

DOCTRINE

DOCTRINE

Le capital social à travers le Code des sociétés commerciales

Par Mohamed KETATA
Enseignant à la Faculté de Droit de Sfax

Introduction :

1. Dans un temps où le développement des investissements est devenu, plus que jamais, une nécessité économique vitale, voire un défi des sociétés modernes, le proverbe selon lequel « l'argent est l'appui des affaires » se trouve de plus en plus justifié. En fait, Turgot avait parfaitement raison en affirmant que « (...) sans argent, point de commerce, point d'affaires... point d'argent, tout est mort, tout est perdu »¹. Mais, d'où vient l'argent ?

2. Certes, l'entreprise ne peut pas fonctionner seulement avec des capitaux d'emprunt, elle doit compter sur ses fonds propres pour éviter les inconvénients des emprunts. Le capital social est incontestablement l'élément le plus important parmi ces fonds propres.

3. À la croisée du droit des sociétés commerciales, du droit comptable et de la science économique, la notion de capital social « (...) recèle une puissante charge conceptuelle et émotionnelle »², ce qui explique qu'elle soit au cœur des controverses sur les types d'organisation économique et sociales depuis deux siècles³.

Le capital social⁴ est une notion pluridisciplinaire. Economistes, comptables et juristes ont tous placé le « capital » au centre de leurs

¹ - Cité par A. COURET, « L'entreprise et l'argent », *Recueil Dalloz Sirey*, 1982, p. 12.

² - Ph. BISSARA, « Rapport de synthèse », in. « Quel avenir pour le capital social ? », *Colloque de Paris* sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p. 217.

³ - *Ibid.*, loc. cit.

⁴ - Etymologiquement, le mot « capital » vient du latin *caput-capitis* qui signifie « tête » ou encore « premier par l'importance ».

Le capital social à travers le Code des sociétés commerciales

Par Mohamed KETATA
Enseignant à la Faculté de Droit de Sfax

Introduction :

1. Dans un temps où le développement des investissements est devenu, plus que jamais, une nécessité économique vitale, voire un défi des sociétés modernes, le proverbe selon lequel « l'argent est l'appui des affaires » se trouve de plus en plus justifié. En fait, Turgot avait parfaitement raison en affirmant que « (...) sans argent, point de commerce, point d'affaires... point d'argent, tout est mort, tout est perdu »¹. Mais, d'où vient l'argent ?

2. Certes, l'entreprise ne peut pas fonctionner seulement avec des capitaux d'emprunt, elle doit compter sur ses fonds propres pour éviter les inconvénients des emprunts. Le capital social est incontestablement l'élément le plus important parmi ces fonds propres.

3. À la croisée du droit des sociétés commerciales, du droit comptable et de la science économique, la notion de capital social « (...) recèle une puissante charge conceptuelle et émotionnelle »², ce qui explique qu'elle soit au cœur des controverses sur les types d'organisation économique et sociales depuis deux siècles³.

Le capital social⁴ est une notion pluridisciplinaire. Economistes, comptables et juristes ont tous placé le « capital » au centre de leurs

¹ - Cité par A. COURET, « L'entreprise et l'argent », Recueil Dalloz Sirey, 1982, p. 12.

² - Ph. BISSARA, « Rapport de synthèse », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p. 217.

³ - Ibid., loc. cit.

⁴ - Etymologiquement, le mot « capital » vient du latin *caput-capitis* qui signifie « tête » ou encore « premier par l'importance ».

réflexions. Nombreuses sont les définitions présentées par la doctrine et à chacun son angle de vue.

4. Au sens économique, le capital social est l'élément de base de financement de l'activité que l'entreprise exerce⁵. C'est un ensemble de biens constituant les moyens de production qui permet à la personne morale d'exercer sa fonction d'entrepreneur, c'est-à-dire de réunir les facteurs de production⁶. On distingue, selon cette conception économique, entre le capital fixe comme l'ensemble des moyens de production durables (construction, équipement, matériel, machine,...) et le capital circulant à savoir les moyens de production qui sont transformés au cours d'un cycle de production (matières premières, énergie,...)⁷.

5. Au sens comptable, le capital social occupe le compte général numéro un. Il est conçu comme étant une dette que la société contracte envers les associés, c'est ce qu'explique sa place au passif en haut du bilan. C'est une « représentation purement figurative portant sur des chiffres, et non d'une représentation matérielle portant sur des biens précis⁸ ». Il s'agit bien d'un chiffre, d'une simple valeur abstraite, représentant la valeur d'entrée des apports⁹.

6. Au sens juridique, il n'y a pas une définition originale. Il semble que les juristes se sont contentés de transposer la définition comptable sur le terrain juridique. La transposition est malheureusement « maladroite ». Selon l'article 5 du code des sociétés commerciales¹⁰, le capital social est constitué

⁵ - F. GORÉ, «La notion de capital social», *Études offertes à RENÉ RODIÈRE*, Dalloz 1981, p.85.

⁶ - E. KOBÔ, *Contribution à l'étude juridique des « fonds propres »*, thèse dactyl., Université Paris IX Dauphine, 1987, p. 190.

⁷ - Ibid. loc. cit.

⁸ - F. GORÉ, *article précité*, p.86.

⁹ - S. DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Litec, 1989, p.15 ; F. GORÉ, *article précité*, p.85.

¹⁰ - Ci-après noté «CSC».

réflexions. Nombreuses sont les définitions présentées par la doctrine et à chacun son angle de vue.

4. Au sens économique, le capital social est l'élément de base de financement de l'activité que l'entreprise exerce⁵. C'est un ensemble de biens constituant les moyens de production qui permet à la personne morale d'exercer sa fonction d'entrepreneur, c'est-à-dire de réunir les facteurs de production⁶. On distingue, selon cette conception économique, entre le capital fixe comme l'ensemble des moyens de production durables (construction, équipement, matériel, machine,...) et le capital circulant à savoir les moyens de production qui sont transformés au cours d'un cycle de production (matières premières, énergie,...)⁷.

5. Au sens comptable, le capital social occupe le compte général numéro un. Il est conçu comme étant une dette que la société contracte envers les associés, c'est ce qu'explique sa place au passif en haut du bilan. C'est une « représentation purement figurative portant sur des chiffres, et non d'une représentation matérielle portant sur des biens précis⁸ ». Il s'agit bien d'un chiffre, d'une simple valeur abstraite, représentant la valeur d'entrée des apports⁹.

6. Au sens juridique, il n'y a pas une définition originale. Il semble que les juristes se sont contentés de transposer la définition comptable sur le terrain juridique. La transposition est malheureusement « maladroite ». Selon l'article 5 du code des sociétés commerciales¹⁰, le capital social est constitué

⁵ - F. GORÉ, «La notion de capital social», *Études offertes à RENÉ RODIÈRE*, Dalloz 1981, p.85.

⁶ - E. KOBÔ, *Contribution à l'étude juridique des « fonds propres »*, thèse dactyl., Université Paris IX Dauphine, 1987, p. 190.

⁷ - Ibid. loc. cit.

⁸ - F. GORÉ, *article précité*, p.86.

⁹ - S. DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Litec, 1989, p.15 ; F. GORÉ, *article précité*, p.85.

¹⁰ - Ci-après noté «CSC».

par l'ensemble des apports en numéraire et en nature, à l'exception des apports en industrie. Cette définition est imprécise car le capital social en droit n'est pas un bien, il s'agit d'une valeur fixée dans les statuts sociaux. Elle est aussi lacunaire car le capital social peut certainement être constitué par l'incorporation des réserves. Dans cette hypothèse, il ne peut pas être réduit à la somme des apports en numéraire et en nature¹¹.

7. Le capital social ne doit pas être confondu avec des notions voisines tels que l'actif social, les fonds propres¹² ou encore le patrimoine social¹³.

8. Un bref survol historique du concept de capital social permet de dégager que cette notion, dans sa conception actuelle, a des racines historiques certaines, mais pas trop profondes. La plupart des auteurs¹⁴ affirment que cette notion est née au cours du XIX^{ème} siècle¹⁵. De toutes les

¹¹ - A. LECOURT, « Capital social », *Rép. Dalloz dr. soc.*, mai 2009 (dernière mise à jour : décembre 2010), n°1.

¹² - La distinction entre la notion de capital social et celles d'actif social et de fonds propres va être clarifiée au corps de cet article.

¹³ - Le capital social ne doit pas être confondu avec le patrimoine social. D'une part, La notion de patrimoine social est plus large que celle du capital social. Le patrimoine social, comme tout patrimoine, est une universalité de droit qui englobe des droits et des obligations, c'est à dire, des créances et des dettes. Le capital social n'est donc qu'un élément de ce patrimoine. Les apports transmis à la société ne constituent qu'une partie de ce patrimoine social qui peut s'enrichir ou s'appauvrir en fonction des résultats financiers. D'autre part, le capital social qui représente le montant des apports mis à la disposition de la société, est relativement fixe (sa modification est assorti de plusieurs conditions de fond et de forme). Par contre, le patrimoine social, qui est le corollaire logique de l'acquisition de la personnalité morale, est essentiellement variable car les droits et obligations de la société varient d'un moment à un autre.

¹⁴ - V. M. GERMAIN, « Le capital de la société commerciale », *Rev. Juris. Com.*, Numéro spécial, L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992, Novembre 1987, p.28 ; P. Le CANNU, « Les rides du capital social », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.4 ; M.-H. GUILLEMIN et N. GRAS, « Le capital social des sociétés », <http://www.monjuriste.com/droit-des-sociétés/capital-social/introduction-8>.

¹⁵ - Avec la loi française du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions.

par l'ensemble des apports en numéraire et en nature, à l'exception des apports en industrie. Cette définition est imprécise car le capital social en droit n'est pas un bien, il s'agit d'une valeur fixée dans les statuts sociaux. Elle est aussi lacunaire car le capital social peut certainement être constitué par l'incorporation des réserves. Dans cette hypothèse, il ne peut pas être réduit à la somme des apports en numéraire et en nature¹¹.

7. Le capital social ne doit pas être confondu avec des notions voisines tels que l'actif social, les fonds propres¹² ou encore le patrimoine social¹³.

8. Un bref survol historique du concept de capital social permet de dégager que cette notion, dans sa conception actuelle, a des racines historiques certaines, mais pas trop profondes. La plupart des auteurs¹⁴ affirment que cette notion est née au cours du XIX^{ème} siècle¹⁵. De toutes les

¹¹ - A. LECOURT, « Capital social », *Rép. Dalloz dr. soc.*, mai 2009 (dernière mise à jour : décembre 2010), n°1.

¹² - La distinction entre la notion de capital social et celles d'actif social et de fonds propres va être clarifiée au corps de cet article.

¹³ - Le capital social ne doit pas être confondu avec le patrimoine social. D'une part, La notion de patrimoine social est plus large que celle du capital social. Le patrimoine social, comme tout patrimoine, est une universalité de droit qui englobe des droits et des obligations, c'est à dire, des créances et des dettes. Le capital social n'est donc qu'un élément de ce patrimoine. Les apports transmis à la société ne constituent qu'une partie de ce patrimoine social qui peut s'enrichir ou s'appauvrir en fonction des résultats financiers. D'autre part, le capital social qui représente le montant des apports mis à la disposition de la société, est relativement fixe (sa modification est assorti de plusieurs conditions de fond et de forme). Par contre, le patrimoine social, qui est le corollaire logique de l'acquisition de la personnalité morale, est essentiellement variable car les droits et obligations de la société varient d'un moment à un autre.

¹⁴ - V. M. GERMAIN, « Le capital de la société commerciale », *Rev. Juris. Com.*, Numéro spécial, L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992, Novembre 1987, p.28 ; P. Le CANNU, « Les rides du capital social », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.4 ; M.-H. GUILLEMIN et N. GRAS, « Le capital social des sociétés », <http://www.monjuriste.com/droit-des-sociétés/capital-social/introduction-8>.

¹⁵ - Avec la loi française du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions.

manières, dans l'ancien droit, il est difficile d'admettre son existence en droit romain, là où la personne morale, dont dépend le capital, a connu une naissance tardive.

9. Le capital social occupe une place prépondérante dans le CSC et dans le droit des sociétés en général. Il est curieux de noter que le mot « capital » est répété plus que deux cents fois dans le CSC. Plus que cent vingt articles du CSC, qui représentent presque le un quart du nombre des articles du Code, parlent directement ou indirectement du capital.

10. Il va sans dire que l'importance d'une notion quelconque provient essentiellement de l'importance de ses fonctions. A cet égard, le capital social se présente souvent comme une notion purement fonctionnelle. Ses fonctions sont multiples. L'ambivalence de sa définition est doublée d'une ambivalence fonctionnelle. Le capital assume traditionnellement trois types de fonctions. Il est un mode de financement de la société, ce qui renvoie à une approche économique. L'approche juridique n'est pas absente puisque le capital est présenté comme une garantie pour les créanciers et aussi comme un répartiteur des pouvoirs dans la société. Or, dans chacun de ces rôles, il semble que le capital social se délite, qu'il perd de sa consistance, de sa grandeur, de son utilité¹⁶.

11. Le traitement du capital social par le CSC, ne reflète-t-il pas une certaine hypocrisie, qui se traduit à travers la protection du capital social en tant que valeur comptable vénérable dans la société, en contrepartie de la négligence des fonctions de cette notion purement fonctionnelle ?

12. A travers le CSC, force est de constater que le législateur a fait de son mieux pour bien encadrer et surtout protéger la valeur du capital social (première partie). Toutefois, et aussi paradoxalement que cela puisse paraître, le législateur, à travers d'autres dispositions du même Code, a négligé et abandonné indirectement les fonctions de cette notion qui sont en quelques sortes ses atouts (seconde partie).

¹⁶ - A. LECOURT, *article précité*, n°13.

manières, dans l'ancien droit, il est difficile d'admettre son existence en droit romain, là où la personne morale, dont dépend le capital, a connu une naissance tardive.

9. Le capital social occupe une place prépondérante dans le CSC et dans le droit des sociétés en général. Il est curieux de noter que le mot « capital » est répété plus que deux cents fois dans le CSC. Plus que cent vingt articles du CSC, qui représentent presque le un quart du nombre des articles du Code, parlent directement ou indirectement du capital.

10. Il va sans dire que l'importance d'une notion quelconque provient essentiellement de l'importance de ses fonctions. A cet égard, le capital social se présente souvent comme une notion purement fonctionnelle. Ses fonctions sont multiples. L'ambivalence de sa définition est doublée d'une ambivalence fonctionnelle. Le capital assume traditionnellement trois types de fonctions. Il est un mode de financement de la société, ce qui renvoie à une approche économique. L'approche juridique n'est pas absente puisque le capital est présenté comme une garantie pour les créanciers et aussi comme un répartiteur des pouvoirs dans la société. Or, dans chacun de ces rôles, il semble que le capital social se délite, qu'il perd de sa consistance, de sa grandeur, de son utilité¹⁶.

11. Le traitement du capital social par le CSC, ne reflète-t-il pas une certaine hypocrisie, qui se traduit à travers la protection du capital social en tant que valeur comptable vénérable dans la société, en contrepartie de la négligence des fonctions de cette notion purement fonctionnelle ?

12. A travers le CSC, force est de constater que le législateur a fait de son mieux pour bien encadrer et surtout protéger la valeur du capital social (première partie). Toutefois, et aussi paradoxalement que cela puisse paraître, le législateur, à travers d'autres dispositions du même Code, a négligé et abandonné indirectement les fonctions de cette notion qui sont en quelques sortes ses atouts (seconde partie).

¹⁶ - A. LECOURT, *article précité*, n°13.

La protection de la valeur du capital social

13. Conscient de l'importance du capital dans la vie sociale, le législateur veille à sa protection. Cette attention particulière à la notion de capital se manifeste non seulement à travers la rigueur des conditions de sa modification (B), mais aussi et surtout à travers les principes qui le régissent (A).

Une protection à travers les principes régissant le capital social

14. Pour défendre l'idée selon laquelle le capital social est le « gage exclusif des créanciers¹⁷ », le législateur tunisien a accordé à travers le CSC une attention particulière aux principes régissant le capital quant à son existence et à son maintien. Afin de garantir la substance initiale de l'actif social qui est en même temps celle du capital social, le législateur a consacré le principe de la réalité du capital social. Pour garantir le maintien de cette substance, le principe d'intangibilité du capital et son corollaire technique le principe de fixité viennent parachever cette construction¹⁸.

La consécration législative du principe de réalité du capital social

15. Le principe de réalité signifie que « le chiffre du capital détenu par la société et annoncé dans les statuts doit impérativement correspondre aux apports promis et effectivement transmis »¹⁹.

16. Notons au prime abord que le législateur²⁰ exige que le capital soit précisé dans les statuts de la société²¹. Le capital apparaît ainsi comme un indicateur de la puissance et de la capacité financière de la société. Il s'agit de montrer la fortune de la société de façon à ce que les tiers contractent en

¹⁷ - Art. 5 CSC.

¹⁸ - S. DANA-DÉMARET, thèse précitée, p.275.

¹⁹ - Ibid., n°115, p.134.

²⁰ - A travers l'article 9 du CSC.

²¹ - Les statuts d'une société consacrent généralement une rubrique au capital social. Cette rubrique s'ouvre sur un article du genre de celui-ci : « Le capital social est fixé à X dinars. Il est divisé en N actions (ou parts) de Y dinars chacune ».

La protection de la valeur du capital social

13. Conscient de l'importance du capital dans la vie sociale, le législateur veille à sa protection. Cette attention particulière à la notion de capital se manifeste non seulement à travers la rigueur des conditions de sa modification (B), mais aussi et surtout à travers les principes qui le régissent (A).

Une protection à travers les principes régissant le capital social

14. Pour défendre l'idée selon laquelle le capital social est le « gage exclusif des créanciers¹⁷ », le législateur tunisien a accordé à travers le CSC une attention particulière aux principes régissant le capital quant à son existence et à son maintien. Afin de garantir la substance initiale de l'actif social qui est en même temps celle du capital social, le législateur a consacré le principe de la réalité du capital social. Pour garantir le maintien de cette substance, le principe d'intangibilité du capital et son corollaire technique le principe de fixité viennent parachever cette construction¹⁸.

La consécration législative du principe de réalité du capital social

15. Le principe de réalité signifie que « le chiffre du capital détenu par la société et annoncé dans les statuts doit impérativement correspondre aux apports promis et effectivement transmis »¹⁹.

16. Notons au prime abord que le législateur²⁰ exige que le capital soit précisé dans les statuts de la société²¹. Le capital apparaît ainsi comme un indicateur de la puissance et de la capacité financière de la société. Il s'agit de montrer la fortune de la société de façon à ce que les tiers contractent en

¹⁷ - Art. 5 CSC.

¹⁸ - S. DANA-DÉMARET, thèse précitée, p.275.

¹⁹ - Ibid., n°115, p.134.

²⁰ - A travers l'article 9 du CSC.

²¹ - Les statuts d'une société consacrent généralement une rubrique au capital social. Cette rubrique s'ouvre sur un article du genre de celui-ci : « Le capital social est fixé à X dinars. Il est divisé en N actions (ou parts) de Y dinars chacune ».

connaissance de cause en la jugeant solvable ou non. Ainsi, l'adage selon lequel « on ne prête qu'aux riches » se trouve de plus en plus confirmé²².

