obtenus par l'examen de l'espèce au fond¹.

On devrait donc, admettre que l'immatriculation au registre ne constituait à l'encontre de l'intéressé qu'une présomption de commercialité, insuffisante à elle seule pour établir cette qualité. Désormais, l'immatriculation suffit depuis la promulgation de la loi du 2 mai 1995. Une présomption légale lie le juge qui ne saurait explicitement en faire abstraction ni même admettre que les parties la combattent trop directement quant au raisonnement qui la fonde. Ce serait là corriger la loi, donc empiéter sur le pouvoir législatif². Les présomptions légales reposent parfois sur la volonté du législateur de contraindre le juge à statuer d'une certaine façon. La loi force sa conviction.

456-Domaine de la présomption de la qualité de commerçant: Bien que le registre du commerce soit étendu hors le domaine commercial³, cette présomption est limitée à l'immatriculation des personnes physiques. Il est certain que, pour les sociétés commerciales par leur forme⁴ et pour les établissements publics à caractère commercial, la présomption est inutile⁵. Il en est de même pour les sociétés civiles⁶ ou les personnes morales qualifiées en fonction de leur objet⁷, comme les groupements d'intérêt économiques⁸. Ces cas d'exclusion de la présomption étaient prévus par le législateur français⁹. Cependant l'article 64 du décret du 30 mai 1984¹⁰ ne les reproduisait pas¹

¹ La même position était adoptée par le tribunal de Lyon, le 22 novembre 1934; "*l'inscription au registre du commerce n'est pas de nature à elle seule à attribuer la qualité de commerçant...*" (S. 1935.2.88).

² Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français, op.cit., n°750, note 7; J. DUPICHOT et D.GUEVL, "Contrats et obligations. Présomptions. Notions générales", JurisClasseur civil 2009 (mise à jour 2016), Art. 1349-1353, fasc.10, n°157.

³ Monsieur J. DERRUPPE a affirmé que "*l'extension du registre hors le domaine commercial entraîne inévitablement un amenuisement de la présomption de commercialité attaché à l'immatriculation*". J. DERRUPPE, RTD com. 1978, p. 552.

⁴ L'article 7 du Code des sociétés commerciales dispose que "*La société est commerciale soit par sa forme, soit par son objet. Sont commerciales par la forme et quel que soit l'objet de leur activité, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes*".

⁵ P. Le CANNU, "Le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés", art. préc., p. 8.

⁶ Si la loi du 2 mai 1995 impose à toutes sociétés (civiles ou commerciales) de s'immatriculer, son ancien article 32 précisait que les sociétés civiles seront immatriculées sous la catégorie «C». Cet article est modifié par la loi n°2010-15 du 14 avril 2010 pour prévoir une nouvelle composition du numéro d'immatriculation qui sera fixé par arrêté du ministre de la justice.

⁷ B. MERCADAL, "Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales", RTD com. 1982 ; p. 511.

⁸ L'article 443 du Code des sociétés commerciales dispose que "*Le groupement d'intérêt économique... aura un caractère commercial s'il a pour objet l'accomplissement des actes de commerce. Il aura le caractère civil s'il exerce une activité à caractère civil*".

⁹ L'article 41 al.2 du décret du 23 mars 1967 "*Toutefois, cette présomption ne joue pas à l'égard des personnes qui sont inscrites au registre au seul titre de propriétaire d'un ou plusieurs fonds de commerce mis en location-gérance, ni à l'égard des groupements d'intérêt économique, des sociétés civiles ou des sociétés coopératives agricoles*".

¹⁰ Cet article est abrogé et codifié par ordonnance n°2000-912 du 18 sept. 2000, à l'art. L.123-7 C. com.

puisqu'il a expressément qualifié de "*physique*" la personne visée par la présomption de commercialité.

Il n'en demeure pas moins que les sociétés de personnes, ayant un objet statutaire commercial non conforme à leur activité effective de nature civile, pourraient être dans une situation comparable à celle de la personne physique inscrite au registre du commerce qui exerce une activité non commerciale. Dans les deux hypothèses, le défaut d'activité commerciale ne pourra être suppléé par une déclaration au sens contraire. La différence entre les deux situations se situe davantage au niveau de support de la déclaration non conforme à la réalité; registre du commerce dans un cas, statuts sociaux dans l'autre².

457-Limites de l'utilité de la présomption de commercialité: Toutefois, il ne faut pas croire que le défaut d'immatriculation interdise toute preuve de la qualité de commerçant³. Certes, une telle preuve n'est pas admissible lorsqu'elle émane du commerçant lui-même qui ne peut se prévaloir de sa qualité s'il n'est pas immatriculé, mais les tiers peuvent prouver cette qualité pour le soumettre à des obligations. Dès lors, la qualité de commerçant repose sur une démonstration que l'individu remplit les critères de l'article 2 du Code de commerce, à savoir réaliser des actes de commerce à titre professionnel auxquels il convient d'ajouter les exigences jurisprudentielles

¹ Pour certains auteurs, l'article 64 constitue une heureuse simplification. Déjà, avant 1984, ils avaient suggéré l'opportunité de réserver la présomption de commercialité aux seules personnes physiques. En effet, elle est sans intérêt pour les sociétés commerciales par leur forme ainsi pour les établissements publics à caractère commercial; elle ne peut jouer pour les sociétés civiles ni pour les groupements d'intérêt économique ou les sociétés coopératives agricoles. Voir RTD com. 1978, p. 552, note J. DERRUPE.

² En effet la preuve de la qualité de commerçant d'une personne morale suppose au préalable la preuve de la constitution de la société. En conférant la personnalité morale, l'immatriculation matérialise l'existence de la société. De plus, cette immatriculation suppose que les statuts aient été préalablement rédigés par écrit, ce qui permet déjà de disposer d'un moyen probatoire efficace. Le Code des sociétés commerciales énumère les mentions minimales qui doivent figurer dans l'acte constitutif. Il s'agit de la forme parce qu'elle conditionne le fonctionnement de la société et la responsabilité des associés, l'objet social... (article 9 du Code des sociétés commerciales). En outre, l'article 11 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995, prévoit que l'objet de la société doit être indiqué dans la demande de son immatriculation. Ainsi, pour prononcer la commercialité d'une société de personnes, il faudrait démontrer le caractère commercial de l'objet de cette société. Pour ce faire, on peut avoir recours aux clauses du contrat de société qui déterminent l'objet social. Selon l'article 3 alinéa 5 du Code des sociétés commerciales, les tiers peuvent être admis à prouver par tous moyens l'existence de ces clauses (L'article 3 al. 5 du Code des sociétés commerciales apporte une atténuation à l'exigence de l'écrit afin de faciliter la preuve par les tiers de l'existence de la société ou de certaines clauses du contrat de société). Pour les sociétés commerciales par la forme, il faut s'assurer qu'elles revêtent l'une des formes commerciales de l'article 7 du Code des sociétés commerciales. Celle-ci doit être indiquée dans l'acte constitutif. Cette commercialité formelle revêt la forme d'une présomption légale irréfragable. Par conséquent, l'immatriculation peut simplement faciliter la preuve de la qualité de commerçant d'une personne morale.

³ P BEDER, Rep. Dalloz de droit commercial 2011, V° Registre du commerce et des sociétés, n°246.

d'accomplissement des actes de commerce à titre personnel¹. Dans ce cas, la preuve est apportée par tous moyens, notamment par témoins ou par présomptions du fait de l'homme². Le plus fréquemment, il s'agit d'indices concordants qui conduisent les juges à avoir leur intime conviction.

La qualité de commerçant résulte donc de la constatation de faits ou d'actes pour laquelle les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation. Toutefois, la notion de commerçant étant une notion juridique, la Cour de cassation contrôle la qualification établie de ces faits et peut, par conséquent, reconnaître ou refuser la qualité de commerçant³. Ainsi, la Cour de cassation tunisienne admet l'ouverture d'une patente comme étant un indice qui présume la qualité de commerçant⁴. En revanche, selon la jurisprudence française, l'imposition à la patente⁵, comme l'assujettissement à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux⁶ ou l'inscription sur les listes consulaires⁷, sont insuffisants à eux seuls pour apporter la preuve de la qualité de commerçant même s'ils peuvent en constituer un élément d'appréciation. Dès lors le juge ne peut pas se limiter à affirmer que la qualité de commerçant résulte des documents de la cause. Il lui faut indiquer les éléments sur lesquels repose sa qualification afin que la Cour de cassation puisse opérer son contrôle⁸.

Paragraphe 2: Le commerçant non immatriculé et le statut restreint du commerçant de fait.

458-Détermination du statut restreint du commerçant de fait: Généralement, le commerçant de fait est défini comme étant "*un commerçant à part entière qui, à titre de sanction, ne peut invoquer à son profit les dispositions du droit commercial*"⁹ faute de se soumettre aux obligations. De ce fait, les commerçants, au sens de l'article 2 du Code de commerce ne peuvent, tant qu'ils ne sont pas faits immatriculer, jouir des droits reconnus aux commerçants par les lois en vigueur. C'est une "*déchéance de tous les*

¹ Supra, p. 42.

² L. RUET, "Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial", RTD com. 1991, p. 151.

³ Cass. com., 2 oct. 1984, RTD com. 1985, p. 506.

قرار تعقيبي مدني عدد 59376 مؤرخ في 1 أكتوبر 1998 نشره محكمة التعقيب لسنة 1998 الجزء الثاني ص 200.

⁴ Cour de cassation, arrêt n°10886 rendu le 14 mars 1985 cité dans,

مصنف فقه القضاء التجاري التونسي، دار اسهامات في ادبيات المؤسسة 2010، ص 11.

⁵ Cass.civ., 11 août 1884, S. 1884,1, p.416 ; 14 mai 1912, S. 1912, 1, p. 303.

⁶ T.civ., Nantes, 24 mars 1933, sem.jur. 1933, 513.

⁷ C.A. Agen, 23 décembre 1921, S. 1922, 2, p. 41, note ROUSSEAU.

⁸ A. GOSELIN-GORAND, " Commerçants - Qualité de commerçant", JurisClasseur Commercial 2013, fasc.42, n°117.

⁹ F-X. VINCENSINI, La commercialité, op.cit., p. 347.

avantages qui leur sont reconnus par le législateur"¹. Cependant, monsieur DELGA préfère employer le terme de "déchéance d'un droit au sens plus général de règle juridique attachée au statut de commerçant"². Il a constaté que les prescriptions de droit commercial dont est privé le commerçant non immatriculé ne présentent pas toujours nécessairement, le caractère d'une prérogative. Il s'agit plutôt "d'une sanction qui prive le non inscrit de se prévaloir de la quasi-totalité des dispositions propres au droit commercial..."³. Selon cet auteur, l'interdiction pour le non immatriculé de se prévaloir de sa qualité de commerçant peut avoir un caractère absolu et général. La règle n'est pas édictée pour le seul but d'assurer la protection de tiers. Elle constitue surtout une mesure intéressant l'organisation du commerce. Le juge est en droit d'invoquer la déchéance, même en l'absence de toute demande des parties⁴. La nature de la déchéance attachée au défaut d'immatriculation est, donc, assez particulière.

Or, l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 semble, à une première lecture, justifier la manière dont le droit commercial peut être appliqué au commerçant non immatriculé. Il prévoit que ce dernier "ne peut invoquer son défaut d'inscription au registre du commerce pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité". On peut déjà voir dans cette disposition une sorte de directive générale quant à la sanction applicable à ceux qui exercent irrégulièrement leur profession. Ces effets juridiques constituent ce que l'on a pu appeler le "statut restreint des commerçants de fait". Par conséquent, le défaut d'immatriculation prive le commerçant de tous les droits reconnus par les lois en vigueur en sa faveur. En admettant que "le commerçant sérieux est celui qui est inscrit"⁵, le législateur prévoit la déchéance de tous les avantages inhérents à la qualité commerciale pour le non immatriculé qui demeure néanmoins, soumis aux obligations qui découlent de sa qualité. Cette position ne cesse de renforcer davantage le caractère sanctionnateur du défaut d'immatriculation: le législateur semble créer un déséquilibre pour une même personne, de sorte qu'elle est commerçante au regard de ses obligations et non

¹ R. SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art.préc, n° 32.

² J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 42.

³ Ibid., p. 70.

⁴ M.GRIBAA, Le registre du commerce, Mémoire en vue de l'obtention du D.E.A. en Droit des Affaires 1995-1999, Université de Droit, Economie et Gestion (Tunis III), p. 132.

⁵ A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., n°12.

commerçante au regard de ses droits¹. Elle devrait inciter les intéressés à s'immatriculer².

459-Toutefois, cette démarche ne peut entièrement satisfaire: En effet, si on ne peut douter que la mise en faillite personnelle³, la poursuite pour délit de banqueroute⁴ et la présomption de la solidarité passive⁵, liées à la qualité de commerçant, relèvent de la rigueur du droit commercial et qu'on ne peut jamais invoquer le défaut d'immatriculation pour s'en soustraire⁶, il est parfois fort hasardeux de dire si certaines dispositions ont pour but de créer un régime de faveur ou de défaveur (I). En outre, toutes les règles du statut professionnel n'ont pas pour objet de créer des droits ou des obligations, il pourrait s'agir tout simplement d'une pure règle objective, neutre en droit (II). Le principe de déchéance des droits du commerçant prévu par l'article 61

¹ R. SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°32.

² Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°936.

³ Le jugement déclaratif de faillite a des conséquences particulièrement choquantes sur la situation de la personne failli. D'abord, il entraîne à l'égard du failli la déchéance du terme même au profit de ses créanciers possédant une sûreté (Article 493 du Code de commerce). Ensuite il dessaisit de plein droit le failli de l'administration et de la disposition de tous ses biens, tous les droits et actions concernant son patrimoine sont exercés par le syndic (Article 486 du Code de commerce). Enfin, le failli ne peut occuper certaines fonctions: être membre dans le conseil d'administration (article 193 nouveau du Code des sociétés commerciales) ou dans le conseil de surveillance (article 256 nouveau du Code des sociétés commerciales) ou gérer une société (article 589 du Code de commerce, articles 213 et 217 du Code des sociétés commerciales). Il ne peut exercer une activité commerciale. Tous ces effets juridiques attachés au jugement déclaratif de faillite illustrent bien le caractère "*sanctionnateur*" de la procédure de mise en faillite. Cette procédure qui tend à moraliser le commerce est prévue spécifiquement pour le naufrage des commerçants malhonnêtes.

⁴ La banqueroute est une infraction pénale qui sanctionne des peines correctionnelles certains faits répréhensibles du débiteur en état de redressement ou de liquidation judiciaire (A. JACQUEMONT, Manuel de droit des procédures collectives, Paris, 6ème éd., Litec 1995, p. 315). Le législateur tunisien a essayé d'appréhender la totalité des comportements délictueux envisageables. Selon la gravité de la faute reprochée au commerçant, il distingue la banqueroute simple (article 290 du Code pénal) de la banqueroute frauduleuse (article 288 nouveau du Code pénal). On doit signaler aussi le cas prévu par l'article 590 du Code de commerce.

⁵ La solidarité se présente comme étant une modalité qui s'oppose au principe de la division d'une même obligation existant entre plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs (H. LEON et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, tome 2, volume 1, Paris, 7ème éd., Montchrestien, 1985, n° 1053). Elle se présente dans le Code des obligations et des contrats sous deux formes : la solidarité active ou entre créancier, objet des articles 163 à 173 de ce Code, et la solidarité passive régie par les articles 174 à 190 et qui lie plusieurs débiteurs d'une même dette, appelée par le Code solidarité entre débiteurs. Seule la solidarité passive trouve des applications en droit commercial (En effet, la solidarité active ne présente pas de particularisme en droit commercial. Elle est presque ignorée dans la pratique des affaires. A. et M-C PIEDELIEVRE, Droit du crédit, 2ème éd., Paris, PUF,1985, p. 102). Elle a lieu "*lorsque chacun (des débiteurs) est personnellement tenu de la totalité de la dette, et le créancier peut contraindre chacun (d'eux) à l'accomplissement en totalité ou en partie, mais n'a droit à cet accomplissement qu'une seule fois*" (Article 176 du Code des obligations et des contrats). Il en découle que la présomption de solidarité commerciale concerne les obligations des commerçants et non leurs droits.

⁶ et ce par application de l'article 61 alinéa 2 de la loi du 2 mai 1995 selon lequel les personnes non-immatriculées au registre du commerce ne peuvent invoquer leur défaut d'inscription pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à leur qualité de commerçant. Par conséquent, les commerçants non-immatriculés ne peuvent en aucun cas se prévaloir de leur défaut d'inscription pour s'exonérer de la présomption de solidarité commerciale ou pour se soustraire à la mise en faillite ou pour échapper à la punition prévue pour l'infraction du banqueroute.

(nouveau) de la loi du 2 mai 1995 ne peut être véritablement apprécié et approfondi qu'à travers les diverses incidences concrètes¹ et l'application de la jurisprudence.

On voit par là que la sélection des règles du statut professionnel qu'il conviendrait d'appliquer ne peut se faire selon l'objet propre de ces dispositions, dont il est souvent difficile de dire s'il a pour but de profiter aux commerçants ou de leur être plus rigoureux.

I/ Le doute quant au caractère favorable de certains droits :

460-En exerçant effectivement une activité commerciale, le non immatriculé est d'ores et déjà commerçant ne pouvant pas néanmoins, bénéficier des avantages du droit commercial. Mais, la sélection à opérer au sein des textes juridiques de ce droit s'avère plus délicate lorsqu'il s'agit du droit de redressement judiciaire (A), du droit au bail (B) et de la liberté de la preuve (C) dont on peut se demander s'ils ne comportent pas plus de faveurs que de contraintes.

A/ Le défaut d'immatriculation d'un commerçant et le droit au redressement judiciaire.

461-La demande de redressement judiciaire est subordonnée à l'immatriculation: Le commerçant peut se trouver dans une situation de malaise économique qui ne cesse pas de compromettre la continuité de son activité commerciale. Une telle situation déficitaire ne se traduit pas seulement par une difficulté conjoncturelle, mais surtout par une difficulté réelle qui peut même atteindre le stade de cessation de paiement². La loi n° 95-34 du 17 avril 1995 a instauré le régime

¹ Les intérêts d'ordre juridique qui s'attachent à la situation de la personne présumée commerçante du fait de l'immatriculation, sont rarement ou parfois jamais développés dans les manuels de droit commercial. Par contre, la plupart des auteurs ne manquent d'énumérer les règles applicables au commerçant non immatriculé.

² Sur cette notion V° K. KHARROUBI, "La notion des cessations des paiements en proie des réformes du droit des procédures collectives", R.T.D., 2001, pp. 309. Il faut rappeler également que, depuis la réforme du 29 décembre 2003, le législateur tunisien a fourni une définition légale de la cessation des paiements. Aux termes de l'article 18 (nouveau) alinéa 2 de la loi relative au redressement des entreprises "est considérée en état de cessation de paiement, toute entreprise qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec ses liquidités et actifs réalisables à court termes".

de redressement des entreprises en difficultés économiques¹. Cette loi a été abrogée par la loi n°2016-36 du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives² qui a intégré ce texte spécial dans le Code de commerce. C'est le livre 4, naguère réservé à la procédure déjà abrogée du concordat préventif³ et de la faillite toujours en vigueur⁴, qui sera le cadre légal de la matière⁵. En vertu de l'article 416 du Code de commerce, la loi est applicable à toute personne physique (ou morale) qui exerce une activité commerciale, artisanale, agricole ou industrielle. On peut constater ainsi, que l'article 416, en mentionnant les bénéficiaires de la loi, ne cite pas le commerçant, mais la personne qui exerce une activité commerciale⁶. Ce qui entre en ligne de compte donc, pour la mise en œuvre des dispositions de la loi, c'est l'activité elle-même plutôt que la qualité même de la personne et de son immatriculation au registre du commerce. La détermination du contenu de l'activité commerciale s'opère en application de l'article 2 du Code de commerce.

Contrairement à l'ancien article 414 du Code de commerce⁷ qui exigea du demandeur le certificat de son immatriculation au registre du commerce pour pouvoir bénéficier d'un concordat préventif⁸, l'article 4 bis⁹ de la loi du 17 avril 1995 ne mentionne plus ce document parmi les pièces qui doivent accompagner la demande du

¹ Loi n° 95-34 du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, J.O.R.T. n° 33 du 25 avril 1995, pp. 792. Cette loi s'inspire dans une large mesure de deux lois françaises : celle du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable et celle du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire et liquidation.

² J.O.R.T., n°38, p. 1727 et suiv. (en arabe).

³ Article 413 à 444 abrogés par la loi n°95-34 du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques.

⁴ Titre 2 du Livre IV du Code de commerce.

⁵ Sur l'apport de la loi n°2016-36 du 29 avril 2016, voir N. BRAHMI-ZOUAOU, "La loi n°2016-36 du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives (étude comparative entre le droit tunisien et le droit français)", Infos Juridiques 2016, n°222-223, p. 16 et suiv.

⁶ "Bénéficie de ce régime toute personne morale ou physique ... exerçant une activité commerciale au sens de l'article 2 du dit Code...".

⁷ Cet article a été abrogé par la loi n° 95-34 du 17 avril 1995.

⁸ Avant la promulgation de la loi n° 95-34 du 17 avril 1995, la cessation de paiement entraînait la mise en faillite du débiteur commerçant selon l'ancien article 445 du Code de commerce. Mais, un débiteur en difficulté, voulant à la fois éviter d'en arriver à ce que la faillite soit prononcée contre lui et voulant se donner les moyens de continuer l'exploitation de son entreprise, peut passer une convention avec ces créanciers afin qu'ils lui accordent des délais de paiement ou une remise partielle de ses dettes ou les deux à la fois. Cette convention est appelée concordat préventif. Voir F. MECHRI Leçons de droit commercial : les procédures collectives, Centre d'Etudes, de Recherches et de Publications Tunis 1994, p. 60.

⁹ Cet article est introduit par la loi du 15 juillet 1999. Il régit les formalités de présentation d'une demande de règlement judiciaire par l'entreprise qui connaît des difficultés économiques. En revanche l'article 19 nouveau est d'application générale à toutes les demandes de règlement judiciaire sans aucune distinction quant à leur auteur.

règlement judiciaire du commerçant. Mais, cet article est abrogé en 2003¹ pour ajouter à la demande de l'entreprise en difficulté économique, le numéro de son immatriculation au registre de commerce, avec un extrait de ce registre². Actuellement, l'article 417 du Code de commerce exige pour la recevabilité de la demande d'ouverture du règlement amiable ou judiciaire qu'elle renferme nécessairement une mention du numéro d'immatriculation au registre du commerce avec un extrait de ce registre.

Ainsi, le législateur subordonne l'admission de la demande au redressement du commerçant, en difficulté économique, à son immatriculation au registre du commerce. A cet égard, la question qui se pose est de savoir quelle sanction peut être appliquée si le débiteur commerçant n'est pas immatriculé? Le juge peut-il donc, déclarer en faillite un commerçant qui demande le règlement judiciaire parce qu'il n'est pas immatriculé au registre du commerce ?

462-Conséquence du défaut d'immatriculation sur la demande de redressement judiciaire: Par application de l'article 417 du Code de commerce, la demande effectuée par le commerçant en difficulté économique ou par un créancier ayant la qualité de commerçant pour bénéficier du régime de redressement, est obligatoirement rejetée si le numéro d'immatriculation au registre du commerce n'est pas présenté. On peut admettre ainsi, que le tribunal peut déclarer le débiteur en faillite surtout que cette décision est généralement prise dans le cadre du règlement judiciaire³. En effet, lorsqu'un règlement judiciaire est ouvert, et si l'hypothèse d'un redressement n'est pas envisagée, il n'est pas possible de quitter cette procédure pour aller introduire une nouvelle action en faillite, cette dernière est décidée dans le cadre du règlement judiciaire.

¹ Loi n° 2003-79 du 29 décembre 2003, modifiant et complétant la loi n° 95-34 du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques ; JORT n° 104 du 30 décembre 2003, p. 3713.

² Article 4 bis (nouveau) "*La demande des entreprises en difficultés économiques soumises au régime réel d'imposition qui est présentée en vue de bénéficier des dispositions de la présente loi doit contenir les données et documents suivants :*

- *La dénomination de l'entreprise demanderesse du redressement ou sa raison sociale et son siège, les noms, prénom et adresse personnelle de son représentant légal, son numéro d'identifiant fiscal, le numéro de son immatriculation au registre de commerce, avec un extrait de ce registre, son numéro d'affiliation à la caisse nationale de sécurité sociale...* "

³ L'article 476 du Code de commerce pose le principe selon lequel la faillite ne peut être prononcée qu'après un recours préalable obligatoire à la procédure du règlement judiciaire. Pour un débiteur en état de cessation de paiement, comme pour les créanciers soucieux du recouvrement de leurs créances, il n'est pas possible de taper à la porte de la faillite qu'après avoir emprunté la voie du règlement judiciaire. L'article 454 du Code de commerce régit aussi, le cas où la faillite est prononcée dans le cadre du règlement judiciaire. Au bout de la période d'observation, le tribunal va décider soit d'homologuer le plan de redressement envisageant la poursuite de l'activité de l'entreprise, sa location, sa location-gérance ou sa cession à un tiers, soit de prononcer la faillite, si l'entreprise a le statut de commerçant.

Cette solution était celle adoptée par la cour de cassation française qui avait admis, que les juges de fond avaient pu déclarer en faillite un commerçant parce qu'il ne s'était pas fait réimmatriculer au registre du commerce¹. Elle a été justifiée par le fait que l'infraction aux prescriptions légales concernant les commerçants était une cause de prononciation de la faillite. Tel est bien le cas du défaut d'immatriculation au registre du commerce².

Sans doute la faillite personnelle n'est-elle pas proprement une sanction pénale, mais elle s'en rapproche en ce qu'elle est source de déchéances et d'interdictions³. De ce fait, le renvoi à la faillite pourrait être source de malheur. Le débiteur qui, à cause de l'impossibilité de règlement ou du rejet de sa demande, est déclaré en faillite, il quitte le "*paradis vers l'enfer*"⁴. Il semble donc que la faillite ne soit plus une sanction susceptible d'être prononcée pour défaut d'immatriculation. Selon l'article 417 du Code de commerce, le rejet de la demande pour défaut de mention du numéro d'immatriculation au registre du commerce n'empêche pas la présentation d'une nouvelle demande.

463-De là, une certaine doctrine⁵ estime que le régime de redressement est une faveur pour le bénéficiaire comme l'exprime aussi l'article 434 du Code de commerce lorsqu'il dispose que "*peut bénéficier du règlement judiciaire toute entreprise...*". Fortement marqué par son homologue français, le législateur tunisien a procédé en 1995 à une rupture avec une longue tradition de faillite-élimination du commerçant. En réalité, les nécessités d'une telle réforme sont à rechercher très loin dans l'histoire de l'évolution des mentalités en matière des procédures collectives quant aux commerçants et quant aux difficultés que peut lui occasionner l'exercice de son commerce. En effet, du commerçant malhonnête et de mauvaise foi du Moyen âge⁶, dépossédé de tous ses biens, le point de passage s'est construit très lentement et très difficilement vers l'idée d'un commerçant "*honnête et malheureux*", victime d'une conjoncture économique difficile⁷. Pour protéger ce commerçant "*malheureux*", le législateur a instauré la

¹ C.S.S. Com. 6 déc. 1965: Bull. civ. III, n° 624.

² Cass. com. 6 déc. 1965, RTD com. 1966, n° 9, p. 651, obs. HOUIN.

³ Articles 486 et 487 du Code de commerce

⁴ H. ERRAID, "La loi du 17 avril 1995 est-elle la loi des incohérences ?", A.J.T., 1996, n°10, p.95.

⁵ M. MAHFOUDH, Une introduction au droit commercial tunisien, op.cit., p. 248 ; S. AYADI, "Le domaine d'intervention de la loi relative au redressement des entreprises", Infos Juridiques, 2007, n°26-27, p. 20.

⁶ V° C. DUPOUY, Le droit des faillites en France avant le Code de commerce, thèse, Paris 1956.

⁷ F. TERRE, "Droit de la faillite ou faillite du droit", R.J. com., 1991, p. 3.

procédure de règlement judiciaire qui sera applicable avant toute proclamation de la faillite¹.

En vérité, ce sont les conséquences désavantageuses de l'application de la législation ancienne en matière de faillite qui ont amené à une telle réaction du législateur. Vu la disparition totale des entreprises à cause du poids du passif, le législateur de 1995 a préféré faire fi des créanciers, notamment de ceux privilégiés, puisque ceux-ci, outre le fait qu'ils supporteront des échelonnements et des remises des dettes, sont mis sur un pied d'égalité, quant au paiement, avec les autres créanciers. Toutefois, cette position est bénéfique pour l'entreprise puisqu'elle lui permet d'alléger d'autant son passif, de sauvegarder ses moyens de production, son matériel, son outillage, son fonds de commerce pour les besoins de la continuation de l'exploitation². La poursuite de l'activité est l'un des objectifs fixés par la loi relative aux procédures collectives à laquelle sont ajoutés le maintien des emplois et le maintien des dettes³.

Ainsi, une lecture combinée de l'article 417 du Code de commerce avec l'article 61 (nouveau) alinéa 1 de la loi du 2 mai 1995 permet de conclure que le défaut d'immatriculation "*écarte du domaine de redressement tout commerçant ne respectant pas cette formalité, ce qui paraît logique, étant donné qu'un commerçant de fait ne peut bénéficier des privilèges accordés au commerçant de droit, y compris le privilège du redressement judiciaire*"⁴. Cette solution était adoptée par la Cour de cassation française lorsqu'elle a admis, dans son arrêt rendu le 25 mars 1997⁵, qu'un commerçant non immatriculé ne peut pas se prévaloir de sa qualité à l'égard des tiers, ce qui l'empêche de demander lui-même sa mise en redressement judiciaire.

464-Appréciation de cette position: Toutefois, cette position a été critiquée à juste raison⁶. *D'une part*, le sort de la demande, et par la suite de l'entreprise, n'est pas

¹ F. MECHRI, Droit des entreprises en difficultés économiques, Sud Editions-Tunis 2008, p.83.

² I. ABDELHAK, "La loi n°95-34 du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques : approche critique des objectifs et des moyens de sauvetage", R.T.D. 1999, p. 10.

³ L'article 415 du Code de commerce prévoit que le régime de redressement tend essentiellement à aider les entreprises qui connaissent des difficultés économiques à poursuivre leur activité, à y maintenir les emplois et à payer leurs dettes.

⁴ S. AYADI, "Le domaine d'intervention de la loi du 17 avril 1995", Journée sur la loi n°2003-79 du 29/12/2003, modifiant le régime de redressement des entreprises en difficultés économiques, le 13 avril 2004.

⁵ Cass. com. 25 mars 1997, Bull. Civ. IV, n° 83, p. 72. ; Rev. Soc. 1997, p. 599, note A. HONORAT.

⁶ P. GIOANNI, "Du refus d'admettre à une procédure de redressement judiciaire un débiteur non immatriculé au registre du commerce et des sociétés", Petites Affiches 14 décembre 1998, n°149, n°17 et suiv.

encore fixé à l'ouverture de la période d'observation¹. Aucune faveur n'est donc, garantie à l'avance à l'entreprise². *D'autre part*, cette lecture combinée peut mener à une double incohérence entre les deux textes juridiques.

- *D'abord*, si le régime de redressement constitue une faveur pour le commerçant, la privation du droit de redressement judiciaire entant que sanction du défaut d'immatriculation, doit jouer uniquement à l'encontre du commerçant demandeur et non pas les créanciers lorsqu'ils présentent par eux-mêmes la demande de l'ouverture contre leur débiteur d'une procédure collective. Or, le nouveau système de redressement exige le numéro d'immatriculation comme une pièce nécessaire devant figurer, sous peine de rejet, même dans la demande présentée par les tiers intéressés³. Cette exigence conduirait à laisser les créanciers dans l'inorganisation de la déconfiture et à les priver, peut-être injustement, de l'avantage des procédures de concours.

- *Ensuite*, selon l'article 61 (nouveau) alinéa 2 de la loi du 2 mai 1995, le non immatriculé reste soumis à toutes les obligations découlant de la qualité de commerçant. Les tiers, s'ils ont intérêt, peuvent prouver sa qualité afin de lui rendre applicable tous les éléments défavorables du statut du commerçant. De ce fait, le commerçant non immatriculé pourrait être mis en redressement judiciaire, notamment à la demande de ses créanciers. Le juge doit vérifier si l'intéressé remplit bien les conditions suffisantes pour être considéré comme un commerçant de fait⁴. La qualité de commerçant s'apprécie au moment de l'ouverture de la procédure⁵. Cette solution se justifie si les procédures ont un aspect répressif⁶. Or, comment peut-on dire que l'application du Titre I du livre IV du Code de commerce relatif au redressement des entreprises en difficulté,

¹ Aux termes de l'article 453 du Code de commerce, le tribunal qui statue sur la demande de règlement judiciaire peut rejeter la demande si l'entreprise n'a pas cessé ses paiements. Dans le cas où l'entreprise avait effectivement cessé ses paiements, le tribunal homologue le plan de redressement envisageant la poursuite de l'activité de l'entreprise, sa location, sa location gérance ou sa cession à un tiers, fixe la durée du plan et désigne un ou plusieurs contrôleurs de l'exécution qui pourrait être soit l'administrateur judiciaire, soit le représentant des créanciers ou toute autre personne. Si les possibilités du redressement sont absentes, le tribunal déclare le débiteur en faillite, s'il est soumis au régime de la faillite, ou bien en liquidation de l'entreprise dans les autres cas (article 454 du Code de commerce).

² A. BRAHMI, *Le droit du redressement des entreprises en difficulté*, Février 2002, p. 80.

³ Article 435 du Code de commerce.

⁴ Y. GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, tome 2, Paris, 9^{ème} éd. Economica 2003, p. 116.

⁵ Cass. com. 22 juin 1993, *Dalloz* 1993, somm. p. 366, obs. A. HONORAT.

⁶ C'était le cas des procédures collectives en droit français et avant 1967.

"au commerçant de fait peut-être tout autant un avantage qu'une contrainte, ce qui est critiquable"¹.

A ce niveau, cette incohérence entre les dispositions du Code de commerce et la loi relative au registre du commerce nous incite à redéfinir la nature des dispositions relatives au redressement. Est-ce qu'elles constituent un avantage pour le commerçant ?

465-Il est incontestable que les dispositions du Code de commerce relatives au redressement judiciaire s'inscrivent dans une lignée de diverses législations économiques adoptées tout au long de la dernière décennie du siècle précédent². Il s'agit d'un mouvement législatif de mise à niveau et de restructuration des acteurs économiques pour s'intégrer dans une nouvelle réalité celle de la mondialisation. Depuis son adhésion au GATT³ et surtout la conclusion d'un accord de partenariat créant une zone de libre échange avec l'Union européenne⁴, la Tunisie mise davantage sur la force de ses acteurs économiques face à la concurrence internationale et l'ouverture de ses frontières au libre flux des échanges et des services⁵.

Par ailleurs, abstraction faite de ces données inhérentes à la mondialisation de l'économie, l'entreprise, étant une source de création de richesses et d'emplois, doit être sauvegardée lorsque cela est possible, au lieu de la laisser succomber désespérément à ses difficultés. De ce fait, on peut admettre que les dispositions du Titre 1 sont d'ordre public ; elles sont moins protectrices du débiteur que de l'entreprise et de l'intérêt général⁶. Ainsi, le premier objectif de ces dispositions est de redresser des entreprises

¹ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 2, op.cit., p. 116.

² La loi n°91-64 du 23/7/1991 relative à la concurrence et les prix, modifiée et complétée par la loi n°95-44 du 24/4/1995 ; La loi de finances n°90-111 du 31/12/1990 qui a prévu dans son article 39 une disposition au profit des entreprises de bâtiments et de travaux publics qui se trouvent dans une situation difficile ; Une circulaire du 1^{er} ministre n°34 du 18/5/1994 créant la commission nationale d'aide aux entreprises en difficulté comme sous le nom SDS entreprises.

³ Loi n°95-6 du 23 janvier 1995 portant ratification des accords de l'Uruguay Round, J.O.R.T. n°9 du 31 janvier 1995

⁴ En vertu de l'article 52 de l'accord d'association Euro-méditerranéen la Tunisie s'est engagée à harmoniser sa législation, notamment en matière économique et financière, avec celles des pays européens. La loi n°96-49 du 20 juin 1996 portant ratification de l'accord Euro-méditerranéen établissant une association entre la République tunisienne d'une part, et leurs Etats membres d'autre part (J.O.R.T. n°51 du 25/6/1996, p. 1311 et le décret n°98-1273 du 18 mai 1998 portant publication de l'accord en question, J.O.R.T. n°49 du 19/6/1998, p. 1325) ; Voir N. BACCOUCHE, "Les implications de l'accord de l'association sur le droit fiscal et douanier", Mélange en l'honneur de H. AYADI, CPU 2000, p.5 et suiv.

⁵ B. KARRAY, "Le nouveau cadre juridique tunisien en matière de l'évaluation en douane", Etudes Juridiques 2002, n°9, p. 129.

⁶ C-T BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, information du public et preuve des actes, op.cit., p.173.

qui seraient par la suite capables de maintenir l'économie du pays et d'assurer une vraie concurrence sur le plan interne et externe¹. C'est cet objectif qui a incité le législateur à étendre son domaine qui se limitait à l'origine aux activités commerciales, artisanales et industrielles, mais avec la modification du 15 juillet 1999², il s'applique à des sociétés commerciales agricoles³ ou de pêche⁴. En outre, le législateur semble s'intéresser aujourd'hui non plus seulement aux anciennes difficultés financières propres aux commerçants, mais bien au delà, à toute entreprise individuelle ou sous la forme d'une personne morale qui connaîtrait des obstacles⁵.

Or, cet élargissement du domaine du Titre 1 n'a pas empêché le législateur d'exclure du régime de redressement toute entreprise ne méritant pas d'y accéder. Outre l'assujettissement au régime réel d'imposition⁶, il exige la mention du numéro d'immatriculation du demandeur au registre du commerce. Une telle limitation du champ d'application paraît être logiquement fondée, dans la mesure où l'omission de présenter une pièce obligatoire, comme le numéro d'immatriculation, fait présumer le non-respect du demandeur à ses obligations professionnelles⁷.

Aussi sélectif qu'il puisse paraître, le régime de redressement se prétend applicable aux seules entreprises qui le méritent⁸. Une entreprise économique ne peut en

¹ منصف الكشو، قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (دراسة نظرية وتطبيقية)، سوجيك 2015، ص 20-28.

² Loi n° 99-63 du 15 juillet 1999, portant modification de la loi n° 95-34 du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, JORT n° 57 du 16 juillet 1999 ; V° A. Gharbi HELLAL, Commentaire de la loi n° 99-63 du 15 juillet 1999 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en Droit des Affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis 1999-2000.

³ L'assujettissement des sociétés agricoles au régime de redressement est dû aux mutations profondes de l'agriculture au cours des dernières décennies. Il s'agit de l'évolution des techniques de production et des changements intervenus dans les structures juridiques de l'entreprise. V. C. DUPEYRON, "Procédures collectives et agriculture", Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, T. XXXIV, Université des sciences sociales 1986, p. 306.

⁴ Article 3 (nouveau) de la loi du 17 avril 1995.

⁵ Ces obstacles se reporteraient à tout ce qui a trait aux activités humaines relatives à la production, à la consommation et à la distribution des richesses. Voir I. ABDELHAK, "La loi n° -34 du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques", R.T.D. 1999, p.6.

⁶ Article 416 du Code de commerce. Les personnes assujetties à ce régime, doivent tenir une comptabilité conforme à la législation comptable des entreprises (loi n° 96-112 du 30 décembre 1996 relative au système comptable des entreprises, JORT n° 105 du 31 décembre 1996.). En revanche, les personnes soumises au régime forfaitaire, exonérées de la règle de la tenue d'une comptabilité, ne peuvent pas être admises au bénéfice du redressement judiciaire sauf si elles optent pour l'intégration du régime réel. Ainsi, une pareille exigence montre que le régime de redressement n'est qu'une contrepartie d'un minimum d'organisation dans la vie comptable de l'entreprise et de sa transparence vis-à-vis de l'administration fiscale.

صالح الذهبي، "دور المصالح في انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية"، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2002، ص 142.

⁷ S. AYADI, "Le domaine d'intervention de la loi relative au redressement des entreprises", Infos Juridiques, 2007, n°26-27, p. 25.

⁸ Ibid, p. 22.

bénéficiaire qu'en se dotant d'un minimum d'organisation et de structuration dans le cadre de son activité. Dans ce cadre, l'immatriculation ne joue pas son rôle juridique mais, constitue un moyen d'enquête permanente sur l'activité commerciale et industrielle du pays.

466-Solution du droit français: Cette solution n'est pas celle adoptée par le législateur français actuellement. En effet, sous l'empire des textes antérieurs au décret-loi du 20 mai 1955, il n'était pas discuté que la personne non immatriculée au registre du commerce ne pouvait, à la suite de la réforme de 1953, demander la liquidation judiciaire, puisque pour la demander, il fallait invoquer la qualité de commerçant¹. Mais depuis que la liquidation judiciaire avait été remplacée, selon le décret du 20 mai 1955, par le règlement judiciaire, on estimait généralement que l'immatriculation au registre du commerce n'était plus une condition de ce règlement judiciaire². Depuis la loi du 13 juillet 1967, l'immatriculation ne semblait pas être exigée, et à plus forte raison, l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985 doit-il s'appliquer en l'absence d'immatriculation. Cette tendance est confirmée par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, laquelle, en visant au titre des personnes susceptibles de bénéficier d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire celles exerçant une activité professionnelle indépendante³, permet au commerçant non immatriculé au registre du commerce et des sociétés de solliciter le bénéfice d'une procédure collective. Toutefois, il est à préciser que pour une société, il va de soi, qu'elle ne peut être soumise au règlement judiciaire à défaut d'une immatriculation au registre du commerce⁴.

B/ Le défaut d'immatriculation et le droit au renouvellement du bail.

467-Conditions du droit au bail: Selon l'article premier, les dispositions de la loi du 25 mai 1977⁵ s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un

¹ A. JAUFFRET, RTD com. 1955, p. 301, n° 7; R. HOUIN, RTD com. 1953, p. 965, n° 1; T. com. Dunkerque, 24 janv. 1955, Gaz. Pal. 1955, I, p. 216.

² R. HOUIN, Rép. com. Dalloz, V° Faillite- Règlement judiciaire, n° 59; A. JAUFFRET, RTD com. 1955, p. 542, n° 13.

³ Articles L.620-2 alinéa 1^{er}, L. 631-2 alinéa 1^{er}, L. 640-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce français.

⁴ P. GIOANNI, "Du refus d'admettre à une procédure de redressement judiciaire un débiteur non immatriculé au registre du commerce et des sociétés", art. préc., n° 17 et suiv.

⁵ Loi n° 77-37 du 25 mai 1977, réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux d'immeuble ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, J.O.R.T. n°38, du 31 mai 1977, p.1433.

fonds de commerce est exploité pendant deux années consécutives au moins, que ce fonds appartienne à un commerçant, à un industriel ou à un artisan. Ainsi, pour prétendre se prévaloir du statut spécial des baux commerciaux, le locataire doit répondre à certaines conditions. Il s'agit d'abord d'un contrat valide qui constitue un bail à loyer et qui est destiné à l'exploitation d'un fonds. Ensuite, l'existence d'un immeuble ou d'un local est indispensable pour bénéficier du statut des baux commerciaux. Enfin, un commerçant doit exploiter son propre fonds de commerce pendant deux années successives au moins. Mais, la question qui se pose est de savoir si l'immatriculation du locataire-commerçant au registre du commerce est une condition pour se prévaloir de ce statut ?

468-Le droit français: l'immatriculation est une condition pour bénéficier du renouvellement du bail commercial: Le législateur français a tranché la controverse jurisprudentielle¹ ; la loi n°65-356 du 12 mai 1965, modifiant l'article 1^{er} du décret n°53-960 du 30 septembre 1953, devenu l'article L.145-1 du Code de commerce, décide formellement que les dispositions du décret sont applicables "*à un commerçant ou industriel immatriculé au registre du commerce*". Le bénéfice du statut des baux commerciaux suppose donc, une immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Mais cette inscription n'est une condition du bénéfice du statut des baux commerciaux que pour le renouvellement du bail. Il faut en effet distinguer les conditions requises pour l'application du statut des baux commerciaux et celles nécessaires au droit au renouvellement². Et, comme il a pu être développé³, l'immatriculation est une condition du seul droit au renouvellement. De ce fait, pour se prévaloir du droit au renouvellement, il suffit que le locataire soit

¹ Une partie importante de la jurisprudence avait refusé au commerçant non-immatriculé le droit au renouvellement de son bail (T. civ. Montaubon, 9 février 1955, JCP, G, 1956, II, 9096, note P. SOUQUIRE et G. MADARY ; T. civ. Seine, 27 janvier 1958, I, jurisprudence, p. 215). Mais, d'assez nombreuses juridictions du fond s'étaient prononcées en sens contraire (T. civ. Seine, 28 mai 1957, Gaz. Pal., 1957, 2, jurisprudence, p. 63 ; C.A. Colmar, 25 mars 1960, D. 1960, p. 624). Et la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de cette seconde opinion (Cass. com. 15 juillet 1964, D. 1964, p. 531 ; JCP, G, 1964, II, 13803). Voir notamment Ch. LAVABRE, "L'évolution du statut des baux commerciaux", in Dix ans de droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T.7, Paris, Litec 1978, p. 787; C. LAVABRE, B. GAUCLERE et J-L. TIXIER, "Baux commerciaux, chronique jurisprudentielle n°5", Petites affiches 17 juillet 2000, n°141, pp. 12.

² J. MONÉGER, "L'obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés du locataire resté dans les lieux", Loyers et copropriété 2002, n°5, p.5.

³ B. BOCCARA, "Baux commerciaux, la distinction du champ d'application du statut et les conditions du droit au renouvellement", JCP, 1979, I, 2932; J. DERRUPPE, "L'immatriculation du locataire commerçant au registre du commerce et des sociétés", in Mélanges Michel CABRILLAC, Paris Litec 1999, p. 562.

immatriculé lorsque le congé lui est délivré¹ ou lorsqu'il demande le renouvellement². Il a cependant intérêt à ne pas retarder son immatriculation car il peut recevoir un congé anticipé qui suffira, même ayant été délivré plusieurs années à l'avance³, à le placer en situation irrégulière et à lui faire perdre le droit au renouvellement. La cour de cassation française applique avec fermeté cette obligation puisqu'elle exige l'immatriculation de chacun des copreneurs⁴ lorsque le fonds de commerce est indivis.

Cette solution est-elle applicable en droit tunisien ?

469-La non exigence de l'immatriculation en droit tunisien: Contrairement au droit français, la loi du 25 mai 1977 n'exige pas expressément l'immatriculation du commerçant comme une condition indispensable pour l'application du statut des baux commerciaux⁵. Mais, la combinaison des articles 1er de la loi du 25 mai 1977 et 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 exige pour le locataire commerçant qui souhaite se prévaloir du statut des baux commerciaux qu'il soit immatriculé au registre du commerce⁶. Le défaut d'immatriculation interdit au locataire de se prévaloir des dispositions de la loi du 25 mai 1977. Le commerçant, non immatriculé au registre du commerce, qui exploite, depuis deux années consécutives, un fonds de commerce dans un local risque de ne pas pouvoir se prévaloir de sa qualité de commerçant, et exiger de son bailleur, le bénéficiaire du droit au renouvellement du bail. De son côté, le bailleur peut opposer à son locataire le défaut d'immatriculation pour lui contester l'exercice de ses droits. En effet, lorsque le bail a été conclu pour une durée déterminée et que le locataire n'a pas encore fait procéder à son immatriculation à la date d'expiration contractuellement prévue, le bail n'est pas soumis au statut et le bailleur n'est même pas tenu de délivrer congé pour y mettre fin. La convention cesse de plein droit par l'arrivée

¹ Civ. 20 mars 1984, Gaz. Pal., 1985, 2, pan., 324 ; Civ. 18 mai 1988, JCP, 1989, N. II, 116. ; Cass. civ. 3ème, 24 mai 2000, RJ com, n° 11, 2000, N° 1563, obs. G. Teillais ; Civ. 3ème, 12 avril 1983, JCP, 1985, II, 20371.

⁴ Ch. QUEMENT, Bail commercial. Renouvellement. Conditions du droit au renouvellement, JurisClasseur Entreprise individuelle 2016, fascicule 1320, n° 39.

³Cass. 3 ème civ. 18 mai 1988, JCP 1989, éd. N, II, note Guérin.

⁴M. KEITA, "La condition d'immatriculation au R.C.S. est applicable à un bail renouvelé postérieurement à la loi du 12 mai 1965", Petites affiches 14 août 2000, n° 161, pp. 11.

Concernant l'obligation d'immatriculation des copreneurs même ceux qui ne participent pas à l'exploitation du fonds voir supra, p. 55.

⁵Même la loi du 13 décembre 1983 portant statut de l'artisan n'exige pas que l'artisan soit inscrit au répertoire des entreprises artisanales pour bénéficier du droit au renouvellement. V. F. BOURAOUI DARGOUTH, "Vers un rapprochement du statut de l'artisan de celui du commerçant", art. préc., p. 105.

⁶K. MISSAOUI, Droit tunisien du bail commercial, éd. C.L.E. 2000, p. 34.

du terme prévu¹. Mais, réciproquement, le locataire ne peut pas opposer son défaut d'immatriculation au bailleur qui lui aurait notifié une demande de révision du prix de loyer en application de l'article 24 de la loi de 1977. L'article 61 de la loi du 2 mai 1995 lui interdit de se prévaloir de la non accomplissement de l'immatriculation pour se soustraire des ses obligations.

470-Appréciation de la solution: Toutefois, cette position n'est pas à l'abri de toute incertitude. La loi du 25 mai 1977 n'exige pas l'immatriculation du locataire pour qu'il bénéficie du statut des baux commerciaux. Dès lors, lorsque l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 prévoit qu'un commerçant non-immatriculé ne peut pas se prévaloir des droits attachés à la qualité de commerçant et de toutes les conséquences favorables qui en découle, il apporte une condition non prévue par la loi de 1977. La jurisprudence tunisienne a refusé une telle adjonction. Elle applique la loi du 25 mai 1977 à des personnes censées à un titre quelconque exercer une activité commerciale tout en n'étant pas immatriculées au registre de commerce. En réalité, la Cour de cassation n'a guère pris en considération la question de l'immatriculation du preneur commerçant au registre du commerce lors de la discussion des conditions d'application de la loi². Seulement, et dans certains arrêts, cette question était soulevée uniquement pour prouver la qualité de commerçant du locataire³.

Soucieuse d'étendre le domaine de la loi du 25 mai 1977, la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 9 mai 1990⁴, a admis que l'exercice du commerce au mépris d'une incompatibilité ne faisait pas obstacle à l'application de cette loi. Il s'agissait en l'occurrence, d'un fonctionnaire qui, parallèlement à sa fonction, exerçait une activité commerciale et avait constitué un fonds de commerce. La cour a décidé qu'il pouvait

¹ G. GUERIN, "De la nécessité de l'inscription au registre du commerce et des sociétés du preneur d'un bail commercial", JCP, 1987, N, p.317.

² Voir sur la question, D. OUALI, "Le droit au renouvellement du bail : constance législative et mutation jurisprudentielle", in La jurisprudence source du droit, publié par l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax 2011, n°2, p. 289.

³ Dans son arrêt n° 2805 du 25 octobre 2004, la Cour de cassation a appliqué l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 pour dénier la qualité de commerçant à un locataire eu égard au caractère simple de la présomption. Cet arrêt est cité par S. ROMDHANA, "Quelques réflexions à propos de trois arrêts rendus par la Cour de cassation", A.J.T., 2006, n°19, p. 193.

⁴ Cass.civ. arrêt n°19128 du 9 mai 1990, Bull. C. cass. 1990, p. 127.

bénéficier de la protection de la loi de 1977 et obtenir une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement du bail¹.

Cette solution qui respecte le texte de la loi du 25 mai 1977, ne contredit-elle pas l'esprit de l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995? Pour pouvoir répondre à cette question il faut d'abord, chercher si le statut des baux commerciaux reconnaît un droit en faveur du commerçant?

Dans le but d'assurer aux locataires-commerçants la stabilité juridique et matérielle qui leur est indispensable pour rallier et conserver la clientèle, la loi du 25 mai 1977 a consacré, ce que certains ont appelé "*la propriété commerciale*"². En effet, le locataire-commerçant, qui répond à certaines conditions, bénéficie d'un droit au bail qui lui permet d'obtenir le renouvellement du bail à son expiration normale à peine d'indemnité d'éviction représentant le préjudice qu'il subit par suite à son expulsion. Ce droit prend, de ce fait, une importance considérable dans le patrimoine du commerçant³. Mais on peut voir également que c'est une véritable protection du fonds de commerce plus que du commerçant qu'il s'agissait dans l'esprit du législateur. Résultant des règles le plus souvent d'ordre public⁴, le statut des baux commerciaux tend à réaliser, si ce n'est la pérennité, du moins la stabilité de son fonds de commerce⁵. L'article 2 de la loi n°77-37 du 25 mai 1977 prévoit l'application du statut des baux commerciaux aux "*baux de locaux ou d'immeubles quand leur utilisation est indispensable à l'exploitation*

¹ En revanche, la Cour de cassation a considéré que le locataire commerçant qui n'a pas obtenu les autorisations administratives nécessaires à l'exercice de l'activité commerciale, ne peut prétendre bénéficier des dispositions de la loi de 1977 (Cass.civ. arrêt n°7127 du 6 mai 1982, Bull. C. cass. 1982, III, p.121).

² J-G. LE MARDELE, "Le statut des baux commerciaux et la propriété commerciale", JCP, 1954, G, 1131 ; A. OMRANE, "Le droit au bail", Etudes Juridiques 1993-1994, n°3, p. 114;

بلقاسم القروي الشابي، الملكية التجارية، نقوش عربية؛ محمد الهاشمي دحيدح، "خواطر حول احكام تعديل الاكزية التجارية وتجديدها وتنهيتها"، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1983، ص 7؛ رشيد الصباغ، "المؤجر هل له انتهاء الكراء وعرض التجديد في اكرية المحلات التجارية"، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1984، ص 19؛ رشيد الصباغ، الملكية التجارية. الاحكام الجديدة في القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977، تونس 1985.

Mais, ce qu'il faut souligner c'est que l'expression "*propriété commerciale*" est juridiquement impropre. Le droit au renouvellement n'est pas un droit réel et l'expression "*propriété commerciale*" ne peut même pas être employée pour marquer l'opposabilité absolue de ce droit comme celle de la propriété industrielle. Ce droit ne confère à son auteur qu'un droit personnel contre le bailleur.

³ M-L SAINTURAT, "La prédominance d'un élément : la protection statutaire du local", A.J.D.I. 2001, n°12, p. 1049.

⁴ La loi de 1977 n'est pas expressément déclarée d'ordre public. Mais, l'article 32 frappe de nullité les conventions qui seraient contraires à certaines dispositions.

⁵ L'extension du régime de droit au bail commercial paraît possible à un fonds de nature numérique. En effet, le commerçant peut être lié contractuellement à un fournisseur d'hébergement qui mettra à sa disposition l'espace disque afin que le site soit accessible sur le réseau. Le contrat d'hébergement est qualifié du contrat de louage de chose. Voir F. SILVA, "Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique?", DROIT-TIC, 2003, http://www.droit-tic.com/url_du_document; consulté le 16-10-2017; M. LEVIS, "Site internet: de l'incorporel ou virtuel", A.J.D.I., 2001, p.1073.

du fonds..." sans toutefois faire référence à leur immatriculation. Il s'agit des locaux accessoires qui ne seront soumis au statut que s'ils répondent à certaines conditions¹. On recourt généralement à une subtilité de vocabulaire en distinguant local principal, accessoire et secondaire. Alors que les locaux secondaires comme les principaux doivent être immatriculés au titre d'une immatriculation secondaire ou inscription complémentaire, par application de l'article 14 de la loi du 2 mai 1995, les locaux accessoires sont exempts de toute formalité. En réalité, cette subtilité de langage prête parfois à la confusion. La distinction entre les deux types de locaux tient au critère d'exploitation. L'établissement secondaire est un établissement distinct de l'établissement principal dans lequel est exploité un véritable fonds de commerce². À l'inverse, le local est accessoire lorsqu'il n'accueille aucune exploitation autonome³. Quant au législateur français, il exige du commerçant qui exploite son commerce dans plusieurs locaux qu'il soit inscrit pour chaque établissement⁴ et n'a pas droit au renouvellement du bail d'un local pour lequel il n'était pas immatriculé⁵. La jurisprudence française n'étend pas cette exigence aux locaux accessoires⁶.

C/ L'immatriculation au registre du commerce et la liberté de la preuve.

471-Consécration de la liberté de la preuve dans l'arsenal juridique: Pour faire reconnaître une obligation ou un droit, on doit rapporter au juge la preuve de l'engagement de l'autre partie. Mais l'administration de la preuve diffère du droit civil au droit commercial. En droit civil, l'écrit est exigé, chaque fois que la valeur de l'acte

¹ Ces conditions sont exigées par l'article 2 de la loi du 25 mai 1977; il s'agit d'abord de la nécessité des locaux accessoires, ensuite, il faut que les locaux accessoires soit loués au vu et au su du bailleur en vue de l'utilisation jointe.

² Article 14 de la loi du 2 mai 1995, définit l'établissement secondaire comme étant " *tout établissement permanent, distinct de l'établissement principal et dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers*".

³ V. J.-L. COURTIER, "La commercialité s'applique-t-elle aux locaux accessoires", Petites affiches 19 avril 2000, n°78, p. 11; S. DUPLAN-MIELLET, "Le renouvellement des baux des locaux accessoires", Administrer juill. 1992, p. 5

⁴ Obligation d'immatriculation d'un local secondaire, voir Civ. 3e, 31 mai 1978, Bull. civ. III, no 229 ; 4 nov. 1992, JCP, 1993, E, 304, obs. J. MONEGER.

