

2020

La nullité en droit tunisien des sociétés et la protection des tiers

Professeure Amel mohamed mamlouk

Professeure agrégée à l'Université de Carthage-Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales de Tunis, mamlouk.amel@gmail.com

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal>

Recommended Citation

Professeure Amel m. mamlouk, (2020) "La nullité en droit tunisien des sociétés et la protection des tiers," *BAU Journal - Journal of Legal Studies*: Vol. 2020 , Article 12.

Available at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal/vol2020/iss2020/12>

This Article is brought to you by Digital Commons @ BAU. It has been accepted for inclusion in BAU Journal - Journal of Legal Studies by an authorized editor of Digital Commons @ BAU. For more information, please contact ibtihal@bau.edu.lb.

1. « La règle de droit n'est ni un conseil ni une prière ; elle s'impose, s'il le faut, par la contrainte ¹. » En effet, la règle de droit serait un conseil, si son respect était laissé à la discrétion des membres de la société. C'est précisément parce qu'elle exprime un ordre, qu'elle est assortie de sanction. « Il est de la nature des règles de comporter une sanction. C'est une condition de leur respect, sinon de leur existence ². »
2. La sanction se distingue de la contrainte qui se traduit par « l'ensemble des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'Etat en vue de l'exécution (au besoin forcée) des obligations et du respect des droits ³. »
3. La sanction revêt différentes formes. C'est ainsi qu'en matière pénale, « la sanction se confond avec la peine, c'est le châtement infligé au délinquant en rétribution de son infraction. La sanction ainsi entendue se rapproche alors ainsi nettement de la contrainte... ⁴ »
4. La sanction peut être administrative. Il s'agit de « toute mesure que les autorités administratives ont le pouvoir d'infliger elles-mêmes à des particuliers afin de réprimer un comportement fautif de ceux-ci ⁵. »
5. Il existe aussi des sanctions disciplinaires, c'est-à-dire des « mesures déterminées par la loi qui sont destinées à réprimer les fautes disciplinaires ⁶. »
6. La sanction fiscale, quant à elle, se caractérise par l'absence d'une définition juridique claire, car elle englobe des mesures appelées pénalité ou amendes ou indemnités ou encore intérêts, mais le point commun est d'être des mesures pécuniaires désignées par le terme "pénalité". Ces mesures s'ajoutent à d'autres qui ne sont pas pécuniaires, comme l'interdiction d'exercer, les peines privatives de liberté etc...⁷ « Les sanctions fiscales seraient donc les mesures punitives prononcées selon le cas par le juge pour réprimer le non-respect des obligations fiscales ⁸. »
7. La diversité n'est pas le propre de la sanction fiscale, puisqu'elle est rencontrée aussi en matière civile. C'est ainsi que la sanction civile peut se traduire par la responsabilité qui est « en un sens

¹ V. CHARFI (M), *Introduction à l'étude du droit*, CERES, Tunis, 1997, 3^{ème} édition, revue et augmentée, p.24.

Cf. MELLOULI (S), *Introduction à l'étude du droit*, LATRACH EDITION, Tunis, 2017, 2^{ème} édition, p.14: « Le caractère obligatoire est le caractère le plus important qui permet de reconnaître la règle de droit. Il signifie que celle-ci s'impose au besoin par la contrainte. En effet, une règle de droit que les sujets ne sont pas tenus de respecter risque de demeurer lettre morte puisque chacun peut échapper à ses prescriptions selon sa volonté. »

² V. AUBERT (J-L), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, 9^{ème} édition, p.16.

Cf. BONNARD (J), *Introduction au droit*, Ellipses, Paris, 2004, 3^{ème} édition p.10 : « En principe, la règle de droit est assortie d'une sanction, au cas où elle serait transgressée. La sanction prévue permet d'en garantir le respect. »

³ V. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10^{ème} édition quadrige, P.U.F, Paris, 2014, V^o Contrainte.

Cf. KOTRANE (H), *Introduction à l'étude du droit, cadre juridique des relations économiques*, C.E.R.P, Tunis, 1994, p.20 : « Des poursuites administratives ou judiciaires seront déclenchées, soit par des représentants de l'Etat -le Procureur de la République en cas d'infractions pénales ou les agents du contrôle économique en cas d'infractions économiques, ou encore les agents de l'Administration fiscale en cas de fraude fiscale- ; soit par des particuliers, victimes des agissements reprochés -dommage causé par inexécution d'une obligation ou agissements violant des droits préconstitués. »

⁴V. DROSS (W), « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin, Lyon 3, L'HARMATTAN, 2007, p.129.

Cf. AUBERT (J-L), *Op.cit.*, p.20 : « Ce sont les peines qui sanctionnent les actes de délinquance, contraventions, délits ou crimes, pour aller des plus bénins jusqu'aux plus graves. »

⁵V. *Vocabulaire juridique précité*, V^o Sanction.

⁶V. *Vocabulaire juridique précité*, V^o Disciplinaire.

⁷ V.CHAABANE (N), « Les sanctions de la violation de l'obligation fiscale », in *La sanction : anciennes solutions et nouvelles tendances*, Actes du colloque organisé par la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2004, p.137.

⁸V. CHAABANE (N), *Article précité*, p.140.

générique (qui englobe la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle), toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui c'est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent (notamment en versant une indemnité)⁹.»

8. La responsabilité se distingue de la nullité. « La nullité se présente comme l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique irrégulier : elle est la sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique¹⁰. » Par conséquent, la nullité constitue la sanction de la violation de la loi impérative régissant la formation des actes juridiques. Elle aurait une finalité objective consistant dans le rétablissement de la légalité violée indépendamment de toute faute commise¹¹ ou de préjudice subi.
9. La nullité n'est pas à confondre avec l'inopposabilité. « Si la nullité, sanction traditionnelle du contrat mal formé, se traduit par un anéantissement rétroactif de l'acte en cause, l'inopposabilité a pour effet de refuser toute conséquence à l'acte à l'égard de certains tiers tout en laissant subsister celui-ci inter partes¹². » Autrement dit, si la nullité sanctionne une irrégularité dans la formation d'un acte juridique, l'inopposabilité frappe l'atteinte portée aux droits des tiers.
10. La nullité diffère également de la caducité, conséquence de la disparition d'un élément essentiel à l'exécution de l'acte juridique. « La caducité trouve ainsi son origine dans une impossibilité d'exécution tenant à l'objet de la prestation promise, à savoir la disparition de la chose. Elle peut provenir également de la défaillance de la condition suspensive ou du refus d'acceptation d'une offre de contrat ou d'un acte unilatéral¹³. » Conséquemment, en matière de caducité l'impossibilité d'exécution est postérieure à la création de l'acte juridique, alors que s'agissant de la nullité elle serait originelle. La caducité frappe l'acte valablement formé, elle l'empêche de produire ses effets dans le futur et sans effet rétroactif¹⁴.
11. Son caractère non fautif¹⁵ la distinguerait de la résolution. « A la différence de la nullité, qui sanctionne une irrégularité inhérente à la formation d'un acte juridique, la résolution frappe le contrat en raison de la survenance d'une circonstance postérieure à sa formation : survenance d'un événement incertain que les parties avaient érigé en condition résolutoire ou inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles¹⁶. » Certes, nullité et résolution produisent un effet identique, à savoir l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique. Toutefois, cette identité disparaît quand le non-respect par l'une des parties de ses obligations contractuelles est sanctionné par la technique de la résiliation, qui est une résolution non rétroactive des contrats à exécution successive.
12. Enfin, la nullité ne devrait pas être confondue avec l'inexistence, telle que développée par la théorie traditionnelle et frappant l'acte juridique dépourvu d'un élément essentiel. En effet, selon cette théorie l'acte juridique est comparable à un organisme. Il serait malade ou infirme, et par là même annulable, en cas d'absence d'une condition de validité ou de vice d'une condition d'existence. En revanche, l'acte juridique serait mort-né lorsqu'il est dépourvu d'une condition d'existence, donc nul de nullité absolue ou inexistant. Cette inexistence n'a pas besoin d'être

⁹ *Vocabulaire juridique précité*, V° Responsabilité.

¹⁰ V. PICOD (Y), « Nullité », *Encyclopédie civile Dalloz*, 2004, p.2.

¹¹ La responsabilité peut aussi être objective, c'est-à-dire indépendante de toute faute. Tel est le cas de la responsabilité du fait des choses inanimées, objet de l'article 96 du Code des obligations et des contrats (COC). Décret du 15 décembre 1906, portant promulgation du Code tunisien des obligations et des contrats, *J.O.T* n°100, supplémentaire du 15 décembre 1906.

¹² V. FALAISE (M), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *P.A.*, 1997, n°103, p.5.

¹³ V. BABAY-YOUSSEF (S), « La caducité des actes juridiques, une notion à "exhumer" », *R.T.D.*, 2006, p.44.

¹⁴ V. BABAY-YOUSSEF (S), *Article précité*, p.71

¹⁵ L'article 345 COC dispose que : « L'obligation s'éteint lorsque, depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible naturellement ou juridiquement, sans le fait ou la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure. »

¹⁶ V. PICOD (D), *Article précité*, p.4.

éditée par le législateur, le juge se contente de la constater et elle ne se couvre ni par la confirmation, ni par la prescription¹⁷.

La théorie traditionnelle a fait l'objet de vives critiques formulées par Japiot et ses successeurs, tenants d'une thèse moderne de la nullité. Pour Japiot, « la nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient... 18 »

L'auteur reproche à la théorie classique d'être une pure fiction théorique, parce que rien n'est de nature à établir une opposition entre l'état de l'acte entaché d'un vice particulièrement grave et l'état de l'acte entaché d'un vice très minime. De plus, un acte qualifié d'inexistant n'est pas objectivement un pur néant. Enfin, fautive est aussi la conception classique de la nullité-manière d'être en ce qui concerne les actes annulables, car même les actes inexistantes peuvent exister à l'apparence¹⁹.

« La nullité se traduit par l'ouverture d'un droit de critique. La nullité n'est point une manière d'être de l'acte ; ce n'est pas dans l'acte qu'elle réside ; ce n'est pas de ce côté que l'on doit porter ses regards si l'on veut la voir sous une forme moins abstraite. De quel côté sera-ce donc ? Du côté des personnes, des individus qui peuvent l'invoquer : des ayants droit 20. » Si la théorie classique s'est basée sur la gravité du vice dont l'acte est entaché pour déterminer ceux qui ont la possibilité de le méconnaître, en revanche, la thèse moderne attribue le droit de critique en fonction de l'intérêt protégé. Quand la loi vise spécialement la protection de telle personne, celle-ci seule peut agir en nullité. A l'opposé, lorsque le fondement de la règle transgressée est d'ordre général, le droit de critique est accordé à tout intéressé²¹.

Il s'agit là d'une distinction entre les nullités relatives et absolues, adoptée par le législateur, malgré la consécration de la théorie classique, notamment à travers le critère de la gravité du vice²².

13. La nullité est la sanction ordinaire du non-respect des conditions de validité d'un acte juridique, puisqu'elle assure le respect de la norme violée, c'est-à-dire son effectivité²³. Cette sanction doit être proportionnée à la règle transgressée. Elle n'atteint l'acte que dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité²⁴. Dans la réalisation de cette finalité, la nullité ne devrait pas sacrifier les droits des tiers impliqués dans l'acte juridique sanctionné.

14. En un sens général et vague, on entend par tiers, toute personne étrangère à une situation juridique ou même personne autre que celle dont on parle.

Cependant, en matière contractuelle, l'expression vise la personne n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat qui n'est pas touchée par son effet obligatoire et peut tout au plus se le voir opposer. Le mot englobe également les ayants cause à titre particulier des contractants

¹⁷ V. DROGOUL (F), *Essai d'une théorie générale des nullités, Etude de droit civil*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Arthur Rousseau, Paris, 1902, pp.60 et 61.

¹⁸ V. JAPIOT (R), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Arthur Rousseau, Paris, 1909, p.13.

¹⁹ V. JAPIOT (R), *Op.cit.*, p.273 à 277.

²⁰ V. JAPIOT (R), *Op.cit.*, p.285.

²¹ La théorie moderne n'a pas à son tour échappé aux critiques, car la frontière entre l'intérêt général et l'intérêt privé n'est pas toujours facile à tracer.

V. FLOUR (J), AUBERT (J-L) et SAVAUX (É), *Les obligations, 1- L'acte juridique*, Sirey, Paris, 2008, 13^{ème} édition, p.285.

²² V. الزين (محمد) «التنظير العامة للالتزامات»، ١ - العقد، مطبعة الوفاء، تونس، ١٩٩٧، طبعة ٢، ص ٢١٠.

²³ Parfois, la nullité s'avère inadaptée au milieu où elle intervient. Tel est le cas du monde du travail généralement et du contrat de travail particulièrement.

V. MECHRI (F), *Le Droit du travail en Tunisie*, Sud Editions, Tunis, 2009, p.16 : « D'une part, la théorie de la nullité des contrats trouve très peu d'application dans le droit du travail. Il n'y a là rien d'étonnant car, en principe, la nullité entraîne l'anéantissement du contrat. Cet effacement du contrat a donc pour effet de faire perdre au travailleur son emploi, ce qui est une solution rarement recherchée par ce dernier, surtout à une époque marquée par la montée du chômage. »

²⁴ V. GUELFUCCI-THIBIERGE (C), *Nullité, Restitution et responsabilité*, Bibliothèque de droit privé, T 218, L.G.D.J, Paris, 1992, p.227.

(lorsqu'un texte ne les astreint pas à exécuter les obligations de leur auteur) ainsi que les créanciers chirographaires.

Parfois, par tiers, on entend la personne spécialement protégée qui a la possibilité d'invoquer l'inopposabilité d'un acte ou d'une situation juridique²⁵.

Ces différents sens attachés à la notion de tiers traduisent sa richesse, voire la difficulté de sa détermination²⁶.

En réalité, le mot tiers représente une catégorie à la fois hétérogène et évolutive²⁷.

Catégorie hétérogène-d'abord-parce que selon le cas le tiers peut être l'indivisaire²⁸, l'héritier²⁹, le créancier³⁰, l'ayant cause à titre particulier³¹ et la liste pourrait s'allonger³².

Catégorie évolutive - ensuite - car au cours de l'exécution du contrat, certains tiers se transforment en partie, à l'instar des représentés³³.

- 15.** Le fondement de la protection des tiers réside dans la sécurité des transactions. Cet impératif est omniprésent en droit des sociétés³⁴, puisque la défense des droits des tiers revêt en la matière son plus haut degré d'acuité. Effectivement, si l'article 2 du Code des sociétés commerciales (CSC) continue à considérer la société comme un contrat³⁵, l'acte sociétaire³⁶ donne naissance à une personne morale donc à une activité, c'est-à-dire à un nombre assez important d'actes juridiques dont l'anéantissement rétroactif risque d'être rigide pour les tiers, en l'occurrence, les salariés, créanciers, fournisseurs, clients, etc.

En effet, « de droit commun, un acte irrégulier est un acte nul. Pendant longtemps, ce principe s'est appliqué au contrat de société comme aux autres contrats. Mais l'expérience a montré qu'il était difficilement compatible avec les caractères propres de l'acte de société, qui est par nature, non pas un contrat fermé sur lui-même, mais le prélude à une activité de longue durée et, par là même, à une série d'actes que son annulation risque d'ébranler en chaîne ³⁷. »

²⁵V. *Vocabulaire juridique précité*, V° Tiers.

²⁶ CHARFEDDINE (M-K), *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, C.E.R.P, Tunis, 1993, p.12 : « Expression troublante et ambiguë d'une technique juridique, pourtant très usitée, la notion de tiers irrite les juristes par sa fugacité rebutante. »

Cf. MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Droit des obligations*, L.G.D.J, Paris, 2017, 9^{ème} édition, p.435 : « Le terme «tiers», d'apparition récente, est l'un des plus équivoques de la langue juridique contemporaine.»

²⁷ V. MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Op.cit.*, p.436.

²⁸ En matière de retrait (article 104 Code des droits réels). Code des droits réels (CDR), promulgué par la loi n° 65-5 du 12 février 1965, *J.O.R.T.*, 1965, n° 10, p.176.

²⁹ Dans la vente en dernière maladie (article 565 COC).

³⁰ S'agissant de la fraude paulienne (article 306 COC).

³¹ Cas du règlement du conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble.

³² V. CHARFEDDINE (M-K), *Op.cit.*, p.240 à 339.

³³ V. MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Op.cit.*, *Loc.cit.*

³⁴ VIDAL (D), *Droit des sociétés*, L.G.D.J, Paris, 2008, 6^{ème} édition, p.1 : « Le droit des sociétés est la branche du droit, rattachée au droit commercial, qui a pour objet de définir le régime juridique des groupements volontaires de sujets de droit ayant une finalité économique dans le domaine de l'offre de biens ou de services ou pour la gestion d'un patrimoine ; il s'agit principalement des sociétés proprement dites, civiles ou commerciales ; on y rencontre également d'autres groupements de droit privé, tels certaines associations ou les groupements d'intérêt économique. »

³⁵ L'article 2 alinéa 1 CSC (tel que promulgué par la loi n°2000-93 du 3 novembre 2000, modifiée et complétée par les textes subséquents) dispose que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter en commun leurs apports, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourraient résulter de l'activité de la société . »

³⁶ Cette expression est de nature à englober l'hypothèse de la société unipersonnelle à responsabilité limitée qui est constituée, selon l'article 2 alinéa 2 CSC, par un associé unique.

³⁷ V. DIDIER (P), *Droit commercial*, Tome 2, *L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, P.U.F, Paris, 1999, 3^{ème} édition mise à jour, p.158.

Cf. COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Droit des sociétés*, LexisNexis, Paris, 2015, 28^{ème} édition, p.85 : « La société est un contrat complexe qui implique la réunion de plusieurs éléments constitutifs. Que l'un fasse défaut et la société est théoriquement nulle. Pareil anéantissement est grave, d'autant que la société affectée vit souvent de façon normale, sans que rien ne puisse laisser deviner aux associés comme aux

Quand elle frappe la société elle-même, la nullité serait catastrophique pour les tiers, car elle leur laisserait simplement des recours aléatoires contre les associés et fondateurs³⁸.