17. A travers le CSC, le législateur a pris toutes les précautions pour faire triompher le principe de réalité. Ces précautions ont touché les trois types d'apport.

18. Dans les sociétés de capitaux, l'apport en industrie, qui consiste dans la mise en commun par l'associé de son travail, son intelligence ou sa compétence, ne contribue pas à la formation du capital²³, puisqu'il est jugé insusceptible d'évaluation²⁴, et donc ne pouvant pas servir de gage aux créanciers. Donc, il n'a pas de place dans les sociétés où la responsabilité est limitée. De ce fait, le principe de réalité du capital est totalement respecté. La solution est semblable pour les SARL. Depuis la réforme apportée au Code par la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique²⁵, le législateur a autorisé l'apport en industrie sans que celui-ci n'entre dans la composition du capital de la société. L'évaluation de sa valeur et la fixation de la part qu'il génère dans les bénéfices, se font de commun accord entre les associés dans le cadre de l'acte constitutif²⁶.

Les précautions assurant la réalité des apports en numéraire

19. Le principe de réalité du capital exige que le capital d'une société soit intégralement souscrit et effectivement libéré.

20. La souscription intégrale du capital. Souscrire le capital, c'est s'engager à faire partie de la société en versant une contrepartie des actions

²² - A. M. ZAKI, *Le capital social dans les sociétés commerciales OHADA, mémoire en droit de l'entreprise*, 2007, disponible sur le site internet :

²³ - V. les articles 166 et 391 du CSC. Il est à noter aussi que l'associé commanditaire dans la société en commandite simple ne peut pas faire un apport en industrie (art.67 CSC).

²⁴ - A. SAYAG et A. PALMADE, « Le capital social et sa rémunération après les récentes réformes », *Rev. Soc.*, 1983, p.699.

²⁵ - J.O.R.T. du 28 décembre 2007, n° 104, p.4337.

²⁶ - Article 97 du CSC.

connaissance de cause en la jugeant solvable ou non. Ainsi, l'adage selon lequel « on ne prête qu'aux riches » se trouve de plus en plus confirmé²².

17. A travers le CSC, le législateur a pris toutes les précautions pour faire triompher le principe de réalité. Ces précautions ont touché les trois types d'apport.

18. Dans les sociétés de capitaux, l'apport en industrie, qui consiste dans la mise en commun par l'associé de son travail, son intelligence ou sa compétence, ne contribue pas à la formation du capital²³, puisqu'il est jugé insusceptible d'évaluation²⁴, et donc ne pouvant pas servir de gage aux créanciers. Donc, il n'a pas de place dans les sociétés où la responsabilité est limitée. De ce fait, le principe de réalité du capital est totalement respecté. La solution est semblable pour les SARL. Depuis la réforme apportée au Code par la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique²⁵, le législateur a autorisé l'apport en industrie sans que celui-ci n'entre dans la composition du capital de la société. L'évaluation de sa valeur et la fixation de la part qu'il génère dans les bénéfices, se font de commun accord entre les associés dans le cadre de l'acte constitutif²⁶.

Les précautions assurant la réalité des apports en numéraire

19. Le principe de réalité du capital exige que le capital d'une société soit intégralement souscrit et effectivement libéré.

20. La souscription intégrale du capital. Souscrire le capital, c'est s'engager à faire partie de la société en versant une contrepartie des actions

²² - A. M. ZAKI, *Le capital social dans les sociétés commerciales OHADA, mémoire en droit de l'entreprise*, 2007, disponible sur le site internet :

²³ - V. les articles 166 et 391 du CSC. Il est à noter aussi que l'associé commanditaire dans la société en commandite simple ne peut pas faire un apport en industrie (art.67 CSC).

²⁴ - A. SAYAG et A. PALMADE, « Le capital social et sa rémunération après les récentes réformes », *Rev. Soc.*, 1983, p.699.

²⁵ - J.O.R.T. du 28 décembre 2007, n° 104, p.4337.

²⁶ - Article 97 du CSC.

ou des parts sociales qui seront juste après remises²⁷. La règle de la souscription intégrale du capital a été expressément prévue par le législateur tunisien. L'article 165 du CSC dispose que la SA « n'est constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social ». Cette même obligation découle, pour les SARL, de l'article 97 CSC et pour les SCA de l'article 391 du même Code.

Si le législateur n'a pas fait allusion à ce principe concernant les sociétés de personnes, c'est certainement en raison de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés.

La souscription ne doit pas être seulement intégrale, encore faut-il qu'elle soit pure et simple. Elle ne doit pas être assortie d'aucune condition suspensive ou résolutoire.

21. L'inobservation du principe de l'intégralité de la souscription est sanctionnée par la nullité de la société²⁸. Une sanction pénale sous forme d'amendes et parfois d'emprisonnement peut être envisagée²⁹. La gravité de la sanction reflète certainement l'importance de la règle.

22. La libération effective du capital. La libération du capital est la réalisation de l'apport promis lors de la souscription. L'obligation de libération de l'apport résulte non seulement de l'article 6 CSC, qui prévoit que « (...) chaque associé est débiteur de son apport à l'égard de la société », mais plus clairement de l'article 97 CSC en ce qui concerne la SARL³⁰ et de

²⁷ - J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales (suite) », D., 1970, chr. n°648.

²⁸ - L'article 104 du CSC relatif aux SARL dispose : « Est nulle toute société à responsabilité limitée constituée en violation des articles 93 à 100 du présent code ». L'article 179 du CSC relatif aux SARL dispose : « Est nulle et de nul effet toute société anonyme constituée en violation des dispositions des articles 160 à 178 du présent code ».

²⁹ - Voir les articles 183 et 186 du CSC.

³⁰ - L'article 97 du CSC dispose : « La société à responsabilité limitée n'est constituée définitivement que lorsque les statuts mentionnent que toutes les parts représentant des apports en numéraires ou en nature, ont été réparties entre les associés et que leur valeur a été totalement libérée. »

ou des parts sociales qui seront juste après remises²⁷. La règle de la souscription intégrale du capital a été expressément prévue par le législateur tunisien. L'article 165 du CSC dispose que la SA « n'est constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social ». Cette même obligation découle, pour les SARL, de l'article 97 CSC et pour les SCA de l'article 391 du même Code.

Si le législateur n'a pas fait allusion à ce principe concernant les sociétés de personnes, c'est certainement en raison de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés.

La souscription ne doit pas être seulement intégrale, encore faut-il qu'elle soit pure et simple. Elle ne doit pas être assortie d'aucune condition suspensive ou résolutoire.

21. L'inobservation du principe de l'intégralité de la souscription est sanctionnée par la nullité de la société²⁸. Une sanction pénale sous forme d'amendes et parfois d'emprisonnement peut être envisagée²⁹. La gravité de la sanction reflète certainement l'importance de la règle.

22. La libération effective du capital. La libération du capital est la réalisation de l'apport promis lors de la souscription. L'obligation de libération de l'apport résulte non seulement de l'article 6 CSC, qui prévoit que « (...) chaque associé est débiteur de son apport à l'égard de la société », mais plus clairement de l'article 97 CSC en ce qui concerne la SARL³⁰ et de

²⁷ - J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales (suite) », D., 1970, chr. n°648.

²⁸ - L'article 104 du CSC relatif aux SARL dispose : « Est nulle toute société à responsabilité limitée constituée en violation des articles 93 à 100 du présent code ». L'article 179 du CSC relatif aux SARL dispose : « Est nulle et de nul effet toute société anonyme constituée en violation des dispositions des articles 160 à 178 du présent code ».

²⁹ - Voir les articles 183 et 186 du CSC.

³⁰ - L'article 97 du CSC dispose : « La société à responsabilité limitée n'est constituée définitivement que lorsque les statuts mentionnent que toutes les parts représentant des apports en numéraires ou en nature, ont été réparties entre les associés et que leur valeur a été totalement libérée. »

l'article 165 du même Code, applicable aux SA, qui prévoient que l'apporteur en numéraire doit verser au moins le quart du montant des actions souscrites par lui lors de la constitution de la société et que « la libération intégrale des actions de numéraire doit intervenir dans un délai maximum de 5 ans à compter du jour de la constitution définitive de la société ».

23. Tout comme la souscription, l'inobservation du principe de la libération concomitante, ou fractionnée selon les limites de l'article 165 CSC, entraîne la nullité de la société. En plus, l'article 185 CSC punie d'une amende le dirigeant « (...) qui n'aura pas procédé en temps utile aux appels de fonds pour réaliser la libération du capital dans les conditions fixées par l'article 165 du présent code ».

b- Les précautions assurant la réalité des apports en nature

24. L'apport en nature représente un bien qui peut être meuble ou immeuble, corporel ou incorporel³¹. Or, la valeur d'un bien est souvent discutable³², d'où la nécessité d'une évaluation exacte et réelle autant que possible.

La grande difficulté concernant les apports en nature réside dans leur évaluation. La surévaluation par le gonflement artificiel de l'apport porte certainement atteinte aux droits des tiers et notamment des créanciers, puisque le capital social est censé être leur gage principal. De même, la sous-évaluation trompe les associés quant à leur participation aux bénéfices et leur contribution aux pertes, car le capital social est considéré de cet angle comme la clé de répartition des bénéfices.

25. Pour faire face à ce danger d'évaluation et éviter tout genre d'abus, le législateur a mis en place une procédure spéciale de vérification des apports en nature confiée à un commissaire aux apports.

³¹ - N. DREYFUS et C. MOREIRA, « Le dirigeant de société face à la marque », D. 2003, p. 1018.

³² - S. MELLOULI et S. FRIKHA, *Les sociétés commerciales*, impression IME, Tunis, 2008, n°103, p.28.

l'article 165 du même Code, applicable aux SA, qui prévoient que l'apporteur en numéraire doit verser au moins le quart du montant des actions souscrites par lui lors de la constitution de la société et que « la libération intégrale des actions de numéraire doit intervenir dans un délai maximum de 5 ans à compter du jour de la constitution définitive de la société ».

23. Tout comme la souscription, l'inobservation du principe de la libération concomitante, ou fractionnée selon les limites de l'article 165 CSC, entraîne la nullité de la société. En plus, l'article 185 CSC punie d'une amende le dirigeant « (...) qui n'aura pas procédé en temps utile aux appels de fonds pour réaliser la libération du capital dans les conditions fixées par l'article 165 du présent code ».

b- Les précautions assurant la réalité des apports en nature

24. L'apport en nature représente un bien qui peut être meuble ou immeuble, corporel ou incorporel³¹. Or, la valeur d'un bien est souvent discutable³², d'où la nécessité d'une évaluation exacte et réelle autant que possible.

La grande difficulté concernant les apports en nature réside dans leur évaluation. La surévaluation par le gonflement artificiel de l'apport porte certainement atteinte aux droits des tiers et notamment des créanciers, puisque le capital social est censé être leur gage principal. De même, la sous-évaluation trompe les associés quant à leur participation aux bénéfices et leur contribution aux pertes, car le capital social est considéré de cet angle comme la clé de répartition des bénéfices.

25. Pour faire face à ce danger d'évaluation et éviter tout genre d'abus, le législateur a mis en place une procédure spéciale de vérification des apports en nature confiée à un commissaire aux apports.

³¹ - N. DREYFUS et C. MOREIRA, « Le dirigeant de société face à la marque », D. 2003, p. 1018.

³² - S. MELLOULI et S. FRIKHA, *Les sociétés commerciales*, impression IME, Tunis, 2008, n°103, p.28.

Concernant les SARL, c'est l'acte constitutif de la société qui doit comporter une évaluation de tout apport en nature. L'évaluation de cet apport s'opère par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des associés, ou à défaut par ordonnance sur requête rendue par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel est situé le siège de la société. L'intervention d'un commissaire aux apports peut être écartée, à la majorité des voix, si la valeur de chaque apport en nature ne dépasse pas la somme de trois mille dinars³³.

26. Le législateur engage la responsabilité solidaire des associés à l'égard des tiers en cas où le commissaire aux apports n'a pas été désigné³⁴. Ils sont encore responsable pénalement conformément à l'article 146 du CSC qui punit d'un emprisonnement et d'une amende « les personnes qui ont sciemment de mauvaise foi, font attribuer à des apports en nature une évaluation supérieure à leur valeur réelle ». La généralisation au niveau de la formulation de cet article laisse entendre que le commissaire aux apports peut être également visé par ces sanctions.

27. Concernant les SA, les commissaires aux apports sont désignés par ordonnance sur requête du président du tribunal de première instance parmi les experts judiciaires et ce, à la demande des fondateurs. Ils interviennent durant la phase pré-constitutive et en cas d'apport en nature. Les commissaires aux apports évaluent sous leur responsabilité les apports en nature et établissent un rapport qui doit contenir la description de chaque apport en nature, sa consistance, son mode d'évaluation ainsi que l'intérêt qu'il présente pour la société. L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature. Elle ne peut réduire l'évaluation faite par les commissaires aux apports qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs³⁵.

Afin de garantir leur impartialité, le législateur, à travers l'article 174 du CSC soumet les commissaires aux apports à un ensemble d'incompatibilités.

³³ - Articles 100 et 151 du CSC.

³⁴ - Article 100, al.4 du CSC.

³⁵ - Articles 173 et 391 du CSC.

Concernant les SARL, c'est l'acte constitutif de la société qui doit comporter une évaluation de tout apport en nature. L'évaluation de cet apport s'opère par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des associés, ou à défaut par ordonnance sur requête rendue par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel est situé le siège de la société. L'intervention d'un commissaire aux apports peut être écartée, à la majorité des voix, si la valeur de chaque apport en nature ne dépasse pas la somme de trois mille dinars³³.

26. Le législateur engage la responsabilité solidaire des associés à l'égard des tiers en cas où le commissaire aux apports n'a pas été désigné³⁴. Ils sont encore responsable pénalement conformément à l'article 146 du CSC qui punit d'un emprisonnement et d'une amende « les personnes qui ont sciemment de mauvaise foi, font attribuer à des apports en nature une évaluation supérieure à leur valeur réelle ». La généralisation au niveau de la formulation de cet article laisse entendre que le commissaire aux apports peut être également visé par ces sanctions.

27. Concernant les SA, les commissaires aux apports sont désignés par ordonnance sur requête du président du tribunal de première instance parmi les experts judiciaires et ce, à la demande des fondateurs. Ils interviennent durant la phase pré-constitutive et en cas d'apport en nature. Les commissaires aux apports évaluent sous leur responsabilité les apports en nature et établissent un rapport qui doit contenir la description de chaque apport en nature, sa consistance, son mode d'évaluation ainsi que l'intérêt qu'il présente pour la société. L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature. Elle ne peut réduire l'évaluation faite par les commissaires aux apports qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs³⁵.

Afin de garantir leur impartialité, le législateur, à travers l'article 174 du CSC soumet les commissaires aux apports à un ensemble d'incompatibilités.

³³ - Articles 100 et 151 du CSC.

³⁴ - Article 100, al.4 du CSC.

³⁵ - Articles 173 et 391 du CSC.

28. Concernant les sociétés de personnes, le législateur ne prévoit pas des règles spéciales quant à l'évaluation des apports en nature en raison de la responsabilité personnelle de leurs associés.

La consécration législative du principe de l'intangibilité du capital social

29. Afin d'éviter toute distraction du capital et d'assurer, par suite logique son intangibilité, le législateur a bien encadré l'opération de distribution des dividendes.

L'encadrement législatif de la distribution des dividendes

30. A la fin de chaque exercice social, les associés ont, en principe, droit aux bénéfices³⁶. Mais, le partage ne peut avoir lieu qu'à la réunion de certaines conditions.

Premièrement, il faut qu'il existe des bénéfices réels. Ainsi, toute distribution de dividendes en cas de non réalisation de bénéfices oblige la société à creuser son capital social.

Deuxièmement, toute distribution de dividendes doit être obligatoirement précédée par l'effacement des pertes subies pendant les exercices antérieurs et qui n'ont pas été couvertes par les réserves³⁷.

Finalement, une partie des bénéfices doit être prélevée pour constituer les réserves. Ces dernières sont de trois types : légales³⁸, statutaires³⁹ ou facultatives⁴⁰.

³⁶ - Voir les articles 2 du CSC et 1249 du COC.

³⁷ - Cette obligation, qui concerne toutes les sociétés commerciales et civiles, résulte de l'article 1305 alinéa 2 du COC qui prévoit qu'« en cas de diminution du capital social, il devra être reconstitué, moyennant les bénéfices ultérieurs, jusqu'à concurrence des pertes. Il sera sursis, jusqu'à la reconstitution complète du capital, à toute distribution de bénéfices entre les associés, à moins que ceux-ci ne décident de réduire le capital de la société au capital effectif ». Cette obligation est reconfirmée, pour les SA, à travers l'article 288 alinéa 3, d'après lequel « Aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres de la société, sont ou deviendraient à la suite de la distribution des bénéfices inférieurs au montant du capital, majoré des réserves que la loi ou les statuts interdisent leur distribution ».

³⁸ - Le législateur a exigé le prélèvement de cinq pour cent des bénéfices réalisés pour la constitution des réserves. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque

28. Concernant les sociétés de personnes, le législateur ne prévoit pas des règles spéciales quant à l'évaluation des apports en nature en raison de la responsabilité personnelle de leurs associés.

La consécration législative du principe de l'intangibilité du capital social

29. Afin d'éviter toute distraction du capital et d'assurer, par suite logique son intangibilité, le législateur a bien encadré l'opération de distribution des dividendes.

L'encadrement législatif de la distribution des dividendes

30. A la fin de chaque exercice social, les associés ont, en principe, droit aux bénéfices³⁶. Mais, le partage ne peut avoir lieu qu'à la réunion de certaines conditions.

Premièrement, il faut qu'il existe des bénéfices réels. Ainsi, toute distribution de dividendes en cas de non réalisation de bénéfices oblige la société à creuser son capital social.

Deuxièmement, toute distribution de dividendes doit être obligatoirement précédée par l'effacement des pertes subies pendant les exercices antérieurs et qui n'ont pas été couvertes par les réserves³⁷.

Finalement, une partie des bénéfices doit être prélevée pour constituer les réserves. Ces dernières sont de trois types : légales³⁸, statutaires³⁹ ou facultatives⁴⁰.

³⁶ - Voir les articles 2 du CSC et 1249 du COC.

³⁷ - Cette obligation, qui concerne toutes les sociétés commerciales et civiles, résulte de l'article 1305 alinéa 2 du COC qui prévoit qu'« en cas de diminution du capital social, il devra être reconstitué, moyennant les bénéfices ultérieurs, jusqu'à concurrence des pertes. Il sera sursis, jusqu'à la reconstitution complète du capital, à toute distribution de bénéfices entre les associés, à moins que ceux-ci ne décident de réduire le capital de la société au capital effectif ». Cette obligation est reconfirmée, pour les SA, à travers l'article 288 alinéa 3, d'après lequel « Aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres de la société, sont ou deviendraient à la suite de la distribution des bénéfices inférieurs au montant du capital, majoré des réserves que la loi ou les statuts interdisent leur distribution ».