¹ Ch. QUEMENT, Bail commercial. Renouvellement. Conditions du droit au renouvellement, JurisClasseur Entreprise individuelle 2016, fascicule 1320, n°30.

⁶ Civ. 3e, 11 déc. 1996, Administrer avr. 1997, p. 34, obs. B. BOCCARA ; 11 juin 1997, Bull. civ. III, n°131; Civ. 3ème, 30 mai 1996, Gaz. Pal. 1997, II, 513, obs. C. YOUNEGO. Toutefois, selon un avis, tout local, qu'il soit accessoire ou secondaire, doit être immatriculé s'il est utilisé comme point de vente avec l'exploitation d'un fonds de commerce dès lors que l'immatriculation de l'établissement est exigée par la réglementation relative au registre du commerce (Civ. 3e, 9 oct. 1991, JCP, E, 1993. I. 256, n°35-1, obs. J. MONEGER; Petites affiches 19 avril 2000, n° 78, pp. 11, obs. J.-L. COURTIER: lorsqu'un local accessoire est exploité dans une autre ville, cet établissement doit être égal. inscrit au RCS pour bénéficier du renouvellement).

juridique dépasse la somme de 1000 dinars¹. C'est le système de la preuve préconstituée. Il réagit sur la formation du contrat. Puisqu'il faut se réserver la preuve écrite du contrat qui a été passé, les parties sont obligées d'en dresser acte. Ces règles civiles ne s'appliquent pas aux actes de commerce. En matière commerciale, les impératifs du commerce, fondés sur la rapidité, ne peuvent pas se plier aux exigences lourdes de l'écrit. En outre, les commerçants sont des gens avisés en affaires, il serait inutile de les soumettre à l'exigence de la rédaction des actes qu'ils passent².

Si en France, le législateur a consacré expressément le principe de liberté de la preuve commerciale³, en Tunisie, c'est la jurisprudence⁴ qui l'a consacré par interprétation de l'article 598 du Code de commerce. Une lecture superficielle de cet article donnerait à penser qu'il ne s'agit en fait que de l'énonciation d'une liste des moyens susceptibles de faire constater les engagements commerciaux⁵. Mais son examen nous conduit à accepter tous les moyens de preuve en matière commerciale. La généralité des moyens de preuve reconnus par le texte, l'admission des présomptions parmi la liste des preuves commerciales ouvre la voie à l'interprétation libérale des moyens généralement utilisés par les commerçants. Cette interprétation est confirmée par l'article 478 al.2 du Code des obligations et des contrats, aux termes duquel, la preuve testimoniale est recevable "*entre commerçants, dans les affaires où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites*". Bien qu'une lecture à la lettre de cet article conduise à n'admettre la preuve testimoniale que dans le cas où les usages commerciaux dispensent de la preuve écrite, la jurisprudence tunisienne l'a admise de manière générale en matière commerciale, sans nécessité de se référer aux usages commerciaux⁶.

¹ Article 473 nouveau du Code des obligations et des contrats tel que modifié par la loi n° 2000-57 du 13 juin 2000.

² S. MELLOULI, "La preuve des actes juridiques dans le Code des obligations et des contrats", in Livre du centenaire du Codes des obligations et des contrats 1906-2006, CPU, Tunis 2006, p. 249, n°38.

³ L'article 109 du Code de commerce français, modifié par la loi du 12 juillet 1980 dispose que "*à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi*".

⁴ Cass. civ., arrêt n°39301 du 16 juin 1960, Bull. C. de cass. 1960, p. 50.

⁵ Article 598 du Code de commerce "*Les engagements commerciaux se constatent : 1°-par acte authentique ; 2°-par acte sous seing privé ; 3°-par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier dûment signé par les parties ; 4°-par une facture acceptée ; 5°-par la correspondance ; 6°-par les livres des parties ; 7°-par la preuve testimoniale et par présomption dans le cas où le tribunal croira devoir les admettre. Le tout sauf les exceptions établies par la loi*".

⁶ Cass. civ., arrêt n°39-301 du 16 juin 1960, Bull. C. cass. 1960, p. 50 ; Cass. civ., arrêt n°56-1290, Bull. C. cass. 1960, p. 105 ; R. MEZGHANI, Les règles de preuve, Publications de l'Institut d'administration publique, Arabie Saoudite, 1985, p. 218.

472-Silence des textes juridiques quant à l'exigence de l'immatriculation: Il ressort de ces deux articles que le principe de la liberté de preuve n'est admis que si l'engagement est commercial (article 598 du Code de commerce) et que les parties au litige sont commerçantes (article 478 du Code des obligations et des contrats)¹. Or, aucun de ces deux articles n'exige l'immatriculation au registre du commerce comme une condition pour invoquer le principe de la liberté de preuve. Dans ce cas on peut se référer aux dispositions générales de l'article 61 (nouveau) alinéa 1 de la loi du 2 mai 1995 qui interdisent à toute personne de se prévaloir de sa qualité de commerçant tant qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce. Ainsi, le commerçant non-immatriculé ne peut pas se prévaloir des avantages réservés aux commerçants. La question qui se pose est de savoir si le principe de la liberté de preuve constitue un avantage du droit commercial ?

473-Spécificité de la liberté de la preuve: L'analyse de la preuve en matière commerciale permet de dépasser le clivage et le carcan rigide imposé pour l'administration de la preuve civile. L'admission du principe de la liberté de la preuve a pour première conséquence de permettre aux commerçants de s'affranchir de l'obligation de prouver leurs engagements par un écrit car il constitue une entrave au principe de rapidité tant recherchée dans les transactions commerciales. De ce fait, la hiérarchie des modes de preuve qui est la base du système probatoire en matière civile², n'est pas admise en matière commerciale. Tous les moyens de preuve cités par l'article 598 du Code de commerce se valent, et sont admis cumulativement ou alternativement,

¹ L'application du principe de la liberté de la preuve est écartée dans le cas où l'une des parties n'a pas la qualité de commerçant. En effet le commerçant qui actionne le civil doit se conformer aux règles de preuve applicables en matière civile, notamment celles relatives à l'exigence de l'écrit. A l'inverse, lorsque le défendeur est commerçant, les tribunaux sont hésitants. Dans son arrêt rendu le 3 juin 1959, la cour de cassation avait écarté l'application du principe de liberté de preuve en interprétant d'une manière exégétique l'article 478 du Code des obligations et des contrats. Elle avait refusé de recevoir la preuve par témoins à l'encontre du commerçant (Cass. civ. 3 juin 1959, R.J.L. 1960, n°6, p. 53). Cependant, les juridictions de fonds ont jugé que le cocontractant non commerçant peut utiliser tous les moyens de preuve à l'égard du commerçant (Trib. d'inst. Tunis, jugement n° 953 du 28 janvier 1964, R.J.L. 1964, n°9, p. 10). En droit français, la preuve est libre sur l'action dirigée contre le commerçant. Elle est soumise aux règles du droit civil sur l'action dirigée par un commerçant contre un non-commerçant. Voir Y. CHARTIER, "La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980", in Aspects du droit privé en fin de 20ème siècle, Etudes réunies en l'honneur de M. Juglart, Paris, LGDJ 1986, p.95 et suiv.; F. CHMOUX, "La loi du 12 juillet 1980, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve", JCP, 1981, G, p.3008.

² En matière civile, l'article 427 du Code des obligations et des contrats énumère cinq modes de preuve qui sont : l'aveu, l'écrit, la preuve testimoniale, la présomption et le serment. Certains modes de preuve ont une valeur plus grande que d'autres. On distingue généralement entre les preuves parfaites que sont l'aveu, l'écrit, et le serment décisive, devant lesquelles le juge civil ne peut que s'incliner ; et les preuves imparfaites - le témoignage et les présomptions - lesquelles peuvent être contestées par le juge qui est libre de les accepter ou des les rejeter.

pour prouver les engagements commerciaux. Ainsi, selon cet article, les commerçants pourront faire valoir pour prouver leur engagement, d'un acte authentique, d'un acte sous seing privé, d'un bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, d'une facture acceptée¹, d'une correspondance, des livres de commerce, d'une preuve testimoniale et d'une présomption.

Cette liberté constitue une garantie de nature à les prémunir contre d'éventuelles contestations, en leur permettant de recourir aux moyens dont ils disposent pour s'opposer aux allégations de la partie adverse. De ce fait, ils ne seront pas astreints, dans leur activité, à des contraintes particulières au niveau de la forme des opérations réalisées, en prévision d'une éventuelle contestation ; mais pourront exciper des documents dont ils disposent et qui seront de nature à attester de la véracité de leurs engagements. Ainsi, le principe de la liberté de preuve autorise à reconnaître une efficacité à des instruments probatoires qui ne satisfont pas aux exigences formelles du droit civil. Alors qu'en matière civile on ne peut se constituer une preuve à soi même², dans le domaine commercial, les livres de commerce³ sont admis non seulement en faveur de celui qui les détient mais aussi contre son adversaire. L'obligation imposée aux commerçants, de par la loi⁴, de tenir une comptabilité selon une procédure précise⁵, leur permet d'administrer leurs livres en justice. Le législateur tunisien, comme son homologue français⁶, prévoit explicitement dans l'article 461 du Code des obligations et des contrats la possibilité d'utiliser les livres et les documents comptables en faveur du commerçant puisqu' "*ils constituent pleine preuve contre elle et en sa faveur*". En outre, l'article 11 du Code de commerce exige deux conditions pour que les livres de commerce puissent faire preuve. Il faut que le litige soit entre commerçants et pour faits de commerce.

¹ Cass. civ., arrêt n° 377401 du 15 fév. 1995, in Bull. Civ. c. cass. 1995, p. 352.

² Article 568 du Code des obligations et des contrats "*Les registres et papiers domestiques tels que les lettres, notes et papiers volants, écrits de la main de la partie qui les invoque ou signés par elle, ne font pas foi en faveur de celle qui les a écrits*".

³ Le législateur impose aux commerçants et aux sociétés commerciales de tenir un ensemble de livres comptables. Un livre journal qui enregistre les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise opération par opération et jour par jour. Un grand livre, qui regroupe l'ensemble des comptes de l'entreprise. Un livre d'inventaire qui récapitule chaque année après évaluation, tous les éléments d'actif et de passif de l'entreprise. Enfin, les commerçants peuvent établir des livres et des journaux auxiliaires. Ils sont aussi astreints à préparer des documents comptables, tels que, les états financiers, la balance.

⁴ Les articles 7 à 13 du Code de commerce imposent aux commerçants la tenue de certains livres de commerce et l'obligation de faire un inventaire annuel.

⁵ Loi n°96-112 du 30 décembre 1996 relative au système comptable des entreprises.

⁶ Selon l'article L. 123-23, alinéa 1^{er} du Code de commerce français, les commerçants peuvent invoquer leur propre comptabilité régulièrement tenue.

Par conséquent, pour profiter du régime dérogatoire de la preuve, éminemment plus souple et donc plus favorable au demandeur que le régime légal appliqué en matière civile, pour invoquer en justice ses propres livres de commerce pour faire preuve, la partie au litige devrait justifier sa qualité de commerçant à travers son immatriculation au registre du commerce. Ce sont les commerçants de droit qui peuvent invoquer leurs livres et leur propre comptabilité régulièrement tenue¹.

474-Appréciation de cette solution: En pratique, le tribunal devant lequel une telle exception est soulevée doit qualifier d'abord, l'engagement litigieux avant de se prononcer sur les modes de preuve admis, qui seront différents selon la nature reconnue à l'obligation². Le débat pour l'affirmation de la nature de l'activité litigieuse a des conséquences directes sur le régime juridique qui lui est applicable. De ce fait, la preuve d'un engagement ou de son contenu sera tributaire de la qualité de celui qui en invoque le bénéfice ce qui entraîne un déplacement du domaine de la preuve, du contenu de l'engagement vers celui de son signataire. Dans ce cadre, la jurisprudence tunisienne vérifie la qualité des parties sans toutefois prendre en considération leur immatriculation au registre du commerce³. On peut conclure ainsi, que la partie non-immatriculée peut être considérée comme commerçante, et profiter de la liberté de la preuve si elle parvient à prouver cette qualité par quelque moyen que ce soit, à condition pour elle de parvenir à emporter la conviction du juge.

S'il est incontestable que la liberté de la preuve a pour but de faciliter le commerce, il est admis aussi qu'elle est rigoureuse pour ceux qui l'exercent dans la mesure où elle ne joue que contre eux⁴.

¹ Selon l'article 11 du Code de commerce, les livres de commerce peuvent être produits en justice comme moyen de preuve, à condition que ces livres soient conformes aux prescriptions légales. V. cass. civ. Arrêt n° 6286 du 4 juillet 1986, R.T.D. 1969-1970, p. 258 ; Cass. civ. Arrêt n° 4135 du 13 octobre 1968, R.J.L. 1967, p. 99 ; Cass. civ. Arrêt n° 11509 du 8 avril 1985, Bull. c. cass. 1986, p. 159 ; Cass. civ. Arrêt n° 2916 du 6 février 1996, R.J.L. 1996, n°4, p. 81 ; Cass. Civ. Arrêt n° 6776.2005 du 26 avril 2006 (inédit).

² Cass. civ. n°9261 du 7 mars 1973, Bull. C. cass. 1973, p. 84 ; Cass. civ. n°52552 en date du 27 février 2002 ; Cass. civ. n°2597 du 7 juillet 2004; Cass.civ. n°26344 du 19 avril 1990, disponible sur <http://jurisprudence.e-justice.tn/cgi-bin/wxis>.

³ C. cass. arrêt n°67673 du 24 décembre 1998 ; C. cass. arrêt n°58487 du 30 novembre 1998 ; C. cass n°52153 du 16 avril 1998 ; C. cass. arrêt n°60880.97 du 1^{er} mars 1999 (inédits), cités par A. HAMISSI, Les livres des commerçants, mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies en Droit des Contrats et des Investissements, 1999-2000, Université de Tunis III, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, p. 118.

⁴ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°76 et 80; B. SAVELLI, L'exercice illicite d'une activité professionnelle, op.cit., p. 286, n°349.

II/ Le caractère objectif - neutre- de certaines règles.

475-Souvent, la loi édicte au profit des commerçants, des règles mais qui sont neutres comme celles fixant la compétence des chambres commerciales (A). D'autres règles ne pouvaient pas être considérées comme favorables aux commerçants dans la mesure où elles s'appliquent aussi aux non commerçants. Il s'agit principalement des règles de prescription (B).

A/ Le défaut d'immatriculation et la compétence des chambres commerciales.

476-Création des chambres commerciales: Les impératifs de la vie des affaires ont commandé l'existence des règles particulières régissant les activités commerciales et l'institution de juridictions spécialisées pour trancher les litiges entre commerçants¹. L'absence de cette juridiction spéciale a pendant longtemps pesé sur le monde des affaires en ce sens que les juridictions ordinaires n'appréhendent qu'incomplètement le monde complexe des entreprises lors de la prise des décisions les concernant².

C'est avec la loi n° 95-43 du 2 mai 1995, modifiant et complétant l'article 40 du Code de procédures civiles et commerciales³, que le législateur a prévu la possibilité de créer, au sein de tribunal de première instance, des chambres commerciales à compétence spécialisée et à composition particulière⁴. Elles ne représentent pas une juridiction autonome⁵. Leur compétence est restrictive⁶, mais n'est pas exclusive puisqu'elles statuent sur les affaires commerciales en premier ressort⁷.

477-Compétence des chambres commerciales: Aux termes de l'article 40 alinéa 4 du Code de procédure civile et commerciale, la chambre commerciale est compétente, pour statuer sur les affaires commerciales, définies comme étant "*toute action relative à*

¹ J. VAN RYN, "Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial", RTD com. 1953, p. 569.

² خالد محفوظ، "المحاكم التجارية"، مداخلة القيت في اطار ملتقى " في سبيل تطوير التشريع التجاري"، صفاقس 19-20 نوفمبر 1993، م.ق.ت. عدد 2، 1994، ص 45.

³ JORT du 9 mai 1995, n° 37, p. 1055.

⁴ Supra, p. 470.

⁵ Cass. civ. arrêt n°61849 du 5 mai 1997, Etudes Juridiques de Sfax, 1998-1999, n° 6, p. 107, note S. KRAIEM.

⁶ Le caractère restrictif de la compétence des chambres commerciales résulte du fait que la compétence est partagée entre le juge cantonal et la chambre commerciale en fonction du montant de l'affaire commerciale.

⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 71296 مؤرخ في 27 مارس 2003 صادر عن الدوائر المجتمعة " إن إختصاص الدوائر التجارية ليس مطلقا ولا عاما وإنما هو مقتصر على محاكم الدرجة الأولى ومنحصر في المحاكم الابتدائية التي صدر أمر بإحداث دوائر تجارية بها"

un litige entre commerçants en ce qui concerne leur activité commerciale"¹. Pour déterminer la compétence de la chambre commerciale, deux conditions doivent être réunies cumulativement : la qualité de commerçant et le fait que la contestation porte sur l'activité commerciale. Ainsi, tous les contrats passés par un commerçant sont, en principe, des actes de commerce et relèvent, par conséquent de la compétence de la juridiction commerciale lorsqu'ils font l'objet d'un litige entre commerçants ou en sont la cause². Les chambres commerciales sont aussi compétentes pour connaître d'engagements qui, se rapportant à l'exercice de l'activité commerciale, ont une source extracontractuelle³, délictuelle ou quasi-délictuelle⁴.

Les chambres commerciales ne peuvent trancher les affaires commerciales que si elles constatent la qualité de commerçant des deux parties. Le législateur exclue de leur compétence les actes mixtes⁵ qui relèvent de la compétence du tribunal de première instance ; juridiction de droit commun. Dès lors, le demandeur ainsi que le défendeur doivent avoir la qualité de commerçant. La chambre doit décliner sa compétence du moment que l'une des parties apporte la preuve que l'autre partie n'a pas en réalité cette qualité⁶. Selon la cour de cassation, dans son arrêt n° 61849 daté du 5 novembre 1997, le tribunal qui a rejeté le pourvoi quant à la forme, doit renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente⁷. Cette position est louable car elle cherche la

¹ Article 40 (nouveau) alinéa 5.

² Cependant, selon l'article 39 du Code de procédure civile et commerciale "*Le juge cantonal connaît en premier ressort jusqu'à sept mille dinars, ..., en matière commerciale, des actions en paiement*". Ce jugement est-il susceptible d'appel devant la chambre commerciale ? La cour de cassation dans sa décision n° 5194 daté du 10/03/2005, se référant à la décision de la chambre réunie 71296 du 27/03/2003, considère que l'article 40 du Code de procédure civile et commerciale relatif à la détermination de la compétence exclusive de la chambre de commerce pour statuer sur les affaires commerciales ne s'applique pas en matière d'appel de ce jugement rendu par le juge cantonal. Ainsi l'appel peut être interjeté devant le tribunal de première instance. V° B. c. cass. 2005, I, p. 183. En revanche, la cour de cassation semble ignorer la dernière phrase du paragraphe 7 de l'article 40 qui dispose "*La dite chambre ..., ou lorsqu'elle statue en tant que juridiction d'appel sur ce qui relève de sa compétence*".

³ H. SOLUS, R. PERROT, Droit judiciaire privé. La compétence, tome 2, Paris, Sirey, 1973, p. 130.

² C. GIVERDON, "Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce", RTD com. 1953, p. 855.

⁵ Lors des travaux préparatoires portant sur l'article 40 du code de procédure civile et commerciale, il a été indiqué qu'"en définissant l'affaire commerciale comme étant l'affaire naissant entre commerçants en ce qui concerne leur activité commerciale, le législateur exclut les actes mixtes, c'est dire les actes passés entre un commerçant et un non-commerçant".

⁶ Chambre commerciale, tribunal de première instance de Sfax, jugement n° 58 du 18 févr. 1997, inédit ; Jugement n° 62 du 4 mars 1997, inédit

⁷ قرار تعقيبي عدد 61849 مؤرخ في 5 نوفمبر 1997. تعليق السيد سامي كريم. مجلة دراسات قانونية 1998-1999 عدد 6 ص 106.

réalisation de l'efficacité et de la souplesse, qui sont les motifs justifiant la création des chambres commerciales¹.

478-La détermination de la qualité de commerçant contribue ainsi, à identifier les affaires qui seront soumises à la compétence des chambres commerciales. *Mais, doit-on exiger aussi que le commerçant soit immatriculé au registre du commerce ?*

479-En application de la règle édictée par l'article 61 de la loi du 2 mai 1995, le commerçant non-immatriculé, ne pouvant se prévaloir de sa qualité, ne peut être reçu comme demandeur devant la chambre commerciale. Ce commerçant de fait ne peut bénéficier des garanties accordées par l'institution du magistrat professionnel². En effet, les affaires commerciales, devenant à la fois plus spécialisées et plus complexes, nécessitent une meilleure connaissance des règles juridiques, connaissances acquises par les juges professionnels. Juges et assesseurs commerçants contribuent, chacun de son côté, à une meilleure solution des différends commerciaux et ce en adaptant les règles de droit aux circonstances spécifiques à chaque différend. L'échevinage sera considéré alors comme la formule idéale qui permet de réunir au sein d'une même formation les garanties juridiques (par l'intermédiaire du juge carrière) et l'expérience pratique (par la voie des juges occasionnels)³.

Le commerçant non-immatriculé ne peut aussi bénéficier des règles particulières pouvant être appliquées devant la chambre commerciale. En effet, le législateur l'autorise à dépasser sa fonction juridictionnelle⁴ en faveur d'une mission de conciliation⁵ et même à statuer en équité. L'article 40, alinéas 11 et 12 du Code de procédure civile et commerciale dispose que les parties "*peuvent, à toute phase de la*

¹ ناجي البكوش، "الدوائر التجارية: الاشكاليات الدستورية والقانونية"، مجلة دراسات قانونية، 1997، عدد 5، ص 33.
Or, selon monsieur N. EL GHAZOUANI, la chambre commerciale n'a pas le droit, ni l'obligation de renvoyer l'affaire devant le tribunal de première instance

نور الدين الغزواني، اجراءات مدنية وتجارية: القانون الاجرائي العام، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس 2012، ص 252.

² A la différence des autres chambres du tribunal de première instance composées exclusivement de magistrats de carrière, qui sont recrutés par concours et nommés par le Président de la République, les juges des chambres commerciales se répartissent en deux catégories. Le tribunal étant une formation collégiale, son président est un magistrat professionnel. En revanche selon l'article 40 alinéa 6 du Code des procédures civiles et commerciales, les deux assesseurs sont remplacés par deux commerçants nommés pour 3 ans par arrêté du Ministre de la justice.

³ R. PERROT, Institutions judiciaires, op.cit., p. 343

⁴ Article 40 alinéa 4 du Code de procédure civile et commerciale "*... des chambres commerciales compétentes pour statuer sur les affaires commerciales*".

⁵ Article 40 alinéa 11 du Code de procédure civile et commerciale. Dans le Code des obligations et des contrats, le législateur emploie l'expression "*transaction*" pour viser la conciliation. Il la définit comme étant "*un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie*" (article 1458 du code des obligations et des contrats).

procédure, demander à la chambre de statuer sur le litige selon les règles de l'équité". Statuant selon les règles de l'équité la chambre commerciale serait affranchie de la rigidité des règles du droit commun.

480-Appréciation de la solution: Mais, d'autres situations, plus délicates, peuvent se présenter. Si, dans un litige un commerçant non immatriculé intente une action devant la chambre commerciale, le défendeur, commerçant immatriculé peut-il en accepter la compétence s'il y trouve intérêt ? Il lui suffirait alors de comparaître et de ne pas soulever l'exception d'incompétence de la chambre commerciale. Il n'y a donc pas de raison que le commerçant immatriculé ne puisse pas bénéficier de la souplesse de la procédure devant ces chambres commerciales lorsqu'il a un litige avec un commerçant non immatriculé à raison de son commerce et qu'il y trouve avantage. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine tunisienne refuse à l'article 40 du Code de procédures civiles et commerciales le caractère d'ordre public bien qu'il s'agit d'une règle de compétence d'attribution¹. Par conséquent, si le défendeur qui estime que le demandeur n'a pas la qualité de commerçant, renonce à soulever l'exception d'incompétence après l'introduction de l'instance², le juge n'est pas tenu de relever d'office ce moyen³.

481-La position de la jurisprudence: tendance vers l'élargissement de la compétence des chambres commerciales: Bien que la compétence des chambres commerciales est limitée et exceptionnelle⁴, le juge refuse de déterminer la notion d'affaire commerciale d'une manière restrictive et ce par la combinaison des deux articles 40 alinéa 5 du Code des procédures civiles et commerciales et 61 de la loi relative au registre du commerce. Au contraire, on note une tendance de la jurisprudence tunisienne vers l'élargissement du champ de la compétence des chambres commerciales. D'abord, on peut constater que l'immatriculation au registre du commerce n'est pas prise en considération pour déterminer la compétence de la chambre commerciale⁵. Cette dernière aura, avant de trancher le différend, à vérifier si la qualité de commerçant est remplie ou non par les parties concernées et ce par

¹ C. LABASTIE-DAHDOUH et H DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 88.

² En fait, les parties peuvent soulever la question de l'incompétence de la chambre commerciale résultant de l'inobservation des règles relatives à la compétence d'attribution que ce soit en appel ou en cassation.

³ Contrat. Cass.civ. n°18364 du 14 novembre 2002, <http://jurisprudence.e-justice.tn/cgi-bin/wxis>.

⁴ الطيب اللومي، "القضاء التجاري في تونس"، مجلة القضاء والتشريع عدد 7، 1996، ص 18.

⁵ Cass.civ. n°6503 du 13 mars 2001 ; Cass.civ. n°5194 du 10 mars 2005, <http://jurisprudence.e-justice.tn/cgi-bin/wxis>.

application de l'article 2 du Code de commerce¹. De ce fait, un commerçant immatriculé ainsi qu'un commerçant non immatriculé peuvent intenter leur action devant la chambre commerciale si l'affaire concerne leur activité commerciale.

Ensuite, dans son arrêt n°1826 rendu le 7 octobre 2004², la Cour de cassation a étendu la notion de l'affaire commerciale au litige entre commerçants alors que le demandeur possède cette qualité par application des dispositions du Code des sociétés commerciales. Il s'agit en l'occurrence d'un litige entre une société commerciale et son Président Directeur Général, tireur d'une lettre de change. Or, lorsque l'alinéa 5 de l'article 40 exige la qualité de commerçant des deux plaideurs, c'est dans l'article 2 du Code de commerce qu'on doit chercher la définition. D'après cet article, le commerçant ne peut être défini qu'à travers l'exercice à titre professionnel d'une activité commerciale.

Une telle position est celle de la jurisprudence française qui n'a pas interprété d'une manière restrictive la loi. Bien que le législateur français semble exiger que les deux parties aient la qualité de commerçant pour que le litige soit soumis au tribunal de commerce³, la jurisprudence admet la compétence du tribunal de commerce pour connaître les actes mixtes⁴. Tout en se basant sur le principe "*nul ne doit être soustrait à ses juges naturels*", elle a retenu la solution la plus favorable au non-commerçant en distinguant selon que le demandeur au procès est le commerçant ou au contraire le non-commerçant. Si l'acte mixte est commercial du côté du demandeur et civil du côté du défendeur, le litige doit être porté devant le tribunal civil, seul compétent⁵. Si, en revanche, l'acte mixte est civil du côté du défendeur, la jurisprudence permet au demandeur de saisir, à son choix, soit le tribunal de droit commun, soit le tribunal de commerce⁶.

482-Des arguments militent en faveur d'une interprétation extensive de l'article 40 alinéa 5 du Code des procédures civiles et commerciales: D'abord, la

¹ عبد الرؤوف بن الشيخ، "اختصاص الدوائر التجارية"، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1998، ص 19.

² http://jurisprudence.e-justice.tn/textes/pdf/juris//2004/JURIS_0001_001826_2004_10_07.pdf.

³ Article L. 721-3 du Code de commerce français "*Les tribunaux de commerce connaissent : I° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux*".

⁴ Pour une étude de cette jurisprudence voir H. CROZE, "Tribunaux de commerce. Organisation et compétence", jurisClasseur commercial 2008 (mise à jour 2010), fasc. 10, n° 36 et suivant.

⁵ C.A. Poitiers, 8 janv. 1981, RTD com. 1981, p. 521, obs. J-C. DUBARRY.

⁶ CA Paris, 15 octobre. 1962, RTD com. 1963, p. 551, obs. BOITARD; CA Paris, 24 novembre 1988, Juris-Data n° 026392.

chambre commerciale n'est pas la seule compétente pour juger les affaires commerciales et la compétence en la matière est partagée entre le juge cantonal et la chambre commerciale en fonction du montant demandé. La chambre commerciale ne connaîtra que des affaires dont le montant dépasse sept mille dinars¹. Ensuite, le tribunal de première instance juge aussi les affaires commerciales là où n'existent pas des chambres commerciales². Enfin, la relation étroite entre la qualification commerciale et la compétence de la chambre commerciale se trouve le plus souvent dépassé. La chambre commerciale est compétente en matière des litiges relatifs aux sociétés et en matière de redressement des entreprises sans nécessité de rechercher dans la qualification des personnes en cause³.

On estime ainsi que "*l'article 40 alinéa 5 offre une conception trop restrictive de l'affaire commerciale et il aurait sans doute mieux valu viser les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes*"⁴. La compétence de la chambre commerciale serait déterminée non pas en fonction de la qualité personnelle des demandeurs mais à partir de l'objet du litige. Déjà, lorsque le législateur attribue aux chambres commerciales le pouvoir de procéder à la conciliation ainsi qu'à l'arbitrage judiciaire à travers les règles de l'équité, il n'a pas pour autant déterminer leurs procédures ni leurs effets. C'est en se référant au Code de l'arbitrage qu'on pourrait déterminer leurs conditions de l'exercice. Or, ce Code a éliminé toute différence entre les commerçants et les non-commerçants en permettant aux seconds de décider de recourir à l'arbitrage et aux jugements d'équité avant de connaître la nature et

¹ Article 39 du Code des procédures civiles et commerciales.

² Article 40 alinéa 4 du Code des procédures civiles et commerciales "*Il peut être créé par décret, au tribunal de première instance, des chambres commerciales compétentes pour statuer sur les affaires commerciales*". Ainsi, les chambres commerciales sont créées par décret en fonction de l'activité commerciale dans le ressort du tribunal. A défaut de chambre commerciale, c'est une chambre du tribunal de première instance qui statuera sur le litige. Le décret n°427 du 11 mars 1996 a d'ores et déjà créé une chambre commerciale au tribunal de première instance de Tunis, du Kef, de Sousse, de Monastir, de Sfax, de Gabes, de Gafsa et de Mednine.

³ Article 40 alinéa 7 du Code des procédures civiles et commerciales dispose que la chambre commerciale connaît "*... des litiges relatifs à la constitution des sociétés ou à leur direction ou dissolution ou liquidation ou pour les litiges se rapportant au redressement des entreprises...*". Voir I. BEN REJEB, L'administration judiciaire des sociétés commerciales, Thèse, faculté des sciences politiques, juridiques et sociales de Tunis 1996, p. 316.

⁴ C. LABASTIE-DAHDOUH et H DAHDOUH, Droit commercial, volume 1, op.cit., p. 89.

l'importance du litige en cause¹. Il semble donc que l'arbitrage judiciaire n'est plus une institution spécifique au droit commercial.

B/ Le défaut d'immatriculation et la prescription:

483-Définition: Sous le terme "*prescription*", il faut distinguer deux institutions qui, bien que voisines, jouent en des domaines différents : la prescription extinctive et la prescription acquisitive². La prescription extinctive est "*un mode d'extinction de l'action qu'une personne pourrait intenter contre une autre à raison d'une obligation. Cette prescription est acquise quand le créancier a laissé écouler un certain délai sans agir contre le débiteur. Il ne peut alors rien réclamer au débiteur qui se trouve libéré sur le plan judiciaire*"³.

Le régime de la prescription en droit commercial est celui du droit commun sauf dans les cas où la loi a prévu un délai plus court⁴. L'article 402 du Code des obligations et des contrats pose le principe selon lequel le délai de prescription de droit commun est de 15 ans⁵. Il s'agit d'une prescription de principe applicable aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale.

¹ Il s'agit de la clause compromissoire qui peut être définie comme étant une convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent par avance à soumettre à l'arbitrage, les litiges, futurs, qui pourraient naître relativement à ce contrat. A la différence du compromis, la clause compromissoire porte donc sur un litige éventuel. Avant 1993, le droit tunisien n'admet la validité de cette clause compromissoire qu'en matière commerciale. Avec la réforme de 1993 concernant l'arbitrage, le législateur l'envisage tant dans le domaine civil que commercial (article 16 du Code de l'arbitrage).

نور الدين الغزواني الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم مجلة القضاء والتشريع عدد 10 لسنة 1994 ص 7.

² Pour distinguer entre les deux types de prescription voir M. MIGNOT, "Prescription extinctive. Dispositions générales", JurisClasseur Civil 2016, Art. 2219-2223, fasc. unique, n°1 et suiv.

³ Le Manuel Permanent du Droit des Affaires Tunisien, juillet 1994, V° Prescription, n° 2.

La prescription acquisitive ou usucapion est un mode d'acquisition du droit de propriété. Quand le possesseur a possédé un bien dont il n'était pas propriétaire pendant un certain délai, et que le propriétaire n'a pas revendiqué le bien, celui-ci se trouve acquis au possesseur à l'encontre du véritable propriétaire, qui perd ainsi la propriété.

⁴ En matière de sociétés, ce délai est de trois ans (article 55 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales: recours des créanciers contre la société en nom collectif ; article 100 in fine : recours des créanciers contre les associés apporteurs en nature dans la SARL ; article 104 al. 3 : recours contre la SARL pour demander sa nullité... En matière de contrats commerciaux, les actions auxquelles peuvent donner lieu les contrats de transports de personnes ou de commission de transport de personnes, sont soumises à une prescription de trois ans (article 666 du Code de commerce), les contrats de transport de choses ou contrat de commission de transports de choses à un an (article 652 du Code de commerce).

⁵ Art. 402 du Code des obligations et des contrats : "*Toutes les actions qui naissent d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers*".

484-Position de la jurisprudence tunisienne: La Cour de cassation a décidé que la prescription annale prévue par l'article 403 du Code des obligations et des contrats¹ se limite aux actions des commerçants contre les non-commerçants pour "*le prix des marchandises vendues pour les besoins de sa consommation ménagère*"². Elle a soumis les commerçants dans leurs rapports réciproques à la prescription de quinze ans. Dans son arrêt rendu le 24 juin 1999, la Cour a expressément explicité que "*tant que la transaction entre les parties est commerciale, elle obéit au délai de prescription long prévu par l'article 402 du Code des obligations et des contrats*"³. Le motif d'une telle solution réside dans l'idée que les courts délais sont destinés à protéger le non commerçant dans ses rapports avec les commerçants. "*Lorsqu'il s'agit de commerçants entre eux il leur revient d'aménager par eux-mêmes les moyens de leur propre protection*"⁴.

Par conséquent, la jurisprudence tunisienne admet l'application du délai de droit commun pour les obligations en général y compris pour les obligations entre commerçants⁵. Les commerçants comme les non-commerçants sont soumis, dans leurs relations, à la prescription de quinze ans. De ce fait, peut-on conclure qu'en matière de prescription la distinction entre commerçant immatriculé et celui non immatriculé a perdu tout intérêt.

485-Toutefois, cette unicité entre le droit civil et droit commercial en matière de prescription est critiquable. Le droit commercial se caractérise par la rapidité des transactions et le délai de quinze ans paraît incompatible et risque d'entraîner une certaine incertitude dans des relations commerciales. C'est pourquoi, une intervention législative paraît être nécessaire pour faire bénéficier les commerçants d'une

¹ Article 403 du Code des obligations et des contrats "*se prescrivent par une année de trois cent soixante cinq jours : 1. L'action des marchands, fournisseurs, fabricants, à raison des fournitures par eux faites ; ...*".

² Cass. Civ. Arrêt n° 1442, du 11 juin 1929, R.J.L. 1960, n°9 et 10, p. 139 ; Cass. Civ. Arrêt n° 2281, du 2 mars 1933, R.J.L. 1960, n° 9 et 10, p. 134 ; Cass. Civ. Arrêt n° 4025, du 18 décembre 1942, R.J.L. 1960, n° 9 et 10, p. 135 ; Cass. Civ. Arrêt n° 3744, du 3 février 1942, R.J.L. 1960, n° 9 et 10, p. 135 ; Cass. Civ. Arrêt n° 4511, du 27 juillet 1966, R.J.L. 1966, n° 10, p. 74 ; Cass. Civ. Arrêt n° 3662, du 19 janvier 1967, R.J.L. 1967, n° 6, p. 47 ; Cass. Civ. Arrêt n°7600, du 1^{er} avril 1971, R.J.L. 1972, n° 4 et 5, p. 33 ; Cass. Civ. Arrêt n° 13879, du 27 janvier 1987, Bull. civ. 1987, p. 319 ; Cass. civ. Arrêt n° 13676 du 16 déc. 1986, Bull. Civ. 1986, II, p. 174 ; Cass. civ. Arrêt n° 12303 du 1^{er} avril 1985, Bull. C. cass. 1985, I, p. 101 ; Cass. civ. Arrêt n° 19582 du 11 mai 1989, Bull. C. cass. 1989, p. 197 ; Cass. Civ. Arrêt n° 7588.2005 du 24 avril 2006 (inédit).

³ Cass. civ. n°69242 du 24 juin 1999, Bull. C. Cass. 1999, p. 135.

⁴ N. BEN AMMOU, Droit commercial, cours correspondant au programme de la troisième année de la maîtrise en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2006-2007, p. 70.

⁵ Cass. Civ. Arrêt n° 15332/2007, du 25/2/2008, Info Juridique n° 50/51 – 2008, p. 33 ; Cass.civ. n°3585 du 6 novembre 2000, Bull. C. cass. 2000, p.176.

prescription plus courte ce qui leur permet plus rapidement d'apurer des situations juridiques litigieuses. La réduction de la durée du délai de prescription de droit commun ne peut que renforcer la sécurité juridique et par conséquent encourager l'activité économique. Elle permet aussi d'harmoniser les textes relatifs à la prescription extinctive avec les textes du droit commercial relatifs à la conservation des livres de commerce. En effet, les commerçants sont tenus de garder leurs archives pendant dix ans¹, et donc ils doivent être en mesure de justifier de leurs paiements pendant toute la durée de l'obligation de garder les archives². Passé ce délai, ils peuvent alors invoquer la prescription pour échapper à la nécessité de prouver le fait du paiement³.

486-Solution du droit français: S'inscrivant dans un vaste mouvement de réforme du droit des obligations, le législateur français a simplifié et unifié les règles de la prescription par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008⁴ portant réforme de la prescription en matière civile. Ainsi, en matière civile, la durée du délai de droit commun a passé de 30 ans à 5 ans⁵. Cette réduction du délai est également valable en matière commerciale, puisque le nouvel article L 110-4 du code de commerce est ainsi libellé : "*Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes*"⁶.

¹ Article 8 du Code de commerce.

² S. MELLOULI, "La jurisprudence, source de droit ?", art. préc., p. 226.

³ La prescription extinctive a pour fondement la présomption de paiement, qui s'explique par le fait qu'un débiteur après un certain délai, n'est plus en mesure de produire ses titres de paiement.

⁴ Publiée au J.O. le 18 juin 2008, disponible sur <http://textes.droit.org/JORF/2008/06/18/0141/0001/>

⁵ Le nouvel article 2224 du code civil dispose que "*les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer*".

⁶ Avant la réforme de 2008, l'application de la prescription décennale aux obligations mixtes entre commerçants et non-commerçants avait soulevé une controverse doctrinale. Pour certains auteurs le délai de la prescription s'applique aux actes mixtes sans qu'il y ait à faire de distinction selon que la partie commerçante est créancière ou débitrice (G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, op.cit., p. 237). Pour l'autre partie de la doctrine, cette prescription abrégée n'est applicable que lorsque le commerçant est débiteur, en raison d'une dette née à l'occasion de son commerce (V. HOUIN, *RTD com.* 1977, p.518). La Cour de cassation française avait exigé l'immatriculation du débiteur et avait ainsi décidé que, le commerçant non-immatriculé ne peut invoquer la prescription décennale pour l'obligation qu'il a contractée à l'occasion de son commerce (Cass. com. 2 mars 1993, *JCP* 1993, éd. G. IV, 1147; *RTD com.* 1993, p. 283, obs. J. DERRUPPE). En revanche, son adversaire peut lui opposer cette prescription (J. VALLANSAN, "Registre du commerce et des sociétés. Sanctions des règles", *jurisClasseur commercial* 2014, fasc.115, n° 27).

Section 2: La société non immatriculée est une société de fait.

487-Le législateur qualifie de fait une société non immatriculée: La théorie des sociétés de fait qui avait été imaginée par la jurisprudence ainsi que par la doctrine pour compenser les effets de l'annulation¹, semble désert son terrain d'origine et se maintenir plus solidement sur un domaine qui n'en constituait qu'une extension. Cette extension consiste à inclure parmi les sociétés de fait non seulement les sociétés nulles, mais aussi les sociétés ayant fonctionné sans être immatriculées au registre du commerce. Ainsi, le législateur tunisien semble qualifier de fait la société non encore immatriculée dans l'article 103 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales disposant que "*Tant qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce, la société est considérée comme une société à responsabilité limitée en cours de constitution et elle reste soumise au régime de la société en nom collectif de fait*". Bien que les dispositions de cet article se rapportent à la société à responsabilité limitée, elles peuvent être étendues pour régir les autres types de sociétés puisque le traitement différencié appliqué à des situations similaires est injustifiable. En droit français, et à l'issue de toute une évolution jurisprudentielle et doctrinale, il est admis que la société en formation risquerait d'être requalifiée en société créée de fait². Or, la mise en œuvre de l'intention des associés au centre du processus de la qualification³ pose une difficulté de concevoir qu'une société appelée à acquérir la personnalité morale, manifestée clairement une fois qu'un contrat a été dressé, se transforme en une société qui "*n'est pas voulue, ni même pensée, en tant que telle par ses initiateurs*"⁴.

¹ La théorie des sociétés de fait était intimement liée à l'idée de nullité. Toute société dont la nullité a été prononcée doit être liquidée, mais l'effet de rétroactivité de la nullité est inadaptée en matière de société commerciale du fait que la personne morale même si elle n'est pas légalement constituée elle a fonctionné publiquement jusqu'à la décision d'annulation avec une apparence de régularité, cette apparence a suffi pour établir des relations avec les tiers. Or, les relations qui ont pu s'établir entre ces tiers et la société ne peuvent pas être complètement anéanties, telle est la position de la jurisprudence qui a dégagé la théorie de société de fait pour mettre en échec l'aspect de la rétroactivité de la nullité. Cette théorie répond aux besoins de liquider les sociétés juridiquement irrégulières sans remettre en cause le passé, c'est-à-dire que la nullité va jouer comme une simple dissolution. La société nulle sera déclarée caduque pour l'avenir, mais pour le passé, elle sera liquidée comme s'il s'agissait d'une société régulière. Cette liquidation sera effectuée conformément aux dispositions des statuts. Voir notamment H. TEMPLE, Les sociétés de fait, op.cit., n°32 et suiv.

² M. RAIMON, "Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés vis-à-vis des tiers", Gaz. Pal. 2000, doct., p. 2287 ; CA Bordeaux, 4^{ème} ch. B, 8 nov. 2000, Juris Data n°2000-130377; CA Paris, 25^e ch., 11 mars 2009, n° 06-20507, Letinturier c/ Ayache : JurisData n° 2009-001189, RJDA 2009.

³ I. TCHOTOURIAN, " La société en formation", art. préc., p.4.

⁴ J. DE BERMOND DE VAULX, "L'empire des faits et l'émergence de la notion de société", Dalloz 1996, chron., p.185.

Même si une société non immatriculée peut être qualifiée d'une société de fait, elle demeure néanmoins une société valable (paragraphe 1). Elle est "*soumise au régime de la société en nom collectif de fait*" selon l'article 103 susmentionné. La difficulté d'appréhender ce texte provient de la nécessité de rechercher le régime de la société en nom collectif de fait sachant que seul le régime de la société en nom collectif de "*droit*"¹ est prévu par le Code des sociétés commerciales. Normalement, une société en nom collectif de fait est une société immatriculée, dotée de la personnalité morale mais susceptible d'être annulée pour une cause d'irrégularité. Tel n'est pas le cas d'une société non encore immatriculée dépourvue de la personnalité morale.

Par conséquent, un auteur estime que "*Ce qu'il y aurait lieu de dire dans cet article (103 du Code des sociétés commerciales) c'est que la société à responsabilité limitée en cours de constitution sera considérée en fait comme une société en nom collectif dans les rapports des associés avec les tiers*"². Ainsi, les membres de ce groupement acquièrent le statut d'associés en nom collectif. "*Ils sont responsables personnellement et solidairement du passif social*"³. Ils sont tenus à l'égard des créanciers sociaux au paiement intégral des dettes sociales⁴ (paragraphe 2).

Paragraphe 1: Une notion particulière de société de fait: La société non immatriculée est une société valable.

488- Contrairement à certaines législations étrangères plus réservées sur la question de la nullité de société⁵, force est de constater que le droit tunisien y recourt fréquemment dans des textes éparpillés. Il n'y a, *a priori*, rien d'étonnant compte tenu du fait que la nullité est la sanction de droit commun qui frappe de nombreuses irrégularités. Mais, il est à signaler que cette nullité ne peut être prononcée que lorsqu'elle est prévue par un texte conformément à l'article 325 du Code des obligations et des contrats, ce qui exclut que l'on puisse sanctionner par une "*nullité virtuelle*"⁶, la

¹ N. BEN AMMOU, "Société et contrat: Notations sur l'esprit contractuel du Code des sociétés commerciales", art. préc., p.39, note n°31.

² N. BEN AMMOU, "Société et contrat: Notations sur l'esprit contractuel du Code des sociétés commerciales", art. préc., p.39, note n°31.

³ Article 54 du Code des sociétés commerciales.

⁴ Article 55 du Code des sociétés commerciales.

⁵ H. TEMPLE, Les sociétés de fait, op.cit., n°51 et suivants.

⁶ مبروك بن موسى، "الإفلاس الواقعي" القضاء والتشريع مارس 1994، ص 12.

F. DERRIDA, "La renaissance de la faillite virtuelle", Mélanges J. Larguier, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, pp. 95.

violation de certaines dispositions légales. A cet égard, la question qui se pose est de savoir si le défaut d'immatriculation constitue une cause de nullité d'une société? L'immatriculation est-elle une formalité solennelle¹?

Si le législateur français a maintenu une disposition héritée depuis 1867 prévoyant la nullité de certaines sociétés en cas de défaut d'immatriculation (II), le législateur tunisien semble être plus innovateur en changeant de position (I)

I/ Le développement de la position du législateur tunisien.

489-Avant 1959, les formalités de publicité des sociétés commerciales n'étaient pas soumises au même régime juridique ; l'immatriculation au registre du commerce, bien qu'imposée à toutes les sociétés commerciales, son inobservation n'emportait aucune sanction de nature civile². Quant aux formalités de dépôt des statuts et d'insertion d'un extrait au Journal Officiel, sanctionnées par la nullité de la société, elles ne concernaient que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée³.

490-Après 1959, et par souci d'uniformisation, les dispositions du Code de commerce ont soumis toutes les sociétés commerciales dotées de la personnalité morale aux mêmes formalités de publicité sous peine de nullité (A). Mais, cette sanction qui suscitait des difficultés semble être écartée par le Code des sociétés commerciales pour l'inobservation de la formalité d'immatriculation (B).

A/ La nullité est une sanction consacrée par le Code de commerce mais qui mérite d'être évaluée.

491-Consécration de la nullité pour défaut d'immatriculation: Selon l'article 177 du Code de commerce, les sociétés commerciales, dotées de la personnalité morale, devaient déposer au greffe du tribunal, un extrait des statuts dans le délai d'un mois. Elles devaient s'immatriculer au registre du commerce par application de l'article 178 et

¹ Pour la définition voir supra, p. 33.

² Une amende pouvait être prononcée à la charge du gérant ou de l'administrateur. Voir art. 39 du décret du 16 juil. 1926.

³ Décret du 28 fév. 1930 imposant aux sociétés par actions qui se forment en Tunisie, de se constituer dans les conditions de la loi française du 24 juil. 1867 ; Décret du 5 mai 1930 rendant exécutoire en Tunisie la loi française du 7 mars 1925 instituant des SARL ; Décret du 23 févr. 1950 rendant exécutoire en Tunisie les dispositions du décret-loi français du 30 oct. 1935, relatif aux formalités de publicité des sociétés commerciales.

procéder en vertu de l'article 179 à une publicité de l'acte constitutif au Journal Officiel de la République Tunisienne. L'inobservation de l'une quelconque de ces formalités, entraînerait conformément aux articles 17 et 180 du Code de commerce la nullité de la société. Ainsi, l'immatriculation au registre du commerce était considérée comme l'une des modalités de publicité à laquelle était soumise la validité de la société et dont l'inobservation était sanctionnée par la nullité de la société¹, sous réserve toutefois de régularisation prévue pour la société anonyme² et la société à responsabilité limitée³.

492-Caractéristiques de la nullité de la société: La nullité de la société pour vice de publicité (immatriculation), prévue par l'article 180 du Code de commerce, devait être distinguée de la nullité dans la théorie générale, car si cette dernière supposait dans le contrat un vice d'origine⁴, la société nulle pour défaut de publicité ou publicité incomplète était irréprochable dans l'acte qui la constituait. Elle ne subissait cette sanction que par suite d'une omission postérieure à sa création. La nullité pour défaut de publicité sanctionnait, en fait, l'inobservation de certaines formalités instituées dans l'intérêt des tiers. Par conséquent, la nullité ne pouvait être opposée aux tiers par les associés⁵. Les actes passés avec la société nulle pourraient être maintenus par le biais de la théorie de société de fait.

De surcroît, le défaut de publicité d'une société commerciale n'emportait pas nullité de plein droit. La Cour de cassation tunisienne considérait dans son arrêt du 24 juin 1985⁶ que la nullité pour non immatriculation de la société au registre du commerce est une nullité relative. Elle devait être demandée par une personne intéressée⁷, elle ne pouvait être invoquée d'office par le tribunal.

¹ C. cass. civ. arrêt n°13566 du 24 juin 1985, bull. C. cass. 1985, II, p.159; C. cass. arrêt n°71694 du 16 février 2000, bull. C. cass. 2000, I, p. 172.

² Article 64 du Code de commerce.

³ Article 157 du Code de commerce.

⁴ La nullité dans la théorie générale des conventions est soit relative soit absolue. Appliquée au contrat de société, la nullité est relative lorsqu'un associé excipe à l'encontre de la société d'un vice du consentement ou d'une cause d'incapacité. Cette nullité relative est susceptible de prescription ou de ratification, opposable aux tiers et non susceptible d'être invoquée par eux et opérant d'une manière rétroactive, de telle sorte qu'elle fait rentrer le demandeur rétroactivement dans son apport, libre de toute perte. La nullité est absolue lorsqu'elle résulte de l'objet illicite de la société, de l'absence d'apport ou d'une clause léonine. Elle est impossible à couvrir, susceptible d'être invoquée par les intéressés, sans exception, anéantissant le pacte social de société.

⁵ Articles 62, 156 et 180 du Code de commerce.

⁶ Cass. civ, arrêt n° 13566 du 24 juin 1985, Bull. C. cass. 1985, II, p. 159.

⁷ Sont généralement considérés intéressés : les associés, les créanciers et les débiteurs sociaux, les créanciers et débiteurs personnels des associés, l'administration de l'enregistrement. Voir GAIN et DELAISI, Guide formulaire des sociétés commerciales, Paris, Dalloz, 1946, p. 55.

493-Evaluation de la sanction de la nullité: la nullité envisagée pour sanctionner l'inobservation de la formalité d'immatriculation au registre suscitait deux difficultés. *D'une part*, elle exigeait la reconnaissance déjà, à la société, la personnalité morale avant son immatriculation. En effet, la nullité de société qui constitue sa dissolution anticipée doit mener à sa liquidation. A cette fin, il paraissait utile que la société conserva son siège social, un patrimoine propre constituant le gage de créanciers sociaux et qu'elle fut en mesure de conclure des contrats. Bref, sa personnalité morale devait être maintenue pour les besoins de liquidation comme le prévoyait l'article 24 du Code de commerce. Une société n'ayant jamais eu de personnalité juridique essentielle à sa vie juridique pour défaut d'immatriculation, faudrait-il lui refuser ces solutions favorables de la théorie de société de fait au motif que la personnalité morale ne pouvait subsister qu'autant qu'elle a existé¹? C'est d'ailleurs, la solution qui semblait être adoptée par le droit tunisien. En effet, la naissance de la personnalité morale était indépendante de toute publicité. Elle était tributaire de l'accord des parties sur la constitution de la société conformément à l'article 1261 et 1254 du Code des obligations et des contrats².

D'autre part, la sanction de la nullité contredit les dispositions de l'article 62 de la loi du 2 mai 1995. Si la société existait dès sa constitution, elle devrait être portée à la connaissance des tiers, par le moyen de publicité, du fait que l'être nouveau serait dénombré parmi les acteurs de la vie socio-économique. L'inobservation de cette obligation de publicité devrait logiquement entraîner l'inopposabilité de la société à l'égard des tiers par application de l'article 62 de la loi du 2 mai 1995. Cette inopposabilité devait l'emporter sur la nullité des articles 17 et 180 du Code de commerce, désormais abrogé depuis le 2 novembre 1995. En effet, l'article 74 de la loi 2 mai 1995 décide l'abrogation à partir de l'entrée en vigueur de cette dernière, de toute disposition antérieure, contraire. En conséquence, la nullité est une sanction impropre au défaut de publicité. Déjà THALLER remarquait qu'il ne s'agissait pas d'une nullité

¹ Certains auteurs ont soutenu qu'il suffit d'attribuer la personnalité morale à la société à posteriori pour les besoins de liquidation. Toutefois, cette solution n'est qu'une fiction révélant que la personnalité morale ne saurait être le fondement convenable à la théorie de société de fait. La personnalité morale n'aurait qu'à faciliter l'opération de liquidation sans qu'elle puisse constituer son fondement. Voir J.P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p. 260.

² Supra, p. 104.

véritable, mais qu'"il est plus vrai de dire que la société non publiée... est inopposable aux tiers"¹.

Pour surmonter ces difficultés qu'avait engendrées la sanction de la nullité de la société pour défaut d'immatriculation, le législateur a consacré une autre solution lors de la promulgation du Code des sociétés commerciales.

B/ La nullité est une sanction difficilement écartée par le Code des sociétés commerciales:

494-La nullité est une sanction pour défaut de publicité: Sous l'empire du Code des sociétés commerciales, le législateur a maintenu la sanction de la nullité pour défaut de publicité. Aux termes de l'article 17 du Code des sociétés commerciales "*L'inobservation des formalités de publicité prescrites par les articles précédents entraîne la nullité de la société nouvellement constituée...*". Le législateur, n'ayant pas énuméré les différentes formalités de publicité dont l'inobservation entraîne la nullité de la société, s'est contenté de renvoyer aux "*articles précédents*" pour dégager les causes de nullité de la société pour défaut de publicité. Cette nullité par renvoi vise *a priori* le manquement à l'obligation d'immatriculation des sociétés au registre du commerce prévue par l'article 14 du Code des sociétés commerciales et le manquement à l'obligation de procéder à la publication de la constitution de la société au Journal Officiel de la République Tunisienne prévue par l'article 15 du même Code. Donc, peut-on dire que la société est nulle pour défaut d'immatriculation au registre du commerce?

495-Une position favorable à la nullité: Certains auteurs² estiment que l'immatriculation est une condition de validité de la société par application de l'article 17 et les articles auxquels il renvoie. Monsieur MAHFOUDH a noté que l'immatriculation constitue "*une condition d'existence dont le défaut entraîne la nullité même de la société formée, considérée alors comme irrégulièrement constituée*"³. Cette pensée paraît être confirmée par l'article 103 du Code relatif à la société à responsabilité

¹ J. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, Arthur Rousseau, 3^{ème} éd., 1904, p. 372, n°283.

² A. HILALI, "La régularisation dans le Code des sociétés commerciales", in session de formation sur le Code des sociétés commerciales, Bibliothèque du centre des études juridiques, Tunis 2004, p. 53 et suiv (en arabe); M. MAHFOUDH, Une introduction au droit commercial tunisien, op.cit., p.248; S. MELLOLI et S. FRIKHA, Les sociétés commerciales, La Maison du Livre, 2013, p.65, n°204.

³ M. MAHFOUDH, Une introduction au droit commercial tunisien, op.cit., p.248, note n°88.

limitée selon lequel "La société n'est valablement constituée qu'après son immatriculation au registre du commerce". Aussi, l'article 179 du Code relatif à la société anonyme dispose que sont nulles les sociétés anonymes constituées en violation des dispositions des articles 160 à 178. L'article 176 alinéa 5 impose l'immatriculation de la société dans un délai d'un mois à compter de la déclaration de souscription intégrale du capital.

496-Appréciation de cette position: Toutefois, il n'est pas aussi certain que l'inaccomplissement de la formalité d'immatriculation conformément à l'article 14 entraîne la nullité de la société¹. Intitulé "L'immatriculation et la publicité des sociétés", le titre deux du Code des sociétés commerciales distingue entre ces deux types de formalités obligatoires à respecter par la société. Cette distinction prouvée par l'emploi du législateur de la préposition "et", résulte également des dispositions de l'article 78 du Code qui, en traitant les caractéristiques de la société en participation, dispose que celle-ci "n'est soumise ni à l'immatriculation, ni à aucune forme de publicité". Par conséquent, l'immatriculation ne fait plus partie, contrairement aux anciennes dispositions du Code de commerce², des formalités de publicité³. Entendues "stricto sensu", les formalités de publicité visées par la nullité de l'article 17 du Code ne couvrent que l'insertion au Journal Officiel. L'immatriculation ou le défaut d'immatriculation produit ses effets propres différents de ceux de la publicité. Le législateur tunisien a consacré l'effet constitutif de l'immatriculation dans l'article 4 du Code. Comment peut-on ainsi comprendre les dispositions de l'article 103 et 179 du Code?