La nullité des décisions sociales ou des délibérations pourrait, de son côté, altérer le crédit de la société ainsi que les droits sur lesquels les tiers compteraient.

Enfin, lorsqu'elle touche les actes des représentants légaux dépassant les limites de leurs pouvoirs, les tiers risquent d'être surpris par l'anéantissement des contrats par eux passés ; ce qui constitue une source d'insécurité.

Certes, la nécessité de protéger les tiers contre les inconvénients des nullités s'impose dans toutes les sociétés commerciales³⁹, mais ce n'est nullement avec la même portée s'agissant de la société en participation⁴⁰ qui est dépourvue de personnalité morale⁴¹. Si le législateur exclut sa nullité pour révélation aux tiers, son choix ne pourrait pas être motivé par le souci de stabilité marquant les sociétés dotées de la personnalité morale. Dans ce contexte, l'article 79 alinéa 2 CSC prévoit que : « La révélation de la société en participation aux tiers n'entraîne pas la nullité du contrat qui continue à régir les rapports entre les associés. Toute stipulation statutaire contraire est inopposable aux tiers ⁴². »

Etant une société occulte, la société en participation ne doit pas se révéler aux tiers qui n'ont de rapport juridique qu'avec l'associé cocontractant. Celui-ci s'engage personnellement et sous sa responsabilité pour le compte de tous les associés⁴³. En cas de manifestation aux tiers, les associés seront tenus dans les mêmes conditions que ceux d'une société en nom collectif (SNC)⁴⁴, c'est-à-dire personnellement, indéfiniment et solidairement⁴⁵. Les tiers n'ont donc pas intérêt à voir le contrat frappé de nullité, puisque son maintien leur permettra de poursuivre les associés retirant, le cas échéant, de la société plus que leurs apports et solidairement.

Il n'en demeure pas moins que la société en participation ne retiendra pas notre attention dans le cadre de cette étude, car elle constitue un simple contrat générateur d'obligations ne donnant pas naissance à un être juridique distinct. S'il arrive que sa nullité soit prononcée⁴⁶, elle opérerait comme en droit commun.

tiers le germe de mort qui l'infeste. Son annulation vaut condamnation à mort, et donc cessation d'activité. » ; HAMEL (J), LAGARDE (G) et JAUFFRET (A), *Droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, par Gaston Lagarde, T1, 2^{ème} Volume, Dalloz, Paris, 1980, 2^{ème} édition, p.120 : « Or, l'annulation d'une société entraîne une cascade de conséquences bien plus graves que l'annulation d'un contrat ordinaire. »

³⁸V. GUYON (Y), *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 1998, 10^{ème} édition, p.156.

Cf. MERLE (Ph), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2018/2019, 22^{ème} édition, p.87 : « La sanction «normale», d'un acte irrégulier est son annulation (avec effet rétroactif). Mais en matière de société, cette sanction serait particulièrement rigoureuse pour les tiers de bonne foi qui ont contracté avec elle. Salariés, fournisseurs n'auraient qu'un recours bien aléatoire contre les fondateurs et les associés. »

³⁹ Les sociétés civiles ne retiendront pas particulièrement notre attention dans le cadre de cette étude, car le législateur, contrairement à son homologue français, s'est intéressé à la nullité des sociétés commerciales. Celle des sociétés civiles opère comme en droit des obligations.

⁴⁰ Selon l'article 77 CSC, « la société en participation est un contrat par lequel les associés déterminent librement leurs droits et obligations réciproques, et fixent leurs contributions aux pertes et leurs parts dans les bénéfices et dans l'économie qui pourraient en résulter. »

⁴¹ L'article 78 alinéa 2 CSC dispose que : « La société en participation n'a pas de personnalité morale. »

⁴² Cette précision faisait défaut dans l'ancien article 46 du Code de commerce (CC) dont les articles 14 à 188 régissant les sociétés ont été abrogés par le Code des sociétés commerciales.

⁴³ Article 80 CSC.

⁴⁴ Article 79 alinéa 2 CSC.

⁴⁵ Cette disposition est plus sévère que l'ancien article 46 CC qui prévoyait que seuls les associés d'une société en participation qui se révéleraient aux tiers pourraient être traités à l'égard de ces derniers comme des associés en nom collectif. C'est ce qui s'est réalisé dans une espèce où deux associés en participation ont fait paraître dans le J.O.R.T une publication détaillée montrant leur qualité. Au vu de cette annonce maladroite, le créancier de l'un d'eux présenta une requête demandant l'autorisation d'une saisie-arrêt sur les biens de son coassocié. L'ordonnance accorda cette autorisation.

V. Ordonnance sur requête du 17 juillet 1974, *R.T.D.*, 1975, I, pp.176 et 177, Note : FOUCHARD (Ph).

⁴⁶ La nullité de la société en participation pourrait être prononcée pour violation des conditions communes aux contrats ou des conditions spécifiques au contrat de société. C'est ainsi que dans une affaire, la Cour de

16. En droit des sociétés, la nullité, en tant que sanction, doit assurer l'effectivité de la norme⁴⁷, sans sacrifier les droits des tiers. Elle doit réaliser un compromis entre la rigueur et la flexibilité. Autrement dit, il faudrait freiner la nullité quand elle nuit aux tiers et la laisser jouer lorsque leur protection n'est plus justifiée. Cet équilibre n'est qu'imparfaitement réalisé, parce que si la défense des tiers est assurée (I) elle gagnerait à être renforcée (II).

I- LE TRIOMPHE DE LA PROTECTION DES TIERS

17. Si les causes de nullité ne sont pas négligeables en droit des sociétés, le législateur s'oriente vers un rétrécissement du domaine de la sanction (A) ainsi qu'une paralysie de ses effets (B).

A -Le rétrécissement du domaine de la nullité

18. Le rétrécissement du domaine de la nullité se traduit par la réduction de ses causes (1) et la multiplication des obstacles à son prononcé (2).

1-La réduction des causes de nullité

19. En droit des sociétés, la nullité est une sanction assez envahissante, puisqu'elle frappe la société elle-même, ses décisions ainsi que les actes de ses dirigeants.

20. Concernant la nullité de la société, on ne saurait prétendre qu'il existe une théorie générale en la matière, vu les règles dispersées qui s'y appliquent. Effectivement, la nullité sanctionne, d'abord, la violation des règles communes à tous les contrats, à savoir le consentement, la capacité, l'objet et la cause⁴⁸, car la société a pour source soit un contrat, soit un acte juridique unilatéral.

Le consentement, qui exprime la volonté de s'associer avec d'autres et de faire naître des obligations réciproques, doit non seulement exister⁴⁹, mais aussi être exempt de vices⁵⁰.

Quant à la capacité, elle varie selon qu'il s'agit d'associés commerçants ou d'associés non commerçants. Pour les premiers⁵¹, l'article 11 alinéa 1 CSC exige la capacité requise pour la profession commerciale, c'est-à-dire la majorité⁵². Il faut, en outre, être sain d'esprit⁵³. En

cassation et les juges du fond ont confirmé la nécessité d'une affectio societatis pour la société en participation, élément à défaut duquel elle serait frappée de nullité.

V. C. cass, n° 22458 du 17 décembre 2015, *Inédit*.

⁴⁷ Lors des travaux préparatoires du Code des sociétés commerciales, il a été affirmé que la nullité ne saurait être abandonnée dans tous les cas, notamment lorsqu'il s'agit d'une violation des règles fondamentales intéressant l'ordre public.

V. Travaux préparatoires du Code des sociétés commerciales, Délibérations de la chambre des députés, *J.O.R.T.*, 31 octobre 2000, n°4, p.67.

⁴⁸ Article 2 COC.

⁴⁹ Sinon, la société serait fictive.

V. COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Op.cit.*, p.86 : « Une société fictive (on parle aussi de société de façade, de société écran) n'est qu'une apparence de société, manipulée par un personnage, personne physique ou personne morale, qui est le seul maître de l'affaire. Ses comparses ne sont que des prête-noms (des hommes ou femmes de paille) qui, le plus souvent, ont signé à l'avance des cessions de parts en blanc. Une telle société est nulle faute de pluralité d'associés et faute d'affectio societatis, autrement dit de consentement véritable. Ce n'est qu'un fantôme de société...»

⁵⁰ Tous les vices de consentement admis par le droit civil (articles 43 à 61 COC) peuvent être relevés dans le contrat de société.

⁵¹ Il s'agit de l'associé d'une société en nom collectif et du commandité d'une société en commandite simple ou par actions.

⁵² Depuis la loi n°2010-39 du 26 juillet 2010, portant unification de l'âge de la majorité civile (*J.O.R.T.*, 2010, n°61, p.2060), l'âge de la majorité civile a été ramené de vingt ans révolus à dix-huit ans ; ce qui a justifié l'abrogation des dispositions de l'article 6 du Code de commerce, permettant exceptionnellement au mineur, ayant atteint l'âge de 18 ans accomplis et obtenu l'émancipation absolue, d'exercer le commerce.

Ainsi, actuellement, seul le mineur marié peut exercer le commerce avant l'âge de la majorité civile, car l'article 153 alinéa 2 du Code du statut personnel (CSP) l'assimile au majeur s'il dépasse l'âge de 17 ans. Il est émancipé par le mariage quant à son statut personnel et à la gestion de ses affaires, tant civiles que commerciales.

revanche, les seconds peuvent être frappés d'incapacité⁵⁴, donc être représentés par le tuteur. Il ne faudrait pas négliger les restrictions issues de l'article 1251 COC, selon lequel la société ne peut être contractée entre le père et le fils soumis à la puissance paternelle ainsi qu'entre le tuteur et le mineur, et ce pour protéger l'incapable contre tout détournement de ses biens. Il n'est pas sans intérêt de préciser que l'associé doit, s'il est étranger, obtenir la carte de commerçant⁵⁵.

Le droit français est plus restrictif que le droit tunisien, en matière de nullité résultant des vices de consentement ou d'incapacité, puisque l'article L 233-1 du Code de commerce (CC) prévoit que : « En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement, ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs . » « Est ainsi visée l'hypothèse d'école où une SA ou une SARL serait fondée par des gamins ou des déments ⁵⁶. »

S'agissant de l'objet, c'est le genre d'activité que la société se propose de réaliser (distribution de biens, prestation de services...). L'objet social doit être déterminé ⁵⁷, possible⁵⁸ et licite⁵⁹.

Enfin, le contrat de société suppose une cause qui consiste à partager le résultat de l'exploitation, c'est-à-dire partager un bénéfice ou profiter d'une économie⁶⁰, voire supporter ensemble le fardeau des pertes. La cause doit être licite. Dans ce contexte, l'article 1252 COC dispose que « toute société doit avoir un but licite. Est nulle de plein droit, toute société ayant un but contraire aux bonnes mœurs, à la loi ou à l'ordre public. » Une société serait nulle si elle a été constituée pour frauder les droits des créanciers en faisant échapper les biens du débiteur à leur gage général. La création de la société n'est ainsi qu'une technique permettant d'organiser l'insolvabilité grâce au transfert d'une partie des biens dans le patrimoine de la personne morale.

21. La nullité sanctionne, ensuite, le non-respect des conditions spécifiques au contrat de société, à savoir la pluralité d'associés⁶¹, les apports, l'affectio societatis et la participation au résultat de l'exploitation.

S'agissant des apports, cette condition est explicitement prévue au niveau de la définition même de la société, qu'elle soit issue de l'article 1249 COC⁶² ou de l'article 2 CSC⁶³. L'apport doit être déterminé⁶⁴ et délivré⁶⁵. Certes, aussi bien l'article 1263 alinéa 2 COC que l'article 6 CSC ne sanctionnent pas le défaut de libération de l'apport par la nullité de la société. Les deux textes prévoient respectivement l'exclusion de l'associé défaillant⁶⁶ et la possibilité de lui réclamer des dommages-intérêts moratoires. De même, l'article 325 COC, relatif à la SA, ne fait aucune

⁵³ Exclusion des incapables majeurs, c'est-dire le dément, le faible d'esprit et le prodigue (articles 160 à 166 CSP).

⁵⁴ Il s'agit du commanditaire d'une société en commandite simple ou par actions, de l'associé d'une société à responsabilité limitée et de l'actionnaire d'une société anonyme.

⁵⁵ Article 4 du décret-loi n° 61-14 du 30 août 1961, relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales, *J.O.R.T*, 1961, n°35, p.1152.

⁵⁶ V.COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Ibidem*.

⁵⁷ Obligatoirement mentionné dans les statuts de la société (article 9 CSC).

⁵⁸ L'impossibilité renvoie aux activités réservées à l'Etat ou bien devant être exercées dans le cadre d'une forme sociétaire déterminée, comme l'activité bancaire qui est réservée aux sociétés anonymes (article 31 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016, relative aux banques et aux établissements financiers, *J.O.R.T*, 2016, n° 58, p.2195.)

⁵⁹ Exclusion des activités contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

⁶⁰ Article 2 CSC.

⁶¹ Sous réserve de la SUARL (articles 148 à 159 CSC), pour laquelle l'article 2 alinéa 2 CSC dispose que : « Toutefois, dans la société unipersonnelle à responsabilité limitée, la société est constituée par un associé unique ».

⁶² L'article 1249 COC prévoit que les associés mettent en commun leurs biens ou leur travail, ou tous les deux à la fois.

⁶³ L'article 2 CSC dispose que les associés conviennent d'affecter en commun leurs apports.

⁶⁴ Article 1258 COC.

⁶⁵ Article 1263 COC.

⁶⁶ L'article 1263 alinéa 2 COC laisse en fait à la société le choix entre l'exclusion de l'associé et sa contrainte à la libération, sans préjudice de dommages- intérêts dans les deux cas.

allusion à la nullité de la société en pareille hypothèse⁶⁷, sauf que cette sanction est envisageable dans la SARL. Effectivement, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 6 mai 2008⁶⁸, il a été affirmé que le fait que quelques associés tardent à verser leurs apports au capital entraîne la nullité relative de la SARL.

A côté des apports, tout contrat de société suppose une affectio societatis ou encore une volonté de s'associer⁶⁹. Les deux articles 1249 COC et 2 CSC y font allusion, à travers la mise ou l'affectation en commun des apports. Cette consécration implicite de l'affectio societatis pourrait aussi être déduite de l'interdiction des clauses léonines, clauses attribuant à l'un des associés la totalité des gains ou l'affranchissant de toute contribution aux pertes. Une telle interdiction signifie que les associés sont unis pour le meilleur et pour le pire, donc dotés d'une affectio societatis. La vocation au bénéfice ou à l'économie et la contribution aux pertes traduisent également la volonté de s'associer à travers la recherche d'un même objectif. Enfin, le législateur retient tacitement la nécessité d'une affectio societatis comme élément caractéristique du contrat de société via la possibilité pour tout associé de poursuivre la dissolution de la société avant le terme établi pour justes motifs, comme les mésintelligences graves entre les associés⁷⁰. Si les mésententes sérieuses entre les associés justifient la dissolution anticipée de la société, le fonctionnement de cette entité suppose un minimum d'entente qui n'est autre que l'affectio societatis⁷¹.

A l'instar du défaut de consentement, l'absence d'affectio societatis entraîne la fictivité de la société, même si les deux éléments ne se confondent pas forcément. « Tout d'abord, l'affectio societatis est un consentement à intention particulière. En effet, tandis que le consentement se définit comme la volonté de contracter une convention quelconque, l'affectio societatis demeure certes un aspect précis de ce dernier puisqu'il s'agirait bien de la volonté de contracter une société. Mais à cela, il faut ajouter que la volonté, loin de se cantonner au moment de la formation du contrat de société, perdure aussi longtemps que dure la société⁷². »

Enfin, le dernier élément spécifique au contrat de société dont l'absence entraîne sa nullité n'est autre que la participation au résultat, qu'il soit bénéficiaire ou déficitaire, même si aucune allusion n'est faite à la contribution aux pertes par les articles 1249 COC et 2 CSC⁷³. La participation au résultat de l'exploitation doit être proportionnelle à la part de chaque associé dans le capital social. Il s'agit d'une règle impérative⁷⁴, traduisant le caractère sacré de l'égalité sociétaire⁷⁵ ; d'où l'interdiction des clauses léonines, « ainsi nommées par référence à la fable d'Esoppe du lion qui, chassant avec d'autres animaux, se réserve la totalité du gibier⁷⁶. » Une telle interdiction résulte de l'article 1302 COC, disposition hostile à la clause attribuant à l'un des associés la totalité des gains et celle l'affranchissant de toute contribution aux pertes.

⁶⁷ Cet article est relatif à une procédure d'exclusion spécifique à la SA, à savoir l'exécution en Bourse pour défaut de libération de l'action.

⁶⁸ Cass.civ, n°17598 du 6 mai 2008, *Infos juridiques*, 2008, n°58/59, p.16.

⁶⁹ REBOUL (N), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », *Revue des sociétés*, 2000, p.427 : « Littéralement, définie comme "l'intention de s'associer", l'affectio societatis est un élément dont la présence est indispensable. »

⁷⁰ Article 1323 COC.

⁷¹ Voir en ce sens, C.cass, chb réunies, Arrêt n° 48915 du 25 avril 1996, *Arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation*, 1995-1996, p.72.

⁷² V. REBOUL (N), *Ibidem*.

⁷³ Ce dernier texte innove par rapport au premier, en consacrant la finalité alternative de la société qui se traduit soit par le partage du bénéfice, soit par le profit de l'économie.

⁷⁴ Contrairement à ce qui existe en droit français, puisque l'article 1844-1 du Code civil prévoit que dans le silence des statuts, la part de chaque associé dans les bénéfices doit être proportionnelle à sa part dans le capital.

⁷⁵ C'est ainsi que l'article 1301 COC déclare que toute clause violant la proportionnalité est nulle et rend nul le contrat de société.

⁷⁶V. GUYON (Y), *Op.cit.*, p.123.