³⁸ - Le législateur a exigé le prélèvement de cinq pour cent des bénéfices réalisés pour la constitution des réserves. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque

31. A côté de l'exigence de certaines conditions pour la distribution des bénéfices, et pour faire respecter le principe de l'intangibilité, le législateur a prohibé certaines clauses, telles que les clauses léonines et les clauses d'intérêt fixe.

Les clauses léonines sont celles qui attribuent à l'un des associés soit une part dans les bénéfices supérieure à sa participation au capital, soit la totalité des gains. Il en est de même des clauses qui affranchissent un associé de participer aux pertes. Ces dernières sont nulles, mais elles n'annulent pas le contrat de société contrairement aux premières⁴¹.

Les clauses d'intérêt fixe⁴² sont celles qui réservent à certains associés le versement des dividendes fixes même en l'absence de bénéfices. La nullité de

le fonds de réserves atteint le dixième du capital. Cette règle est consacrée par l'article 140 alinéa premier du CSC concernant les SARL et l'article 287 du CSC concernant les SA. Mais, concernant les autres sociétés, l'article 1305 alinéa premier du COC prévoit d'autres seuils. En ses termes : « Le vingtième des bénéfices nets acquis à la fin de chaque exercice devra être prélevé, avant tout partage, et servira à constituer un fonds de réserve, jusqu'à concurrence du cinquième du capital ».

³⁹ - *Les stipulations statutaires peuvent prévoir le prélèvement d'une somme d'argent ou d'un pourcentage pour constituer des réserves, dites statutaires, afin d'améliorer la situation financière de la société. Le taux ou le montant de ces réserves est librement déterminé dans les statuts. La possibilité de constituer ces types de réserves est introduite par l'article 140 du CSC concernant les SARL et l'article 287 du même code concernant les SA.*

⁴⁰ - *Les réserves facultatives sont décidées par l'assemblée générale en vue d'améliorer la situation financière de la société. Le taux ou la somme de ces réserves est déterminé librement par les associés.*

⁴¹ - *Selon l'article 1301 COC, « est nulle et rend nul le contrat de société, toute stipulation qui attribuerait à un associé une part dans les bénéfices, ou dans les pertes, supérieure à la part proportionnelle à sa mise. L'associé lésé par une clause de ce genre, aura recours contre la société, jusqu'à concurrence de ce qu'il aura touché en moins, ou payé en plus, de sa part contributive ». Aux termes de l'article 1302 du même code, « lorsque le contrat attribue à l'un des associés la totalité des gains, la société est nulle et le contrat constitue une libéralité de la part de celui qui a renoncé aux bénéfices. La clause qui affranchirait l'un des associés de toute contribution aux pertes est nulle mais n'annule pas le contrat ».*

⁴² - *Appelées aussi « clauses intercalaires », V. J. DERRUPPÉ, « La clause d'intérêt fixe », in Mélanges J. HAMEL, p.179.*

31. A côté de l'exigence de certaines conditions pour la distribution des bénéfices, et pour faire respecter le principe de l'intangibilité, le législateur a prohibé certaines clauses, telles que les clauses léonines et les clauses d'intérêt fixe.

Les clauses léonines sont celles qui attribuent à l'un des associés soit une part dans les bénéfices supérieure à sa participation au capital, soit la totalité des gains. Il en est de même des clauses qui affranchissent un associé de participer aux pertes. Ces dernières sont nulles, mais elles n'annulent pas le contrat de société contrairement aux premières⁴¹.

Les clauses d'intérêt fixe⁴² sont celles qui réservent à certains associés le versement des dividendes fixes même en l'absence de bénéfices. La nullité de

le fonds de réserves atteint le dixième du capital. Cette règle est consacrée par l'article 140 alinéa premier du CSC concernant les SARL et l'article 287 du CSC concernant les SA. Mais, concernant les autres sociétés, l'article 1305 alinéa premier du COC prévoit d'autres seuils. En ses termes : « Le vingtième des bénéfices nets acquis à la fin de chaque exercice devra être prélevé, avant tout partage, et servira à constituer un fonds de réserve, jusqu'à concurrence du cinquième du capital ».

³⁹ - *Les stipulations statutaires peuvent prévoir le prélèvement d'une somme d'argent ou d'un pourcentage pour constituer des réserves, dites statutaires, afin d'améliorer la situation financière de la société. Le taux ou le montant de ces réserves est librement déterminé dans les statuts. La possibilité de constituer ces types de réserves est introduite par l'article 140 du CSC concernant les SARL et l'article 287 du même code concernant les SA.*

⁴⁰ - *Les réserves facultatives sont décidées par l'assemblée générale en vue d'améliorer la situation financière de la société. Le taux ou la somme de ces réserves est déterminé librement par les associés.*

⁴¹ - *Selon l'article 1301 COC, « est nulle et rend nul le contrat de société, toute stipulation qui attribuerait à un associé une part dans les bénéfices, ou dans les pertes, supérieure à la part proportionnelle à sa mise. L'associé lésé par une clause de ce genre, aura recours contre la société, jusqu'à concurrence de ce qu'il aura touché en moins, ou payé en plus, de sa part contributive ». Aux termes de l'article 1302 du même code, « lorsque le contrat attribue à l'un des associés la totalité des gains, la société est nulle et le contrat constitue une libéralité de la part de celui qui a renoncé aux bénéfices. La clause qui affranchirait l'un des associés de toute contribution aux pertes est nulle mais n'annule pas le contrat ».*

⁴² - *Appelées aussi « clauses intercalaires », V. J. DERRUPPÉ, « La clause d'intérêt fixe », in Mélanges J. HAMEL, p.179.*

ces clauses est expressément prononcée par l'alinéa premier de l'article 289 applicable aux SA⁴³.

Les sanctions de la distribution des dividendes fictives

32. Le législateur a incriminé la distribution des dividendes fictifs à travers l'article 223-1 du CSC qui concerne les SA⁴⁴. Néanmoins, aucun texte analogue n'a été prévu pour les SARL ou les sociétés de personnes. Si cette omission peut être justifiée pour les sociétés à risque illimité en raison de la responsabilité solidaire et personnelle des associés, elle ne l'est pas pour les SARL, surtout que le code de commerce consacrait explicitement le délit de distribution de dividendes fictifs à la fois pour les SA⁴⁵ et les SARL⁴⁶.

33. La distribution des dividendes fictifs expose ses auteurs, non seulement à des sanctions pénales, comme cela est prévu par l'article 223-1 du CSC, mais aussi à des poursuites civiles. En effet, la société a le droit d'obliger les associés bénéficiaires de restituer les dividendes indûment distribués⁴⁷.

34. La relation entre les principes régissant le capital social est une relation de complémentarité. Si la réalité du capital revient à garantir la substance du capital à travers la sincérité des apports, l'intangibilité revient à considérer que cette substance garantie ne doit pas être entamée en cours de la vie sociale. Techniquement, la fixité assure le respect de l'intangibilité,

⁴³ - Selon cet article, « est réputée fictive, toute distribution des bénéfices faite contrairement aux dispositions ci-dessus énoncées, il est interdit de stipuler dans les statuts un intérêt fixe ou périodique au profit des actionnaires ».

⁴⁴ - L'article 223-1 du CSC dispose : « Sont punis d'une peine d'emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de deux mille à dix mille dinars ou de l'une de ces deux peines seulement :

1) Les membres du conseil d'administration qui en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ».

⁴⁵ - L'ancien article 86 du CC.

⁴⁶ - L'ancien article 169 du CC.

⁴⁷ - V. les articles 140 alinéas 4 et 5 du CSC pour les SARL et 289 du CSC pour la SA.

ces clauses est expressément prononcée par l'alinéa premier de l'article 289 applicable aux SA⁴³.

Les sanctions de la distribution des dividendes fictives

32. Le législateur a incriminé la distribution des dividendes fictifs à travers l'article 223-1 du CSC qui concerne les SA⁴⁴. Néanmoins, aucun texte analogue n'a été prévu pour les SARL ou les sociétés de personnes. Si cette omission peut être justifiée pour les sociétés à risque illimité en raison de la responsabilité solidaire et personnelle des associés, elle ne l'est pas pour les SARL, surtout que le code de commerce consacrait explicitement le délit de distribution de dividendes fictifs à la fois pour les SA⁴⁵ et les SARL⁴⁶.

33. La distribution des dividendes fictifs expose ses auteurs, non seulement à des sanctions pénales, comme cela est prévu par l'article 223-1 du CSC, mais aussi à des poursuites civiles. En effet, la société a le droit d'obliger les associés bénéficiaires de restituer les dividendes indûment distribués⁴⁷.

34. La relation entre les principes régissant le capital social est une relation de complémentarité. Si la réalité du capital revient à garantir la substance du capital à travers la sincérité des apports, l'intangibilité revient à considérer que cette substance garantie ne doit pas être entamée en cours de la vie sociale. Techniquement, la fixité assure le respect de l'intangibilité,

⁴³ - Selon cet article, « est réputée fictive, toute distribution des bénéfices faite contrairement aux dispositions ci-dessus énoncées, il est interdit de stipuler dans les statuts un intérêt fixe ou périodique au profit des actionnaires ».

⁴⁴ - L'article 223-1 du CSC dispose : « Sont punis d'une peine d'emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de deux mille à dix mille dinars ou de l'une de ces deux peines seulement :

1) Les membres du conseil d'administration qui en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ».

⁴⁵ - L'ancien article 86 du CC.

⁴⁶ - L'ancien article 169 du CC.

⁴⁷ - V. les articles 140 alinéas 4 et 5 du CSC pour les SARL et 289 du CSC pour la SA.

en ce sens qu'elle donne au capital social la stabilité nécessaire pour être un paramètre de calcul et de comparaison fiable⁴⁸. De ce fait, le principe de fixité exige que le capital ne soit modifié que dans les cas et les formes prévus par la loi ou par les statuts⁴⁹ et dans le respect absolu des conditions de modification du capital. Donc l'encadrement strict des conditions de modification du capital reflète un souci législatif de respecter le principe de fixité.

Une protection à travers la rigueur des conditions de modification du capital social

35. La modification du capital social s'entend de son augmentation ou de sa réduction. En pratique, les modifications du capital social sont fréquentes. Le plus souvent ce sont des opérations d'augmentation qui sont décidées, plus rarement des décisions de réduction. La rareté de l'opération de réduction du capital n'a pas empêché le législateur d'encadrer soigneusement cette opération dans un souci d'assurer l'intangibilité (fixité) du capital.

36. La réduction du capital peut s'opérer soit par réduction de la valeur nominale des actions ou parts sociales, soit par diminution de leur nombre. La décision de réduction du capital doit être décidée par l'AGE, selon les conditions requises pour la modification des statuts, suite à un rapport établi par le commissaire aux comptes⁵⁰ justifiant les causes et les conditions de l'opération. De toutes les manières, cette décision ne doit pas porter atteinte au principe de l'égalité des actionnaires⁵¹, encore plus, elle doit respecter la valeur du minimum légal du capital social.

Comme toute décision portant modification des statuts, la décision de réduction du capital est soumise aux formalités usuelles de publicité. Elle

⁴⁸ - S. DANA-DÉMARET, thèse précitée, n°115, p.134.

⁴⁹ - A. MAMLOUK, *Le capital social, gage des créanciers*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1998-1999, p.29.

⁵⁰ - Art. 307 al.1 du CSC.

⁵¹ - J. MESTRE, «L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)», *Rev. Soc.*, 1989, p.399.

en ce sens qu'elle donne au capital social la stabilité nécessaire pour être un paramètre de calcul et de comparaison fiable⁴⁸. De ce fait, le principe de fixité exige que le capital ne soit modifié que dans les cas et les formes prévus par la loi ou par les statuts⁴⁹ et dans le respect absolu des conditions de modification du capital. Donc l'encadrement strict des conditions de modification du capital reflète un souci législatif de respecter le principe de fixité.

Une protection à travers la rigueur des conditions de modification du capital social

35. La modification du capital social s'entend de son augmentation ou de sa réduction. En pratique, les modifications du capital social sont fréquentes. Le plus souvent ce sont des opérations d'augmentation qui sont décidées, plus rarement des décisions de réduction. La rareté de l'opération de réduction du capital n'a pas empêché le législateur d'encadrer soigneusement cette opération dans un souci d'assurer l'intangibilité (fixité) du capital.

36. La réduction du capital peut s'opérer soit par réduction de la valeur nominale des actions ou parts sociales, soit par diminution de leur nombre. La décision de réduction du capital doit être décidée par l'AGE, selon les conditions requises pour la modification des statuts, suite à un rapport établi par le commissaire aux comptes⁵⁰ justifiant les causes et les conditions de l'opération. De toutes les manières, cette décision ne doit pas porter atteinte au principe de l'égalité des actionnaires⁵¹, encore plus, elle doit respecter la valeur du minimum légal du capital social.

Comme toute décision portant modification des statuts, la décision de réduction du capital est soumise aux formalités usuelles de publicité. Elle

⁴⁸ - S. DANA-DÉMARET, thèse précitée, n°115, p.134.

⁴⁹ - A. MAMLOUK, *Le capital social, gage des créanciers*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1998-1999, p.29.

⁵⁰ - Art. 307 al.1 du CSC.

⁵¹ - J. MESTRE, «L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)», *Rev. Soc.*, 1989, p.399.

doit être publiée au JORT et dans deux quotidiens⁵², déposée au greffe du tribunal du lieu du siège social et inscrite au registre du commerce.

37. Suite à la réduction du capital, les créanciers sociaux vont, certainement, voir leur gage diminuer. Le législateur leur confère un droit d'opposition contre une telle réduction. Mais, ce droit n'est valable que si la réduction du capital est non motivée par des pertes⁵³. Au cas contraire, les créanciers ne peuvent pas s'opposer, puisque la réduction ne serait dans ce cas qu'une mesure d'assainissement financier⁵⁴.

38. L'analyse des conditions d'augmentation du capital reflète, elle aussi, un formalisme⁵⁵ lourd et parfois ennuyeux au point qu'un auteur a pensé qu'«un formalisme relativement lourd préside aux opérations d'augmentation du capital dans ces formes de sociétés (SA), tandis que les règles de majorité ne sauraient exiger une unanimité paralysante »⁵⁶.

Ce formalisme est accompagné par une certaine rigueur qui peut être justifiée par le souci de protéger à la fois les tiers (a) et les associés (b).

Les conditions visant la protection des tiers

39. La condition la plus importante est la décision de l'AGE (2), mais, il existe d'autres conditions préalables à cette décision (1).

Les conditions préalables à la décision d'augmentation du capital

⁵² - Art. 309 du CSC

⁵³ - Les conditions de ladite opposition sont prévues par l'article 311 du CSC qui prévoit : «Les créanciers dont la créance est née avant la date de la dernière annonce de la décision de réduction du capital ont le droit de s'opposer à cette réduction jusqu'à ce que leurs créances non échues au moment de la publication, soient garanties.

Ne bénéficieront pas de ce droit les créanciers dont les créances sont déjà suffisamment garanties.

Le droit d'opposition devra être exercé dans le délai d'un mois à partir de la date de la dernière annonce de la décision...»

⁵⁴ - V. art.312 du CSC.

⁵⁵ - Il s'agit bien d'un formalisme *ad validitatem*.

⁵⁶ - A. COURET et J.L. MEDUS, *Les augmentations du capital*, Ed. ECONOMICA, Paris, 1994, p.10.

doit être publiée au JORT et dans deux quotidiens⁵², déposée au greffe du tribunal du lieu du siège social et inscrite au registre du commerce.

37. Suite à la réduction du capital, les créanciers sociaux vont, certainement, voir leur gage diminuer. Le législateur leur confère un droit d'opposition contre une telle réduction. Mais, ce droit n'est valable que si la réduction du capital est non motivée par des pertes⁵³. Au cas contraire, les créanciers ne peuvent pas s'opposer, puisque la réduction ne serait dans ce cas qu'une mesure d'assainissement financier⁵⁴.

38. L'analyse des conditions d'augmentation du capital reflète, elle aussi, un formalisme⁵⁵ lourd et parfois ennuyeux au point qu'un auteur a pensé qu'«un formalisme relativement lourd préside aux opérations d'augmentation du capital dans ces formes de sociétés (SA), tandis que les règles de majorité ne sauraient exiger une unanimité paralysante»⁵⁶.

Ce formalisme est accompagné par une certaine rigueur qui peut être justifiée par le souci de protéger à la fois les tiers (a) et les associés (b).

Les conditions visant la protection des tiers

39. La condition la plus importante est la décision de l'AGE (2), mais, il existe d'autres conditions préalables à cette décision (1).

Les conditions préalables à la décision d'augmentation du capital

⁵² - Art. 309 du CSC

⁵³ - Les conditions de ladite opposition sont prévues par l'article 311 du CSC qui prévoit : «Les créanciers dont la créance est née avant la date de la dernière annonce de la décision de réduction du capital ont le droit de s'opposer à cette réduction jusqu'à ce que leurs créances non échues au moment de la publication, soient garanties.

Ne bénéficieront pas de ce droit les créanciers dont les créances sont déjà suffisamment garanties.

Le droit d'opposition devra être exercé dans le délai d'un mois à partir de la date de la dernière annonce de la décision...»

⁵⁴ - V. art.312 du CSC.

⁵⁵ - Il s'agit bien d'un formalisme *ad validitatem*.

⁵⁶ - A. COURET et J.L. MEDUS, *Les augmentations du capital*, Ed. ECONOMICA, Paris, 1994, p.10.

40. Pour qu'elles soient éligibles à la liste des éléments pouvant participer à l'opération d'augmentation du capital, les bénéfices et les réserves doivent répondre à certaines conditions préalables⁵⁷. Quant aux autres conditions, elles s'articulent autour de deux idées :

41. La libération intégrale du capital ancien, condition ferme et lourdement sanctionnée⁵⁸. L'article 295 CSC dispose que « le capital social doit être intégralement libéré avant toute émission de nouvelles actions à peine de nullité. Cette libération doit être faite en numéraire ». Cette condition de libération préalable et intégrale du capital social paraît logique. D'une part, elle tient au principe de l'intangibilité du capital social. D'autre part, on ne peut pas solliciter à nouveaux le marché pour financement avant que tous les apporteurs aient réalisé leurs engagements. En plus, on exige une certaine sincérité à l'égard des tiers, c'est-à-dire qu'on ne peut pas demander aux nouveaux entrants de souscrire sur la foi de capitaux propres qui seraient en fait au moins en partie fictifs⁵⁹.

Ferme, cette condition va conduire à exiger non seulement l'exécution forcée de tous les actionnaires défaillants, mais également le versement effectif du montant des libérations.

Lourdement sanctionnée, l'inobservation de cette condition entraîne, non seulement la nullité de l'opération d'augmentation du capital, mais aussi la condamnation pénale du dirigeant⁶⁰.

⁵⁷ - Ainsi, pour qu'elles soient incorporées au capital, les bénéfices doivent résulter d'un exercice arrêté et non d'un état de synthèse représentant une situation intermédiaire, c'est-à-dire en cours de l'exercice.