Concernant la société à responsabilité limitée, l'article 104 du Code qui fixe les causes de nullité de cette société renvoi aux articles 93 à 100. Or, l'article 103 n'est pas incluse et l'immatriculation ne peut être condition de validité. On constate que le législateur a mal employé le terme "valablement", il vise "définitivement", terme déjà utilisé dans l'ancien article 153 du Code de commerce. De même, on ne peut pas affirmer que le défaut d'immatriculation est une cause de nullité de la société anonyme

¹C. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit., p. 289; M. KOSSSENTINI, "Le formalisme à travers les règles communes de constitution des sociétés commerciales : quelles fonctions ?", Etudes juridiques, 2008, n°15, p.164 et suiv.

² Les anciennes dispositions du Code de commerce ont fait de l'immatriculation de la société au registre du commerce une formalité de publicité de la société. L'article 178 du Code de commerce prévoyant l'obligation d'immatriculer la société au registre du commerce est inséré dans le chapitre VII intitulé "De la publicité des sociétés commerciales".

³ Supra, p. 21-22.

faisant appel public à l'épargne car l'*in fine* de l'article 176 prévoit expressément que "*la société ne peut acquérir la personnalité morale qu'à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce*".

L'immatriculation, elle-même, n'est plus donc, une formalité de publicité et de toute façon elle n'est pas une cause de nullité de la société. "*En tout état de cause, la sanction de la nullité pour défaut de publicité paraît ... une sanction assez rigoureuse et surtout peu justifiable dans un contexte économique en pleine mutation où toute société remplit un rôle économique et social important*"¹. Cette solution n'est pas celle adoptée par le droit français qui maintient la nullité pour les sociétés de personnes.

III/ L'archaïsme du droit français.

497-L'admission de la nullité des sociétés de personnes non immatriculée:

Depuis 1966², le législateur français n'a pas prescrit la nullité en cas de défaut d'immatriculation. La Cour de cassation française avait jugé, par ailleurs, que ne peut être déclarée nulle sur le fondement de l'article 5 de la loi 1966 une société qui n'a pas été immatriculée au registre du commerce³. Toutefois il existe une exception à cette règle dont il convient de déterminer sa portée.

Selon l'article 361 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 235-2 du Code de commerce, "*dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société... sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers, de cette*

¹M. KOSSEMENTINI, "Le formalisme à travers les règles communes de constitution des sociétés commerciales: quelles fonctions?", art. préc., p.163. Pour cet auteur, la nullité de l'acte de société non publié conformément à la loi constitue une sanction inopportune non seulement à l'égard des tiers, mais aussi à l'égard des associés. Du côté des tiers, la sanction de la nullité risque d'aller à l'encontre de la fonction dévolue à la publicité, à savoir la protection des tiers. Les associés peuvent, en arguant de la nullité de la société, se soustraire aux engagements sociaux. C'est pourquoi le législateur a édicté une mesure protectrice pour les tiers dans l'article 18 du Code à savoir l'inopposabilité de la nullité. Du côté des associés, la nullité pour défaut de publication semble être une sanction rigoureuse, voir disproportionnée avec l'irrégularité commise.

² Avant la loi de 1966, on estimait que la formalité de l'immatriculation est une condition d'existence de la personnalité morale, à preuve que son absence est sanctionnée selon l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867 par la nullité. Voir P. PIC, note sous Orléans 1928, Dalloz 1929, II, 45.

L'élargissement du "*marché juridique*" par la convention de Rome allait poser le problème de la sécurité des tiers. Qui plus est, une harmonisation de droit des sociétés des pays de la communauté économique européenne, se révélait nécessaire. Le législateur français a saisi l'occasion de la réforme de 1966 pour les sociétés commerciales, afin d'agir dans cet esprit. Voir P. MACQUERON, J.-Cl. sociétés fasc. 32 A, n° 19; J. HONORAT, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 1997 (actualisation 2017), V° Nullités, n°17; M. DE JUGLART et B.IPPOLITO, Les sociétés commerciales, volume 2, op.cit., p.133.

³ Com. 4 mai 1981, Rev. sociétés 1982, 27, note PHILIPPE; D.1982, 482, note DAIGRE.

cause de nullité. Toutefois, le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée". Le point délicat réside dans la détermination des formalités de publicité dont la méconnaissance entraînera la nullité de la société. Ces formalités sont déterminées par voie de décret¹. Les articles 1er, 285 et 286 du décret n° 67-236 énoncent les dispositions à respecter à cet égard mais l'article 1er se réfère également aux dispositions du décret régissant le registre du commerce et des sociétés. Ainsi, avant l'immatriculation, un avis de constitution est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social "lorsque les autres formalités de constitution de la société ont été accomplies"². Ensuite, l'article 1er du décret de 1967 prévoit que les sociétés doivent être immatriculées au registre du commerce et des sociétés dans les conditions prévues aujourd'hui par le décret du 30 mai 1984. La demande d'immatriculation doit être présentée après "accomplissement des formalités de constitution de la société"³. Après l'immatriculation, la constitution de la société fait l'objet d'une publicité au BODACC⁴.

498-Appréciation de la sanction de la nullité: La règle de l'article L. 235-2 du Code de commerce français a été critiquée. Selon une doctrine, elle "n'a guère de raison d'être dans le régime actuel et son maintien s'explique en réalité par une inadvertance du législateur au moment des travaux préparatoires"⁵. En effet, elle est héritée de l'article 58 de la loi du 24 juillet 1867, qui l'appliquait à toutes les sociétés. La nullité de sociétés de personnes pour non respect de formalités de publicité apparaît comme "une anomalie"⁶; d'une part, quant au principe, puisque cette sanction vise des règles autres que celles de validité du contrat; d'autre part, quant au champ d'application de cette nullité, paradoxalement limité aux sociétés de personnes, alors justement que la publicité requise concerne toutes les sociétés.

Face à ces critiques, des interprétations restreintes ont été proposées. Pour certains auteurs, l'article L. 235-2 du Code de commerce ne viserait, en réalité, que l'omission de certaines formalités de constitution⁷. Le défaut d'immatriculation d'une

¹ Article L. 210-4 du Code de commerce, anciennement article 4 de la loi 1966.

² Article 285 du décret 1967.

³ Article 286 du décret 1967.

⁴ Article 286 du décret 1967.

⁵ RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., n° 753.

⁶ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Les effets juridiques de la publicité légale", in Publicités légales et information dans les affaires, op.cit., p.117-168, spécialement p.142.

⁷ Cass. com., 4 mai 1981, Bull. civ. 1981, IV, n° 203 ; Rev. sociétés 1982, p. 277, note C. PHILIPPE; D. 1982, jurispr. p. 482, note J.-J. DAIGRE.

société n'est pas une cause de sa nullité. Quant à la publicité postérieure à l'immatriculation, elle doit être exclue aussi, des causes de nullité pour la bonne et simple raison que cette publicité est à la charge du greffier. Il ne reste plus que la publicité antérieure à l'immatriculation elle-même¹. Pour d'autres auteurs, la nullité serait encourue, non en cas de défaut d'immatriculation proprement dit, mais seulement d'immatriculation irrégulière consécutive à l'omission des publicités au sens strict, comme l'absence d'avis au Journal d'annonces légales et le défaut de dépôt de pièces au greffe du tribunal².

Dans la pratique la portée de cette sanction est limitée aussi, puisque sa mise en œuvre ne peut être qu'exceptionnelle. L'article L. 235-2 du Code de commerce dispose que la nullité qu'il édicte est facultative pour le juge, dès lors qu'il n'y a pas eu fraude des associés. Par ailleurs, si une instance est engagée, elle pourra facilement être arrêtée, étant donné les facilités de régularisation offertes par la loi en cas de vice de forme³.

Paragraphe 2: La soumission de la société non immatriculée à un statut particulier de société de fait.

499-Selon l'article 103 du Code des sociétés commerciales, tant qu'elle n'est pas immatriculée, la société est régie par les règles de la société en nom collectif qui constitue le type de société de droit commun. Partant, les fondateurs sont tenus personnellement et solidairement responsables à l'égard des tiers. Mais, cette assimilation de la société non immatriculée avec la société en nom collectif n'est pas limitée aux rapports des associés avec les tiers (II), elle intéresse aussi les rapports entre associés (I).

I/ Au niveau interne: le contrat de société régit le rapport entre les associés.

500-Le contrat de société régit la relation entre associés: Le législateur français a posé une règle générale selon laquelle les rapports entre les associés, d'une société non encore immatriculée, sont régis par le contrat de société et subsidiairement⁴ par les

¹ J-P LEGROS, "Nullité des sociétés. Causes de nullité", JurisClasseur Sociétés Traité 2004 (mise à jour 2006, fasc. 32-20, n°219).

² P. MACQUERON, JurisClasseur sociétés, fasc. 32 A, n° 19;

³ Cass. com. 13 févr. 1996, Defrénois 1996.1298.

⁴ I. TCHOTOURIAN, " A propos du flou entourant les rapports internes d'une société en formation", Petites affiches, 07 septembre 2000, n° 179, p. 4.

principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations¹. Toutefois, le législateur tunisien a été moins explicite. Il a simplement prévu dans l'article 103 du Code des sociétés commerciales que la société en formation "*reste soumise au régime de la société en nom collectif*". L'assimilation entre les deux sociétés est justifiable puisque le contrat, fondement de toute société, régit les relations entre les parties. A cet effet, la collaboration de deux ou plusieurs associés a toujours été perçue comme un élément nécessaire à la conclusion de ce contrat de société et à son bon fonctionnement². Cette conception repose sur le dogme de l'autonomie de la volonté qui règle non seulement la création de la société mais également son fonctionnement. Ainsi, les associés, en choisissant la forme sociale, ont exprimé leur volonté de créer une personne morale, mais ils ont également établi les conditions dans lesquelles ils désirent gérer cette société.

Après sa conclusion, le contrat de société doit régir les rapports des associés entre eux. L'article 242 du Code des obligations et des contrats prévoit que "*Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Il convient donc de se reporter à la volonté des parties qui disposent d'une liberté quasi-totale pour aménager leur union, "*ce qui est plutôt inhabituel dans le droit des sociétés*"³. La société est une véritable manifestation de cette liberté. Celle-ci est définie comme étant la faculté de contracter ou non, de choisir la personne du cocontractant et de déterminer librement en accord avec l'autre partie et aussi le contenu du contrat⁴. Cette liberté vaut aussi pour le fonctionnement, uniquement interne, de la société⁵.

Donc, la situation des associés d'une société en formation rappelle celle des associés d'une société en nom collectif dotée de la personnalité morale. Ce sont les contrats qui devront prévoir et organiser leurs droits et leurs obligations qui semblent être identiques. Cependant, le particularisme lié à l'absence de la personnalité morale pour la société en formation ne devrait pas être ignoré. C'est ainsi que la doctrine française, en interprétant l'article 1842 alinéa 2 du Code civil français, est divisée sur le

¹ L'article 1842 alinéa 2 du Code civil dispose que "*Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations*".

² Toutefois, monsieur et madame DAHDOUH estiment que les règles du contrat seront écartées pour la société à responsabilité limitée en formation puisque l'article 103 du Code des sociétés commerciales que tant que la société n'est pas immatriculée "*elle reste soumise au régime de la société en nom collectif*".

³ C. BOUTRY, "L'absence de personnalité morale dans les sociétés", JCP, 2001, E, p.310.

⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, La formation du contrat, op.cit., n°47.

⁵ Toutefois, cette liberté n'est pas absolue. Les associés doivent respecter les principes généraux impératifs du droit des sociétés.

domaine d'application du contrat de société. Ainsi, faut-il appliquer les statuts, qui ont pour but de régler le fonctionnement de la société personne morale, à la société en formation?

501-Domaine d'application du contrat de société: pacte social ou statut?: Le statut est "l'acte écrit, dressé par les associés lors de la constitution d'une société, afin de déterminer sa forme et de fixer les principales modalités de son organisation et de son fonctionnement"¹. Certains auteurs² préfèrent distinguer, au sein de ce document, même unique, deux séries de stipulations constituant "le pacte social" ou "acte constitutif" et les "statuts" proprement dit³. Le premier, forme le contrat de société dont les stipulations concernent essentiellement les rapports entre les associés. Le second, énonce les règles qui gouvernent la future personne morale. Cette conception dualiste est celle des droits anglo-américains⁴. La constitution des sociétés donne lieu à rédaction de deux écrits. Le " *memorandum* " est essentiellement destiné à créer la société dans ses rapports avec les tiers. Il ne comporte que des mentions réduites à l'essentiel. Les modalités détaillées de l'organisation et du fonctionnement interne de la société figurent dans les " *articles of association* ", qui sont beaucoup plus complets, mais ne sauraient contrevenir au " *memorandum* ". Cette distinction de deux documents ne recoupe pas celle opérée par le droit tunisien ou français entre les statuts et le règlement intérieur, car le " *memorandum* " et les " *articles of association* " sont déposés au registre des sociétés.

Les défenseurs de cette conception dualiste se prononcent en faveur d'une exclusion des dispositions relatives à la personne morale⁵. Les statuts qui " *ont pour seul but de fixer la charte de la personnalité ne peuvent s'appliquer qu'à la personne morale et donc qu'à dater de l'immatriculation* " ⁶. Rejetant ainsi le droit des sociétés, non seulement pour le fonctionnement de la société en formation, mais également pour la validité du " *pacte social* ", cette théorie vide de son contenu l'article 1842, alinéa 2,

¹ A. LECOURT, Répertoire Dalloz de droit des sociétés 2015, V° Statuts et actes annexes, n° 1.

² B. MERCADAL, P. JANIN, A. CHARVÉRIAT et A. COURET, op. cit., no 1085 ; M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", art. préc., p. 217, spéc. p. 220-225 et notes 11 à 30; Cette doctrine constitue la " *théorie du pacte social* ".

³ Cette doctrine française se réfère à l'article 10 de la directive communautaire no 68/151 du 9 mars 1968 (JOCE, no L 65, 14 mars) qui distingue clairement les statuts de l'acte constitutif.

⁴ A. TUNC, Le droit anglais des sociétés anonymes, Paris, 4ème éd., Economica, 1997, n° 33.

⁵ Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales, spéc. n° 4990; P. BEZAD, Sociétés civiles, op.cit., n° 266, p. 119; I. TCHOTOURIAN, "À propos du flou entourant les rapports internes d'une société en formation", art. préc., p. 4.

⁶ Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales, op.cit., n° 4991.

puisque l'application du contrat de société est finalement réduite à néant. En outre, il apparaît critiquable d'exclure toute application du droit des sociétés à une société qui, bien que dépourvue de personnalité morale, n'en existe pas moins¹.

Pour d'autres auteurs², derrière cet instrument unique qui est le statut il y a un consentement lui aussi unique. Le statut constitue une partie intégrante de l'acte de société, ou acte constitutif, c'est-à-dire du contrat qui produit immédiatement ses effets entre associés et qui, après accomplissement des formalités de publicité, donnera naissance à l'être moral. Puisque la société existe, en tant que contrat, dès l'échange du consentement des parties, les statuts devraient s'appliquer dans leur ensemble. En effet, la société en formation rappelle la société purement contractuelle de l'ancien droit qui était bien régie par les statuts.

Pour tenter de concilier les deux thèses doctrinales, un auteur a proposé de réduire le domaine d'application de l'article 1842, alinéa 2, au contrat de société proprement dit qui est seul visé par ce texte³. Tout ce qui concerne les trois éléments constitutifs de la société (apports, partage des résultats et *affectio societatis*) sera soumis au droit des sociétés, alors que les événements affectant les statuts, non encore applicables, seront soumis au droit commun des contrats⁴. Quant à monsieur BESNARD-GOUDET, il considère que toute disposition des statuts (au sens commun du terme) susceptible de s'appliquer indépendamment de l'existence de la personne morale devrait s'appliquer à la société en formation⁵. Sa proposition trouve écho dans l'intention du législateur de 1978 révélée par les débats parlementaires. Le projet de loi précisait effectivement que les obligations résultant de la société "*s'imposent comme si elle était devenue juridiquement parfaite*"⁶.

Cette position intermédiaire peut être confirmée par analogie à la société en participation, "*prototype des sociétés sans personnalité morale*"⁷. La société en

¹ R. BESNARD GOUDET, " Constitution des sociétés par actions. Fondation. Période constitutive", JurisClasseur Commercial 2017, Fasc. 1359, n°69.

² Voir notamment J. DERRUPPÉ, Les sociétés après la réforme de 1978, Cridon de Bordeaux-Toulouse, p. 17 ; E. PAILLET, "L'activité de la société en formation", art. préc., p. 427-430 et notes 41 à 50; Y. CHARTIER, "La société dans le Code civil après la loi du 4 Janvier 1978", JCP. 1978, G, I, 2917, n° 122.

³ M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", art. préc., p. 224 et 225.

⁴ Ainsi, la nullité de la société en formation relèverait du droit des sociétés, alors que les cessions de droits, les modifications statutaires avant l'immatriculation relèveraient du droit commun des obligations.

⁵ R. BESNARD GOUDET, " Constitution des sociétés par actions. Fondation. Période constitutive", JurisClasseur Commercial 2017, Fasc. 1359, n°72.

⁶ Rapp. Sénat 1978, n° 30, p. 9.

⁷ A. OMRANE, Les sociétés commerciales, cours photocopié, Faculté de Droit de Sfax, 1993-1994, p.199.

participation constitue un contrat soumis aux règles générales des sociétés. Elle est régie par les dispositions du Code des sociétés commerciales¹ et celles du Code des obligations et des contrats². Ainsi, on peut considérer que toute disposition concevable dans une telle société devrait être applicable à la société en formation.

502-Effets de l'application du contrat de société: Partant de cette position, les décisions sociales³ doivent être prises selon la règle de l'unanimité. Cette règle découle de l'aspect contractuel qui domine sur la société en formation. Elle est consacrée dans l'article 1282 du Code des obligations et des contrats, réputé un texte général pour toute société. Elle est confirmée aussi par l'article 103 du Code des sociétés commerciales qui renvoie à la société en nom collectif, or, dans cette dernière, les décisions sont prises à l'unanimité des associés. Ainsi, la loi applicable ne peut être que la loi d'unanimité, loi applicable en matière des contrats. Par conséquent, l'opération qui accompagne le retrait d'un associé avant l'immatriculation ne s'analyse non point en une cession de parts sociales ou d'actions, mais en une cession de droits dans le contrat de société⁴. Elle est donc soumise au consentement de tous les associés et non aux règles statutaires. La modification des statuts relève aussi, du droit commun des obligations. Elle ne requiert pas la majorité des assemblées générales extraordinaires, comme estiment certains⁵, mais elle suppose l'accord unanime des associés⁶. C'est d'ailleurs la position du législateur tunisien à travers l'article 172 du Code des sociétés commerciales⁷. Cette solution évoque le problème de la possibilité de recueillir l'accord unanime des actionnaires dans la société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne.

¹ La société est régie dans le titre III intitulé "La société en participation" du livre deux intitulé "Les sociétés de personnes" du Code des sociétés commerciales.

² La société en participation se trouve par ailleurs soumise à plusieurs corps de dispositions, à titre impératif ou à titre supplétif. L'article 77 du Code des sociétés commerciales dispose que les participants conviennent librement leurs droits et obligations réciproques et "*fixent leurs contributions aux pertes et leurs parts dans les bénéfices et dans l'économie qui pourraient en résulter*". Ils peuvent aussi déterminer librement le fonctionnement de la société en participation, sous réserve de respecter les dispositions impératives en vigueur.

³ Plusieurs sont les décisions qui peuvent être prises par les membres d'une société dépersonnifiées. Ces derniers peuvent également modifier les statuts, prononcer sur l'approbation des états financiers, désigner le gérant, le révoquer; en un mot, tous les actes qui dépassent les autorités des gérants. Voir F. LEMEUNIER, Société en nom collectif, société en participation, 9ème éd., Paris, Encyclopédie Delmas, 1993, p.245.

⁴ Paris, 6 juillet 1978, Droit des sociétés 1979, n°212.

⁵ R. BESNARD-GOUDET, " Constitution des sociétés par actions-Fondation-Période constitutive", JurisClasseur Sociétés Traité, 2012, fasc.113-10, n°75.

⁶ M. GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", art. préc., p. 224 et 225.

⁷ L'article 172 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales dispose que "*L'assemblée générale constitutive vérifie la souscription intégrale du capital social et la libération du montant exigible des actions. Elle se prononce sur l'approbation des statuts qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs...*".

Indépendamment de cette difficulté, le législateur tunisien exige aussi l'unanimité de tous les associés pour les décisions qui portent sur la désignation d'un commissaire aux apports¹ et sur la réduction de l'évaluation de l'apport en nature². L'exigence de l'unanimité doit être interprétée restrictivement puisqu'elle ne présente qu'une exception à la règle consacrée par l'article 175 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales. Cet article renvoie à l'article 291 du Code des sociétés commerciales en vertu duquel l'assemblée générale constitutive délibère aux conditions de majorité comme s'il s'agissait d'une assemblée générale extraordinaire³.

Cette unanimité est exigée aussi afin d'organiser la gérance. Les associés sont libres pour désigner le gérant. Ils déterminent souverainement les conditions de sa nomination, révocation et ses pouvoirs⁴. Mais, à défaut d'une désignation expresse d'un gérant, tous les associés participent dans la gestion sociale. Ils sont réputés gérants et se sont donnés réciproquement mandat de gérer⁵.

Cependant, le législateur n'a pas pu faire de la règle d'unanimité une règle d'ordre public. Ce qui implique que les membres de la société non immatriculée peuvent l'abaisser dans le contrat de société et installer la règle de fonctionnement majoritaire⁶. Il faut noter que les décisions qui alourdissent les engagements des membres doivent nécessairement être prises à l'unanimité⁷. Ceci est en conformité avec la règle d'ordre public. C'est à dire que la règle de principe selon laquelle les décisions sont prises à l'unanimité n'est d'ordre public que lorsqu'il s'agit d'augmenter les engagements des membres.

II/ Au niveau externe: la soumission au régime de la responsabilité des associés en nom collectif.

503-La société en formation, comme la société en participation et créée de fait ne jouit, faute de son immatriculation, d'aucun attribut lui permettant d'exister

¹ Article 100 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales.

² Article 173 alinéa 4 du Code des sociétés commerciales.

³ Toutefois, la pratique a montré la méconnaissance de cette règle. En effet, les procès verbaux des assemblées constitutives ne manquent pas de signaler l'adoption des décisions à l'unanimité des associés, ce qui milite en faveur de l'élimination des clauses statutaires et les règles législatives fixant des règles de majorité conçues essentiellement à la prise des décisions au sein d'une société personne morale.

⁴ Il est à signaler que dans la société en formation, le gérant désigné dans les statuts est sans pouvoir.

⁵ Par application de l'article 103 du Code des sociétés commerciales qui renvoie aux règles régissant la société en nom collectif, les associés ont le droit de gérer la société ce qui ne signifie pas obligatoirement qu'ils sont tous gérants. L'article 57 du Code des sociétés commerciales dispose en effet que la gestion est un droit pour tous les associés sauf si les statuts ou une convention ultérieure ne prévoient le contraire.

⁶ B. DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, op.cit., p.46.

⁷ G. TARMINA, " Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé", Rev. sociétés 2002, p.267.

juridiquement hors du cercle des associés. Mais, il est sans doute que l'absence de personnalité morale avec toutes les conséquences qui en découlent n'empêchent pas les sociétés susmentionnées de fonctionner et de prendre des actes pour leur compte, que ces actes tendent à la réalisation de l'objet social de la société en participation ou créée de fait ou mettent en œuvre l'activité de la société à venir. Concernant la société en formation ne pouvant fonctionner en tant que telle à l'égard des tiers, ce sont les fondateurs qui, en principe, agissent pour son compte. C'est là, que l'absence de la personnalité morale présente la plus lourde de conséquences. Selon l'article 103 du Code des sociétés commerciales, la société non encore immatriculée "*reste soumise au régime de la société en nom collectif de fait*" qui instaure la responsabilité personnelle et solidaire de tous les associés¹. Les fondateurs assimilés ainsi à des associés en nom collectif, seront responsables personnellement et solidairement du passif social vis-à-vis des tiers. Ce régime de responsabilité particulièrement sévère nécessite l'étude de sa mise en œuvre (A) et de son étendu (B).

A/ La mise en œuvre de la responsabilité solidaire.

504-Par la promulgation du Code des sociétés commerciales, prévoyant l'immatriculation comme une condition nécessaire pour la jouissance de la personnalité morale, le législateur a voulu en réalité préserver les intérêts des tiers. En effet, "*ce que l'on oublie trop souvent c'est que le résultat principal de l'attribution de la personnalité morale n'est pas de constituer une récompense pour le "bon inscrit" mais un patrimoine servant de gage aux créanciers de la personne*"². Or, le défaut d'immatriculation empêche la reprise de la société et la substitution rétroactive de sa responsabilité à celle des personnes traitant pour son compte³. Dans ce cas, il est inconcevable que les tiers contractants soient démunis de tous recours pour demander l'exécution de leurs créances. Conscient de ce danger et pour protéger ces créanciers sociaux contre l'inertie des fondateurs et ne pas vider l'acte d'immatriculation de son principal objectif, le législateur a établi la responsabilité solidaire de tous les fondateurs.

505-L'ambiguïté du droit tunisien: Une lecture rapide des dispositions de l'article 103 du Code des sociétés commerciales laissent penser que dès la conclusion du

¹ Article 54 du Code des sociétés commerciales.

² M. DAGOT, "Un texte contestable: l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales", art. préc., p.242.

³ D. GIBIRILA, Droit des sociétés, Paris, Ellipses, 2^{ème} éd. 2003, p. 58.

pacte social et tant que la société n'est pas immatriculée, les fondateurs seront responsables solidairement à l'égard des tiers. Cette lecture littérale risque de décourager l'initiative des associés voyant leur responsabilité aggravée dès la mise en commun d'une contribution au capital social en faveur de l'élargissement de la garantie mise en place pour les tiers contractants¹. En outre, elle viole le principe de la relativité des conventions², selon lequel les contrats n'ont d'effet qu'à l'égard des contractants. Puisqu'il n'existe aucun lien juridique entre la société non immatriculée et les tiers, le seul engagé à l'égard de ces derniers c'est l'associé qui a contracté en son nom personnel³ conformément à l'article 248 du Code des obligations et des contrats⁴. Cette solution de droit commun est prévue expressément pour la société en participation dans l'article 80 du Code des sociétés commerciales⁵. Elle peut être étendue à la société créée de fait⁶. Mais, son extension à la société en formation pose de difficulté car elle contredit la responsabilité solidaire édictée par l'article 103 du Code des sociétés commerciales.

Pour dépasser cette situation bizarre, la lecture de l'article 103 doit être combinée avec celle des articles 171 et 444 du Code des sociétés commerciales. Selon ces articles, la société ou le groupement d'intérêt économique régulièrement constitués et immatriculés peuvent reprendre les actes préalables accomplis par les fondateurs pour leur compte⁷. Mais, le législateur n'a pas déterminé expressément⁸ le sort de ces actes s'ils ne sont pas repris pour une raison ou autre. Le recours à l'article 444 du Code des sociétés commerciales relatif au groupement d'intérêt économique nous inspire la

¹ D. VIDAL, Droit des sociétés, LGDJ, 2006, p. 153.

² Article 240 du Code des obligations et des contrats " *Les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi*".

³ Cependant, la gérance peut être confiée à un tiers. Dans ce cas, le tiers-gérant ne peut être considéré, à l'égard des tiers, que comme un mandataire (C.A. Paris, 3 avril 1992, Bull. Joly, 1992, p.669, J.-F. BARBIERI). Il agit pour le compte de ses mandants, les associés. Il engage par conséquent, le patrimoine de celui ou ceux qui lui ont expressément donné mandat.

حكم ابتدائي عدد 1265 مؤرخ في 23 افريل 1963، مجلة القضاء والتشريع 1965، ص 147

⁴ En vertu de cet article, le débiteur doit exécuter les engagements qu'il a contractés. Par conséquent, les actes passés pour le compte de la société dépourvue de la personnalité morale resteront à la charge de ceux qui les auront conclus.

⁵ L'article 80 du Code des sociétés commerciales " *Les tiers n'ont de relation juridique qu'avec l'associé avec lequel ils ont contracté. Ce dernier s'engage à titre personnel et sous sa responsabilité pour le compte de tous les associés*".

⁶ Déjà le législateur français soumet cette société au régime de la société en participation.

⁷ Supra, p. 267.

⁸ Les quelques articles éparpillés et brefs du Code des sociétés commerciales (article 4, 171 et 444) ne parviennent pas à déterminer nettement le sort de ces actes et les personnes y sont tenues.

solution reconnue déjà par le législateur français¹, celle de la responsabilité personnelle des personnes agissant pour le compte de la société en formation, sauf reprise éventuelle par la société une fois dotée de la personnalité morale. Le défaut d'immatriculation qui prive la société de la personnalité juridique constitue une cause l'empêchant aussi, de reprendre les actes souscrits par ses fondateurs². Par conséquent, les personnes qui ont cru agir pour son compte sont personnellement tenues d'exécuter les actes ainsi conclus³. A cet égard, la question qui se pose est de savoir quand est ce que la responsabilité individuelle sera substituée par la responsabilité solidaire ? Face à l'abstention de notre droit tunisien, on essaie de répondre à cette question en cherchant la solution adoptée en droit français.

506-La solution du droit français: la dégénérescence d'une société en formation à une société créée de fait: En droit français, il est procédé à la requalification de la société en formation afin de déterminer le régime de responsabilité applicable. Mais, requalifier la société non encore immatriculée en une société en participation⁴ ou en une société créée de fait⁵ n'a plus d'incidence pratique depuis que l'article 1873 du Code civil français tel qu'il résulte de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978

¹ Il s'agit de l'article 5 de la loi française du 24 juillet 1966 dont notre législateur tunisien s'est inspiré lors de la rédaction de l'article 444 du Code des sociétés commerciales.

² M. DAGOT, "Un texte contestable: l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales", art. préc., p.242.

³ Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°172.

⁴ M. DE GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", art. préc., p. 481.

Selon cet auteur une société en participation peut succéder à une société en formation s'il existe une renonciation tacite ou expresse de la part des associés de ne plus immatriculer la société. Dans ce cas, le changement de l'intention découle de la volonté unanime de tous les associés. Mais le problème survient quand le défaut d'immatriculation résulte de la négligence ou de la mauvaise volonté de son dirigeant. Voir Y. DEREU, "Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés", Bull. Joly Sociétés, 1er juin 1998, n°1, p. 609.

⁵ M. GERMAINS, J. LEGROS, Travaux dirigés de droit des sociétés, Vingt-cinq études de cas, Paris, Litec, 4^{ème} éd. 1998, p.20; M. RAIMON, "Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés vis-à-vis des tiers", art. préc., p. 2287 ; CA Bordeaux, 4^{ème} ch. B, 8 nov. 2000, Juris Data n°2000-130377; CA Paris, 25^e ch., 11 mars 2009, n° 06-20507, Letinturier c/ Ayache : JurisData n° 2009-001189, RJDA 2009. Cette qualification a pour conséquence d'élargir son domaine. En effet, la société entre époux constitue le domaine traditionnel d'élection de la société créée de fait (V. pour une illustration de la reconnaissance d'une société créée de fait, Com. 16 juin 1998, n° 96-12.337, Bull. civ. IV, n° 203, Dalloz Affaires 1998. 1537, obs. M. B.; Bull. Joly 1998. 1279, note S. NOEMIE, Dr. sociétés 1998, comm. n° 122, note T. BONNEAU; B. MAUBRU, "La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation de biens de deux époux exploitant un commerce en commun", art. préc.). Cependant, une autre doctrine a refusé cette solution. Elle estime que, si l'on part de la définition de la société créée de fait, on se rend compte qu'il s'agit d'une situation qui résulte d'un simple comportement de la part des personnes exerçant une activité en commun en dehors de l'intention d'être en société. Ce manque de conscience d'appartenir à une société empêche d'accepter qu'une société créée de fait puisse succéder à une société en formation. Celle-ci animée par la volonté d'entreprendre au sein d'une société, ne doit pas en principe se transformer en une société ignorée de ses propres membres. Voir notamment, J. DE BERMOND DE VAULX, "L'empire des faits et l'émergence de la notion de société", art. préc., p.185; TCHOTOURIAN, "La société en formation", art. précité, p.4.

prévoit que les dispositions de la première sont applicables à la deuxième¹. Cette requalification impose un régime juridique plus favorable aux tiers qui profitent d'une responsabilité non pas personnelle mais, solidaire. Afin de profiter de cette différence de régime entre les deux sociétés, le créancier social concerné devra désormais, rapporter la preuve de ce que les parties avaient bien changé d'optique, et qu'une société créée de fait avait succédé à la société en formation. La jurisprudence française a eu une vision libérale sur la question. A défaut de précisions apportées par les textes, la Cour de cassation française a pu marquer un seuil au-delà duquel il pourrait y avoir une société créée de fait faisant suite à une société en formation. Il faut qu'une activité sociale ait commencé². Dès lors que la société non immatriculée fonctionne, il y aurait société créée de fait. Toutefois, cette condition a provoqué quelques problèmes dans la pratique. *D'une part*, l'activité s'apprécie à travers l'ensemble des actes qui sont accomplis pour le compte de la société, et non pas chez l'un ou l'autre des associés³. *D'autre part*, l'exercice de l'activité ne saurait suffire puisque la société en formation peut aussi avoir une activité sociale antérieure à son immatriculation⁴.

Ainsi, tout en conservant le critère de l'activité, la jurisprudence française a essayé de le moduler par l'ajout d'éléments devant le caractériser. La qualification de la société créée de fait ne pouvait être retenue qu'en cas où l'activité de la société soit "*développée d'une manière durable et importante dépassant l'accomplissement de simples actes nécessaires à la constitution*"⁵. Le recours à la qualification de la société créée de fait se voit dès lors subordonné à trois conditions devant se réunir cumulativement⁶. D'abord, il faut qu'il y ait eu une activité qui dépasse l'accomplissement de simples actes nécessaires à la constitution⁷. Ensuite, cette exploitation doit revêtir un caractère important, en ce sens, elle doit s'intensifier

¹ Cette assimilation a suscité dans l'ensemble de critiques. Voir A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, préface J. Mestre, PUAM, 1992; J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, "Société en participation et société créée de fait, aspects juridiques et fiscaux", Paris, G.L.N. Joly 1996, p.73, n°183.

² Y. CHARTIER, "La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978", JCP, 1978, I, 2917, n°122; M. MERCADAL et F. JANIN, Mémento pratique des sociétés commerciales, op.cit., n° 237.

³ J. VALLANSAN et E. DESMORIEUX, "Société en participation et société créée de fait", n°209.

⁴ Paris 19 nov. 1992, Bull. Joly, 1993. 247, note J.-G. RAFFRAY; Bordeaux 14 mai 1990, Rev. sociétés 1990, p. 591, note P. LE CANNU; confirmé par Com. 7 avr. 1992, Bull. Joly 1992. 622, § 202, note P. LE CANNU. Voir pour la doctrine D. PLANTAMP, " Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", art. préc., p. 1.

⁵ Cass. com., 9 novembre 1987, RTD com. 1988, p. 455, note Y. REINHARD.

⁶ C. LOPEZ, "La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs : le sort des engagements pris au nom d'une société en formation en cas de défaut de reprise des actes par la société", JCP, 1998, E, p.410.

⁷ On a déjà constaté que le régime des actes des fondateurs n'autorise que les actes du premier établissement, il exclut l'exploitation. Voir supra, p. 263 et suiv.

jusqu'au point qu'elle corresponde à un exercice effectif d'une activité professionnelle. Enfin, il faut que cette activité soit prolongée dans une certaine durée. A cet égard, la fixation la plus exacte possible du point de départ de la période de formation permet d'en mesurer précisément la durée et revêt ici toute son importance. A partir de cette date, on pourra estimer que l'entreprise a été pleinement exploitée "*pendant plus d'une année*"¹, ou que "*la société a fonctionné assez longtemps pour être réputée avoir cessé d'être une société en formation et être devenue une société créée de fait*"². De la mesure précise du temps passé dépend l'octroi d'un régime juridique.

507-La requalification, technique possible en droit tunisien: Cette solution est transposable à notre droit parce qu'elle peut présenter une ligne de conduite pour l'avenir. C'est la requalification de la société en formation en une société de fait qui permettra aux créanciers de se prévaloir de l'extension de la responsabilité personnelle et solidaire de tous les associés par application de l'article 103 du Code des sociétés commerciales. On peut admettre que la durée, ou plus exactement "*l'écoulement d'un délai normal permettant à la société de parvenir à l'immatriculation*"³ et l'exercice simultané d'une activité⁴ constituent les deux points de référence attestant ce passage possible de la société en formation vers la société de fait. Concernant la durée de l'activité, le juge peut s'attacher au délai de 6 mois fixé par la loi⁵ qui autorise les souscripteurs ou les associés de demander la restitution de leurs fonds déposés en cas de dépassement de ce délai sans que la constitution de la société n'ait pu intervenir. Corrélativement, la société en formation qui développe une activité importante au-delà des 6 mois à partir du dépôt des fonds ou de la date du dépôt du projet des statuts, fonctionne comme une société de fait.

B/ L'étendu de la responsabilité collective.

508-Définition de la responsabilité personnelle et solidaire: A l'instar de la société en participation révélée⁶, la société non encore immatriculée est régie par les

¹ Com. 2 mai 1989, Droit sociétés, juillet 1989, n°201, p.3.

² Paris 2 décembre 1982, Rev.soc. 1983, 325, note J-P. SORTAIS.

³ M. GERMAIN, "Société en formation et société créée de fait", art. préc., p.7; D. GIBIRILLA, "La société en formation et la protection des tiers", Petites Affiches, 19 juillet 1983, n°86, p.16.

⁴ Paris 22 décembre 1983, Rev. sociétés 1984, 745, note J-P. SORTAIS.

⁵ Articles 98 alinéa 2 et 169 alinéa 2 du Code des sociétés commerciales.

⁶ L'article 79 du Code des sociétés commerciales prévoit qu'en cas de révélation de la société en participation "*les associés seront tenus dans les mêmes conditions que ceux d'une société en nom collectif*".

règles de la société en nom collectif. Assimilés aux associés en nom, les membres de ce groupement "*sont responsables personnellement et solidairement du passif social*"¹. Ils sont tous tenus à l'égard des créanciers sociaux au paiement intégral des dettes sociales².

A l'effet de la solidarité, l'action en responsabilité est intentée aussi bien contre tous les fondateurs que contre un ou plusieurs d'entre eux³. Cela permet aux tiers de poursuivre le plus solvable sans avoir à diviser ou multiplier ses recours. Il appartient, ensuite, une fois l'obligation est exécutée et la dette est honorée, à ceux qui ont été condamnés de retourner contre les autres coobligés, en fonction de la participation personnelle de chacun d'eux. Ils y procèdent conformément aux stipulations statutaires. La responsabilité des personnes est aussi personnelle dans le sens où leur responsabilité s'étend au-delà du patrimoine social et peut engager même leur patrimoine personnel.

509-Responsabilité de tous les fondateurs?: Assimilés à des associés en nom collectif, tous *les fondateurs*, sans exception, sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers. Les engagements pris par certains obligent tous les autres mêmes s'ils n'ont pas participé à l'acte. Les tiers seront mieux protégés puisque leur crédit s'en trouve plus étendu. Le régime de la responsabilité ainsi adoptée par le législateur tunisien, se révèle étroitement sévère quant aux fondateurs. Telle n'est pas sa position en matière de groupements d'intérêt économique. Il manifeste une certaine souplesse qui délimite le domaine de la responsabilité. En effet, par application de l'article 444 du Code des sociétés commerciales, seules sont responsables indéfiniment et solidairement des actes accomplis avant l'immatriculation "*les personnes qui ont agi au nom du groupement d'intérêt économique en formation*"⁴. Ne seront tenues que les personnes qui ont effectivement participé à la souscription des engagements, soit qu'elles les ont personnellement souscrits, soit qu'elles y ont participé⁵.

La solution paraît plus équitable que celle qui établit une assimilation au statut d'associé en nom collectif de fait. En effet, le législateur n'a pas mis à la charge du

¹ Article 54 du Code des sociétés commerciales.

² Article 55 du Code des sociétés commerciales.

³ F. DERRIDA, "De la solidarité commerciale", art. préc., n°11; Y. CHARTIER, "L'évolution de l'engagement des associés", art. préc., p.24.

⁴ Article 444 alinéa 1 du Code des sociétés commerciales.

⁵ D. GIBIRILA, "Droit général des sociétés, Procédure de constitution des sociétés. Immatriculation au registre d commerce", JurisClasser Sociétés Formulaire, fasc.C-55 article précité, n°24; "La société en formation et la protection des tiers", article précité, p.22.

groupement, après son immatriculation, une obligation de reprendre des actes conclus dans sa phase constitutive¹. En contrepartie, il offre aux tiers la garantie de se faire payer sur le patrimoine de ses contractants, fondateurs ou non, en cas de non reprise des actes jugés inopportuns. Ainsi, chacun de ces contractants se voit, dès lors, attribué la qualité de débiteur. Il sera tenu personnellement de la totalité de la dette à l'égard du créancier². Dès lors, on estime la généralisation d'une telle solution à toutes les formes de société.

510-La délimitation de la responsabilité en droit français: Le législateur français a édicté une règle générale applicable à toutes les sociétés³ dans l'article 1843 du Code civil disposant que "*Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas*". En interprétant ce texte, monsieur DAUBLON⁴ estime que le domaine de la responsabilité solidaire peut se trouver élargi s'il y a consentement des associés. En effet, l'article 1843 prévoit que sont seules responsables les personnes qui ont agi pour le compte de la société. Il s'ensuit que la responsabilité ne devrait frapper que les signataires des conventions conclues avant l'établissement des statuts. Aux termes de ces derniers, tous les associés ont manifesté leur accord sur ces conventions, y ont en quelque sorte adhéré, et il faut en conclure qu'ils s'en trouvent eux aussi solidairement responsables au même titre que s'ils les avaient signés. Ainsi, la Cour de Paris a décidé la responsabilité solidaire de trois fondateurs à propos d'effets de commerce émis par l'un d'eux. Elle estima que le fondateur demandeur, qui n'avait émis aucun effet, "*avait signé les statuts et la demande d'ouverture du compte bancaire, en qualité de fondateur, aux côtés des deux autres associés, avait ainsi agi au nom de la société en formation...*"

¹ L'opportunité est appréciée pleinement en assemblée générale d'associés selon l'absence des avantages que la société peut tirer de ces engagements. Voir CA. Paris, 26 mars 1979, Rev. sociétés 1979, p. 521.

² F. DERRIDA, "De la solidarité commerciale", art. préc., p. 329.

³ Cette règle était originellement prescrite pour les sociétés commerciales dans l'article L. 210-6 du Code de commerce puis elle est étendue à toutes les sociétés par l'article 1843 du Code civil français.

⁴ G. DAUBLON, "Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", art. préc., p.679.

et était tenu des actes... même s'il n'avait pas personnellement émis les effets..."¹. Après la signature des statuts, la procédure réglementaire exige qu'un mandat soit donné par tous les associés à l'un d'eux. En conséquence et par application des règles particulières au droit du mandat, les associés mandants et l'associé mandataire se trouveront tenus des actes passés de la même façon que s'ils en avaient tous été directement signataires.

Par conséquent, en cas de défaut d'immatriculation d'une société, les associés se trouvent solidairement responsables et ceci en toute logique puisqu'ils ont donné leur consentement individuel aux contrats en cause². La jurisprudence française a interprété restrictivement l'article 1843 du Code civil. Elle a censuré l'extension de la solidarité légale³ aux personnes, qui simplement, ont procédé à des démarches ou à des pourparlers, simples actes matériels, mais qui n'ont pas signé les actes. Elles sont restées étrangères, même si leur rôle a été prépondérant dans la réalisation des actes⁴. Si elles ont commis une faute, leur responsabilité personnelle sera engagée mais sur un autre fondement⁵.

511-Délimiter la responsabilité: une solution justifiée: Il serait raisonnable de délimiter la responsabilité solidaire aux seules personnes qui ont souscrit l'acte aussi bien les personnes qui ont agréé l'état comportant les engagements souscrits pour le compte de la société en formation annexé aux statuts ou qui ont donné mandat pour les conclure⁶. Cette solution peut trouver sa raison d'être surtout pour une société à

¹ CA Paris, 21 juin 1990, Juris-Data n°1990-022331 ; Dr. Sociétés 1990, comm., n°354, note Th. BONNEAU. Cet arrêt qui semble aller à l'encontre de la jurisprudence française constante a été critiqué par monsieur BESNARD-GOUDET. Si les dispositions particulières du droit bancaire peuvent éventuellement étayer cette solution, il n'est pas certain que l'article L 210-6 du Code de commerce puisse à lui seul lui servir de fondement. Le fait de disposer de la signature du compte ne paraît pas suffisant pour en déduire que tout acte relatif à ce compte, et passé par l'un des cosignataires, engage les autres comme s'ils avaient personnellement agi. Cf R. BESNARD-GOUDET, "Constitution des sociétés", JurisClasseur sociétés 2011 (mise à jour 2017), fasc. 27-10, n°107.

² Cette solidarité s'applique aux sociétés commerciales. Si la société est civile, l'obligation des fondateurs et simplement conjointe, ce qui oblige le cocontractant à fractionner ses poursuites.

³ Elle est prévue dans l'article L. 210-6 du Code de commerce français et l'article 1843 du Code civil français.

⁴ C.A. Orléans, 22 janvier 1978, JCP, 1980, G, 1980, note Y. GUYON.

Dans une autre décision, la Cour de cassation française a censuré une décision de la Cour d'Appel "qui a condamné un futur associé à payer des travaux commandés pour le compte de la société en formation par son associé sans avoir constaté aucun fait établissant qu'il avait comme lui passé la commande". Cass. com., 25 octobre 1983, Dalloz 1985, p.149.

⁵ Y. GUYON, note sous C.A. Orléans, 22 janvier 1978, JCP, 1980, G, 1980.

⁶ Cass. com., 31 mai 1988, Rev. sociétés 1989, p.39, note J. STOUFFLET; Cass. com., 17 mai 1989, Rev. sociétés 1990, p.32, note J. P. SORTAIS; C.A. Rouen, 19 novembre 1971, RTD com. 1972, p.913, note R. HOUIN.

responsabilité limitée constituée avec des incapables "*qui ne sauraient assumer la responsabilité et les engagements des associés en nom collectif et qui n'auraient d'ailleurs pas la capacité requise pour être fondateurs ou pour que l'on présume qu'ils auraient pu donner mandat d'accomplir les actes au nom de la société en formation*"¹. Dans une société anonyme faisant appel public à l'épargne, c'est à l'assemblée générale constitutive de statuer selon la loi majoritaire pour décider le sort des engagements préalables, mettant de ce fait, la responsabilité des minoritaires en cause. Il serait donc inopportun d'engager la responsabilité de celui qui n'a pas participé à la conclusion d'un acte.

512-Par conséquent, sont responsables les associés ayant agi dans l'intérêt de la société de fait, concernant seulement les actes qu'ils ont effectués. Ils sont imputés du seul fait qu'ils n'ont pas pu ou voulu placer entre eux et les tiers l'écran d'une société immatriculée. Si ces associés, maintenus responsables, n'honorent pas leurs engagements, ils peuvent être soumis à une procédure de redressement judiciaire, pourvu qu'ils aient participé personnellement à l'activité commerciale objet de la société².

¹ C. LABASTIE-DAHDOUH, H. DAHDOUH, Droit commercial, volume 2, op.cit, p. 119.

² Cass. com., 12 mai 1989, Dalloz 1989, p.238, obs. A. HONORAT; DOUAI, 14 janvier 1993, Dalloz 1994, n°9, obs. Y. CHARTIER.

Chapitre 2: La régularisation sollicitée.

513-La répression du défaut d'immatriculation: En rendant obligatoire l'immatriculation, le législateur a entendu imposer son respect à l'assujetti qui encourt, à défaut, une responsabilité pénale. Est passible d'une amende de cent à mille dinars, l'assujetti qui refuse de déférer à une injonction judiciaire de requérir une immatriculation au registre du commerce¹. En effet, le greffier avise le ministère public du refus et lui adresse une expédition de la décision². Ce dernier saisit alors le tribunal qui prononce contre le délinquant une peine d'amende. Toutefois, cette sanction apparaît comme accessoire. Il ne s'agit plus³ d'une sanction attachée directement à l'inexécution d'une formalité d'inscription au registre du commerce, comme l'exprime encore et par maladresse la version arabe de l'article 68 de la loi du 2 mai 1995⁴, mais d'une sanction encourue pour désobéissance aux injonctions judiciaires sans excuse

¹ Article 68 (nouveau) paragraphe premier de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 tel que modifié par la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières (J.O.R.T. 2005, n° 84, p. 2811 et suivant) prévoit que "*Toute personne tenue de requérir une immatriculation, une mention rectificative, ou une radiation, ou une mention complémentaire y compris les documents visés à l'article 51 de la présente loi, et qui, dans les quinze jours de la date à laquelle est devenue définitive l'ordonnance rendue par le juge, lui enjoignant de requérir l'une de ces formalités, n'a pas, sans excuse jugée valable, déféré à cette injonction, est punie d'une amende de cent à mille dinars indépendamment d'assumer les poursuites qui en découlent*".

² Article 58 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

³ L'ancien article 39 du décret beylical du 16 juillet 1926 punissait d'une amende civile ceux qui négligeaient de s'immatriculer, mais cette amende, par une disposition curieuse de cet article, était prononcée par "*le Tribunal de première instance siégeant en matière commerciale sur la réquisition du magistrat chargé de la surveillance du registre du commerce*". Les peines sont devenues plus sévères dans la loi de 1995, mais ne frappent plus que le fait de ne pas déférer, dans les quinze jours, à une ordonnance d'injonction devenue définitive.

⁴ La version arabe de l'article 68 de la loi du 2 mai 1995 punit de la même amende l'assujetti qui ne procède pas à son immatriculation ou qui ne défère pas à l'injonction du juge du registre du commerce. Une telle précision n'existe pas dans la version française de l'article qui se contente seulement de la deuxième hypothèse. Bien que cet article a été modifié par la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005, l'incohérence entre les deux versions arabes et française persiste malheureusement. Mais, il semble que la rédaction de l'article en langue arabe est maladroite. En fait, toute contestation relative à l'immatriculation d'une personne doit être d'abord portée devant le juge du registre du commerce. Ce dernier détermine si l'intéressé sera assujetti ou pas. Si l'intéressé a la qualité de commerçant le tribunal peut-il ordonner l'immatriculation et ne pas prononcer la sanction ? Une ancienne doctrine française avait interprété l'article 18 de la loi du 18 mars 1919 (il punissait d'une amende ceux qui négligeaient de s'immatriculer) en refusant de considérer l'amende comme une peine et il la considérait comme étant une sanction civile, une astreinte légale de telle sorte qu'un tribunal de commerce, eu égard à la bonne foi du commerçant, pouvait (ce qui n'aurait pas été possible s'il s'était agi d'une contravention), ne pas prononcer immédiatement la sanction et la subordonner au défaut d'inscription dans le délai qu'il prescrivait. Ce texte est resté en vigueur jusqu'à l'ordonnance du 27 décembre 1958 qui a refondu les sanctions pénales en matière de registre de commerce. La nouvelle répression ne frappe plus le simple fait de n'avoir pas requis une inscription. Elle n'atteint que la personne qui n'obéit pas à une injonction du juge commis devenue définitive. Voir notamment J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, tome1, op.cit., p.471.

valable. Il y a donc un écran entre l'omission de la formalité et la sanction¹. L'infraction n'est constituée que lorsqu'une injonction adressée par le juge du registre du commerce à un assujetti de s'immatriculer est restée sans effet. Dès lors, cette injonction ne peut concerner qu'une personne physique selon l'article 54 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995. Par voie de conséquence, seuls sont désormais passibles d'une sanction pénale, faute de ne s'être point immatriculés, les commerçants personnes physiques². Concernant les sociétés personnes morales, l'article 20 du Code des sociétés commerciales prévoit que "*Nonobstant les dispositions des articles 14, 18 et 19 du présent code, l'inobservation des formalités de publicité susmentionnées expose les dirigeants sociaux qui en ont la charge à une sanction d'amende de trois cent à trois mille dinars*". Faisant renvoi à l'article 14 du même Code, l'article 20 prévoit une peine pécuniaire qui est infligée à la personne chargée d'exécuter les procédures d'immatriculation³ et qui a manqué à son devoir.

514-Vers une dépenalisation: Certes, sur le principe, comme l'observe un auteur, "*ces sanctions sont opportunes car elles renforcent le rôle probatoire du registre du commerce ... Ce qui est concevable pour un bottin mondain l'est moins pour un registre essentiel pour la police du commerce*"⁴. Mais, en pratique, elles apparaissent comme inutiles. On a pu longtemps regretter la pénalisation excessive du droit des affaires⁵, non par indulgence pour la criminalité "*en col blanc*", mais pour souligner l'inadaptation à la vie commerciale et l'inutilité de nombreuses dispositions pénales⁶. Désormais, on assiste actuellement à un mouvement de dépenalisation du droit des

¹ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Une répression inadéquate", in Publicités légales et information dans les affaires, ouvrage collectif sous la direction de A. Sayag, p. 242.

² Mais, lorsqu'il s'agit du défaut d'inscription modificative ou de radiation, tous les intéressés sont susceptibles d'être sanctionnés, y compris donc les sociétés. Selon l'article 54 de la loi n°95-44 l'ordonnance d'injonction d'immatriculation ne concerne que les personnes physiques et non les personnes morales. Les alinéas 2 et 3 du même article permettent toutefois au juge d'ordonner à toute personne immatriculée de procéder aux inscriptions modificatives et radiations dans les mêmes conditions de l'alinéa 1 de l'article.

³ D'une manière générale, les dispositions de l'article 15 du Code des sociétés commerciales prévoient que les formalités de publicité aux quelles doivent procéder la société, sont effectuées à la diligence et sous la responsabilité de ses représentants légaux, c'est-à-dire de toutes les personnes ayant légalement le pouvoir de représenter la société vis-à-vis du tiers. En effet, lors de la constitution d'une société, les fondateurs sont généralement représentés par une seule personne qui prend souvent place parmi les premiers dirigeants sociaux.

⁴ A. VIANDIER, J. VALLANSAN, Actes de commerce, commerçants, activité commerciale, Paris, 2ème éd., PUF, 1992, n°144.

⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, "Les causes du mal en droit des sociétés par complexité, formalisme et répression", Petites Affiches 5 décembre 1986, n°146, p. 16.

⁶ A. VITU, "Regards sur le droit pénal des sociétés", in Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. ROBLOT, Paris, 1984, p. 247.

affaires. Depuis 1984, le législateur français a amorcé ce mouvement¹ dont on ressent également les effets en matière de publicité légale². En matière du registre du commerce, plus particulièrement, la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives est intervenue pour dépénaliser la matière³.

En Tunisie, et bien que la dépénalisation a été amorcée depuis la promulgation du Code des sociétés commerciales, elle demeure conjoncturelle et ne traduit pas une philosophie législative, qui serait inscrite dans une politique criminelle à long terme⁴. C'est ainsi qu'en matière du registre du commerce, la réforme opérée par la loi du 10 avril 2010 démontre le réflexe pénalisant du législateur qui ne se départit pas de l'idée que le droit pénal participe à l'efficacité d'un texte. Ainsi, à côté du titre VII de la loi du 2 mai 1995 consacré aux sanctions pénales, elle ajoute l'article 70 (bis) qui détermine les autorités chargées de relever les infractions prévues en la matière. Cet article fixe la liste des officiers de police judiciaire et les personnes habilitées pour le constat des infractions⁵. Toutefois, cette tendance vers la pénalisation en matière de registre du commerce peut être jugée inefficace ou inutile surtout lorsqu'il s'agit de réprimer le défaut d'immatriculation⁶. Le législateur incite les personnes assujetties récalcitrants à régulariser rapidement leur situation de fait⁷.

¹ Sur ce sujet, voir, M-T. CALAIS-AULOY, "La dépénalisation en droit des affaires", Dalloz 1988, chr., p. 315 ; M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, tome 2, Paris, 3ème éd., PUF, 1990, p. 262.

² Ainsi, la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 a-t-elle abrogé les articles 483 à 485 de la loi du 2 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, qui prévoyaient des incriminations pour des infractions à la publicité relative aux émissions de titres. Voir E. FORTIS et A. REYGROBELLET, "Une répression inadéquate", in Publicités légales et information dans les affaires, sous la direction de A. SAYAG, op.cit., p. 242.

³ Les dispositions de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, dite *loi Warsmann II*, intéressent le domaine du RCS. Cette loi a en effet procédé à une dépénalisation partielle des sanctions applicables en cette matière, posé les bases de la suppression du dépôt en double exemplaires des actes au RCS et modifié les règles de publicité applicables aux rapports de gestion. Voir J-M. BAHANS, "Bilan 2012 du RCS : une année riche", Bull Joly Sociétés, 01 janvier 2013, n° 1, p. 75.

⁴ D. OUALI, "Pénalisation ou dépénalisation du droit des sociétés : L'archaïsme du droit tunisien", Etudes Juridiques 2009, n°16, p. 160 et suiv.

⁵ Article 70 (bis) prévoit que "*Les infractions aux dispositions de la présente loi sont constatées par:- les officiers de police judiciaire visés aux numéros 1 à 4 de l'article 10 du code de procédure pénale, -les inspecteurs et les agents habilités par le ministre chargé du commerce, du ministre chargé des finances ou par toute autre administration ou institution publique compétente et habilitée à cet effet, et ce, conformément à la législation en vigueur. Les faits constitutifs de l'infraction sont constatés personnellement et directement par deux agents assermentés*".

⁶ Généralement, il est jugé nécessaire de supprimer les sanctions pénales pour des négligences purement formelles. Par exemple, le législateur tunisien n'a pas jugé utile de réprimer le défaut de communication des documents sociaux dans la société anonyme, il a permis aux actionnaires détenteurs de 5% du capital de saisir le juge de référé (Article 284 du Code des sociétés commerciale).