22. La nullité de la société peut, enfin, découler de la violation des règles particulières à chaque type d'entité. Dans ce contexte, l'article 104 CSC, relatif à la SARL⁷⁷, dispose que : « Est nulle toute société à responsabilité limitée constituée en violation des articles 93 à 100 du présent code ⁷⁸. » Dans le même sens, l'article 179 CSC, relatif à la SA faisant appel public à l'épargne (APE), prévoit que : « Est nulle et de nul effet toute société anonyme constituée en violation des dispositions des articles 160 à 178 du présent code ⁷⁹. »

Quant à la SA fermée, l'article 182 alinéa 2 CSC déclare que : « L'inobservation des dispositions de l'article 160, de l'alinéa 2 de l'article 164, des articles 165 et 166, de l'article 167 à l'exception des numéros (5) et (7) de son alinéa 1^{er}, et de l'article 168 du présent code entraîne la nullité de la société ⁸⁰. »

23. Bien que les causes de nullité de la société soient nombreuses, le Code des sociétés commerciales a tenté de les réduire. C'est ainsi que la nullité, sanction peu compatible avec le monde sociétaire, semble ne plus jouer en cas d'absence de l'écrit. En effet, l'ancien article 16 du Code de commerce (CC)⁸¹ prévoyait que : « Le contrat de société est, à peine de nullité, constaté par écrit. » Cette disposition n'a pas été reprise par le Code des sociétés commerciales, puisque son article 3 alinéa 1 dispose que : « A l'exception de la société en participation le contrat de société doit être rédigé par acte sous-seing privé ou acte authentique. » D'ailleurs, la formule impérative de la version française de ce texte n'est pas rencontrée dans sa version arabe qui fait foi⁸². L'écrit représenterait ainsi un moyen de preuve de l'existence de la société⁸³, entre les associés, parce que l'article 3 dernier alinéa CSC permet aux tiers de prouver par tous les moyens l'existence, soit de la société, soit d'une ou de plusieurs clauses du contrat de société.

Cette nouveauté semble s'expliquer par la nouvelle fonction assignée à l'écrit depuis le Code des sociétés commerciales. Effectivement, l'article 4 CSC fait dépendre l'acquisition par la société de la personnalité morale de son immatriculation au registre du commerce⁸⁴, laquelle

⁷⁷ Ce texte s'applique à la SUARL, sous réserve de son adaptation à la nature particulière de cette société qui ne comporte qu'un seul associé.

⁷⁸ Ces articles concernent le nombre maximum d'associés, l'interdiction faite à la SARL de se livrer à certaines activités, l'obligation pour elle d'avoir son siège social en Tunisie quand elle est de nationalité tunisienne, sa constitution par un écrit contenant un certain nombre de mentions, la libération intégrale de son capital social, la détermination de la valeur en dinars tunisiens de la participation en capital en monnaie étrangère et la procédure d'évaluation des apports en nature.

⁷⁹ Ces textes concernent le nombre minimum d'actionnaires, la dénomination sociale, le capital minimum, curieusement la définition des sociétés faisant APE (article 162), le dépôt au greffe du projet de statuts, la notice, la souscription et le versement, la libération intégrale des apports en nature et l'interdiction des apports en industrie, les bulletins de souscription, le dépôt des fonds, le retrait des fonds, la déclaration de souscription et de versement, la réunion de l'assemblée générale constitutive (AGC), ses attributions, le mécanisme d'évaluation des apports en nature, les causes d'incompatibilité relatives au commissaire aux apports, l'approbation de l'apport en nature par l'AGC et bizarrement la responsabilité des fondateurs du préjudice résultant de l'inexactitude et de l'insuffisance des indications fournies à l'AGC (article 177) ou bien du défaut de constitution de la société (article 178).

⁸⁰ Ces articles prévoient le nombre minimum d'actionnaires, la dénomination sociale, les déchéances relatives aux fondateurs, la souscription et le versement, la libération intégrale des actions d'apport, l'interdiction des apports en industrie, les bulletins de souscription et le dépôt des fonds dans un établissement bancaire.

⁸¹ Loi n°59-129 du 5 octobre 1959, portant promulgation du Code de commerce, *J.O.R.T* n°56 des 3,6,10 et 13 novembre 1959.

⁸² "يكون عقد الشركة عدا شركة المحاصة يكتب خطي أو بحجة رسمية"

⁸³ Cf. *Contra* : LABASTIE-DAHDOUH (Ch) et DAHDOUH (H), *Droit commercial*, Volume 2, *Entreprises sociétaires*, Tome 1, *Règles communes*, IHE Editions, Tunis, 2003, p.178 : « ...la rédaction d'un écrit est une nécessité tant en vue de la régularité que de la preuve de la société », NENNI (A), *Droit des sociétés commerciales*, LATRACH EDITION, Tunis, 2020, p.56.

⁸⁴ L'article 4 alinéa 1 CSC dispose que : « Toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce, à l'exception de la société en participation. »

Ce choix protège les tiers qui sont amenés à contracter avec la société, car en ayant connaissance de son immatriculation, ils connaissent par là même le moment exact de la naissance de la personne morale.

immatriculation se fait sur la base des statuts⁸⁵. Il ne s'agit pas d'une condition de validité de la société, mais plutôt d'une exigence lui permettant de développer son efficacité à travers sa personnification⁸⁶.

24. Le principe de l'exclusion de l'écrit comme une condition de validité de la société connaît deux exceptions.

La première exception est prévue par l'article 3 alinéa 2 CSC disposant que : « Si les apports comprennent des apports en nature ayant pour objet un immeuble immatriculé, l'acte doit être rédigé, selon la législation en vigueur sous peine de nullité .» Il convient de signaler que la rédaction de ce texte semble maladroite, dans la mesure où il confond l'apport en nature avec l'apport en propriété qui n'en est qu'un mode de réalisation⁸⁷. Il en découle que seule l'hypothèse de l'apport d'un immeuble immatriculé fait en pleine propriété exige la rédaction du contrat de société selon les dispositions de l'article 377 bis du Code des droits réels, sous peine de nullité, c'est-à-dire par l'un des rédacteurs de la conservation de la propriété foncière ou un notaire ou encore un avocat en exercice non stagiaire.

La deuxième exception à la non-exigence de l'écrit pour la régularité de la société concerne l'apport d'un fonds de commerce. En effet, l'article 190 alinéa 1 CC prévoit que tout apport en société d'un fonds de commerce doit être constaté par écrit à peine de nullité. L'alinéa 2 du même texte ajoute que l'acte doit contenir un certain nombre d'énonciations, sous peine de sa nullité. Enfin, l'article 189 bis du même code exige la rédaction de l'acte par un avocat en exercice non stagiaire, à peine de nullité absolue.

Ainsi, en l'absence d'apport en propriété d'un immeuble immatriculé ou d'apport d'un fonds de commerce, l'écrit ne constituerait pas une condition de validité de la société, mais plutôt le support de son immatriculation au registre du commerce, devenu un sous-registre du registre national des entreprises (RNE) depuis le loi du 29 octobre 2018⁸⁸.

25. La sanction du non-respect de cette dernière formalité semble controversée. Effectivement, sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce régissant les sociétés commerciales les choses étaient claires.

D'abord, l'immatriculation de la société au registre du commerce n'était pas une condition d'acquisition de la personnalité morale.

Ensuite, l'article 178 CC, qui trouvait sa place dans un chapitre VII intitulé « De la publicité des sociétés commerciales », prévoyait l'immatriculation de la société au registre du commerce du lieu de son siège social dans le mois de sa constitution. Et à l'article 180 CC d'ajouter que l'inobservation de cette formalité entraînera la nullité de la société⁸⁹.

V. CORLAY (P), « La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles », *R.T.D com*, 1981, p.261.

⁸⁵ L'article 14 alinéa 2 CSC prévoit que : « L'immatriculation se fait par le dépôt des statuts de la société et des documents prévus par la loi relative au registre de commerce. »

⁸⁶ FAVORIO (Th), « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des sociétés*, 2008, p.58 : « L'écrit préfigure les formalités nécessaires à l'attribution de la personnalité morale et constitue lui-même une condition de la personnification de la société. L'article 1835 énonce une condition de forme qui s'impose donc en raison du choix du législateur de subordonner l'attribution de la personnalité morale à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. »

⁸⁷ L'apport en propriété fait sortir le bien du patrimoine de l'apporteur pour qu'il intègre le patrimoine social. Il est assimilé à une vente. Quant à l'apport en jouissance, sa nature diffère selon qu'il porte sur un corps certain ou une chose de genre. Dans la première hypothèse, l'apporteur demeure propriétaire du bien et transfère à la société un droit de jouissance analogue à celui d'un locataire. Tandis que dans le second cas, la propriété est transférée à la société, en échange de droits sociaux au profit de l'apporteur, qui garde le droit à une restitution en équivalent en fin de contrat.

⁸⁸ Le registre national des entreprises est une base de données publique regroupant tous les acteurs économiques et sociaux en vue d'une meilleure transparence des transactions économiques et financières. V. Loi n° 52-2018 du 29 octobre 2018 relative au registre national des entreprises, *J.O.R.T*, 2018, n° 89, p. 4644.

⁸⁹ Cass.civ, n°13566 du 24 juin 1985, *Bull civ*, 1985, II, p.159 ; Cass.civ, n°14937 du 25 décembre 2007, *Bull civ*, 2007, p.203 .

Avec le Code des sociétés commerciales, l'immatriculation de la société au registre du commerce est devenue une condition de jouissance de la personnalité morale⁹⁰. De plus, le titre deux du livre premier du Code des sociétés commerciales peut prêter à équivoque, dans la mesure où il fait une distinction entre l'immatriculation et la publicité des sociétés⁹¹.

Cette ambiguïté est renforcée par l'article 17 CSC, prévoyant la nullité de la société pour violation des formalités de publicité prescrites par les articles précédents⁹². Ce texte renvoie-t-il aux articles 14 à 16 CSC, auquel cas le défaut d'immatriculation au registre du commerce entraînerait la nullité de la société, ou bien vise-t-il uniquement les articles 15 et 16 CSC ; ce qui conduirait à ne pas faire de cette immatriculation une condition de validité de la société ?

L'hésitation de la doctrine traduit la délicatesse de la question posée. D'aucuns estiment que l'immatriculation au registre du commerce n'est plus désormais une condition de validité de la société dont l'inobservation entraînerait sa nullité. « L'inopposabilité de la société aux tiers, la non-acquisition de la personnalité morale pour les sociétés commerciales sont les sanctions "naturelles" de cette omission ⁹³.»

A l'opposé, un auteur pense que la rédaction des articles 14 et 15 CSC fait douter de la notion de publicité, car l'on pourrait comprendre de l'article 14 CSC que cette publicité se limite à celle qui est faite au J.O.R.T et dans deux journaux quotidiens dont l'un étant publié en langue arabe⁹⁴, à l'exclusion de l'immatriculation au registre du commerce. Ainsi, la nullité prévue par l'article 17 CSC ne concernerait pas cette dernière formalité. Toutefois, une lecture synthétique des articles 14, 15, 16, 17 et 20 CSC confirme l'étendue large de la notion de publicité qui engloberait les trois formalités⁹⁵.

Entre les deux opinions, un autre auteur ne cache pas son embarras. Il commence par se demander sur le sens de l'expression "formalités de publicité" prévue par l'article 17 CSC, interrogation suscitée par l'intitulé du titre deux du livre premier du Code des sociétés commerciales ainsi que les articles 14 à 16 distinguant l'immatriculation de la publicité⁹⁶. Sachant que l'article 17 CSC ne sanctionne par la nullité que l'inobservation des formalités de publicité, cette sanction se limiterait à la publicité par insertion au J.O.R.T et dans deux journaux quotidiens. Il n'en demeure pas moins que l'auteur semble favorable à une interprétation extensive de la notion de publicité, quoique la rédaction des dispositions du Code des sociétés commerciales ne facilite pas une telle compréhension⁹⁷.

⁹⁰ Article 4 alinéa 1 CSC.

⁹¹ Ce titre est intitulé « L'immatriculation et la publicité des sociétés ».

⁹² Malgré ce texte, la Cour de cassation a curieusement affirmé dans un arrêt que l'inobservation des formalités de publicité n'entraîne pas l' inexistence de la société entre les parties, mais sa transformation en société en participation.

V. Cass.civ, n° 20350 du 19 février 2015, *R.J.L.*, 2016, n° 9, p.109.

⁹³V. LABASTIE-DAHDOUH (Ch) et DAHDOUH (H), *Op.cit.*, p.288.

Cf. MELLOULI (S) et FRIKHA (S), *Les sociétés commerciales*, La Maison Du Livre, Tunis, 2013, 2^{ème} édition, p.65: « L'article 17 du code des sociétés commerciales, placé sous un titre 2 intitulé « l'immatriculation et la publicité des sociétés » envisage seulement l'inobservation des formalités de publicité comme cause de nullité ce qui laisserait à penser que l'inobservation des formalités d'immatriculation n'entraînerait pas la nullité mais provoquerait une sanction encore plus grave, qui serait l'absence d'octroi de la personnalité par application de l'article 4 du même code. »

⁹⁴ Cette dernière formalité de publicité a été supprimée par la loi n°2009-16 du 16 mars 2009, modifiant et complétant le Code des sociétés commerciales (*J.O.R.T.*, 2009, n°22, p.781) et ce, pour faciliter la constitution des sociétés.

⁹⁵ V. بن موسى (المبروك) ، «حماية الغير في مجلة الشركات التجارية» ،

ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، يومي ٥ و ٦ افريل ٢٠٠١، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ٢٠٠٢، ص ٣٩ و ٤٠.

⁹⁶ L'article 14 CSC impose l'immatriculation de la société au registre du commerce, sans en faire une formalité de publicité. En revanche, l'article 15 CSC exige la publicité au J.O.R.T et dans deux journaux quotidiens. Quant à l'article 16 CSC, il s'intéresse aux différents actes faisant l'objet de formalités de dépôts et de publicité.

⁹⁷ الهلالي (عبد الله) ، «التصحيح في مجلة الشركات التجارية» ،

دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، يومي ١١ و ١٢ افريل ٢٠٠٣، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ٢٠٠٤، ص ٥٣ إلى ٥٥.

26. En réalité, l'immatriculation au registre du commerce constitue certainement une formalité de publicité⁹⁸, mais cette formalité permet à la société d'acquérir la personnalité morale. Le législateur ne semble pas avoir voulu en faire une condition de sa validité, sauf qu'au lieu d'être explicite sur son choix il a préféré la voie de l'ambiguïté, en faisant une distinction entre l'immatriculation et la publicité, afin que l'article 14 CSC ne soit pas concerné par le renvoi fait par l'article 17 CSC.

Si le choix est appréciable⁹⁹, le moyen reste critiquable, surtout que les dispositions particulières à chaque type de société ne sont pas moins claires que les règles générales. La consultation des articles 103 et 179 CSC, régissant respectivement la SARL et la SA faisant APE, en est la preuve. Effectivement, l'article 103 CSC prévoit que : « La société n'est valablement constituée qu'après son immatriculation au registre du commerce. Tant qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce, la société est considérée comme une société à responsabilité limitée en cours de constitution et elle reste soumise au régime de la société en nom collectif de fait. » A priori, le texte ne sanctionne pas par la nullité la SARL non immatriculée au registre du commerce, mais la considère comme une société en cours de constitution¹⁰⁰. Or, le même article la qualifie de société de fait, soumise au régime de la société en nom collectif¹⁰¹.

Quant à l'article 179 CSC, il frappe de nullité toute SA constituée en violation des articles 160 à 178 CSC¹⁰², sachant que l'article 176 alinéa dernier dispose que : « La société ne peut acquérir la personnalité morale qu'à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce. »

27. Malgré ces ambiguïtés, l'immatriculation de toutes les sociétés¹⁰³ ne semble pas constituer une condition de leur validité¹⁰⁴, mais plutôt une formalité de publicité de laquelle dépend leur personnalité. Le législateur est appelé à faire preuve davantage de précision en la matière pour éviter aux sociétés une nullité injustifiée, surtout qu'il a pris des mesures destinées à la freiner, par le biais du contrôle exercé par les autorités chargées de la constitution de la société. Effectivement, contrairement à certaines législations étrangères qui ont organisé un contrôle préalable judiciaire ou notarial de la constitution des sociétés¹⁰⁵, le législateur s'est contenté d'un contrôle de régularité formelle exercé par les autorités chargées des différentes phases de la constitution, receveur de l'enregistrement, centre national du registre des entreprises, journal

⁹⁸ Avec cette formalité, la société sera connue de tous, car la publicité est le « caractère de ce qui est destiné à être connu du public et mis à sa disposition sous forme de moyen d'information à consulter. »

V. *Vocabulaire juridique précité*, V° Publicité.

⁹⁹ Avant la promulgation du Code des sociétés commerciales, l'annulation de la société pour défaut d'immatriculation au registre du commerce a été considérée comme une solution exagérée et contraire aux orientations législatives consacrées par la loi du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés. Cette loi est fondée sur l'idée selon laquelle l'entreprise constitue un acquis national qu'il convient de préserver, afin qu'elle poursuive son activité en tant que source d'opulence et de travail.

بن موسى (المبروك)، « آثار الترسيم بالسجل التجاري »، مرقبت، ١٩٩٨، عدد ٥، ص ٨٤.

¹⁰⁰ Cela signifie que le contrat produit ses effets entre les associés dès la signature des statuts.

¹⁰¹ Nous verrons dans le B de cette première partie que la société de fait est une société dont la nullité a été judiciairement prononcée. La notion ne pourrait englober la société en formation que moyennant son élargissement.

¹⁰² Curieusement, il a été affirmé lors des travaux préparatoires du Code des sociétés commerciales que la violation des formalités de constitution de la SA n'est plus sanctionnée par la nullité et ce, contrairement à ce qui était prévu par l'ancien article 62 CC.

V. Travaux préparatoires du Code des sociétés commerciales, Délibérations de la chambre des députés, 31 octobre 2000, *J.O.R.T.*, 2000, n°4, p.67.