A propos des réserves, il faut noter que seules les réserves légales peuvent augmenter le capital. Il en découle que les réserves légales incorporés, et au regard de leur caractère législative obligatoire, doivent être, à la suite de son incorporation au capital, reconstituer par la société. Cette condition se justifie par le fait que, après son incorporation, les réserves légales deviennent en deçà de minimum légal exigé. Cette pratique a le mérite de renforcer la protection des créanciers sociaux.

⁵⁸ - Voir M-A. TAKTAK, *L'augmentation du capital, mémoire pour l'obtention du master en droit privé, Faculté de Droit de Sfax, 2005-2006, p.13.*

⁵⁹ - A. COURET et J.L.MEDUS, *op. cit.*, p.58.

⁶⁰ - Article 313 CSC.

40. Pour qu'elles soient éligibles à la liste des éléments pouvant participer à l'opération d'augmentation du capital, les bénéfices et les réserves doivent répondre à certaines conditions préalables⁵⁷. Quant aux autres conditions, elles s'articulent autour de deux idées :

41. La libération intégrale du capital ancien, condition ferme et lourdement sanctionnée⁵⁸. L'article 295 CSC dispose que « le capital social doit être intégralement libéré avant toute émission de nouvelles actions à peine de nullité. Cette libération doit être faite en numéraire ». Cette condition de libération préalable et intégrale du capital social paraît logique. D'une part, elle tient au principe de l'intangibilité du capital social. D'autre part, on ne peut pas solliciter à nouveaux le marché pour financement avant que tous les apporteurs aient réalisé leurs engagements. En plus, on exige une certaine sincérité à l'égard des tiers, c'est-à-dire qu'on ne peut pas demander aux nouveaux entrants de souscrire sur la foi de capitaux propres qui seraient en fait au moins en partie fictifs⁵⁹.

Ferme, cette condition va conduire à exiger non seulement l'exécution forcée de tous les actionnaires défaillants, mais également le versement effectif du montant des libérations.

Lourdement sanctionnée, l'inobservation de cette condition entraîne, non seulement la nullité de l'opération d'augmentation du capital, mais aussi la condamnation pénale du dirigeant⁶⁰.

⁵⁷ - Ainsi, pour qu'elles soient incorporées au capital, les bénéfices doivent résulter d'un exercice arrêté et non d'un état de synthèse représentant une situation intermédiaire, c'est-à-dire en cours de l'exercice.

A propos des réserves, il faut noter que seules les réserves légales peuvent augmenter le capital. Il en découle que les réserves légales incorporés, et au regard de leur caractère législative obligatoire, doivent être, à la suite de son incorporation au capital, reconstituer par la société. Cette condition se justifie par le fait que, après son incorporation, les réserves légales deviennent en deçà de minimum légal exigé. Cette pratique a le mérite de renforcer la protection des créanciers sociaux.

⁵⁸ - Voir M-A. TAKTAK, *L'augmentation du capital, mémoire pour l'obtention du master en droit privé, Faculté de Droit de Sfax, 2005-2006, p.13.*

⁵⁹ - A. COURET et J.L.MEDUS, *op. cit.*, p.58.

⁶⁰ - Article 313 CSC.

42. L'information des tiers, une condition qui persiste. Sous l'égide du Code de commerce⁶¹, il était imposé au conseil d'administration (CA) d'élaborer certains rapports visant l'information des tiers sur toute opération financière dont la société veut accomplir.

Sous l'empire du CSC, le législateur a supprimé tous les rapports. Aucune indication n'a été prévue par le code, sauf celle de l'article 300 CSC, qui concerne seulement la décision de suppression du droit préférentiel de souscription et non toute l'augmentation du capital.

Le seul rapport que le législateur a conservé est celui du commissaire aux apports en cas d'augmentation du capital par apports en nature. En effet, une évaluation des apports en nature doit être effectuée⁶². Cet article renvoi, pour les règles de désignation des commissaires aux apports, à l'article 173 CSC avec toutes les formalités et les conditions qu'il exige.

La décision de l'augmentation du capital par l'AGE : un formalisme lourd

43. Selon l'article 9 du CSC, le capital social doit obligatoirement être mentionné dans les statuts de la société, ce qui implique que toute modification du capital social constitue forcément une modification statutaire. Avant d'être publiée, cette modification fait partir, en principe, des prérogatives exclusives de l'AGE.

44. Compétence de l'AGE. A coté de l'article 293 CSC qui fait jouir l'AGE d'une compétence exclusive pour décider l'augmentation du capital⁶³, l'article 294 in fine du même code ajoute : « Est réputé non avenue, toute clause statutaire conférant au conseil d'administration ou au directoire le

⁶¹ - Article 116 C.Com.

⁶² - A cet égard, l'article 306 al premier CSC dispose que « en cas d'apport en nature, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à la demande du conseil d'administration ou du directoire conformément aux dispositions de l'article 173 du présent code ».

⁶³ - En effet, l'article 293 du CSC prévoit que « L'augmentation du capital social doit être décidée par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues par la loi... ».

42. L'information des tiers, une condition qui persiste. Sous l'égide du Code de commerce⁶¹, il était imposé au conseil d'administration (CA) d'élaborer certains rapports visant l'information des tiers sur toute opération financière dont la société veut accomplir.

Sous l'empire du CSC, le législateur a supprimé tous les rapports. Aucune indication n'a été prévue par le code, sauf celle de l'article 300 CSC, qui concerne seulement la décision de suppression du droit préférentiel de souscription et non toute l'augmentation du capital.

Le seul rapport que le législateur a conservé est celui du commissaire aux apports en cas d'augmentation du capital par apports en nature. En effet, une évaluation des apports en nature doit être effectuée⁶². Cet article renvoi, pour les règles de désignation des commissaires aux apports, à l'article 173 CSC avec toutes les formalités et les conditions qu'il exige.

La décision de l'augmentation du capital par l'AGE : un formalisme lourd

43. Selon l'article 9 du CSC, le capital social doit obligatoirement être mentionné dans les statuts de la société, ce qui implique que toute modification du capital social constitue forcément une modification statutaire. Avant d'être publiée, cette modification fait partir, en principe, des prérogatives exclusives de l'AGE.

44. Compétence de l'AGE. A côté de l'article 293 CSC qui fait jouir l'AGE d'une compétence exclusive pour décider l'augmentation du capital⁶³, l'article 294 in fine du même code ajoute : « Est réputé non avenue, toute clause statutaire conférant au conseil d'administration ou au directoire le

⁶¹ - Article 116 C.Com.

⁶² - A cet égard, l'article 306 al premier CSC dispose que « en cas d'apport en nature, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à la demande du conseil d'administration ou du directoire conformément aux dispositions de l'article 173 du présent code ».

⁶³ - En effet, l'article 293 du CSC prévoit que « L'augmentation du capital social doit être décidée par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues par la loi... ».

pouvoir de décider l'augmentation du capital». Ainsi, seule l'AGE est compétente, en principe, pour augmenter le capital social⁶⁴.

Concernant la convocation de l'AGE, elle obéit à des règles strictes⁶⁵, dont l'inobservation peut entraîner l'annulation de cette dernière, sauf en cas où tous les actionnaires y étaient présents ou représentés⁶⁶. En plus de ces formalités, l'AGE doit respecter les conditions relatives au quorum⁶⁷ et à la majorité⁶⁸.

Le principe de la compétence exclusive de l'AGE connaît deux exceptions. La première est relative aux sociétés à capital variable⁶⁹, tandis que la seconde concerne la possibilité donnée à l'AGE de déléguer ses

⁶⁴ - Cependant, cette exclusivité souffre d'une exception qui découle de l'article 407 du CSC prévoyant que le capital d'une société à capital variable peut être augmenté par des délibérations de l'AG, prises d'année en année. Donc, dans ce type de société, l'augmentation du capital peut être décidée par l'AGO.

⁶⁵ - V. les articles 276 et 277 du CSC.

⁶⁶ - Voir l'article 277 in fine CSC.

⁶⁷ - A cet effet, l'article 291 CSC dispose dans son alinéa 2 que « les délibérations de l'assemblée générale ne sont considérées valables que si les actionnaires présents ou les représentants au droit de vote détiennent au moins sur première convocation, la moitié du capital et sur deuxième convocation le tiers du capital », et l'alinéa 3 du même article ajoute que « à défaut de ce dernier quorum le délai de la tenue de l'assemblée générale peut être prorogé à une date postérieure ne dépassant pas deux mois à partir de la date de la convocation. Elle statue à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présent ou des représentants ayant droit au vote ». On parle ici alors d'une 2^{ème} assemblée prorogée. Ceci renforcera peut être le phénomène d'absentéisme, car « l'actionnaire négligent se dit que le quorum ne sera sûrement pas atteint à la première séance et attend tranquillement les autres convocations pour se déranger », MEYESSAN, Les droits des actionnaires et autres porteurs de titres dans la société anonyme, étude de droit comparé, Ed. CUJAS, Paris, 1962, p.109.

⁶⁸ - Quant à la majorité requise pour décider l'augmentation du capital, elle est calculée en fonction des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée selon la règle de proportionnalité.

⁶⁹ - V. l'article 407 du CSC qui prévoit que le capital d'une société à capital variable peut être augmenté par des délibérations de l'AG, prises d'année en année. Donc, dans ce type de société, l'augmentation du capital peut être décidée par l'AGO.

pouvoir de décider l'augmentation du capital». Ainsi, seule l'AGE est compétente, en principe, pour augmenter le capital social⁶⁴.

Concernant la convocation de l'AGE, elle obéit à des règles strictes⁶⁵, dont l'inobservation peut entraîner l'annulation de cette dernière, sauf en cas où tous les actionnaires y étaient présents ou représentés⁶⁶. En plus de ces formalités, l'AGE doit respecter les conditions relatives au quorum⁶⁷ et à la majorité⁶⁸.

Le principe de la compétence exclusive de l'AGE connaît deux exceptions. La première est relative aux sociétés à capital variable⁶⁹, tandis que la seconde concerne la possibilité donnée à l'AGE de déléguer ses

⁶⁴ - Cependant, cette exclusivité souffre d'une exception qui découle de l'article 407 du CSC prévoyant que le capital d'une société à capital variable peut être augmenté par des délibérations de l'AG, prises d'année en année. Donc, dans ce type de société, l'augmentation du capital peut être décidée par l'AGO.

⁶⁵ - V. les articles 276 et 277 du CSC.

⁶⁶ - Voir l'article 277 in fine CSC.

⁶⁷ - A cet effet, l'article 291 CSC dispose dans son alinéa 2 que « les délibérations de l'assemblée générale ne sont considérées valables que si les actionnaires présents ou les représentants au droit de vote détiennent au moins sur première convocation, la moitié du capital et sur deuxième convocation le tiers du capital », et l'alinéa 3 du même article ajoute que « à défaut de ce dernier quorum le délai de la tenue de l'assemblée générale peut être prorogé à une date postérieure ne dépassant pas deux mois à partir de la date de la convocation. Elle statue à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présent ou des représentants ayant droit au vote ». On parle ici alors d'une 2^{ème} assemblée prorogée. Ceci renforcera peut être le phénomène d'absentéisme, car « l'actionnaire négligent se dit que le quorum ne sera sûrement pas atteint à la première séance et attend tranquillement les autres convocations pour se déranger », MEYESSAN, Les droits des actionnaires et autres porteurs de titres dans la société anonyme, étude de droit comparé, Ed. CUJAS, Paris, 1962, p.109.

⁶⁸ - Quant à la majorité requise pour décider l'augmentation du capital, elle est calculée en fonction des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée selon la règle de proportionnalité.

⁶⁹ - V. l'article 407 du CSC qui prévoit que le capital d'une société à capital variable peut être augmenté par des délibérations de l'AG, prises d'année en année. Donc, dans ce type de société, l'augmentation du capital peut être décidée par l'AGO.

pouvoirs au CA ou au directoire⁷⁰. Cette autorisation, largement encourue par les sociétés, n'est pas libre, et soumise à des conditions précises⁷¹.

45. La publicité de la décision d'augmentation du capital. Afin que tout intéressé prenne connaissance de la décision d'augmentation du capital, le législateur exige la publicité de cette décision. La publicité passe par trois étapes.

46. La première étape consiste dans l'obligation de dépôt. Selon l'article 293 in fine du CSC, la publication de la décision d'augmentation du capital se fait conformément aux dispositions de l'article 163 du même code. Cet article dispose qu'« avant toute souscription du capital un projet de statut signé par les fondateurs, doit être déposé au greffe du tribunal de première instance du siège social... ». On peut déduire alors qu'avant toute souscription, la société doit déposer la décision d'augmentation du capital, comprenant modification des statuts et signée par l'AGE, au greffe du tribunal de 1ère instance de son siège sociale. L'observation de cette procédure est doublement sanctionnée puisque l'observation de l'article 163 CSC est sanctionnée civilement par l'article 179 CSC et pénalement par l'article 183 CSC.

47. La seconde étape exige la publication de la décision dans le JORT et dans deux journaux. L'article 302 CSC dispose qu'« avant l'ouverture de la souscription, la société accomplit les formalités de publicité prévues à l'article 163 et suivant du présent code ». En revenant à l'article 164 CSC, on trouve qu'il exige la publication de la décision dans le JORT et dans 2 journaux quotidiens dont l'un est en langue arabe⁷². Pour ce fait, une notice doit être établie par la société, et doit contenir certaines indications, aussi bien sur la société (dénomination, siège, forme, adresse, objet social...) que sur

⁷⁰ - A cet égard, l'article 294 al1 CSC dispose que : « l'assemblée générale extraordinaire peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser l'augmentation du capital en une ou plusieurs fois... ».

⁷¹ - V. G. NAFFAH, J.-Cl.Soc., Fasc.156-10, p.9, n°44.

⁷² - Voir aussi l'article 16 CSC.

pouvoirs au CA ou au directoire⁷⁰. Cette autorisation, largement encourue par les sociétés, n'est pas libre, et soumise à des conditions précises⁷¹.

45. La publicité de la décision d'augmentation du capital. Afin que tout intéressé prenne connaissance de la décision d'augmentation du capital, le législateur exige la publicité de cette décision. La publicité passe par trois étapes.

46. La première étape consiste dans l'obligation de dépôt. Selon l'article 293 in fine du CSC, la publication de la décision d'augmentation du capital se fait conformément aux dispositions de l'article 163 du même code. Cet article dispose qu'« avant toute souscription du capital un projet de statut signé par les fondateurs, doit être déposé au greffe du tribunal de première instance du siège social... ». On peut déduire alors qu'avant toute souscription, la société doit déposer la décision d'augmentation du capital, comprenant modification des statuts et signée par l'AGE, au greffe du tribunal de 1ère instance de son siège social. L'observation de cette procédure est doublement sanctionnée puisque l'observation de l'article 163 CSC est sanctionnée civilement par l'article 179 CSC et pénalement par l'article 183 CSC.

47. La seconde étape exige la publication de la décision dans le JORT et dans deux journaux. L'article 302 CSC dispose qu'« avant l'ouverture de la souscription, la société accomplit les formalités de publicité prévues à l'article 163 et suivant du présent code ». En revenant à l'article 164 CSC, on trouve qu'il exige la publication de la décision dans le JORT et dans 2 journaux quotidiens dont l'un est en langue arabe⁷². Pour ce fait, une notice doit être établie par la société, et doit contenir certaines indications, aussi bien sur la société (dénomination, siège, forme, adresse, objet social...) que sur

⁷⁰ - A cet égard, l'article 294 al1 CSC dispose que : « l'assemblée générale extraordinaire peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser l'augmentation du capital en une ou plusieurs fois... ».

⁷¹ - V. G. NAFFAH, J.-Cl.Soc., Fasc.156-10, p.9, n°44.

⁷² - Voir aussi l'article 16 CSC.

le capital social (montant du capital à souscrire, nombre d'actions à souscrire, prime d'émission...). L'omission d'une de ces indications, ou la présentation d'indications erronées est punie pénalement⁷³.

48. La troisième et dernière étape consiste dans l'obligation de publication au RC. Cette obligation est prévue par l'article 21 de la loi relative au RC⁷⁴. Ainsi, l'augmentation du capital doit être publiée au RC dans un délai d'un mois à partir de la date de sa réalisation. L'article 68 de la loi relative au RC sanctionne l'inobservation des mentions indiquées par une amende qui sera doublée en cas de récidive. Contrairement à l'article 118 C.Com. qui disposait que « la violation des dispositions des articles 103 à 117 entraîne la nullité de l'augmentation du capital », aucune disposition pareille n'est prévue dans le CSC par les articles concernant l'augmentation du capital. Le législateur se contente seulement de prévoir la nullité pour quelques inobservations seulement et il a laissé la porte ouverte à la société pour régulariser sa situation⁷⁵.

Les conditions visant la protection des associés

49. L'entrée de nouveaux associés lors de l'augmentation du capital peut diluer les droits des anciens associés⁷⁶. A cet égard, le législateur prévoit un ensemble de droits fondamentaux dans le but de limiter cette dilution. Deux mécanismes peuvent limiter cet effet grave afin de protéger les droits des anciens actionnaires: D'une part, on trouve le droit préférentiel de souscription et d'autre part, la prime d'émission.

Le droit préférentiel de souscription (DPS)⁷⁷

50. Le DPS peut être défini comme étant: " Une faculté accordée aux actionnaires de souscrire par priorité à tous autres et proportionnellement au

⁷³ - Voir l'article 313 CSC.

⁷⁴ - Loi n°95-44 du 2 Mai 1995, JORT n°37, du 2 Mai 1995, p.1055.

⁷⁵ - M-A. TAKTAK, mémoire précité, p.55 et s.

⁷⁶ - L'augmentation du capital par apports en numéraire est susceptible de léser les anciens actionnaires surtout avec l'entrée de nouveaux actionnaires, et on peut imaginer le déséquilibre que puisse provoquer telle opération, surtout au niveau de la répartition des pouvoirs au sein de la société.

⁷⁷ - En pratique: "DPS".

le capital social (montant du capital à souscrire, nombre d'actions à souscrire, prime d'émission...). L'omission d'une de ces indications, ou la présentation d'indications erronées est punie pénalement⁷³.

48. La troisième et dernière étape consiste dans l'obligation de publication au RC. Cette obligation est prévue par l'article 21 de la loi relative au RC⁷⁴. Ainsi, l'augmentation du capital doit être publiée au RC dans un délai d'un mois à partir de la date de sa réalisation. L'article 68 de la loi relative au RC sanctionne l'inobservation des mentions indiquées par une amende qui sera doublée en cas de récidive. Contrairement à l'article 118 C.Com. qui disposait que « la violation des dispositions des articles 103 à 117 entraîne la nullité de l'augmentation du capital », aucune disposition pareille n'est prévue dans le CSC par les articles concernant l'augmentation du capital. Le législateur se contente seulement de prévoir la nullité pour quelques inobservations seulement et il a laissé la porte ouverte à la société pour régulariser sa situation⁷⁵.