⁷ J-P. TEBOUL et F. LEGER, "Actualité législative et réglementaire du RCS", art. préc., p. 77.

515-Définition de la régularisation: La régularisation s'analyse en une réparation de l'acte¹. Pour monsieur DUPEYRON, elle est une validation objective² de l'acte irrégulier en lui permettant d'accéder tardivement à la perfection juridique³. Monsieur GHESTIN adopte une conception plus large ; la régularisation consiste à apporter "*l'élément objectif ou subjectif qui faisait défaut à l'acte initial*"⁴. Etant admise par la loi, la régularisation connaît une variété d'applications que l'on rencontre dans plusieurs domaines⁵. Outre le droit des sociétés qui demeure son domaine par excellence⁶, la loi du 2 mai 1995 lui a réservé aussi une place importante au cas du non respect de l'obligation d'inscription. Mais, au sein de cette loi on ne doit pas confondre la "*rectification*"⁷ avec la régularisation.

516-Rectification et régularisation: La distinction entre ces deux techniques est tributaire d'une autre distinction: le défaut d'immatriculation et l'immatriculation irrégulière. Envisagée par un auteur comme un "*acte à procédure*"⁸, l'immatriculation peut être viciée à deux titres. D'une part, les exigences légales peuvent n'être pas satisfaites, d'autre part, les inscriptions effectuées peuvent ne pas correspondre à la réalité des faits. La correction de ces vices ne constitue pas une régularisation, mais

¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, tome 2, op.cit., n°224.

² Selon cet auteur, le vice de nature subjective ne peut pas faire l'objet d'une régularisation car la volonté de l'auteur de l'acte irrégulier doit être réitérée. Il ne s'agit plus de régularisation mais de confirmation.

³ Ch. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, op.cit., p. 109, n°145.

⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, La formation du contrat, op.cit., n°799. Monsieur GHESTIN emploie l'expression de confirmation-réparation. De ce fait, il retient une autre conséquence de la confirmation qu'il limite à la renonciation à invoquer la nullité sans idée de réparation.

⁵ Le droit civil connaît la validation du mariage de l'impubère après son arrivée à l'âge de majorité matrimoniale, et celle de la vente de la chose d'autrui lorsque le vendeur acquiert la propriété par quelque voie que ce soit.

(احمد الورفلي، "تدارك البطلان من خلال احكام مجلة الالتزامات والعقود"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 2، فيفري 1999، ص 99)

Le droit commercial lui fait une place au cas de lettre de change en blanc (Y. KNANI, Droit commercial : les effets de commerce, le chèque, le virement et la carte de paiement, 2^{ème} éd., Centre de Publication Universitaire, 1999, p. 73 et p. 305). Le droit fiscal fait lui aussi recours à cette technique pour régulariser une situation fiscale à travers l'article 89 du Code des droits et des procédures fiscaux. Le droit des assurances utilise aussi la technique de régularisation à travers l'article 86 du Code des assurances. Le droit judiciaire lui-même accepte la régularisation des instances ou des actes. En l'absence de texte, la jurisprudence fait appel à l'idée de régularisation.

⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, La formation du contrat, op.cit., n°804 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 1, op.cit., n°1074 ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 3, op.cit., n°668 à 670.

Toutefois, en droit commun, la régularisation n'est pas admise de manière générale. Elle porte en effet, atteinte au principe selon lequel la validité d'un acte s'apprécie au jour de sa conclusion (Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations, tome 2, op.cit., n°226).

⁷ Cette expression est employée par l'article 54 alinéa 2 de la loi n°95-44 selon lequel "*Toute personne immatriculée au registre du commerce doit, dans les délais prescrits faire procéder soit aux mentions complémentaires ou rectifications qu'elle doit y faire, soit aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclarations inexactes ou incomplètes, soit à la radiation*".

⁸ L'expression est employée par monsieur Ch. DUPEYRON lorsqu'il a traité la question de la régularisation de la publication. Ch. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, op.cit., n°235.

répond à ce que la loi n°95-44 du 2 mai 1995 appelle "rectification". Comme la régularisation, la rectification permet à l'acte d'accéder à la perfection, puisque la correction permet à l'acte de rendre compte exactement des faits, mais elle s'en distingue. L'originalité de la rectification résulte du caractère particulier du vice et de la spécificité des sanctions. La sanction de l'absence de perfection ne se traduit pas par la nullité de l'immatriculation¹ qui, en raison de sa rétroactivité, heurterait le plus souvent le mécanisme de l'opposabilité et "*aussi du fait que très souvent la nullité proprement dite n'apparaît pas (soit en raison de nécessités logiques, soit parce que le vice n'est pas d'une gravité suffisante pour la justifier)*"². Elle se traduit plutôt par une "irrecevabilité" de la demande d'immatriculation.

Quant au défaut d'immatriculation, la loi du 2 mai 1995 a consacré, même implicitement³, la technique de régularisation. Elle a organisé l'ordonnance d'injonction rendue par le juge de registre du commerce et les différentes inscriptions d'office⁴. Mais, ces mesures demeurent insuffisantes car elles ne s'appliquent généralement qu'à l'assujetti personne physique (Section 1). Concernant la société non immatriculée, la solution doit être cherchée dans le droit des sociétés (Section 2).

Section 1: La régularisation à travers la loi du 2 mai 1995.

517-La régularisation volontaire: La demande d'immatriculation s'impose dans un délai fixé par le législateur. Ce délai se diffère selon qu'il s'agit d'un assujetti personne physique ou personne morale. Toutefois, passé ce délai, est-il toujours loisible à la personne négligente de réparer son oubli? La loi n'a nullement prévu que le retard mis à présenter la demande devait être sanctionné par son rejet. Aucun argument sérieux ne permet de parvenir à une telle solution. La seule sanction que l'on peut éventuellement attacher au défaut d'immatriculation est la non acquisition de la personnalité morale ou l'impossibilité de se prévaloir de la qualité de commerçant.

¹ Etant un acte juridique, Monsieur P. LE CANNU évoque la possibilité d'une immatriculation viciée et par conséquent de sa nullité (de la nullité de l'immatriculation). Il estime que l'immatriculation "*peut donc être arguée de nullité pour les causes de validité des actes juridiques (absence de pouvoir, erreur, dol, violence, fraude notamment), tout en respectant le cadre imposé par le décret du 30 mai 1984*". Voir P. LE CANNU, Droit des sociétés, Montchrestien, 2002, n° 428.

² Ch. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, op.cit., n°238.

³ La loi du 2 mai 1995 n'a pas employé expressément le terme régularisation.

⁴ Il s'agit de l'immatriculation d'office, inscription d'office et radiation d'office.

Par conséquent, une demande d'immatriculation tardive ne serait refusée si elle émane de l'assujetti après le délai légal. Elle peut être présentée à son initiative ou suite à une invitation qui lui est faite par le greffier. En effet, l'article 33 tel que modifié par la loi du 10 avril 2010 a créé l'obligation pour certaines administrations¹ de collaborer avec le greffe et de lui communiquer une liste de personnes physiques ou morales assujetties à l'immatriculation ne déférant pas à cette formalité. Le greffier qui est informé qu'une personne assujettie ne s'est pas immatriculée, il est tenu de l'inviter pour procéder à son immatriculation². Cette régularisation volontaire produit ses effets, mais sans rétroactivité³.

518-Mais, si l'assujetti ne requiert pas son immatriculation et ne répond pas à l'invitation, peut-on saisir le juge du registre du commerce qui a le pouvoir d'ordonner son accomplissement?

Le pouvoir du juge n'est pas le même si l'assujetti est une personne physique ou morale (paragraphe 1). Il peut aboutir à une immatriculation d'office (paragraphe 2).

Paragraphe 1: Le domaine limité de l'ordonnance du juge de registre du commerce.

519-Le choix d'une ordonnance enjoignant l'immatriculation au registre du commerce n'est pas une innovation de la loi du 2 mai 1995. S'inspirant de la procédure d'injonction de payer⁴ instituée antérieurement par les articles 59 à 67 du Code de procédure civile et commerciale, la loi relative au registre du commerce a instauré une procédure d'injonction de faire qui se rapproche de celle consacrée par les articles 1425-

¹ Il s'agit de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale, l'Administration Fiscale ainsi que la Chambre d'Industrie et du Commerce.

² Selon l'article 33 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 "*Le greffier est tenu de se renseigner sur les personnes physiques et morales assujetties pour les inviter à l'inscription au registre du commerce...*".

³ J. DELGA, Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse précitée, p. 46.

⁴ Il s'agit d'une procédure judiciaire simplifiée de recouvrement des créances, qui permet au créancier d'obtenir rapidement et aux moindres frais un titre exécutoire lui permettant de procéder à l'exécution forcée. Voir S. MELLOULI, Voies d'exécution. Procédures juridiques de recouvrement des créances, éd. C.L.E. 1991, p. 56 et suivant; F. MECHRI, "La procédure de l'injonction de payer en Tunisie", R.T.D. 1974, pp.11.

1 à 1425-9 du Nouveau Code de procédure civile français¹. L'ordonnance rendue par le juge du registre du commerce est une procédure qui vise principalement à vaincre l'inertie du commerçant, personne physique (I). Cette procédure ne peut, en principe, porter atteinte aux droits du commerçant puisqu'elle est susceptible de recours (II).

I/ L'ordonnance du juge du registre du commerce est réservée à l'assujetti personne physique.

520-La saisie du juge du registre du commerce: L'article 54 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 accorde au juge du registre du commerce le pouvoir d'enjoindre de procéder à l'immatriculation. Selon cet article et faute par un commerçant, personne physique, de requérir son immatriculation dans le délai d'un mois² qui suit le début de l'activité, le juge du registre du commerce³ peut soit d'office, soit à la requête du ministère public, soit à la requête de toute personne justifiant y avoir intérêt, enjoindre par ordonnance l'assujetti à accomplir la formalité d'immatriculation. Il doit apprécier si l'intéressé a ou non la qualité de commerçant⁴. Il peut être, aussi, saisi par le greffier du tribunal de première instance. Selon l'article 54 paragraphe 4 de la loi du 2 mai 1995, le greffier d'une juridiction rendant une décision impliquant l'obligation d'immatriculation pour une personne doit notifier cette décision au greffier du Tribunal de Première Instance dans le ressort duquel l'assujetti a son siège ou son établissement principal. C'est ainsi que dans une instance, une juridiction rend une décision constatant la qualité de commerçant d'une personne non inscrite au registre du commerce, le greffier notifie cette décision au greffe du registre du commerce. Le greffier destinataire saisit directement le juge du registre du commerce. Ce dernier procédera alors par procédure

¹ Etant une technique de droit de la consommation, l'injonction de faire est une procédure qui a pour objectif de vaincre l'inertie ou la mauvaise volonté des professionnels. Voir V. CHRISTIANOS, "Injonction de faire et protection des consommateurs", Dalloz 1990, chron. p. 91 ; X. VUITTON, "Référé spéciaux. Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur. Référé-provision. Référé-injonction de faire", JurisClasseur Procédure civile 2016, Fasc. 1300-15, n° 99 et suiv.; S. ZEIDENBERG, "Le renouveau des injonctions de faire", Dr et patr. 2001, n° 98, p.74; Ph. SIMLER, "Contrats et obligation. Classification des obligations. Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire", JurisClasseur civil 2015 (mise à jour 2016), Art. 1136 à 1145 - Fasc. 10, n°94 et suiv.

² Il est étonnant que l'article 54 ne soit pas modifié puisque l'article 8 a été modifié par la loi de 2010 qui a raccourci le délai d'immatriculation de la personne physique pour devenir 15 jours au lieu de un mois.

³ L'article 54 ne parle que du juge du registre du commerce. Or, l'article 5 précise que les organes de contrôle du greffier sont le président du tribunal de première instance ou le juge du registre du commerce. Est ce que cela veut dire que le premier ne peut enjoindre par ordonnance l'assujetti à s'immatriculer ? Par application de l'article 5 le juge du registre du commerce est d'abord le président du tribunal sauf s'il confie cette mission à un autre juge.

⁴ La Cour de cassation française estimait qu'il faut examiner les circonstances de l'espèce établissant la qualité de commerçant. Cass. Com. 28 mars 1973, Bull. civ. IV, n°141.

d'injonction. Il est à signaler que le greffier ne transmet au juge du registre du commerce un extrait de cette décision que s'il en est formellement requis par le tribunal. En effet, il lui sera difficile de dépouiller tous les jugements rendus pour savoir s'ils impliquaient ou non la qualité de commerçant de l'une des parties¹.

521-L'injonction d'immatriculation est interdite pour les sociétés commerciales: La lecture exégétique de l'article 54 de la loi du 2 mai 1995 exclut les sociétés du domaine de la procédure d'injonction d'immatriculation. L'article L. 123-3 du Code de commerce français² consacre aussi cette solution justifiée généralement, par l'absence d'un délai d'immatriculation. En effet, il est admis que cette mesure ne peut être prononcée que si la formalité est enfermée dans un délai impératif et si l'assujetti est défaillant. En France, il n'existe aucun délai pour y procéder³. L'immatriculation des sociétés au registre du commerce est présentée par la plupart des auteurs comme une formalité facultative⁴. En Tunisie, l'article 14 du Code des sociétés commerciales fait de l'immatriculation au registre du commerce une obligation en prévoyant que " *la société doit être immatriculée au registre du commerce du tribunal de son siège social dans un délai d'un mois à compter de la date de sa constitution* ". Le caractère obligatoire de l'immatriculation est confirmé par l'existence d'un texte répressif sanctionnant l'inobservation de cette procédure⁵. Comment peut-on, dès lors, justifier l'interdiction d'enjoindre une société pour s'immatriculer dans notre droit?

Selon madame A. MIGNON-COLOMBET, l'immatriculation d'une société constitue un acte juridique qui donne naissance à un nouvel être juridique. Il ne peut, en principe, intervenir qu'à la demande de l'assujetti⁶. Par conséquent, imposer un délai "serait contraire au droit des fondateurs d'abandonner les opérations de constitution en cours"⁷. Il sera difficile de les contraindre à immatriculer leur société par voie de justice si tel n'est plus leur souhait. Ainsi justifiée, cette interdiction d'injonction n'a pas sa raison d'être pour une société civile dont l'immatriculation a pour simple effet de

¹ SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°23.

² Article L. 123-3 du Code de commerce français prévoit que "*Faute par un commerçant personne physique de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, le juge commis soit d'office, soit à la requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant y avoir intérêt, rend une ordonnance lui enjoignant, le cas échéant sous astreinte, de demander son immatriculation*".

³ Supra, p. 77.

⁴ C-T. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales. Information du public et preuve des actes, op.cit., n°160, p. 111 ; A. MIGNON-COLOMBET, L'exécution forcée en droit des sociétés, thèse Paris I, 2002, p. 222 ; V. CUISINIER, L'affectio societatis, Paris, LexisNexis, Litec, 2008, p. 165.

⁵ L'article 20 du Code des sociétés commerciales.

⁶ A. MIGNON-COLOMBET, L'exécution forcée en droit des sociétés, thèse précitée, p. 223.

⁷ R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", art. préc., p. 290.

révéler son existence aux tiers¹. Le représentant légal qui n'accompli pas l'obligation d'immatriculer la société civile, ne pourra pas se prévaloir à leur égard de l'existence de cette société qui conserve son caractère clandestin. Or, lors de la présentation à la chambre des députés du projet de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, on avait assigné à celui-là l'objectif de réorganiser le registre du commerce d'une manière moderne, sur la base d'informations globales, donnant une image transparente et réelle sur les commerçants et les sociétés². Pour la réalisation de cet objectif, la procédure d'injonction d'immatriculation devrait s'appliquer aussi bien aux personnes physiques exerçant une activité commerciale qu'aux sociétés civiles.

522-Exception: Injonction de réimmatriculation: Si l'immatriculation de la société commerciale doit demeurer une démarche volontaire des associés, l'article 71 de la loi du 2 mai 1995³ avait posé une exception à ce principe. Le juge de registre du commerce pouvait contraindre une société à se réimmatriculer. Il s'agit de dispositions transitoires⁴ prévoyant l'applicabilité de la loi du 2 mai 1995 aux personnes (physiques

¹ Supra, p. 238.

² Discussion de la chambre des députés, 25 avril 1995, p. 2.

³ L'article 71 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 prévoit que " *Toutes personnes mentionnées à l'article 2 de la présente loi doit, dans le délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur, demander à être réinscrite au registre du commerce et des sociétés conformément aux dispositions prévues par la présente loi à défaut, toute immatriculation sera supprimée à l'expiration de ce délai. Toute personne justifiant y avoir intérêt peut, requérir la réinscription d'une personne physique ou morale qui, ne l'aurait pas requise, conformément aux dispositions de l'article 54 de la présente loi* ".

⁴ Logiquement, la frontière entre les deux domaines respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle doit être située au jour d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Celle-ci ne doit pas s'appliquer au passé mais elle doit s'appliquer seule à l'avenir. En d'autres termes, elle n'a pas d'effet rétroactif. Ce principe, d'origine législative en France (Article 2 du Code civil français) et jurisprudentielle en Tunisie (Voir arrêts civils n°755 du 21 novembre 1978 ; R.J.L., mai 1979, p. 88 ; bulletin II, p. 154 ; n°20246 du 28 février 1989, R.J.L., mai 1991, p. 82 ; n°1887 du 20 octobre 2006, bulletin 2006, partie civile, p. 91) signifie que l'application d'une loi nouvelle ne doit pas conduire à déclarer irrégulier (ou, au contraire, à déclarer régulier) un acte ou une conduite, antérieur à la date prévue normalement pour l'applicabilité de cette loi, et régulier (ou irrégulier) au regard de la loi ancienne. La régularité des situations juridiques entièrement constituées doit être appréciée au regard de la loi sous l'empire de laquelle elles étaient constituées. Ainsi, l'immatriculation d'une société constituée avant 1995 demeure valable si elle est effectuée selon les dispositions du décret beylical du 16 juillet 1926. Elle ne peut être remise en cause par la nouvelle loi du 2 mai 1995 imposant des procédures plus complexes. Cependant, le principe de la non-rétroactivité présente, en matière commerciale, l'inconvénient de maintenir des situations anciennes non conformes à la loi nouvelle et trouble ainsi la simplicité du droit. Cette difficulté serait résolue par des dispositions particulières appelées dispositions transitoires qui régissent les situations en cours et évitent ainsi les chevauchements. En droit tunisien, les dispositions transitoires sont de deux genres. Parfois, tenant compte de l'ampleur du changement apporté par la loi nouvelle et désireux de faire en sorte que celle-ci puisse s'appliquer dans une certaine mesure aux situations juridiques anciennes, le législateur prend des dispositions transitoires matérielles, c'est-à-dire des mesures particulières conformes à l'esprit de la nouvelle loi et propres à ménager des transitions ou à s'adapter spécialement aux actes ou faits anciens ou aux situations en cours. Mais, les dispositions transitoires sont en général, d'un autre genre, beaucoup plus simple. Elles se bornent à envisager les cas des situations en cours pour dire quand s'applique l'ancienne. Voir notamment M. CHARFI, Introduction à l'étude du droit, op.cit., p. 164-165.

ou morales) immatriculées antérieurement à son entrée en vigueur¹. Afin d'inciter à la régularisation de telles situations en cours², l'article 71 de la loi de 1995 renvoie à l'article 54 pour permettre au juge du registre du commerce d'ordonner non seulement le commerçant³ mais aussi la société à se réimmatriculer. Par conséquent, la réimmatriculation d'une société est considérée comme une obligation légale, au même titre que pour une personne physique, et non pas un acte volontaire. Comment peut-on justifier cette exception?

523-Justification de l'exception: Avant la promulgation du Code des sociétés commerciales par la loi n°93-2000 du 3 novembre 2000, la naissance de la personnalité morale des sociétés civiles et commerciales avait lieu au moment et du fait de l'acte constitutif. La formalité de l'immatriculation au registre du commerce exigée par le décret beylical de 1926 puis par la loi de 1995, assurait simplement la mise en œuvre de la révélation de la société aux tiers⁴. La société qui n'avait pas procédé à sa réimmatriculation conservait ainsi, sa personnalité morale mais devenait une société clandestine. Pour protéger les tiers qui pouvaient subir des préjudices⁵ résultant du caractère occulte de cette société, l'article 71 prévoit que sa réimmatriculation peut être requise par toute personne justifiant y avoir un intérêt. La notion d'intérêt pour agir aux fins de réimmatriculation suppose qu'il puisse être justifié par le demandeur, d'une part qu'il se trouve dans l'incapacité d'obtenir l'un des renseignements qui se trouvaient

¹ L'entrée en vigueur des textes législatifs est régie par la loi n°93-64 du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au Journal Officiel de la République Tunisienne et à leur exécution (J.O.R.T. n°50 du 6 juillet 1993, p. 931), et plus particulièrement à son article 2 d'après lequel "*les textes législatifs et réglementaires sont exécutoires cinq jours après le dépôt du journal officiel dans lequel ils sont insérés, au siège du gouvernorat de Tunis. Le jour du dépôt n'est pas pris en considération dans le décompte du délai. Ces textes peuvent comporter une disposition expresse d'exécution immédiate ou dans un délai dépassant celui indiqué au premier alinéa du présent article*". Ainsi, le système de détermination de la date d'entrée en vigueur de la loi connaît des exceptions qui consistent en la présence de dispositions expresses anticipant ou retardant cette entrée en vigueur. Quand la loi nouvelle apporte de très grands changements et surtout quand il s'agit de nouveaux codes, le législateur préfère laisser un certain temps pour que les justiciables prennent connaissance du contenu parfois complexe des dispositions nouvelles. L'entrée en vigueur est dans ce cas reportée de quelques semaines voire même de quelques mois après la parution du texte. La loi le dit alors expressément. C'est l'exemple de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 dont l'article 73 prévoit que "*Les dispositions de la présente loi prendront effet six mois après sa publication*". Cette publication assurée par le Journal Officiel avait eu lieu le 9 mai 1995. La loi relative au registre du commerce a été promulguée le 2 mai 1995 mais, elle n'a été entrée en vigueur que le 9 novembre 1995. C'est à partir de cette date qu'ont dû être abrogées toutes les dispositions antérieures contraires et notamment le décret beylical du 16 juillet 1926 qui avait créé et organisé le registre du commerce.

² Parmi les autres mesures incitatives c'est l'exonération de la réimmatriculation des droits d'immatriculation au registre du commerce (Article 3 du décret n°95-2452 du 18 décembre 1995, relatif aux droits d'immatriculation au registre du commerce, J.O.R.T., 1995, n°103, p. 2346.).

³ L'injonction de réimmatriculation ne pose pas de difficulté pour la personne physique soumise expressément à l'article 54.

⁴ Supra, p. 104.

⁵ A. GUENGANT, P. TROUSIERE, S. VENDEUIL, Le rôle des juges dans la vie des sociétés, co-éd. fidal éd./Nouvelles éd. fiduciaires, 1993, p. 73.

rendus publics et d'autre part, qu'il a intérêt à disposer de ces renseignements. Le juge du registre du commerce peut, dans ce cas, enjoindre la société ancienne qui n'a pas volontairement demandé sa réimmatriculation d'accomplir la formalité.

524-Conséquence du défaut de réimmatriculation: En dépit de son caractère obligatoire, on a pu constater que plusieurs sociétés n'étaient pas réimmatriculées dans le délai de deux ans, jugé largement suffisant¹. Dans ce cas, leur immatriculation effectuée selon les procédures du décret beylical de 1926 sera "*supprimée*"². Cette suppression peut avoir pour conséquence soit la non révélation aux tiers de la société devenue une société clandestine³ soit la perte de sa personnalité morale⁴. Cette dernière solution est adoptée par la jurisprudence française⁵ pour décider que les sociétés civiles, constituées avant le 1er juillet 1978 et n'ayant pas obéi à l'obligation de la loi du 15 mai

¹ Les débats parlementaires, assemblée du 25 avril 1995, réponse du ministre de la justice, p. 43 (en arabe).

² Le législateur français déclare, dans le décret n°56-1130 du 12 novembre 1956 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 4 du décret n°53-705 du 9 août 1953 sur la réforme du registre du commerce et relatif à la réimmatriculation des commerçants (JCP, G, 1956, III, 21614), que "*les inscriptions et mentions antérieures deviendront caduques à l'égard des tiers et seront radiés...*". La radiation dont parle cet article se distingue de la radiation de la société du registre du commerce et des sociétés suite à sa dissolution.

³ Cette sanction s'applique aux sociétés civiles. Elle s'applique aussi aux sociétés commerciales soumises aux anciennes dispositions du Code de commerce. En effet, avant la promulgation du Code des sociétés commerciales par la loi n°93-2000 du 3 novembre 2000, la naissance de la personnalité morale des sociétés civiles et commerciales avait lieu au moment et du fait de l'acte constitutif.

⁴ Cette sanction s'applique aux sociétés commerciales après l'entrée en vigueur du Code des sociétés commerciales. Selon l'article 3 de la loi n°2000-93 du 3 novembre 2000 portant promulgation du Code des sociétés commerciales "*les sociétés commerciales existantes doivent, dans le délai d'un an à partir de la date d'entrée en vigueur du présent code, régulariser leur situation conformément à ses dispositions*". Et, conformément aux dispositions du Code des sociétés commerciales, toute société commerciale – à l'exception de la société en participation – est tenue de s'immatriculer au registre du commerce dans un délai d'un mois à compter de la date de sa constitution, pour acquérir la personnalité morale. Si cette obligation s'impose aux sociétés nouvellement constituées sous l'empire du Code. Le législateur a édicté une disposition transitoire qui s'applique aux sociétés constituées antérieurement à son entrée en vigueur. Il leur accorde un délai d'un an à partir de la date d'entrée en vigueur du Code pour régulariser leur situation en se faisant immatriculer si la formalité n'a pas encore été effectuée avant cette date. Voir sur ce sujet A. OMRANE, "*Les problèmes suscités par l'entrée en vigueur du Code des sociétés commerciales*", art. préc., p. 171.

⁵ CA Dijon, 4 mars 2003, JurisData n° 2003-205539 ; JCP, 2003, E, 1203, spéc. § 7, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; CA Dijon, 18 mars 2003, JurisData n° 2003-205542 ; Dr. sociétés 2003, comm. 123, note F.-X. LUCAS ; CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2003, Petites Affiches, 3 août 2004, p. 13, note BALINDO ; Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-16.406, Droit des sociétés n° 6, Juin 2008, comm. R. MORTIER, p.120. Une unanimité de la doctrine semble exister sur cette idée que les sociétés civiles non immatriculées avant le 1^{er} novembre 2002 perdent leur personnalité morale. En ce sens, voir B. SAINTOURENS, "*Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques*", Defrénois 30 décembre 2001, n°24, pp. 1465; G. BARANGER, "*Immatriculation des sociétés civiles anciennes : l'échéance*", Defrénois 15 octobre 2002, n°19, p.1226, note (2); F. DEBOISSY et G. WICKER, "*Conséquences juridiques et fiscales du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes au 1^{er} novembre 2002*", JCP, 2002, E, p.1465, note (3) ; G. DAUBLON et E. FREMEAUX, "*Les nouvelles régulations économiques : dispositions intéressant le notariat*", Defrénois 2001, p. 817, note (1) . A cette analyse il existe une exception. Voir les observations de C. ATIAS, "*Sauvez nos chères vieilles sociétés civiles*", D. 2003, p. 954.

2001¹ de s'immatriculer avant le 1er novembre 2002, sont autorisées à déposer un dossier auprès du greffe compétent en vue de solliciter une immatriculation. Par conséquent, une immatriculation tardive ne sera refusée si elle émane de la société intéressée après la date fatidique du 9 novembre 1997².

III/ Les voies de recours contre l'ordonnance du juge de registre du commerce.

525-Nécessité de la motivation de l'ordonnance: Toutes les contestations que provoque la demande d'immatriculation sont portées, par le greffier ou par simple requête à la diligence du requérant³, devant le juge du registre du commerce. Ce dernier peut aussi, se saisir d'office, soit être saisi à la requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant avoir intérêt à voir la formalité réalisée⁴. Le juge du registre du commerce statue par voie d'ordonnance. Il doit motiver son ordonnance alors même que le législateur lui attribue un pouvoir discrétionnaire, signalé par la formule "*le juge du registre du commerce ... rend une ordonnance...*"⁵. En effet l'obligation de motiver est toujours, considérée comme une garantie essentielle pour les parties⁶. Pour prononcer l'ordonnance d'injonction d'immatriculation, le juge du registre du commerce doit apprécier si l'intéressé a ou non la qualité de commerçant. La motivation de son appréciation consiste à une démonstration logique de l'exactitude juridique de la décision⁷ rendue. Le juge donne tout simplement, les éléments qui ont formé sa conviction : documents écrits, témoignages, aveux, expertises, constatations matérielles, présomptions.

¹ L'article 44 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a imposé aux sociétés civiles constituées avant le 1er juillet 1978 de procéder, avant le 1er novembre 2002, à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

² En effet, selon l'article 71 de la loi du 2 mai 1995 la réimmatriculation devait être faite dans un délai de deux ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi.

³ Article 55 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 prévoit que "*Toute contestation soulevée au cours de l'immatriculation est portée devant le juge commis à la surveillance du registre qui statue par ordonnance*". Il s'agit de contestation entre le demandeur et le greffier provoqué lors d'une demande d'immatriculation. Ainsi, outre l'article 30 de la loi qui prévoit expressément la saisie du greffier, il semble que la possibilité d'une saisie faite par le requérant est envisageable.

⁴ Article 54 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁵ Article 54 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁶ R. LEGROS, "Considérations sur les motifs", in La motivation des décisions de justice, Travaux du centre nationale de recherches de logique, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles 1978, p.7.

⁷ C'est le terme employé par la version arabe de l'article 54 loi 1995. Mais il ne peut s'agir de décision administrative. C'est une décision juridictionnelle.

526-L'opposition à l'ordonnance: Selon l'article 57 de la loi du 2 mai 1995, l'ordonnance rendue par le juge du registre du commerce est susceptible d'opposition. L'opposition "*est une voie de recours de droit commun et de rétractation qui est ouverte au défaillant¹, et par l'effet de laquelle l'affaire revient devant le tribunal qui a statué une première fois...*"². A la différence de l'appel³, l'opposition est une voie de rétractation ; cela veut dire que l'on revient devant le même tribunal qui a statué une première fois, au lieu d'aller devant une juridiction supérieure. Mais, l'opposition telle que prévue par l'article susmentionné, doit être faite devant le tribunal de première instance à laquelle appartient le juge qui a rendu l'ordonnance. Il en découle que l'opposition, en matière de registre du commerce, est une voie de recours de réformation qui s'adresse à une autre juridiction.

527-Auteur de l'opposition: L'opposition est formée par l'assujetti ou par un tiers. Bien que la loi du 2 mai 1995 ne l'admette pas expressément, la recevabilité de la tierce opposition demeure possible. En effet, elle constitue une voie de recours extraordinaire, le plus souvent de rétractation, permettant à un tiers qui justifie d'un intérêt de faire à nouveau statuer en fait et en droit sur les points jugés par la décision qu'il critique⁴. Elle est nécessaire malgré le caractère relatif de l'autorité de chose jugée, car si une décision juridictionnelle ne produit effet qu'entre les parties, en revanche elle constitue un fait opposable à tous. Ainsi on peut admettre qu'une tierce opposition pourrait être formée par une personne qui apprend l'existence de l'ordonnance du juge du registre du commerce enjoignant l'assujetti de demander son immatriculation. La procédure pourrait être celle suivie par l'assujetti.

528-Procédure de l'opposition: L'opposition doit être faite "*dans le délai de quinze jours à compter de la date de l'envoi de la lettre recommandée notifiant l'ordonnance prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article précédent*"⁵. Mais, il convient de souligner que la modification de l'article 56 (nouveau) de la loi n°95-44 par la loi n°2010-15 n'a pas été suivie d'une modification de l'article 57 de la loi n°95-44 qu'elle rendait pourtant nécessaire. En effet, l'article 56 (nouveau) de la loi fixe les conditions de

¹ L'opposition tend à faire rétracter un jugement par défaut. Elle est le recours normal ouvert au défaillant dans le cadre d'une procédure qui aurait du être contradictoire. V. M. DOUCHY-LOUDOT, " Jugement par défaut et oppositions", JurisClasseur Procédure civile 2013 (mise à jour 2015), fasc.540, n°109.

² J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, 25ème éd., Dalloz 1999, p. 915.

³ L'appel est une voie de réformation car il est porté devant une juridiction supérieure.

⁴ H. CROZE et C. MOREL, Procédure civile, P.U.F. 1988, p. 116

⁵ Article 57 paragraphe 2 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

notification des ordonnances du juge du registre du commerce¹. Il précise encore, en son alinéa premier, que la notification doit être faite " *par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la même force d'un document écrit*". Peut-on considérer qu'il s'agit d'une incohérence textuelle qui n'aura évidemment aucune incidence sur le droit d'opposition puisque tous les moyens qui prouvent la notification et sa date sont acceptables, ou seule l'envoi de la lettre recommandée qui ouvre le délai d'opposition ?

Devant être motivée, l'opposition se fait par déclaration au greffe. Le greffier invite, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'opposant à comparaître devant le tribunal qui statue à la première audience en chambre de conseil². Par application du principe d'"*impartialité du juge*"³, l'article 57 paragraphe 4 de la loi de 2 mai 1995 dispose que "*Le juge du registre du commerce ne peut assister aux délibérations sur une opposition formée contre une ordonnance rendue par lui*". A partir de l'opposition, la procédure deviendrait contradictoire et l'assujetti serait en mesure de se défendre devant les juges du premier degré. Il est dispensé du ministère de l'avocat⁴.

529-Procédure d'opposition différente en France: En France, depuis le décret du 30 mai 1984, le rôle du greffier a été considérablement renforcé. Il s'assure sous sa responsabilité de la régularité de la demande d'immatriculation et peut rejeter cette demande sans saisir directement le juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés⁵. Le requérant peut alors, contester la décision du greffier⁶. La contestation est portée devant le juge commis à la surveillance du registre qui statue sur cette requête par ordonnance et en urgence au vu de la décision du greffe et de tout document utile.

¹ Aux termes de l'article 56 (nouveau) de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 "*Les ordonnances rendues par le juge du registre du commerce sont notifiées par le greffier à l'assujetti par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la même force d'un document écrit. La notification indique la forme et le délai de recours contre l'ordonnance, mention y est faite des pénalités prévues en cas de manquements aux dispositions relatives au registre du commerce*".

² Article 57 paragraphe 3 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

³ Sur cette notion V. 65 ص 1991، عبد الله الاحمدي، القاضي والاثبات في النزاع المدني،

⁴ Article 57 paragraphe 5 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995.

⁵ Supra, p. 300.

⁶ Article R. 123-142 du Code de commerce français.

Une nouvelle procédure a été instituée par le décret n°95374 en date du 10 avril 1995¹. Le requérant peut contester la décision de refus d'immatriculation ou d'enregistrement de modifications statutaires, prise par le greffier, pour non-conformité aux dispositions législatives et réglementaires régissant la constitution de la société. La contestation motivée est adressée par lettre recommandée avec avis de réception au président de la juridiction à laquelle est attaché le greffier qui a refusé l'immatriculation². Le président de cette juridiction ou le magistrat délégué à cet effet statue en urgence par ordonnance, mais peut également renvoyer la demande à une audience du tribunal dont il fixe la date³. Cette nouvelle faculté ouvre la perspective d'un jugement sur une question d'interprétation de textes, suite au refus du greffe de valider juridiquement une formalité⁴. Les décisions donnant autorisation d'immatriculer ou de modifier sont, quant à elles, immédiatement portées à la connaissance du greffe compétent pour attribution⁵.

530-Procédure d'appel des ordonnances du juge du registre du commerce: La loi n°95-44 dans sa version initiale ne prévoyait pas de procédure d'appel des ordonnances du juge du registre du commerce. Mais, pour une bonne administration de la justice, la Cour de cassation, dans son arrêt n° 6688 rendu le 20 avril 2005, admettait que les jugements statuant sur l'opposition redus par chambre de conseil sont susceptibles d'appel et ce, par application de l'article 40 du Code de procédures civiles et commerciales⁶. La loi n°2010-15 du 14 avril 2010 est venue ajouter l'article 57 (bis) pour pallier cette insuffisance et instaurer la procédure d'appel. Selon cet article "*Le jugement en opposition rendu par le tribunal de première instance est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification adressée par le greffier à l'assujetti de la mention de l'extrait dudit jugement sur le registre. La cour d'appel statue sur le recours contre le jugement rendu en opposition conformément aux procédures relatives aux référés*". Contrairement au droit tunisien qui renvoi aux

¹ M-F. COUTANT, "Aperçu rapide sur le décret du 10 avril 1995 modifiant les règles applicables en matière de registre du commerce et des sociétés", art. préc., p. 1096 et suivant.

² Article R. 123-143 du Code de commerce français.

³ Article R. 123-144 du Code de commerce français.

⁴ P. BEDER, Répertoire Dalloz de droit commercial, 2011, V° Registre du commerce et des sociétés, n°243.

⁵ Article R. 123-147 du Code de commerce français.

⁶ Arrêt Cour de Cass. N° 6688 rendu le 20 avril 2005, Bull. C. Cass., II, 2005, p. 201.

"لئن كان اتجاه قابلية الأحكام الإعتراضية الصادرة عن حجرة الشورى للطعن بالإستئناف والتعقيب من شأنه أن يحد من مبدأ التبسيط والسرعة والمرونة التي اصطبغت به معظم أحكام قانون السجل التجاري إلا أن عدم التنصيص صراحة على عدم التنصيص صراحة على عدم جواز الطعن في تلك الأحكام يؤول إلى اعتبارها قابلة لذلك عملاً بأحكام الفصل 40 وما بعده من م.م.ت. وبالقاعدة القائلة أن القانون إذا خص صورة معينة بقي على إطلاقه في جميع الصور الأخرى."

dispositions générales prévues par le Code de procédures civiles et commerciales¹, le législateur français a édicté des dispositions spécifiques pour régir les procédures d'appel contre l'ordonnance rendue par le juge de registre du commerce².

531-En résumé, le juge du registre du commerce rend une ordonnance qui doit être notifiée³ à l'intéressé par lettre recommandée avec accusé de réception "*ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la même force d'un document écrit*"⁴. Si le commerçant, personne physique, défère à cette injonction et demande son immatriculation dans le délai de 15 jours de la date à laquelle la décision est devenue définitive⁵, la demande sera assimilée à une déclaration volontaire. Mais, si passé ce délai, il ne s'oppose pas et ne demande pas son immatriculation, la procédure d'injonction va aboutir à une immatriculation d'office.

Paragraphe 2: L'immatriculation d'office.

532-Les inscriptions d'office: Pour que le registre du commerce soit une source exacte de renseignements, le législateur a inscrit la procédure d'injonction pour contraindre toute personne immatriculée⁶, personne physique ou personne morale, n'ayant pas demandé la mention rectificative ou complémentaire, d'y avoir à procéder⁷. Pour mieux assurer cette constante mise à jour, il prévoit aussi un certain nombre de cas

¹ Les articles 201-223 du Code de procédures civiles et commerciales.

² Contrairement à ce que prévoit l'article 950 du Code de procédure civile, la partie est ici dispensée du ministère d'avocat ou d'avoué (Article R. 123-141 et R. 123-148 du Code de commerce). La présence du ministère public est néanmoins obligatoire s'il y a des débats (Cass. 2e civ., 16 juill. 1992, Bull. civ. II, n° 211). Conformément à l'article 952 du Code de procédure civile, le juge peut, sur déclaration d'appel, modifier ou rétracter sa décision dans un délai d'un mois. En cas de maintien de la décision, le greffier transmet "*sans délai*" au secrétariat-greffe de la cour d'appel le dossier accompagné de la déclaration d'appel ainsi qu'une copie de la décision. Lorsque la cour d'appel a rendu sa décision, le secrétaire-greffier adresse copie de l'arrêt au greffier chargé de la tenue du registre (Articles R. 123-149 et R. 123-141, al. 2 du Code de commerce.).

³ Selon l'article 56 (nouveau) alinéa 2 de la loi du 2 mai 1995, "*La notification indique la forme et le délai de recours contre l'ordonnance, mention y est faite des pénalités prévues en cas de manquements aux dispositions relatives au registre du commerce*".

⁴ Cette phrase a été ajoutée par la loi du 14 avril 2010 à l'article 56 de la loi n°95-44.

⁵ Article 56 (nouveau) alinéa 3 de la loi n°95-44.

⁶ Selon l'article 54 alinéa 2 et loi de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 "*Toute personne immatriculée au registre du commerce doit, dans les délais prescrits faire procéder soit aux mentions complémentaires ou rectifications qu'elle doit y faire, soit aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclarations inexactes ou incomplètes, soit à la radiation. Faute de requérir à ces formalités le juge commis peut l'enjoindre, dans les mêmes conditions prévues à l'alinéa précédent*". L'injonction du juge intervient lorsque le greffier constate une irrégularité lors du contrôle de régularité permanent de la conformité des inscriptions qui y sont portées qu'il peut opérer à tout moment. Ce pourra être aussi à la demande du ministère public ou plus largement à la demande de toute personne justifiant y avoir intérêt.

⁷ Par exemple, enjoindre à une personne de déclarer son transfert de siège social. Voir, C.A. Douai, 6 nov. 1997, Gaz. Pal. 1999, somm. p. 345.

où les modifications sont mentionnées d'office¹. Mais, contrairement au droit français qui ne prévoit que les radiations d'office et méconnaît l'immatriculation et les mentions d'offices², le droit tunisien élargit le périmètre d'inscription d'office imparti au greffier, seul responsable de la tenue du registre. La loi n° 95-44 du 2 mai 1995 énonce dans ses articles 34 et 36, les différentes hypothèses dans lesquelles le greffier doit procéder aux mentions d'office. On cite à titre d'exemple les modifications d'office faisant suite à des décisions de redressement ou de liquidations judiciaires³, dissolution ou annulation d'une personne morale⁴, ou condamnant à des mesures d'incapacité ou d'interdiction⁵. Il s'agit là des événements qui donnent lieu à l'inscription d'office.

533-L'immatriculation d'office: Afin de permettre aux tiers de bénéficier d'une information aussi complète que possible sur la situation juridique de l'entreprise, la loi du 14 avril 2010 a ajouté un quatrième paragraphe à l'article 56 de la loi n°95-44 pour consacrer un autre cas d'inscription d'office: c'est l'immatriculation d'office. Selon cet article "*Si l'assujetti ne défère pas à l'ordonnance du juge du registre du commerce, le greffier procède d'office et selon le cas aussitôt que la décision est devenue définitive, soit à son immatriculation au registre du commerce soit à la mention dans le registre de*

¹ Articles 34, 36, 37 (nouveau), 38 (nouveau)... de la loi du 2 mai 1995.

² Par exception à la demande volontaire de modification du registre, certaines modifications sont faites d'office par le greffier. En matière de procédures collectives, l'article R. 123-122 du Code de commerce rend obligatoire pour le greffier de mentionner les décisions, intervenues dans les procédures de sauvegarde ou de redressement ou liquidation judiciaires des entreprises ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006. L'article R. 123-124 du Code de commerce prévoit quelques autres événements donnant lieu à inscription d'office. Il en est des mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale ou professionnelle, de gérer, d'administrer ou de diriger une personne morale résultant d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée ou d'une décision administrative définitive ; des décisions judiciaires prononçant la dissolution ou la nullité de la personne morale...

³ Selon l'article 34 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995, "*Sont mentionnées d'office au registre :1° Les déclarations de cessation de paiement et les décisions qui en modifient, ainsi que les décisions intervenues dans la procédure d'un règlement amiable (notamment la décision homologuant l'accord, les décisions modifiant l'accord et prononçant son annulation),2° - Les décisions intervenues dans la procédure du règlement judiciaire (notamment: la décision homologuant le plan de règlement proposé, la décision chargeant l'administrateur de la gestion ou de l'obligation de sa cosignature avec le débiteur, les décisions d'interdiction au dirigeant de l'entreprise toute cession ou gage de ses actions ou parts sociales sans l'autorisation du tribunal, et la décision de son remplacement par un administrateur judiciaire...),3° - Les décisions prononçant la faillite de la société ou sa liquidation,4° - Les décisions prononçant la faillite personnelle du débiteur ou autres sanctions,5° - Les décisions prononçant la mise de tout ou partie du passif social à la charge de tous les dirigeants sociaux, ou de certains d'entre eux,6° - Les décisions prononçant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif,7° - Les décisions prononçant l'homologation du concordat simple, sa résolution ou son annulation,8° - Les décisions prononçant le concordat par abandon d'actif, sa résolution ou son annulation".*

⁴ Selon l'article 36 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 "*Sont mentionnés d'office au registre :3°- Les décisions judiciaires prononçant la dissolution ou la nullité de la personne morale".*

⁵ Selon l'article 36 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 "*Sont mentionnés d'office au registre :1° - Les mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale ou professionnelle de gérer, d'administrer ou de diriger une personne morale résultant d'une décision judiciaire ou administrative,2° - Les décisions de réhabilitation, de relevé d'incapacité ou mesures d'amnistie".*

la modification ou de la radiation". En dépit de l'emploi d'une expression large, "*assujetti*"¹, la lecture combinée de ces dispositions avec celles de l'article 54 réservées aux seuls commerçants, nous permet de déduire que le greffier ne peut pas procéder d'office à l'immatriculation d'une société.

Ainsi, le greffier, chargé de la tenue du registre du commerce, doit surmonter le refus d'un commerçant récalcitrant et déférer lui-même à l'ordonnance d'injonction d'inscription. Après avoir notifié l'ordonnance rendue par le juge du registre du commerce, il doit faire le suivi de son exécution. Si dans le délai de quinze jours, l'intéressé n'a ni déféré à l'ordonnance, ni fait opposition, le greffier procède d'office à l'immatriculation.

En réalité, cette procédure ne constitue pas une innovation de la loi du 14 avril 2010. L'immatriculation d'office était prévue expressément par le législateur tunisien avant même cette date. Le paragraphe 3 de l'article 68 de la loi n° 95-44 prévoyait que le tribunal correctionnel, qui condamne l'assujetti n'ayant pas déféré, sans excuse valable, à l'injonction du juge de requérir son immatriculation, ordonne dans tous les cas que l'immatriculation soit mentionnée au registre du commerce. C'est le tribunal qui ordonnait l'immatriculation d'office. Le législateur a renoncé à l'immatriculation d'office ordonnée par le juge en abrogeant le paragraphe 3 de l'article 68 de la loi n°95-44 du 2 mai 1995 et le remplaçant par le quatrième paragraphe de l'article 56 (nouveau). L'immatriculation d'office devient une obligation légale à laquelle doit procéder le greffier sans intervention d'un juge qui l'ordonne. Par conséquent, le juge du registre du commerce ne peut donc, qu'enjoindre de procéder à l'immatriculation, et non ordonner celle-ci d'office.

534-Difficultés à l'immatriculation d'office: Une doctrine avance que ce type d'immatriculation d'un commerçant est à peu près irréalisable avec le régime du registre du commerce². La multiplicité et la complexité des mentions prescrites par les textes sont telles que ces mentions ne peuvent être portées que grâce aux renseignements donnés par l'assujetti et sur la vue des pièces justificatives qu'il doit

¹ *A priori* cette expression vise les personnes physiques ainsi que les personnes morales.

² SAINT-ALARY, "La réforme du registre du commerce", art. préc., n°23 et 24.

présenter. De ce fait, il serait le plus souvent impossible au greffier, sans l'intervention de l'assujetti de procéder à une immatriculation¹.

535-Immatriculation forcée en droit français: Partant du fait que les immatriculations ne peuvent être faites que sur déclaration des assujettis ou de leurs mandataires, le législateur français reconnaît l'immatriculation "*forcée*"² et non pas d'office. Il permettait, dans l'ancien article L.123-4 du Code de commerce avant son abrogation, au tribunal de police d'ordonner que l'immatriculation devant figurer au registre du commerce y serait portée dans un délai déterminé, à la requête de l'intéressé³. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 qui a abrogé cet article a modifié, en contrepartie, l'article L. 123-3 du Code de commerce pour permettre au juge d'assortir son injonction d'une astreinte. Cette nouvelle disposition exprime la volonté du législateur français d'inciter les assujettis peu diligents de régulariser leur situation et requérir leur immatriculation dans des brefs délais. Le législateur allemand, quant à lui, il consacre aussi l'immatriculation forcée dont l'efficacité revient à la sévérité des sanctions pénales attachées au refus de déférer à l'injonction du juge. En effet, dès que le tribunal chargé de la tenue du registre du commerce a connaissance d'une manière digne de foi, d'un état de fait justifiant son intervention, il doit ordonner à l'intéressé sous la menace d'une amende administrative de remplir ses obligations légales dans un délai déterminé, ou de justifier son abstention par une opposition à la décision du tribunal⁴.

536-En conclusion, les procédures d'injonction d'immatriculation et d'immatriculation d'office, tel qu'instaurées par la loi du 2 mai 1995, permettent de régulariser une situation malgré la volonté de l'assujetti. Néanmoins, elles se limitent aux assujettis personnes physiques ayant la qualité de commerçant. Cette restriction, certes justifiée⁵, peut laisser persister une situation de fait dans laquelle peut être une société commerciale. A cet égard, la question se pose de savoir si on peut contraindre une société à se faire immatriculer?

¹A. JAUFFRET, "Le nouveau registre du commerce", art. préc., p. 253, n°33.

² Ibid.

³Art. L. 123-4 du Code de commerce français.

⁴ § 132 F.G.G. et § 133 F.G.G. qui dispose que si dans le délai fixé, l'intéressé n'a ni satisfait à l'obligation légale, ni fait opposition, le tribunal prononce l'amende et en même temps renouvelle sa précédente décision sous menace d'une nouvelle amende. Il en sera ainsi jusqu'à ce qu'il ait été satisfait à l'obligation légale, ou qu'une opposition soit formée.

⁵ Pour justifier l'exclusion de la société de la procédure d'injonction, voir, supra, p. 508.

Section 2: L'action en régularisation en droit des sociétés.

537-En matière du registre du commerce, le législateur tunisien n'a pas institué l'injonction d'immatriculation de société. Cependant l'injonction de faire semble trouver un terrain d'élection dans le droit des sociétés commerciales et ce à travers la technique de régularisation (Paragraphe 1) ou de la procédure d'ordonnances de juge des référés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: La possibilité de régulariser le défaut d'immatriculation d'une société:

538-*La régularisation dans le Code des sociétés commerciales:* Le Code des sociétés commerciales réserve une place de choix importante aux dispositions relatives à la régularisation. Cette consécration témoigne le désir législatif d'assurer le maintien et le sauvegarde de la structure sociale, vu le rôle important que joue la société dans l'économie du pays. Contrairement au droit français qui fait de la régularisation un principe général¹, le droit tunisien se contente seulement de le prévoir dans certains cas². Selon les articles 17 et 108 du Code des sociétés commerciales, l'inobservation des formalités de publicité peuvent faire l'objet d'une régularisation. Ces articles distinguent entre deux modes de régularisation³ : la régularisation volontaire prévue par l'article 17 et la régularisation judiciaire régie par l'article 108. Mais, est-ce-que le défaut d'immatriculation fait partie du domaine de la régularisation ?

¹ La régularisation est applicable à toutes les sociétés commerciales et civiles et elle se généralise à toutes les causes de nullité, à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social. J-P. LEGROS, Les nullités des sociétés dans la loi du 24 juillet 1966, thèse dactyl., Rouen 1984.

² L'inobservation de toutes les conditions auxquelles est soumise la constitution d'une société commerciale, entraîne la nullité de cette entité économique de grande importance dans le monde des affaires. Néanmoins, le sort de cette nullité n'est pas uniforme lorsqu'elle résulte des vices de la théorie générale des contrats, ou des vices affectant les conditions spéciales de la société. Autrement dit, la régularisation n'est pas accueillie de la même manière dans les deux cas de nullité. En effet, si la régularisation est renforcée lorsque les irrégularités touchent aux conditions spéciales régissant le contrat de société, elle apparaît néanmoins nuancée et redoutée concernant les irrégularités affectant les conditions de la théorie générale des contrats. Elle est contestée en cas de vice ou défaut de consentement (G. COUTURIER, La confirmation des actes nuls, L.G.D.J. 1972, p.15; P. KAYSER, "Les nullités d'ordre public", RTD civ. 1933, p.115; Contra

توفيق بن نصر، تعليق على شركات التجارية، دار الميزان للنشر، سوسة 1996، ص 161.

Elle est rejetée et refusée en cas de l'illicéité de l'objet social (articles 107 et 445 du Code des sociétés commerciales) et la cause sociale (article 1252 du Code des obligations et des contrats).

³ Outre ces deux modes de régularisation connues par le droit tunisien, le droit français connaît également une régularisation spécifique dans le cadre d'une nullité fondée sur un vice de consentement ou une incapacité. Aux termes des articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce "en cas de nullité d'une société... fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion".

La réponse à cette question se diffère du droit tunisien au droit français (I). Toutefois, on peut partager la pensée d'un auteur sur l'utilité de l'extension du domaine de l'action en régularisation (II).

I/ La divergence des droits tunisien et français.

539-Si la position du législateur tunisien était catégorique car l'action d'une régularisation dépend d'une autre action en nullité (A), celle du législateur français est moins catégorique. N'étant pas limité à l'action en nullité, l'article L. 210-7 du Code de commerce français a suscité la controverse doctrinale (B).

A/ Le domaine de la régularisation limité à l'action en nullité en droit tunisien.

540-*La consécration de l'action en régularisation:* Afin de sauvegarder la société commerciale et assurer son existence dans le monde des affaires, le législateur tunisien permet la régularisation des formalités de publicité. Il a instauré d'abord, la régularisation volontaire dans l'article 17 du Code des sociétés commerciales¹, ensuite la régularisation judiciaire dans l'article 108 du même Code². Il n'en demeure pas moins que le rôle du juge est très important dans l'effort de régularisation³. Une lecture attentive de l'article 17 nous permet de constater qu'il renvoie à l'article 14 du même

¹ Selon cet article " *L'inobservation des formalités de publicité prescrites par les articles précédents entraîne la nullité de la société nouvellement constituée et la nullité de l'acte ou de la délibération sous réserve de la régularisation prévue par le présent Code* ". Cet article renvoi aux articles 107, 179 et 445 du Code des sociétés commerciales applicables respectivement à la société à responsabilité limitée, la société anonyme et le groupement d'intérêt économique et selon lesquels le tribunal accorde le délai nécessaire pour une régularisation, s'il est justifié d'une convocation régulière de l'assemblée générale. Mais, ce renvoi à des types bien déterminés de sociétés ne devrait pas exclure les autres sociétés ; notamment les sociétés de personnes et les sociétés en commandites par actions.

² Cet article prévoit que " *Lorsque la nullité de la société ou des délibérations postérieures est fondée sur une violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation peut mettre la société en demeure d'y procéder dans le délai de trente jours. A défaut de régularisation dans ledit délai, tout intéressé peut demander au juge de référer la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir les formalités* ". Tout intéressé peut donc, intenter une action en régularisation afin de remédier aux vices et irrégularités entachant la constitution de société. La lettre de l'article 108 du Code des sociétés commerciales nous révèle que le domaine de l'action en régularisation semble limité. En effet, l'action ne concerne qu'un type bien déterminé de sociétés, à savoir les sociétés à responsabilité limitée, ce qui exclut la régularisation judiciaire dans les autres sociétés. En réalité, bien que le principe de régularisation soit admis par le législateur tunisien, il n'est pas de même ampleur et de la même efficacité pour toutes les formes de sociétés. Voir

عبد الله الهلالي، " التصحيح في مجلة الشركات التجارية"، محاضرة القيت بدورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، يومي 11 و 12 افريل 2003، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، تونس 2004، ص 15.

³ Ibid.

Code en envisageant l'inobservation des formalités de publicité. Or, l'article 14 concerne l'immatriculation au registre du commerce¹. Peut-on donc affirmer que le défaut d'immatriculation peut être régularisé ?

541-Développement de la position du législateur: La régularisation dont parlent les articles 17 et 108 du Code des sociétés commerciales constitue un obstacle à la mise en œuvre de la nullité². Elle intervient lorsqu'une instance en nullité est engagée ou pour remplacer tout simplement cette action³. Selon les articles 107 et 179 auxquels renvoie l'article 17, l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. Il s'agit d'une régularisation en défense à une action en nullité qui est propre aux irrégularités génératrices de nullités.

Si le fait de régulariser le défaut d'immatriculation au registre du commerce d'une société était déjà consacré dans le Code de commerce⁴, cette possibilité n'est plus admise après la promulgation du Code des sociétés commerciales. Le défaut d'immatriculation au registre du commerce n'entraîne plus la nullité de la société⁵. Il est sanctionné par la non-acquisition de la personne morale par application de l'article 4 du Code des sociétés commerciales. Ainsi, le défaut d'immatriculation, ne peut être régularisé.

Par conséquent, il est généralement admis que, dans le cadre de l'inaccomplissement des formalités de constitution de société, seul le défaut de publication au Journal Officiel qui donne lieu à une régularisation. Mais contrairement au droit tunisien, le droit français semble permettre l'extension, même controversée du domaine de l'action en régularisation "*forcée*" au défaut d'immatriculation.

¹ L'article 14 du Code des sociétés commerciales "*La société doit être immatriculée au registre du commerce du tribunal de son siège social dans un délai d'un mois à compter de la date de sa constitution*".

² C. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, op.cit., p. 82 et suivant.

³ Ibid.

Dans ce cadre, monsieur Ch. DUPEYRON affirme que la loi remplace l'action en nullité par l'action en régularisation. L'annulabilité est alors abstraite ; c'est une annulabilité parce qu'elle est la sanction de la validité, mais elle est abstraite car le droit de critique est remplacé par le droit de demander la mise en conformité de l'acte avec la norme.

⁴ Les articles 64 et 157 du Code de commerce relatifs respectivement à la société anonyme et à la société à responsabilité limitée. Cass. civ, arrêt n° 13566 du 24 juin 1985, bulletin de la Cour de cassation 1985, partie civile, p. 159.