¹⁰³ A l'exception, bien sûr, de la société en participation, qui est exclue de cette formalité (article 78 alinéa 2 COC).

¹⁰⁴ Nous avons déjà démontré le caractère discutable de l'article 179 CSC qui renvoie même à des textes relatifs à la définition des sociétés faisant appel public à l'épargne (article 162) et la responsabilité des fondateurs (articles 177 et 178) ; ce qui jette le trouble sur les causes de nullité de la société anonyme.

¹⁰⁵ Il s'agit d'un contrôle « lent, coûteux et jamais totalement infaillible. »

V. LE CANNU (P) et DONDERO (B), *Droit des sociétés*, L.G.D.J., Paris, 2018, 7^{ème} édition, p.267.

officiel et Conseil du Marché Financier (CMF), à travers le visa obligatoire, en cas de constitution d'une société avec APE¹⁰⁶.

Dans ce contexte, l'article 24 de la loi du 29 octobre 2018, relative au registre national des entreprises prévoit que le centre national du registre des entreprises s'assure de la véracité des documents à l'appui de la demande d'immatriculation et de leur conformité aux dispositions législatives et réglementaires¹⁰⁷. Cela signifie que le centre pourrait éventuellement refuser l'immatriculation, s'il constate une irrégularité formelle, et au requérant de contester sa décision devant le juge des registres¹⁰⁸.

28. Parfois, le législateur ne se contente pas d'un simple freinage de la nullité. Il veille à son exclusion pure et simple, alors qu'elle aurait pu jouer. C'est ainsi, par exemple, que les articles 101 et 102 CSC, qui trouvent leur place dans les règles de constitution de la SARL, lui interdisent d'émettre ou de garantir des valeurs mobilières ou bien d'avoir des parts sociales représentées par des titres négociables. Cependant, le législateur n'a pas choisi de sanctionner par la nullité la société qui passe outre ces interdictions, en préférant réserver cette sanction à toute décision prise contrairement à la prohibition.
29. Il n'en demeure pas moins que les causes de nullité restent nombreuses en droit des sociétés. Elles dépassent la personne morale pour toucher ses décisions. Effectivement, le législateur s'est également intéressé à la nullité des délibérations¹⁰⁹ qui sont visées par l'expression "acte juridiques collectifs"¹¹⁰, c'est-à-dire un processus engageant par avance celui qui y participe à accepter la décision d'une majorité¹¹¹. Cette nullité trouve sa source dans la violation de la loi¹¹², la transgression des statuts¹¹³ et l'abus de majorité.
30. Il y a abus de majorité, quand celle-ci prend une décision portant atteinte aux intérêts de la société et servant ceux d'un ou de quelques actionnaires ou d'un tiers¹¹⁴.

¹⁰⁶ L'article 2 de la loi n°94-117 du 14 novembre 1994, portant réorganisation du marché financier (*J.O.R.T.*, 1994, n°90, p.1850) impose à la société faisant appel public à l'épargne, la publication d'un prospectus destiné à l'information du public, préparé selon des modèles fixés par le CMF et dont le projet est soumis à son visa.

¹⁰⁷ Selon l'article 23 de la même loi, ces documents sont les statuts, le certificat de priorité sur le nom social, la liste des bénéficiaires effectifs, pour les sociétés par actions l'identité des fondateurs et des souscripteurs ainsi que l'indication des versements effectués et pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne une copie du procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale constitutive, sachant que cette assemblée vérifie la souscription intégrale du capital social et la libération du montant exigible des actions, se prononce sur l'approbation des statuts et nomme les premiers administrateurs et commissaires aux comptes.

¹⁰⁸ Dans un arrêt n°3790 du 18 décembre 2006 (*Bull civ.*, 2006, p.183), la Cour de cassation a refusé au juge du registre du commerce, qui est actuellement remplacé par le juge des registres, le droit de juger les documents qui lui sont présentés et de prendre des décisions à leur propos.

¹⁰⁹ BORNHAUSER-MITRANI (L), « La violation d'une clause statutaire », *P.A.*, 1998, n°42, p.11 : « On désigne par "délibérations" toutes les décisions sociales internes prises par les assemblées ou les organes collégiaux de direction. »

¹¹⁰ V. ROUJOU DE BOUBÉE (G), *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J, Paris, 1961, p.263, cité par STORCK (J-P), « La rétroactivité des décisions sociales », *Revue des sociétés*, 1985, p.58.

Un auteur préfère l'appellation d'acte juridique conjonctif.

V. CABRILLAC (R), *L'acte juridique conjonctif en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, T 213, L.G.D.J, Paris, 1990.

¹¹¹ BALENSI (I), *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, Paris, 1975, p.22 : « En effet, l'acte collectif nécessite un concours de volontés pour produire un effet de droit, mais, alors que dans le contrat ce concours de volontés vise à satisfaire des objectifs complémentaires, voire opposés, dans l'acte collectif, il vise à satisfaire un objectif commun à tous les participants. Les exemples d'actes collectifs sont la constitution de personne morale et la résolution d'assemblée. »

¹¹² V. à titre d'exemples, les articles 275, 277, 287 et 300 CSC.

¹¹³ Parce que les statuts représentent le contrat de la société qui est doté d'une force obligatoire, selon l'article 242 COC, une délibération peut être sanctionnée par la nullité quand elle ne respecte pas une clause statutaire (article 290 CSC).

¹¹⁴ Article 290 CSC.

La jurisprudence tunisienne n'a pas attendu la promulgation du Code des sociétés commerciales pour reconnaître l'abus de majorité.

C'est ainsi que dans un jugement commercial et civil n°134 du 30 juillet 1973¹¹⁵, le Tribunal de première instance de Tunis a débouté des actionnaires de leur demande de distribution des bénéfices réalisés par la société depuis sa constitution, car une telle décision relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale ordinaire (AGO). Le tribunal n'intervient ni dans cette répartition, ni dans son contrôle, tant que les délibérations de l'assemblée ne sont pas attaquées sur la base de l'abus de majorité. C'est le cas lorsqu'elles sont prises par les actionnaires majoritaires dans leur intérêt, à l'exclusion de l'intérêt de l'entreprise.

Dans une autre décision datant du 28 décembre 1988, la Cour d'appel de Tunis a annulé certaines résolutions de l'AGO, au motif que « le droit commercial impose aux administrateurs d'agir dans l'intérêt de la société en tant que personne morale et par là même dans l'intérêt de tous les actionnaires, abstraction faite du nombre d'actions détenues par chacun d'eux. Par conséquent, tout dépassement de ces limites est nul en droit ¹¹⁶. »

- 31.** L'article 290 CSC ne se prononce pas sur l'abus de minorité, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle des actionnaires minoritaires usent de leurs voix dans la recherche de leur propre avantage et contrairement à l'intérêt social. Pourtant, l'admission de l'abus de minorité ne semble pas susciter la réticence de la doctrine¹¹⁷, contrairement à sa sanction. En effet, l'article 290 CSC prévoit l'annulation des décisions entachées d'abus de majorité, sauf que cette sanction ne semble pas transposable à l'abus de minorité, dans la mesure où la résolution proposée n'a pas pu, par définition, être adoptée. Ainsi, deux sanctions paraissent envisageables, à savoir la condamnation de la minorité à des dommages-intérêts ou bien le dépassement du refus minoritaire, par la prise d'une décision judiciaire valant acte¹¹⁸. Cette deuxième sanction n'est pas sans rappeler le refus d'un promettant de conclure un acte définitif de vente. Le bénéficiaire de la promesse peut demander sa condamnation à la conclusion du contrat définitif, dans un certain délai, sinon le jugement tiendra lieu d'acte de vente¹¹⁹. Toutefois, il ne semble pas évident que le juge puisse remplacer la minorité en prononçant un jugement valant vote favorable. La désignation d'un mandataire représentant la minorité à une nouvelle assemblée pour voter en son nom, dans un sens conforme à l'intérêt social et n'altérant pas l'intérêt des minoritaires, paraît plus judicieuse¹²⁰.
- 32.** Certes, la défense de l'intérêt social assure la pérennité de la société, mais en matière de nullité le législateur devrait surtout se soucier de l'intérêt des tiers. Le maintien des actes pris par les dirigeants en dépassement de leurs pouvoirs en est la preuve. Effectivement, pour éviter aux tiers contractant avec la société de consulter les statuts préalablement à chaque opération et les mettre à l'abri de l'annulation d'un acte accompli au mépris d'une restriction aux prérogatives du représentant, le législateur a eu recours à la technique de l'inopposabilité. L'inopposabilité intervient à l'occasion des clauses statutaires limitant les engagements des représentants¹²¹, de

¹¹⁵ *R.J.L.*, 1974, n°1 et 2, p.70 à 72.

¹¹⁶ Cour d'appel de Tunis, n°1895 du 28 décembre 1988, *A.J.T.*, 1990, n°3, p.112.

¹¹⁷ KOLSI (S), « Essai sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés », *R.T.D.*, 2003, p.145 : « En permettant, aux termes de l'article 290, la condamnation par le juge de l'abus de majorité, c'est -à-dire de ceux qui ont les plus grands intérêts dans la société, on doit, a fortiori, admettre la condamnation de l'abus de minorité, c'est-à-dire, des actionnaires ayant des intérêts de moindre importance et qui, par leur vote hostile, empêchent l'adoption d'une résolution qui satisfait l'intérêt social... »

¹¹⁸ V. KOLSI (S), *Article précité*, pp.145 et 146.

¹¹⁹ عبودة (عبد المجيد)، «تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد ٣٢٧٧١ في ٢٠ أوت ١٩٩٢»، *المجلة القانونية التونسية*، ١٩٩٥، ص ٢٢٥ : «ففي حالة الوعد بالبيع يطلب المستفيد من الوعد من المحكمة غصب المدين على إتمام البيع خلال مدة يحددها القاضي وفي حالة عدم الوفاء يعدّ الحكم قائما مقام العقد».

¹²⁰ V. en ce sens : MELLOULI (S) et FRIKHA (S), *Op.cit.*, p.253.

¹²¹ Articles 114 dernier alinéa, 211 dernier alinéa, 232 dernier alinéa et 398 dernier alinéa CSC, régissant la SARL, la SA moniste, la SA dualiste et la société en commandite par actions (SCA).

l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre, en cas de pluralité de gérants¹²², du dépassement de l'objet social¹²³ et de l'abus de raison sociale¹²⁴.

- 33.** L'inopposabilité signifie que lorsque le représentant légal de la société accomplit un acte en violation d'une clause statutaire limitative de ses pouvoirs ou d'une opposition ou bien quand il dépasse l'objet social ou abuse de la raison sociale, il engage la personne morale représentée qui ne saurait anéantir le contrat passé avec le tiers de bonne foi¹²⁵, car seuls les contractants faisant preuve de loyauté méritent une protection de leur utilité. Ainsi, en privant la société de toute possibilité de dénégation des actes de son dirigeant, accomplis en dépassement de ses pouvoirs, le législateur a par là même écarté leur nullité, sanction lourde de conséquences pour les tiers.
- 34.** Malencontreusement, le législateur n'a pas été jusqu'au bout de ses idées, comme le témoigne la résistance de certaines opposabilités. Ce choix est rencontré à travers les clauses statutaires limitatives des pouvoirs du gérant de la SNC¹²⁶ et le dépassement de l'objet social qu'il pourrait commettre¹²⁷.

L'opposabilité signifie que si le représentant de la société viole une clause statutaire limitative de ses pouvoirs ou méconnaît l'objet social, l'acte accompli au mépris de la limitation sera frappé de nullité¹²⁸. Il n'engagera pas la société au grand dam de ses partenaires, qui seraient amenés à consulter les statuts avant de contracter avec le représentant de l'entité. En cas de carence, ils risquent d'être surpris par l'annulation de l'acte conclu au mépris de la limite qui lui est assignée ; ce qui compromet leur sérénité et empêche d'asseoir le crédit de la société. Certes, l'apparence pourrait leur être d'une grande utilité¹²⁹. A chaque fois que des tiers de bonne foi sont induits en erreur par des signes extérieurs trompeurs, l'apparence devrait l'emporter sur la réalité. La clause restrictive ou la spécialité statutaire constituent une réalité cachée, à laquelle s'oppose une apparence exprimée par les prérogatives reconnues ordinairement aux représentants des sociétés. Le cocontractant de la personne morale doit prouver la légitimité de sa croyance à ces pouvoirs, c'est-à-dire que les circonstances l'autorisaient à ne pas vérifier leurs limites.

Il n'en demeure pas moins que le législateur devrait bannir les opposabilités, en matière de représentation des sociétés, et généraliser ainsi, en faveur des tiers, une sauvegarde renforcée de leurs intérêts. Le législateur ne semble pas défavorable à une telle généralisation, comme pourrait le démontrer l'allusion faite, au sein de l'article 71 alinéa 3 CSC relatif à la SCS, à l'autorisation donnée aux gérants pour l'accomplissement d'actes qui dépassent la limite de leurs pouvoirs.

¹²² Articles 60 alinéa 2, 68, 114 alinéa 2 et 399 alinéas 1 et 2 CSC, applicables à la société en nom collectif, la société en commandite simple (SCS), la SARL et la SCA.

¹²³ Articles 114 avant dernier alinéa et 398 alinéa 2 CSC, relatifs à la SARL et la SCA.

¹²⁴ Article 61 CSC, régissant la SNC et transposable à la SCS, en vertu de l'article 68 du même Code, soumettant cette dernière société aux textes applicables à la première.

¹²⁵ GHESTIN (J), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Bibliothèque de droit privé, Tome XLI, L.G.D.J., Paris, 1971, p.99 : « Une personne est de bonne foi lorsque ses actes sont en accord avec ses intentions. La bonne foi est ainsi synonyme de sincérité, franchise, loyauté. Elle s'oppose à la mauvaise foi, le dol, la tromperie ou la fraude. »

¹²⁶ Article 60 alinéa 1 CSC, applicable à la SCS, en vertu du renvoi fait par l'article 68 aux dispositions régissant la SNC.

¹²⁷ Article 61 CSC.

Sont également concernés par l'opposabilité du dépassement de l'objet social aux tiers, le gérant de la SCS (article 68 CSC), le président du conseil d'administration (article 211 alinéa 2 CSC) et le directeur général de la SA, dont les prérogatives sont assimilées à celles du PDG.

¹²⁸ Il semble s'agir d'une nullité relative, assurant une protection de la société et des associés qui sont seuls à même de faire prononcer.

¹²⁹ ARRIGHI (J-P), *Apparence et réalité en Droit privé, contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1974, Tome I, p.1 : « L'apparence se définit comme un aspect trompeur des choses, ne correspondant pas à la réalité de celles-ci. Phénomène de la communication entre individus et de la connaissance des situations, elle implique une erreur dans la perception de la réalité entraînant nécessairement un conflit entre ce qui est et ce qui paraît être, conflit qui n'épargne pas le domaine juridique... »

35. L'hostilité du droit des sociétés à la nullité est confirmée par la consécration de la règle "pas de nullité sans grief". En principe, la nullité sanctionne la violation d'une règle impérative régissant la formation d'un acte juridique, abstraction faite du préjudice causé au demandeur¹³⁰. Cependant, il est dérogé à ce principe, aussi bien en droit processuel, qu'en droit des entreprises en difficultés économiques. Effectivement, en droit processuel, la nullité ne sanctionne pas toute violation des actes de procédure quelque minime qu'elle soit, sous peine d'altérer les droits des justiciables et d'entraver le bon fonctionnement de la justice. C'est ainsi que l'article 14 dernier alinéa du Code de procédure civile et commerciale (CPCC)¹³¹, relatif à la nullité des actes de procédure dispose que : « La violation d'une règle d'intérêt strictement privé n'entraîne la nullité de l'acte que s'il en résulte un préjudice pour la partie qui s'en prévaut, et à condition que celle-ci la soulève avant toute défense au fond.» Ce texte consacre l'adage "pas de nullité sans grief", selon lequel le vice de forme en lui-même n'aboutit pas à l'annulation de l'acte de procédure, sauf si l'irrégularité a causé un grief à celui qui en est victime¹³². L'article 14 dernier alinéa CPCC limite l'application de cet adage aux règles d'intérêt strictement privé, à l'exclusion des dispositions d'ordre public ou des règles fondamentales de la procédure. A titre d'exemple, un ajournement qui n'est pas fait par huissier de justice¹³³ n'entraîne pas la nullité de l'acte de procédure, en cas de comparution à l'audience de la partie citée¹³⁴.

L'adage "pas de nullité sans grief" évite l'arbitraire du juge, car il limite son pouvoir d'appréciation et fait du préjudice un critère de l'annulation, comme il empêche l'abus du législateur, dans la mesure où c'est le tort et non pas le texte qui détermine le prononcé de la nullité¹³⁵. Le droit français le consacre, à travers l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile, relatif à la nullité d'un acte pour vice de forme et disposant que : « La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public .» Conséquemment, en cas de vice de fond¹³⁶, comme l'irrégularité de représentation d'un incapable, la nullité s'impose, abstraction faite du préjudice.

36. Ce lien entre la nullité et le tort est également rencontré en droit des entreprises en difficultés. Dans ce contexte, l'ancien article 30 de la loi n°95-34 du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques¹³⁷, permettait au tribunal d'annuler les décisions du dirigeant de l'entreprise, antérieures à sa saisine et entravant l'exécution du plan de redressement ainsi que tout acte d'aliénation à titre onéreux ou gratuit portant préjudice aux intérêts de l'entreprise ou toute opération de nature à privilégier un créancier par rapport à un autre et tout paiement d'une créance non échue à condition que ces opérations soient effectuées après la date de cessation de paiement. Ainsi, pour reconstituer l'actif de l'entreprise et favoriser son redressement, ce texte autorisait l'annulation des actes d'aliénation à titre onéreux ou gratuit

¹³⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE (C), *Op.cit.*, p.262 : « Pour que la nullité soit prononcée, il suffit qu'une condition de formation de l'acte n'ait pas été respectée sans que l'existence d'un préjudice consécutif soit nécessaire. »

¹³¹ Loi n°59-130 du 5 octobre 1959, portant promulgation du Code de procédure civile et commerciale, *J.O.R.T.*, n°56, des 3, 6, 10 et 13 novembre 1959.