Les conditions visant la protection des associés

49. L'entrée de nouveaux associés lors de l'augmentation du capital peut diluer les droits des anciens associés⁷⁶. A cet égard, le législateur prévoit un ensemble de droits fondamentaux dans le but de limiter cette dilution. Deux mécanismes peuvent limiter cet effet grave afin de protéger les droits des anciens actionnaires: D'une part, on trouve le droit préférentiel de souscription et d'autre part, la prime d'émission.

Le droit préférentiel de souscription (DPS)⁷⁷

50. Le DPS peut être défini comme étant: " Une faculté accordée aux actionnaires de souscrire par priorité à tous autres et proportionnellement au

⁷³ - Voir l'article 313 CSC.

⁷⁴ - Loi n°95-44 du 2 Mai 1995, JORT n°37, du 2 Mai 1995, p.1055.

⁷⁵ - M-A. TAKTAK, mémoire précité, p.55 et s.

⁷⁶ - L'augmentation du capital par apports en numéraire est susceptible de léser les anciens actionnaires surtout avec l'entrée de nouveaux actionnaires, et on peut imaginer le déséquilibre que puisse provoquer telle opération, surtout au niveau de la répartition des pouvoirs au sein de la société.

⁷⁷ - En pratique: "DPS".

nombre d'actions qu'ils possèdent, aux nouvelles actions émises en numéraire pour réaliser une augmentation du capital."⁷⁸

Cette définition suscite les remarques suivantes :

D'abord, le DPS n'a jamais été obligatoire, il s'agit bien d'une faculté. En effet, ce droit "permet de souscrire, il n'oblige jamais à le faire"⁷⁹, car cette opération augmente les engagements des actionnaires.

Ensuite, s'il est vrai que le DPS est admis aussi bien pour les SARL que pour les SA, ce dernier n'est prévu par la loi que pour la souscription des actions en numéraire émises par la société. Donc, en cas d'augmentation du capital par apports en nature, ce droit serait exclu. Sont également exclues de ce droit: l'augmentation du capital par incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission et l'augmentation du capital par élévation de la valeur nominale des actions⁸⁰. Le DPS est remplacé dans ce cas par un droit d'attribution⁸¹. A noter ici qu'une partie de la doctrine, minoritaire soit-elle, considère que les associés, lors d'une augmentation du capital par incorporation des réserves, peuvent bénéficier du DPS⁸². Mais, la plupart de la doctrine est hostile à cette tendance⁸³. Bref, le DPS ne joue qu'en cas d'augmentation du capital par apports en numéraire.

Enfin, c'est le principe de proportionnalité qui régit le DPS. En effet, ce droit est proportionnel au nombre d'actions que possède chaque actionnaire.

⁷⁸ - G. GUREY, *Droit des affaires*, éd. CLET, p.726.

⁷⁹ - Y. GUYON, *Droit des affaires*, T.I., *Droit commercial général et sociétés*, 10^{ème} édition, ECONOMICA, 1998.

⁸⁰ - Cass.Com., 16 décembre 1969, J.C.P., 1970, note N.BERNARD.

⁸¹ - G. NAFFAH, *J-Cl.Soc.*, Fasc.157, p.6, n°12.

⁸² - Selon cette doctrine, la transformation des réserves en actions nouvelles créées à titre d'augmentation du capital passe, théoriquement, par deux phases: Une première consistant à distribuer les réserves aux associés par la société, et une seconde consistant à souscrire à l'augmentation du capital par les actionnaires. Voir dans ce sens, Tribunal de Lyon, 5 février 1951, J.C.P., 1952, II, n°6673. avec la note de BASTIAN ; Tribunal de la Seine, 10 avril 1941, *Jour.Soc.*, 1941, p.183.

⁸³ - P. CORDONNIER, «De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social», *J-Cl.Soc.*, 1943, p.84. ; G. NAFFAH, article précité, *loc. cit.*

nombre d'actions qu'ils possèdent, aux nouvelles actions émises en numéraire pour réaliser une augmentation du capital."⁷⁸

Cette définition suscite les remarques suivantes :

D'abord, le DPS n'a jamais été obligatoire, il s'agit bien d'une faculté. En effet, ce droit "permet de souscrire, il n'oblige jamais à le faire"⁷⁹, car cette opération augmente les engagements des actionnaires.

Ensuite, s'il est vrai que le DPS est admis aussi bien pour les SARL que pour les SA, ce dernier n'est prévu par la loi que pour la souscription des actions en numéraire émises par la société. Donc, en cas d'augmentation du capital par apports en nature, ce droit serait exclu. Sont également exclues de ce droit: l'augmentation du capital par incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission et l'augmentation du capital par élévation de la valeur nominale des actions⁸⁰. Le DPS est remplacé dans ce cas par un droit d'attribution⁸¹. A noter ici qu'une partie de la doctrine, minoritaire soit-elle, considère que les associés, lors d'une augmentation du capital par incorporation des réserves, peuvent bénéficier du DPS⁸². Mais, la plupart de la doctrine est hostile à cette tendance⁸³. Bref, le DPS ne joue qu'en cas d'augmentation du capital par apports en numéraire.

Enfin, c'est le principe de proportionnalité qui régit le DPS. En effet, ce droit est proportionnel au nombre d'actions que possède chaque actionnaire.

⁷⁸ - G. GUREY, *Droit des affaires*, éd. CLET, p.726.

⁷⁹ - Y. GUYON, *Droit des affaires*, T.I., *Droit commercial général et sociétés*, 10^{ème} édition, ECONOMICA, 1998.

⁸⁰ - Cass.Com., 16 décembre 1969, J.C.P., 1970, note N.BERNARD.

⁸¹ - G. NAFFAH, *J-Cl.Soc.*, Fasc.157, p.6, n°12.

⁸² - Selon cette doctrine, la transformation des réserves en actions nouvelles créées à titre d'augmentation du capital passe, théoriquement, par deux phases: Une première consistant à distribuer les réserves aux associés par la société, et une seconde consistant à souscrire à l'augmentation du capital par les actionnaires. Voir dans ce sens, Tribunal de Lyon, 5 février 1951, J.C.P, 1952, II, n°6673. avec la note de BASTIAN ; Tribunal de la Seine, 10 avril 1941, *Jour.Soc.*, 1941, p.183.

⁸³ - P. CORDONNIER, «De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social», *J-Cl.Soc.*, 1943, p.84. ; G. NAFFAH, article précité, *loc. cit.*

2-La prime d'émission

51. La prime d'émission est définie comme étant « (...) la somme d'argent qu'un souscripteur peut être tenu de verser à la société émettrice en supplément de la valeur nominale de son titre lors d'une augmentation du capital »⁸⁴. C'est une sorte de compensation suite à la suppression du DPS. En effet, ces deux institutions révèlent un caractère complémentaire puisqu'elles visent la protection des droits des anciens associés.

52. La prime d'émission est présentée par certains auteurs comme un « droit d'entrée »⁸⁵. Elle a pour but d'égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux surtout lorsqu'il existe des réserves. En effet, la participation des anciens associés au capital va être diminuée par l'apparition de nouveaux porteurs de titres de capital, et les droits qui étaient les siens sur les réserves vont se trouver venir en concurrence avec ceux des nouveaux arrivants.

53. La nature juridique de la prime d'émission n'a pas fait l'unanimité et elle a conduit à un débat doctrinal et jurisprudentiel fort impressionnant. Certains considèrent que la prime d'émission est un bénéfice social⁸⁶, puisqu'elle augmente l'actif net de la société sans augmenter son capital. D'autres auteurs qualifient la prime d'émission comme étant un supplément d'apport puisqu'elle revêt le même caractère qu'un apport en société⁸⁷.

54. La prime d'émission a, schématiquement, une double fonction. La première est celle d'augmenter les fonds propres sans appartenir pourtant au capital social. Plus importante, la seconde fonction tient à son caractère

⁸⁴ - S. DANA-DEMARET et Y. REINHARD, *Lexique de droit des sociétés et groupements d'affaires*, éd. Dalloz, 1993, p.3.

⁸⁵ - MESTRE (J) et PANCRAZY (ME), *Droit commercial*, LGDJ, Paris, 1989.

⁸⁶ - P. COUDIN, « Prime et capital », in. « Quel avenir pour le capital social ? », *Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE*, Dalloz 2004, p.31.

⁸⁷ - HAMEL (J), « Quelques observations sur la prime d'émission », *Rev. Critique*, 1930, p.117.

2-La prime d'émission

51. La prime d'émission est définie comme étant « (...) la somme d'argent qu'un souscripteur peut être tenu de verser à la société émettrice en supplément de la valeur nominale de son titre lors d'une augmentation du capital »⁸⁴. C'est une sorte de compensation suite à la suppression du DPS. En effet, ces deux institutions révèlent un caractère complémentaire puisqu'elles visent la protection des droits des anciens associés.

52. La prime d'émission est présentée par certains auteurs comme un « droit d'entrée »⁸⁵. Elle a pour but d'égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux surtout lorsqu'il existe des réserves. En effet, la participation des anciens associés au capital va être diminuée par l'apparition de nouveaux porteurs de titres de capital, et les droits qui étaient les siens sur les réserves vont se trouver venir en concurrence avec ceux des nouveaux arrivants.

53. La nature juridique de la prime d'émission n'a pas fait l'unanimité et elle a conduit à un débat doctrinal et jurisprudentiel fort impressionnant. Certains considèrent que la prime d'émission est un bénéfice social⁸⁶, puisqu'elle augmente l'actif net de la société sans augmenter son capital. D'autres auteurs qualifient la prime d'émission comme étant un supplément d'apport puisqu'elle revêt le même caractère qu'un apport en société⁸⁷.

54. La prime d'émission a, schématiquement, une double fonction. La première est celle d'augmenter les fonds propres sans appartenir pourtant au capital social. Plus importante, la seconde fonction tient à son caractère

⁸⁴ - S. DANA-DEMARET et Y. REINHARD, *Lexique de droit des sociétés et groupements d'affaires*, éd. Dalloz, 1993, p.3.

⁸⁵ - MESTRE (J) et PANCRAZY (ME), *Droit commercial*, LGDJ, Paris, 1989.

⁸⁶ - P. COUDIN, « Prime et capital », in. « Quel avenir pour le capital social ? », *Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE*, Dalloz 2004, p.31.

⁸⁷ - HAMEL (J), « Quelques observations sur la prime d'émission », *Rev. Critique*, 1930, p.117.

égalitaire. En effet, et à l'occasion d'une augmentation du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, la prime d'émission constitue une sorte de compensation de la différence entre la valeur nominale et la valeur vénale des actions anciennes⁸⁸.

La négligence des fonctions du capital social

55. Le capital social renferme une fonction juridique. Il est le gage des créanciers et la clef de répartition des bénéfices. Encore plus, il joue une fonction économique, puisque c'est un outil de financement de l'entreprise. Voilà comment le capital social est souvent présenté. Cette présentation n'est pas sans soulever certaines réflexions. Certains auteurs ont parlé des rides du capital social⁸⁹, d'autres se sont interrogés sur l'avenir de cette notion⁹⁰ et la nécessité d'une réforme⁹¹. Certes, le capital social a perdu aujourd'hui son rôle suite à la perte de ses fonctions. Si le législateur protège le capital en tant que valeur comptable à travers les principes qui le régissent et la rigueur des conditions de sa modification, il n'arrive pas à faire la chose pareille en ce qui concerne ses fonctions. Cette négligence de la part du législateur a provoqué à la fois l'appauvrissement de la fonction économique du capital social (A) et l'affaiblissement de ses fonctions juridiques (B).

L'appauvrissement de la fonction économique du capital social

56. L'appauvrissement de la fonction économique du capital social est dû, non seulement au rétrécissement du capital social minimal (a), mais surtout à l'apparition d'autres moyens de financement à côté du capital (b).

Le rétrécissement du capital social minimal

57. Il est curieux de constater que le rétrécissement du capital social minimal est à deux vitesses.

⁸⁸ - NAFFAH (G), *article précité*, n°60, p.16.

⁸⁹ - P. Le CANNU, *article précité*, p.3 et s.

⁹⁰ - Ph. BISSARA, *article précité*, loc. cit.

⁹¹ - D. CARAMALLI et E. CARFRITZ, «Le mythe du capital social, le bien fondé d'une réforme », *Banque et Droit* 2004, n°94, p.3.

égalitaire. En effet, et à l'occasion d'une augmentation du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, la prime d'émission constitue une sorte de compensation de la différence entre la valeur nominale et la valeur vénale des actions anciennes⁸⁸.

La négligence des fonctions du capital social

55. Le capital social renferme une fonction juridique. Il est le gage des créanciers et la clef de répartition des bénéfices. Encore plus, il joue une fonction économique, puisque c'est un outil de financement de l'entreprise. Voilà comment le capital social est souvent présenté. Cette présentation n'est pas sans soulever certaines réflexions. Certains auteurs ont parlé des rides du capital social⁸⁹, d'autres se sont interrogés sur l'avenir de cette notion⁹⁰ et la nécessité d'une réforme⁹¹. Certes, le capital social a perdu aujourd'hui son rôle suite à la perte de ses fonctions. Si le législateur protège le capital en tant que valeur comptable à travers les principes qui le régissent et la rigueur des conditions de sa modification, il n'arrive pas à faire la chose pareille en ce qui concerne ses fonctions. Cette négligence de la part du législateur a provoqué à la fois l'appauvrissement de la fonction économique du capital social (A) et l'affaiblissement de ses fonctions juridiques (B).

L'appauvrissement de la fonction économique du capital social

56. L'appauvrissement de la fonction économique du capital social est dû, non seulement au rétrécissement du capital social minimal (a), mais surtout à l'apparition d'autres moyens de financement à côté du capital (b).

Le rétrécissement du capital social minimal

57. Il est curieux de constater que le rétrécissement du capital social minimal est à deux vitesses.

⁸⁸ - NAFFAH (G), *article précité*, n°60, p.16.

⁸⁹ - P. Le CANNU, *article précité*, p.3 et s.

⁹⁰ - Ph. BISSARA, *article précité*, loc. cit.

⁹¹ - D. CARAMALLI et E. CARFRITZ, «Le mythe du capital social, le bien fondé d'une réforme », *Banque et Droit* 2004, n°94, p.3.

La réduction du capital minimal pour les SA

58. Pour les SA, le montant du capital minimal a connu une dégradation remarquable. Si le Code de commerce n'a pas prévu une disposition, au moins explicite, pour déterminer le montant du capital minimal d'une SA, le CSC, lors de sa promulgation en 2000 et à travers son article 161, a fixé ce montant à cinquante mille dinars pour les SA ne faisant pas appel public à l'épargne et à cent cinquante mille dinars pour les SA faisant appel public à l'épargne. Cinq ans plus tard, ce minimum légal est devenu encore plus « misérable ». Après sa modification par la loi n° 2005-12 du 26 janvier 2005, l'article 161 prévoit désormais que « 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 ».

On se pose vraiment la question de savoir si une SA, à cinq mille dinars de capital, constitue encore ce « merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne »⁹²!

L'existence de certaines sociétés dont le capital peut être égale à zéro

59. Certaines sociétés de personnes telles que les SNC et les SEP peuvent être constituées avec un capital égal à zéro dans le cas où tous les apports fournis constituent uniquement des apports en industrie, étant donné que ces types d'apports, et à la différence des apports en numéraire et en nature, ne concourent pas à la formation du capital social.

60. Si les sociétés de personnes peuvent depuis l'apparition du CSC être formées sans l'exigence d'un capital social minimal, il faut souligner que ceci n'a été admis pour la SARL que récemment. En effet, l'article 92 du CSC, fixant le capital minimal de la SARL, a connu une évolution sans précédente. Avec l'apparition du code en 2000, le législateur a fixé le capital minimal de la SARL à dix milles dinars. Cinq ans plus tard, et à l'occasion de la

⁹² - G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1946, n°46, p.109.

La réduction du capital minimal pour les SA

58. Pour les SA, le montant du capital minimal a connu une dégradation remarquable. Si le Code de commerce n'a pas prévu une disposition, au moins explicite, pour déterminer le montant du capital minimal d'une SA, le CSC, lors de sa promulgation en 2000 et à travers son article 161, a fixé ce montant à cinquante mille dinars pour les SA ne faisant pas appel public à l'épargne et à cent cinquante mille dinars pour les SA faisant appel public à l'épargne. Cinq ans plus tard, ce minimum légal est devenu encore plus « misérable ». Après sa modification par la loi n° 2005-12 du 26 janvier 2005, l'article 161 prévoit désormais que « 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 ».

On se pose vraiment la question de savoir si une SA, à cinq mille dinars de capital, constitue encore ce « merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne »⁹²!

L'existence de certaines sociétés dont le capital peut être égale à zéro

59. Certaines sociétés de personnes telles que les SNC et les SEP peuvent être constituées avec un capital égal à zéro dans le cas où tous les apports fournis constituent uniquement des apports en industrie, étant donné que ces types d'apports, et à la différence des apports en numéraire et en nature, ne concourent pas à la formation du capital social.

60. Si les sociétés de personnes peuvent depuis l'apparition du CSC être formées sans l'exigence d'un capital social minimal, il faut souligner que ceci n'a été admis pour la SARL que récemment. En effet, l'article 92 du CSC, fixant le capital minimal de la SARL, a connu une évolution sans précédente. Avec l'apparition du code en 2000, le législateur a fixé le capital minimal de la SARL à dix milles dinars. Cinq ans plus tard, et à l'occasion de la

⁹² - G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1946, n°46, p.109.

modification de 2005, ce montant a été réduit à mille dinars. Juste deux ans après, le législateur a enlevé totalement les barrières en supprimant toute exigence d'un capital minimal. Désormais, le capital social minimal est déterminé librement par les statuts⁹³.

61. La suppression du minimum légal peut trouver certaines justifications. C'est par un souci de réalisme et de pragmatisme que le législateur a enlevé la barrière uniforme à l'entrée des SARL⁹⁴. Cette démarche constitue « l'expression législative d'une volonté de responsabilisation des fondateurs qu'on ne saurait pénaliser en imposant un capital minimum parfois très supérieur aux besoins réels de la société »⁹⁵. En fait, qui, à part l'associé fondateur, peut évaluer son véritable besoin financier et adapter finement le montant du capital à ce besoin ? Il n'y a aucune logique à ce que la loi détermine arbitrairement quel est le bon niveau de capital pour lancer une activité économique : c'est à chaque entrepreneur de le faire en fonction de son plan d'affaires⁹⁶. Il est à noter dans ce sens que l'exigence d'un capital minimal était perçue comme un frein à la création des sociétés. Cela est vrai surtout pour les sociétés qui se contentent d'un faible capital de départ telles que les sociétés de services.

62. Toutefois, la détermination statutaire totalement libre du capital n'est pas à l'abri de tout risque. La détermination d'un capital social dérisoire

⁹³ - Les dispositions de l'article 92 du CSC sont abrogées par l'article 12 de la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique (J.O.R.T n°104 du 28 décembre 2007, p. 4337). Le nouvel article 92 prévoit que « Le capital de la société à responsabilité limitée est fixé par son acte constitutif. Le capital social est divisé en parts sociales à valeur nominale égale ».

⁹⁴ - A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.132.

⁹⁵ - L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », D. 2003, p.1613.