⁵ Voir supra, p. 483.

B/ La position floue du législateur français.

542-Dans sa conception classique, la régularisation emporte réparation de l'acte et fait disparaître la cause de nullité: elle constitue un obstacle à l'action en nullité. L'inaccomplissement des formalités de publicité peut faire l'objet d'une régularisation si elle entraîne la nullité de l'acte. Mais, on doit distinguer entre les règles de publicité exigées pour la validité des actes et délibérations postérieures à la constitution de la société aux quelles l'article L. 235-7 du Code de commerce se réfère expressément¹ et celles exigées pour cette constitution. Employant des termes généraux, les dispositions des articles 1844-11 du Code civil et L. 235-3 du Code de commerce permettent la régularisation pour toutes causes de nullité². Ainsi, une société en nom collectif ou en commandite simple, annulable pour inaccomplissement des formalités de publicité³ sera régularisée en effectuant ces formalités. Le point délicat réside dans la détermination des formalités de publicité dont la méconnaissance entraînera la nullité de la société. Ces formalités sont déterminées par voie de décret⁴ qui se réfère également aux dispositions du décret régissant le registre du commerce et des sociétés. Mais, l'immatriculation elle-même n'est pas une formalité de publicité et de toute façon elle n'est pas une cause de nullité de la société. La société ne peut être mise en demeure pour procéder à la régularisation, le juge ne peut désigner éventuellement un mandataire à cet effet⁵.

À côté de cette fonction traditionnelle en droit des obligations, la régularisation est parfois substituée à l'action en nullité. Les dispositions des articles 1839 du Code civil et L. 210-7 du Code de commerce autorisent tout intéressé, y compris le ministère public à demander que soit ordonnée, au besoin sous astreinte, la régularisation des constitutions de sociétés, lorsque les statuts ne contiennent pas toutes les mentions légales et lorsque toutes les formalités prescrites par la loi n'ont pas été effectuées. La

¹ Article L. 235-7 du Code de commerce " *Lorsque la nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société est fondée sur la violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder, dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. A défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander la désignation, par décision de justice, d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité*".

² Aux termes des articles 1844-11 du Code civil et L. 235-3 du Code de commerce : "*L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social*".

³ Article L. 235-2 du Code de commerce.

⁴ Article 1er du décret n° 67-236.

⁵ J-P. LEGROS, "Nullité des sociétés. Sanctions des irrégularités de constitution", *JurisClasseur sociétés* 2014, fasc.32-30, n°167-168.

doctrine s'est souvent demandée quelles étaient exactement les irrégularités, dont ces dispositions permettaient la réparation. Que ses irrégularités constituent ou pas des causes de nullité¹, elles doivent être formelles. Le terme "*formalité*" utilisé par les articles susmentionnés paraît viser uniquement les conditions de forme et non les conditions de fond². Mais, il reste alors à s'entendre sur le sens de ce terme et c'est là que des divergences se font jour.

543-Possibilité d'étendre le domaine d'action au défaut d'immatriculation:

Dans un sens étroit, le mot formalité évoque "*l'idée d'une démarche, d'une opération à réaliser auprès d'un service administratif ou judiciaire*"³. Une insertion dans un journal d'annonces légales, la présentation d'actes à l'enregistrement répondent à cette définition de la formalité. Néanmoins, des controverses subsistent à propos de l'immatriculation au registre du commerce. On s'est notamment demandé s'il est possible d'obliger la société à se faire inscrire au registre du commerce.

Certains auteurs estimaient que l'immatriculation constitue "*une formalité prescrite pour la constitution de la société*"⁴. Elle répond donc aux conditions d'exercice de l'action en régularisation. Mais, une mise au point s'impose de ces conditions d'exercice de l'action dans son application au défaut d'immatriculation des sociétés. L'action en régularisation de l'article L. 210-7 (anciennement article 6 de la loi de 1966) ne peut être exercée en vue de l'immatriculation que si les fondateurs et

¹ Les auteurs sont partagés quant à la possibilité d'utiliser l'action en régularisation pour réparer une omission formellement sanctionnée par une nullité. Certains auteurs limitent le domaine de cette régularisation aux seules irrégularités qui ne constituent pas des causes de nullité. (J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 1, op.cit., n°213 et 214 ; G. RIVES, "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", art. préc., p. 410 ; R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", art. préc., p.246 et suivant.). En sens contraire, il a été observé que les dispositions organisant l'action en régularisation ne font pas de distinction entre les irrégularités n'entraînant pas la nullité et celles qui comportent cette sanction (NGUYEN XUAN CHAN, "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", Dalloz 1968, chron. 27, n°37). Monsieur Y. GUYON se prononce pour une liberté de choix entre une régularisation préventive et une régularisation en défense dans la mesure où l'esprit qui anime les nullités en droit des sociétés conduit à décider que tout doit être fait pour éviter leur prononcé (Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°160).

² Certains auteurs adoptent une définition plus large de la notion de formalité en refusant la distinction "*entre ce qui touche le fond et ce qui n'est que de pure forme*" afin d'étendre le domaine de l'action en régularisation aux conditions de fond. Mais la régularisation forcée ne peut être admise pour toutes les irrégularités de fond. Y. GUYON, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n°160.

Monsieur GUYON cite l'exemple du capital, lorsqu'il est inférieur au minimum légal. Il pose la question "*comment pourrait-on contraindre les associés à cette régularisation de fond, s'ils n'en ont ni les moyens ni la volonté*".

³ J. HONORAT, Répertoire Dalloz de droit des sociétés 1997 (actualisation 2017), V° Nullité, n°153.

⁴ R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", art. préc., p. 288 et suivant.

associés ont commencé d'exploiter, se mettant ainsi en état de violation de la loi¹. En revanche, et tant que l'exploitation n'a pas commencé, l'immatriculation ne saurait être obligatoire. L'imposer serait contraire au droit des fondateurs d'abandonner les opérations de constitution en cours.

Toutefois, il est admis que l'immatriculation au registre du commerce n'est pas une formalité de constitution de société, elle intervient après². Son inaccomplissement ne peut pas faire l'objet d'une action en régularisation, réservée aux omissions ou aux irrégularités relatives aux formalités prescrites par la loi pour la constitution. D'ailleurs, le fait de procéder à l'immatriculation dépend de la seule volonté des associés, qui ne sont pas tenus d'y procéder. Il paraît difficile de contraindre des associés fondateurs à immatriculer leur société par voie de justice si tel n'est plus leur souhait³. *"L'immatriculation n'a de sens que si les associés mènent à son terme leur projet initial et qu'il n'entre pas dans la mission des tribunaux de les y contraindre, en transformant une action en régularisation, en action en exécution"*⁴. Toutefois, un auteur admet la possibilité d'étendre le domaine de l'action en régularisation afin qu'elle puisse jouer aux fins d'immatriculation.

II/ De l'utilité de l'extension du domaine de régularisation au défaut d'immatriculation.

544-Pour M. DUPEYRON, la régularisation est une validation objective de l'acte irrégulier. Elle est devenue, en droit des sociétés, la règle tandis que l'annulation est exceptionnelle⁵. Le droit (tunisien ou français) autorise la régularisation de pratiquement tous les vices de constitution sanctionnés par la nullité. Mais, le défaut d'immatriculation constitue une irrégularité non sanctionnée par la nullité et ne peut être l'objet d'une régularisation⁶. Quel est donc le sort d'une société non immatriculée? Mise

¹ G. RIVES, "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", art. préc., p. 422.

² Supra, p. 204 et suiv.

³ Lamy, Sociétés commerciales, op.cit., n°2509.

⁴ Y. Guyon, Droit des affaires, tome 1, op.cit., n° 160.

⁵ Ch. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, op.cit., p.22.

⁶ Même en droit français, le défaut d'immatriculation n'est pas intégré formellement dans le domaine d'application de la régularisation forcée telle qu'elle est décrite dans les articles L. 210-7 du Code de commerce et 1839 du Code civil.

à part une éventuelle action en responsabilité civile¹, cette société doit-elle survivre tel quel ? Dans ces conditions, ne vaut-il pas mieux admettre la régularisation ?

545-Difficulté causé par le défaut d'immatriculation: Si la société tarde à être immatriculée, on peut craindre un échec définitif ; la loi prévoit en effet que tout apporteur² ou souscripteur d'actions de numéraire³ peut exiger, six mois après le dépôt des sommes qu'il a versées, leur restitution si, à l'expiration de ce délai, la société n'a pas encore été constituée : il lui suffit de demander en justice de retirer les fonds⁴. La société est considérée comme constituée, non à partir de l'immatriculation, mais à partir de la date de signature des statuts; c'est donc par rapport à cette dernière date que le délai de six mois doit être calculé, peu important à cet égard que l'immatriculation au registre du commerce intervienne ou non par la suite.

En revanche, aucune disposition de la loi ne règle la situation lorsque, une fois les statuts signés, la société n'est, en définitive, pas immatriculée : les inconvénients d'un blocage des fonds des souscripteurs n'ont pas suscité l'intérêt du législateur dès lors que le caractère tardif de l'immatriculation ne présente pas de véritable risque pour les tiers. De surcroît, la restitution ne saurait davantage être requise au nom de la société, puisque celle-ci, en l'absence d'immatriculation, n'a pas la personnalité morale ; ainsi, on ne saurait invoquer à l'encontre du dépositaire qui restituerait les fonds, l'incrimination de complicité d'abus de biens sociaux⁵. Ainsi, en l'absence de mandat donné au représentant de la société de retirer les fonds si l'immatriculation n'est pas intervenue avant une date déterminée, le défaut d'immatriculation va entraîner une paralysie plus ou moins prolongée des fonds entre les mains du dépositaire, qui ne saurait, en aucun cas, s'en dessaisir⁶.

Ce vide juridique risque pourtant de priver les associés de la possibilité de régulariser facilement la situation de la société puisqu'ils ne peuvent même pas solliciter

¹ Supra, p. 491 et suiv.

² Article 98 du Code des sociétés commerciales relatif aux sociétés à responsabilité limitée.

³ Article 169 du Code des sociétés commerciales relatif aux sociétés anonymes.

⁴ Les dispositions du Code des sociétés commerciales prévoit deux procédures différentes selon le type de société. S'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, l'article 98 permet à tout apporteur de saisir le juge des référés afin d'obtenir l'autorisation de retirer le montant de ses apports. Pour la société anonyme, l'article 169 permet à tout souscripteur de demander au président de tribunal de première instance par ordonnance sur requête la restitution du montant du fonds qu'il a déposé après soustraction de sa quote-part dans les frais de distribution.

⁵ TGI Montpellier, ch. corr., 18 juin 1990, Sté Microservice c/ Benoît.

⁶ Cass. com., 29 janv. 1974, JurisData n° 1974-097038 ; JCP G 1974, II, 17815, note N. BERNARD; R. HOUIN, RTD com. 1974, p. 529; Rev. sociétés 1975, p. 59.

au juge une régularisation en ordonnant l'immatriculation. Cette solution est justifiée en droit français par le caractère volontaire de l'immatriculation, aucun délai n'étant imposé par la loi pour procéder à cette formalité¹. Or, en droit tunisien, l'immatriculation d'une société est une formalité obligatoire qui doit être requise dans un délai de un mois sous peine d'une sanction pénale². Donc, peut-on admettre une mise en demeure adressée par les associés à la personne responsable pour son accomplissement et à défaut la restitution du fonds? Le juge peut-il ordonner la régularisation en dehors de toute action en annulation de société?

546-Monsieur J-P. ARRIGHI se prononce pour l'utilité de l'extension du domaine de l'action en régularisation³. L'article L. 210-7 du Code de commerce (ancien article 6 de la loi du 24 juillet 1966) semble offrir aux tiers et *a fortiori* aux associés, le moyen de régulariser la situation par une demande en justice⁴. "*C'est là, indiscutablement, le moyen le plus approprié pour donner une solution à la difficulté née du défaut de personnalité morale*"⁵. En fait, pour protéger leurs intérêts, les personnes ayant traité avec une société dépourvue de personnalité morale, peuvent agir en régularisation et demander à réparer le défaut d'immatriculation ou la faire déclarer comme société de fait⁶.

547-Admettant que la régularisation constitue un mécanisme de substitution destiné à faire disparaître l'irrégularité, elle peut être volontaire ou ordonnée par le juge. Dans ce dernier cas, elle doit être distinguée de la procédure d'injonction. Alors que l'action en régularisation est ouverte à toute intéressée, la procédure d'injonction a lieu à l'initiative du juge du registre du commerce. Par ailleurs, la procédure d'injonction s'insère strictement dans le cadre de l'organisation du registre du commerce : elle concerne le défaut d'immatriculation, mais non l'irrégularité ou omission des actes de constitution. L'action de régularisation excède ce cadre ; elle relève du droit des

¹ CA Lyon, 10 nov. 1983, JurisData n° 1984-697078 ; D. 1984, jurispr. p. 123, note crit. Y. REINHARD; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 1, op. cit., n° 214.

² Supra, p.502.

³ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p. 268.

⁴ Cet auteur critique l'avis contraire de monsieur D. BASTIAN. Selon ce dernier, tant qu'il n'y a pas eu d'immatriculation, les tiers n'ont pas d'intérêt pour agir puisqu'ils ne connaissent pas la société. Les seules personnes qui pourraient vouloir agir sont les associés ; or s'ils découvrent un vice avant l'immatriculation, il leur appartient de ne pas signer la déclaration de conformité. Voir D. BASTIAN, "La réforme du droit des sociétés commerciales", JCP, 1967, I, 2121, n°166.

⁵ J-P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé, thèse précitée, p. 267.

⁶ En droit français on parle d'une société créée de fait, voir supra, p. 477.

sociétés et tend à réparer en même temps que le défaut d'immatriculation toutes espèces d'irrégularités et omissions qui l'ont précédé.

Paragraphe 2: La possibilité de recours au juge de référés.

548-Domaine d'intervention de juge de référé: Bien que le législateur tunisien a fait de l'immatriculation de la société une obligation, il a refusé son immatriculation par une injonction rendue par le juge de registre du commerce. Toutefois, la procédure d'injonction de faire est consacrée, aussi, en droit des sociétés. Traduisant les nouvelles tendances juridiques mondiales en matière de droit des sociétés, le Code des sociétés commerciales s'est remarquablement intéressé à l'intervention du juge des référés dans la vie de la société¹. Désormais, il distingue entre l'ordonnance sur requête et l'ordonnance de référé. Si le législateur permet, dans plusieurs articles², au juge des référés³ de rendre une ordonnance provisoire tout en suivant la procédure contradictoire, et ce en cas d'urgence et éventuellement en cas de nécessité et de juste motif⁴, il confie, dans d'autres articles⁵, au juge le soin de résoudre certains problèmes de fonctionnement de la société à travers la procédure des ordonnances sur requête dont le principe du contradictoire fait défaut. Que ce soit par des actes juridictionnels contentieux ou des actes juridictionnels gracieux, le juge se substitue aux organes de gestion de la société pour vaincre leurs réticences, carences voire leurs refus⁶. Il est saisi pour suppléer à leur défaillance par la nomination d'un mandataire ad hoc chargé de certaines missions ou simplement par une ordonnance enjoignant la prise d'une

¹ Voir notamment K. AYARI, *Le référé et les sociétés commerciales à travers le Code des sociétés commerciales*, éd.CIFEDE, 2007, p. 19.

² Les articles 43, 195, 243, 284 du Code des sociétés commerciales.

³ Le juge des référés est celui dont le régime juridique est régi par les articles 201 à 212 du Code de procédures civiles et commerciales et par le Code des sociétés commerciales.

⁴ Ces expressions apportées par les articles 127, 264 et 277 du Code des sociétés commerciales révèlent l'émergence de nouvelles notions que le juge de référés classique ignore absolument. Un éminent auteur conclut que dans les référés spéciaux, l'urgence n'est pas présumée mais elle est plutôt abandonnée. Voir A. BLAISSE, "Quo vadis référé", JCP, 1982, I, 3083.

⁵ Dans le but d'assurer l'indépendance du commissaire aux apports le législateur exige que celui-ci soit désigné par ordonnance sur requête à la demande des fondateurs (articles 100, 173 et 306 du Code des sociétés commerciales). En outre, le législateur octroie aux associés d'une société à responsabilité limitée représentant au moins le cinquième du capital social, le droit de désigner par voie judiciaire sur ordonnance sur requête un commissaire aux comptes alors que sa présence n'est pas obligatoire (articles 124 du Code des sociétés commerciales). Concernant la société anonyme, le juge procède à la nomination du commissaire par ordonnance sur requête à la demande de tout intéressé (article 261 du Code des sociétés commerciales)

⁶ S. KOLSI, "Essai sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés", RTD, 2003, p. 137 et suiv.

mesure¹. A cet égard, peut-il suppléer à l'inertie du représentant légal et ordonner l'immatriculation d'une société sans toutefois sacrifier les principes libéraux gouvernant la société? L'intervention du juge des référés ne forme-t-elle pas à ce sujet un dépassement de la volonté des associés?

549-La procédure de référé injonction en matière de registre du commerce est sollicitée par une doctrine française. Durant la période de formation de la société, l'intention des fondateurs se caractérise par "*une volonté d'entreprendre en se soumettant aux formalités légales*"². Leur volonté s'inscrit dans un processus juridique particulier dont l'objet est la mise en mouvement d'une société, et dont l'issue normale est la création d'une personne morale. Cette volonté d'organiser et de mettre en mouvement une société se matérialisant par un certain nombre de comportement, d'actes matériels, de démarches juridiques qui sont typiques d'une volonté de créer une société - personne morale -. Pour ces raisons, monsieur MIGNON-COLOMBET estime qu'il ne peut s'agir de "*refuser l'immatriculation forcée de la société puisque les associés ont déjà manifesté, par la signature des statuts, leur volonté de constituer une société dotée de la personnalité morale*"³. Cette pensée mérite toutefois, une clarification.

550-1°/ D'une part, n'étant pas conçue comme une formalité de constitution de société⁴, l'immatriculation ne pourrait être ordonnée par le juge avant la signature de l'acte constitutif. Cette solution peut être justifiée à travers l'étude du cas d'une promesse de société. Par la promesse de société⁵, les promettants s'engagent à conclure ultérieurement le contrat de société auquel ils ont d'ores et déjà donné leur consentement. Outre cet engagement de signer les statuts, les futurs associés peuvent s'obliger également à participer ou à procéder à l'immatriculation de la société. Mais, s'ils refusent d'obéir à leur engagement, le juge ne peut pas ordonner l'accomplissement

¹ Les cas de la procédure d'injonction de faire sont rares. On peut citer le cas de l'article 127 du Code des sociétés commerciales relatif au mode de convocation de l'assemblée générale d'une société à responsabilité limitée. Le juge des référés peut ordonner au gérant de convoquer l'assemblée. L'article 284 permet aussi au juge de référés d'ordonner la communication des documents sociaux à l'associé.

² D. PLANTAMP, "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", art. préc., p.13, n°14.

³ A. MIGNON-COLOMBET, L'exécution forcée en droit des sociétés, thèse précitée, p. 225.

⁴ Supra, p. 204.

⁵ La promesse de société est un avant-contrat qui marque un engagement contractuel de chacun des signataires. La promesse de société dépasse le simple protocole ou projet de société auquel les parties sont libres de ne pas donner suite. Voir R. BESNARD GOUDET, "Consentement des parties. Promesse de société", JurisClasseur sociétés Traité 2015, fasc. 7-30, n° 14 et suivant.

de la formalité d'immatriculation pour deux raisons. D'abord, la promesse de société engendre une obligation de faire insusceptible d'exécution forcée¹. Cette dérogation au droit commun des promesses² s'explique par le fait qu'en refusant de conclure le contrat de société, le promettant récalcitrant démontre qu'il n'a plus l'*affectio societatis*, élément essentiel à la formation du contrat de société³. La disparition de cette intention entre la promesse et le contrat de société empêche la conclusion forcée du contrat. En effet, la société n'est jamais un état imposé à des personnes qui n'ont pas consenti à s'associer. Elle est un état voulu et non subi⁴. L'adhésion de l'associé doit toujours être volontaire. Ensuite, L'immatriculation de la société est subordonnée au respect de conditions de forme impérieuses. Ces exigences formalistes prennent d'ailleurs souvent la forme d'un écrit appelé acte constitutif conservé au siège de la société et déposé au greffe du tribunal de première instance (greffe du registre du commerce). Par conséquent, l'inexistence d'un acte constitutif signé par tous les fondateurs constitue un obstacle à l'immatriculation de la société.

*551-2°/ D'autre part, il est généralement admis que "Les fondateurs ou associés qui ont signé l'acte de société sont en droit, même après l'accomplissement de toutes les formalités constitutives, de renoncer à leur projet de créer une personne morale ou de retarder la date à laquelle la société aura la jouissance de la personnalité morale "*⁵. Le juge ne peut donc, ordonner l'immatriculation de la société. La portée de cette solution diffère toutefois, selon que le refus de l'immatriculation émane de tous les associés ou de certaines d'entre eux seulement.

¹ R. BESNARD GOUDET, "Consentement des parties. Promesse de société", JurisClasseur Sociétés Traité 2015, fasc. 7-30, n° 46 ; CUISINIER, L'*affectio societatis*, op.cit., pp. 54 et suiv.

² Chambres réunies de la cour de cassation n°12082 du 30 janvier 1976, R.J.L. 1976, n°2, p. 37/111; Voir notamment, F. BELKENANI, "Promesse de vente d'immeuble : le brouillard congénital", in Mélanges en l'honneur de H. AYADI, Centre de Publication Universitaire 2000, p. 135 et suiv.; M-M. CHAFFAÏ, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis 10 octobre 1984, pp. 268 et suivant.

³ A la différence du consentement du promettant à la promesse de vente, l'*affectio societatis* de celui qui s'engage à être associé est "révocable " : la volonté de s'associer doit se manifester non seulement à la conclusion de la promesse mais également à la conclusion du contrat de société. Le promettant qui (deshonore à son engagement) se dérobe à son obligation manifeste effectivement la perte de toute intention de s'associer.

⁴ Y. GUYON, "Affectio societatis", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, fasc. 20-10, n°16.

⁵ Cette explication est citée par la circulaire du 23 mars 1967, cité par A. JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre du commerce", art. préc., p. 401. Pour cet auteur, il existe certaines exceptions à cette liberté mais elles s'expliquent aisément du fait qu'il s'agit, dans certains cas particuliers, de sociétés jouissant déjà de la personnalité morale. C'est le cas d'une société qui, ayant son siège à l'étranger, crée en France un établissement ou qui transfère son siège dans le ressort d'un autre tribunal.

1ère hypothèse: Si tous les associés refusent l'immatriculation, le juge ne peut pas faire droit à la demande d'un tiers tendant à l'immatriculation d'office¹. L'abandon de l'immatriculation est souvent, le signe d'un désaccord entre les associés qui ne souhaitent plus davantage se maintenir dans les liens d'une société. Mais, il peut aussi être voulu par des associés qui ne font qu'exercer (une faculté qui leur est reconnue) leur droit de renoncer. Dans les deux cas, le juge ne peut pas ordonner aux dirigeants d'immatriculer la société constituée. Généralement, le défaut d'immatriculation ne nuit pas aux tiers puisque ceux-ci peuvent toujours s'en tenir à la situation antérieure : les personnes qui agissent au nom d'une société en formation vont ainsi engager leur responsabilité indéfinie et solidaire². En fait, les associés restent libres de décider à partir de quel moment ils déposeront leur demande d'immatriculation, et donneront naissance à un nouvel être juridique³.

2ème hypothèse: Cette solution demeure, *a priori*, la même, si certains associés, et non pas tous, s'opposent à l'immatriculation. Les associés ne peuvent pas mettre en demeure le représentant légal de la société de procéder à l'immatriculation du groupement. Une jurisprudence française a adopté cette solution lorsque la Cour d'Appel de Lyon, a statué positivement sur la demande des actionnaires, victimes de l'inertie du président de la société, de restituer leurs apports, et ce après l'avoir vainement mis en demeure de procéder à l'immatriculation de la société au registre du commerce⁴. Ainsi, dans les sociétés par actions, les membres signataires lésés ne pouvant pas exiger une immatriculation par voie judiciaire mais, décident le plus souvent de mettre fin au contrat qui les lie et de reprendre leurs apports⁵. Bien que la restitution des apports ne soit envisagée par la loi que dans l'hypothèse où la société n'est pas constituée dans un délai de 6 mois⁶, la dite jurisprudence française à laquelle

¹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, tome 1, op.cit., n°214 ; J. MESTRE, "Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés", RJ com. 1985, p. 89.

² Supra, p. 491.

³ M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, Les sociétés commerciales, volume 2, op.cit., p. 133.

⁴ Lyon, 10 novembre 1983, Dalloz, 1984, p. 123, note Y. REINHARD.

⁵ Article 98 du Code des sociétés commerciales relatif à la société à responsabilité limitée et article 169 du Code relatif à la société anonyme faisant appel public à l'épargne.

⁶ Le droit français prévoit les mêmes dispositions du droit tunisien. Cependant, il précise que la restitution se fait selon la procédure prévue par l'article L. 225-11, alinéa 2 sur renvoi de l'article L. 225-12 du Code de commerce. Un ou plusieurs souscripteurs s'adressent au président du tribunal de commerce du lieu du siège social aux fins de nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs. Le président statue en référé. Le mandataire nommé procède à la restitution des fonds aux souscripteurs, sous déduction des frais de répartition (C. com., art. R. 225-12, al. 2).

s'est ralliée une doctrine¹ a étendu son domaine à la société constituée mais non immatriculée. Cette solution ayant pour effet d'attacher les mêmes conséquences au défaut de constitution qu'au défaut d'immatriculation, ne semble pas être celle prévue par le législateur. Pour cette raison, monsieur A. MIGNON-COLOMBET estime que l'action en responsabilité dirigée contre les fondateurs² ne doit pas être utilisée lorsque l'omission porte sur une formalité prescrite pour l'immatriculation de la société³. Les associés ou les tiers qui subissent un dommage résultant de l'absence ou du retard dans l'immatriculation disposent seulement de l'action en responsabilité de droit commun⁴. Il ajoute que "*malgré l'absence de dispositions spécifiques, il aurait certainement été possible aux actionnaires lésés par l'absence d'immatriculation, de saisir le juge des référés pour demander la désignation d'un mandataire de justice chargé de... l'immatriculation du groupement*"⁵.

552-La consécration de la procédure d'injonction en référé par le législateur français depuis 2001: La loi n°2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques⁶ a introduit dans le Code de commerce français une nouvelle disposition permettant de sanctionner par l'injonction sous astreinte ordonnée en référé le non-dépôt des actes et pièces au registre du commerce et des sociétés. En cas de retard dans l'immatriculation d'une société dont les statuts ont été signés, l'article L. 123-5-1 du Code autorise le ministère public ou tout intéressé à saisir, non pas le juge commis à la surveillance du registre, mais le président du tribunal de commerce qui peut enjoindre, en référé et sous astreinte, à toute personne morale de procéder au dépôt d'actes et de pièces au registre du commerce et des sociétés⁷. Le président du tribunal de commerce

¹ Y. GUYON, Droit des affaires, tome1, op.cit., n°148, p. 157 ; J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, Lamy, Sociétés commerciales, 2013, n°440.

² Article L. 210-8 du Code de commerce français (également article 1840 du Code civil français) prévoit que "*Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société*".

³ A. MIGNON-COLOMBET, L'exécution forcée en droit des sociétés, thèse précitée, p. 223.

⁴ Y. GUYON, Droit des affaires, tome1, op.cit., n°162.

⁵ Y. REINHARD, op.cit., p. 126. Voir dans le même sens A. MIGNON-COLOMBET, L'exécution forcée en droit des sociétés, thèse précitée, p. 221.

⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. JORF 16 mai 2001.

⁷ Cette procédure ne peut concerner qu'une personne morale qui a l'obligation de déposer des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés, ce qui limite le domaine à toutes les sociétés civiles et commerciales, aux groupements d'intérêt économique et aux coopératives agricoles. Ne sont donc exclus finalement que les associations, société de fait et sociétés de participation. E. JEULAND et F. MANIN, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2004 (actualisation 2013), V° Injonction de faire, n°39.

peut nommer un mandataire qui sera chargé d'effectuer ces formalités de régularisation¹.

Cette procédure d'injonction est normalement incompatible avec la nature juridique de l'immatriculation en tant qu'un acte volontaire qui donne naissance à une personnalité juridique. Mais, et contrairement à l'ordonnance du juge de registre du commerce, l'injonction d'immatriculation d'une société rendue par le juge de référé débute par une assignation et revêt un caractère contradictoire. "*On peut voir dans ce choix d'une procédure contradictoire le souci de faire prévaloir des garanties qui sont d'autant plus nécessaires que l'on est en présence d'obligation de faire, c'est-à-dire d'un domaine où il est nécessaire de ne pas porter atteinte aux libertés du débiteur*"².

553-Le législateur tunisien n'a pas consacré expressément cette solution. Il s'est contenté d'engager la responsabilité pénale du représentant légal dans l'article 20 du Code des sociétés commerciales³. Toutefois, il serait possible aux associés, lésés par l'inertie du représentant légal chargé d'accomplir toutes les formalités, de saisir le juge des référés pour demander l'immatriculation de la société. Cette solution repose sur le droit commun de la procédure civile. En effet, sur la base de l'article 201 du Code de procédure civile et commerciale⁴, la compétence du juge du référé est vaste au point d'englober des cas non prévus par une disposition expresse (du Code des sociétés commerciales). Le futur associé, ayant un intérêt évident à voir la société en activité, peut recourir au juge des référés pourvu seulement qu'il prouve l'urgence⁵. Il peut obtenir une ordonnance sur le fondement des dispositions générales en matière de référé donnant le pouvoir au président du tribunal de première instance de prescrire en référé les mesures qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite, en

¹ F. MANIN et E. JEULAND, "Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés", Rev. sociétés 2004, p. 1.

² E. JEULAND et F. MANIN, Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2004 (actualisation: 2013), V° Injonction de faire, n°65.

³ Supra, p. 502.

⁴ Article 201 du Code de Procédure civile et commerciale "*Dans tous les cas d'urgence, il est statué en référé par provision et sans préjudice au principal*".

⁵ Toutefois, l'observation profonde des cas d'intervention du juge des référés prévus par le Code des sociétés commerciales révèle une certaine spécificités. On note d'abord, une tendance législative d'abandonner la notion classique d'urgence pour établir une autre plus large à savoir "*juste motif*" et "*nécessité*". De surcroît, énoncée explicitement dans l'article 201 du Code de procédures civiles et commerciales, la défense de préjudicier au principal ne constitue plus une notion fondamentale de la justice provisoire. Plusieurs articles du Code des sociétés commerciales libèrent le juge des référés de l'interdiction de se prononcer sur le fond et de rendre des mesures pratiquement irréversibles (exemple, l'article 264 du Code des sociétés commerciales qui permet au juge des référés de relever le commissaire aux comptes de ses fonctions). K. AYARI, Le référé et les sociétés commerciales à travers le Code des sociétés commerciales, op.cit., p. 161 et suiv.

l'occurrence l'immatriculation au registre du commerce. La persistance de la méconnaissance de cette obligation pendant plusieurs années justifie en outre le prononcé de l'astreinte décidé par le premier juge afin d'assurer l'exécution de sa décision¹.

Par conséquent, la demande d'injonction ou de désignation d'un mandataire ad hoc chargé de pallier l'inertie du dirigeant est pourtant concevable dès lors que certains des associés, et non pas tous, s'opposent à l'immatriculation.

¹ Cette solution est consacrée par la jurisprudence française antérieure à la loi NRE du 15 mai 2001 qui a instauré l'Injonction de faire ou désignation d'un mandataire (T. com. Paris, 7 nov. 1997, Sté Julyvonad c/ SA BMI : JurisData n° 1998-045254 ; JCP E 1998, pan. p. 60 et CA Paris, ch. 14, sect. B., 26 juin 1998, SA ITM c/ Sté Julyvonad : JurisData n° 1998-973462 ; RJDA 1999/8-9, n° 944, p. 751, 2e espèce ; Gaz. Pal. 1999, 1er sem, p. 209.)

CONCLUSION TITRE II

554- Une situation de fait peut-être définie par rapport à une situation de droit qu'elle concurrence. La loi relative au registre du commerce a imposé à toute entreprise individuelle exerçant une activité commerciale et à toute entreprise sociétaire ayant la personnalité morale de s'immatriculer au dit registre. On peut donc dire que le respect de cette exigence engendre autant d'hypothèses d'entreprise de droit: commerçant de droit ou société de droit. Le commerçant de fait est celui qui acquiert la qualité de commerçant conformément à l'article 2 du Code de commerce mais ne répond pas à l'obligation de l'immatriculation. De même la notion de société de fait évoque l'idée d'un groupement de personnes présentant les caractères de fond du contrat de société, mais qui a été constitué sans que n'aient été accomplies les formalités prévues par la loi à cet effet. Aujourd'hui, la question est dominée par le défaut d'immatriculation au registre du commerce et nous avons vu qu'au delà de la relative incertitude terminologique qui règne en la matière (société de fait, société créée de fait), il est possible de voir une société de fait dans toute société fonctionnant sans avoir été immatriculée.

Mais, pour confirmer cette qualification de commerçant de fait ou société de fait, nous avons apporté une précision sur leur régime juridique. Pour rester dans la ligne de conduite que nous nous sommes fixée, notre propos était exclusivement de chercher si le législateur a attaché à ces situations de fait uniquement les effets négatifs des situations de droit?

Concernant l'entreprise individuelle, l'article 61 (nouveau) de la loi du 2 mai 1995 a posé un principe général selon lequel le commerçant non immatriculé, soumis aux obligations du droit commercial, ne peut se prévaloir de sa qualité pour invoquer le bénéfice de ces avantages. Toutefois, la jurisprudence ainsi qu'une partie de la doctrine ont admis une assimilation complète entre commerçant immatriculé et commerçant non immatriculé refusant au dernier la qualification de commerçant de fait. L'immatriculation emporte une simple présomption de la qualité de commerçant, son défaut ne signifie pas l'absence de cette qualité mais qu'elle est découverte par une opération de qualification de faits. Le juge ne fait ici que se conformer à l'obligation qui lui est faite de donner ou restituer aux faits leur exacte qualification et une fois la qualité de commerçant est reconnu, c'est le régime des commerçants qui s'applique.

Le contraste est saisissant avec la notion de société de fait puisque c'est le législateur qui accepte de l'assimiler à la société de droit. Par une disposition générale introduite dans le Code civil français, la société créée de fait se trouve totalement assimilée à la société en participation. En droit tunisien, la question du sort des sociétés non immatriculées n'a pas été réglementée. Mais, on peut constater que certaines dispositions lui avaient donné quelques éléments de réponse. D'abord, les articles de 77 à 89 du Code des sociétés commerciales continuent de prévoir et de régir une société pourtant non immatriculée: la société en participation. On voit immédiatement qu'il n'y avait rien d'anormal à admettre qu'une société fût soustraite à l'exigence de l'immatriculation et pût néanmoins exister et fonctionner en toute régularité, dès lors qu'il était exigé d'elle qu'elle conserva un caractère occulte. D'autre part, l'article 103 du Code des sociétés commerciales permet de régler le sort des sociétés révélées aux tiers et non immatriculées, en les soumettant au régime de la société en nom collectif. Ensuite, il est admis qu'une société civile non immatriculée au registre du commerce reste soumise aux dispositions générales du Code des obligations et des contrats relatives à la société. Enfin, n'étant pas immatriculées, les sociétés commerciales sont dépourvues de la personnalité morale. Il n'y aurait rien de choquant à considérer que l'absence d'immatriculation n'empêche pas les associés de convenir librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société. Un contrat de société demeure valable et régit les rapports des associés entre eux. Mais, ce qui est très étonnant c'est que le législateur ait voulu aller plus loin et ait accepté que cette société, puisse en dépit de son absence d'immatriculation, se révéler aux tiers. Sa révélation entraîne pour les associés la même conséquence que s'ils avaient régulièrement constitué une société en nom collectif. Une responsabilité personnelle et solidaire de tous les associés sera engagée. Dans ce cas, une société non immatriculée est assimilée à une société en nom collectif.

555-Or, accepter une assimilation totale entre entreprise immatriculée et celle non immatriculée paraît être illogique. Ainsi, le législateur a pris les mesures nécessaires entraînant la disparition d'une situation de fait pour l'avenir sans pour autant remettre en cause son passé. Il a instauré un système de régularisation volontaire ou même forcé.

CONCLUSION PARTIE II

556-L'immatriculation doit refléter la réalité: Le registre du commerce, vecteur privilégié de publicité légale, joue en droit des affaires un rôle sans cesse accru. Il informe les tiers sur la situation juridique et financière de l'entreprise immatriculée et contribue à établir un climat de sécurité des affaires qui favorise la rapidité de la conclusion des contrats. De ce fait, les éléments mentionnés au registre lors de l'immatriculation, doivent correspondre à la réalité. Une immatriculation crédible c'est celle qui reflète la réalité. Elle doit faire coïncider l'apparence visible¹ qu'elle a elle-même créée avec la réalité. Afin d'atteindre cet objectif, un système de contrôle *a priori* et *a posteriori* a été instauré par la loi du 2 mai 1995. Toutefois, ce processus peut être court-circuité. S'installera alors la discordance entre l'élément inscrit au registre et la réalité. L'immatriculation ne sera plus un élément de confiance elle sera elle même source d'apparence. Ce schéma constitue une anomalie du système.

557-Les causes d'anomalies causées par l'immatriculation: Ainsi, l'immatriculation peut causer une anomalie lorsqu'elle donne l'apparence de la qualité de commerçant alors même que la personne physique ne répond pas à ses conditions d'acquisition prévues par l'article 2 du Code de commerce ou lorsqu'elle donne l'apparence d'une personne morale alors même que la société n'existe pas réellement au sens de l'article 2 du Code des sociétés commerciales. Mais, l'immatriculation inexacte ne constitue pas la manifestation unique de l'anomalie, le défaut de son accomplissement en constitue aussi une cause.

558-Le traitement de l'anomalie: Le législateur a traité différemment ces deux hypothèses.

- *Dans la première hypothèse*, il a pris la défense de l'apparence créée par l'immatriculation inexacte. C'est ainsi, qu'à travers l'opposabilité prévue par l'article 62 de la loi du 2 mai 1995 et la présomption de la qualité de commerçant prévue par l'article 60 de la même loi, le législateur appelle de prendre l'apparence pour la réalité. Il cherche en réalité la protection des tiers dans leur confiance donnée à une

¹ Le mot apparence est entendu ici au sens large correspondant à "*ce qui paraît aux yeux ; l'aspect d'une personne ou d'une chose ; sa forme visible*". Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, sous la direction de Gérard CORNU, PUF, 1996, V° Apparence, n°1.

immatriculation inexacte. On peut voir dans cette solution une consécration textuelle de la théorie d'apparence qui concourt également à la réalisation de cet objectif à travers la possibilité ouverte aux tiers d'invoquer les droits qui découlent de la réalité si elle a été conforme à l'apparence trompeuse. Par conséquent, l'immatriculation confère à la personne immatriculée une qualité apparente de commerçant ou de personnalité morale en mettant en œuvre son opposabilité ou en présument la commercialité d'une personne physique. Toutefois, cette conversion de l'apparence en une réalité juridique peut mener à des solutions peu acceptables qui peuvent être corrigées par le recours à la théorie d'apparence.

D'abord, Considérer l'immatriculé comme un commerçant bien qu'il ne répond pas aux conditions d'acquisition de cette qualité ne signifie pas qu'il soit régi par le statut du commerçant. Il demeure toujours dans une situation de fait et ne peut se prévaloir des avantages attachés à cette qualité. En effet, la présomption de connaissance sur laquelle est fondée l'opposabilité ne bénéficie qu'aux tiers. L'immatriculation permet à ces derniers d'ignorer les éléments cachés qui demeurent inopposables. Il en découle que le commerçant apparent se rattache pour partie à la théorie générale de l'apparence, mais, croyons-nous, une originalité n'en demeure pas moins très forte. Si le commerçant apparent est assimilé à un commerçant de droit, il ne sera pas soumis au même statut. L'apparence de droit ne peut produire les mêmes effets que le droit lui-même.

Ensuite, l'apparence crée un droit d'option pour les tiers qui peuvent toujours se prévaloir de la réalité c'est à dire de la commercialité de fait ou de la fictivité de la société.

Enfin, le rôle de l'immatriculation créatrice d'apparence est contrecarré par l'opposabilité de la cessation d'activité. En effet, toute personne ayant cessé son activité doit la mentionner au registre du commerce. Cette inscription la rend opposable aux tiers qui ne peuvent plus alléguer l'immatriculation pour se prévaloir de la qualité de commerçant ou de l'existence d'une personne morale.

- *Dans la deuxième hypothèse*, le législateur admet que le défaut d'immatriculation constitue une situation de fait et ce contrairement à la position d'une certaine doctrine qui y voit une source d'apparence. En effet, la connaissance empirique des tiers informés de l'existence de groupement clandestin ne peut être l'équivalent de

l'immatriculation. Loin de la logique de la protection des tiers, la prise en considération de la situation de fait entraîne une application sélective des règles de droit limitée aux conséquences juridiques négatives. Selon la loi du 2 mai 1995, le défaut d'immatriculation y concourt également: le commerçant n'est soumis qu'aux responsabilités et obligations qui découlent de la qualité. Quant à la société, c'est par interprétation de l'article 103 du Code des sociétés commerciales qui la soumet aux règles de la société en nom collectif qu'on puisse dire que les fondateurs sont tenus personnellement et solidairement responsables à l'égard des tiers.

Par conséquent, il semble possible aujourd'hui de parler, à l'instar du dirigeant de fait, du commerçant de fait. Toutefois, on s'en rend compte très vite que cette qualification de fait est refusée au commerçant par la jurisprudence et une partie de la doctrine. D'autant plus que l'article 61 de la loi du 2 mai 1995 qui semble consacrer un principe général de traitement de commerçant de fait peut être inefficace car il n'est pas toujours aisé de sélectionner les règles de statut qu'il convient d'appliquer.

Pour les sociétés non immatriculées, les dispositions de l'article 103 du Code des sociétés commerciales ont le double mérite, d'abord de les qualifier expressément de fait bien que ce sont des sociétés valables. Exercer son activité avant même d'être immatriculé constitue une cause d'irrégularité. Ensuite, elles soumettent les fondateurs à un régime de responsabilité sévère puisqu'ils sont tous tenus personnellement et solidairement responsables à l'égard des tiers même ceux qui n'ont pas agi pour le compte de la société. A cet égard, la question qui se pose est de savoir si l'article susmentionné, en qualifiant de société de fait la société non immatriculée, s'inscrit dans une tendance plus générale de faire entrer toutes les formes sociétaires de fait dans un régime légal de la sorte que la société de fait "*semble destinée à disparaître progressivement dans le sein de la loi*"¹. Peut-on dire qu'il n'a fait qu'aggraver la responsabilité des fondateurs ce qui rend inutile le recours à la théorie de société de fait?

Il en découle que la sanction issue d'une situation de fait paraît être plus efficace si elle est infligée à une société qu'à un commerçant. Assimilé à un commerçant immatriculé, le commerçant non immatriculé est régi par le même statut. Pour faire face au risque de perturber l'ordre juridique engendré par cette assimilation, le législateur a favorisé la régularisation de la situation à travers l'injonction d'immatriculation et

¹ H. TEMPLE, Les sociétés de fait, op.cit., p. 346.

l'immatriculation d'office. Concernant la société, son défaut d'immatriculation la prive de la personnalité morale et aggrave la responsabilité de ces fondateurs. En dépit des ces sanctions originaires, la société peut démarrer et fonctionner sans personnalité morale. Dans ce cas, si les fondateurs n'ont pas pris l'initiative pour effectuer son immatriculation, une régularisation judiciaire sera sollicitée.

CONCLUSION GENERALE

559-Depuis la promulgation de la loi relative au registre du commerce, le législateur a commencé de concevoir sa propre conception de l'immatriculation. Le système de l'immatriculation foncière en matière civile présente des règles qui ne peuvent être transposables en matière commerciale où les buts d'économie dirigée l'emportent sur les buts d'intérêt privé. Il n'est pas douteux que les considérations économiques ont rendu nécessaire la promulgation de la loi du 2 mai 1995 relative au registre du commerce. Cette prise en considération des motifs économiques par le droit ne peut se faire sans une déformation de certaines institutions juridiques. C'est ainsi que la notion d'immatriculation a été déconfigurée. Elle n'est pas une notion juridique mais devient une notion économique. Elle n'est pas régie par une catégorie homogène de règles et elle ne constitue pas une catégorie juridique autonome.

560-La diversité des effets produits par l'immatriculation a injecté à la notion une dose importante d'ambivalence. *D'une part*, l'immatriculation entraîne un effet extrêmement important, l'effet constitutif, avec des variétés curieuses. Elle permet de reconnaître la qualité de commerçant à toute personne exerçant une activité commerciale. Elle attribue une personnalité morale aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique. Elle constitue aussi une condition d'acquisition de certains droits reconnus aux commerçants. Le législateur français a introduit plus de variété à l'effet constitutif lorsqu'il prévoit que l'immatriculation crée un patrimoine d'affectation ou une présomption de non salariat. En droit international, l'immatriculation constitue un critère de rattachement qui détermine le droit applicable. Ce sont là, les différentes applications de l'effet constitutif de l'immatriculation au registre du commerce.

D'autre part, la distinction faite au sein du Code des sociétés commerciales entre l'immatriculation et la publicité ne signifie pas que les deux institutions sont détachées l'une de l'autre. Le législateur a juste voulu rétrécir le domaine de la nullité des sociétés commerciales pour inobservation des formalités de publicité qui ne couvrent désormais que le défaut de publication de l'acte de société au Journal Officiel. L'immatriculation demeure toujours une formalité publicitaire ayant pour objet d'informer le public. A cette fonction primaire et commune à toutes les modalités de publicité, le législateur a ajouté un rôle constitutif. Ainsi, l'immatriculation à laquelle est attachée la naissance de la personnalité morale d'une société commerciale et la qualité de commerçant d'une personne physique, constitue un instrument de publicité destiné à informer les tiers. Elle

organise surtout l'opposabilité de leurs situations juridiques. Mais, étant donné que le rôle constitutif est réservé aux seules personnes commerçantes indiquées, l'immatriculation sert simplement à informer les tiers de l'existence des autres structures juridiques (sociétés civiles, établissements publics à caractère industriel et commercial, établissements et succursales), sans effet civil.

561-La diversité de ses effets ainsi que l'hétérogénéité de son effet constitutif prouvent que l'immatriculation est une notion beaucoup plus qu'économique que purement juridique. D'ailleurs, le souci de protection individuelle des tiers n'est pas son objectif prioritaire. *D'abord*, une certaine existence juridique est reconnue à la société avant son immatriculation. Il existe même une notion particulière de personnalité morale, dite à la fois judiciaire et processuelle, forgée par le juge civil pour les besoins du procès et en dehors de toute formalité d'immatriculation. *Ensuite*, le contrôle auquel est soumise l'immatriculation, bien qu'il soit qualifié de judiciaire, il demeure un contrôle formel qui n'empêche pas l'annulation de la société immatriculée. *Enfin*, l'immatriculation ne purge pas les irrégularités de la situation extériorisée aux tiers. Elle crée une situation apparente à laquelle le législateur s'est intéressé. A travers la technique de la présomption et celle de l'opposabilité mises en œuvre par l'immatriculation, le législateur prend la défense de l'apparence sur la réalité. Cependant, l'immatriculation s'avère impuissante à régler tous les litiges relevant de sa compétence. D'où l'intérêt du recours à la théorie de l'apparence afin d'assurer aux tiers une sécurité absolue. Ayant une vocation générale de s'appliquer, cette théorie permet de substituer la connaissance réputée par une connaissance effective. Ainsi, c'est la connaissance réelle par les tiers de l'absence de la qualité de commerçant, de la fictivité de la société ou de la cessation définitive de toute activité qui va contrecarrer les effets de l'immatriculation. Dès lors, loin de négliger l'importance de l'effort fourni par le législateur pour protéger les tiers dans leur confiance faite à l'exactitude de l'immatriculation, on estime que le droit positif est bien armé pour faire face à la plupart des perversions de la technique de l'immatriculation qu'il s'agisse des sanctions pénales, civiles ou encore celles qui résultent du droit des procédures collectives. La théorie de l'apparence dont le véritable rôle est de protéger les tiers *de bonne foi*, rôle normalement ignoré par l'immatriculation, trouve ici son domaine d'application par excellence.

Le législateur s'est intéressée aussi à d'autres situations irrégulières et ce afin de faire respecter les dispositions règlementant l'accès à la profession. Il a sanctionné le défaut d'immatriculation d'un commerçant par la déchéance des droits ce qui constitue en réalité une consécration d'un principe général de traitement du commerçant de fait. Il a qualifié expressément de fait une société non immatriculée. A cet égard, on a pu constater l'absence de tout intérêt à cette qualification pour le commerçant. Outre le fait que la jurisprudence et une certaine doctrine refusent la qualification de commerçant de fait, l'appréciation du caractère favorable de certains droits demeure difficile. On a noté une assimilation quasi complète entre un commerçant non immatriculé et celui immatriculé. Quant à la qualification de fait d'une société non immatriculée, une précision a dû être faite à l'article 103 du Code des sociétés commerciales. Une société non encore immatriculée est une société en formation. Mais, si elle entreprend une activité, elle sera qualifiée en une société de fait¹. Les fondateurs s'arrogent la qualité de membres de société de fait, assimilés à des associés en nom collectif, ils seront responsables personnellement et solidairement du passif social. Le législateur a voulu aggraver la responsabilité des fondateurs puisque les engagements pris par certains obligent tous les autres même s'ils n'ont pas participé à l'acte. Mais, il lui était possible d'adopter face aux sociétés non immatriculées une attitude cohérente avec les sociétés non personnifiées. Ces sociétés sont soumises à un régime qui se caractérise par une distinction faite entre celles qui resteraient occultes et celle qui se révéleraient aux tiers (société en participation révélée, société créée de fait).

562-Renforcer l'effet de l'immatriculation ne permet pas d'assimiler le registre du commerce au registre foncier. Malgré les retouches entreprises depuis la loi du 2 mai 1995 jusqu'à la réforme de 14 juillet 2010, le législateur reste fidèle à sa conception initiale d'institution de police administrative. Le registre du commerce n'est pas doté des mesures nécessaires pour garantir une sécurité du commerce juridique. Qualifié par certains de "*véritable répertoire d'état civil des entreprises*"², il rassemble les informations relatives aux personnes physiques ou morales qui, exerçant des activités de nature commerciale ou ayant une structure juridique, doivent s'y faire immatriculer. Il constitue un moyen d'enquête permanent sur l'activité commerciale et industrielle du

¹ A l'exception de la société en participation.

² C'est la qualification donnée par monsieur J. DOUCÈDE, Greffier en chef du Tribunal de commerce de Nanterre, Président d'INFOGREFFE, in "L'information légale dans les affaires : Quels enjeux ? Quelles évolutions?", Colloque du Centre de Recherche Sur le Droit des Affaires de la Chambre de Commerce et d'Industrie de PARIS, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 39, 29 Septembre 1994, p.402.

pays. A cet égard, le législateur a favorisé la régularisation de la situation des personnes qui ne sont pas fait immatriculer à travers l'injonction d'immatriculation et l'immatriculation d'office. Puisque ces mesures sont réservées aux seules personnes physiques, se pose alors avec acquitté la question de les généraliser pour intéresser même les sociétés non immatriculées.

BIBLIOGRAPHIE

Bibliographie en langue française

I/ Ouvrages

- **ALFANDARI** (E.), Droit des affaires, Litec, 1993.
- **ANCEL** (B.), **LEQUETTE** (Y.), **BATIFFOL** (H.), Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006, 5ème éd.
- **ANCEL** (P.), Droit des sûretés, 7ème éd., LexisNexis2014.
- **AUBRY** (Ch.) et **RAU** (C-F.), Cours de droit civil français, par E. BARTIN, 6ème éd., Librairie Technique, 1942.
- **AYADI** (H.), Droit fiscal, Publications scientifiques tunisienne, série droit public, n°6, Tunis, 1989.
- **AYADI** (H.), Les droits d'enregistrement et de timbre et leur contentieux, Centre de publication Universitaire 2008
- **AYARI** (K.), Le référé et les sociétés commerciales à travers le Code des sociétés commerciales, éd. CIFEDE, 2007
- **BACCOUCHE** (N.), Répression pénale et disciplinaire dans la fonction publique, C.R.E.A., Tunis 1990.
- **BARREAU-SALIOU** (C-T.), Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, L.G.D.J. 1991.
- **BARUCHEL** (N.), La personnalité morale en droit privé: éléments pour une théorie, préface B. PETIT, L.G.D.J., 2004.
- **BATIFFOL** (H), **LAGARDE** (P.), Traité de droit international privé, t. 1, 8ème éd., LGDJ 1995.
- **BEN ACHOUR** (Y.), Droit administratif : organisation administrative, fonctions administratives, police et service public, décisions administratives, 2ème éd., Centre de Publication Universitaire 2010.
- **BEN ACHOUR** (Y.), Introduction générale au droit, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2005.
- **BEN NASR** (T.), Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes, éd., Tunis2000.
- **BERGEL** (J.L.), Méthodologie juridique, Paris, 2ème éd., PUF 2016.
- **BEZARD** (P.), Sociétés civiles. Contrat de société, Société en participation. Registre du commerce et des sociétés, Litec 1979.
- **BOUCHARD** (Ch.), La personnalité morale démythifié: Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personne québécoises, Canada, les presses de l'université, Laval, 1997.
- **BRAHMI** (A.), Le droit du redressement des entreprises en difficulté, Tunis, 2002.
- **BRAHMI** (A.), Signature électronique et droit. Essai de clarification du nouveau cadre juridique de la signature électronique et des méthodes de sa réception, Tunis, 2004.
- **BRAIBANT** (G.), Données personnelles et société de l'information : rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive numéro 95-46, La documentation française 1998.

- **CALAIS-AULOY** (J.), Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, LGDJ, 1959.
- **CARBONNIER** (J.), Droit civil. Volume II, (Les biens. Les obligations), Paris, 2ème éd., Presses universitaires de France 2017.
- **CARBONNIER** (J.), Droit civil. Volume I, (Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple), Paris, 2ème éd., PUF, 2017.
- **CATALA** (N.), L'entreprise, Traité de droit du travail, sous la dir. de G.-H. Camerlynck, Dalloz, t. IV, 1980.
- **CHAPUS** (R.), Droit administratif général, tome 1, 15ème éd., Montchrestien, 2001.
- **CHARFEDDINE** (M-K.), Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, Tunis, C.E.R.P., 1993.
- **CHARFI** (M.), L'introduction à l'étude du droit, 4ème éd., Sud Editions-Tunis 2011.
- **CHAVANNE** (A.) et **BURST** (J-J.), Droit de la propriété industrielle, Paris, Dalloz, 2012.
- **COLLART DUTILLEUL** (F.), **DELEBECQUE** (P.), Contrats civils et commerciaux, 10ème éd., Dalloz 2015.
- **COLLIARD** (C.A.), Libertés publiques, Paris, 8ème éd., Dalloz, 2005.
- **CORNELOUP** (S.), La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, préface P. Lagarde, Paris, LGDJ, 2003.
- **COUCHEZ** (G.), Procédure civile, Paris, 17ème éd., Sirey, 2014.
- **COZIAN** (M.), **VIANDIER** (A.) et **DEBOISSY** (F.), Droit des sociétés, Paris, LexisNexis, 2017.
- **CUISINIER** (V.), L'affectio societatis, Paris, Lexis Nexis, Litec, 2008.
- **CUTAJAR-RIVIERE** (C.), La société écran : essai sur sa notion et son régime juridique, préface P. DIENER, Paris, LGDJ 1998.
- **DABIN** (J.), Le droit subjectif, préface Ch. Atias, Paris, Dalloz, 2007.
- **DAGOT** (M.), La simulation en droit privé, Paris, LGDJ 1965.
- **DAHDOUH** (C.) et **DAHDOUH** (H.), Droit commercial, volume 1, 1ère éd., éd. De l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne 2002.
- **DAHDOUH** (C.) et **DAHDOUH** (H.), Droit commercial, volume 2, tome 2, IHE édition 2007
- **DE JUGLART** (M.), **IPPOLITO** (B.), Cours de droit commercial, Les sociétés commerciales, volume 2, Paris, 2ème éd., Montchrestien, 1999.
- **DE LAUBADERE** (A.), **GAUDEMET** (Y.), Traité de droit administratif, Droit administratif général: l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs, tome 1, Paris, LGDJ, 2001.
- **DEBOISSY** (F.), La simulation en droit fiscal, préface M. Cozian, Paris, LGDJ 1997.
- **DEKEUWER-DEFOSSEZ** (F.), Droit commercial: actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, Lextenso éditions, LGDJ, 2015.
- **DELGA** (J.), Le droit des sociétés, Paris, 1ère éd., Dalloz 1998.