¹³² GUINCHARD (S), *Droit et pratique de la procédure civile, droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2012/2013, 7^{ème} édition, p.442 : « Le grief est constitué par le préjudice causé à la partie qui invoque le vice et qui a été empêchée ou limitée dans ses possibilités de défense. »

¹³³ Article 5 CPCC.

¹³⁴ V. Cass.civ, n°5883 du 9 mars 1982, *Bull civ*, 1982, II, p.53.

¹³⁵ الزين (محمد المنصف) ، « بطلان الأعمال الإجرائية » ، *المجلة القانونية التونسية*، ١٩٩١، ص ٧٦.

¹³⁶ VINCENT (J) et GUINCHARD (S), *Procédure civile*, Précis Dalloz, Dalloz, Paris, 1999, 25^{ème} édition, p.570 : « Cette distinction tranchée entre nullités pour vice de fond et nullités pour vice de forme, notamment quant à l'exigence ou non d'un grief, n'a pas manqué de soulever des difficultés. En effet, il est souvent peu aisé de distinguer nullité de forme et nullité de fond et il est donc facile de passer de l'une à l'autre de disqualifier un vice de fond en vice de forme... »

¹³⁷ Loi n° 95-34 du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques (*J.O.R.T.*, 1995, n°33, p.792), telle que modifiée et complétée par les lois n°99-63 du 15 juillet 1999 (*J.O.R.T.*, 1999, n°57, p.1175) et n°2003-79 du 29 décembre 2003 (*J.O.R.T.*, 2003, n°104, p.3713), puis abrogée par la loi n°2016-36 du 29 avril 2016, relative aux procédures collectives (*J.O.R.T.*, 2016, n°38, p.1724).

accomplis pendant la période suspecte¹³⁸. Certes, les cocontractants de bonne foi risquent de voir leurs contrats anéantis par le tribunal, mais leur remise en cause est conditionnée par le préjudice qu'ils pourraient porter à l'entreprise¹³⁹.

La nécessité d'un préjudice est également exigée par le législateur français dans le cadre des nullités facultatives de la période suspecte¹⁴⁰. « Si l'acte ou le paiement ont été consentis dans des conditions qui n'ont pas nui à l'entreprise, il n'y a pas de raison de l'annuler¹⁴¹. »

- 37.** Le droit des sociétés n'ignore pas ce lien entre la nullité de l'acte et son effet préjudiciable, comme le témoignent les dispositions relatives aux conventions réglementées. C'est ainsi que les articles 202 et 251 CSC, régissant respectivement la SA moniste et la SA dualiste, prévoient que les conventions passées sans l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance peuvent être annulées, si elles sont dommageables pour la société. « Il y a là une dérogation au droit commun de la nullité, qui normalement sanctionne la violation d'une règle de formation de l'acte juridique, abstraction faite du dommage qui en résulte pour le demandeur en nullité¹⁴². » Il n'en demeure pas moins que cette solution favorise le maintien des contrats¹⁴³.
- 38.** Ce souci a vraisemblablement animé le législateur, dans la loi n°2009-16 du 16 mars 2009, modifiant et complétant le Code des sociétés commerciales. En effet, l'article 200 nouveau dernier paragraphe soumet la rémunération des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées, en disposant que : « En outre de la responsabilité de l'intéressé ou du conseil d'administration le cas échéant, les conventions conclues en violation aux dispositions ci-dessus peuvent, le cas échéant, être annulées lorsqu'elles causent un préjudice à la société.» Il en découle que la simple transgression de la procédure applicable aux conventions réglementées ne suffit pas pour l'annulation de la rémunération du dirigeant. Afin de pouvoir anéantir cette rétribution, encore faut-il qu'elle porte préjudice à la société, c'est-à-dire qu'elle soit sans aucune mesure avec les services effectivement rendus. Seule une rémunération excessive serait prélevée sur l'actif de la société, donc contraire à son intérêt et par là même à celui de ses créanciers. Par conséquent, la stabilité contractuelle ne sert pas toujours les droits des tiers¹⁴⁴, puisqu'ils ont parfois avantage à voir les engagements de la société frappés de nullité.
- 39.** Cette annulation leur serait même imposée quand leur protection n'est plus justifiée. C'est l'hypothèse visée par les articles 200 nouveau avant dernier paragraphe et 250 alinéa 1 CSC, régissant respectivement la SA à conseil d'administration et la SA à directoire. Le premier texte dispose que : « Les conventions approuvées par l'assemblée générale ainsi que celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées pour dol .» Quant au second, il prévoit que : « Les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude.» Dans la version arabe du texte, le mot "fraude" est traduit par

¹³⁸ C'est une période s'écoulant entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure de règlement judiciaire.

¹³⁹ Cette annulation est désormais prévue par l'article 446 du Code de commerce, inséré par la loi du 29 avril 2016, relative aux procédures collectives.

¹⁴⁰ LE CORRE (P-M) et LE CORRE-BROLY (E), *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficultés*, Sirey, Paris, 2006, 2^{ème} édition, pp.183 et 184 : « Dire que la nullité est facultative, cela signifie que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire de prononcer ou non la nullité. »

¹⁴¹ V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., Paris, 2018, 11^{ème} édition, p.776.

¹⁴² V. KNANI (Y), « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants, à la lumière de l'article 200 du code des sociétés commerciales », *R.T.D.*, 2001, p.351.

¹⁴³ MEKKI (M), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *Revue des contrats*, 2006/3, p.687 : « Exiger un effet préjudiciable, c'est adopter une méthode réaliste permettant de garantir la pérennité d'un lien contractuel au service d'une certaine politique économique et sociale. »

¹⁴⁴ Les créanciers en font partie.

l'expression "تغدير", c'est-à-dire "dol"¹⁴⁵. Avec la loi du 16 mars 2009, le législateur a aligné l'article 200 sur cette disposition¹⁴⁶.

Mais à quel stade la fraude est-elle commise ? A priori, les textes s'expriment en termes généraux et il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas¹⁴⁷. En réalité, il ne peut s'agir de la fraude entachant l'approbation de l'assemblée, parce que cette approbation n'est pas une condition de validité de la convention. Il ne peut non plus s'agir du dol accompagnant la conclusion de la convention, car cette irrégularité entraînerait sa nullité, conformément aux principes généraux du droit des obligations, sans qu'il soit besoin de la spécifier par une disposition particulière. Il ne s'agirait, ainsi, que de la fraude commise au stade de l'autorisation du contrat, la preuve en est que dans la SARL, où il n'y a pas d'autorisation préalable, le législateur ne réserve pas le cas de la fraude¹⁴⁸. « Il est évident, dans ce cas, que le cocontractant, quel qu'il soit, ne saurait se plaindre de l'annulation de la convention puisque la convention présente un caractère dommageable pour la société et qu'en étant le bénéficiaire il est également le complice de la fraude sanctionnée¹⁴⁹. »

40. Le lien entre l'annulation de la convention et la fraude ne peut être que louable, car sachant que le vote de l'assemblée générale intervient après l'exécution du contrat, sa nullité risque d'être une sanction lourde de conséquences¹⁵⁰. C'est précisément pour éviter ces retombées que le législateur a multiplié les obstacles au prononcé de la nullité.

2- La multiplication des obstacles au prononcé de la nullité

41. Parce que la nullité est accablante pour toutes les parties en présence, le législateur a dressé des obstacles à son prononcé qui se traduisent par la régularisation, la prescription abrégée et le caractère facultatif de la nullité.
42. La régularisation est l'« action de purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste précisément, en général, en l'accomplissement de la formalité adéquate (immatriculation, complément d'information, mentions apportées à un acte, versement d'une somme d'argent, fourniture de caution, tenue d'une nouvelle assemblée, etc...) ¹⁵¹. » Le Code des obligations et des contrats semble avoir consacré un seul cas de régularisation à travers l'article 576, prévoyant la validité de la vente de la chose d'autrui, si le vendeur acquiert ensuite la propriété de la chose¹⁵².
43. La régularisation se distingue de la confirmation qui constitue « l'acte par lequel une personne renonce au droit d'invoquer une nullité ¹⁵³ » et de la ratification. Celle-ci est un « acte juridique

¹⁴⁵ KNANI (Y), *Article précité*, p.350 : « L'ancien texte utilisait le terme de fraude que l'on retrouve aujourd'hui dans l'article 250, relatif à la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ; mais au fond, le dol ne semble pas se distinguer de la fraude. »

¹⁴⁶ L'ancien article 200 faisait une distinction entre les conventions approuvées par l'assemblée générale, qui ne pouvaient être annulées que pour dol, et les conventions désapprouvées, qui étaient exécutoires avec une imputation de leurs effets dommageables, en cas de dol, à l'administrateur ou au conseil d'administration.

¹⁴⁷ L'article 533 COC dispose que : « Lorsque la loi s'exprime en termes généraux il faut l'entendre dans le même sens. »

¹⁴⁸ V. en ce sens BALENSI (I), *Op.cit.*, pp.168 et 169.

¹⁴⁹ V. BALENSI (I), *Op.cit.*, p.170.

¹⁵⁰ RIPERT (G) et ROBLOT (R), *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 2, *Les sociétés commerciales*, par Michel Germain, avec le concours de Véronique Magnier, L.G.D.J, Paris, 2009, 19^{ème} édition p.457 : « La plupart du temps, ces conventions ont déjà reçu un commencement d'exécution lorsque l'assemblée statue ; la nullité constituerait une sanction inadéquate et elle est écartée par la loi sauf dans le cas de fraude. »

¹⁵¹ V. *Vocabulaire juridique précité*, V° Régularisation.

¹⁵² V. REKIK (N), *L'ordre public et le contrat civil*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit privé, Université de Tunis El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Année universitaire 2003-2004, p.203.

V. Dans le même sens : LEGROS (J-P), « La nullité des décisions de sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p.311 : « Ainsi, par exemple, lorsque le vendeur succède au propriétaire, la vente de la chose d'autrui est régularisée sans manifestation de volonté. »

¹⁵³ V. FLOUR (J), AUBERT (J-L) et SAVAUX (É), *Op.cit.*, p. 302.

unilatéral (subséquent) par lequel une personne approuve- en faisant siens les droits et engagements qui y sont prévus -l'acte accompli pour elle - mais sans pouvoir- par une tierce personne, le caractère obligatoire de l'acte originaire, pour l'intéressé, étant subordonné à la survenance de la libre approbation de celui-ci ¹⁵⁴.» Un exemple en est donné par l'article 1155 COC, relatif au mandat et prévoyant que le mandant n'est tenu pour ce qui a été fait par le mandataire, en dehors ou au-delà de ses pouvoirs, que par sa ratification même tacite.

44. La régularisation protège l'efficacité de la norme, car elle assure son respect, par la validation de l'acte, en même temps qu'elle sauvegarde la sécurité des tiers, puisqu'elle se dresse comme un obstacle au prononcé de la nullité. Il ne paraît, alors, pas étonnant que la régularisation soit recherchée en droit des sociétés¹⁵⁵. Effectivement, l'article 17 CSC la consacre, pour les différentes formes de sociétés, en matière de publicité. Ce texte dispose que : « L'inobservation des formalités de publicité prescrites par les articles précédents entraîne la nullité de la société nouvellement constituée et la nullité de l'acte ou de la délibération sous réserve de la régularisation prévue par le présent code ¹⁵⁶. »
45. La recherche de la régularisation se traduit, d'abord, par son admission que la nullité soit relative ou absolue, comme cela résulte de l'article 107 CSC, relatif à la SARL¹⁵⁷, prévoyant que : « Toute nullité est couverte par la régularisation de sa cause. » Le texte s'exprime en termes généraux et il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas¹⁵⁸. Une confirmation de cette position est apportée par l'article 179 alinéa 1 CSC, relatif à la SA, disposant qu' « est nulle et de nul effet toute société anonyme constituée en violation des dispositions des articles 160 à 178 du présent code » et dont les alinéas 3 à 6 traitent de la régularisation. Certes, la version arabe de l'article 179 alinéa 1 CSC ne vise pas la nullité absolue¹⁵⁹, mais le législateur use généralement de l'expression "nulle et de nul effet", lorsqu'il s'agit de frapper un acte de nullité absolue¹⁶⁰.
46. La régularisation est recherchée, ensuite, parce que le législateur l'autorise, même après l'introduction de la demande en justice. Dans ce contexte, l'article 107 alinéa 2 CSC, relatif à la

Cf. BESROUR (N), *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Université Tunis El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Année universitaire 2000-2001, p.295 : « La confirmation ne devrait signifier donc que la renonciation pure et simple au droit de se prévaloir de la nullité. »

Cf. *contra* : REKIK (N), *Op.cit.*, p.192.

Selon l'auteur, le législateur adopte la théorie classique d'après laquelle la confirmation est une renonciation à l'action en nullité qui répare l'acte vicié.

Il est vrai que le Code des obligations et des contrats consacre la théorie traditionnelle de la nullité, sauf qu'il n'en a pas tiré toutes les conséquences.

¹⁵⁴ *Vocabulaire juridique précité*, V° Ratification.

¹⁵⁵ SAINTOURENS (B), « La flexibilité du droit des sociétés », *R.T.D com*, 1987, p.472 : « Cette régularisation, qui constitue une sorte de rachat de ses fautes fait l'objet de modalités d'exercice diversifiées en considération des situations visées. »

¹⁵⁶ Cass.civ, n°14937 du 25 décembre 2007, *Bull civ*, 2007, II , p.203 : « Attendu que l'article 17 CSC prévoit que l'inobservation des formalités de publicité prescrites par les articles précédents entraîne la nullité de la société nouvellement constituée sous réserve de la régularisation prévue par le présent code. »

¹⁵⁷ Conformément à l'article 148 CSC, le régime juridique des SARL est applicable aux SUARL, sous réserve des dérogations législatives.

¹⁵⁸ Article 533 COC.

¹⁵⁹ «تعتبر باطلة».

¹⁶⁰ V. A titre d'exemple, l'article 34 CSC prévoyant que : « Est nulle et de nul effet toute cession de tout ou partie de l'actif social au liquidateur, à son conjoint, ses ascendants, ses descendants, un de ses employés, ou à toute personne morale à laquelle il est intéressé directement ou indirectement. » La version arabe du texte vise la nullité absolue.

Il n'en demeure pas moins que certains auteurs se basent sur l'article 329 COC, prévoyant que « la confirmation ou ratification d'une obligation nulle de plein droit n'a aucun effet », pour limiter la régularisation à la seule nullité relative. Or, la régularisation n'est ni une confirmation, ni une ratification, même si par la réparation de l'acte elle pourrait évoquer la ratification.

V. MELLOULI (S) et FRIKHA (S), *Op.cit.*, p.66.

SARL, prévoit que : « L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister et cela même le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social.» Dans le même sens, l'article 179 alinéa 4 CSC, relatif à la SA, dispose que : « L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande, ou et dans tous les cas avant que le tribunal statue sur le fond en première instance ¹⁶¹.» Enfin, et toujours dans le cadre de la SA, l'article 290 alinéa 2 CSC prévoit l'extinction de l'action en nullité des décisions contraires aux statuts ou entachées d'abus de majorité par la disparition de la cause de la nullité avant l'introduction de l'action ou avant le jugement quant au fond en premier ressort.

Le législateur déroge, ainsi, aux règles générales de la procédure selon lesquelles le vice doit être réparé avant l'exercice de l'action en nullité, car souvent la demande en justice révèle le vice ou la nécessité de le réparer¹⁶².

Il semble découler des articles 107, 179 et 290 CSC que l'action en nullité n'est pas éteinte lorsque la cause de la nullité disparaît lors de la procédure d'appel¹⁶³.

47. La régularisation est d'autant plus dérogatoire aux règles générales de la procédure qu'elle peut être le fait du juge. C'est ainsi que les articles 107 alinéa 4, 179 alinéa 5 et 290 alinéa 3 CSC permettent au tribunal saisi d'une action en nullité de fixer d'office un délai pour la régularisation¹⁶⁴. La régularisation judiciaire déroge au principe de l'immutabilité du litige¹⁶⁵, principe en vertu duquel le juge doit statuer dans les limites fixées par les parties¹⁶⁶.
48. Le Code des sociétés commerciales renforce davantage la régularisation en matière de SARL, à travers l'article 107 dernier alinéa, interdisant au tribunal de prononcer la nullité moins de trois mois après la date de l'exploit introductif d'instance. « Ce moratoire général ¹⁶⁷», en faveur de la SARL, est repris, en des termes semblables, par l'article 425 alinéa 3 CSC relatif à la fusion. Outre la régularisation judiciaire, ce texte permet au tribunal d'accorder un délai de deux mois pour la réparation de l'irrégularité et ce n'est qu'à son expiration que le juge devra prononcer la nullité, faute de régularisation.
49. La régularisation est d'autant plus recherchée, en matière de SARL¹⁶⁸, qu'elle est parfois forcée. C'est l'objet de l'article 108 CSC, prévoyant que : « Lorsque la nullité de la société ou des délibérations postérieures est fondée sur une violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation peut mettre la société en demeure d'y procéder dans le délai de

¹⁶¹ Cette disposition ne reprend pas la réserve de l'illicéité de l'objet social, prévue par l'article 107 alinéa 2 CSC relatif à la SARL, qui semble s'imposer. En effet, outre le fait que la discrimination entre les deux sociétés ne se justifie pas, l'illicéité de l'objet social, qui est contraire à l'ordre public, devrait s'apprécier lors de l'exploit introductif d'instance.

¹⁶² V. RIPERT (G) et ROBLOT (R), *Op.cit.*, p.66.

¹⁶³ A propos de la nullité d'une délibération d'assemblée générale, la Cour de cassation française s'est prononcée en sens contraire et cette solution paraît transposable à la nullité de la société, car les juges du second degré possèdent les mêmes pouvoirs que les premiers juges, conformément à l'effet dévolutif de l'appel.

V. LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés-Sanctions des irrégularités de constitution », *Juris-Classeur Sociétés*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2003, Fascicule 32-30, p.18.

¹⁶⁴ L'article 179 alinéa 5 CSC prévoit que ce délai ne saurait dépasser trois mois.

¹⁶⁵ Ce principe est consacré par l'article 175-6 CPCC, prévoyant l'ouverture du recours en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort s'il a été statué sur des choses non demandées, ou sur plus qu'il n'a été demandé.

¹⁶⁶ COUCHEZ (G), *Procédure civile*, Armand Colin, Paris, 2000, 11^{ème} édition, p.186 : « Celui-ci ne peut en particulier, dit-on statuer ni infra petita, ni ultra petita. »

¹⁶⁷ V. NGUYEN XUAN CHANH, « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *Dalloz*, 1968, p.36.

¹⁶⁸ Ce choix semble louable, car cette forme est empruntée par la majorité des entreprises sociétaires tunisiennes.

V. Travaux préparatoires du Code des sociétés commerciales, Délibérations de la chambre des députés, 31 octobre 2000, *J.O.R.T.*, 2000, n°4, p.66.

trente jours. A défaut de régularisation dans ledit délai, tout intéressé peut demander au juge des référés la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir les formalités. »

Cette disposition obligeant la société à faire disparaître l'irrégularité, voire permettant à un mandataire de justice de la remplacer dans la réparation du vice, confirme le caractère excessif de la nullité résultant de la violation des règles de publicité, que cette sanction frappe la société elle-même ou ses délibérations.

- 50.** L'encouragement législatif de la régularisation est tellement remarquable, à propos de la SARL, que cette initiative pourrait être prise en dehors de toute nullité. C'est dans ce contexte que l'article 91 CSC, interdisant à la SARL de se faire désigner par une dénomination sociale identique à celle d'une société préexistante ou présentant avec celle-ci une ressemblance de nature à induire les tiers en erreur, permet à tout intéressé de saisir le juge afin de faire cesser une telle ressemblance. D'après ce texte, le législateur semble avoir fait de la régularisation un substitut de la nullité, surtout que l'article 104 alinéa 1 CSC, prévoyant les dispositions dont la violation entraîne la nullité de la société, ne cite pas l'article 91 CSC.
- 51.** La recherche législative de la régularisation, en droit des sociétés, est tellement évidente que l'on ne douterait pas de son admission dans la SA fermée, nonobstant le silence de l'article 182 CSC régissant sa nullité. Effectivement, le législateur a prévu un seul régime de nullité dans toutes les SA, avec une réduction de ses causes pour celles ne faisant pas APE. Le fait que l'article 179 CSC trouve sa place dans un chapitre relatif aux SA ouvertes ne devrait pas jeter le trouble sur cette unicité, car toute discrimination entre les SA ne serait pas fondée. De plus, il ne semble pas judicieux de s'attacher à la lettre des textes, et encore moins à leur emplacement¹⁶⁹, pour refouler un correctif tant convoité. Enfin, l'article 180 CSC, qui exclut l'application de certaines dispositions relatives à la SA ouverte, ne vise nullement les règles régissant la régularisation, dont l'application est parfois favorisée au mépris de la société. En effet, les articles 202 alinéa 5 et 251 alinéa 3 CSC, régissant respectivement la SA moniste et la SA dualiste, permettent à l'assemblée générale de couvrir la nullité des conventions réglementées, contractées sans l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Sachant que cette nullité est subordonnée au préjudice subi par la société, sa couverture permettra de mettre à l'abri de toute critique des conventions lésionnaires pour l'entité.
- 52.** L'hostilité du droit des sociétés à la nullité se manifeste également par la prescription abrégée. La prescription est le « mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi ¹⁷⁰. » Pour renforcer la sécurité des tiers, le législateur a procédé à l'abréviation de ces délais en droit des sociétés. C'est ainsi que les articles 104 alinéa 3 et 179 dernier alinéa CSC, régissant respectivement la SARL et la SA, prévoient la prescription triennale de l'action en nullité à partir de la constitution de la société.
- Par rapport aux anciennes dispositions du Code de commerce, relatives à la prescription des actions en nullité¹⁷¹, ces textes innovent certainement. D'abord, ils ramènent le délai de prescription de cinq ans à trois ans et ce raccourcissement ne peut que favoriser la stabilité des transactions¹⁷². Ensuite, ils fixent le point de départ de ce délai, qui court à partir de la constitution de la société¹⁷³, c'est-à-dire dès la signature de l'acte sociétaire¹⁷⁴. Certains

¹⁶⁹ L'emplacement des textes reste un argument peu pertinent.

V. مَمِّيش (عماد)، «الدفع بالبطلان بين ثوابت القانون المدني وضوابط الإجراءات المدنية»، مجموعة الأعمال المهداة إلى الذلي الجازي، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠١٠، ص ١٤٤ : «مواقع الفصول لا هي من نقاط قوة مشرعنا ولا هي بفادرة على أن تكفيها التثبت من مضمونها».

¹⁷⁰ V. *Vocabulaire juridique précité*, V° Prescription.

¹⁷¹ Il s'agit des articles 64 dernier alinéa et 157 dernier alinéa, applicables respectivement à la SA et à la SARL.

¹⁷² Ce même délai est retenu par l'article 425 alinéa 1 CSC, relatif à la fusion.

¹⁷³ En matière de fusion, le délai court à partir de la date d'immatriculation au registre du commerce de la société nouvellement créée ou à partir de la date à laquelle l'absorption est devenue définitive et dans tous les cas à partir de la publication de la fusion, conformément à l'article 16 CSC.

¹⁷⁴ Pour la SA, la constitution de la société semble coïncider avec le procès-verbal de l'AGC, comme cela résulte de l'article 15 alinéa 2 CSC.

qualifient ce point de départ de problématique, car s'il y a nullité c'est que la société n'a pas été régulièrement constituée et on ne peut pas prendre comme point de départ la date d'un fait inexistant¹⁷⁵. Cette opinion semble confondre la nullité avec l'inexistence, puisqu'une société existe quand bien même elle serait irrégulièrement constituée¹⁷⁶.

C'est aussi la prescription triennale qui est retenue par les articles 202 alinéa 3 et 251 alinéa 2 CSC, relatifs à l'action en annulation des conventions réglementées¹⁷⁷. Le délai court à compter de la date de la convention et du jour de sa révélation si elle a été dissimulée¹⁷⁸.

53. Néanmoins, lorsque la nullité résulte de l'illicéité de l'objet social, l'action est imprescriptible, car l'écoulement du temps ne devrait pas permettre à une société de se livrer à une activité interdite¹⁷⁹. Une telle permission porterait, à coup sûr, atteinte aux droits des tiers.
54. De même, la nullité d'une société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution pourra toujours être invoquée par voie d'exception¹⁸⁰, même si l'action en nullité est prescrite¹⁸¹, conformément à l'article 335 COC. Ce texte permet d'opposer l'exception de nullité par celui qui est assigné en exécution de la convention, dans tous les cas où il aurait pu lui-même agir en nullité, et ajoute qu'une telle exception est imprescriptible¹⁸².
55. Enfin, constitue un obstacle au prononcé de la nullité son caractère facultatif consacré par certaines dispositions du Code des sociétés commerciales. En principe, le juge auquel on demande d'annuler un acte juridique irrégulier n'apprécie pas s'il y a lieu ou non de prononcer cette sanction¹⁸³. Toutefois, en droit des sociétés, le législateur fait parfois preuve de réticence à l'égard de la nullité en en faisant une faculté laissée à la discrétion du tribunal, comme le témoigne l'article 277 CSC. Ce texte, relatif aux modalités de convocation de l'assemblée générale de la SA prévoit, dans son dernier alinéa, que : « Toute assemblée dont la convocation n'est pas conforme aux modalités ci-dessus mentionnées peut être annulée. » Cette disposition semble laisser au juge le soin d'annuler les décisions de l'assemblée générale¹⁸⁴, selon

¹⁷⁵ V. LABASTIE-DAHDOUH (Ch) et DAHDOUH (H), *Op.cit.*, pp.293 et 294.

¹⁷⁶ En Droit français, la prescription court du jour où la nullité est encourue (articles 1844-11 c civ et L 235-3 cc). Le point de départ serait la signature du contrat de société, car les conditions de validité d'un acte s'apprécient au jour de sa conclusion ; ce qui rejoint la position du législateur et ne fait que consolider la sécurité des tiers.

Pour cette interprétation des dispositions françaises V.LEGROS (J-P), *Article précité*, p.15.

¹⁷⁷ En revanche, l'article 290 alinéa 2 CSC consacre la prescription annale de l'action en nullité des décisions contraires aux statuts ou entachées d'abus de majorité, car elle risque d'altérer le crédit de la société.

¹⁷⁸ BALENSI (I), *Op.cit.*, p.130 : « Cette prescription assez courte répond au souci de ne pas laisser planer une trop longue incertitude sur le sort de la convention. »

¹⁷⁹ V. HONORAT (J), *Article précité*, p.25.

Cf. contra : De JUGLART (M) et IPPOLITO (B), *Cours de droit commercial, Les sociétés commerciales*, 2^{ème} Volume, Montchrestien, Paris, 1999, 10^{ème} édition, p.150 : « L'action en nullité pour objet illicite ou immoral ou pour cause illicite ou immorale se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue, comme pour toutes les actions en nullité. »

¹⁸⁰ Nous verrons dans le B de cette étude que l'exception de nullité pourrait être freinée par le jeu des inopposabilités.

¹⁸¹ STORCK (M), « L'exception de nullité en droit privé », *Dalloz*, 1987, Chr, p.67 : « ...l'exception de nullité consiste à invoquer l'existence d'une cause de nullité d'un acte pour obtenir non pas son anéantissement, mais uniquement son inefficacité. »

¹⁸² PICOD (Y), *Article précité*, p.11 : « La solution vaut pour tous les délais de prescription même quand ils sont plus brefs que les délais de droit commun. »

¹⁸³ CARBONNIER (J), *Droit civil, Volume II, Les biens, Les obligations*, P.U.F, Paris, 2004, 1^{ère} édition Quadrige, p.2098 : « Saisis de l'action en nullité, les juges doivent prononcer l'annulation dès lors qu'ils constatent que le contrat ne satisfait pas aux conditions imposées par la loi. En ce sens, la nullité est encourue de plein droit. »

Cf. LEGROS (J-P), « La nullité des décisions de sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p.324 : « En droit commun, la nullité est dite obligatoire : si les conditions sont remplies, le juge est obligé de la prononcer. »

¹⁸⁴ Le texte prévoit maladroitement l'annulation de l'assemblée.

l'influence de l'irrégularité sur le vote. Le juge prononcerait la nullité, si la présence de l'actionnaire était de nature à modifier le vote. Il la refuserait dans l'hypothèse inverse.

Dans ce contexte, la doctrine française¹⁸⁵ propose trois approches de la nullité. Une approche arithmétique qui consiste à vérifier si le requérant possède un nombre de voix suffisant pour modifier le sens de la résolution. Malgré sa facilité, ce critère n'est pas protecteur de la minorité, car il permet aux dirigeants de convoquer un nombre d'associés suffisant pour l'adoption des résolutions ; d'où la nécessité de tempérer la rigueur des chiffres en faveur d'une approche psychologique. Il s'agit pour le juge de chercher quels impacts sur les associés auraient eu les objectifs et les arguments qui auraient pu être formulés. Or, cette analyse rétrospective des délibérations semble délicate à mettre en œuvre.

En fait, la jurisprudence française applique distributivement les deux approches ; ce qui paraît favorable à la sécurité juridique, car la nullité des délibérations ne risque pas seulement d'entraver le déroulement normal des opérations sociales. Elle menace aussi les droits des tiers, puisqu'elle anéantit des résolutions en la validité desquelles ils sont fondés à croire. D'ailleurs, c'est dans le même souci de laisser au juge la délicatesse d'apprécier l'opportunité de l'annulation en fonction des intérêts des tiers de bonne foi, qui sont en droit de compter sur la régularité apparente d'un contrat, que les articles 202 alinéa 2 et 251 alinéa 1 CSC déclarent l'annulabilité des conventions réglementées passées sans l'autorisation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance¹⁸⁶.

56. L'annulation parfois facultative des décisions sociales¹⁸⁷ nous rappelle les nullités de la période suspecte. Dans ce contexte, l'ancien article 30 de la loi du 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, prévoyait que le tribunal peut¹⁸⁸ annuler les décisions du dirigeant de l'entreprise antérieures à sa saisine ainsi que tout acte d'aliénation ou toute opération provoquant une rupture d'égalité entre les créanciers et tout paiement d'une créance non encore échue¹⁸⁹. Le caractère facultatif des nullités ne peut que réjouir les cocontractants de bonne foi de l'entreprise, car il est de nature à freiner l'anéantissement des contrats par eux passés. D'ailleurs, le législateur semble avoir été plus loin que son homologue français qui fait, en la matière, une distinction entre les nullités de droit et les nullités facultatives.

Les premières englobent les actes d'appauvrissement privant les créanciers d'une partie du patrimoine du débiteur, comme les actes à titre gratuit et les actes permettant à un créancier d'échapper au sort commun, cas d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une créance antérieure¹⁹⁰. Quant aux nullités facultatives, elles frappent les actes valables, mais portant atteinte, en connaissance de cause, aux intérêts de l'entreprise¹⁹¹. En outre, le caractère facultatif

¹⁸⁵ V. Notamment : MASQUELIER (F), « La nullité des délibérations sociales », *Juris-Classeur Sociétés*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2002, Fascicule 32-50, p.10.

¹⁸⁶ Cette idée est également rencontrée dans la cession du fonds de commerce qui ne respecterait pas les énonciations prescrites par l'article 190 CC (article 190 dernier alinéa CC).

¹⁸⁷ Nous remarquons que l'annulation des délibérations est souvent obligatoire, comme le témoignent les articles 128 dernier alinéa, 144 dernier alinéa, 275 dernier alinéa et 287 dernier alinéa CSC.

¹⁸⁸ Cette annulation est désormais obligatoire (article 446 du Code de commerce).

¹⁸⁹ BRAHMI (A), *Le droit de règlement des entreprises en difficultés*, ORBIS Impression, Tunis, 2002, p.143 : « Le législateur semble s'être engagé dans une logique de redressement poussée, qui s'est exprimée, entre autres, à travers l'instauration d'un système de nullités facultatives. »

¹⁹⁰ V. SAINT-ALARY-HOUIN (C) et MONSÉRIÉ-BON (M-M), « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités de droit- Libéralités - Actes à titre gratuit - Contrats lésionnaires », *Juris-Classeur commercial*, LexisNexis, Paris, 2007, Fascicule 2507.

¹⁹¹ SAINT-ALARY-HOUIN (C) et MONSÉRIÉ-BON (M-M), « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités de droit et nullités facultatives - Notion - Actions voisines (action paulienne - abus de droit), exercice de l'action et conséquences », *Juris-Classeur commercial*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2003, Fascicule 2502, p.5 : « Les nullités facultatives, en revanche, sont laissées à l'appréciation souveraine du tribunal qui peut ou non les constater. Régies par l'article L. 621-108 du Code de commerce, elles supposent que ceux qui ont traité avec le débiteur aient eu connaissance de la cessation des paiements. Elles peuvent frapper tous les actes à titre onéreux et tous les paiements. »

L'article 446 du Code de commerce- issu de la loi du 29 avril 2016, relative aux procédures collectives- reprend cette distinction entre les deux types de nullité.

des nullités ne se limite pas à la période suspecte, puisque l'ancien article 42 de la loi de 1995 le consacrait pendant la procédure de règlement judiciaire. Effectivement, ce texte permettait au tribunal d'interdire l'aliénation, sans son autorisation, de certains biens de l'entreprise nécessaires à la poursuite de son activité. Il ajoutait que : « Toute cession faite en violation de cette interdiction peut être annulée, à condition de s'en prévaloir dans un délai de trois ans de la date d'aliénation ou de sa publication, si elle est soumise à une publicité. » En pareille hypothèse, le juge apprécie l'opportunité du prononcé de la nullité et ne déclarerait cette sanction, que s'il estime que la cession entrave la poursuite de l'activité de l'entreprise. Ce pouvoir d'appréciation ne pouvait que favoriser la sécurité des transactions, donc les tiers de bonne foi qui ont pris le risque de contracter avec un débiteur en règlement judiciaire. Il en découle que le législateur reste peu favorable à la nullité, même en présence d'une entreprise sociétaire "malade"¹⁹². Son hostilité à cette sanction se manifeste, également, par la paralysie des effets de la nullité.

B- La paralysie des effets de la nullité

57. En droit commun, la nullité est en principe rétroactive¹⁹³ et totale¹⁹⁴, conséquences rigoureuses pour les tiers, notamment en matière de sociétés. Pour les mettre à l'abri de l'insécurité, le droit des sociétés assure la paralysie des effets de cette sanction, aussi bien dans le temps (1), que dans l'espace (2).

1-La paralysie dans le temps

59. En droit commun, la nullité rétroagit, de sorte que l'acte juridique qu'elle frappe voit ses effets produits dans le passé effacés. Grâce à la fiction de la rétroactivité¹⁹⁵, il est permis de revenir au statu quo ante. Cette brutalité de la nullité a été critiquée, car elle remet en cause des situations consolidées¹⁹⁶ et porte atteinte aux droits des tiers qui se sont fiés à l'apparence de régularité de la convention passée.

60. Les conséquences fâcheuses de la nullité pour toutes les parties en présence ont été à l'origine de la théorie du mariage putatif en droit français. En vertu de cette construction, si les conditions essentielles du mariage sont sanctionnées par la nullité, cette sanction ne produira pas d'effet rétroactif¹⁹⁷. La théorie du mariage putatif¹⁹⁸, qui protège l'époux ou les époux de bonne foi, semble avoir inspiré le droit des sociétés en matière de nullité, et ce à travers la société de fait appelée encore société putative¹⁹⁹.