⁹⁶ - V. L'exposé des motifs de la loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, Journal Officiel (français) du 23 déc. 2002, n° 507. Il est disponible aussi sur le site internet : <http://www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/initiativeeco/expomotifcm.htm>

modification de 2005, ce montant a été réduit à mille dinars. Juste deux ans après, le législateur a enlevé totalement les barrières en supprimant toute exigence d'un capital minimal. Désormais, le capital social minimal est déterminé librement par les statuts⁹³.

61. La suppression du minimum légal peut trouver certaines justifications. C'est par un souci de réalisme et de pragmatisme que le législateur a enlevé la barrière uniforme à l'entrée des SARL⁹⁴. Cette démarche constitue « l'expression législative d'une volonté de responsabilisation des fondateurs qu'on ne saurait pénaliser en imposant un capital minimum parfois très supérieur aux besoins réels de la société »⁹⁵. En fait, qui, à part l'associé fondateur, peut évaluer son véritable besoin financier et adapter finement le montant du capital à ce besoin ? Il n'y a aucune logique à ce que la loi détermine arbitrairement quel est le bon niveau de capital pour lancer une activité économique : c'est à chaque entrepreneur de le faire en fonction de son plan d'affaires⁹⁶. Il est à noter dans ce sens que l'exigence d'un capital minimal était perçue comme un frein à la création des sociétés. Cela est vrai surtout pour les sociétés qui se contentent d'un faible capital de départ telles que les sociétés de services.

62. Toutefois, la détermination statutaire totalement libre du capital n'est pas à l'abri de tout risque. La détermination d'un capital social dérisoire

⁹³ - Les dispositions de l'article 92 du CSC sont abrogées par l'article 12 de la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique (J.O.R.T n°104 du 28 décembre 2007, p. 4337). Le nouvel article 92 prévoit que « Le capital de la société à responsabilité limitée est fixé par son acte constitutif. Le capital social est divisé en parts sociales à valeur nominale égale ».

⁹⁴ - A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.132.

⁹⁵ - L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », D. 2003, p.1613.

⁹⁶ - V. L'exposé des motifs de la loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, Journal Officiel (français) du 23 déc. 2002, n° 507. Il est disponible aussi sur le site internet : <http://www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/initiativeeco/expomotifcm.htm>

ou insuffisant est une hypothèse fort envisageable et la crainte d'une multiplication de sociétés largement sous-capitalisées ne peut être ignorée⁹⁷. Cette crainte tend vers la certitude surtout avec les sociétés de capitaux et les SARL où la responsabilité des associés, vis-à-vis des créanciers sociaux, est limitée à leurs apports. De ce fait, il n'est pas dans l'intérêt des associés de constituer un capital important et donc de construire un coussin confortable pour les créanciers.

63. La détermination d'un capital social insuffisant a des répercussions très dangereuses sur la fonction économique du capital. A bien des égards, les affaires ont certainement besoin d'argent et la société peut être assimilée, selon le professeur DIDIER, à une « machine » qui transforme l'argent en produits et services qu'elle acquiert et retransforme en argent les biens et services qu'elle vend⁹⁸. Cela dit, le capital social est « l'élément de base de financement de l'activité que l'entreprise exerce »⁹⁹. Source de financement, les apports qui forment le capital représentent un engagement ferme de la part des associés d'assumer la prise de risque liée aux fluctuations de l'activité économique.

Certes, le financement particulier du capital présente certains avantages¹⁰⁰. Mais il est insuffisant pour assurer le financement de la société d'aujourd'hui, encore plus, celle de demain.

Le recours à des moyens de financement concurrents

64. Face à ce mouvement législatif de rétrécissement du capital minimal, la notion de capital social semble perdre sa fonction de financement. Elle cède progressivement sa place à la notion de « fonds propres ». Certains auteurs vont jusqu'à dire qu'elle est « relayée » par cette dernière¹⁰¹.

⁹⁷ - L. NURIT-PONTIER, *article précité, loc. cit.*

⁹⁸ - P. DIDIER, *Droit Commercial, Introduction, L'entreprise, L'entreprise individuelle, T.1, 3^{ème} éd. PUF. p.111 et s.*

⁹⁹ - F. GORÉ, *article précité, loc. cit.*

¹⁰⁰ - *Tels que le faible coût et la permanence.*

¹⁰¹ - S. MELLOULI et S. FRIKHA, *Les sociétés commerciales, impression IME, Tunis, 2008, p. 32.*

ou insuffisant est une hypothèse fort envisageable et la crainte d'une multiplication de sociétés largement sous-capitalisées ne peut être ignorée⁹⁷. Cette crainte tend vers la certitude surtout avec les sociétés de capitaux et les SARL où la responsabilité des associés, vis-à-vis des créanciers sociaux, est limitée à leurs apports. De ce fait, il n'est pas dans l'intérêt des associés de constituer un capital important et donc de construire un coussin confortable pour les créanciers.

63. La détermination d'un capital social insuffisant a des répercussions très dangereuses sur la fonction économique du capital. A bien des égards, les affaires ont certainement besoin d'argent et la société peut être assimilée, selon le professeur DIDIER, à une « machine » qui transforme l'argent en produits et services qu'elle acquiert et retransforme en argent les biens et services qu'elle vend⁹⁸. Cela dit, le capital social est « l'élément de base de financement de l'activité que l'entreprise exerce »⁹⁹. Source de financement, les apports qui forment le capital représentent un engagement ferme de la part des associés d'assumer la prise de risque liée aux fluctuations de l'activité économique.

Certes, le financement particulier du capital présente certains avantages¹⁰⁰. Mais il est insuffisant pour assurer le financement de la société d'aujourd'hui, encore plus, celle de demain.

Le recours à des moyens de financement concurrents

64. Face à ce mouvement législatif de rétrécissement du capital minimal, la notion de capital social semble perdre sa fonction de financement. Elle cède progressivement sa place à la notion de « fonds propres ». Certains auteurs vont jusqu'à dire qu'elle est « relayée » par cette dernière¹⁰¹.

⁹⁷ - L. NURIT-PONTIER, *article précité, loc. cit.*

⁹⁸ - P. DIDIER, *Droit Commercial, Introduction, L'entreprise, L'entreprise individuelle, T.1, 3^{ème} éd. PUF. p.111 et s.*

⁹⁹ - F. GORÉ, *article précité, loc. cit.*

¹⁰⁰ - *Tels que le faible coût et la permanence.*

¹⁰¹ - S. MELLOULI et S. FRIKHA, *Les sociétés commerciales, impression IME, Tunis, 2008, p. 32.*

65. Empruntée au langage comptable et financier, la notion de « fonds propres » constitue un contenant à contenu variable. Elle est hétérogène et fuyante. Abstraction faite de tout débat juridique, stérile semble-t-il, concernant l'utilisation de l'expression « fonds propres » ou « capitaux propres »¹⁰², il n'est pas aisé de fixer une définition pour ce concept¹⁰³.

66. Selon une approche comptable, les fonds propres sont les biens qui appartiennent en pleine propriété à l'entreprise, ainsi que d'autres fonds, qui sans être la propriété de l'entreprise, sont mis à sa disposition à titre permanent. Les premiers, qu'on peut appeler aussi, les fonds propres proprement dit, se composent, selon la norme comptable générale¹⁰⁴, du capital social, réserves, primes d'émission, de fusion et d'apports...¹⁰⁵. Sont en

¹⁰² - J. STOUFFLET, «Les capitaux propres », Rev. Soc. n°104, 1986, p.541, « sous le vocable de capitaux propres ce sont les fonds propres, familiers aux experts comptables et aux spécialistes des finances des entreprises, qui ont ainsi reçu une consécration juridique ».

¹⁰³ - La norme comptable relative aux capitaux propres (NC : 02) définit les capitaux propres comme étant « l'intérêt résiduel dans les actifs de l'entreprise après déduction de tous ses passifs. Ils comportent les diverses catégories de capital, les compléments d'apport, les réserves et équivalents, les résultats reportés et les résultats positifs ou négatifs ». le professeur E. KOBÔ présente dans sa thèse la définition suivante : «Les fonds propres sont l'ensemble de biens matériels et financiers de la société, association, groupement d'intérêt économique, caractérisés par les critères de propriété, d'affectation et de permanence, lui servant selon les cas de moyens de financement, de clef de répartition des droits et du pouvoir, de sécurité, de garantie et de couverture de risque ».

¹⁰⁴ - Il s'agit de la norme comptable n°1, instituée par l'arrêté du ministre des finances du 31 décembre 1996 portant approbation des normes comptables.

¹⁰⁵ - Selon la nomenclature des comptes, le compte n°1 est présenté comme suit : Comptes de capitaux propres et passifs non courants

10. Capital.
11. Réserves et primes liées au capital.
12. Résultats reportés.
13. Résultat de l'exercice.
14. Autres capitaux propres.
15. Provisions pour risques & charges.
16. Emprunts & dettes assimilées.

65. Empruntée au langage comptable et financier, la notion de « fonds propres » constitue un contenant à contenu variable. Elle est hétérogène et fuyante. Abstraction faite de tout débat juridique, stérile semble-t-il, concernant l'utilisation de l'expression « fonds propres » ou « capitaux propres »¹⁰², il n'est pas aisé de fixer une définition pour ce concept¹⁰³.

66. Selon une approche comptable, les fonds propres sont les biens qui appartiennent en pleine propriété à l'entreprise, ainsi que d'autres fonds, qui sans être la propriété de l'entreprise, sont mis à sa disposition à titre permanent. Les premiers, qu'on peut appeler aussi, les fonds propres proprement dit, se composent, selon la norme comptable générale¹⁰⁴, du capital social, réserves, primes d'émission, de fusion et d'apports...¹⁰⁵. Sont en

¹⁰² - J. STOUFFLET, « Les capitaux propres », *Rev. Soc.* n°104, 1986, p.541, « sous le vocable de capitaux propres ce sont les fonds propres, familiers aux experts comptables et aux spécialistes des finances des entreprises, qui ont ainsi reçu une consécration juridique ».

¹⁰³ - La norme comptable relative aux capitaux propres (NC : 02) définit les capitaux propres comme étant « l'intérêt résiduel dans les actifs de l'entreprise après déduction de tous ses passifs. Ils comportent les diverses catégories de capital, les compléments d'apport, les réserves et équivalents, les résultats reportés et les résultats positifs ou négatifs ». le professeur E. KOBÔ présente dans sa thèse la définition suivante : « Les fonds propres sont l'ensemble de biens matériels et financiers de la société, association, groupement d'intérêt économique, caractérisés par les critères de propriété, d'affectation et de permanence, lui servant selon les cas de moyens de financement, de clef de répartition des droits et du pouvoir, de sécurité, de garantie et de couverture de risque ».

¹⁰⁴ - Il s'agit de la norme comptable n°1, instituée par l'arrêté du ministre des finances du 31 décembre 1996 portant approbation des normes comptables.

¹⁰⁵ - Selon la nomenclature des comptes, le compte n°1 est présenté comme suit : Comptes de capitaux propres et passifs non courants

10. Capital.
11. Réserves et primes liées au capital.
12. Résultats reportés.
13. Résultat de l'exercice.
14. Autres capitaux propres.
15. Provisions pour risques & charges.
16. Emprunts & dettes assimilées.

revanche considérés comme quasi-fonds propres¹⁰⁶, les produits des titres participatifs, les titres des obligations convertibles en actions et les avances en compte courant d'associés.

67. La différence entre les deux tient à la nature juridique. Les fonds propres (proprement dit) sont des éléments du patrimoine personnel de la société, ils appartiennent à la société jusqu'à sa dissolution et ne pourront être remboursés qu'après désintéressement de tous les créanciers. Alors que les quasi-fonds propres sont des créances, et donc devront être remboursés avant les fonds propres¹⁰⁷. Malgré cette différence, il est à noter que les quasi-fonds propres, ainsi que les composantes du fonds propre autre que le capital, constituent des moyens de financement relativement intéressants.

Le recours aux autres composantes des fonds propres

68. Le législateur, qui a supprimé et démuné le capital social minimal, attache en même temps, une certaine importance à l'amélioration des fonds propres, et ce, à travers deux règles. La première est relative aux réserves légales, puisque chaque société doit, après chaque exercice, prélever cinq pour cent de ses bénéfices afin d'alimenter le fond de réserves. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le montant des réserves atteint dix pour cent du capital social¹⁰⁸. La seconde est relative à l'obligation de maintenir les fonds propres supérieurs à la moitié du capital social. L'inobservation de cette règle à cause de l'accumulation des pertes, entraîne, à défaut de régularisation, la dissolution de la société¹⁰⁹.

Le recours aux quasi-fonds propres

69. Le capital social n'est pas le seul moyen de financement. Ainsi, les quasi-fonds propres constituent de véritables concurrents pour le capital

17. *Comptes de liaison des établissements & succursales.*

18. *Autres Passifs non courants.*

¹⁰⁶ - Appelés aussi les fonds propres assimilés.

¹⁰⁷ - S. DANA-DÉMARET, thèse précitée, p.220.

¹⁰⁸ - Art. 140 al1 du CSC, 287 du CSC et 1305 du COC.

¹⁰⁹ - Art.27 du CSC.

revanche considérés comme quasi-fonds propres¹⁰⁶, les produits des titres participatifs, les titres des obligations convertibles en actions et les avances en compte courant d'associés.

67. La différence entre les deux tient à la nature juridique. Les fonds propres (proprement dit) sont des éléments du patrimoine personnel de la société, ils appartiennent à la société jusqu'à sa dissolution et ne pourront être remboursés qu'après désintéressement de tous les créanciers. Alors que les quasi-fonds propres sont des créances, et donc devront être remboursés avant les fonds propres¹⁰⁷. Malgré cette différence, il est à noter que les quasi-fonds propres, ainsi que les composantes du fonds propre autre que le capital, constituent des moyens de financement relativement intéressants.

Le recours aux autres composantes des fonds propres

68. Le législateur, qui a supprimé et démuné le capital social minimal, attache en même temps, une certaine importance à l'amélioration des fonds propres, et ce, à travers deux règles. La première est relative aux réserves légales, puisque chaque société doit, après chaque exercice, prélever cinq pour cent de ses bénéfices afin d'alimenter le fond de réserves. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le montant des réserves atteint dix pour cent du capital social¹⁰⁸. La seconde est relative à l'obligation de maintenir les fonds propres supérieurs à la moitié du capital social. L'inobservation de cette règle à cause de l'accumulation des pertes, entraîne, à défaut de régularisation, la dissolution de la société¹⁰⁹.

Le recours aux quasi-fonds propres

69. Le capital social n'est pas le seul moyen de financement. Ainsi, les quasi-fonds propres constituent de véritables concurrents pour le capital

17. *Comptes de liaison des établissements & succursales.*

18. *Autres Passifs non courants.*

¹⁰⁶ - Appelés aussi les fonds propres assimilés.

¹⁰⁷ - S. DANA-DÉMARET, thèse précitée, p.220.

¹⁰⁸ - Art. 140 al1 du CSC, 287 du CSC et 1305 du COC.

¹⁰⁹ - Art.27 du CSC.

dans cette fonction. Lorsqu'elle a besoin de l'argent, la société peut recourir aux comptes courant d'associés, aux titres participatifs ou aux obligations convertibles en action.

70. Les comptes courant d'associés, bien qu'ils constituent une pratique fort répandue, ne font, en droit tunisien, l'objet d'aucune législation spécifique. La loi du 3 novembre 2000, portant promulgation du CSC, ne contient aucune disposition particulière sur ces comptes. La reconnaissance juridique des comptes courant d'associés résulte de certaines dispositions éparpillées¹¹⁰.

71. Le compte courant d'associés peut être défini comme étant une convention, généralement écrite, par laquelle un ou plusieurs associés apportent à leur société, ou laissent à sa disposition moyennant rémunération, des fonds destinés temporairement ou pendant une certaine durée à assurer le financement de ladite société. Ces fonds sont assimilés à des fonds propres. Du point de vue juridique, l'avance en compte constitue un prêt productif d'intérêts conférant à l'associé une qualité nouvelle, celle de créancier¹¹¹. Le compte courant d'associés constitue donc un instrument de financement interne qui, non seulement permet d'éviter le recours aux financements externes très coûteux pour la société, mais aussi, se présente comme l'une des solutions de financement lorsque le capital social se trouve incapable de jouer son rôle.

72. Les titres participatifs ont été créés par la loi n°92-107 du 16 novembre 1992 portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne. Ces dispositions ont été abrogées par les articles 368 à 374 du CSC.

¹¹⁰ - L'article 3 de la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit, JORT n°55 du 10 juillet 2001, p.1671. V. aussi l'article 75 de la loi n°2003-80 du 29 décembre 2003 portant loi de finances pour l'année 2004, JORT n°104 du 30 décembre 2003, p.3721.

¹¹¹ - D. DANET, «Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », RTD. Com. 1993, p.55.

dans cette fonction. Lorsqu'elle a besoin de l'argent, la société peut recourir aux comptes courant d'associés, aux titres participatifs ou aux obligations convertibles en action.

70. Les comptes courant d'associés, bien qu'ils constituent une pratique fort répandue, ne font, en droit tunisien, l'objet d'aucune législation spécifique. La loi du 3 novembre 2000, portant promulgation du CSC, ne contient aucune disposition particulière sur ces comptes. La reconnaissance juridique des comptes courant d'associés résulte de certaines dispositions éparpillées¹¹⁰.

71. Le compte courant d'associés peut être défini comme étant une convention, généralement écrite, par laquelle un ou plusieurs associés apportent à leur société, ou laissent à sa disposition moyennant rémunération, des fonds destinés temporairement ou pendant une certaine durée à assurer le financement de ladite société. Ces fonds sont assimilés à des fonds propres. Du point de vue juridique, l'avance en compte constitue un prêt productif d'intérêts conférant à l'associé une qualité nouvelle, celle de créancier¹¹¹. Le compte courant d'associés constitue donc un instrument de financement interne qui, non seulement permet d'éviter le recours aux financements externes très coûteux pour la société, mais aussi, se présente comme l'une des solutions de financement lorsque le capital social se trouve incapable de jouer son rôle.

72. Les titres participatifs ont été créés par la loi n°92-107 du 16 novembre 1992 portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne. Ces dispositions ont été abrogées par les articles 368 à 374 du CSC.

¹¹⁰ - L'article 3 de la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit, JORT n°55 du 10 juillet 2001, p.1671. V. aussi l'article 75 de la loi n°2003-80 du 29 décembre 2003 portant loi de finances pour l'année 2004, JORT n°104 du 30 décembre 2003, p.3721.

¹¹¹ - D. DANET, «Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », RTD. Com. 1993, p.55.

Qualifiés expressément par le législateur comme étant des quasi fonds propres¹¹², les titres participatifs sont émis, tout comme les obligations, par l'AGO, mais à la différence de celles-ci, les titres participatifs sont réservés aux SA faisant appel public à l'épargne¹¹³.

73. L'originalité des titres participatifs réside dans le mode de leur remboursement. En effet, ces titres négociables donnent droit à une rémunération qui doit comprendre une partie fixe et une partie variable qui dépend des éléments relatifs à l'activité ou aux résultats de la société tels que les bénéfices et le chiffre d'affaires.