- **DELMAS-MARTY** (M.), Droit pénal des affaires, tome 2, Paris, 3ème éd., PUF, 1990.
- **DEMOGUE** (R.), Les notions fondamentales du droit privé : essai critique: pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Paris, éd. la mémoire du droit, 2001.
- **DESPAX** (M.), L'entreprise et le droit, Paris, LGDJ, 1957.
- **DIDIER** (P.) et **DIDIER** (Ph.), Droit commercial, Paris, Economica 2011.
- **DIDIER** (P.), Droit commercial, Paris, PUF 1993.
- **DONDERO** (B.), Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006.
- **DUCCLOS** (J.), L'opposabilité (essai d'une théorie générale), préface D. MARTIN, Paris, LGDJ, 1984.
- **DUPEYRON** (CH.), La régularisation des actes nuls, préface P. Hebraud, Paris, LGDJ, 1973.
- **ELLOUMI** (A.), Le formalisme électronique, Préface V. Gautrais, Tunis, Centre de Publication Universitaire 2011.
- **FARJAT** (G.), L'ordre public économique, Paris, LGDJ, 1963.
- **FROMONT** (M.), Droit allemand des affaires: Droit des biens et des obligations: Droit commercial et du travail, Paris, Montchrestien 2001.
- **GASTAUD** (J.P.), Personnalité morale et droit subjectif : essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977.
- **GENY** (F.), Sciences et techniques en droit privé positif, Troisième partie, Elaboration technique du droit positif, Sirey 1921.
- **GHESTIN** (J.), **GOUBEAUX** (G.), **FABRE-MAGNAN** (M), Traité de droit civil, Introduction générale, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, 4ème éd., LGDJ 1994.
- **GHESTIN** (J.), **LOISEAU** (G.), **SERINET** (Y-M.), La formation du contrat, L'objet et la cause, les nullités, tome 2, Paris, Lextenso éd., LGDJ, 2013.
- **GIBIRILA** (D.), Droit des sociétés, Paris, Ellipses, 2ème éd. 2003.
- **GOLDMAN** (B.), **LYON-CAEN** (A.) et **VOGEL** (L.), Droit commercial européen, Paris, 5ème éd., LGDJ, 1994.
- **GRZEGORCZYK** (C.), **COLEMAN** (J.), **ABEL** (O.), Le sujet de droit, Paris, Sirey 1989.
- **GUERRIERO** (M-A.), L'acte juridique solennel, préface J. Vidal, Paris, LGDJ, 1975.
- **GUEVEL** (D.), L'entreprise, bien juridique : fonds de commerce et notions voisines, opérations sur fonds et sur titres sociaux, Lyon, éd. Juris-service, 1994.
- **GUINCHARD** (S.), **MONTAGNIER** (G.) et **VARINARD** (A.), Institutions juridictionnelles, Paris, 12ème éd., Dalloz, 2013.
- **GUYON** (Y.), Droit des affaires: Droit commercial général et sociétés, tome 1, Paris, 12ème éd., Economica, 2003

- **HAMEL (J.), LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.)**, Droit commercial, Introduction, règles communes à toutes les personnes du droit commercial, les commerçants individus, tome 1, Paris, 2ème éd., Dalloz, 1980.
- **HEMARD (J.)**, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2ème éd., Sirey 1926.
- **HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILAT (P.)**, Sociétés commerciales. Introduction, généralités, sociétés de personnes, société à responsabilité limitée, société anonyme : constitution, direction et administration Sociétés commerciales, tome 1, Paris, Dalloz 1972.
- **HIEZ (D.)**, Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, préface Ph. JESTAZ, Paris, LGDJ, 2003.
- **HOUIN (R.) et PEDAMON (M.)**, Droit commercial: commerçants et entreprises commerciales, concurrence et contrats d commerce, Paris, 9ème éd., Dalloz 1990.
- **HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.)**, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, tome 1, 7ème éd., 1935, Sirey.
- **JACQUEMONT (A.)**, Manuel de droit des procédures collectives, Litec 1995, 6ème éd.
- **JACQUET (J-M.), DELEBECQUE (Ph.), CORNELOUP (S.)**, Droit du commerce international, Paris, 3ème éd., Dalloz 2014.
- **JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.)**, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Paris, 3ème éd., L.G.D.J. 2001.
- **JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.)**, Traité de droit commercial, tome 1, 4ème éd., Paris, Montchrestien 1988.
- **KASBAOUI (S.)**, Le droit des sociétés commerciales à l'heure de la mise à niveau: rétrospective et ouverture, éd. Prisme, Tunis 1996.
- **KAYSER (P.)**, La protection de la vie privée, PUAM., 1990, 2ème éd.
- **KHALED (S.)**, Manuel de droit commercial: Actes de commerce-Commerçants-Fonds de commerce-Baux commerciaux, préface N. Mezghani, Maison du Livre 2015.
- **KHARROUBI (KH.)**, Droit des sociétés commerciales, volume 1, Regroupe Latrach des livres spécialisés, 2008.
- **KOTRANE (H.)**, Introduction à l'étude du droit: Cadre juridique des relations économiques, Centre d'Etudes, de Recherches et de Publications, Tunis 1994.
- **LABASTIE-DAHDOUH (C.) et DAHDOUH (H.)**, Droit commercial, Volume 1, 1ère édition, Editions de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 2002.
- **LABASTIE-DAHDOUH (C.) et DAHDOUH (H.)**, Droit commercial, Volume 2, Entreprises sociétaires, tome 1, éd. IHE, Tunis 2003.
- **LABASTIE-DAHDOUH (C.) et DAHDOUH (H.)**, Entreprises sociétaire, tome 1, volume 2, éd., I.H.E., Tunis 2003.
- **LARROUMET (Ch.)**, Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, tome 1, Paris, 4ème, Economica, 2004.
- **LAUDE (A.)**, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, préface J. Mestre, PUAM, 1992.
- **LECOURT (A.)**, Le juge et l'économie, préface B. Saintourens, PUAM, 2004.

- **LECOURT** (B.), " L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements, préface Y. Guyon, Paris, LGDJ, 2000.
- **LEGEAIS** (D.), Droit commercial et des affaires, Paris, 23ème éd., Sirey, 2016.
- **LEMEUNIER** (F.), Société en nom collectif, société en participation, 9ème éd., Paris, Encyclopédie Delmas, 1993.
- **LEON** (H.), **MAZEAUD** (J.) et **CHABAS** (F.), Leçons de droit civil, tome 2, volume 1, Paris, 7ème éd., Montchrestien, 1985.
- **LEVENEUR** (L.), Situations de fait en droit privé, préface M. Gobert, LGDJ, 1990.
- **LOUSSOUARN** (Y.) et **BREDIN** (J-D.), Le droit du commerce international, préface H. Batiffol, Sirey, 1969.
- **MAHFOUDH** (M.), Une introduction au droit commercial tunisien, COOPI, 2004.
- **MALAURIE** (P.) et **AYNES** (L.), Droit civil. Les obligations, Contrats et Quasi-contrats, Cujas, 2001
- **MAZEAUD** (H.), **MAZEAUD** (L.), **MAZEAUD** (J.) et **CHABAS** (F.), Leçons de droit civil, tome 1, volume 2, par F. LAROCHE-GISSEROT, Paris, 8ème éd., Montchrestien 1997.
- **MECHRI** (F.), Droit des entreprises en difficultés économiques, Sud Editions-Tunis 2008.
- **MELLOLI** (S.), **FRIKHA** (S.), Les sociétés commerciales, La Maison Du Livre 2013.
- **MELLOULI** (S.), Voies d'exécution. Procédures juridiques de recouvrement des créances, éd. C.L.E. 1991.
- **MENJUCQ** (M.), Droit des affaires : le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux, Paris, 4ème éd., Gualino, éditeur 2004.
- **MENJUCQ** (M.), Droit international et européen des sociétés, Lextenso éd., 4ème éd., LGDJ, 2016.
- **MERLE** (P.), Droit commercial. Sociétés commerciales, Dalloz, 8ème éd. 2001,
- **MERLE** (Ph.) et **FAUCHON** (A.), Droit commercial. Sociétés commerciales, 20ème éd., Dalloz, 2016.
- **MESTRE** (J.), **PANCRAZI** (M.E.) et **ALII**, Droit commercial – Droit interne et aspects de droit international, LGDJ, 28e éd., 2009.
- **MEZGHANI** (A.), Commentaire du Code de droit international privé, Centre de Publication Universitaire 1999.
- **MEZGHANI** (N.), Droit commercial, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, 2ème édition, Centre de Publication Universelle 2006
- **MICHOUD** (L.), La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. 1ère partie, Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, Paris, LGDJ, 1998.
- **MISSAOUI** (K.), Droit tunisien du bail commercial, éd. C.L.E. 2000,
- **MOREAU** (A.), Les sociétés civiles, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1954, p.202.
- **OPPETIT** (B.) et **SAYAG** (A.), Les structures juridiques de l'entreprise, Paris, 3ème éd., Litec 1966.

- **PAILLUSSEAU** (J.), La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967.
- **PARIENTE** (P.), Les groupes de sociétés: aspects juridiques, social, comptable et fiscal, préface Y. GUYON, Litec 1993.
- **PASSANT** (E.J.), L'écrit confronté aux nouvelles technologies, préface M. Vivant, Paris, LGDJ 2006.
- **PEGLOW** (K.), Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés, Paris, LGDJ, 2003.
- **PERROT** (R.), Institutions judiciaires, Paris, 15ème éd., Montchrestien, 2012.
- **PIEDELIEVRE** (S.), Droit commercial: actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, Paris, 10ème éd., Dalloz, 2015.
- **RAAD** (N-F.), L'abus de la personnalité morale en droit privé, LGDJ, Paris, 1991,
- **REINHAD** (Y.) et **HAZEL** (J-P), Droit commercial, Litec, 6ème éd., 2001.
- **RIGUX** (F.), La protection de la vie privée et d'autres biens de la personnalité, Paris, LGDJ, 1990.
- **RIPERT** (G.) et **ROBLOT** (R.), Traité de droit commercial. Commerçants. Tribunaux de commerce. Fonds de commerce, tome 1, 18ème éd. LGDJ, 2001.
- **RIPERT** (G.) et **ROBLOT** (R.), Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales, tome 2, 21ème éd., LGDJ Lextenso, 2014.
- **RODIERE** (R.) et **HOUIN** (R.), Droit commercial : actes de commerce et commerçants, activité commerciale et concurrence; Paris, 6ème éd., Dalloz, 1980.
- **ROUBAUD** (P.), **DEVOS** (R.), **DEVOS** (M.), **REVAULT** (J.) et **BEHIN** (J.), Théorie et pratiques des sociétés civiles, Litec, 1970.
- **ROUBIER** (P.), Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963
- **ROUTIER** (R.), Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ, 1994.
- **SALEILLES** (R.), De la personnalité juridique, Histoire et théories, Paris, éd. La mémoire du droit, 2003.
- **SAVATIER** (R.), Du droit civil au droit public: à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile, Paris, 2ème éd., LGDJ, 1950.
- **SAVELLI** (B.), L'exercice illicite d'une activité professionnelle (Etude des sanctions de droit privé), préface de J. MESTRE, PUAM 1995.
- **SIMLER** (Ph.), **DELEBECQUE** (Ph.), Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Paris, 6ème éd., Dalloz 2012.
- **SIMONART** (V.), La personnalité morale en droit privé comparé: L'unité du concept et ses applications pratiques-Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- **SOLUS** (H.), **PERROT** (R.), Droit judiciaire privé. La compétence, tome 2, Sirey, 1973.
- **SOUSI-ROUBI** (B.), L'artisan dans le droit français, éd. L'Hermès 1978.
- **TEMPLE** (H.), Les sociétés de fait, préface J. Calais-Auloy, Paris, LGDJ, 1975.
- **TERRÉ** (F.) et **FENOUILLET** (D.), Les personnes. La famille. Les incapacités, 7e éd., Dalloz, 2005.

- **TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.)**, Droit civil. Les obligations, Dalloz 2002.
- **THOMAS (J.)**, Le droit de l'Entreprise en Tunisie, manuel du centre de recherches et d'études administratives de l'école nationale d'administration avec le concours de l'administration générale de la coopération au développement de Belgique 1971.
- **TOPOR (L.)**, Droit commercial, Litec 1999, p. 179.
- **TUNC (A.)**, Le droit anglais des sociétés anonymes, Paris, 4ème éd., Economica, 1997.
- **VACRATE (S.)**, La société créée de fait, essai de théorisation, préf. H. Lécuyer, LGDJ 2003.
- **VALLANSAN (J.) et DESMORIEUX (E.)**, Société en participation et société créée de fait. Aspects juridiques et fiscaux, GLN, Joly, Paris 1996
- **VIANDIER (A.), VALLANSAN (J.)**, Actes de commerce, commerçants, activité commerciale, Paris, 2ème éd., PUF, 1992.
- **VIDAL (D.)**, Droit des sociétés, LGDJ, 2006.
- **VIDAL (J.)**, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, 1957.
- **VINCENSINI (F-X.)**, La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité), Presse Universitaire d'Aix-Marseille 1998, p. 347.
- **VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.)**, Procédure civile, Paris, 27ème éd., Dalloz 2003.
- **WEISS (A.)**, Traité théorique et pratique de droit international privé. Le droit de l'étranger, tome 2, Paris, L. Larose & Tenin, 1908.

III/ Thèses

- **ABEILLE (J.)**, La simulation dans les actes juridiques et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse Aix, 1938.
- **AGNES (R.)**, Théorie générale de l'apparence en droit privé, thèse dactyl., Paris II, 2001
- **ARRIGHI (J-P.)**, Apparence et réalité en droit privé: Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes, Thèse, Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1974.
- **AUDINET (J.)**, Personne morale et personnes physiques dans les sociétés de commerce, Thèse, Marseille, 1950.
- **AUSSEL (J-M.)**, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, Thèse, Montpellier, Imprimerie de la Charté 1953.
- **BACCOUCHE (T.)**, L'apparence en droit des sociétés commerciales, étude de droit comparé français et tunisien, Thèse Nantes, 1999.
- **BAGBAG (M.)**, De la déclaration de volonté source d'obligation dans le code des obligations et des contrats, thèse, Faculté de Droit et Sciences Politiques de Tunis, 1993-1994.
- **BAUDELET (H.)**, Les opérations du banquier avec les sociétés en cours de formation, thèse Rouen, 1984.

- **BEL HADJ YAHIA** (B.), L'abus de bien et du crédits sociaux en droit positif, thèse, Paris I, 1976.
- **BEN MESSAOUD** (K.), Le désengagement de l'Etat des entreprises publiques, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2001.
- **BEN MRAD** (H.), La liberté du commerce et de l'industrie, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, 1998.
- **BEN REJEB** (I.), "L'administration judiciaire des sociétés commerciales, Thèse, faculté des sciences politiques, juridiques et sociales de Tunis 1996.
- **BESROUR** (N.), Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, Thèse pour le doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences politiques de Tunis, 2001.
- **BITOUZE** (A.), Le double aspect de la publicité foncière : institution civile et institution de police, thèse Rennes, 1960.
- **COLOMBEL** (P.), Le particularisme de la condition juridique des personnes morale en droit privé, thèse Nancy, 1949.
- **COQUELET** (Ml.), La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés, thèse Paris X, Natterre, 1994.
- **CORVEST** (H.), Le registre du commerce : Etude comparée de droit Allemand, Espagnol et Français, thèse, CLERMON-FERRAND, 1974.
- **COUPET** (L.), L'action en justice des personnes morales de droit privé, thèse, Aix-en-Provence, 1974.
- **CUNHA** (V.), Le formalisme en droit des contrats, thèse, Université de Nice Sophia Antipole, Faculté de Droit et des sciences économiques, 2002.
- **DAVIN** (J-P.), La transformation des personnes morales, thèse 1979, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille.
- **DE LA HAYE** (M.R.), Le registre du commerce : son rôle actuel en droit français – Son rôle possible de discrimination des commerçants et des non-commerçants – Organe de publicité légale en matière de commerce, thèse, Université de Paris – Faculté de Droit, 1946.
- **DELAPORTE** (V.), Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, Thèse dactyl., Paris I, 1974.
- **DELGA** (J.), Contribution à l'étude de l'incidence de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés sur la qualité des personnes physiques, thèse Université de Paris I- Panthéon-Sorbonne, 1983.
- **DELPECH** (V.), Dématérialisation et sécurité des transactions, thèse Université Montesquieu Bordeaux IV, 1996.
- **DESMAZIÈRES** (A.), L'évolution du rôle des notaires dans la constitution des sociétés par actions, thèse, Paris, 1948.
- **DJERAD** (N.), Les actes juridiques à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2002-2003.

- **ELLOUZE** (A.), Nouvelle législation des investissements étrangers en Tunisie, leur contrôle et protection, Thèse pour le Doctorat d'Etat Université de Droit d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, 1978, Paris II.
- **FIORINA** (D.), Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales, Thèse, Toulouse, 1984.
- **GARAUD** (E.), La transparence en matière commerciale, thèse Limoges 1995.
- **GORPHE** (F.), Le principe de la bonne foi, thèse Paris 1928.
- **GUTTON** (A.-O.), La publicité des faits juridiques, thèse dactyl. Clermont Ferrand, 1976.
- **HAGEGE** (M.), Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé, thèse Paris II, 1977.
- **KOLSI** (S.), Le statut juridique des dirigeants de la société anonyme, Thèse Tunis 1997.
- **LAURENT** (J-C.), L'apparence dans le problème des qualifications juridiques, Thèse, Caen, 1931.
- **LECOUFLE** (S.), L'extension du rôle du registre du commerce par le décret-loi du 9 août 1953, thèse Université de Paris-Faculté de Droit, 1957.
- **LEGROS** (J-P.), Les nullités des sociétés dans la loi du 24 juillet 1966, thèse dactyl., Rouen 1984.
- **LESCOT** (P.), Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé, thèse Dijon, 1913, Paris, Rousseau.
- **LOUSSOUARN** (Y.), Les conflits de lois en matière de sociétés, Thèse Rennes 1949.
- **MAMLOUK** (A.), Le capital social, gage des créanciers sociaux, Thèse, Droit privé, Faculté des sciences juridiques et sociales de Tunis, 1998-1999.
- **MATHEY** (N.), Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse, Paris II, 2001.
- **MEZGHANI** (N.), La protection civile de la vie privée, thèse pour le doctorat d'Etat, Université de Droit d'Economie et de Sciences Sociales de Paris II.
- **MICHA-GOUDET** (R.), La formation des sociétés, Thèse Lyon 1993.
- **MIGNON-COLOMBET** (A.), L'exécution forcée en droit des sociétés, thèse Paris I, 2002.
- **MOENECLAHEY** (P.), De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse Lille 1914.
- **PELLETIER** (M.), Les filiales, Thèse Doctorat d'Etat, 1980, Université Paris II.
- **PERCEROU** (R.), La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation, thèse Paris, 1951.
- **REKIK** (N.), L'ordre public et le contrat civil, thèse 2003-2004, Faculté de Droit et de science politique.
- **ROMANI** (A-M.), Les sociétés fictives dans les procédures collectives, thèse Nice, juillet 1981.
- **ROUXEL** (R.), Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques (droit civil et droit commercial), thèse Université de Caen, 1934.

- **SCHUMACHER** (Y.), La mauvaise foi en droit privé positif, thèse Aix, 1967.
- **SEBAG** (L.), Condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse, Sirey 1938.
- **SOUSI** (G.), L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse Lyon III, 1974.
- **TREILLARD** (J.), Les transformations des sociétés et l'intérêt des tiers, thèse Bordeaux, 1951.
- **VIAL-PEDROLETTI** (B.), L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales, Thèse Aix-Marseille 1986.
- **VITERO**, Le contrôle de la constitution et les nullités des sociétés anonymes selon la première directive européenne du 9 mars 1968 en droit français et italien, thèse Lille 1997.
- **VOUIN** (R.), La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse Bordeaux 1939.
- **WEITH** (R.), Les contrats conclus au nom d'une société anonyme en formation, thèse Lausanne, 1953.
- **WICKER** (G.), Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J., 1997.
- **YOUSSEF** (S.), L'acte unilatéral, source d'obligation autonome en droit privé, thèse Tunis 2002.

III/ Articles et chroniques

- **ABDELHAK** (I.), "La loi n°95-34 du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques : approche critique des objectifs et des moyens de sauvetage", R.T.D. 1999, pp. 1.
- **ALBIGES** (Ch.), "La constitution de la fiducie", Droit et patrimoine 2008, n°171, p.47.
- **AMIRA** (M.), "Gestion et administration de la justice en Tunisie", disponible sur http://www.eipa.eu/modules/EuroMedJustice/Conferences/Istanbul_16_19Apr07/reports/17_Tunisia.pdf.
- **ANTIPPAS** (J.), "L'utilisation du droit administratif en droit civil", RFDA 2014, pp.795
- **ARSÉGUEL** (A.) et **ISOUX** (Ph.), "Loi « Initiative et entreprise individuelle », aspects sociaux", Bull. Joly Sociétés, 1 mai 1994, n° 51, pp.469.
- **ATIAS** (C.), "Sauvez nos chères vieilles sociétés civiles", Recueil Dalloz 2003, pp. 954.
- **AUBERT** (J.L.), "Le formalisme (rapport de synthèse)", Répertoire du Notariat Défernois, 15 août 2000, n°15-16, pp.931.
- **AUBERT-MONPEYSSEN** (Th.), "La définition du salariat par la loi Madelin", Petites affiches, 22 septembre 1995, n° 114, pp. 14.
- **AUBRÉE** (Y.), Répertoire Dalloz de Droit du travail 2017, V° Contrat de travail: clauses particulières.

- **AYADI** (S.), "Le domaine d'intervention de la loi relative au redressement des entreprises", Infos Juridiques, 2007, n°26-27, p. 20.
- **AYNES** (L.), "La percée des présomptions", Droit et patrimoine, 2005, n°135, pp.75.
- **AZARIAN** (H.), "Centres de formalités des entreprises", jurisClasseur commercial 2012 (mise à jour 2016), fascicule 126.
- **AZARIAN** (H.), "Registre du commerce et des sociétés. Législation, Organisation et fonctionnement", JurisClasseur commercial 2013 (mise à jour 2017), fascicule 105.
- **AZARIAN** (H.), "Succursales", jurisClasseur sociétés 2015, fasc. 28-40.
- **BACCOUCHE** (N.), "L'identification des agents publics par le tribunal administratif", R.T.D. 1987, pp. 15.
- **BAFFOY** (G.), "La transformation d'une société en participation en société d'une autre forme", JCP, N, 1997, p. 1549.
- **BAFFOY** (G.), "La transformation d'une société en participation en une société de droit est-elle possible ?", JCP, E, 1998, p. 359.
- **BAHANS** (J.-M.), "La publicité des sociétés par voie électronique", Rev. Actes pratiques et ingénierie sociétaire, janv.-févr. 2002, p.3.
- **BAHANS** (J.-M.), "Bilan 2012 du RCS : une année riche", Bull. Joly Sociétés, 01 janvier 2013, n° 1, pp. 75.
- **BAHANS** (J.-M.), "Conditions et effets de l'immatriculation en France des sociétés étrangères", Bull. Joly sociétés 2002, pp.404.
- **BAHANS** (J.-M.), "Publicité des sociétés - Généralités. Publicité liée à la naissance des sociétés", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, fasc. 27-40.
- **BAILLY** (J.), "Délivrance des copies d'actes et de registres", JurisClasseur procédure civile, 2016, fascicule 1300-35.
- **BAILLY-MASSON** (C.), "L'intérêt social, une notion fondamentale", Petites Affiches, 9 novembre 2000, n°224, pp. 6.
- **BAILLY-MASSON** (C.), "La fictivité, une épée de Damoclès disparue", Petites Affiches, 24 janvier 2000, n°16, pp. 4.
- **BARANGER** (G.), "Immatriculation des sociétés civiles anciennes : l'échéance", Defrénois 15 octobre 2002, n°19, pp. 1226.
- **BARRIÈRE** (J-F.), "La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence", JCP, E, 2007, p.2053.
- **BARTHÉLÉMY** (J.), "Contrats de travail et d'entreprise : nouvelles frontières, Réflexions sur la loi Madelin", JCP, E, 1994, p. 361.
- **BARTHÉLEMY** (J.), "Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise", J.C.P. E, 2009, p.1455.
- **BASTIAN** (D), "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", Petites affiches, 26 août 1983, pp.18
- **BASTIAN** (D.), "La réforme du droit des sociétés commerciales", JCP, 1967, G,p.2121.
- **BATTEUR** (A.), "Le changement de nature juridique des personnes morales", Petites affiches 27 juillet 1992, n° 90, pp. 12.

- **BEAUBRUN** (M.), "La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif", R.J. com 1980, p.81.
- **BEAUCHARD** (J.), "Les difficultés d'application du nouvel article 4 du code de commerce", Dalloz 1984, chron., pp. 147.
- **BEDER** (P.), Répertoire Dalloz de droit commercial, 2011 (mise à jour 2017), V° Registre du commerce et des sociétés.
- **BEDER** (P.), Répertoire Dalloz de droit des sociétés, juin 2012 (dernière mise à jour : mars 2013), V° "Publicité légale".
- **BEL HAJ HAMOUDA** (M.), "La location-gérance du fonds de commerce", R.T.D., 2006, pp. 87.
- **BEN MABROUK** (B.), "Commerçant professionnel, commerçant habituel, commerçant occasionnel et commerçant de fait, quelle différence", Etudes juridiques 1997, n°5, pp.71.
- **BEN MABROUK** (B.), "La location-gérance du fonds de commerce", R.J.L., mars 2004, pp. 9.
- **BEN MANSOUR** (A-L.), "Adapter la législation à la donne économique", L'Economiste Maghrebin 1995, n°128, p.19.
- **BERTEL** (J-P.), "Liberté contractuelle et société. Essai d'une théorie de "juste milieu" en droit des sociétés", R.T.D.com 1996, pp.595.
- **BESNARD GOUDET** (R.), "La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes", Droit des sociétés n° 12, Décembre 2001, chron. 21.
- **BESNARD GOUDET** (R.), "Constitution des sociétés par actions - Fondation. - Période constitutive", JurisClasseur Commercial, 2017, fasc.1359.
- **BESNARD GOUDET** (R.), "Constitution des sociétés par actions. Fondation. Période constitutive", JurisClasseur, société traité, 2012, fasc. 113-10.
- **BESNARD-GOUDET** (R.), "Constitution des sociétés", JurisClasseur sociétés 2011 (mise à jour 2017), fasc. 27-10
- **BESNARD-GOUDET** (R.), "Théorie des apports. Notion d'apport en société", JurisClasseur Sociétés Traité, 2015, fasc.10-10.
- **BETTAIB** (M-A.), "La notion d'entreprise: la notion mal aimée du droit tunisien", Infos Juridiques, 2015, n°210-211, pp.23.
- **BETTAIEB** (M.A.), "L'exercice du commerce par les étrangers", Infos-Juridiques, 2010, n° 102/103, pp.30
- **BETTAIEB** (M-A.), "La nouvelle loi relative à la profession d'avocat : l'incroyable malentendu !", Infos Juridiques, 2011, n°120/121, pp. 22.
- **BIGOT** (C.), "Protection des droits de la personnalité et liberté d'information", Recueil Dalloz, 1998, chron., p.235.
- **BISCHOFF** (J.-M.), "La société européenne, aspects de droit international privé", Petites affiches 16avril 2002, n°76, pp. 43.
- **BOCCARA** (B.), "Baux commerciaux, la distinction du champ d'application du statut et les conditions du droit au renouvellement", JCP, 1979, I, 2932.
- **BOCKEL** (A.), "Actualités et perspectives du contrôle de l'interventionnisme économique", A.J.D.A. 1983, pp. 8.

- **BONNARD** (J.), "Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte de la société en formation", Rev. sociétés 1992, pp. 254.
- **BONNASSE** (A.), "Fusion-Scission. - Réalisation des fusions et scissions", JurisClasseur Sociétés Traité 2004 (mise à jour 2011), fasc.162-10.
- **BONNEAU** (T.), "Personnalité morale et radiation d'office du RCS", Dr. sociétés 1994, chron. 2, p. 1.
- **BONNET** (V.), "Actes de commerce et commerçants en droit international privé", JurisClasseur Droit international 2014, fasc. 570-10.
- **BONSOM-DELUCCA** (M.), "Domiciliation collective d'un entrepreneur individuel ou d'une société dans des locaux faisant l'objet d'un bail commercial", JCP, 1998, N,p. 1016.
- **BORONAD-LESION** (E.), "La survie de la personne morale dissoute", R.T.D.com., 2003, pp.1.
- **BOUACHBA** (T.), "Un nouveau-né pour le droit de l'entreprise : la loi relative à l'initiative économique", Infos Juridiques, 2008, n°40/41, p.6.
- **BOUACHBA** (T.), "Un nouveau-né pour le droit de l'entreprise : la loi relative à l'initiative économique", Infos Juridiques, 2008, n°40/41, pp.6.
- **BOUDOT** (M.), Répertoire Dalloz de droit civil 2009 (mise à jour 2017), V°Apparence,
- **BOUERE** (J-P.), **LE CANNU** (P.), "La loi madelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés", Bull Joly Sociétés, 1 mars 1994, n°3, pp. 237.
- **BOUGARRAS** (H.), "Les pouvoirs du juge sur l'immatriculation au registre de commerce", Info Juridique 2008, n° 54/55, p.6.
- **BOUGNOUX** (A.), "Siège social", jurisClasseur sociétés, 2007, fasc. 28-30.
- **BOUGNOUX** (A.), "Sociétés en commandite simple", JurisClasseur 2016, fasc. 62-10.
- **BOUILLOUX** (A.), "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", Rev. sociétés 1994, pp.393.
- **BOULANGER** (J.), "La femme mariée commerçante", R.T.D.com., 1967, pp. 413.
- **BOULOC** (B.), "Le secret des affaires", Revue Droit et pratique du commerce international, 1990, pp.6.
- **BOULOC** (B.), "L'influence des mesures de simplification administrative sur le registre du commerce et des sociétés" Gaz. Pal. 1985, doct., p.419.
- **BOULOC** (M-B.), "La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce", Rev. sociétés 1978, pp. 419.
- **BOURAOUI DARGHOUTH** (F.), "Vers un rapprochement du statut de l'artisan de celui du commerçant : le cas de la coiffure pour dames", R.T.D. 1997, pp. 85.
- **BOUTRY** (C.), "L'absence de personnalité morale dans les sociétés", JCP, 2001, E, p.310.
- **BRAHMI** (A.), "La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation", Petites Affiches, 19 février 2002, n°36, pp. 4
- **BRAHMI ZOUAOUI** (N.), "L'ordre public économique de protection dans le nouveau droit des ventes au consommateur", R.J.L., mai 2001, pp.9.

- **BRAHMI ZOUAOUI** (N.), "La publicité légale dans le droit tunisien du redressement des entreprises en difficulté", R.T.D., 2002, pp. 131.
- **BRAHMI ZOUAOUI** (N.), "Propos sur la protection du consommateur (contribution à l'étude des ventes avec réduction des prix à travers la loi n° 98-40 du 2 juin 1998 relative aux techniques de vente et à la publicité commerciale", R.J.L., décembre 2000, pp. 9.
- **BRAHMI-ZOUAOUI** (N.), "La loi n°2016-36 du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives (étude comparative entre le droit tunisien et le droit français)", Infos Juridiques 2016, n°222-223, p.16.
- **BREBAN** (Y.) et **POTTIER** (I.), "Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques", Gaz. Pal., 1996, doct., p. 279.
- **BREDIN** (J-D.), "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", R.T.D. civ.,1956, p. 261.
- **BRETON** (A.), "Des effets civils de la bonne foi", Rev. critique législation et jurisprudence 1926, p.86.
- **BROUILLARD** (J-P.), "La SAE: la société approximativement européenne", JCP, 2007, E, p.40.
- **BRUZIN** (A.), "De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale", JCP, 1946, G, 567.
- **BURGARD** (J.), "A propos du contrôle judiciaire de la constitution des sociétés et de certaines modifications statutaires", J.C.P. 1964, I, 1875.
- **CALAIS-AULOY** (M-T.), "La dépenalisation en droit des affaires", Dalloz 1988, chr., pp. 315.
- **CAPORALE** (F.), "Société et indivision", Rev.sociétés, 1979, pp. 265.
- **CARBONNIER** (J.), "Le droit administratif du droit civil", Revue Historique de Droit français et Etranger1975, numéro spécial, p.758.
- **CASTAGNE** (S.), "Le statut de conjoint collaborateur : presque une réalité ! Après les décrets n° 2006-966 du 1er août 2006 et n° 2006-1313 du 25 octobre 2006 ", JCP,2006, N, p.1389.
- **CATALA** (P.), "Le marché de l'information (aspects juridiques)", Petites Affiches, 16 octobre 1995, n° 124, pp.5.
- **CATHIARD** (C.), Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, 2010, V° Fusion transfrontalière.
- **CHAABANE** (N.), "La liberté d'investissement en Tunisie, entre réglementation et régulation", disponible sur http://www.investir-en-tunisie.net/pdf/neila_chaabane.pdf.
- **CHABOT** (G.), "Officiers publics et ministériels", JurisClasseur Entreprise individuelle 2006, fascicule 930,
- **CHAMPAUD** (Cl.), "L'entreprise personnelle à responsabilité limitée: Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.U.R.L. dans le droit français", R.T.D. com 1979, pp.579.
- **CHAPUT** (Y.), "Absence de dissolution d'une société en inactivité à l'objet statutaire réalisable", Rev. sociétés 2013, p. 283
- **CHARFEDDINE** (M.K.), "L'embryon : sujet ou objet", R.T.D. 1998, p.69.

- **CHARTIER** (Y.), "L'évolution de l'engagement des associés", Rev. sociétés 1980, pp.1
- **CHARTIER** (Y.), "Société coopérative et groupements d'intérêt économique", Rev.sociétés 1974, pp.601.
- **CHEMINADE** (Y.), "Nature juridique de la fusion des société anonymes", R.T.D. com 1970, pp.15.
- **CHIKHAOUI** (L.), "La liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des prix", A.J.T., 1993, n°7, p. 135.
- **CHMOUX** (F.), "La loi du 12 juillet 1980, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve", J.C.P. 1981, G, p.3008.
- **CHOYEKH** (F.), "Commentaire de la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique", Infos Juridiques 2008, n°40/41, p.20.
- **CLUZEL-MRTAYER** (L.), "Procédures administratives électroniques", JurisClasseur Administratif 2006, fascicule 109-24.
- **CODANI** (R.), "Réforme du registre du commerce et des sociétés", Petites Affiches, 10 mai 1995, n°56, p. 4.
- **COLLET-ASKRI** (L.), "La personne humaine est-elle nécessairement une personne ?", Petites affiches, 5 octobre 2000, n°199, pp. 16.
- **COMANGES** (L.), "Le dangereux paradoxe des sociétés fictives", Bull. Joly Sociétés, 1er janvier 2003, n°1, pp. 12.
- **COMBALDIEU** (J-C.), "Le registre national du commerce et des sociétés", Gaz. Pal., 1994, doct., p.108.
- **COUDOL** (Th-P.), "L'écrit électronique et la signature électronique depuis LCEN", Communication-Commerce électronique, 2004, n°9, pp. 42.
- **COURET** (A.), "Vers un nouveau droit des groupes?", Petites Affiches, 18 avril 1997, n°47, pp.4.
- **COURTIER** (J-L.), "La commercialité s'applique-t-elle aux locaux accessoires", Petites affiches 19 avril 2000, n° 78, pp. 11.
- **COUTANT** (M-F.), "Aperçu rapide sur le décret du 10 avril 1995 modifiant les règles applicables en matière de registre du commerce et des sociétés", Gaz. Pal., 1995, doct., p.1095.
- **COUTANT** (M-F.), "Commentaire du décret et de l'arrêté du 2 juillet 1998 portant réforme du registre du commerce et des sociétés", Gaz. Pal., 1998, doct., p.1147.
- **COZIAN** (M.), "Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ? (L'arrêt Sofige du 21 juin 1995) ", JCP, 1996, E, p. 524.
- **CREDOT** (F-J.), "Société de caution mutuelle", jurisClasseur Sociétés 2002, fascicule 171-10.
- **CRONE** (R.), "Reconnaissance des sociétés étrangères en France, une simplification attendue (abrogation de la loi du 30 mai 1857)", Defrénois30 août 2008, n°14, pp.1546.
- **CROZE** (H.), "Tribunaux de commerce. Organisation et compétence", jurisClasseur commercial 2008 (mise à jour 2010), fascicule 140.
- **DACHRAOUI** (L.), "Introduction au nouveau droit des activités commerciales", Infos Juridiques, 2007, n°24/25, pp. 20.

- **DAGOT** (M.), "La reprise, par une société commerciale des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce", JCP 1969, G, p.2277.
- **DAGOT** (M.), "Un texte contestable, l'article 5 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales", Dalloz 1974, chron., p.241.
- **DAIGRE** (J.-J.), Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 1999 (actualisation 2017), V° Société fictive.
- **D'ALSACE** (A.), "Aperçu critique sur le projet de loi sur les sociétés commerciales", Rev. Sociétés 1965, pp. 245.
- **DAUBLON** (G.), "Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", Rép. Defrénois 1977, 1ère partie, pp. 663.
- **DAUBLON** (G.), "Le domaine des sociétés civiles", R.T.D. com, 1983, pp.17.
- **DE BERMOND DE VAULX** (J.), "L'empire des faits et l'émergence de la notion de société", Dalloz 1996, chron. pp.185.
- **DE GAUDEMARIS** (M.), "Théorie de l'apparence et sociétés", Rev. sociétés 1991, pp.465.
- **DE GROVE-VALDEYRON** (N.), Répertoire Dalloz de Droit européen 2011 (actualisation 2016), V° Etablissement
- **DE LA HAYE** (R.) et **REGNARD** (E.), "Les radiations d'office au registre du commerce: Nouvelles diligences incombant au greffier en cas de cessation d'activité", Gaz. Pal., 1979, doct., p.464.
- **DE LA HAYE** (R.), "Etude critique sur le projet de loi sur la réforme du registre du commerce", R.T.D. com. 1949, pp. 447.
- **DE LA HAYE** (R.), "Le registre du commerce dans les pays du Marché commun", R.T.D. com. 1960, pp.47.
- **DE LA HAYE** (R.), "Le registre du commerce, organe possible de publicité légale en matière commerciale", R.T.D. com. 1951, p. 454.
- **De LA HAYE** (R.), "Les centres de formalités des entreprises : lorsque les simplifications escomptées par les pouvoirs publics se traduisent en réalité par : complications nouvelles, frais supplémentaires et confusion !", Gaz. Pal. 1984, doct., pp. 158.
- **De La PRESLE** (A.), "L'Etat et la reconnaissance juridique des transactions effectuées par échanges de données informatisées", Revue Française de Droit Administratif 1992, pp. 700.
- **De VENDEUIL** (S.), "Les dispositions de droit des sociétés de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique", JCP, 2003, E, 240.
- **DEBOISSY** (F.) et **WICKER** (G.), "Conséquences juridiques et fiscales du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes au 1er novembre 2002", JCP, 2002, E, p.1465.
- **DEKEUWER-DÉFOSSEZ** (F.), "Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait", Dalloz 1982, chron. pp.83.
- **DEKEUWER-DEFOSSEZ** (F.), "L'indivision dans les sociétés en participation", J.C.P. 1980, N, p.439.

- **DEKEUWER-DEFOSSEZ** (F.), "L'unification des sociétés civiles et commerciales: vers un droit commun? Les sociétés en participation", R.T.D. com 1984, pp.569.
- **DELAGRANGE** (E.), "Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1 à 4 du Code de commerce tunisien", R.T.D., 1963-1965, pp.12.
- **DELAISI** (P.), "La clandestinité des sociétés civiles", Gaz. Pal.,1968, doct, p.6-10.
- **DELEAU** (J.), "Le contrôle judiciaire institué par l'article 4 du projet de loi sur la réforme des sociétés commerciales", Journal des agrées, 1965, p.65.
- **DELENEUVILLE** (J.M.), "L'extension de procédure pour confusion, fictivité ou fiction", Rev. Procédures Collectives 1999, n°2/3, p.63.
- **DELGA**, (J.) "Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984", Dalloz 1985, Actualité, pp. 79.
- **DELGA**, (J.) "Observations sur la situation actuelle, au regard du droit commercial, du commerçant personne physique, inscrit au registre du commerce et des sociétés, ayant cessé son activité et non radié", Gaz. Pal. 1985, doct., pp. 23.
- **DELOULOU** (V.) DELOULOU, "Les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'Etat", A.J.D.A. 2001, n° 7-8, pp. 624.
- **DELZANNO** (C), "Europe : des registres du commerce interconnectés ?", Dr. et patrimoine déc. 2009, p. 24.
- **DEMOGUE** (R.), "La notion de sujet de droit", R.T.D. civ, 1909, pp.611.
- **DEREU** (Y.), "Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés", Bull. Joly Sociétés, 1er juin 1998, n°1, pp. 607.
- **DEREU** (Y.), "Sociétés en nom collectif, Gérance, Naissance des engagements sociaux", JurisClasseur Sociétés 2008 (mise à jour 2017), fasc. 55-20.
- **DEROUSSIN** (D.), "Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence", Droits 2003/1, n°37, p. 191-202.
- **DERRIDA** (F.), "De la solidarité commerciale", R.T.D. com. 1953, pp. 336.
- **DERRUPE** (J.), "Sociétés en participation", Juris-Classeur 2007 (mise à jour 2017), fasc. 47-10.
- **DERRUPPE** (J.) "Société en participation. Fonctionnement", Juris-Classeur 2006 (mise à jour 2017), Fasc. 47-30.
- **DESDEVISES** (Y.), "L'incidence du défaut de radiation du registre de commerce sur la qualité de commerçant", JCP, 1975, G, p.2705.
- **DONDERO** (B.), " Exécution du jugement condamnant un fantôme... ", Bull Joly Sociétés du 1 novembre 2008, n°11, p.866.
- **DONDÉRO** (B.), "L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, ou l'entrepreneur fractionné. À propos de la loi du 15 juin 2010", JCP, 2010, G, p.679.
- **DONDERO** (B.), Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2012, V° Société créée de fait.
- **DORAT DES MONTS** (V.), "L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ?", R.T.D. com. 1982, pp.505.
- **DOROY** (F.), "La vérité sur le faux travail indépendant", Droit social 1995, pp. 638.
- **DOUCHY-OUDOT** (M.), " Jugement par défaut et oppositions", JurisClasseur Procédure civile 2013 (mise à jour 2015), fasc.540.

- **DUCOULOUX-FAVARD** (C.), Répertoire de droit commercial, février 2009 (actualisation : avril 2016), V° "Annonces judiciaires et légales".
- **DUMONT-LEFRAND** (M-P.), Répertoire Dalloz de Droit commercial 2009 (mise à jour 2017), V° Baux commerciaux.
- **DUPICHOT** (J.) et **GUEVL** (D.), "Contrats et obligations. Présomptions. Notions générales", JurisClasseur civil 2009 (mise à jour 2016), Art. 1349-1353, fasc.10.
- **DURAND** (P.), "Aux frontières du contrat et de l'institution : La relation de travail", JCP, 1944, I, 1387.
- **DURAND** (P.), "Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", R.T.D. civ 1948, pp.155.
- **DURAND** (P.), "Naissance d'un droit nouveau: Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle", Droit social 1952, p.437.
- **DUROUDIER** (R.) et **KUHLWEIN** (R.), "De l'importance des inscriptions au registre de commerce en Allemagne", R.T.D.com., 1955, pp. 45.
- **DUVERGER** (M.), "Essai sur l'autonomie du droit professionnel", Droit social 1944, pp.276.
- **ERRAID** (H.), "La loi du 17 avril 1995 est-elle la loi des incohérences ?", A.J.T., 1996, n°10. pp. 95.
- **FAGES** (F.) et **MENJUCQ** (M.), "Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement (CE) no 2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la société européenne (SE)", JCP, 2003, G, p. 1853.
- **FARGEAUD** (Ph.), "Le fichier (ou casier) commercial", R.T.D. com. 1965, pp.1.
- **FAVIER** (Y.), Répertoire Dalloz de droit civil, 2016, V° Les actes d'état civil.
- **FERCHICHI** (M-M.), "La notion d'objet social dans les sociétés commerciales", Infos Juridiques 2014, n°174-175, pp.10.
- **FEUGERE** (B.), "La libération du capital : de la liberté à l'obligation", JCP, E, 2000, p. 834.
- **FEUGERE** (B.), "Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce, pour comblement du passif (art. 180 de la loi du 25 janvier 1985)", R.J. com 1999, pp. 333.
- **FISCEL** (J.), "L'absence d'un être moral nouveau dans les transformations de sociétés", Gaz. Pal., 1986, doct., p.724.
- **FLORES** (G.) et **MESTRE** (J.), "Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société", Petites Affiches, 14 mai 1986, n°58, pp. 25.
- **FOUQUE** (P.A.), "Les technologies de l'écrit électronique", Petites Affiches, 2 avril 2001, n°65, pp.12.
- **FRIKHA** (S.), "Les apports de la loi relative à l'initiative économique au droit des sociétés commerciales", Infos Juridiques 2008, n° 40/41, p.33.
- **GAILLARD** (E.), "Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit", Journal du droit international, 1995, pp. 5.
- **GARAUD** (E.), "L'ouverture d'un compte - chèques au nom d'une société en formation", BullJoly Sociétés, 1 juillet 1992, n°7-8, pp. 728.

- **GAUVIN** (A.), "Le gérant de la société en participation", *Gaz. Pal.*, 1998, doct., p. 850.
- **GENINET** (M.), "Les quasi-apports en société", *Rev. sociétés* 1987, pp. 25.
- **GERMAIN** (M.), "La loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique", *JCP*, 2003, G, 401.
- **GERMAIN** (M.), "Société en formation et société créée de fait", *Droit des sociétés*, mai 1982, pp.5.
- **GIANNELLA** (V.), "La dimension communautaire : le registre du commerce européen", *Gaz. Pal.* 1994, 1, chron. p. 111.
- **GIBIRILA** (D.), "Droit général des sociétés. Procédure de constitution des sociétés. Immatriculation au registre du commerce et des sociétés.", *JurisClasseur Sociétés Formulaire* 2016, Fasc. C-55.
- **GIBIRILA** (D.), "La société en formation et la protection des tiers", *Petites Affiches*, 19 juillet 1989, n°86, pp. 16.
- **GIOANNI** (P.), "Du refus d'admettre à une procédure de redressement judiciaire un débiteur non immatriculé au registre du commerce et des sociétés", *Petites Affiches*, du 14 décembre 1998, n° 149, pp. 13.
- **GISSEROT** (F.), "La confusion des patrimoines est-elle une source autonome des l'extension de faillite?", *R.T.D. com.* 1979, pp.49.
- **GIVERDON** (C.), "Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce", *R.T.D. com.* 1953, pp. 855.
- **GORE** (F.), "Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet de code des sociétés", *RTD com.* 1965, pp. 278.
- **GOSSELIN** (F.), "Actes de l'état civil. Dispositions générales. Force probante des actes de l'état civil", *JurisClasseur civil* 2004, Art. 34 à 39, fasc.50.
- **GOSSELIN-GORAND** (A.), "Commerçants - Qualité de commerçant", *JurisClasseur Commercial* 2013, fasc.42.
- **GOTHOT** (P.) et **LAGARDE** (P.), *Répertoire Dalloz de droit international*, janvier 2006 (actualisation : octobre 2013), V°Conflits de lois (Principes généraux).
- **GRANDJEAN** (P.), "L'information légale dans les affaires : Quels enjeux ? Quelles évolutions ?", *JCP*, 1994, E, pp.387.
- **GRASSET** (Ch.), "Greffes et greffiers", *JurisClasseur Procédure civile* 2016, fasc. 400-20.
- **GRELLIERE** (V.), "De l'illicéité ou non de l'association commerçante", *R.T.D. com.* 1997, pp. 537.
- **GRIDEL** (J-P.), "La personne morale en droit français", *Rev. internationale de droit comparé*, 1990, n°2, p. 495.
- **GRIDEL** (J-P.), "Protection de la vie privée : rupture ou continuité ?", *Gaz. Pal.*, 19 mai 2007, n°139, p.4.
- **GRIMALDI** (M.), **REYNIS** (B.), "Brèves réflexions d'avant congrès sur le patrimoine professionnel", *Defrénois*, 15 mai 1987, n°9, art.33947, p.587.
- **GRYNBAUM** (L.), "La procédure de certification des procédés de création de l'écrit et de signature électronique", *Communication-commerce électronique*, juillet-août 2002, n°101, pp.24.

- **GRYNBAUM** (L.), "Le registre des sociétés au format électronique", Communication-commerce électronique, 2003, comm. 95.
- **GUERIN** (G.), "De la nécessité de l'inscription au registre du commerce et des sociétés du preneur d'un bail commercial", JCP, 1987, N, p.317.
- **GUIBAL** (M.), "La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie. Réflexions sur l'état actuel de la jurisprudence administrative", A.J.D.A. 1972, pp. 330.
- **GUIGOU** (H.), "L'unification des sociétés civiles et commerciales vers un droit commun? Gestion et contrôle", R.T.D. com 1983, p. 525.
- **GUILLAUME** (Ch), " Le droit des sociétés à l'ère des nouvelles technologies ?", Droit des sociétés n° 2, Février 2013, p.5.
- **GUINERET-BROBBEL DORSMAN** (A.), "Le commerçant en droit allemand", Revue Internationale de Droit Comparé 4-2009, pp.785.
- **GULMEZANES** (N.), "Conditions des étrangers en France. Droits professionnels. Professions commerciales, industrielles et artisanales", JurisClasseur Droit international 2013, Fasc. 525-20.
- **GUYENOT** (J.), "Brèves remarques sur les fondements et conditions de publicité successives au registre du commerce et sociétés au cas de dissolution et liquidation d'une société commerciale", Gaz. Pal., 1987, doct., p.312.
- **GUYÉNOT** (J.), "Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil", Gaz. Pal., 1978, doct., p.386.
- **GUYENOT** (J.), "Les assises contractuelles de la société en participation peuvent-elles être conciliées avec les nouvelles dispositions de l'article 1832 du Code civil relatives à la définition de la société", Gaz. Pal., 1986, chron., p.83.
- **GUYENOT** (J.), "Les effets juridiques des inscriptions au registre du commerce", Petites affiches 11 mai 1977, n°56, pp. 3.
- **GUYÉNOT** (J.), "Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du code civil", Gaz. Pal., 1979, doct., p.620.
- **GUYON** (Y.), "Affectio societatis", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, fasc. 20-10.
- **GUYON** (Y.), "Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur", R.J. com, 1982, n° spécial, pp.121.
- **GUYON** (Y.), "Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés", Rev. Sociétés 1979, pp.1.
- **GUYON** (Y.), «Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptible d'encourir une responsabilité pénale ? », Rev. Sociétés 1993, pp. 235.
- **HALLOUIN** (J-C.), "Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires", JCP, 1989, G, 3414.
- **HAMADA** (S.), "Présentation du Code de commerce", R.J.L. 1959, octobre, pp.3.
- **HANINE** (J-J), "L'agent commercial est-il commerçant ?", Petites Affiches, 3 juillet 1992, pp. 12.
- **HANNOUN** (Ch.), "La domiciliation collective d'un groupe de sociétés", Bull. Joly Sociétés, 1 septembre 1994, n°9, pp. 922.

- **HANNOUN** (Ch.), Répertoire de droit de sociétés 2007 (mise à jour 2013), V° Liquidation et partage.
- **HARRAR MASMOUDI** (W.), "L'administration électronique", R.T.D., 2007, pp. 329.
- **HAURIOU** (M.), "De la personnalité comme élément de la réalité sociale", Revue générale du droit 1898, p. 1 et 118 et suiv.
- **HAURIOU** (M.), "La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat", R.T.D. civil 1923, p.331.
- **HEMARD** (J.), "Les agents commerciaux", RTD com. 1959, p. 573.
- **HEMARD** (J.), TERRE (F.), MABILAT (P.), "La douzième réforme du droit des sociétés commerciales", Rev.sociétés 1970, p. 197.
- **HENRY** (L-C.), "Redressement et liquidations judiciaires. Procédures collectives en droit international. Règles de droit commun", JurisClasseur Droit international 2014, Fascicule 3130.
- **HERON** (J.), "Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé", Droits 1998, n°7, p. 85.
- **HONORAT** (J.), Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 1997 (actualisation 2017), V° Nullités.
- **HOUIN** (R.), "Le nouveau régime de la location gérance du fonds de commerce", R.T.D. com. 1956, pp. 197.
- **HOUIN** (R.), "Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation", R.T.D. com 1954, pp.40.
- **HUET** (J.), "Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange)", Dalloz 1991, chron., p.181.
- **IDOT** (L.), "La notion d'entreprise", Revue sociétés 2001, pp.191.
- **JALUZOT** (B.), "Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande", Dalloz, 2004, chron., pp. 2866.
- **JAUFFRET** (A.), "La réforme du registre du commerce", Dalloz 1953, chron., p. 148.
- **JAUFFRET** (A.), "Le nouveau registre du commerce", R.T.D. com 1954, p. 233.
- **JAUFFRET** (A.), "Le rôle du registre du commerce", JCP, 1945, G, 472.
- **JAUFFRET** (A.), "Les réformes récentes du registre du commerce", R.T.D. com 1969, pp.403.
- **JELASSI** (R.), "Le registre du commerce: un outil assurant la transparence des relations économiques", L'Economiste Maghrébin, n°177, 1997, p.23.
- **JEULAND** (E.) et **MANIN** (F.), Répertoire Dalloz de Droit des sociétés 2004 (actualisation: 2013), V° Injonction de faire.
- **JOMAIN** (M.) et **ANCEL** (P.), "La diffusion des informations sur les entreprises", Gaz. Pal. 1988, doct., pp. 169.
- **JOURDAIN** (P.), "Le devoir de « se » renseigner ; contribution à l'étude de l'obligation de renseignement", Dalloz 1983, chron., p. 139.
- **KADDOUR** (S.), "L'apport de la loi relative à l'initiative économique au droit d'incitation fiscale aux investissements", R.J.L., Mai 2008, pp.39.

- **KAMDEM** (J-F.), "Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique", Dalloz 1996, chronique, 213.
- **KARRAY** (B.), "Le nouveau cadre juridique tunisien en matière de l'évaluation en douane", *Etudes Juridiques* 2002, n°9, pp. 129.
- **KDHIR** (M.), "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?", Dalloz 1994, chron., pp. 30.
- **KEITA** (M.), "La condition d'immatriculation au R.C.S. est applicable à un bail renouvelé postérieurement à la loi du 12 mai 1965", *Petites affiches* 14 août 2000, n° 161, pp. 11.
- **KHADEM RAZAVI** (G.), "Recherche sur la fiducie en droit privé", *Petites Affiches*, 23 août 2010, n°167, pp. 5.
- **KHALIL** (L-J.), "Signature électronique : certificats qualifiés « publics » ou certificats qualifiés « privés » ?", *Communication-commerce électronique* 2003, n°4, p. 11.
- **KHARROUBI** (KH.), "La notion des cessations des paiements en proie des réformes du droit des procédures collectives", *R.T.D.*, 2001, pp. 309.
- **KNANI** (Y.), "La protection des créanciers du fonds de commerce d'après l'article 242 du code de commerce".....
- **KNANI** (Y.), "Les sociétés professionnelles d'avocats", *R.T.D.*, 1999, p. 251.
- **KOLSI** (S.), "Essai sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés", *Revue Tunisienne de Droit* 2003, pp.137.
- **KOSSENTINI** (M.), "Le formalisme à travers les règles communes de constitution des sociétés commerciales : quelles fonctions ?", *Etudes juridiques*, 2008, n°15, pp. 129.
- **KOTRANE** (H.), "Réflexions sur l'évolution de la théorie de la compétence territoriale", *R.T.D.*, 1983, pp.461.
- **KOVARIK** (M.), "Contributions à l'étude du droit allemand des sociétés commerciales : Qualité de commerçant, La « Firma », Registre du commerce", *Rev sociétés* 1973, pp. 254.
- **LAGARDE** (P.), "Cryptologie : le nouveau régime juridique", *Gaz. Pal.*, 1996, doct., p.1320.
- **LAMARCHE** (Th.), " La notion d'entreprise", *R.T.D. com* 2006, pp.709.
- **LANGE** (D.), *Répertoire de droit des sociétés* 2005 (mise à jour 2012), V° transformation.
- **LATSHA** (J.) et **DURAND** (P.), "Fusions et scissions de sociétés et apports partiels d'actif", *J.C.P.* 1967, CI, 82332.
- **LAVABRE** (C.), **GAUCLERE** (B.) et **TIXIER** (J-L.), "Baux commerciaux : chronique jurisprudentielle n°5", *Petites affiches* 17 juillet 2000, n° 141, pp. 12.
- **LE CANNU** (P.), "De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité ?", *Bull. Joly Sociétés*, 1 mai 2005, n°5, pp.557.
- **LE CANNU** (P.), "Le décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés : un peu plus qu'une remise en ordre", *Petites Affiches* 11 septembre 1984, pp.8.

- **LE CANNU** (P.), "L'EURL et les procédures collectives", Bull. Joly Sociétés, 1 octobre 1986, n°10, pp. 895.
- **LE CANNU** (P.), "Inexistence ou nullité des sociétés fictives", Bull. Joly Sociétés, 1 septembre 1992, n°9, pp.875.
- **LE CLERCQ** (P.), "Faut-il réformer le droit de la preuve?", Droit de l'informatique et des télécommunications, 1991, n°1, pp.10.
- **LECOURT** (B), "Accès à l'information sur les sociétés de capitaux : proposition d'une directive ayant pour objet d'interconnecter les registres du commerce au sein de l'Union européenne", Rev. sociétés 2011, p. 317.
- **LEFEBVRE-TEILLARD** (A.), "Infans conceptus. Existence physique et existence juridique", R.H.D., 1994, pp.499.
- **LE GALL** (J-P.), "Les autorités publiques et le contrôle de la constitution des entreprises privées", in Les autorités publiques et l'entreprise privée, R.J. com 1983, numéro spécial.
- **LE MARDELE** (J-G.), "Le statut des baux commerciaux et la propriété commerciale", JCP, 1954, G, 1131.
- **LEBLOND** (J.), "Le projet de loi sur les sociétés commerciales devant le Sénat", Gaz. Pal., 1966, doct., p.77.
- **LEBLOND** (J.), "Les actions en nullité en droit des sociétés", Gaz. Pal., 1976, doct., p.79.
- **LECOURT** (A.), Répertoire Dalloz de droit des sociétés 2015, V° Statuts et actes annexes.
- **LECUYER** (H.), "Déclaration de création d'entreprises : la voie électronique dessinée et privilégiée", Communication-commerce électronique, Septembre 2006,p. 42.
- **LEFEBVRE-TEILLARD** (A.), "Les causes du mal en droit des sociétés par complexité, formalisme et répression", Petites Affiches 5 décembre 1986, n°146, pp. 16.
- **LEGEAIS** (D.), "Société en formation", jurisClasseur commercial, 2012 (mise à jour 2015), fasc. 1019.
- **LEGEAIS** (R.), "L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés", R.T.D. com. 1957, pp. 289.
- **LEGROS** (J-P.), " Nullité des sociétés. Présentation générale", JurisClasseur Sociétés Traité 2016, Fasc. 32-10.
- **LEGROS** (J-P.), "Nullité des sociétés. Causes de nullité", JurisClasseur Sociétés Traité 2004 (mise à jour 2006), fasc. 32-20.
- **LEGROS** (J-P.), "Nullité des sociétés. Sanctions des irrégularités de constitution", JurisClasseur sociétés 2014, fasc.32-30.
- **LEGROS** (J-P.), "Sauvegarde, Redressement liquidation judiciaires. Qualité du débiteur. Personne physique", JurisClasseur Commercial 2008 (mise à jour 2017), fasc. 2160.
- **LEMAIRE** (H.), "Formalité foncière (publicité ou inscription), Etude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE, quant à leurs effets", JCP, 1991, N, 1991, 101395.