La société de fait est une construction prétorienne apparue dans un arrêt de la Cour de cassation française du 2 juillet 1817 décidant que : « Jusqu'à la demande en nullité, il y avait eu

¹⁹² Ces propos gagneraient à être nuancés avec l'article 443 du Code de commerce - tel qu'inséré par la loi du 29 avril 2016, relative aux procédures collectives - qui supprime le pouvoir d'appréciation du juge quant au prononcé de la nullité.

¹⁹³ V. Tribunal de première instance de Mahdia, n°6 du 10 octobre 1960, *R.J.L.*, 1961, n°8, p.37 : « Les contrats nuls remettent les parties à l'état où elles étaient avant la conclusion du contrat. »

¹⁹⁴ V. PICOD (Y), *Article précité*, p.14 : « En règle générale, l'annulation de l'acte frappe celui-ci entièrement. »

¹⁹⁵ MASQUELIER (F), *Article précité*, p.10 : « L'effet rétroactif de la nullité est une fiction, qui consiste à déterminer les droits de chacun comme si rien ne s'était produit. »

¹⁹⁶ JAMBU-MERLIN (M-R), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *R.T.D civ.*, 1948, p.295 : « ... la rétroactivité risque d'atteindre des situations consolidées en fait et parfaitement respectables. »

¹⁹⁷ JAMBU-MERLIN (M-R), *Article précité*, p.296 : « On hésite à dissoudre, même pour le passé, une cellule familiale qui a existé, avec ce que tout cela peut comporter, non seulement d'inconvénient matériel, mais aussi de flétrissure morale. »

¹⁹⁸ Cette théorie est consacrée par l'article 201 du Code civil issu de la loi du 3 janvier 1972 : « Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux. »

¹⁹⁹ CORLAY (P), « La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles », *R.T.D com.*, 1981, p.37 : « A cause de cette non-rétroactivité de la nullité, et par analogie avec le mariage putatif, ce type de société est appelé société putative. »

opérations et intérêts communs et communauté réelle (entre associés) pour l'objet de la société, d'où il résultait la nécessité d'un règlement de comptes de l'objet social et des opérations y relatives pour le temps de cette communauté.» Cette décision se contente de consacrer l'idée d'une communauté de fait à liquider. L'expression société de fait a été employée pour la première fois, par la Cour de Paris, le 8 avril 1825²⁰⁰.

- 61.** La société de fait est une société voulue comme telle par les parties et qui a fonctionné avant d'être déclarée nulle pour violation d'une condition de constitution. Cette société n'est pas à confondre avec la société créée de fait qui traduit la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société.

Il est vrai que jusqu'à la loi française du 4 janvier 1978 la société de fait était confondue avec la société créée de fait²⁰¹. Cependant, depuis cette date une telle confusion est écartée, puisque la validité des sociétés créées de fait a été explicitement reconnue²⁰².

- 62.** Le recours à la théorie des sociétés de fait se justifie par les conséquences fâcheuses de la nullité en matière de société. Effectivement, si on appliquait cette sanction avec son effet rétroactif à une société qui a déjà fonctionné, pendant peut-être une longue durée, il en résulterait à coup sûr un train d'inconvénients pour toutes les parties en présence. Les associés perdraient leur vocation au partage du résultat, mais ils reprendraient leurs apports, car leur propriété est censée n'avoir jamais été transférée à la société. Les créanciers n'obtiendraient pas le remboursement de leurs créances. Les cocontractants de la société ne verraient pas les contrats passés avec ses représentants légaux exécutés. En un mot, toute l'économie nationale en serait affectée²⁰³.

- 63.** Pour pallier cette brutalité de la nullité, les juges français ont eu recours à la théorie des sociétés de fait, construction en vertu de laquelle la société frappée d'une cause de nullité cessera d'exister pour l'avenir, mais son passé ne sera pas attaqué. La nullité, prononcée en justice, opère à la manière d'une dissolution. Il s'agit d'une nullité dissolution. Par conséquent, les contrats passés avant l'annulation de la société avec les tiers seront sauvés, sans que la preuve de leur bonne foi ne soit apportée²⁰⁴.

- 64.** Mais est-ce que le recours à cette élaboration prétorienne a lieu pour toute cause de nullité ? En réalité, le domaine de la théorie des sociétés de fait a connu une évolution en droit français. C'est ainsi qu'avant la loi du 24 juillet 1966, cette théorie était écartée en cas d'absence des éléments spécifiques au contrat de société, c'est-à-dire les apports, l'affectio societatis et la vocation au

²⁰⁰ V. HÉMARDE (J), « Les sociétés de fait en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome XI, Année 1957, Dalloz, Paris, 1960, p.1.

²⁰¹ GUYÉNOT (J), « Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait », *Dalloz*, 1979, I, Chr, p.156 : « ...la société de fait... est parfois confondue avec la société créée de fait. L'une et l'autre obéissent sensiblement au même régime procédant de la théorie des nullités de sociétés, en vertu de laquelle il est procédé à leur dissolution comme si elles avaient juridiquement existé, en vue de pourvoir à leur liquidation dans l'intérêt des associés et des tiers. »

²⁰² La loi française n°78-9 du 4 janvier 1978, modifiant le titre IX du livre III du Code civil, a appliqué le régime juridique de la société en participation aux sociétés créées de fait (article 1873 du Code civil).

²⁰³ SOLUS (H), « De la liquidation entre associés des sociétés de fait », *Revue des sociétés*, 1922, p.261 : « Il est généralement admis que la nullité d'une société ne peut être absolument assimilée, dans ses effets, à la nullité des autres contrats. En particulier, il ne peut être question de décider que la nullité opère rétroactivement : la société ayant pu en fait, avoir fonctionné pendant une période plus ou moins longue, avant que la nullité ne soit déclarée en justice, il est impossible de revenir sur tous les actes accomplis, sur tous les marchés passés, sur toutes les distributions de bénéfices et les contributions aux pertes. Le passé est inattaquable. Les faits se rebellent, de façon irréductible, à ce que les choses soient remises en état, et que soit opérée une véritable restitutio in integrum. »

²⁰⁴ COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Op.cit.*, p.93 : « Règle d'or : si la nullité de la société est prononcée, c'est sans rétroactivité. C'est une exception remarquable au droit commun des nullités. Pour le passé, les actes que la société a conclus ne sont pas remis en cause. La dissolution ne vaut que pour l'avenir. »

partage du résultat. De même, son application était exclue lorsque l'une des conditions communes à tous les contrats faisait défaut. Tel est le cas de l'incapacité, du consentement vicié et de l'objet social illicite ou immoral, sauf en ce qui concerne les rapports des associés capables ou bien non victimes d'une erreur ou d'un dol entre eux et avec les tiers ainsi que la société entre époux²⁰⁵.

Il en découle que le domaine des sociétés de fait se limitait à la violation des formalités de constitution propres à chaque type de société et au défaut de publicité²⁰⁶. Toutefois, avec la loi française du 24 juillet 1966²⁰⁷, toute cause de nullité pourrait donner naissance à la société de fait, vu la généralité des termes employés par l'article 368 devenu l'article L 235-10 CC, prévoyant que : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts et du chapitre VII du présent titre ²⁰⁸. »

65. C'est pour cette même généralité qu'a opté la jurisprudence tunisienne qui a consacré la théorie des sociétés de fait, aussi bien en matière de nullité relative²⁰⁹, qu'en cas de nullité absolue²¹⁰.
66. Une telle extension de son domaine d'application²¹¹ est désormais facilitée par les termes de l'article 105 CSC prévoyant que : « Lorsque la nullité de la société est prononcée en vertu d'un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée, il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts et de la loi en vigueur. »

C'est par cette disposition que le législateur a réellement consacré la théorie des sociétés de fait en matière de SARL²¹², car les articles 103 et 104 CSC s'y réfèrent maladroitement. En effet, l'article 103 CSC considère la SARL non immatriculée au registre du commerce comme une société en cours de constitution soumise au régime de la SNC de fait. Ce texte est critiquable à plus d'un titre. D'abord, il consacre la société de fait en dehors d'une nullité judiciairement prononcée. Ensuite, cette consécration s'est faite pour défaut d'immatriculation au registre du commerce qui ne constitue pas une cause de nullité de la société et encore moins de la SARL, étant donné que le législateur la traite comme une société en formation, tant qu'elle n'a pas été immatriculée. Enfin, "la SNC de fait" est une construction prétorienne française ne correspondant pas à l'hypothèse visée par l'article 103 CSC²¹³, texte en vertu duquel la SARL

²⁰⁵ V. HÉMARD (J), *Article précité*, p.133 à 137.

²⁰⁶ V. JAMBU-MERLIN (M-R), *Article précité*, p.281.

Cf. contra : SOLUS (H), *Article précité*, notamment la page 272. Selon l'auteur, la société peut valoir dans le passé comme société de fait, quand elle est annulée pour défaut de publicité, vice de constitution et même pour objet illicite à propos duquel il a affirmé : « En un mot : si la société nulle pour objet illicite est réputée, dans le passé, valoir société de fait, c'est parce que l'on se trouve en présence de faits accomplis, d'opérations effectuées, dont on ne peut faire abstraction ou table rase, et dont certaines d'ailleurs, prises une à une, avaient une "cause suffisante pour engendrer une action en règlement". »

²⁰⁷ Les dispositions de cette loi abrogée ont été reprises par les articles L 210 et suivants du Code de commerce et ce, depuis l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000.

²⁰⁸ Des expressions semblables sont employées par l'article 1844-15 c civ issu de la réforme de 1978 disposant que : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat.

A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice. »

²⁰⁹ V. Tribunal de première instance de Tunis, n°301/302 du 30 juillet 1963, *R.J.L.*, 1966, n°2, p.28 (SARL annulée pour violation de l'ancien article 16 CC) ; Cass. civ, n°71694 du 16 février 2000, *Bull civ*, 2000, I, p.172 (SARL annulée pour défaut de publicité, conformément à l'ancien article 17 CC) ; Cass. civ, n° 6708 du 27 avril 2006, *Inédit* (SARL annulée pour absence de publicité, en application de l'article 17 CSC).

²¹⁰ V.Cass. civ, n°26582 du 18 mai 1966, *R.J.L.*, 1969, n°6 et 7, p.98 (Société annulée pour défaut d'obtention d'une autorisation administrative).

²¹¹ Cette extension, qui ne pourrait qu'avantager les tiers, est confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Sousse soulignant que la société de fait doit faire l'objet d'une nullité relative ou absolue. V. Cour d'appel de Sousse, n°2727 du 10 décembre 1970, *R.J.L.*, 1971, n°3, p.57.

²¹² *Cf. contra* : BEN NASR (T), «Nullité de la société pour défaut de libération par un associé de son apport en numéraire », *Infos juridiques*, 2009, n°60/61, p.30 : « Seulement, ce principe de non rétroactivité n'est nullement posé par le code des sociétés commerciales contrairement à d'autres systèmes juridiques. »

²¹³ La jurisprudence française a assimilé les sociétés entachées d'une cause de nullité à des sociétés en nom collectif de fait, afin de leur reconnaître la personnalité morale pour les besoins et jusqu'à la clôture de la

non immatriculée au registre du commerce n'est pas frappée de nullité, mais représente une société en cours de constitution. Toutefois, pour inciter les associés à demander son immatriculation et les sanctionner au cas où ils ne le feraient pas, le régime de leur responsabilité est soumis à celui des associés en nom collectif. L'expression "la SNC de fait" traduit une inhabileté et gagnerait à être supprimée, parce qu'elle paraît inappropriée.

Non moins critiquable est l'article 104 CSC, dont l'alinéa 3 prévoit qu'en cas de prescription de l'action en nullité, la SARL sera considérée comme une SNC de fait²¹⁴. Sachant que la société de fait suppose une nullité judiciairement prononcée, il semble curieux que cette disposition puisse la consacrer nonobstant l'existence d'un obstacle à l'exercice de l'action en nullité, à savoir l'écoulement du temps. Si l'intention du législateur est de sanctionner les associés qui ont laissé passer le délai de trois ans sans rattraper l'irrégularité, il aurait pu tout simplement soumettre le régime de leur responsabilité à celui des associés en nom, sans passer par l'artifice de la société de fait. A moins qu'en droit tunisien cette notion ne soit plus large que celle consacrée par le droit français, de sorte qu'elle englobe à la fois les sociétés dont la nullité est judiciairement prononcée²¹⁵, les sociétés en cours de constitution²¹⁶, sans oublier celles dont la nullité est prescrite²¹⁷. D'ailleurs, dans ce dernier cas la solution retenue par le législateur a été vidée d'une grande partie de son intérêt, suite à la loi du 16 mars 2009 qui a supprimé l'extension de la faillite de la SNC aux associés²¹⁸. Ainsi, depuis cette réforme, la soumission du régime de la responsabilité des associés de la SARL à celui des associés en nom permettra de les déclarer personnellement, indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, sans pouvoir, pour autant, leur étendre la faillite de la société. A vrai dire, seul l'article 105 CSC vise la société de fait au sens de la vie passée d'une société dont la nullité a été judiciairement déclarée. En prévoyant que l'annulation de la SARL entraîne sa liquidation, il assimile cette sanction à la dissolution²¹⁹.

67. Cette assimilation semble priver les tiers de leur droit de se prévaloir de la nullité de la société. L'option des tiers entre la nullité et la validité ne posait pas de problème jusqu'à la promulgation du Code des sociétés commerciales. Effectivement, les anciens articles 62 alinéa 2 et 156 alinéa 2 CC, régissant respectivement la SA et la SARL, prévoyaient l'inopposabilité aux tiers, par les associés, de la nullité de la société pour violation des formalités de constitution. Quant à l'ancien article 180 CC, il déclarait inopposable aux tiers, par les associés, la nullité de la société pour transgression des formalités de publicité, à savoir le dépôt au greffe des statuts, l'immatriculation au registre du commerce et la publicité au J.O.R.T.

Ces textes constituent une reprise du droit français antérieur à la loi du 24 juillet 1966, c'est-à-dire des dispositions des lois de 1867 et de 1925 sur lesquelles s'est basée la jurisprudence pour reconnaître la société de fait. De pareilles dispositions autorisent a priori les tiers à choisir entre la nullité de la société et sa validité suivant leurs intérêts. C'est ainsi que les

liquidation. Une telle reconnaissance permet de les liquider conformément aux dispositions des statuts ou à celles de la loi relatives aux liquidations de sociétés et de les soumettre aux procédures collectives des faillites.

V. GUYÉNOT (J), *Ibidem*.

²¹⁴ La Cour de cassation a appliqué cette disposition dans une décision inédite n°2765/2766, rendue le 26 décembre 2005 à propos d'une SARL nulle pour défaut de libération par l'un des associés de son apport.

«حيث خلصت محكمتنا الموضوع من خلال أوراق الملف إلى أنّ العيب الذي شاب تكوين الشركة بوصفها ذات مسؤولية محدودة بات من المتعذر تصحيحه بعد فوات أجل الثلاث سنوات على معنى الفصل ١٠٤ م ش ت وقد انتهى بهما الاجتهاد المعلل تعليلا سائغا وقانونيا إلى تحويلها إلى شركة مفاوضة فعلية أي شركة أشخاص تقتضي وجود تضامن بين الشركاء فيها وهو ما يحتم سحب فلسنتها على شركائها طبقا لأحكام مجلة الشركات التجارية الفصل ٥٥ والمجلة التجارية بالفصول ٥٩٢ و ٥٩٤ و ٤٧٧ و ٤٦٦ وهي أحكام تقرّ التضامن بين الشركاء وتقوم بتعميم التقليل عليهم جميعا وذلك خلافا للتأويل المخالف الوارد بهذا المطعن».

²¹⁵ Article 105 CSC.

²¹⁶ Article 103 CSC.

²¹⁷ Article 104 CSC.

²¹⁸ L'article 3 de ladite loi abroge les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 55 CSC.

²¹⁹ La société de fait est une société dont la nullité est assimilée à la dissolution et non pas à la liquidation qui en est une conséquence.

Cf. contra : BEN NASR (T), *Article précité*, p.30 : « Mais nous estimons qu'en aucun cas, la nullité ne peut être assimilée à la liquidation... »

créanciers sociaux ont avantage à tenir la société pour valable, afin d'obtenir l'exécution de ses engagements envers eux, sauf que rien ne les empêche d'opter pour sa nullité dans le dessein de poursuivre personnellement ses dirigeants²²⁰. Il en est de même pour les créanciers personnels des associés. La validité de la société semble les intéresser toutes les fois que leur débiteur retirera de la liquidation plus que son apport. En revanche, sa nullité leur permet de saisir ses biens personnels, sans attendre le résultat du partage²²¹. Un conflit entre les créanciers sociaux choisissant la nullité et ceux se prévalant de la validité de la société n'est pas exclu. En pareille hypothèse, la préférence serait donnée aux créanciers invoquant la nullité. Ce droit ne saurait leur être retiré, car la nullité est la sanction ordinaire du non-respect des règles de constitution des sociétés²²². De même, le conflit entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés n'est pas écarté. Dans ce cas, la priorité est accordée, par la jurisprudence française, aux seconds, puisque les premiers ont fait preuve de négligence en contractant avec une société entachée d'une cause de nullité²²³. Cette option entre la nullité et la validité ne semble plus permise avec l'assimilation de la nullité à une dissolution, donc son amputation de la rétroactivité, même si le législateur français continue à ne priver que la société et les associés du droit d'opposer la nullité aux tiers de bonne foi²²⁴ ; ce qui laisserait supposer que les tiers gardent la faculté de s'en prévaloir²²⁵.

- 68.** Le Code des sociétés commerciales reprend l'inopposabilité aux tiers de la nullité de la société pour violation des règles de publicité²²⁶ ou des formalités constitutives²²⁷, par les représentants légaux et les associés²²⁸. Une telle inopposabilité signifie que les tiers peuvent bien choisir entre la validité de la société et sa nullité²²⁹, mais une telle option paraît désormais exclue dans la SARL, car elle est incompatible avec la nullité dissolution²³⁰.