74. Les titulaires de titres participatifs, qui se réunissent en assemblée générale spéciale, peuvent obtenir communication des documents de la société dans les mêmes conditions que les actionnaires de la société¹¹⁴. Les titres participatifs ne sont remboursables en cas de liquidation qu'après désintéressement de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires à l'exclusion des titulaires des titres participatifs¹¹⁵. Ces règles démontrent que les titres participatifs ne sont pas assimilés seulement à des obligations, mais se rapprochent aussi des actions, ce qui prouve le caractère hybride de ces titres.

75. Les obligations convertibles en actions sont les obligations qui confèrent à leurs titulaires le droit de demander la conversion de leurs titres en actions, c'est-à-dire d'obtenir des actions à la place de leurs obligations et donc de transformer leur droit de créance en un droit d'associé.

76. Les obligations convertibles en actions ont été introduites en droit tunisien par la loi du 29 mai 1959 relative à l'émission d'obligations convertibles en actions au gré des porteurs. Face à l'absence d'émission de ces titres en

¹¹² - Aux termes de l'art. 371 al.2 du CSC : «Les titres participatifs sont assimilés, lors de l'appréciation de la situation financière des entreprises qui en bénéficient, à des fonds propres».

¹¹³ - Art. 368 du CSC.

¹¹⁴ - Art. 373 du CSC.

¹¹⁵ - Art. 370 du CSC.

Qualifiés expressément par le législateur comme étant des quasi fonds propres¹¹², les titres participatifs sont émis, tout comme les obligations, par l'AGO, mais à la différence de celles-ci, les titres participatifs sont réservés aux SA faisant appel public à l'épargne¹¹³.

73. L'originalité des titres participatifs réside dans le mode de leur remboursement. En effet, ces titres négociables donnent droit à une rémunération qui doit comprendre une partie fixe et une partie variable qui dépend des éléments relatifs à l'activité ou aux résultats de la société tels que les bénéfices et le chiffre d'affaires.

74. Les titulaires de titres participatifs, qui se réunissent en assemblée générale spéciale, peuvent obtenir communication des documents de la société dans les mêmes conditions que les actionnaires de la société¹¹⁴. Les titres participatifs ne sont remboursables en cas de liquidation qu'après désintéressement de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires à l'exclusion des titulaires des titres participatifs¹¹⁵. Ces règles démontrent que les titres participatifs ne sont pas assimilés seulement à des obligations, mais se rapprochent aussi des actions, ce qui prouve le caractère hybride de ces titres.

75. Les obligations convertibles en actions sont les obligations qui confèrent à leurs titulaires le droit de demander la conversion de leurs titres en actions, c'est-à-dire d'obtenir des actions à la place de leurs obligations et donc de transformer leur droit de créance en un droit d'associé.

76. Les obligations convertibles en actions ont été introduites en droit tunisien par la loi du 29 mai 1959 relative à l'émission d'obligations convertibles en actions au gré des porteurs. Face à l'absence d'émission de ces titres en

¹¹² - Aux termes de l'art. 371 al.2 du CSC : «Les titres participatifs sont assimilés, lors de l'appréciation de la situation financière des entreprises qui en bénéficient, à des fonds propres».

¹¹³ - Art. 368 du CSC.

¹¹⁴ - Art. 373 du CSC.

¹¹⁵ - Art. 370 du CSC.

pratique, la loi n° 88-111 du 18 août 1988 a essayé d'améliorer la législation précédente en introduisant la convertibilité à tout moment. Actuellement, ces obligations sont régies par les articles de 340 à 345 du CSC.

77. L'émission de ces obligations est autorisée par l'AGE, puisqu'elle aboutit nécessairement à une augmentation du capital et donc à une modification des statuts, sur un premier rapport du conseil d'administration (CA) ou du directoire et sur un second rapport du commissaire aux comptes¹¹⁶. Cette autorisation comporte renonciation expresse des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux actions qui seront émises par conversion des obligations¹¹⁷. Ces titres permettent à leurs titulaires de disposer d'une option, pendant la période de conversion, qui leurs permettent soit d'échanger les obligations contre des actions, soit de garder leurs obligations. Ils permettent également à la société de procéder à une opération d'augmentation du capital.

L'affaiblissement des fonctions juridiques du capital

78. L'affaiblissement des fonctions juridiques du capital se manifeste non seulement par recul de sa fonction politique, mais aussi par le déclin de la fonction de garantie.

Le déclin de la fonction de garantie

79. Le Code des sociétés commerciales, campant sur des positions passéistes, voire archaïques¹¹⁸, attribue encore au capital la fonction de garantie. En effet, l'article 5 du CSC, et après avoir énuméré la composition du capital, dispose que « ce dernier est le gage¹¹⁹ exclusif des créanciers sociaux ».

80. Aussi paradoxale que cela puisse paraître, cette formule qui a été utilisée par le législateur du XXI^{ème} siècle, a été largement critiquée par la

¹¹⁶ - Art. 340 du CSC.

¹¹⁷ - Art. 341 du CSC.

¹¹⁸ - A. OMRANE, «Le droit tunisien des sociétés entre l'archaïsme et la modernité», *Revue Etudes Juridiques*, 2003, n°10, p.139.

¹¹⁹ - Le terme de gage est pris ici dans son sens général de garantie de remboursement, et non dans le sens civiliste de sûreté.

pratique, la loi n° 88-111 du 18 août 1988 a essayé d'améliorer la législation précédente en introduisant la convertibilité à tout moment. Actuellement, ces obligations sont régies par les articles de 340 à 345 du CSC.

77. L'émission de ces obligations est autorisée par l'AGE, puisqu'elle aboutit nécessairement à une augmentation du capital et donc à une modification des statuts, sur un premier rapport du conseil d'administration (CA) ou du directoire et sur un second rapport du commissaire aux comptes¹¹⁶. Cette autorisation comporte renonciation expresse des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux actions qui seront émises par conversion des obligations¹¹⁷. Ces titres permettent à leurs titulaires de disposer d'une option, pendant la période de conversion, qui leurs permettent soit d'échanger les obligations contre des actions, soit de garder leurs obligations. Ils permettent également à la société de procéder à une opération d'augmentation du capital.

L'affaiblissement des fonctions juridiques du capital

78. L'affaiblissement des fonctions juridiques du capital se manifeste non seulement par recul de sa fonction politique, mais aussi par le déclin de la fonction de garantie.

Le déclin de la fonction de garantie

79. Le Code des sociétés commerciales, campant sur des positions passéistes, voire archaïques¹¹⁸, attribue encore au capital la fonction de garantie. En effet, l'article 5 du CSC, et après avoir énuméré la composition du capital, dispose que « ce dernier est le gage¹¹⁹ exclusif des créanciers sociaux ».

80. Aussi paradoxale que cela puisse paraître, cette formule qui a été utilisée par le législateur du XXI^{ème} siècle, a été largement critiquée par la

¹¹⁶ - Art. 340 du CSC.

¹¹⁷ - Art. 341 du CSC.

¹¹⁸ - A. OMRANE, «Le droit tunisien des sociétés entre l'archaïsme et la modernité», *Revue Etudes Juridiques*, 2003, n°10, p.139.

¹¹⁹ - Le terme de gage est pris ici dans son sens général de garantie de remboursement, et non dans le sens civiliste de sûreté.

doctrine du XX siècle. A part la première confusion entre l'apport et le capital¹²⁰, le législateur, et à travers le fameux article 5, a tombé dans le piège d'une seconde confusion entre le capital et l'actif social.

81. Techniquement, l'actif social est l'ensemble des avoirs de la société à un moment donné après sa mise en activité. Sa valeur ne coïncide avec celle du capital qu'au moment de la constitution de société, mais, dès que la société commence son activité, cette coïncidence disparaîtra par la force des choses : l'actif social peut devenir supérieur au capital lorsque la société connaît une période de succès et réalise des bénéfices qu'elle accumule sous la forme de « réserve », comme il peut être inférieur au capital lorsque la société subit des pertes suite à une crise économique ou à une mauvaise gestion¹²¹.

82. Le capital social est une donnée comptable qui enregistre la valeur des biens transmis à la société lors de sa constitution ou en cours de sa vie sociale. Bien entendu, il s'agit d'une valeur et non pas d'un bien ou d'une masse patrimoniale. Or, ce qui compte pour les créanciers sont les biens saisissables au moment de la poursuite. Donc, on voit mal qu'une « valeur » abstraite puisse constituer une garantie pour qui que ce soit.

83. Si on fait abstraction des deux arguments techniques déjà présentés, le capital-gage est triplement contesté.

Premièrement, la possibilité permise par l'article 165 CSC de libérer progressivement le capital initial d'une SA pendant les cinq premières années de son existence a déjà enlevé une grande part de la signification de l'approche protectrice du capital.

84. Deuxièmement, la révision du CSC par la loi du 27 décembre 2007 supprimant le capital social minimal, n'a pas seulement des répercussions sur la fonction financière du capital, mais aussi, et surtout, sur la fonction de garantie. En effet, et conformément à l'article 97 nouveau, une SARL peut

¹²⁰ - A. OMRANE, *article précité, loc. cit.*

¹²¹ - *Ibid, loc. cit.*

doctrine du XX siècle. A part la première confusion entre l'apport et le capital¹²⁰, le législateur, et à travers le fameux article 5, a tombé dans le piège d'une seconde confusion entre le capital et l'actif social.

81. Techniquement, l'actif social est l'ensemble des avoirs de la société à un moment donné après sa mise en activité. Sa valeur ne coïncide avec celle du capital qu'au moment de la constitution de société, mais, dès que la société commence son activité, cette coïncidence disparaîtra par la force des choses : l'actif social peut devenir supérieur au capital lorsque la société connaît une période de succès et réalise des bénéfices qu'elle accumule sous la forme de « réserve », comme il peut être inférieur au capital lorsque la société subit des pertes suite à une crise économique ou à une mauvaise gestion¹²¹.

82. Le capital social est une donnée comptable qui enregistre la valeur des biens transmis à la société lors de sa constitution ou en cours de sa vie sociale. Bien entendu, il s'agit d'une valeur et non pas d'un bien ou d'une masse patrimoniale. Or, ce qui compte pour les créanciers sont les biens saisissables au moment de la poursuite. Donc, on voit mal qu'une « valeur » abstraite puisse constituer une garantie pour qui que ce soit.

83. Si on fait abstraction des deux arguments techniques déjà présentés, le capital-gage est triplement contesté.

Premièrement, la possibilité permise par l'article 165 CSC de libérer progressivement le capital initial d'une SA pendant les cinq premières années de son existence a déjà enlevé une grande part de la signification de l'approche protectrice du capital.

84. Deuxièmement, la révision du CSC par la loi du 27 décembre 2007 supprimant le capital social minimal, n'a pas seulement des répercussions sur la fonction financière du capital, mais aussi, et surtout, sur la fonction de garantie. En effet, et conformément à l'article 97 nouveau, une SARL peut

¹²⁰ - A. OMRANE, *article précité, loc. cit.*

¹²¹ - *Ibid, loc. cit.*

être légalement formée avec un capital nul ou du moins faible. On peut légitimement se demander si un tel capital peut jouer le rôle de gage des créanciers. Certainement pas.

S'il est vrai que la fixation d'un capital trop faible eu égard aux besoins de la société constitue une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité civile des dirigeants, ces derniers vont chercher à déterminer le montant du capital qui permette à la société naissante de commencer ses premiers pas et de financer ses projets raisonnablement à court et moyen terme. Ils évitent ainsi tout gonflement du capital, ce qui ne sera certainement pas très bénéfique pour les créanciers.

85. Troisièmement, l'exigence d'un capital social minimal avait initialement pour but de protéger les créanciers, puisque c'est leur « coussin minimal de sécurité¹²² ». Mais, ce confort ne dure en réalité qu'un instant car « le capital social est le plus souvent dépensé dans les premières semaines d'activité »¹²³.

86. Loin d'être le gage exclusif des créanciers, le capital social peut-il être considéré plus modestement et selon l'heureuse expression du professeur P. LE CANNU, comme un « indice de solvabilité »¹²⁴ ?

87. A première vue, la réponse semble être affirmative. L'article 388 CSC a fait peser sur la société l'obligation de maintenir ses fonds propres à une valeur supérieure à la moitié du capital social. À défaut, la dissolution sera la sanction.

Mais, cette obligation n'est pas suffisamment rigoureuse pour jouer un rôle effectif, et ce pour maintes raisons :

Elle n'apparaît que lorsque les pertes sont constatées dans les documents comptables¹²⁵.

¹²² - A. PIETRANCOSTA, *article précité*, p.131.

¹²³ - V. *L'exposé des motifs de la loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique*. Il est disponible sur le site internet précité.

¹²⁴ - P. Le CANNU, *article précité*, p.6.

être légalement formée avec un capital nul ou du moins faible. On peut légitimement se demander si un tel capital peut jouer le rôle de gage des créanciers. Certainement pas.

S'il est vrai que la fixation d'un capital trop faible eu égard aux besoins de la société constitue une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité civile des dirigeants, ces derniers vont chercher à déterminer le montant du capital qui permette à la société naissante de commencer ses premiers pas et de financer ses projets raisonnablement à court et moyen terme. Ils évitent ainsi tout gonflement du capital, ce qui ne sera certainement pas très bénéfique pour les créanciers.

85. Troisièmement, l'exigence d'un capital social minimal avait initialement pour but de protéger les créanciers, puisque c'est leur « coussin minimal de sécurité¹²² ». Mais, ce confort ne dure en réalité qu'un instant car « le capital social est le plus souvent dépensé dans les premières semaines d'activité »¹²³.

86. Loin d'être le gage exclusif des créanciers, le capital social peut-il être considéré plus modestement et selon l'heureuse expression du professeur P. LE CANNU, comme un « indice de solvabilité »¹²⁴ ?

87. A première vue, la réponse semble être affirmative. L'article 388 CSC a fait peser sur la société l'obligation de maintenir ses fonds propres à une valeur supérieure à la moitié du capital social. À défaut, la dissolution sera la sanction.

Mais, cette obligation n'est pas suffisamment rigoureuse pour jouer un rôle effectif, et ce pour maintes raisons :

Elle n'apparaît que lorsque les pertes sont constatées dans les documents comptables¹²⁵.

¹²² - A. PIETRANCOSTA, article précité, p.131.

¹²³ - V. L'exposé des motifs de la loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique. Il est disponible sur le site internet précité.

¹²⁴ - P. Le CANNU, article précité, p.6.

Le conseil d'administration ou le directoire dispose de 4 mois à compter de l'approbation des comptes, pour convoquer l'assemblée générale extraordinaire qui va prononcer soit la dissolution soit la régularisation.

Si elle a décidé la régularisation, l'assemblée générale extraordinaire dispose encore d'une année, à partir de la constatation des pertes, pour régulariser la situation soit par l'augmentation soit par la réduction du capital d'un montant égal au moins à celui des pertes.

Donc, force est de constater que cet article donne lieu à un temps perdu non négligeable « suffisant en tout cas pour n'avoir plus qu'à constater la ruine totale du groupement »¹²⁶. Et « étant donné la rapidité avec laquelle peut se creuser un passif, ce système ne donne qu'un confort illusoire. En conséquence, même comme simple indice, le capital joue mal son rôle »¹²⁷.

88. Le capital est-il au moins un reflet des apports des actionnaires ?

Il est à noter que sous l'influence de la volonté des parties, les actionnaires disposent d'une certaine liberté de répartir la valeur de l'apport entre prime d'émission et capital, sans que le juge sanctionne un rapport arbitraire trop défavorable au capital¹²⁸. Ainsi, le capital social peut renvoyer une image « décalée » de la valeur des apports¹²⁹.

Le recul de la fonction politique

89. La détention d'une part dans le capital de la société permet de conférer à l'associé un certain nombre de droits politiques. Ils s'agit particulièrement du droit à l'information et du droit de vote. Le premier se

¹²⁵ - *Ibid*, loc. cit.

¹²⁶ - A. LECOURT, article précité, n°22.

¹²⁷ - P. Le CANNU, article précité, p.7.

¹²⁸ - Ph. BISSARA, article précité, p.219.

¹²⁹ - V. H. LE NABASQUE, « La fin de la connexion apports/capital ? », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.104 ; P. COUDIN, « Prime et capital », colloque précité, p.31.

Le conseil d'administration ou le directoire dispose de 4 mois à compter de l'approbation des comptes, pour convoquer l'assemblée générale extraordinaire qui va prononcer soit la dissolution soit la régularisation.

Si elle a décidé la régularisation, l'assemblée générale extraordinaire dispose encore d'une année, à partir de la constatation des pertes, pour régulariser la situation soit par l'augmentation soit par la réduction du capital d'un montant égal au moins à celui des pertes.

Donc, force est de constater que cet article donne lieu à un temps perdu non négligeable « suffisant en tout cas pour n'avoir plus qu'à constater la ruine totale du groupement »¹²⁶. Et « étant donné la rapidité avec laquelle peut se creuser un passif, ce système ne donne qu'un confort illusoire. En conséquence, même comme simple indice, le capital joue mal son rôle »¹²⁷.

88. Le capital est-il au moins un reflet des apports des actionnaires ?

Il est à noter que sous l'influence de la volonté des parties, les actionnaires disposent d'une certaine liberté de répartir la valeur de l'apport entre prime d'émission et capital, sans que le juge sanctionne un rapport arbitraire trop défavorable au capital¹²⁸. Ainsi, le capital social peut renvoyer une image « décalée » de la valeur des apports¹²⁹.

Le recul de la fonction politique

89. La détention d'une part dans le capital de la société permet de conférer à l'associé un certain nombre de droits politiques. Ils s'agit particulièrement du droit à l'information et du droit de vote. Le premier se

¹²⁵ - *Ibid*, loc. cit.

¹²⁶ - A. LECOURT, article précité, n°22.

¹²⁷ - P. Le CANNU, article précité, p.7.

¹²⁸ - Ph. BISSARA, article précité, p.219.

¹²⁹ - V. H. LE NABASQUE, « La fin de la connexion apports/capital ? », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.104 ; P. COUDIN, « Prime et capital », colloque précité, p.31.

manifeste à travers le droit de présence à l'assemblée générale¹³⁰ et le droit de communication des documents sociaux¹³¹.

90. « L'une des vaches sacrées du droit des sociétés¹³² » et l'expression de l'affectio-societatis, le droit de vote permet à l'associé de participer activement à la prise de décisions dans la société. Ce droit est régit par la règle de la proportionnalité qui signifie que le nombre de voix de chaque associé, et surtout sa part dans les bénéfices ainsi que sa contribution aux pertes, sont déterminés en fonction du volume de sa part dans le capital¹³³.

91. Le rôle politique du capital social se trouve aujourd'hui battu en brèche suite à la multiplication des atteintes portées à la règle de proportionnalité.

D'une part, la règle de la proportionnalité n'est pas d'ordre public. Les actionnaires bénéficient d'une marge de liberté pour fixer, dans les statuts, leurs propres règles de répartitions. Toutefois, cette liberté ne leur permet pas d'insérer des clauses léonines¹³⁴.