- **LEROUX** (E.), "Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945", R.T.D. civ. 1974, pp.509.
- **LEVIS** (M.), "Site internet: de l'incorporel ou virtuel", A.J.D.I., 2001, pp.1073.
- **LIENHARD** (A.), "Loi pour l'initiative économique, quoi de neuf pour les sociétés ?", Dalloz 2003, chron., p. 1900.
- **LOISEAU** (G.), Répertoire Dalloz de droit commercial 2002 (mise à jour 2011), V° Nom commercial.
- **LOPEZ** (C.), "La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs : le sort des engagements pris au nom d'une société en formation en cas de défaut de reprise des actes par la société", JCP, 1998, E, p.408.
- **LOUED** (M-N.), "La réglementation de la profession d'agent commercial dans le Code de commerce", R.T.D., 2002, pp.111.
- **LOUSSOUARN** (Y.), "La succursale, technique juridique du commerce international", Droit et pratique du Commerce International, 1985, vol. II, n° 3, pp. 359.
- **LOUSSOUARN** (Y.), Répertoire de droit des sociétés, 2010, V° Sociétés étrangères.
- **LOUSSOUARN** (Y.), **TROCHU** (M.), "Nationalité des sociétés", JurisClasseur Sociétés 2016, fasc. 28-60.
- **LYON-CAEN** (G.), "De l'évolution de la notion de bonne foi", R.T.D. civ 1946, pp.75.
- **MAAZOUN** (M.), "Registres obligatoires prévus par le droit commercial, fiscal et social", InfosJuridiques 2010, n°90/91, pp.14.
- **MAHFOUDH** (M.), "Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien (à propos de l'arrêt des chambres réunies n°27632 du 24 avril 1997)", R.T.D. 2001, pp.375.
- **MAISL** (H.), "Communications mobiles, secret des correspondances et protection des données personnelles", Petites Affiches, 21 juin 1995, n°74, pp. 11.
- **MALECKI** (C.), "La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale", Dalloz 2003, chron., p. 2220.
- **MANIN** (F.) et **JEULAND** (E.), "Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés", Rev.sociétés 2004, pp. 1.
- **MARION** (L.), "Transfert du siège d'une société de droit français dans l'UE avec maintien de la personnalité morale", Bull Joly Sociétés, 1 octobre 2014, n°10, pp.373.
- **MARMOZ** (F.), " L'entreprise individuelle à responsabilité limitée: nouvelle technique d'organisation de l'entreprise", Dalloz, 2010, Chron., p.1570.
- **MARTIN** (D.), "Regard sur l'intérêt social", Rev. sociétés 2012, n°9, p.475
- **MARTIN** (R.), "Personne et sujet de droit", R.T.D. civ., 1981, pp.785.
- **MARTIN-SERF** (A.), "Consentement des parties. Société fictive et frauduleuse", jurisClassaur société 2015 (mise à jour 2017), fascicule 7-40.
- **MARTIN-SERF** (A.), "L'instrumentalisation du droit des sociétés", RJ com., 2002, pp. 108.
- **MARTY** (J-P.), "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", R.T.D. com 1981, pp.681.

- **MARZOUK** (S.), "La constitution de la société anonyme dans le Code des sociétés commerciales", A.J.T. 2002, n°15, p..61.
- **MATHIAS** (J-D.), "L'authenticité électronique", Petites Affiches 2 avril 2001, n°65, pp. 25.
- **MAUBRU** (B.), "Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL", JCP, 1986, N, 1986, 101268.
- **MAUBRU** (B.), "La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de deux époux exploitant un commerce en commun", JCP, 1976, CI, 11784.
- **MAZEAUD** (H.), "Défense du droit privé", Dalloz 1946, chron., p.17.
- **MAZEAUD** (H.), "La maxime error communis facit jus", R.T.D. civ, 1924, pp. 929.
- **MECHRI** (F.), "La procédure de l'injonction de payer en Tunisie", R.T.D., 1974, pp. 11.
- **MELLOULI** (Ch.), "Les agents commerciaux", Infos Juridiques, 2014, n°174/175, pp.22.
- **MELLOULI** (S.), "Y-a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien", A.J.T., 1990, n°3, pp. 9.
- **MENJUCQ** (M.), " La circulation internationale des sociétés", Bull Joly Sociétés, 4 mai 2001, n°89, pp.33.
- **MENJUCQ** (M.), " Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social", Bull Joly Sociétés, 1 février 2000, n°2, pp.137.
- **MENJUCQ** (M.), Répertoire Dalloz de droit des sociétés 2009 (actualisation 2015), V° Droit international des sociétés.
- **MESTRE** (J.), "Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés", Rev. jurisp. com. 1985, p. 81.
- **MEZGHANI** (N.), "La notion de domicile en matière de procédure civile et commerciale", R.T.D. 1985, pp. 329.
- **MIGNOT** (M.), "Prescription extinctive. Dispositions générales", JurisClasseur Civil 2016, Art. 2219-2223, fasc. unique.
- **MIMIN** (P.), "Les présomptions quasi légales", JCP, 1947, G, 578.
- **MOISDON-CHATAIGNER** (S.), "Domiciliation des sociétés", JurisClasseur sociétés 2005, fasc. 28-50.
- **MONÉGER** (J.), "L'obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés du locataire resté dans les lieux", Loyers et copropriété 2002, n°5, p.5.
- **MONSERIE-BON** (M-H.), "Transformation de sociétés", JurisClasseur Sociétés 2016 (mise à jour 2017), fascicule 33-10.
- **MOREAU** (S.), "L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? Réflexions au lendemain de la réforme du 5 juillet 1974", J.C.P. 1975, I, 2718.
- **MOULIN** (J-M.), Répertoire de droit des sociétés, 2011 (mise à jour 2014), V° Fusion, scission et apport partiel d'actif.
- **MZID** (N.), "Les voyageurs, représentants et placiers en droit tunisien", Etudes juridiques, 1998-1999, n°6, pp. 193.
- **NOTTE** (G.), "Les sociétés en sommeil", JCP, 1981, G, p.3022.

- **NOUVION** (A-P.), Répertoire Dalloz de Droit commercial 2005 (actualisation 2015) V° Chambres de commerce et d'industrie.
- **OMRANE** (A.), "Dix ans de Code des sociétés commerciales", Etudes Juridiques 2011, n°18, pp.9.
- **OMRANE** (A.), "Du droit des sociétés au droit de l'entreprise: pour un droit de l'entreprise en Tunisie", Etudes Juridiques, 2006, n°13, pp.7.
- **OMRANE** (A.), "Le droit au bail", Etudes Juridiques 1993-1994, n°3, pp. 114.
- **OMRANE** (A.), "Le droit tunisien des sociétés entre l'archaïsme et la modernité", Etudes juridiques 2003, n°10, pp. 117.
- **OMRANE** (A.), "Les problèmes suscités par l'entrée en vigueur du Code des sociétés commerciales", Etudes Juridiques 2001, n°8, p.7.
- **OPHELE** (C.), Répertoire Dalloz de droit civil 2012 (actualisation 2016), V° Simulation.
- **OUALI** (D.), "Le droit au renouvellement du bail : constance législative et mutation jurisprudentielle", in La jurisprudence source du droit, publié par l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax 2011, n°2, pp. 275.
- **OUALI** (D.), "Pénalisation ou dépenalisation du droit des sociétés : L'archaïsme du droit tunisien", Etudes Juridiques 2009, n°16, pp. 55.
- **PAGNON** (G.), "L'apparence face à la réalité économique et sociale", Recueil Dalloz 1992, pp.285.
- **PAILLET** (E.), "L'activité de la société en formation", Rev. Sociétés 1980, pp. 419.
- **PAILLUSEAU** (J.), "La modernisation du droit des sociétés commerciales", Dalloz 1966, chron., pp. 290.
- **PAILLUSEAU** (J.), "La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés", Dalloz 1999, chron., p.333.
- **PAILLUSSEAU** (J.) "Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?", Dalloz 1999, chron., pp.157.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques", Dalloz 2003, chron., pp.2346.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "Le big-bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle", JCP, 1988, G, 3330.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "Le consommateur de droit et son conseil", Gaze Pal., 30 juin 1989, pp.22.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "Le droit est aussi une science d'organisation", R.T.D. com., 1989, pp.1.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "Le droit moderne de la personnalité morale", R.T.D. civ., 1993, pp.705.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit", Dalloz 1997, chron., pp.97.
- **PAILLUSSEAU** (J.), "Le fondement du droit moderne des sociétés, Les fondements du droit moderne des sociétés", JCP, 1984, G, 3148.
- **PALLUSSEAU** (J.), "Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?", JCP, 1971, G, 2401.

- **PANSIER** (F-J.), CHARBONNEAU (C.), "La signature électronique, signature sous surveillance (A propos du décret n°2001-272 du 30 mars 2001)", Petites Affiches 6 avril 2001, n°69, pp. 3.
- **PANSIER** (F-J.), Répertoire Dalloz de Procédures civile 2008 (actualisation 2016), V° Office public ou ministériel.
- **PELLERIN** (J.), "La personnalité morale et la forme des groupement volontaires de droit privé", R.T.D. civ., 1981, pp.471.
- **PICAND-L'AEZC** (A.), "L'obligation des associés en participation envers les tiers", Rev. sociétés 1990, pp. 567.
- **PIEDELIEVRE** (S.), "L'entreprise individuelle à responsabilité limitée", Defrénois 15 juillet 2010, n° 13, p.1417.
- **PIEDELIEVRE** (S.), "Publicité foncière. Effets", JurisClasseur Civil Annexes, 2016, fascicule 30.
- **PIROVANO** (A.), "La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social et intérêt de l'entreprise", Dalloz 1997, chron., pp.189.
- **PLANTAMP** (D.), "Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales", R.T.D.com., 1994, pp.1.
- **PORRACHIA** (D.), **MARTIN** (D.), "Regard sur l'intérêt social", Rev. sociétés 2012, pp. 475
- **POUSSON-PETIT** (J.), "Pluriactivité et activité mixte, enquête de statut", R.T.D.com. 1984, pp. 15.
- **PUBELLIER** (D.) et M. SURU, " Fusions : "Simplifier ce n'est pas faire simple", JCP, 2008, E, 2501.
- **QUEMENT** (Ch.), "Bail commercial. Renouvellement. Conditions du droit au renouvellement", JurisClasseur Entreprise individuelle 2016, fascicule 1320.
- **RABAAOUI** (J.), "L'évolution de l'immatriculation foncière", Infos Juridiques, 2009, n°78/79, pp.30-31.
- **RAIMON** (M.), "Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés vis-à-vis des tiers", Gaz. Pal. 2000, doct. pp. 2287.
- **RANDOUX** (D.), "Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ?", JCP, 1983, G, p.3103.
- **REBOUL** (Y.), "L'opération de domiciliation des sociétés", Rev.sociétés 1975, p. 391.
- **REVERO** (J.), "Droit public et droit privé, conquête ou statu quo", Dalloz 1947, chron., pp.69.
- **RIVES** (G.), "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", R.T.D. com. 1969, pp. 407.
- **ROBERT** (J.), "Les réponses juridiques", Petites affiches, 10 novembre 1999, n° 224, pp.54.
- **ROBLOT** (R.), "Le développement de la publicité des informations relative à l'entreprise commerciale", Banque 1951, p.731,
- **ROMDHANA** (S.), "Quelques réflexions à propos de trois arrêts rendus par la Cour de cassation", A.J.T. 2006, n°19, p. 181.

- **ROSSI** (H.), " Du contrôle judiciaire de la constitution et des modifications statutaires des sociétés commerciales (A propos du projet de réforme du droit des sociétés)", JCP, 1964, G, 1868.
- **ROTONDI** (M.), "La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle", R.T.D. com., 1968, pp.1.
- **ROUAST-BERTIER** (P.), "Société fictive et simulation", Rev.sociétés 1993, pp.725.
- **ROUSSEL** (F.) et **MROZ** (H.), "Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie", Droit et patrimoine, 2008, n° 174, p.30.
- **RUET** (L.), "Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial", R.T.D. com 1991, pp.151.
- **SAINT-ALARY** (R.), "La réforme du registre du commerce (décret n° 53-705 du 9 août 1953 et n° 54-37 du 6 janvier 1954)", JCP, 1954, I, 1153.
- **SAINT-ALARY** (R.), "Sociétés coopératives. Généralités", JurisClasseur société 2015 (mise à jour 2017), fasc. 168-10.
- **SAINT-ALARY-HOUIN** (C.), "La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté", Rev. des procédures collectives 2001, n° 3, pp.145.
- **SAINT-ALARY-HOUIN** (C.), "Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes du code civil", R.T.D. com., 1979, pp. 645.
- **SAINTOURENS** (B.), "La réforme des conditions de délivrance par le greffier de copies, extraits ou certificats du RCS", R.T.D. com 2010, pp. 59.
- **SAINTOURENS** (B.), "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi no 2010-658 du 15 juin 2010", Rev. sociétés 2010, pp.351.
- **SAINTOURENS** (B.), "Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1re directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de Justice des communautés Européennes", Bull. Joly Sociétés, 1 février 1991, n°2, pp. 123.
- **SAINTOURENS** (B.), Répertoire de droit des sociétés, 2000 (mise à jour 2013), V° Siège social.
- **SAINTURAT** (M-L), "La prédominance d'un élément : la protection statutaire du local", A.J.D.I. 2001, n°12, p. 1049.
- **SAVATIER** (R.), "Droit privé et droit public", Dalloz 1946, chron., pp.25.
- **SAVATIER** (R.), "Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats", R.T.D. civ 1934, pp. 525.
- **SAVATIER** (R.), "Les contrats de conseil professionnel en droit privé", Dalloz 1972, chron., pp.137.
- **SAVAUX** (E.), " La personnalité morale en procédure civile", R.T.D. civ 1995, pp.1.
- **SCHERRER** (A.), "La personnalité morale des sociétés et son nouveau visage depuis 1978", Dr. prat. jud. 1980, n° 24, p. 11.
- **SCHMIDT** (D.), "De l'intérêt commun des associés", JCP, 1994, E, 404.
- **SCHMIDT** (D.), "De l'intérêt social", J.C.P. 1995, E, 448.
- **SIALA** (R.), "Le courtier d'assurances", Etudes Juridiques 1998-1999, n°6, pp. 247.
- **SILVA** (F.), "Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique?", DROIT-TIC, 2003, http://www.droit-tic.com/url_du_document; consulté le 16-10-2017.

- **SIMLER** (Ph.), "Contrats et obligation. Classification des obligations. Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire", *JurisClasseur civil* 2015 (mise à jour 2016), Art. 1136 à 1145 - Fasc. 10.
- **SINAY** (R.), "La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français", *Gaz. Pal.* 1971, doct., pp.146.
- **SINAY** (R.), "La proposition de Directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français", *Gaz. Pla.* 1965, doct., pp. 38.
- **SINAY** (R.), "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", *Rev. Sociétés* 1966, pp. 246.
- **SNOUSSI** (N.), "Présentation de la loi n° 16 du 16 mars 2009 portant modification du Code des sociétés commerciales", *Infos Juridiques* 2009, n°68/69, p. 17.
- **SORTAIS** (J-P.), *Répertoire Dalloz de Droit des sociétés* 2004 (actualisation 2016), V° Constitution des sociétés.
- **SOURIOUX** (J.-L.), "La croyance légitime", *JCP*, 1982, G, 3058.
- **SOUSI** (G.), "Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure", *Gaz. Pal.*, 1984, doct., pp.427.
- **STEICHEN** (P.), "Le courtier, mandataire de l'assureur ?", *Petites Affiches*, 7 avril 1995, n°42, pp. 4.
- **SYNVET** (H.), *Répertoire Dalloz de Droit International* 2004 (actualisation 2010), V° Société.
- **TAHAR** (N.), "Les catégories d'établissements et d'entreprises publics en droit tunisien", *R.T.D.* 2001, pp. 483.
- **TARMINA** (G.), "Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé", *Rev.sociétés* 2002, p. 267.
- **TCHOTOURIAN** (I.), "À propos du flou entourant les rapports internes d'une société en formation", *Petites Affiches*, 7 septembre 2000, n°179, pp.4.
- **TEBOUL** (J-P.) et **LEGER** (F.), "Actualité législative et réglementaire du RCS", *Bull Joly Sociétés*, 01 janvier 2013, n° 1, pp. 77.
- **TEILLIAIS** (G.), "La collaboration non statutaire entre époux : le conjoint assistant ou co-exploitant", *Petites Affiches*, 29 novembre 1996, n° 144, p. 14.
- **TERRE** (F.), "Droit de la faillite ou faillite du droit", *R.J com.*, 1991, pp. 1
- **TEYSSIÉ** (B.), "Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, commentaire de l'article L. 120-3 du code du travail", *Droit social* 1994, pp. 667.
- **THUILIER** (H.), "L'inscription de nantissement sur un fonds de commerce requiert-elle l'immatriculation du débiteur nanti ?", *JCP*, 1990, N, 1543.
- **TOUMI** (F.), "Le droit des sociétés en Tunisie: un droit moderne en pleine mutation", *R.J.L.*, avril 1998, p.29.
- **TREBULLE** (F.G.), "domiciliation des sociétés", *Droit sociétés*, 2003, n°10, comm. p.161.
- **TROCHON** (Y.), "Le groupement d'intérêt économique (GIE/GEIE) est-il un véhicule juridique approprié pour conduire des coopérations industrielles européennes ?", *Dalloz affaires* 1996, n° 23, p. 699.
- **URBAN** (Q.), " La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés", *R.T.D. com*, 2000, pp.1.

- **VALLANSAN** (J.), "Commerçants et artisans. Statut du conjoint", JurisClasseur Commercial 2010, fascicule 49.
- **VALLANSAN** (J.), "Compétence des tribunaux de commerce. Détermination des actes de commerce", JurisClasseur commercial 2013, fascicule 37.
- **VALLANSAN** (J.), "Registre du commerce et des sociétés. Inscriptions", JurisClasseur commercial, 2013 (mise à jour 2017), fascicule 110.
- **VALLANSAN** (J.), "Registre du commerce et des sociétés. Sanctions des règles", JurisClasseur commercial, 2014, fascicule 115.
- **VALLENS** (J.-L.), "Publicité foncière et vie privée : les enjeux de l'informatisation", Dalloz 2000, chron., pp. 375.
- **VANRYN** (J.), "Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial", R.T.D.com. 1953, pp. 569.
- **VAUVILLÉ** (F.), "Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée", Defrénois 15 septembre 2010, n°15, p. 1649.
- **VEDEL** (G.), "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", JCP, I, 851.
- **VERICEL** (M.), " Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique)", Droit social 2004, n°3, pp. 297.
- **VIALA** (Y.), "La société civile à objet commercial", Bull. Joly Sociétés, 1 octobre 2002, n°10, pp. 1018.
- **VIDAL** (D.), "Une analyse juridique de l'entreprise", Petites affiches, 9 juillet 1986, pp. 23.
- **VINCKEL** (F.), "Dénomination sociale", JurisClasseur Sociétés Traité, 2012, fasc 28-20.
- **VINCKEL** (F.), "La capacité des sociétés et le droit au procès équitable", Bull Joly Sociétés, 1 février 2002, n°2, pp. 192.
- **VIRASSAMY** (G.), "Les limites au droit à l'information sur les entreprises", R.T.D. com 1988, pp.1.
- **VUITTON** (X.), "Référé spéciaux. Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur. Référé-provision. Référé-injonction de faire", JurisClasseur Procédure civile 2016, Fasc. 1300-15.
- **WICKER** (G.), **PAGNUCCO** (J.-Ch.), Dalloz, Répertoire de droit civil, 2016, V° Personne morale
- **XUAN CHANGH** (N.), "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", Dalloz 1968, chron, p.27.
- **YAMBA** (G.), "Les copreneurs", JCP, 1997, N, p.87.
- **ZEIDENBERG** (S.), "Le renouveau des injonctions de faire", Droit et patrimoine 2001, n° 98, p.74.
- **ZENATI** (F.), "Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine", R.T.D. civ 2003, pp.667.

IV/ Colloques, Ouvrages collectifs et Mélanges.

- **BACCOUCHE** (N.), "Les implications de l'accord de l'association sur le droit fiscal et douanier", Mélange en l'honneur de H. AYADI, CPU 2000, pp.5.
- **BASTIAN** (D.), "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce", Études de droit commercial à la mémoire d'H. Cabrillac, Litec 1968, pp.23.
- **BEL HAJ YAHIA** (B.), "Fusion et scission des sociétés", Colloque international sur le Code des sociétés commerciales le 5 et 6 avril 2001, Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis 2002, pp.155.
- **BEN AMMOU** (N.), "Société et contrat : Notations sur l'esprit contractuel du Code des sociétés commerciales", Colloque international sur le Code des sociétés commerciales du 5 et 6 avril 2001, Publication du centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis 2002, pp.40.
- **BEN CHEIKH AHMED-DELLAGI** (H.), "Les mutations des relations entre l'administration et ses usagers", in Les mutations des relations entre l'administration et ses administrés, Actes du colloque des 11-12 mai 2000, Collection Forum des Juristes, Université de Tunis El Manar, Tunis 2002, p. 112.
- **BILLAU** (M.), "L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel", in Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belge, sous la direction de M. Fontaine et J. GHESTIN, L.G.D.J. 1992, pp.190.
- **BISCHOFF** (J-M.), "Observations sur la validité du transfert international du siège social", Mélanges Bastian, p. 23
- **BLAISE** (J-B.), "Une cohabitation difficile: nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne", Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Litec, 2000, pp.585.
- **CABRILLAC** (M.), "Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé", Mélanges en l'honneur du Doyen J. Hamel, Dalloz, 1961, pp. 119.
- **CALAIS-AULOY** (J.), "Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce", in "L'entreprise personnelle, Tome II, Critique et prospective, sous la direction de A. Sayag, Librairies Techniques, 1981, p.163.
- **CHAMPAUD** (C.), Rapport à l'association H. Capitant, sur "Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français", Travaux ass. Capitant, t.XXI, 1969, 1974, pp.119.
- **CHARFEDDINE** (M-K.), "L'écrit, une preuve à l'épreuve", in Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques GUESTIN, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 217.
- **CHARTIER** (Y.), "La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980", in Aspects du droit privé enfin de 20ème siècle, Etudes réunies en l'honneur de M. Juglart, Paris, LGDJ 1986, pp. 95.
- **COUTURIER** (G.), "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve", Etudes offertes à Jacques FLOUR, éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979, pp.95.
- **COZIAN** (M.), "La définition fiscale du commerçant", Mélange offert à R. ROBLOT, LGDJ 1984, pp.4.

- **DERRIDA** (F.), "La renaissance de la faillite virtuelle", Mélanges J. Larguier, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, pp. 95.
- **DERRIDA** (F.), "L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire?", Mélanges en l'honneur de J. Derrupé, Litec 1991, pp.29.
- **DERRUPPE** (J.), "L'immatriculation du locataire commerçant au registre du commerce et des sociétés", Mélanges Michel CABRILLAC, Paris Litec 1999, p.561.
- **DIENER** (P.), "Un abus de la personnalité morale : la société en sommeil", Dix ans de droit de l'entreprise, Paris, Litec 1978, pp. 81.
- **DURAND** (P.), "L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé", in Le droit privé français au milieu du 20ème siècle, Etudes offertes à G. Ripert, t.1, L.G.D.J., 1950, pp.138.
- **DURRY** (G.), "Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit français", Travaux de l'association Henri Capitant t.XIV, Dalloz 1965, p. 611.
- **FLOGAÏTIS** (S.), "Contrat et acte administratif unilatéral", Mélanges en l'Honneur de G. Braibant, Dalloz, 1996, pp. 229.
- **FLOUR** (J.), "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", Etudes offertes à G. Ripert, t.1, L.G.D.J., 1950, pp.93.
- **GAVALDA** (C.), "La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation", Mélanges J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 253.
- **GAVALDA** (C.), "Le secret des affaires", Mélanges Savatier, Paris, Dalloz 1965, p.291.
- **GERMAIN** (M.), "Naissance et mort des sociétés commerciales", in Aspect actuel du droit commercial français, Études offertes à R. Roblot, LGDJ 1984, pp. 217.
- **GLANSDOREF** (B.), "De quelques avatars de la notion de société, à la lumière du droit comparé", Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe, Bruylant, Bruxelles 2000, pp.447.
- **GOUBEAUX** (G.), "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", in Aspects actuels du droit commercial français: commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif, Etudes dédiées à René Roblot, Paris, LGDJ, 1984, pp. 199.
- **GRISOLI** (A.), "Les sociétés d'une seule personne en droit comparé", Etudes offertes à A. Jauffret 1984, pp.361.
- **GROSSEN** (J-M.), "La personnalité morale et ses limites en droit suisse", in La personnalité morale et ses limites, ouvrage collectif, t. XVIII, LGDJ., 1960, p.144.
- **HONORAT** (A.), "Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire", Etudes de droit commercial à la mémoire de H. CABRILLAC, Litec 1968, pp. 281.
- **JAUFFRET** (A.), "Le rôle du droit comparé en matière de registre du commerce", in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'Etudes en hommage à Marc ANCEL, t.1, éd. A. PEDONE, 1975, pp.151.

- **JAUFFRET** (A.), "L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles", Etudes offertes à P. Kayser, t.2, Aix-En-Provence: PUAM, 1979, pp.59.
- **JEANTIN** (M.), "La transmission universelle du patrimoine d'une société", in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, Paris, Litec1991, pp.287.
- **KHEMAKHEM** (R.), "La valeur probatoire des documents informatiques en droit positif tunisien", in Cadre juridique et technique des échanges de données informatisées. Dématérialisation des effets de commerce et des effets financiers, Acte du colloque organisé à Tunis le 19 juin 1996, éd. C.E.J.J., 1996, pp. 194.
- **LAVABRE** (Ch.), "L'évolution du statut des baux commerciaux", in Dix ans de droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T.7, Paris, Litec 1978, p. 787.
- **LEGROS** (R.), "Considérations sur les motifs", in "La motivation des décisions de justice", Travaux du centre nationale de recherches de logique, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles 1978, p. 7
- **LUCAS** (F-X.), "Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom", in Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, éd., Frison-Roche, 2000, pp. 281.
- **LUCAS** (F-X.), "La société dite "Créée de fait"", in Aspect actuel du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Dalloz 2003, pp. 737.
- **MELLOULI** (S.), "La jurisprudence, source de droit ?", Mélanges en l'honneur de M. Charfi, CPU 2001, pp. 206.
- **MELLOULI** (S.), "La preuve des actes juridiques dans le Code des obligations et des contrats", Livre du centenaire du Codes des obligations et des contrats 1906-2006, Centre de Publication Universitaire 2006, pp.235.
- **MIDOUN** (M.), "Les établissements publics à caractère non administratif : des établissements de troisième type ?", Mélanges Habib Ayadi, Tunis, C.P.U., 2000, p.665.
- **MOUSSA** (M.L.F.), "La mise à niveau de l'administration tunisienne", Mélanges Habib Ayadi, CPU 2000, pp.719.
- **PATARIN** (J.), "Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français", in Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français, Travaux de l'association H. Capitant, t.XXI, 1969, pp.36.
- **PATRY** (R.), "Les effets de l'inscription sur le registre du commerce en droit suisse", Etude offerte à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1984, pp. 527.
- **PETEL** (Ph.), "Le nouvel article 4 du Code de commerce", in dix ans après, Mélanges offert à A. Colomer 1993, p. 365.
- **ROBLLOT** (R.), "Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial", Mélanges P. Voirin, L.G.D.J. 1966, pp.711.
- **RODIERE** (R.) et **GORE** (F.), "Le contrôle de la constitution des sociétés anonymes", Rapports généraux au VI Congrès international de droit comparé, Hambourg, 30 juillet-4 août 1962, Bruxelles, E. Bruylant, 1962, pp.525.

- **SAVATIER** (J.), "Contribution à une étude juridique de la profession", in de Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel, Dalloz 1961, pp.17.
- **TALLON** (D.), "Considération sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais", Mélanges offerts à René Savatier, Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, publ. avec le concours du C.N.R.S., Paris, Dalloz, 1965, p. 883.
- **TERRE** (F.), "Le rôle actuel de la maxime nul n'est censé ignorer la loi", in Etudes de droit contemporain, VIIème congrès international de droit comparé, Uppsala, 1966, p.91.
- **VITU** (A.), "Regards sur le droit pénal des sociétés", in Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. ROBLOT, Paris, 1984, p. 247.
- Publicités légales et information dans les affaires, Etudes du Centre de Recherche Sur Le Droit Des Affaires, sous la direction de A. SAYAG, Ouvrage collectif sous la direction A. Sayag, Litec 1992.

V/ Divers

- Mémento, Droit des sociétés commerciales, Tunisie 2001.
- **CHARVERIAT** (A.), **COURET** (A.), **ZABLA** (B.), **MERCADAL** (B.), Mémento Pratique Lefebvre 2014, V° Sociétés commerciales.
- Mémento pratique F. Lefebvre, 2012, V° Sociétés civiles,
- **CORNU** (G.) Vocabulaire juridique, P.U.F., Quadrige, 11e éd., 2016.
- **MESTRE** (J.), **VELARDOCCIO** (D.), **MESTRE-CHAMI** (A-S.), Lamy sociétés commerciales, 2013.
- **MARTIN** (J-F.), **SAYAG** (A.), Lamy droit commercial, Paris 2013.
- Le Manuel Permanent du Droit des Affaires Tunisien.
- Dictionnaire permanent du droit des affaires.
- Dictionnaire du droit administratif, Coll., le moniteur, Paris 2003.

Bibliographie en langue arabe

I/ Ouvrages et thèses

- **بالطيب** (محمود انيس)، مجلة الشركات التجارية وقانون السجل التجاري (معلق عليهما بفقهاء القضاء)، منشورات انيس بالطيب 2014.
- **بن عبد الله** (محمد الهادي)، المجلة التجارية، معلق عليها ومثراة بفقهاء القضاء التونسي وبنصوصها التطبيقية وبالقانون وفقه القضاء المقارن، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2015.
- **بوعشبة** (توفيق)، مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس 1995.
- **الاحمر** (عصام)، العلاقات الكرائية بين النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية، تونس 2014.
- **الزوين** (محمد)، النظرية العامة للالتزام (العقد)، تونس 1997.

- **السوفاني** (عبد الله)، الوجود القانوني للشركة التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001.
- **شرف الدين** (محمد كمال)، قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، سلسلة معرفة القانون، الطبعة الثانية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002.
- **الغزواني** (نور الدين)، اجراءات مدنية وتجارية: القانون الاجرائي العام، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس 2012.
- **فيقة** (جريدة) و**الجبالي** (منجية)، المجلة التجارية معلق عليها باحكام تجارية وقرارات استئنافية وتعقيبية، 2009.
- **الكشو** (منصف)، المرونة والواقعية في الانقاذ، قراءة في قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، مطبعة سوجيك 2011.
- **الكشو** (منصف)، قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (دراسة نظرية وتطبيقية)، سوجيك 2015.
- **محفوظ** (محمد)، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي 2004.

III/ Articles et chroniques

- **الاحل** (محسن) ، "المقر في القانون المدني"، مجلة القضاء والتشريع جوان 2000، ص 43.
- **بالحاج** (الحبيب) ، "تجمع المصالح الاقتصادية"، مجلة لقضاء والتشريع، نوفمبر 2001، ص 153.
- **البيجار** (الباشا) ، "المقر اهميته صورته تحديد تأثيراته القانونية خاصة على سلامة الاستدعاء والاعلام"، مجلة القضاء والتشريع جانفي 1991، ص 7
- **البكوش** (ناجي) ، "الدوائر التجارية: الاشكاليات الدستورية والقانونية"، مجلة دراسات قانونية 1997 ، عدد 5، ص 7
- **بلحاج جراد** (أحمد) ، "المجال الزمني لمبدأ المفعول المنثني للترسيم"، دراسات قانونية 2002، عدد 9، ص 123
- **بن الشيخ** (عبد الرؤوف) ، "اختصاص الدوائر التجارية"، مجلة القضاء والتشريع جانفي 1998، ص 19.
- **بن الشيخ** (عبد الرؤوف) ، "ملاحح حول نظام السجل التجاري حسب القانون الجديد"، مجلة القضاء والتشريع، افريل 1996، ص 11.
- **بن الشيخ** (عبد الرؤوف) ، "اختصاص الدوائر التجارية"، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1998، ص 13
- **بن عائشة** (نبيل) " القانون المنطبق على الشركة"، دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، تونس 2004، ص 63.
- **بن موسى** (المبروك) ، "اثار الترسيم بالسجل التجاري"، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1998، ص 11.
- **بن موسى** (مبروك) ، "حماية الغير في مجلة الشركات التجارية"، محاضرة القيت بملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية يومي 5 و6 افريل 2001، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية 2002 ص 29.
- **بن موسى** (مبروك) ، "الافلاس الواقعي" القضاء والتشريع مارس 1994، ص 12.
- **بورورو** (عامر) ، "الاشكاليات التطبيقية لقانون انقاذ المؤسسات"، مجلة القضاء والتشريع، مارس 1998، ص 25.
- **الجلولي** (علي) ، "المقر في القانون التونسي"، مجلة القضاء والتشريع جويلية 1983، ص 19
- **الجمال** (رياض) ، " المفعول الزمني للتطهير بالنسبة لاحكام التسجيل العقاري"، بحوث ودراسات قانونية، مجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفافس، عدد 5 لسنة 2010 ، ص 473.
- **الحزقي** (عماد) ، " المرسوم عدد 41 لسنة 2011 المتعلق بالانقاذ الى الوثائق الادارية بين النص ومقتضيات التطبيق"، الاخبار القانونية 2011، عدد 136-37، ص 30 .
- **حلاب** (محمد كمال) "تعليق على التنقيحات الجديدة لمجلة المرافعات المدنية والتجارية"، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 2003 ، ص 99
- **حمام** (يسرى) ، "الحجة الرسمية وتحريرها من وظيفة معينة"، المجلة القانونية التونسية 2007، ص 211.

- **الذهبي** (صالح) ، "دور المصالح في انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية" ، مجلة القضاء والتشريع جويلية 2002 ، ص 137.
- **الذهبي** (صالح) ، "دور المصالح في انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية" ، مجلة القضاء والتشريع جويلية 2002 ، ص 142.
- **الزبيدي** (محمد الصالح) ، " الإستدعاء والتبليغ في قانون 3 أوت 2002" ، مجلة القضاء والتشريع نوفمبر 2004 ، ص 45.
- **شرف الدين** (محمد كمال) ، "مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992" ، المجلة القانونية التونسية 1993 ، ص 99.
- **عواينية** (علي) ، "مسك السجل التجاري والإشراف عليه" ، محاضرة القيت بمناسبة دورة السجل التجاري التي نظمها المعهد الاعلى للقضاء يومي 19 و 20 جانفي 1996 بتونس.
- **الغزواني** (نور الدين) ، "الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم" مجلة القضاء والتشريع اكتوبر 1994 ، ص 7.
- **الغندوري** (رابحة) ، "رهن ادوات ومعدات التجهيز المهنية في قانون 6 فيفري 2001" ، مجلة القضاء والتشريع ، نوفمبر 2008 ، ص 147.
- **الغوشى** (عزوز) ، " نظام التالية" ، مجلة القضاء والتشريع افريل 1996 ، ص 25.
- **الغوشى** (عزوز) ، " التنظيم الاعلامي للسجل التجاري" ، دورة السجل التجاري نظمها المعهد الاعلى للقضاء يومي 19 و 20 جانفي 1996 بتونس
- **كحلون** (علي) ، "التطبيق التدريجي لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم" ، مجلة القضاء والتشريع ، جوان 2001 ، ص 13.
- **كريم** (سامي) ، تعليق على قرار تعقيبي عدد 61849 مؤرخ في 5 نوفمبر 1997 ، مجلة دراسات قانونية 1998-1999 عدد 6 ص 107.
- **كريم** (نرجس) ، " المفعول التطهيري للحكم العقاري" ، بحوث ودراسات قانونية ، مجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفاقس ، عدد 5 لسنة 2010 ، ص 421 وما يليه.
- **اللومي** (الطيب) ، "القضاء التجاري في تونس" ، مجلة القضاء والتشريع جويلية 1996 ، ص 7.
- **اللومي** (الطيب) ، "القضاء التجاري في تونس" ، مجلة القضاء والتشريع جويلية 1996 ، ص 7.
- **محفوظ** (خالد) ، "المحاكم التجارية" ، مداخلة القيت في اطار ملتقى " في سبيل تطوير التشريع التجاري" ، صفاقس 19-20 نوفمبر 1993 ، مجلة القضاء والتشريع فيفري 1994 ، ص 43.
- **الهلاي** (عبد الله) ، " التصحيح في مجلة الشركات التجارية" ، محاضرة القيت بدورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية ، يومي 11 و 12 افريل 2003 ، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية ، تونس 2004 ، ص 15.
- **الورفلي** (احمد) ، "تدارك البطلان من خلال احكام مجلة الالتزامات والعقود" ، مجلة القضاء والتشريع ، عدد 2 ، فيفري 1999 ، ص 99.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Acte:

- authentique: 164, 165, 167, 181, 182, 184, 298, 473
- d'immatriculation: 26, 27 et suiv., 134, 504-506
- d'état civil: 26, 169
- de naissance: 26, 95, 134, 188, 298
- créateur: 239
- juridique: 26, 189, 198, 200, 207, 239, 244, 258, 262, 277, 311, 323, 340, 360, 439, 471, 521
- d'exploitation: 263, 264
- volontaire: 200, 522, 552
- mixte: 477, 481
- conclus au nom de société: 48, 101, 201, 215, 246, 255, 258 - 266, 267, 272, 324, 385, 503, 509, 511
- administratif: 27
- administratif réversible: 28, 434
- de commerce: 32, 33, 35, 36, 39, 40, 43, 45, 48, 49, 103, 106, 112, 231, 392, 408, 414, 448, 454, 455, 457, 471, 477, 482
- juridictionnel: 27
- constitutif: 4, 15, 99, 190, 254, 267, 268, 269, 298, 317, 323-324, 491, 501, 506, 523, 547, 550, 560
- de procédure: 277, 516
- condition: 208
- unilatéral: 27, 100, 208

Action en justice: 225, 273, 274-281, 282

Affectio societatis: 195, 341, 343, 348, 396, 417, 501, 550.

Agence: 247.

Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation: 78, 81, 82, 83.

Apparence: 280, 327, 328, 329, 330, 331-441, 556, 557, 558, 561.

Apport: 192, 201, 220, 232, 288, 341, 349, 551

- en numéraire: 217, 254, 317
- en nature: 218-219, 265, 317, 502

Artisan: 35, 36, 352, 467

- double immatriculation: 36

Associé: 29, 41, 50, 52, 53, 55, 61, 73, 101, 122, 128, 130, 145, 193, 194, 195, 206, 207, 218, 221, 222, 224, 232, 237, 255, 273, 282, 285, 287, 289, 291, 305, 315, 348, 361, 401, 500-502, 500-502, 522, 543, 548, 550, 551, 553, 554

- en nom: 52, 112, 317, 323, 333, 341, 385, 398, 410, 414, 487, 503-512, 561
- de fait: 47-49

Autonomie de la publicité légale: 433.

Autorité de la chose jugée: 354,

B

Bail commercial: 46, 401, 437, 460, 467-470.

Banque: 133, 175, 176, 218, 265, 384.

Blocage des fonds: 258, 545

C

Capacité passive: 274, 275-281.

Certification:

- du support électronique: 84, 85, 179.
- de registre du commerce: 169-171.
- Voir Signature.

Cessation

- d'activité: 80, 142, 399, 400, 403-421, 422, 423, 424,425-439, 441, 558, 561.

- de paiement: 220, 428, 461.

Chambre commerciale: 112, 277, 398, 476-482.

Chambre de commerce et d'industrie: 78, 79-81, 115.

Commerçant: 13, 14, 15, 27, 28, 29, 66, 71, 73, 75, 77, 79, 90, 102-107, 109-121, 133, 156, 183, 247, 252, 317, 334, 335, 355, 356, 357, 367, 376, 378, 391-394, 409-415

- exploitant: 29-49, 400

- professionnel: 31-32

- habituel: 33-35.

- locataire gérant: 38

- conjoint: 40-43

- indivisaire: 44-46

- dirigeant: 51

- associé: 52

- étranger: 123, 444

- ambulancier: 76

- saisonnier: 401

- de droit: 442, 445

- de fait: 329, 433, 444, 445, 446-486.

- retiré:400, 402, 403-415.

- opposabilité de la qualité: 188, 347, 349, 352, 353

- maintien de la qualité: 404-408.

- cybercommerçant: 76 (note1), 127 (note5)

- Voir Régularisation.

Conjoint: de commerçant: 40

- collaborateur: 41, 42

- co-exploitant: 43

Constitution de société: 26, 62, 72, 73, 82, 83, 99, 122, 123, 131, 148, 188, 190, 193, 198, 206, 218

- notion de ...: 199

- conception large: 200

- conception stricte: 201, 202

- Voir société en formation.

Contrat de société: 96, 99, 125, 236, 239, 240, 255, 256, 285, 298, 306, 317,

341, 348, 385, 418, 440, 500-502, 550, 554

Contrôle: 6, 7, 14, 17, 20, 22, 65, 79, 96, 113, 114, 152, 166, 168, 187, 292, 298, 299, 303, 304-322, 324, 325, 556

- de conformité (formel): 306, 312, 313, 314, 317, 320, 5651

- de légalité (de fond): 312, 321, 322

-judiciaire: 304, 305, 306, 307, 309-311, 312, 322, 561

- rôle du juge de registre du commerce: 318

Croyance légitime: 336, 370, 373, 380, 385

D

Déchéance: 108, 347, 458, 459, 462, 561

Délit de banqueroute: 459

Dénomination: 47, 90, 145, 214, 317, 384

Dépôt: 9, 10, 26, 79, 83, 88, 89, 90, 121, 201, 248, 266, 299, 489, 507, 552
- électronique: 84-87

Dissimule: 145, 340-342, 421

Dissolution: 61, 142, 143, 144, 145, 151, 219, 228, 283, 284, 286, 288, 289, 400, 416, 421, 434-439, 441, 493, 532

Domiciliation: 74-77, 162, 163

- collective: 77

E

Electronique: 83-

- dépôt: 84-87

- récépissé: 88-90

- signature: 16, 85, 86, 88, 90, 178, 179, 180, 181

-Voir extrait d'immatriculation

Entreprise: 1, 2, 5, 7, 8, 9, 14, 16, 17, 27, 28-66, 183, 186, 188, 199, 200, 222,

242, 245, 263, 311, 318, 324, 334, 362, 363, 389, 416, 421, 442, 443

- définition: 28
- individuelle: 28, 30, 376, 391-398, 400... Voir Commerçant
- sociétaire: 57, 77, 98, 183, 220, 221, 246, 357... Voir société

EPIC: 241, 456, 560

Erreur : 285, 310, 322, 327, 336, 347, 348, 352, 358, 365, 366, 369, 388, 389, 407, 433, 440

- commune: 370, 374-379
- légitime: 346, 371, 380-384

Etablissement: 13, 24, 72, 137, 140, 141, 211, 226, 227, 244, 245, 271, 313, 383, 427, 431

- définition: 247
- principal: 74, 75, 76, 77, 520
- secondaire: 11, 74, 243, 470
- établissement de crédit: 34
- liberté d'établissement: 126
- public à caractère industriel et commercial: 241, 456, 560
- immatriculation: 248, 249, 250, 251

Extrait d'immatriculation: 90, 114, 133-182

- délivré par le greffier: 133, 163, Voir Greffier
- force probante: 163-182
- électronique: 172-182

F

Faillite: 397, 423, 428, 459, 461, 462, 463

Filiale: 65, 77, 125, 152, 242, 245, 251

Fondateurs: 48, 65, 73, 82, 97, 122, 123, 125, 198, 200, 201, 214, 253, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 265, 266, 267, 269, 298, 299, 323, 361, 378, 421, 499, 503, 504, 505, 508, 543, 549, 550, 551, 558, 561

- Responsabilité: 503-512

Formalité:

- habilitante: 23

- solennelle: 22, 24, 189, 488

- probatoire: 22, 25, 133-182

- constitutive: 198-202, 209

- publicitaire (de publicité): 12, 22, 24, 26, 39, 72, 73, 74, 99, 102, 107, 125, 184, 189, 193, 200, 201, 255, 338, 351, 353, 357, 364, 373, 382, 384, 429, 433, 453, 489, 490, 494, 496, 498, 538, 540, 560.

Fonds de commerce: 4, 29, 103, 413, 467

- cession: 405-408, 410, 425, 426, 427
- location gérance: 38-39
- co-exploitation: 43
- usufruitier: 39
- indivisaires: 44-46, 468
- en formation: 93
- loueur: 38, 39, 103, 407

Fusion: 4, 60, 61, 63, 64, 65, 100, 130, 150, 151, 219, 242, 317, 440

- transfrontalière: 62, 300

Greffier:

- qualité d'officier public: 165-168
- chargé de la tenue du registre du commerce par...: 9, 26, 27, 175
- présenter la demande d'immatriculation au ...: 79, 86, 88, 90, 130
- délivrance de l'extrait d'immatriculation: 133, 134, 163, 164, 172, 176
- inscription d'office: 532
- immatriculation d'office: 533-536
- dépositaire: 168, 169, 184
- Voir Certification
- Voir Radiation
- Voir Contrôle

G

Groupe de sociétés: 54, 55, 65, 152, 397

Groupement d'intérêt économique: 59, 73, 100, 190, 210, 254, 259, 267, 324, 505, 509

Groupement européen d'intérêt économique: 96

I

Inexistence: 294, 341, 361, 367, 395, 417, 452, 550

INNORPI: 4, 9, 10, 83, 168, 172

Inopposabilité: 230, 238, 239, 344, 351, 352, 353, 362, 388-398, 412, 415, 426, 431, 432, 441, 452, 493

Intérêt social:

- définition: 222
- opposabilité: 221, 223
- défense: 224, 225, 323

J

Juge de registre du commerce: 9, 13, 36, 169, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 354, 513, 516, 518, 519-531.

L

Liberté de preuve: 471-474

Liquidation: 143-145, 282, 283, 284, 286, 287, 288, 289-291, 385, 393, 423, 428, 436, 439, 466, 493, 532

N

Nullité: 24, 96, 151 (contrat de fusion), 187, 284, 333, 395, 396, 398

- d'une société non immatriculée: 285
- défaut d'immatriculation n'est pas une cause de ...: 488-498
- Eviter la nullité, Voir Contrôle
- Voir Purge, Regularisation

Numéro d'immatriculation: 71, 90, 135-163, 383, 384, 461, 462, 464, 465

- caractère unique: 136-141
- caractère interchangeable: 142-152
- composition: 138
- publicité du ...: 153-163

O

Occulte/ostensible: 339, 351, 443, 523, 554, 561

Opposabilité: 10, 20, 24, 92, 334, 350, 351, 360, 362, 367, 373, 387, 400, 414, 440, 558, 560, 561

- définition: 345
- de l'organisation: 188, 189, 203-226.
- de la qualité de commerçant: 188, 347
- de la personnalité morale: 348
- technique d'apparence: 344-349
- de la cessation d'activité: 430
- de la perte de la qualité de commerçant: 410

Ordonnance (juge de registre du commerce):

- d'injonction: 354, 516, 519-524, 533
- recours contre...: 525-531.
- juge des référés: 548-553.

Ordre public: 6, 7, 17, 157, 167, 237, 276, 318, 396, 421, 465, 470, 480, 502

P

Pacte social: 123, 214, 237, 361, 501, 505

Patrimoine:

- social: 144, 212, 215, 216-220, 232, 234, 246, 261, 278, 283, 291, 389, 493, 508
- d'affectation: 120-121, 151, 191, 560

Personnalité morale: 15, 28, 47, 53, 72, 120

- acquisition (naissance): 26, 93, 94-101, 108, 125, 183, 187, 190, 228, 252, 255, 300, 305, 312, 319, 323
- jouissance: 95, 227
- transparence: 52
- condition d'immatriculation: 54-66
- maintien (survie): 129, 130, 131, 142, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 436, 439
- autonomie juridique: 342

- abus de la personnalité morale: 342, 417,
- technique d'opposabilité: 188, 205-208,
- technique d'autonomisation d'une activité: 419
- interne/externe: 206
- processuelle (judiciaire): 273-291
- embryonnaire: 263, 271
- renaissance: 289-291
- ... fictive: Voir société fictive.

Personne morale

- naissance (création): 47, 56, 73, 94, 123, 130, 131, 183, 192, 210, 217
- personnalité juridique: 209-212, 213-226
- disparition: 142, 289, 324, 400
- apparente: 328, 348, 352, 380, 383, 384, 385.
- identification: 214, 215
- de fait: 278

Police: 14, 18

- administrative: 6, 7
- professionnelle: 8, 17
- judiciaire: 514
- caractère de lois de...: 249-250

Prescription: 200, 285, 291, 483-486

Présomption:

- de commerçant (de commercialité): 14, 103, 350, 351, 354, 355, 356, 378, 380, 409, 448, 453, 456, 457, 554, 558
- de fait/légale: 454, 455
- de non commercialité: 452
- de non salariat: 117-119, 183
- de connaissance: 188, 238, 240, 337, 350, 353, 357, 391, 394, 404, 410, 440
- d'ignorance: 352, 406, 433
- de solidarité, 459
- irréfragable de commercialité: 106, 404, 408, 409, 410, 412-415, 428
- du maintien de la condition de l'immatriculé: 432

Purge: 293-303, 561

R

- Radiation:** 11, 16, 27, 39, 77, 130, 132, 142, 158, 289, 291, 399, 424, 428
- d'office: 423, 434, 435, 436, 438
 - défaut de ...: 400, 401-421, 425, 426, 428, 430, 439, 441

Récépissé: 88-90, 266, 307

Rectification: 516

Redressement des entreprises en difficulté: 220, 273, 397, 428, 461-466, 482, 512, 532

Registre public: 2, 4, 5, 6, 7, 17, 27, 163, 168, 305

- Régularisation:** 295, 307, 437, 491, 498, 513-553
- des actes de procédure par immatriculation: 277
 - action en...: 303, 537-547.

- Représentant légal:** 113, 201, 290, 521, 545, 548, 551
- opposabilité: 226
 - responsabilité pénale: 553

Reprise:

- des actes conclus pour le compte de société: 257, 262, 266, 267-272, 277, 324, 504, 505, 509
- d'activité: 436, 437

S

Scission: 4, 60, 64, 100, 150, 219

Sécurité juridique: 7, 10, 18, 21, 79, 128, 244, 267, 292, 297, 331, 334, 349, 351, 370, 375, 378, 388, 389, 407, 413, 440, 485, 562

- Siège social:** 52, 54, 65, 90, 137, 145, 154, 172, 201, 214, 234, 244, 245, 246, 249, 283, 318, 436, 493, 520, 550
- fictif: 77, 124, 211
 - réel (sérieux): 123, 124, 125, 126, 318
 - statutaire: 75, 123, 124, 125, 183
 - transfert: 128-132

- Voir Domiciliation.

Signature: 164, 169, 170, 171, 178, 184

- électronique: 16, 85, 86, 88, 90, 178-180, 181

- des statuts: 61, 95, 198, 201, 207, 254, 255, 256, 263, 267, 287, 510, 545, 549, 550

Simulation: 334, 338, 339-343, 352, 361, 388, 389, 395.

Société:

- coopérative / mutuelle: 58, 59

- civile: 95, 101, 145, 188, 196, 227, 228-241, 317, 323, 324, 456, 521, 523, 524, 554

- de fait: 47, 284, 285, 286, 288, 487-512

- créée de fait: 45, 48, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 263, 273, 276, 287, 323

- Société en sommeil: 401, 416-421, 434, 435, 436, 437, 438, 439

- européenne: 96, 97, 126, 132

- étrangère: 62, 125, 128, 129, 130, 131, 227, 243 (immatriculation), 244 (reconnaissance), 245, 246, 247, 248, 249, 324

- en formation: 48, 90, 192, 201, 217, 254-272, 276, 277, 323, 384, 487, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 507, 511, 551, 561

- fictive: 338, 339-343, 348, 349, 352, 361, 395-398, 416-421

- frauduleuse: 339, 421

- en participation: 47, 48, 54, 55, 148, 192, 193, 195, 196, 197, 207, 228, 231, 263, 284, 287, 385 (révélation), 496, 501, 503, 505, 506, 508, 554, 561

- en nom collectif: 48, 52, 55, 341, 385, 414, 487, 499, 500, 502, 503, 508, 509, 542, 554, 558, 561

Stipulation pour autrui: 261

Succursale: 245-248

T

Télématique: 16, 171, 175, 176

Tiers

- définition: 360-364

- de bonne foi: 293, 294, 330, 332, 352, 355, 356, 358, 360-368, 372, 381, 383, 388, 389, 390, 415, 433, 440, 561

- de mauvaise foi: 355, 367, 368, 394, 407, 413, 415, 432, 433.

- techniciens de droit: 363

Transformation: 130, 142, 147, 148, 149, 263.

Transparence: 52, 240, 390

V

Vente avec réduction des prix: 114

ANNEXE

Loi n°95-44 du 2 mai 1995, relative au registre du commerce
Au nom du peuple,
La Chambre des Députés ayant adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE PREMIER DES DISPOSITIONS GENERALES

Article premier.

Le registre du commerce a pour but de centraliser les informations concernant les commerçants et les sociétés, et de les mettre à la disposition du public.

Article 2.

Il est tenu auprès de chaque tribunal de première instance un registre du commerce local auquel sont immatriculés sur déclaration:

- 1- les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce ainsi que les personnes physiques exerçant une activité sous le nom d'une société de fait et ayant la qualité de commerçant, et les étrangers exerçant une activité commerciale en Tunisie,
- 2- les sociétés ayant leur siège en Tunisie et jouissant de la personnalité morale,
- 3- les sociétés commerciales étrangères et les représentations qui ont un établissement ou une succursale en Tunisie ainsi que les sociétés non- résidentes,
- 4- les établissements publics à caractère industriel et commercial,
- 5- les autres personnes morales que la loi ou la réglementation particulière impose leur immatriculation.

Le registre doit comprendre outre les indications Initiales toutes les modifications postérieures ainsi que les radiations, et les actes ou pièces qui doivent être déposés conformément aux dispositions de la présente loi.

Les données portées sur chaque registre du commerce local seront regroupées dans une centrale informatique qui sera rattachée aux services du Ministère de la Justice.

Article 3. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

L'immatriculation au registre du commerce a un caractère personnel. L'assujetti à l'immatriculation ne peut obtenir qu'un numéro unique d'immatriculation principale au registre du commerce qui demeure inchangé jusqu'à sa radiation, et ce, même dans le cas du transfert de son établissement dans le ressort d'un autre tribunal.

Sous réserve des dispositions de l'article 25 de la présente loi, nul ne peut être immatriculé au registre du commerce s'il ne remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité en outre, l'immatriculation au registre du commerce des personnes morales n'est pas admise, si les formalités prescrites par la législation et la réglementation en vigueur concernant chacune de leurs catégories, n'ont pas été accomplies.

Article 4. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Le registre comprend :

- 1- Un fichier alphabétique des personnes immatriculées,
- 2- Le dossier individuel constitué par la demande d'immatriculation, le cas échéant, complétée par les inscriptions subséquentes,
- 3- Un dossier annexe comportant tous les actes et pièces dont le dépôt au registre du commerce est obligatoire, et ce, pour toutes personnes morales et physiques soumises en vertu de la législation en vigueur à l'obligation de tenir une comptabilité.

Article 5.

Le greffe de chaque tribunal tient le registre sous la surveillance du président du tribunal de première instance ou d'un juge commis à cet effet.

Toutefois, la tenue du registre peut être confiée à un organisme public ou privé au lieu et place du greffe selon des conditions fixées par un cahier des charges approuvé par un décret. Cependant, le contrôle dans ce cas, demeure de la compétence du président du tribunal ou du juge commis par lui à cet effet.

Article 5 bis (Ajouté par l'article Z' de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Les demandes d'inscription, de modification, de radiation, de réinscription et de dépôt d'actes et pièces au dossier annexé au registre du commerce, peuvent être présentées par l'intermédiaire des chambres de commerce et de l'industrie exerçant dans le ressort des tribunaux de première instance.

Les modalités et les procédés de présentation des demandes, de dépôt d'actes et pièces et de transmission des dossiers par l'intermédiaire des chambres de commerce et de l'industrie sont fixés par un cahier des charges approuvé par décret.

Les chambres de commerce et de l'industrie perçoivent un droit fixé dans le cadre des services payants rendus par ces chambres, et ce, conformément à la loi no 2006-75 du 30 novembre 2006 relative aux chambres de commerce et de l'industrie.

Article 6. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

11 est tenu auprès de l'institut national de la normalisation et de la propriété industrielle un registre central du commerce destiné à la collecta des renseignements consignés dans chaque registre local. A cet effet, l'institut reçoit un extrait des Inscriptions effectuées dans les registres locaux et un exemplaire des actes et pièces qui y ont été déposés dont, les délais, les conditions de recevabilité, les modalités de communication au public, la délivrance des copies et les taxes y afférents sont fixés par décret.

L'institut national de la normalisation et de la propriété industrielle est habilité à octroyer une attestation de priorité sur la dénomination commerciale, sur le nom commercial ou sur l'enseigne. Les conditions d'octroi de ladite attestation, les formalités de sa délivrance et de sa publicité au registre de commerce, de la prorogation de sa validité, le tarif y afférent et les modalités de sa perception sont fixés par décret.

Article 7.

Une commission chargée du registre du commerce veille à l'harmonisation de l'application des dispositions législatives et réglementaires applicables en matière de registre de commerce. Elle émet des avis et procède à l'examen des questions dont il est saisi par tes personnes chargées de la tenue du registre. La composition et le fonctionnement de cette commission sont fixés par décret.

TITRE II**DES DECLARATIONS INCOMBANT AUX ASSUJETTIS A L'IMMATRICULATION****Article 8.** (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Toute personne physique ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce doit, dans un délai maximum de quinze jours, à compter du début de l'exercice de son activité commerciale, demander son immatriculation au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel son activité commerciale est exercée et dans lequel est situé:

- 1- le siège de son entreprise s'il est distinct de son principal établissement commercial,
- 2- son principal établissement commercial,
- 3- son domicile, à défaut d'établissement.

Le siège social de la société est réputé être le domicile réel des associés en nom collectif et des commandités.

Article 9. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

La demande d'immatriculation doit mentionner :

A. concernant la personne du commerçant :

- 1- le nom, le prénom, le nom sous lequel il exerce le commerce et s'il y a lieu, le surnom ou le pseudonyme,
- 2- la date et le lieu de naissance et la nationalité.
- 3- En outre pour les étrangers, des indications concernant les titres les habilitant à séjourner en Tunisie et les autorisant à y exercer une activité commerciale,
- 4- le numéro et la date de délivrance et le lieu d'émission de la carte d'identité nationale ou de son équivalent pour les étrangers,
- 5- l'état matrimonial et le régime de la communauté de biens entre époux, le cas échéant,
- 6- les références des immatriculations secondaires éventuellement souscrites,
- 7- le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance, le domicile, la nationalité, le numéro, la date et lieu d'émission de la carte d'identité nationale ou de son équivalent pour les étrangers, du conjoint qui entend participer réellement à l'activité commerciale du déclarant,
- 8- le numéro de l'identifiant fiscal de l'entreprise,
- 9- 8- et le cas échéant, le numéro et la date du certificat de priorité sur le nom commercial, la raison sociale, la dénomination ou l'enseigne.

B. Concernant l'établissement :

- 1- l'adresse de l'établissement,
- 2- l'objet des activités commerciales exercées,
- 3- l'enseigne ou la raison du commerce de l'établissement,
- 4- la date de début d'exploitation,
- 5- s'il s'agit de la création d'un fonds de commerce, de son acquisition ou d'une modification du régime juridique sous lequel il était exploité, dans ces deux derniers cas, mention doit être faite du prénom, nom du précédent exploitant, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, la date de sa radiation ou, le cas échéant de l'inscription modificative. Dans le cas de l'achat ou du partage du fonds de commerce, l'indication du titre et de la date de son insertion au Journal Officiel de la République Tunisienne.
- 6- en cas de propriété indivise des biens nécessaires à l'exploitation du fonds, les noms, prénoms et domiciles des indivisaires.
- 7- en cas de location-gérance, l'indication du nom, prénom et domicile du loueur de fonds, les dates du début et du terme de la location-gérance, et le cas échéant le renouvellement du contrat par tacite reconduction.
- 8- le nom, le prénom, la date, le lieu de naissance, le domicile et la nationalité des personnes ayant le pouvoir général de représenter l'assujetti.

Article 10. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Toute personne morale assujettie à l'immatriculation doit demander cette immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé son siège social.

L'immatriculation des sociétés est demandée dès l'accomplissement des formalités de constitution, sous réserve des dispositions prévues au code des sociétés commerciales et notamment, celles relatives aux formalités de publicité.

Les autres personnes morales sont tenues de demander leur immatriculation dans les quinze jours qui suivent l'ouverture du siège social ou de l'établissement réservé à l'activité.

Article 11. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

- A. En ce qui concerne la personne :

- 1- la raison sociale, ou le nom commercial s'il en est utilisé un, et le cas échéant, le numéro et la date du certificat de priorité sur le nom commercial, la raison sociale, ou l'enseigne,
- 2- la forme juridique de la société ou le régime juridique auquel elle est soumise,
- 3- le montant du capital social avec l'indication du montant des apports en numéraire et la description sommaire et l'estimation des apports en nature, s'il s'agit d'une société à capital variable, mention est faite du montant minimum au-dessous duquel le capital ne peut être réduit,
- 4- l'adresse du siège social,
- 5- les activités principales de la société,
- 6- la durée de la société telle que fixée par son statut,
- 7- la date de clôture de l'exercice comptable,
- 8- le numéro d'identifiant fiscal de la société ,
- 9- le nom, le prénom, le domicile personnel, la nationalité et la date et le lieu de naissance des associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales.
- 10- le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance, le domicile personnel, la nationalité et les autres renseignements prévus au deuxième alinéa du paragraphe (A) de l'article 9 de la présente loi, et ce, pour:
 - les associés et les tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir général d'engager la société avec l'indication pour chacun d'eux lorsqu'il s'agit d'une société commerciale qu'ils engagent seuls ou conjointement la société vis-à-vis des tiers,
 - le cas échéant, les membres du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance ou les commissaires aux comptes.
- 11- Les références des immatriculations secondaires éventuellement souscrites.

B. En ce qui concerne l'établissement :

Les renseignements prévus au paragraphe **B** de l'article 9 de la présente loi, à l'exception des alinéas 5, 6, et 7 s'il s'agit d'une société non commerciale.

Article 12.

Sont indiqués dans la demande d'immatriculation des établissements publics mentionnés au 4^e de l'article 2:

A. En ce qui concerne la personne :

- 1- les renseignements prévus au A (1, 4, 5, et 9) de l'article 11,
- 2- la forme de l'entreprise, et l'indication de l'autorité chargée de sa tutelle,
- 3- la date de la publication au Journal Officiel de la République Tunisienne de l'acte qui a autorisé sa création et les décrets et règlements qui déterminent les conditions de son fonctionnement.

B. En ce qui concerne l'établissement :

Les renseignements prévus au B de l'article 9.

Article 13.

Sont indiqués dans la demande d'immatriculation des personnes morales mentionnées au 5 de l'article 2 les renseignements prévus à l'article 11. Les mentions précitées pourront faire l'objet d'adaptations prévues par arrêté conjoint des ministres chargés de la justice et du commerce et de l'industrie.

Article 14. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Tout commerçant immatriculé qui ouvre un établissement secondaire doit, dans le délai de quinze jours, demander au greffe du tribunal dans le ressort duquel cet établissement est situé :

- une immatriculation secondaire, s'il n'est pas déjà immatriculé dans le ressort de ce tribunal,
- une inscription complémentaire dans le cas contraire.

Est un établissement secondaire au sens de la présente loi, tout établissement permanent, distinct de l'établissement principal et dirigé personnellement par l'assujetti, un préposé ou une autre personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers.

Article 15.

Sont indiqués dans la demande d'immatriculation secondaire ou d'inscription complémentaire les renseignements relatifs à l'établissement secondaire prévus au B de l'article 9.

La demande d'immatriculation secondaire rappelle en outre le nom et prénoms du commerçant, celui du conjoint, le pseudonyme, ainsi que le numéro d'immatriculation principale du commerçant.

Article 16. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Toute modification au registre du commerce rendant nécessaire une rectification ou une adjonction aux énonciations prévues aux articles 9 et 15 précités doit, dans le délai de quinze jours à compter de la survenance de ces modifications, faire l'objet d'une demande d'inscription modificative par le commerçant ou, en cas de décès par les personnes mentionnées au paragraphe (6) de l'article 17.

Article 17.

L'obligation prévue à l'article précédant inclut :

1. les décisions définitives plaçant un majeur sous tutelle ou sous curatelle, et celles qui en donnent mainlevée ou qui les rapportent. L'obligation de déclaration dans ces cas incombe au tuteur ou au curateur,
2. le décès du conjoint,
3. La désignation et la cessation de fonction du fondé de pouvoir,
4. la cessation partielle de l'activité exercée,
5. la cessation totale d'activité avec possibilité de déclarer le maintien provisoire de l'immatriculation pendant un délai maximum d'un an,
6. le décès de l'assujetti avec possibilité de déclarer le maintien provisoire, pendant un délai maximum d'un an, de l'immatriculation et si l'exploitation se poursuit, les conditions d'exploitation, nom, prénoms, domicile personnel et qualité des héritiers et ayant cause à titre universel, date et lieu de naissance, nationalité et qualité des personnes assurant l'exploitation : dans ce cas la déclaration est faite par la ou les personnes poursuivant l'exploitation,
7. le renouvellement, limité à une période supplémentaire d'un an du maintien provisoire de l'immatriculation dans les cas prévus aux paragraphes 5^o et 6^o ci-dessus.

Article 18.

Toute personne morale immatriculée qui ouvre un établissement secondaire doit, selon le cas, demander son Immatriculation secondaire ou une Inscription complémentaire dans les conditions prévues à l'article 14.

Toutefois, cette obligation n'est pas applicable aux personnes morales mentionnées au 4 et 5 de l'article 2 de la présente loi.

Article 19.

Sont indiqués dans la demande d'immatriculation secondaire ou d'inscription complémentaire des personnes morales les renseignements relatifs à l'établissement prévus au B de l'article 9 exception faite de ceux prévus au 5, 6 et 7 pour les personnes morales à objet non commercial.

La demande d'immatriculation secondaire rappelle en outre le numéro d'immatriculation principale, ainsi que les renseignements prévus au A (1, 2 et 3) de l'article 11 pour les sociétés, et au A (1 et 4) de l'article 11 et au A (2) de l'article 12 pour les autres personnes morales.

Article 20. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

En cas de transfert du siège de la personne physique ou du siège social de la personne morale ou de leur premier établissement dans le ressort d'un autre tribunal de première instance, la personne concernée doit dans les quinze jours du transfert, demander au greffier de l'ancien siège :

- a) le transfert de son immatriculation à la circonscription dudit tribunal s'il n'y était pas déjà immatriculé à titre secondaire.
- b) Le transfert de son immatriculation secondaire en une immatriculation principale s'il n'y était pas déjà inscrit à titre secondaire avec l'indication des renseignements prévus aux articles 11 et 12 de la présente loi selon les cas.

Le greffier doit dans ces deux cas informer immédiatement le créancier hypothécaire, s'il y en est un, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

A l'expiration du délai de quinze jours à compter de la notification du créancier hypothécaire, le greffier de l'ancien siège de la personne physique ou morale procède à la transformation de l'immatriculation au greffe du tribunal du nouveau siège et mentionne cette transformation dans le dossier en sa possession et notifie immédiatement l'assujéti par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Article 21. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Toute personne morale immatriculée doit demander une inscription modificative, dans les quinze jours de tout fait ou acte juridique rendant nécessaire, la rectification ou le complément des énonciations prévues aux articles précédents .

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables:

- 1- à la mise à jour des références inscrites sur l'immatriculation principale, en fonction des modifications survenues sur l'immatriculation secondaire, la mention rectificative est dans ce cas effectuée d'office par le greffier de l'immatriculation principale sur notification du greffier de l'immatriculation secondaire ayant procédé à la modification ou à la radiation.
- 2- à la mise à jour des renseignements relatifs à la situation personnelle de l'assujéti figurant dans l'immatriculation secondaire, la mention rectificative ou complémentaire est dans ce cas, effectuée par le greffier de l'immatriculation secondaire sur notification du greffier ayant procédé à l'inscription modificative correspondante.

Article 22.

L'obligation prévue au premier aliéna de l'article précédent inclut :

- 1) la cessation totale ou partielle d'activité dans le ressort du tribunal de l'immatriculation principale, même en l'absence de dissolution.
- 2) la cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement dans le ressort du tribunal d'une immatriculation secondaire.
- 3) la dissolution ou la décision prononçant la nullité de la personne morale pour quelque cause que ce soit avec indication des noms, prénoms, domicile du liquidateur et la référence du journal dans lequel la nomination du liquidateur a été publiée.
- 4) en cas de fusion ou de scission de société, l'indication de la cause de dissolution ou d'augmentation du capital, ainsi que celle de la raison sociale ou dénomination, forme juridique et siège des personnes morales ayant participé à l'opération.

Article 23. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Tout commerçant immatriculé doit, dans le délai de quinze jours à compter de la cessation totale de son activité commerciale dans le ressort d'un tribunal, demander sa radiation, en indiquant la date de cessation de ladite activité, à l'exception du cas prévu au paragraphe (5) de l'article 17. En cas de décès

du commerçant, la demande est présentée par ses héritiers à l'exception du cas mentionné au paragraphe (6) de l'article 17.

Lorsque la cessation résulte du transfert de l'activité dans le ressort d'un autre tribunal, la radiation est effectuée d'office par le greffier du tribunal dans le ressort duquel existe l'ancien domicile, et ce, sur notification du greffier ayant procédé à la nouvelle immatriculation.

Article 24. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

La radiation de l'immatriculation principale des personnes morales qui font l'objet d'une dissolution est requise par le liquidateur dans le délai de quinze jours à compter de la publication de la clôture de la liquidation.

La radiation de l'immatriculation principale des autres personnes morales doit être demandée dans les quinze jours de la cessation d'activité dans le ressort du tribunal du siège social.

Il en est de même pour la radiation de l'immatriculation secondaire.

TITRE III

DE L'INSCRIPTION AU REGISTRE

Article 25. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Les demandes d'immatriculation sur support papier sont présentées en double exemplaire selon les formulaires fixés par arrêté du ministre de la justice. En outre, les demandes peuvent être présentées sur support électronique fiable conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Les conditions requises pour la certification des supports électroniques sont fixées par arrêté du ministre de la justice.

Les demandes mentionnées au paragraphe précédent, doivent être accompagnées de pièces justifiant la conformité aux dispositions de l'article 3 de la présente loi.

Toutefois, dispense d'une pièce peut être accordée par le juge du registre du commerce, soit définitivement, soit provisoirement. Dans ce dernier cas, il est procédé à la radiation d'office si la pièce n'est pas produite dans le délai imparti.

Article 26. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Les demandes d'inscription sont revêtues de la signature de l'assujetti ou de son mandataire qui doit justifier de son identité et en ce qui concerne le mandataire, être muni d'une procuration signée de l'assujetti.

La signature peut être soit manuscrite, soit électronique conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Toutefois, les demandes d'inscription modificative et de radiation peuvent être signées par toute personne justifiant y avoir intérêt, le greffier en informe immédiatement l'assujetti par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Article 27. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Toute demande d'inscription complémentaire, de modification ou de radiation doit mentionner :

- pour les personnes physiques : leurs nom, prénom, numéro d'immatriculation et activité principale exercée.
- pour les personnes morales: la raison sociale, la dénomination ou le nom commercial le cas échéant, le numéro d'immatriculation, la forme juridique, l'adresse du siège social et l'objet.

En outre, et si l'inscription rectificative se rapporte à la modification de la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne, la demande doit, le cas échéant, mentionner le numéro et la date de l'attestation de priorité prévue à l'article 6 de la présente loi.

Article 28. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Le dépôt de toute demande d'inscription, qu'elle concerne l'immatriculation, la modification ou la radiation, est mentionné par le greffier dans un registre d'arrivée indiquant la date d'arrivée ou de dépôt au greffe, la nature de la demande, les nom, prénom et raison sociale, la dénomination ou le nom commercial du demandeur.

Mention de la suite donnée doit être immédiatement faite par le greffier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Article 29.

Le greffier, s'assure de la régularité de la demande, il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier.

Article 30. *(Modifié par l'article 3^e de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Le greffier procède à l'inscription dans les cinq jours de la réception de la demande, s'il estime que la demande n'est pas conforme aux dispositions prescrites par la présente loi, il est tenu dans le même délai de saisir le juge du registre du commerce.

Article 31. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Le greffier mentionne l'inscription dans un registre chronologique indiquant dans l'ordre la date, le numéro d'ordre, le nom, le prénom, la dénomination sociale et, le cas échéant, le nom commercial ou l'enseigne de l'assujetti et la nature de la formalité demandée. Le greffier appose sa signature sur chaque exemplaire de la demande et en délivre une copie au demandeur. La signature du greffier peut être manuscrite ou électronique conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Article 32. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Un numéro d'immatriculation au registre du commerce est attribué par le greffier, lequel numéro est mentionné sur le dossier conservé au greffe et sur l'exemplaire destiné au registre central. La composition de ce numéro est fixée par arrêté du ministre de la justice.

Le numéro d'immatriculation est notifié immédiatement par le greffier au requérant par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Article 33. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Le greffier est tenu de se renseigner sur les personnes physiques et morales assujetties pour les inviter à l'inscription au registre du commerce.

Il doit également s'assurer de la continuité de la concordance entre les informations inscrites sur le registre du commerce et les données réellement existantes, et ce, conformément aux dispositions de la présente loi.

A ce titre, le greffier doit établir, au moins une fois par an, une liste indiquant le nom de la personne physique ou morale, son siège, son activité, le numéro de son Immatriculation au registre du commerce et le numéro de son identifiant fiscal. Ensuite, il transmet ladite liste aux bureaux de contrôle fiscal, aux chambres de commerce et de l'Industrie et à la caisse nationale de la sécurité sociale relevant de la circonscription du tribunal, aux fins de les inviter à lui signaler tous les changements nécessitant la mise à jour des Informations inscrites sur le registre du commerce, ainsi que de toute personne physique ou morale assujettie à l'immatriculation ne déférant pas à cette formalité, mention est faite de la date du début de son activité.

A cet effet, les bureaux de contrôle fiscal, les chambres de commerce et de l'industrie et la caisse nationale de la sécurité sociale relevant de la circonscription de chaque tribunal de première instance, sont

tenus d'informer le greffier. par tout moyen laissant une trace écrite, et dans un délai maximum de trois mois à compter de la date de réception de la liste visée au paragraphe précédent, de la situation de toutes les personnes physiques et morales assujetties qui sont tenues de l'immatriculation ou de la modification ou de la radiation de leur registre.

Article 34.

Sont mentionnées d'office au registre :

1. Les déclarations de cessation de paiement et les décisions qui en modifient, ainsi que les décisions intervenues dans la procédure d'un règlement amiable notamment
 - a) La décision homologuant l'accord,
 - b) Les décisions modifiant l'accord et prononçant son annulation,
2. Les décisions intervenues dans la procédure du règlement judiciaire notamment:
 - a) La décision homologuant le plan de règlement proposé,
 - b) La décision chargeant l'administrateur de la gestion ou de l'obligation de sa cosignature avec le débiteur,
 - c) Les décisions d'interdiction au dirigeant de l'entreprise toute cession ou gage de ses actions ou parts sociales sans l'autorisation du tribunal, et la décision de son remplacement par un administrateur judiciaire,
 - d) La décision prononçant l'ouverture de la période d'observation,
 - e) La décision interdisant sans l'autorisation du tribunal, tout acte de disposition de certains avoirs de l'entreprise qui sont nécessaires au maintien de ses activités,
3. Les décisions prononçant la faillite de la société ou sa liquidation,
4. Les décisions prononçant la faillite personnelle du débiteur ou autres sanctions,
5. Les décisions prononçant la mise de tout ou partie du passif social à la charge de tous les dirigeants sociaux, ou de certains d'entre eux,
6. Les décisions prononçant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif,
7. Les décisions prononçant l'homologation du concordat simple, sa résolution ou son annulation,
8. Les décisions prononçant le concordat par abandon d'actif, sa résolution ou son annulation.

Article 35. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Lorsque la juridiction qui a prononcé une des décisions mentionnées à l'article 34 ci-dessus n'est pas celle dans le ressort de laquelle est tenu le registre où figure l'immatriculation principale, le greffier du tribunal ayant rendu le Jugement notifie la décision au greffier du tribunal où est tenu le registre du commerce en lui adressant un extrait au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit, dans le délai de trois jours à compter de cette décision celui-ci procède à la mention d'office .

Article 36.

Sont mentionnés d'office au registre :

1. Les mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale ou professionnelle de gérer, d'administrer ou de diriger une personne morale résultant d'une décision Judiciaire ou administrative,
2. Les décisions de réhabilitation, de relevé d'incapacité ou mesures d'amnistie,
3. Les décisions judiciaires prononçant la dissolution ou la nullité de la personne morale,
4. Le décès d'une personne Immatriculée ; Le greffier est informé par le ministère public ou, le cas échéant, l'autorité administrative des décisions mentionnées au 1° et 2° ci-dessus. En ce qui concerne le décès d'une personne immatriculée, il en reçoit la preuve par tous les moyens.

Article 37. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 Avril 2010)

Les décisions visées au paragraphe (3) de l'article 22, aux articles 34 et 36 de la présente loi, sont également mentionnées d'office au lieu de l'immatriculation secondaire sur notification par le greffier de l'Immatriculation principale.

Cette notification doit être faite immédiatement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Article 38. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Lorsque le greffier est informé de la cessation totale ou partielle d'activité d'une personne physique ou morale immatriculée, il rappelle immédiatement à l'intéressé et selon les cas, les dispositions des paragraphes 1, 2, et 3 de l'article 22 et l'article 23.

La notification est faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Si la lettre est retournée par l'administration des postes avec une mention impliquant que le destinataire n'exerce plus son activité à l'adresse indiquée, le greffier porte la mention de la cessation d'activité sur le registre du commerce.

Lorsque le greffier est informé par une autorité administrative ou judiciaire que les mentions relatives au domicile personnel ou à l'adresse de correspondance ne sont plus exactes, il mentionne d'office ces modifications au registre du commerce et en avise immédiatement l'assujéti à la nouvelle adresse par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la force d'un document écrit.

Article 39.

Est radié d'office tout commerçant :

1. Frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale en vertu d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou d'une décision administrative exécutoire,
2. décédé depuis plus d'un an, sauf déclaration faite dans les conditions prévues à l'article 17 (6 et 7).
Dans ces cas, la radiation est faite dans le délai d'un an à compter de la mention de la déclaration ou de son renouvellement, notification en est faite à l'exploitant avec invitation d'avoir à requérir son immatriculation.

Article 40.

Est radié d'office tout commerçant ou personne morale :

1. A compter de la clôture de procédure de règlement judiciaire en cas d'empêchement au maintien de l'entreprise en activité,
2. A compter de la clôture d'une procédure, soit de faillite ou de liquidation des biens pour insuffisance d'actif ou dissolution de l'union des créanciers, soit par un concordat avec abandon total de l'actif par le failli,
3. Au terme du délai d'un an après la mention au registre de la cessation totale de son activité, sauf en ce qui concerne les personnes morales pouvant faire l'objet d'une dissolution,
4. A l'issue de la procédure ci-après décrite: lorsque le greffier qui a procédé à l'immatriculation principale d'une personne morale pouvant faire l'objet d'une dissolution constate, au terme d'un délai de trois ans après la mention au registre de la cessation totale d'activité de cette personne, l'absence de toute inscription modificative relative à une reprise d'activité, Il adresse au siège social de la personne morale une lettre recommandée le mettant en demeure d'avoir à respecter les dispositions relatives à la dissolution et l'Informant qu'à défaut de réponse dans un délai de trois mois, il procédera à la radiation . La radiation est portée par le greffier à la connaissance du ministère public auquel il appartient éventuellement de faire constater la dissolution de la personne morale.

Article 41.

Est radié d'office toute personne morale au terme d'un délai de trois ans après la date de la mention de sa dissolution.

Toutefois le liquidateur peut demander la prorogation de l'immatriculation par voie d'inscription modificative pour les besoins de la liquidation, cette prorogation est valable un an sans renouvellement d'année en année.

Article 42.

Le greffier requiert sans délai :

1. S'il s'agit d'une immatriculation principale, la radiation des immatriculations secondaires correspondantes.
2. S'il s'agit d'une immatriculation secondaire, la modification des mentions correspondantes portées à l'immatriculation principale.

Article 43.

Est rapportée par le juge mentionné à l'article 5 de la présente loi toute inscription d'office effectuée au vu de renseignements qui se révèlent erronés.

TITRE IV**DU DEPOT DES ACTES ET PIECES****EN ANNEXE AU REGISTRE DU COMMERCE**

Article 44. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Tout dépôt d'acte ou pièce en annexe au registre du commerce est fait en double exemplaire certifiés conformes au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social de la personne morale ou le siège de l'activité de la personne physique.

Le dépôt d'acte ou pièce doit se faire sur papier, sur support magnétique ou sur support électronique fiable, tout en respectant les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Le dépôt est constaté par un procès-verbal établi par le greffier et donne lieu à la délivrance par ce dernier d'un récépissé signé par la propre main du greffier ou par voie électronique conformément à la législation en vigueur indiquant :

- 1- Pour la personne physique:

Le nom, le prénom, l'adresse du siège de l'activité, l'objet de l'activité, le nombre et la nature des actes et pièces déposés ainsi que la date du dépôt.

- 2- Pour la personne morale :

La dénomination sociale ou le nom commercial le cas échéant, l'adresse du siège social et du siège de l'activité, la forme de la société, le nombre et la nature des actes et pièces déposés ainsi que la date du dépôt.

Si le dépôt est effectué par une personne déjà immatriculée, le procès-verbal mentionne le numéro d'immatriculation.

Article 45. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Les actes constitutifs des personnes morales dont le siège social est situé sur le territoire tunisien sont déposés au plus tard en même temps que la demande d'immatriculation. Ces actes sont:

- 1- Pour les sociétés :

- a. Deux expéditions de l'acte constitutif s'il est établi par acte authentique ou deux exemplaires de celui-ci ou deux copies conformes à l'originale s'il est établi par acte sous seing privé.
- b. Deux copies des actes de nomination des organes de gestion, d'administration et de contrôle.

2- En outre, pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, sont annexés au dépôt les documents prescrits aux paragraphes 1 et 2 de l'article 170 du code des sociétés commerciales. S'il s'agit d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne, deux expéditions du procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale constitutive doivent être déposées.

3- Pour les autres personnes morales visées au numéro (5) de l'article 2 de la présente loi, le dépôt des actes et pièces est fixé en vertu des textes qui les régissent.

Article 46. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Les actes, délibérations ou décisions modifiant les pièces déposées lors de la constitution, sont déposés en double exemplaire dans le délai de quinze jours à compter de leur date ou, le cas échéant, de leur publication.

Article 47.

L'obligation prévue par l'article précédent inclut pour les sociétés à responsabilité limitée:

1- En cas d'augmentation ou de réduction du capital social, la copie du procès-verbal de la délibération des associés,

2- En cas d'augmentation du capital par apports en nature, le rapport des commissaires aux apports toutefois ce rapport est déposé au moins huit jours avant la date de l'assemblée des associés appelée à décider l'augmentation.

Article 48. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Pour les sociétés par actions, le dépôt prévu par l'article 46 inclut également:

1- une copie du procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires ou des associés ayant décidé ou autorisé, soit une augmentation, soit une réduction du capital,

2- une copie de la décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants selon le cas, portant augmentation ou réduction du capital ayant été décidée par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés,

3- en cas d'augmentation du capital par apports en nature, une copie du rapport des commissaires aux apports. Ce rapport doit être déposé au moins huit jours avant la date de l'assemblée des actionnaires ou des associés appelée à prendre la décision d'augmentation du capital.

Article 49. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, le dépôt prévu par l'article 46 inclut également, la copie du procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires ayant autorisé l'émission d'actions, d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote, de titres participatifs, de certificats d'investissement, de certificats de droit de vote, d'obligations ou d'obligations convertibles en actions.

Article 50.

Sont déposés dans les conditions et délais prévus par l'article 46, en cas de transfert de siège hors du ressort du tribunal au greffe duquel la personne a été immatriculée,

1- Au greffe du tribunal de l'ancien siège, deux expéditions ou deux originaux de la décision de transfert,

2- Au greffe du tribunal du nouveau siège, deux exemplaires des statuts, mis à jour conformément aux dispositions de l'article 46.

Mention est faite, dans une pièce annexée aux statuts des sièges antérieurs et des greffes où sont déposés, en annexe au registre, les actes visés aux articles 44, 45, 46, avec l'indication de la date du dernier transfert du siège.

Article 51. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Les personnes physiques soumises obligatoirement à la tenue d'une comptabilité conformément à la législation en vigueur ainsi que les personnes morales et les commissaires aux comptes des sociétés dont la loi exige la désignation d'un commissaire aux comptes doivent, déposer en annexe au registre du commerce et en double exemplaire, les états financiers qu'elles sont tenues d'établir conformément aux lois et règlements y afférents. Concernant les personnes morales, ce dépôt doit intervenir, dans le délai d'un mois à compter de leur approbation par les assemblées générales, et dans tous les cas, avant le septième mois suivant la clôture de l'exercice comptable. D'autres documents peuvent être ajoutés par arrêté du ministre de la justice.

La société-mère, visée à l'article 461 du code des sociétés commerciales, est tenue de déposer en annexe au registre du commerce et en double exemplaire, les documents visés à l'article 472 dudit code.

Outre les documents ci-dessus mentionnés, les sociétés commerciales sont tenues de déposer, en annexe au registre du commerce et en double exemplaire, la liste des actionnaires ou des associés dont la participation est supérieure à une proportion fixée par arrêté du ministre de la justice.

Les documents ci-dessus indiqués doivent être déposés sur papier et sur support magnétique ou sur support électronique fiable, conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Article 52.

Toute société commerciale étrangère qui ouvre en Tunisie un établissement ou une succursale est tenue de déposer, au plus tard en même temps que la demande d'immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé cet établissement ou succursale deux copies des statuts de la société certifiées conforme en langue arabe.

Tous actes modifiant les statuts postérieurement à leur dépôt prévu à l'alinéa précédent doivent être déposés dans les mêmes conditions.

Article 53.

Les statuts mis à jour doivent être déposés dans les mêmes conditions qu'à l'article précédent, en cas de transfert de l'établissement de la société étrangère ou de sa succursale dans le ressort d'un autre tribunal.

TITRE V

DU CONTENTIEUX ET DES EFFETS ATTACHES AUX INSCRIPTIONS ET DEPOTS D'ACTE

Article 54.

Faute, par un commerçant personne physique de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, le Juge commis soit d'office, soit à la requête du ministère public ou de toute personne justifiant y avoir intérêt rend une ordonnance lui enjoignant de demander son Immatriculation.

Toute personne Immatriculée au registre du commerce doit, dans les délais prescrits faire procéder soit aux mentions complémentaires ou rectifications qu'elle doit y faire, soit aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclarations inexactes ou incomplètes, soit à la radiation.

Faute de requérir à ces formalités le juge commis peut l'enjoindre, dans les mêmes conditions prévues à l'alinéa précédent d'y procéder.

Le greffier d'une juridiction qui rend une décision impliquant l'obligation pour une personne de s'Immatriculer doit notifier cette décision au greffier du tribunal dans le ressort duquel l'Intéressé a son siège ou son établissement principal, celui-ci doit saisir le juge commis à la surveillance du registre.

Article 55.

Toute contestation soulevée au cours de l'immatriculation est portée devant le juge du registre du commerce qui statue par ordonnance.

Article 56. (Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)

Les ordonnances rendues par le juge du registre du commerce sont notifiées par le greffier à l'assujetti par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la même force d'un document écrit.

La notification indique la forme et le délai de recours contre l'ordonnance, mention y est faite des pénalités prévues en cas de manquements aux dispositions relatives au registre du commerce.

La décision rendue par le juge du registre du commerce est exécutée dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est devenue définitive.

Si l'assujetti ne défère pas à l'ordonnance du juge du registre du commerce, le greffier procède d'office et selon le cas aussitôt que la décision est devenue définitive, soit à son Immatriculation au registre du commerce soit à la mention dans le registre de la modification ou de la radiation.

Article 57. *(Modifié par l'article 3° de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

L'opposition aux ordonnances du juge du registre du commerce est formée, instruite et jugée selon les dispositions suivantes :

Elles peuvent être frappées d'opposition dans le délai de quinze jours à compter de la date de l'envoi de la lettre recommandée notifiant l'ordonnance prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article précédent.

L'opposition est formée au moyen d'une déclaration écrite déposée au greffe compétent, le tribunal statue à la première audience. Il y procède en chambre de conseil.

Le juge du registre du commerce ne peut assister aux délibérations sur une opposition formée contre une ordonnance rendue par lui.

Toutefois, la partie est dispensée du ministère de l'avocat.

Le greffier de la juridiction qui a rendu le jugement, en adresse à cet effet, au greffier du tribunal chargé de la tenue du registre la notification, celui-ci procède à la mention sur le registre et en avise la partie.

Il est déféré au jugement statuant sur l'opposition dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est devenue définitive.

Article 57 bis *(Ajouté par l'article 2° de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Le jugement en opposition rendu par le tribunal de première instance est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification adressée par le greffier à l'assujetti de la mention de l'extrait dudit jugement sur le registre.

La cour d'appel statue sur le recours contre le jugement rendu en opposition conformément aux procédures relatives aux référés.

Article 58. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Lorsque l'assujetti ne défère pas à une décision lui enjoignant de procéder à une formalité, le greffier en avise le ministère public et lui adresse une expédition de la décision.

La juridiction ayant rendu une décision de radiation peut enjoindre au greffier chargé de la tenue du registre d'y procéder d'office à l'expiration du délai de quinze jours à compter de l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception ou de tout autre moyen laissant une trace écrite ou ayant la même force d'un document écrit notifiant l'ordonnance ou le jugement.

Article 59.

Le ministère public ou toute personne intéressée, qui a connaissance d'un événement entraînant la dissolution d'une personne morale inscrite au registre peut mettre en demeure, par voie de signification, la personne morale ou, à défaut, le dernier dirigeant connu de celle-ci de procéder à la dissolution, si la régularisation n'intervient pas dans le délai de six mois, la personne intéressée ou le ministère public peut demander au tribunal compétent de constater la dissolution et, s'il y a lieu, d'ordonner la liquidation et la radiation.

Article 60.

L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers qui apportent la preuve contraire. Nul ne peut se prévaloir de la présomption s'il a été prouvé que la personne immatriculée n'était pas commerçante.

Article 61. *(Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

La personne assujettie à l'immatriculation ayant la qualité de commerçant, ne peut se prévaloir de cette qualité à l'égard des tiers et de l'administration s'il n'a pas requis son immatriculation dans un délai de quinze jours à compter du commencement de son activité. La qualité de commerçant n'est acquise qu'à la date de l'immatriculation.

Toutefois elle ne peut invoquer son défaut d'inscription au registre du commerce pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité.

Le commerçant immatriculé qui cède son fonds de commerce ou qui en concède l'exploitation notamment sous forme de location-gérance, ne peut opposer la cessation de son activité commerciale pour se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds, qu'à partir du jour où a été opérée la radiation ou la mention concernant la cession ou la location gérance, sans préjudice de l'application de l'article 234 du code de commerce.

Article 62.

Dans l'exercice de son activité, la personne assujettie à immatriculation ne peut opposer, ni aux tiers ni aux administrations les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre.

En outre, la personne assujettie à un dépôt d'actes ou de pièces en annexe au registre ne peut les opposer aux tiers ou aux administrations que si la formalité correspondante a été effectuée.

Toutefois, les tiers ou les administrations peuvent se prévaloir de ces actes ou pièces.

Les dispositions des alinéas précédents sont applicables aux faits ou actes sujets à mention ou à dépôt même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale. Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administration qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes.

TITRE VI**DE LA PUBLICITE DU REGISTRE****Article 63.**

Toute personne peut se faire délivrer par le greffier des certificats, copies ou extraits des inscriptions portées au registre et actes déposés en annexe, sauf en ce qui concerne les inscriptions radiées et les documents comptables qui sont communiqués dans des conditions fixées par arrêté.

Article 64.

Les demandes mentionnées à l'article précédent peuvent porter :

- a. Sur des dossiers individuels ou un ensemble de dossiers, Les demandes dans le second cas ne peuvent porter sur :

La situation matrimoniale et la capacité des personnes.

Les décisions prononçant des sanctions personnelles ou patrimoniales à l'égard des commerçants ou des dirigeants de personne morale ainsi que les décisions prononçant le relevé de ces sanctions.

Les mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale ou professionnelle, de gérer, d'administrer ou de diriger une personne morale résultant d'une décision judiciaire ou administrative ainsi que les décisions faisant disparaître ces mesures.

Les actes de poursuite pénale et les sanctions pénales.

- b. Sur des inscriptions et des actes déposés.

- c. Sur des renseignements périodiques sur l'état du registre du commerce dans des conditions fixés par arrêté du Ministre de la Justice.

Article 65.

Le greffier satisfait aux demandes visées à l'article 63 par délivrance soit de la copie intégrale des inscriptions portées au registre concernant une même personne ou d'un ou plusieurs actes déposés, soit d'un extrait indiquant l'état de l'immatriculation à la date à laquelle cet extrait est délivré, soit d'un certificat attestant qu'une personne n'est pas immatriculée. La copie, l'extrait ou le certificat est établi aux frais du demandeur.

Article 66. *(Modifié par l'article 2° de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Ne peuvent être communiqués en application des dispositions du présent titre.

- 1) Pour la procédure de règlement judiciaire :
 - a) Les jugements rendus en matière de règlement judiciaire en cas d'exécution du plan de continuation et d'apurement collectif du passif, et de clôture de la procédure en cas de cession de l'entreprise,
 - b) Les jugements rendus en matière de suspension provisoire des poursuites en cas d'exécution du plan de règlement et d'apurement collectif du passif,
- 2) Les jugements ayant décidé que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie par les dirigeants de celle-ci ou certains d'entre eux, en cas de paiement par ceux-ci du passif mis à leur charge,
- 3) Les jugements prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction prévue aux articles 455 et suivants du code de commerce en cas de clôture pour extinction du passif, relèvement des déchéances ou amnistie,
- 4) Les jugements rendus en matière de faillite, liquidation judiciaire, lorsqu'il y a eu clôture de la faillite ou de la liquidation pour homologation du concordat simple, défaut d'intérêt de la masse, réhabilitation ou amnistie,
- 5) Les jugements relatifs à la nomination de mandataire de justice lorsqu'ils ont été (apportés,
- 6) Les jugements autres que ceux prévus ci-dessus et entraînant l'Incapacité ou l'interdiction de gérer, d'administrer ou de diriger une personne morale lorsque l'intéressé a été relevé de cette incapacité ou a bénéficié d'une réhabilitation ou d'une amnistie. Cependant, le président du tribunal de première instance compétent, peut ordonner de communiquer au demandeur les jugements énumérés au paragraphe précédent sous condition de prouver l'existence d'un Intérêt légitime.

Article 67.

Toute personne immatriculée indique le nom du tribunal ainsi que son numéro d'Immatriculation tel que défini à l'article 32 en tête de ses factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires ainsi que toutes correspondances et récépissés concernant son activité. Le locataire gérant précise en outre sa qualité de locataire gérant du fond de commerce, s'il s'agit d'une société en état de liquidation, les papiers commerciaux doivent préciser qu'elle est en liquidation, pour les sociétés étrangères, sa dénomination, sa forme juridique, le lieu de son siège social à l'étranger, s'il y a lieu son numéro d'immatriculation dans l'état où elle a son siège.

TITRE VII**DES DISPOSITIONS PENALES****Article 68.** *(Modifié par l'article 14 de la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005)*

Toute personne tenue de requérir une immatriculation, une mention rectificative, ou une radiation, ou une mention complémentaire y compris les documents visés à l'article 51 de la présente loi, et qui, dans les quinze jours de la date à laquelle est devenue définitive l'ordonnance rendue par le juge, lui enjoignant de requérir, l'une de ses formalités, n'a pas sans excuse jugé e valable, déféré à cette Injonction, est punie

d'une amende de cent à mille dinars, indépendamment d'assumer les poursuites qui en découlent. Et, en cas de récidive, d'une amende de deux cent à deux mille dinars, pour les personnes morales l'amende ne peut être inférieure à la moitié de sa limite maximale.

Le tribunal ordonne dans tous les cas que l'immatriculation, les mentions ou la radiation soient mentionnés au registre du commerce.

Article 69. *(Modifié par l'article 1° de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Toute indication inexacte ou incomplète donnée par quiconque, de mauvaise fois, en vue d'une immatriculation, d'une mention complémentaire ou rectificative ou d'une radiation au registre du commerce, est puni d'une amende de cent à cinq mille dinars.

Les mêmes pénalités sont applicables à tout commerçant, à tout gérant ou administrateur de société, assujettis aux prescriptions de la présente loi, laissant figurer, dans tous actes et documents relatifs à son commerce, les mentions concernant le nom du tribunal où il est immatriculé ou le numéro de son immatriculation qu'il sait être inexacte.

En cas de récidive l'amende est portée de deux cents à deux mille dinars. Pour les personnes morales l'amende ne peut être inférieure à la moitié de sa limite maximale.

Article 70

Est puni d'une amende de cent à mille dinars tout commerçant, tout gérant ou administrateur d'une société qui ne mentionne pas, dans les conditions prescrites par l'article 67 de la présente loi, dans ses factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires ainsi que sur toutes correspondances et récépissés concernant son activité, le numéro de son immatriculation et le nom du tribunal où il est immatriculé et, en cas de récidive, d'une amende de deux cent à deux mille dinars, pour les personnes morales l'amende ne peut être inférieure à la moitié de sa limite maximale.

Article 70 bis *(Ajouté par l'article 2° de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010)*

Les infractions aux dispositions de la présente loi sont constatées par:

- les officiers de police judiciaire visés aux numéros 1 à 4 de l'article 10 du code de procédure pénale,
- les inspecteurs et les agents habilités par le ministre chargé du commerce, du ministre chargé des finances ou par toute autre administration ou institution publique compétente et habilitée à cet effet, et ce, conformément à la législation en vigueur. Les faits constitutifs de l'infraction sont constatés personnellement et directement par deux agents assermentés.

Les procès-verbaux relatifs aux infractions prévues par la présente loi doivent mentionner ce qui suit :

- la date, l'heure et le lieu du procès-verbal,
- la nature de l'infraction commise,
- les nom, prénom et profession du contrevenant lorsque celui-ci est une personne physique ou, la raison sociale ou le nom commercial et l'adresse lorsque le contrevenant est une personne morale,
- la signature du contrevenant s'il est une personne physique ou du représentant légal de la personne morale ayant assisté à l'établissement du procès-verbal ou, la mention selon le cas de son absence ou de son refus ou de son incapacité de signer et du motif de ce refus et de cette incapacité,
- le cachet du service dont relèvent les deux agents ayant constaté l'infraction et leurs noms, prénoms et signatures.

TITRE VIII

DES DISPOSITIONS FINALES

Article 71

Toutes personnes mentionnées à l'article 2 de la présente loi doit, dans le délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur, demander à être réinscrite au registre du commerce et des sociétés conformément

aux dispositions prévues par la présente loi à défaut, toute immatriculation sera supprimée à l'expiration de ce délai.

Toute personne justifiant y avoir intérêt peut, requérir la réinscription d'une personne physique ou morale qui, ne l'aurait pas requise, conformément aux dispositions de l'article 54 de la présente loi.

Article 72 (*Modifié par l'article 1^{er} de la loi n°2010-15 du 14 avril 2010*)

Les taxes et émoluments afférents aux formalités effectuées en application de la présente loi par les registres locaux du commerce sont à la charge des requérants.

Est affectée au profit du registre central du commerce un droit fixe sur les taxes et émoluments afférents aux formalités d'inscription aux registres locaux.

Les tarifs et les modalités de perception des taxes et émoluments afférents aux formalités effectuées par les registres locaux du commerce, ainsi que du droit fixe affecté au profit du registre central du commerce sont fixés par décret.

Article 73

Les dispositions de la présente loi prendront effet six mois après sa publication.

Article 74

Sont abrogées à compter de la mise en vigueur de la présente loi, toutes dispositions antérieures contraires et, notamment le décret du 16 Juillet 1926 Instituant le registre du commerce.

La présente loi sera publiée au Journal Officiel de la République tunisienne et exécutée comme loi de l'Etat,

Tunis, le 2 mai 1995.

Zine El Abidine Ben Ali

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PARTIE PREMIERE : AMBIVALENCE DE L'IMMATRICULATION.....	30
TITRE I: AMBIVALENCE DU ROLE DE L'IMMATRICULATION.....	33
CHAPITRE 1: LE ROLE CONSTITUTIF DE L'IMMATRICULATION.....	36
<i>Section 1: L'acte d'immatriculation.....</i>	<i>37</i>
Paragraphe 1: Les entreprises concernées.	39
I/ Le commerçant exploitant	40
A / La notion du commerçant au sens de l'article 2 du Code de commerce.	41
a/ Le commerçant professionnel	42
b/ Situations particulières.....	48
1°/ Le locataire-gérant d'un fonds de commerce	48
2°/ Le conjoint du commerçant.	51
3°/ Les indivisaires d'un fonds de commerce.....	54
4°/ Les associés de fait.	56
B/ L'exclusion des autres personnes ayant la qualité de commerçant	59
II/ Les groupements ayant la personnalité morale.	63
A/ L'extension du domaine de l'obligation d'immatriculation à toute entreprise ayant la personnalité morale.	66
B/ Les sociétés créées dans le cadre d'une concentration.....	69
Paragraphe 2: La simplification de la procédure d'immatriculation	73
I/ Les mesures simplifiant la demande d'immatriculation.	74
A/ Accélérer la procédure d'immatriculation.	74
a/ Délai raccourci	75
b/ Faciliter la domiciliation de l'entreprise.	78
B/ La multiplication des intervenants dans l'acte d'immatriculation	84
a/ Les chambres de commerce et de l'industrie.....	84
b/ Le guichet unique de l'Agence de Promotion de l'Industrie et de l'Innovation.....	87

II/ La nouvelle forme de la demande : la voie électronique.....	89
A/ Le dépôt électronique.	91
B/ Délivrance du récépissé par voie électronique.	95
<i>Section 2: Les effets de l'acte d'immatriculation.</i>	<i>97</i>
Paragraphe 1: L'effet constitutif d'une qualité	98
I/ La naissance de la qualité d'une société personne morale	100
A/ La solution du droit français.....	101
B/ La solution du droit tunisien	104
II/ La naissance de la qualité de commerçant	106
Paragraphe 2: L'effet constitutif d'un droit	111
I/ L'immatriculation: une condition d'acquisition de droits reconnus aux commerçants.	112
A/ Les droits reconnus par le droit tunisien.....	112
a/ L'immatriculation: condition d'exercice de certaines professions.....	113
b/ L'immatriculation: condition d'application de certaines règles spécifiques.	116
B/ L'innovation du droit français.....	118
a/ L'immatriculation crée une présomption de non salariat	119
b/ L'immatriculation crée un patrimoine d'affectation.....	122
II/ L'immatriculation constitue un critère de rattachement qui détermine le droit applicable.....	127
A/ L'immatriculation comme critère de détermination de la lex societatis	127
B/ Le transfert du siège social exige une nouvelle immatriculation.	133
CHAPITRE 2: LE ROLE PROBATOIRE DE L'IMMATRICULATION.	142
<i>Section 1: Les mesures Facilitant l'obtention de l'extrait d'immatriculation.</i>	<i>143</i>
Paragraphe 1: Le numéro d'immatriculation identifie la personne immatriculée.	144
I/ Le caractère unique du numéro d'immatriculation.	144
II/ Le caractère inchangeable du numéro d'immatriculation.....	149
A/ Maintien du numéro d'immatriculation dans les cas de liquidation d'une société dissoute.....	150
B/ Maintien du numéro d'immatriculation dans les cas de restructuration de société.....	153
Paragraphe 2: La publicité du numéro d'immatriculation.....	160

I/ L'indication du numéro d'immatriculation sur les documents commerciaux ...	160
II/ La publication de l'immatriculation n'est pas imposée.....	164
<i>Section 2/ La force probante de l'extrait d'immatriculation.....</i>	<i>167</i>
Paragraphe 1: L'extrait d'immatriculation: support papier.....	169
I/ La qualité d'officier public du greffier.....	170
II/ La certification de l'extrait.....	176
Paragraphe 2: L'extrait d'immatriculation: support électronique.....	178
I/ La reconnaissance du support électronique de l'extrait: état actuel du droit positif.....	179
A/ La réticence de la loi relative au registre du commerce.	181
B/ L'incidence de la loi n°2000-57 du 13 juin 2000.....	184
II/ L'obstacle à l'attribution du caractère authentique à l'extrait électronique du registre du commerce.	189
CONCLUSION PARTIE I TITRE I	191
TITRE II: AMBIVALENCE DE LA FINALITE.....	194
CHAPITRE 1: L'IMMATRICULATION: UNE MESURE D'INFORMATION.....	196
<i>Section 1: Une information sanctionnée par l'opposabilité pour les sociétés commerciales.....</i>	<i>197</i>
Paragraphe 1: L'immatriculation n'est pas une condition de l'existence de société.	198
I/ L'ordre juridique reconnaît l'existence d'une société dépourvue de la personnalité morale.	199
II/ L'immatriculation n'est pas une formalité constitutive.....	204
Paragraphe 2: L'immatriculation et l'opposabilité de l'organisation.	209
I/ L'opposabilité de l'organisation et la personnalité morale.....	210
A/ La personnalité morale: une technique d'opposabilité.....	210
B/ La personnalité morale: modalité de la personnalité juridique.....	214
II/ Les conséquences pratiques de l'opposabilité de l'organisation.	218
A/ L'immatriculation et l'opposabilité d'un patrimoine propre.....	220
B/ L'immatriculation et l'opposabilité d'un intérêt propre	225
<i>Section 2: L'immatriculation informe de l'existence d'une structure juridique.....</i>	<i>230</i>
Paragraphe 1: L'absence d'effet juridique de l'immatriculation sur la personnalité morale de la société civile.....	231
I/ Reconnaissance de la personnalité morale d'une société civile.	232

A/ D'une reconnaissance équivoque	234
B/ A une reconnaissance certaine	237
II/ L'immatriculation révèle l'existence de la personnalité morale d'une société civile.....	239
Paragraphe 2: L'immatriculation informe sur la situation de certaines structures juridiques dépourvues de la personnalité morale.....	244
I/ L'assujettissement à l'immatriculation des établissements et succursales dépourvus de la personnalité morale.....	247
II/ Les spécificités de cette immatriculation.	251
CHAPITRE 2: A EFFICIENCE LIMITEE.....	253
<i>Section 1: La reconnaissance de la personnalité morale en dehors de l'immatriculation.</i>	253
Paragraphe 1: La reconnaissance légale d'une personnalité morale à la société en formation.....	255
I/ Les actes conclus pour la société en formation: preuve de l'existence d'une personnalité morale.	259
A/ L'insuffisance des fondements juridiques justifiables de l'accomplissement des actes pour la société en formation.....	260
B/ Le fondement économique justifiable de l'accomplissement des actes pour la société en formation.	263
II/ La technique de la reprise : preuve de l'existence d'une personnalité morale.....	268
Paragraphe 2: La reconnaissance judiciaire d'une personnalité morale à des sociétés non immatriculées.	272
I/ La reconnaissance judiciaire de la personnalité morale pour la recevabilité de l'action en justice.	274
A/ L'attribution d'une capacité passive	274
B/ L'incidence du défaut d'immatriculation sur l'étendu de la capacité passive.	277
II/ L'influence de l'objet du litige sur la reconnaissance judiciaire de la personnalité morale.	280
A/ L'octroi posthume d'une personnalité morale pour liquider une société non immatriculée.	280

B/ La renaissance de la personnalité morale pour les besoins de liquidation.....	286
<i>Section 2: L'immatriculation n'évite pas la nullité.....</i>	289
Paragraphe 1: la non consécration de la technique de la purge.	290
I/ Les différentes méthodes de purge consacrées par le droit comparé.....	291
II/ La position du législateur tunisien: l'absence de l'effet purgatif de l'immatriculation au registre du commerce.	295
Paragraphe 2: L'inefficacité du système de contrôle.	297
I/ La nature du contrôle	298
A/ Un contrôle sui generis est instauré en droit français.....	299
B/ Un contrôle judiciaire est instauré en droit tunisien	302
II/ L'étendu du contrôle.	305
A/ La position du législateur	306
a/ Le recours à la doctrine française.....	307
b/ Le particularisme du droit tunisien	310
B/ L'évolution de la position de la jurisprudence	317
CONCLUSION TITRE II	320
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	324
PARTIE DEUXIEME: INSUFFISANCES DE L'IMMATRICULATION.....	327
TITRE I: L'IMMATRICULATION ET LA THEORIE DE L'APPARENCE....	331
CHAPITRE 1: L'IMMATRICULATION EST CONCURRENCEE PAR LA THEORIE D'APPARENCE.....	336
<i>Section 1: L'immatriculation crée une apparence.....</i>	337
Paragraphe1: Les techniques de conversion.	337
I/ La technique de la simulation.	338
II/ La technique de l'opposabilité.	344
Paragraphe 2: La portée de la conversion.....	348
I/ La présomption simple de connaissance.....	348
II/ La présomption de commercialité de l'article 60 de la loi du 2 mai 1995 : une présomption de connaissance.	352
<i>Section 2: L'immatriculation renforce l'apparence.....</i>	355
Paragraphe1: La spécificité de la condition de bonne foi des tiers.....	356
I/ Spécificité de la notion du tiers concerné par une apparence créée par l'immatriculation.	356

II/ La spécificité de la notion de bonne foi: bonne foi-ignorance.	361
Paragraphe 2: La spécificité de l'erreur commise: l'erreur légitime.	364
I/ L'erreur issue d'une immatriculation inexacte n'est pas commune (elle est individuelle)	368
II/ L'immatriculation inexacte crée une erreur légitime: La dispense de faire des investigations.	372
CHAPITRE 2: L'IMMATRICULATION DEPASSEE PAR LA THEORIE D'APPARENCE.	381
<i>Section 1: La théorie d'apparence anéanti les effets d'une immatriculation inexacte : l'inopposabilité de la situation publiée.</i>	<i>381</i>
Paragraphe 1: L'absence de la qualité de commerçant d'une entreprise individuelle immatriculée.	384
Paragraphe 2: La destruction de l'écran de la personnalité morale fictive.....	387
<i>Section 2: La théorie d'apparence anéantit l'effet de l'immatriculation devenue inexacte.</i>	<i>393</i>
Paragraphe 1: La non radiation laisse subsister une situation apparente issue d'une immatriculation	394
I/ La situation du commerçant retiré mais non radié: renforcement des règles des inscriptions au registre du commerce.	396
A/ Le maintien exprès par le législateur de la qualité de commerçant dans certains cas.....	396
B/ L'hésitation de la doctrine française quant à l'origine de la présomption irréfragable de commercialité:.....	402
II/ La société en sommeil: élargissement du domaine de la société fictive. ..	407
Paragraphe 2: Le défaut de mention de la cessation d'activité crée l'apparence.	413
I/ Le défaut de la mention de la cessation crée l'apparence de la commercialité.....	415
II/ Le défaut de la mention de la cessation d'activité crée l'apparence d'une personne morale.	423
CONCLUSION DU TITRE I.....	430
TITRE II: L'IMMATRICULATION ET LES SITUATIONS DE FAIT.	433
CHAPITRE 1: L'ASSIMILATION D'UNE SITUATION DE FAIT A UNE SITUATION DE DROIT	434
<i>Section 1: L'assimilation du commerçant non immatriculé à celui immatriculé. .</i>	<i>434</i>
Paragraphe 1: Le refus de la qualification "commerçant de fait".	436
I/ Les arguments de la doctrine.	436

II/ Effet probatoire de l'immatriculation.	440
Paragraphe 2: Le commerçant non immatriculé et le statut restreint du commerçant de fait.....	447
I/ Le doute quant au caractère favorable de certains droits.....	450
A/ Le défaut d'immatriculation d'un commerçant et le droit au redressement judiciaire.....	450
B/ Le défaut d'immatriculation et le droit au renouvellement du bail.	458
C/ L'immatriculation au registre du commerce et la liberté de la preuve...	463
II/ Le caractère objectif - neutre- de certaines règles.	468
A/ Le défaut d'immatriculation et la compétence des chambres commerciales.	468
B/ Le défaut d'immatriculation et la prescription	474
<i>Section 2: La société non immatriculée est une société de fait.</i>	<i>477</i>
Paragraphe 1: Une notion particulière de société de fait: La société non immatriculée est une société valable.	478
I/ Le développement de la position du législateur tunisien.....	479
A/ La nullité est une sanction consacrée par le Code de commerce mais qui mérite d'être évaluée.	479
B/ La nullité est une sanction difficilement écartée par le Code des sociétés commerciales	482
II/ L'archaïsme du droit français.	484
Paragraphe 2: La soumission de la société non immatriculée à un statut particulier de société de fait.	486
I/ Au niveau interne: le contrat de société régie le rapport entre les associés.....	486
II/ Au niveau externe: la soumission au régime de la responsabilité des associés en nom collectif.....	491
A/ La mise en œuvre de la responsabilité solidaire.....	492
B/ L'étendu de la responsabilité collective.	496
CHAPITRE 2: LA REGULARISATION SOLLICITEE.	501
<i>Section 1: La régularisation à travers la loi du 2 mai 1995.</i>	<i>505</i>
Paragraphe 1: Le domaine limité de l'ordonnance du juge de registre du commerce.....	506

I/ L'ordonnance du juge du registre du commerce est réservée à l'assujetti personne physique.....	507
II/ Les voies de recours contre l'ordonnance du juge de registre du commerce.....	512
Paragraphe 2: L'immatriculation d'office.....	516
<i>Section 2: L'action en régularisation en droit des sociétés.....</i>	<i>520</i>
Paragraphe 1: La possibilité de régulariser le défaut d'immatriculation d'une société	520
I/ La divergence des droits tunisien et français.....	521
A/ Le domaine de la régularisation limité à l'action en nullité en droit tunisien.	521
B/ La position floue du législateur français.....	523
II/ De l'utilité de l'extension du domaine de régularisation au défaut d'immatriculation.	525
Paragraphe 2:La possibilité de recours au juge de référés.....	528
CONCLUSION TITRE II	535
CONCLUSION PARTIE II.....	537
CONCLUSION GENERALE.....	543
BIBLIOGRAPHIE.....	547
INDEX ALPHABETIQUE	583
ANNEXE.....	589
TABLE DES MATIERES.....	608