D'autre part, la loi de proportionnalité s'est attaquée par l'apparition de nouveaux produits financiers qui ont marqué la déconnection entre voix et action. Ces produits ont porté atteinte à la règle de proportionnalité soit par le renforcement des droits politiques de l'associé, soit par la suppression de ces droits.

92. Dans le sens du renforcement, se sont apparues les actions à vote plural¹³⁵. Ces actions permettent à certains actionnaires, qui sont

¹³⁰ - Art. 11 al.4, 282.

¹³¹ - Art. 11, 284, 201.

¹³² - A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », JCP (E), 1986, n°15405.

¹³³ - Si la proportionnalité du nombre de voix par rapport au capital est prévue par l'article 11 al.4 du CSC, la proportionnalité du bénéfice de chaque associé, ou de sa contribution aux pertes, en fonction de sa part dans le capital n'est pas consacré par un texte général du CSC. Toutefois, cette règle est posée par l'article 1300 du COC selon lequel : « la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes est en proportion de sa mise ».

¹³⁴ - P. Le CANNU, article précité, p.9.

¹³⁵ - Dites aussi « à voix multiples ».

manifeste à travers le droit de présence à l'assemblée générale¹³⁰ et le droit de communication des documents sociaux¹³¹.

90. « L'une des vaches sacrées du droit des sociétés¹³² » et l'expression de l'affectio-societatis, le droit de vote permet à l'associé de participer activement à la prise de décisions dans la société. Ce droit est régit par la règle de la proportionnalité qui signifie que le nombre de voix de chaque associé, et surtout sa part dans les bénéfices ainsi que sa contribution aux pertes, sont déterminés en fonction du volume de sa part dans le capital¹³³.

91. Le rôle politique du capital social se trouve aujourd'hui battu en brèche suite à la multiplication des atteintes portées à la règle de proportionnalité.

D'une part, la règle de la proportionnalité n'est pas d'ordre public. Les actionnaires bénéficient d'une marge de liberté pour fixer, dans les statuts, leurs propres règles de répartitions. Toutefois, cette liberté ne leur permet pas d'insérer des clauses léonines¹³⁴.

D'autre part, la loi de proportionnalité s'est attaquée par l'apparition de nouveaux produits financiers qui ont marqué la déconnection entre voix et action. Ces produits ont porté atteinte à la règle de proportionnalité soit par le renforcement des droits politiques de l'associé, soit par la suppression de ces droits.

92. Dans le sens du renforcement, se sont apparues les actions à vote plural¹³⁵. Ces actions permettent à certains actionnaires, qui sont

¹³⁰ - Art. 11 al.4, 282.

¹³¹ - Art. 11, 284, 201.

¹³² - A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », JCP (E), 1986, n°15405.

¹³³ - Si la proportionnalité du nombre de voix par rapport au capital est prévue par l'article 11 al.4 du CSC, la proportionnalité du bénéfice de chaque associé, ou de sa contribution aux pertes, en fonction de sa part dans le capital n'est pas consacré par un texte général du CSC. Toutefois, cette règle est posée par l'article 1300 du COC selon lequel : « la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes est en proportion de sa mise ».

¹³⁴ - P. Le CANNU, article précité, p.9.

¹³⁵ - Dites aussi « à voix multiples ».

généralement les fondateurs, d'être protégés contre une mainmise étrangère¹³⁶. Elles ont été prohibées, en droit français, par la loi du 13 novembre 1933¹³⁷. Désormais, seulement la création d'actions à droit de vote double est permise.

93. Le législateur tunisien, à travers le CSC, n'a pas prévu expressément la possibilité d'émettre des actions à droit de vote double. Seulement, il a reconnu cette possibilité d'une manière discrète et incidente à l'occasion de la présentation des indications que doit comporter toute notice d'information¹³⁸. L'article 164 al.3 prévoit au n°12 que parmi ces indications, la notice doit préciser « les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, avec le cas échéant, indication des dispositions relatives à l'attribution du droit de vote double ».

94. De toutes les manières, la possibilité d'émettre de telles actions semble incontestable. Ce qui est regrettable c'est que le législateur n'a pas détaillé leur régime juridique, surtout que le droit comparé enseigne que l'émission de ces actions doit être soumise à des conditions telles que la libération entière des actions et l'inscription nominative des actions depuis deux ans au moins au nom d'un même actionnaire¹³⁹.

95. Dans le sens de la suppression des droits politiques, la pratique financière a créé de nouveaux produits financiers dépourvus du droit de vote qui forment le capital « muet ». Dans certains cas, la suppression du droit de

¹³⁶ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1, vol. 2, 18^{ème} éd., par M. GERMAIN, LGDJ, 2002, n° 1550.

¹³⁷ - Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2005, n° 309, p. 366.

¹³⁸ - La notice d'information est une déclaration publique faite par les fondateurs d'une société faisant appel public à l'épargne lors de la constitution de celle-ci. Elle est destinée à l'information du public, c'est pourquoi elle doit être publiée dans le Journal officiel de la république tunisienne et dans deux journaux quotidiens dont l'un en langue arabe.

¹³⁹ - V. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2005, n° 309, p. 366.

généralement les fondateurs, d'être protégés contre une mainmise étrangère¹³⁶. Elles ont été prohibées, en droit français, par la loi du 13 novembre 1933¹³⁷. Désormais, seulement la création d'actions à droit de vote double est permise.

93. Le législateur tunisien, à travers le CSC, n'a pas prévu expressément la possibilité d'émettre des actions à droit de vote double. Seulement, il a reconnu cette possibilité d'une manière discrète et incidente à l'occasion de la présentation des indications que doit comporter toute notice d'information¹³⁸. L'article 164 al.3 prévoit au n°12 que parmi ces indications, la notice doit préciser « les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, avec le cas échéant, indication des dispositions relatives à l'attribution du droit de vote double ».

94. De toutes les manières, la possibilité d'émettre de telles actions semble incontestable. Ce qui est regrettable c'est que le législateur n'a pas détaillé leur régime juridique, surtout que le droit comparé enseigne que l'émission de ces actions doit être soumise à des conditions telles que la libération entière des actions et l'inscription nominative des actions depuis deux ans au moins au nom d'un même actionnaire¹³⁹.

95. Dans le sens de la suppression des droits politiques, la pratique financière a créé de nouveaux produits financiers dépourvus du droit de vote qui forment le capital « muet ». Dans certains cas, la suppression du droit de

¹³⁶ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1, vol. 2, 18^{ème} éd., par M. GERMAIN, LGDJ, 2002, n° 1550.

¹³⁷ - Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2005, n° 309, p. 366.

¹³⁸ - La notice d'information est une déclaration publique faite par les fondateurs d'une société faisant appel public à l'épargne lors de la constitution de celle-ci. Elle est destinée à l'information du public, c'est pourquoi elle doit être publiée dans le Journal officiel de la république tunisienne et dans deux journaux quotidiens dont l'un en langue arabe.

¹³⁹ - V. Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2005, n° 309, p. 366.

vote est conditionnée par l'attribution d'une contrepartie financière, comme c'est le cas des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote. Dans d'autres cas, la suppression n'est pas conditionnée d'aucun avantage particulier tel que les certificats d'investissement.

La suppression conditionnée, l'exemple des ADP

96. Créées en Tunisie par la loi n°92-107 du 16 novembre 1992 portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne¹⁴⁰, les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote (ADP) sont régies actuellement par les articles de 346 à 367 du CSC.

97. Les ADP sont des valeurs mobilières créées par décision de l'AGE pendant l'augmentation du capital, par la conversion d'actions ordinaires déjà émises ou même lors de la création de la société et qui ont pour effet de priver leur titulaire des droits de participer à l'assemblée générale et d'y voter¹⁴¹. En contrepartie, elles confèrent à leurs titulaires un avantage pécuniaire préférentiel¹⁴², un droit aux dividendes plus élevée et prioritaire¹⁴³.

98. Par l'institution des ADP, le législateur a fait d'une pierre deux coups : il a répandu au souci d'une catégorie d'épargnants, bailleurs de fonds, qui cherche la rentabilité beaucoup plus que le pouvoir¹⁴⁴, et à un autre souci qui n'est pas moins important, celui de la société et des anciens actionnaires, puisque ces actions particulières augmentent les ressources de financement de la société tout en stabilisant le pouvoir au sein de ses organes de gestion¹⁴⁵.

¹⁴⁰ - JORT n°78 du 20 novembre 1992, p.1511.V. les articles de 24 à 34 de cette loi.

¹⁴¹ - Suppression partielle.

¹⁴² - S. DAUBAGNA, *Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote*, Thèse, 1981, Université de Bordeaux I, p.2 et s. ; Z. MATRI, « L'institutionnalisation de la société anonyme, Réalité ou Fiction ? », Mémoire de DEA, FDS, 2002-2003, p.144.

¹⁴³ - Aux termes de l'article 350 du CSC, « Les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ont droit à un dividende prioritaire...Le dividende prioritaire est prélevé sur le bénéfice distribuable avant toute autre affectation ».

¹⁴⁴ - Ce constat est confirmé par le phénomène de l'absentéisme des associées surtout dans les assemblées générales des grandes sociétés anonymes.

¹⁴⁵ - La création des ADP « est le résultat d'une constatation ; l'épargnant moyen préfère l'argent (les dividendes) au pouvoir (le droit de vote) ; d'où l'idée de

vote est conditionnée par l'attribution d'une contrepartie financière, comme c'est le cas des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote. Dans d'autres cas, la suppression n'est pas conditionnée d'aucun avantage particulier tel que les certificats d'investissement.

La suppression conditionnée, l'exemple des ADP

96. Créées en Tunisie par la loi n°92-107 du 16 novembre 1992 portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne¹⁴⁰, les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote (ADP) sont régies actuellement par les articles de 346 à 367 du CSC.

97. Les ADP sont des valeurs mobilières créées par décision de l'AGE pendant l'augmentation du capital, par la conversion d'actions ordinaires déjà émises ou même lors de la création de la société et qui ont pour effet de priver leur titulaire des droits de participer à l'assemblée générale et d'y voter¹⁴¹. En contrepartie, elles confèrent à leurs titulaires un avantage pécuniaire préférentiel¹⁴², un droit aux dividendes plus élevée et prioritaire¹⁴³.

98. Par l'institution des ADP, le législateur a fait d'une pierre deux coups : il a répandu au souci d'une catégorie d'épargnants, bailleurs de fonds, qui cherche la rentabilité beaucoup plus que le pouvoir¹⁴⁴, et à un autre souci qui n'est pas moins important, celui de la société et des anciens actionnaires, puisque ces actions particulières augmentent les ressources de financement de la société tout en stabilisant le pouvoir au sein de ses organes de gestion¹⁴⁵.

¹⁴⁰ - JORT n°78 du 20 novembre 1992, p.1511.V. les articles de 24 à 34 de cette loi.

¹⁴¹ - Suppression partielle.

¹⁴² - S. DAUBAGNA, *Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote*, Thèse, 1981, Université de Bordeaux I, p.2 et s. ; Z. MATRI, « L'institutionnalisation de la société anonyme, Réalité ou Fiction ? », Mémoire de DEA, FDS, 2002-2003, p.144.

¹⁴³ - Aux termes de l'article 350 du CSC, « Les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ont droit à un dividende prioritaire...Le dividende prioritaire est prélevé sur le bénéfice distribuable avant toute autre affectation ».

¹⁴⁴ - Ce constat est confirmé par le phénomène de l'absentéisme des associées surtout dans les assemblées générales des grandes sociétés anonymes.

¹⁴⁵ - La création des ADP « est le résultat d'une constatation ; l'épargnant moyen préfère l'argent (les dividendes) au pouvoir (le droit de vote) ; d'où l'idée de

L'émission des ADP est une opération assez technique. Elle est soumise à plusieurs conditions, à la fois subjectives et objectives.

La suppression inconditionnée, l'exemple des certificats d'investissement (CI)

99. Les certificats d'investissement ont été créés en Tunisie par la loi du 14 novembre 1994¹⁴⁶. Actuellement, elles sont régies par les articles de 375 à 386 du CSC. Le principe de création des certificats d'investissement est simple. Une action ordinaire se compose d'un droit à dividende et d'un droit de vote. Le démembrement de ces deux droits a donné naissance aux certificats d'investissement qui représentent le droit pécuniaire (aux dividendes), et aux certificats de droit de vote (CDV) qui correspondent au.

De ce fait, le CI peut être défini comme étant une valeur mobilière issue du fractionnement d'action et qui représente les droits pécuniaires de celle-ci.

100. L'objectif affiché de la création des CI était de permettre des augmentations de capital sans perte de contrôle des actionnaires majoritaires. Le fonctionnement en est assez simple. La société émet des actions ordinaires, et les démembrement automatiquement. Une fois démembrées, elle met sur le marché les certificats d'investissements et répartit, le plus souvent, les certificats de droits de vote entre les actionnaires majoritaires. Ces derniers conservent ainsi le pouvoir au sein de la société.

101. L'érosion de la dernière fonction du capital social semble donner à cette notion le « coup de grâce »¹⁴⁷. Le grand problème du capital social réside dans sa nature plurifonctionnelle. L'accumulation de plusieurs

garantir le premier et de supprimer le second. Idée simple, mais difficile à mettre en œuvre », M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 2004, 17^{ème} éd., p.306.

¹⁴⁶ - Complétant la loi n°92-107 du 16 novembre 1992, portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne, JORT n°90 du 15 novembre 1994, p.1860.

¹⁴⁷ - Ph. BISSARA, article précité, p.220.

L'émission des ADP est une opération assez technique. Elle est soumise à plusieurs conditions, à la fois subjectives et objectives.

La suppression inconditionnée, l'exemple des certificats d'investissement (CI)

99. Les certificats d'investissement ont été créés en Tunisie par la loi du 14 novembre 1994¹⁴⁶. Actuellement, elles sont régies par les articles de 375 à 386 du CSC. Le principe de création des certificats d'investissement est simple. Une action ordinaire se compose d'un droit à dividende et d'un droit de vote. Le démembrement de ces deux droits a donné naissance aux certificats d'investissement qui représentent le droit pécuniaire (aux dividendes), et aux certificats de droit de vote (CDV) qui correspondent au.

De ce fait, le CI peut être défini comme étant une valeur mobilière issue du fractionnement d'action et qui représente les droits pécuniaires de celle-ci.

100. L'objectif affiché de la création des CI était de permettre des augmentations de capital sans perte de contrôle des actionnaires majoritaires. Le fonctionnement en est assez simple. La société émet des actions ordinaires, et les démembrement automatiquement. Une fois démembrées, elle met sur le marché les certificats d'investissements et répartit, le plus souvent, les certificats de droits de vote entre les actionnaires majoritaires. Ces derniers conservent ainsi le pouvoir au sein de la société.

101. L'érosion de la dernière fonction du capital social semble donner à cette notion le « coup de grâce »¹⁴⁷. Le grand problème du capital social réside dans sa nature plurifonctionnelle. L'accumulation de plusieurs

garantir le premier et de supprimer le second. Idée simple, mais difficile à mettre en œuvre », M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 2004, 17^{ème} éd., p.306.

¹⁴⁶ - Complétant la loi n°92-107 du 16 novembre 1992, portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne, JORT n°90 du 15 novembre 1994, p.1860.

¹⁴⁷ - Ph. BISSARA, article précité, p.220.

fonctions autour d'une seule notion peut avoir des effets pervers, puisque la machine peut facilement se bloquer.

102. Comment peut-on alors rendre au capital social son honneur ?

La doctrine s'est divisée entre pessimistes et peu optimistes.

Influencé par le droit américain, là où le capital n'existe plus¹⁴⁸, le courant pessimiste regrette la retraite anticipée du capital social et déclare la mort prochaine de cette notion¹⁴⁹. Dans ce même ordre d'idées, le professeur Y.GUYON estime qu'il est possible de faire disparaître la notion du capital social, mais à condition de trouver un gage équivalent¹⁵⁰.

103. Justement, le courant peu optimiste a apporté le substitue. Laure NURIT-PONTIER a constaté l'impossibilité de concilier en une notion unique des fonctions radicalement opposées comme la fonction économique et celle de garantie. L'idée était dirigée vers la création, à coté du capital social, fixé selon le véritable besoin financier de la société, d'un « capital d'engagement », représentatif de l'engagement de chacun des associés vis-à-vis des créanciers sociaux. Ce capital d'engagement peut être supérieur ou inférieur au capital social selon les cas¹⁵¹. L'idée semble parfaite, mais son application reste un peu difficile. De toute façon, c'est à travers ces tentatives que l'avenir du capital social va certainement se dessiner. Le chantier reste ouvert, l'affaire est donc à suivre..

¹⁴⁸ - Ch. BAKER et E. GUYON ABINAL, «Le capital social en droit français et en droit américain : le point de vue du praticien », », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.181.

¹⁴⁹ - Ph. BISSARA, article précité, p.217 et s. ; P. Le CANNU, article précité, p.3 et s.

¹⁵⁰ - Y. GUYON, *Droit des affaires*, 10^{ème} édition, ECONOMICA, n°110, p.107.

¹⁵¹ - L. NURIT-PONTIER, article précité, loc. cit.

fonctions autour d'une seule notion peut avoir des effets pervers, puisque la machine peut facilement se bloquer.

102. Comment peut-on alors rendre au capital social son honneur ?

La doctrine s'est divisée entre pessimistes et peu optimistes.

Influencé par le droit américain, là où le capital n'existe plus¹⁴⁸, le courant pessimiste regrette la retraite anticipée du capital social et déclare la mort prochaine de cette notion¹⁴⁹. Dans ce même ordre d'idées, le professeur Y.GUYON estime qu'il est possible de faire disparaître la notion du capital social, mais à condition de trouver un gage équivalent¹⁵⁰.

103. Justement, le courant peu optimiste a apporté le substitue. Laure NURIT-PONTIER a constaté l'impossibilité de concilier en une notion unique des fonctions radicalement opposées comme la fonction économique et celle de garantie. L'idée était dirigée vers la création, à coté du capital social, fixé selon le véritable besoin financier de la société, d'un « capital d'engagement », représentatif de l'engagement de chacun des associés vis-à-vis des créanciers sociaux. Ce capital d'engagement peut être supérieur ou inférieur au capital social selon les cas¹⁵¹. L'idée semble parfaite, mais son application reste un peu difficile. De toute façon, c'est à travers ces tentatives que l'avenir du capital social va certainement se dessiner. Le chantier reste ouvert, l'affaire est donc à suivre..

¹⁴⁸ - Ch. BAKER et E. GUYON ABINAL, «Le capital social en droit français et en droit américain : le point de vue du praticien », », in. « Quel avenir pour le capital social ? », Colloque de Paris I sous la direction de A. COURET et H. LENABASQUE, Dalloz 2004, p.181.

¹⁴⁹ - Ph. BISSARA, article précité, p.217 et s. ; P. Le CANNU, article précité, p.3 et s.

¹⁵⁰ - Y. GUYON, *Droit des affaires*, 10^{ème} édition, ECONOMICA, n°110, p.107.

¹⁵¹ - L. NURIT-PONTIER, article précité, loc. cit.