²²⁰ V. HÉMARD (J), *Article précité*, p.143.

²²¹ V. HÉMARD (J), *Article précité*, p.145.

²²² V. HÉMARD (J), *Ibidem*.

²²³ V. HÉMARD (J), *Article précité*, p.146.

²²⁴ LE CANNU (P), *Droit des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2003, 2^{ème} édition, p.258 : « Peut être considéré comme étant de bonne foi le tiers qui n'a participé en aucune façon à l'irrégularité, ou qui, la connaissant, l'a désapprouvée et n'a pas cherché à en tirer bénéfice. »

²²⁵ L'article 369 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L 235-12 du Code de commerce (CC) et l'article 1844-16 du Code civil (C.civ) prévoient que : « Ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi .»

Les mêmes textes ajoutent la possibilité pour l'associé incapable ou victime d'un vice de consentement d'opposer la nullité aux tiers et a fortiori à ses coassociés ; ce qui implique qu'à son égard la nullité opère rétroactivement.

²²⁶ L'article 18 CSC dispose que : « Les représentants légaux de la société ainsi que les associés d'une société en nom collectif ou l'associé unique d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée, ne peuvent se prévaloir à l'égard des tiers de la nullité visée par l'article 17 de ce code. »

²²⁷ L'article 104 alinéa 2 CSC, relatif à la SARL, prévoit l'inopposabilité aux tiers, par les associés, de la nullité de la société pour violation des formalités constitutives.

Quant aux articles 179 alinéa 2 et 182 alinéa 2 CSC, régissant respectivement la SA ouverte et la SA fermée, ils consacrent l'inopposabilité aux tiers, par les actionnaires ou par la société, de la nullité pour non-respect des formalités de constitution.

²²⁸ Cette inopposabilité signifie que les représentants légaux et les associés sont privés du droit d'opposer aux tiers l'exception de nullité pour violation des dispositions du Code des sociétés commerciales. Une telle exception reste opposable dans les rapports des associés entre eux et à l'égard de la société.

معيش (عماد)، *المقال السابق*، ص ١١٢ .

L'auteur se réfère à l'article 18 CSC comme un texte privant les représentants légaux de la personne morale et les associés du droit d'opposer aux tiers l'exception de nullité pour défaut de publicité.

²²⁹ Il est à remarquer qu'aussi bien les anciens articles 62 alinéa 2, 156 alinéa 2 et 180 CC que les articles 18, 104 alinéa 2 et 179 alinéa 2 CSC ne font pas de distinction entre tiers de bonne foi et tiers de mauvaise foi et ce, contrairement aux articles L 235-12 et 1844 -16 C civ.

A priori, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, conformément à l'article 533 COC, mais seuls les tiers de bonne foi méritent d'être protégés.

²³⁰ Certains auteurs français soutiennent le maintien de l'option, malgré la consécration de la nullité dissolution par l'article L 235-10 CC.

En revanche, les tiers semblent garder l'option entre la nullité et la validité dans la SA, faute d'une consécration législative de la nullité dissolution²³¹, qui aboutit à la liquidation de la société.

69. Mais comment se fait cette liquidation ? La question mérite d'être posée, d'autant plus qu'elle paraît soulever deux difficultés.

D'abord, selon que la société a été immatriculée avant son annulation ou pas, sa liquidation ne semble pas se réaliser de la même manière. Si la société annulée est immatriculée, cela suppose qu'elle a acquis la personnalité morale et qu'elle doit être liquidée comme une société valablement constituée dont la personnalité juridique survit pour les besoins de sa liquidation. En revanche, dans l'hypothèse inverse, privée de la personnalité morale, la société paraît devoir être liquidée comme une société en participation²³². Il n'en demeure pas moins que cette éventualité reste théorique, dans la mesure où la théorie des sociétés de fait concerne généralement des sociétés ayant fonctionné pendant une certaine période et l'on imagine mal leur défaut d'immatriculation, surtout que sans cette formalité la société est dans l'impossibilité d'agir sur la scène juridique, d'avoir des droits et d'assumer des obligations.

Ensuite, il s'agit de savoir si la liquidation de la société se réalise conformément à ses statuts, malgré la nullité frappant l'entité. A priori, la réponse affirmative semble s'imposer, puisque l'article 105 prévoit la liquidation conformément aux dispositions des statuts et de la loi en vigueur²³³. Ce texte évoque l'article 28 CSC disposant que : « Les dispositions des statuts régissent la liquidation de la société dissoute, sauf en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions légales impératives en vigueur. » Autrement dit, la liquidation se fait conformément aux statuts, à moins que l'objet social ne soit illicite ou immoral, car « ce serait reconnaître un effet à une convention contraire à l'ordre public ²³⁴. » Ainsi, et en application de l'article 42 CSC, le liquidateur dispose des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif, payer les créanciers, rembourser les apports et répartir le boni de liquidation en application des statuts. Pour les besoins de la liquidation, il a la possibilité de continuer les contrats en cours ou en conclure de nouveaux.

70. Si la nullité de la société s'appliquait brutalement, comme en droit commun, les associés auraient la possibilité de reprendre leurs apports sans attendre le remboursement des créanciers, qui par définition sont censés n'avoir jamais accordé de crédit à la société. De même, il ne serait pas question de poursuivre l'exécution des engagements pris par la société annulée, puisqu'ils sont

V. RIVES (G), « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », *R.T.D com*, 1969, p. 413 : « Enfin, il est vraisemblable que l'application du nouveau texte conduira, comme avant 1966, à offrir aux tiers une option entre nullité et validité de la société, quitte, en cas de conflit, à donner la préférence aux créanciers personnels invoquant la nullité. » ; NGUYEN XUAN CHANH, *Article précité*, p.38 : « En revanche, les tiers ont toujours dans les rapports qui les lient les uns aux autres, le droit de choisir entre la nullité des engagements passés de la société ou leur maintien... »

²³¹ Sachant que l'option entre la nullité et la validité profite aux tiers dans toutes les sociétés autres que la SARL, lorsque la nullité est fondée sur la violation des formalités de publicité, même si ce choix reste peu pertinent.

V. JAMBU-MERLIN (M-R.), *Article précité*, p.287 : « Ce droit d'option, qui protège efficacement les créanciers de la société annulée, est assez difficilement explicable. Les solutions logiques seraient ou de considérer, de façon absolue, la société comme valable jusqu'à son annulation, non seulement entre associés, mais à l'égard des tiers, ou de faire jouer la rétroactivité sans aucun obstacle. »

²³² Selon l'article 88 CSC, il s'agit de partager les bénéfices et les biens sociaux et de répartir les pertes.

Cf. LEGROS (J-P), *Article précité*, p.24 : « La liquidation se résume alors à un règlement de comptes entre associés, puisqu'il n'existe pas de patrimoine social. »

²³³ Cette disposition paraît inspirée de l'article 368 de la loi française du 24 juillet 1966, devenu l'article L 235-10 CC, prévoyant la liquidation conformément aux dispositions des statuts et du chapitre VII du présent titre, c'est-à-dire le chapitre relatif à la liquidation.

²³⁴ V. GUYON (Y), *Op.cit.*, p.161.

Cf. *contra* : DE JUGLART (M) et IPPOLITO (B), *Op.cit.*, p.150.

Les auteurs défendent la liquidation de la société conformément à ses statuts, même dans le cas où elle a pour objet l'exploitation d'une maison de tolérance.

considérés comme n'ayant point été passés. C'est la théorie des sociétés de fait qui est en mesure d'apporter aux tiers la sécurité escomptée. Cette paralysie des effets de la nullité dans le temps est d'autant plus intéressante qu'elle est doublée d'une paralysie dans l'espace.

2-La paralysie dans l'espace

- 71.** La nullité est une sanction frappant un acte qui ne respecte pas les conditions de sa formation, afin de rétablir la légalité violée et dans la mesure de ce qui est nécessaire à ce rétablissement. « La nullité doit être proportionnée à la règle violée ²³⁵.» Cette proportionnalité²³⁶ impose la nullité partielle qui, par la limitation de l'étendue de la sanction, provoque la paralysie de ses effets dans l'espace.
- 72.** La nullité partielle est la sanction frappant un acte vicié uniquement dans l'une de ses parties. Elle se réalise par l'amputation de l'élément irrégulier, de sorte que l'acte lui-même puisse continuer à subsister²³⁷. C'est ainsi que l'article 327 COC prévoit que : « La nullité d'une partie de l'obligation annule l'obligation pour le tout, à moins que celle-ci puisse continuer à subsister à défaut de la partie atteinte de nullité, auquel cas elle continuera à subsister comme contrat distinct .»
- 73.** Un tel principe fait défaut en droit français. « Le Code civil, contrairement au Code suisse (art.20, al.2) ou au Code allemand (BGB, art 139) ne connaît aucune disposition générale sur cette question ²³⁸.» A propos des conditions impossibles ou immorales ou illicites, les articles 900 et 1172 C civ prévoient respectivement la nullité partielle et la nullité intégrale. Pour concilier ces textes, en apparence contradictoires, la jurisprudence française a procédé à une distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. De plus, elle a dû adopter le critère de la cause, en annulant totalement le contrat quand la clause viciée constitue une condition déterminante de l'acte et en l'anéantissant partiellement dans le cas inverse²³⁹. Il s'agit là d'un critère subjectif qui consiste à se référer à l'intention des parties pour déterminer l'étendue de la nullité. « Cette construction est, tout d'abord, trop attachée au dogme de l'autonomie de la volonté, faisant de la convention l'égal de la loi et interdisant toute immixtion du juge. Ensuite, il est difficile pour le juge de retrouver de façon rétrospective l'intention réelle des parties. Cette volonté est donc souvent hypothétique. Enfin, certaines obligations se prêtent mal à une telle interprétation. Il en va ainsi des obligations post-contractuelles qui sont "par nature accessoires", mais "par destination essentielles" ²⁴⁰.»
- 74.** Notre législateur ne semble pas avoir tenu compte de ce critère subjectif, parce que l'article 327 COC est purement objectif. Il n'invoque nullement la volonté contractuelle et traduit ainsi l'influence du droit musulman et du droit allemand²⁴¹. Cette interprétation paraît convaincante,

²³⁵ V. MEKKI (M), *Article précité.*, p.581.

²³⁶ MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Op.cit.*, p.300 : « A notre sens, ce que l'on appelle le principe de proportionnalité en droit des contrats n'existe pas- à peine de fortement ébranler le principe de la force obligatoire des contrats- mais est parfois consacré par la loi, notamment le droit de la concurrence. »

²³⁷ SIMLER (Ph), *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, Paris,1969, p.7 : « Un acte est partiellement nul lorsque l'une seulement de ses parties est viciée et annulée. »

²³⁸ V. PICOD (Y), *Article précité*, p.14.

²³⁹ V. MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Op.cit.*, p.386.

²⁴⁰ V. MEKKI (M), *Article précité.*, p.585.

²⁴¹ V. الجريبي (سامي)، *تفسير العقد*، مركز النشر الجامعي، تونس، ١٩٩٩، ص ٥٠٤.

V. aussi : BESROUR (N), « L'apport conceptuel du COC en matière des invalidités contractuelles », *Livre du centenaire du code des obligations et des contrats, 1906-2006*, C.P.U, Tunis, 2006, p.421 : « L'article 327 du COC est venu effectivement faire de la divisibilité objective le seul critère de la nullité partielle.»

Cf. contra : الزين (محمد)، *المرجع السابق*، ص ٢٤٤ إلى ٢٤٦.

car en donnant la priorité à l'économie du contrat sur la volonté des parties, elle réalise l'efficacité de la nullité qui a pour objectif le rétablissement de la légalité violée²⁴².

Ainsi, conformément à l'article 326 COC, le juge est appelé à faire une distinction entre le principal et l'accessoire, pour savoir si le vice est mortel ou bénin²⁴³. En procédant de la sorte, il multiplie les chances du sauvetage des conventions et renforce par là même la stabilité des transactions. Une telle sécurité constitue un impératif crucial en droit des sociétés, la preuve en est qu'il n'a pas ignoré la nullité partielle²⁴⁴.

75. Dans ce contexte, l'article 1302 COC dispose que : « La clause qui affranchirait l'un des associés de toute contribution aux pertes est nulle, mais n'annule pas le contrat. » Ce texte traite de la clause léonine dans l'un de ses volets, à savoir l'exonération de l'associé de toute contribution aux pertes, et la déclare nulle, sans pour autant que cette nullité n'influe sur la validité du contrat de société. Par conséquent, quoique contraire à l'esprit de fraternité devant animer les associés, c'est-à-dire l'*affectio societatis*, cette clause léonine ne risque pas d'anéantir la société. Une telle solution mérite l'approbation, bien que la contribution aux pertes soit plus révélatrice de l'existence du contrat de société que la participation aux bénéfices qui est rencontrée dans d'autres contrats, comme le contrat de travail²⁴⁵. D'ailleurs, le législateur a veillé à l'efficacité de la nullité, en abandonnant l'article 1484 de l'avant-projet de Code civil et commercial tunisien²⁴⁶, prévoyant qu'est nulle et rend nul le contrat de société, toute clause qui affranchirait l'un des associés de toute contribution aux pertes²⁴⁷.

76. Le maintien de la société, nonobstant la stipulation d'une clause exonérant l'un des associés de toute contribution aux pertes, est recherché même dans la société en participation qui n'est qu'un contrat et dans laquelle l'impératif de protection des tiers ne saurait avoir la même portée que dans les sociétés dotées de la personnalité morale.

C'est ainsi que dans un jugement rendu le 4 juillet 1972, le Tribunal de première instance de Tunis a annulé la stipulation d'un contrat de société en participation prévoyant la restitution de l'apport en numéraire à l'associé apporteur, lors de la dissolution, en application de l'article 1302 COC, sans pour autant que cette nullité n'entraîne celle de la société, qui continue de fonctionner entre les parties avec ses autres conditions²⁴⁸. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré qu'une clause statutaire stipulant que

²⁴² Cf. *contra* : SIMLER (Ph), *Op.cit.*, p.11 : « Mais, si parfois le législateur fait jouer au juge un rôle de chirurgien en lui enjoignant d'annuler telle clause ou de réduire telle obligation pour des raisons d'ordre public, il reste cependant qu'en général il est tenu de prendre en considération la volonté des parties. »

²⁴³ الجريبي (سامي)، المرجع السابق، ص ٥١٤ :

«ويتبع القاضي التونسي منهجية تركز على تمييز الأصلي عن الفرعي، لمعرفة ما إن كانت العلة أصلية قاتلة، أم فرعية وخفيفة. ويستجيب بذلك لنص الفصل ٣٢٦ م ا ع. أما القاضي الفرنسي، فيخطو قدما ليضيف مرحلة أخرى في التفكير، تقتضي منه معرفة ما إن كانت الإرادة التعاقدية متجهة إلى اعتباره جوهريا، حتى وإن كان في تقدير القاضي فرعيا.»

²⁴⁴ En tant que technique de sauvetage des conventions, la nullité partielle est voisine de la conversion qui permet à une obligation nulle comme telle, mais remplissant les conditions de validité d'une autre obligation légitime d'être régie par ses règles (article 328 COC). D'ailleurs, il a été affirmé que la conversion est à la théorie des nullités sur le plan qualitatif ce que la notion de nullité partielle est sur le plan quantitatif.

V. SIMLER (Ph), *Op.cit.*, p.12.

²⁴⁵ MECHRI (F), *Op.cit.*, p. 64 : « D'une part, dans les sociétés et plus généralement dans les entreprises, certains salariés peuvent être associés aux bénéficiaires. Cette situation ne leur donne pas pour autant, le statut d'associés. Ils ne deviennent associés, au sens juridique du terme, que s'ils sont à la fois associés aux bénéficiaires et aux pertes de l'entreprise. »

²⁴⁶ V. *Avant-projet de Code civil et commercial tunisien*, discuté et adopté au rapport de M.D SANTILLANA, Imprimerie générale, Tunis, 1899, p.535.

²⁴⁷ L'article 1268 du projet préliminaire se contente d'annuler la convention affranchissant la mise d'un ou de plusieurs associés de toute contribution aux pertes.

V. *Projet préliminaire de Code civil et commercial tunisien*, soumis à la commission de codification des lois tunisiennes par M.D SANTILLANA, Imprimerie générale, Tunis, 1897, p.270.

²⁴⁸ T.P.I de Tunis, n°6056 du 4 juillet 1972, *R.T.D.*, 1975, (1^{er} semestre), p.172, N : FOUCHARD (Ph).

l'associé récupère sa mise à la dissolution, sans contribution aux pertes, est contraire à l'article 1302 COC, donc frappée de nullité²⁴⁹.

- 77.** Le Code des sociétés commerciales n'a pas ignoré la nullité partielle qui est rencontrée en matière de décisions sociales. Effectivement, le législateur consacre parfois la validité de la décision prise, malgré l'irrégularité entachant la composition de l'organe délibérant. Tel est l'objet de l'article 190 CSC, prévoyant que : « Les membres du conseil d'administration sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire pour la durée fixée par les statuts, sans que celle-ci puisse excéder trois ans. Le renouvellement de cette nomination est possible sauf stipulation contraire des statuts. Les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués à tout moment par décision de l'assemblée générale ordinaire. Toute nomination en violation du présent article est nulle. Cette nullité n'entraîne pas la nullité des délibérations auxquelles a pris part le membre irrégulièrement nommé. » Il en découle que si la désignation d'un administrateur est faite contrairement au mode ou à la durée fixés par la loi, elle est frappée de nullité, sans que les délibérations du conseil d'administration auxquelles il a participé n'en soient affectées.

C'est dans le même contexte que l'article 196 CSC, relatif aux conditions d'accès du salarié au poste d'administrateur dispose que la violation de ses conditions entraîne la nullité de la nomination, à l'exclusion des délibérations auxquelles a participé l'administrateur²⁵⁰. Un tel choix mérite d'être salué, surtout que le conseil d'administration jouit d'un pouvoir général d'action²⁵¹ et de pouvoirs spéciaux, comme l'autorisation des conventions réglementées²⁵². L'anéantissement de ses décisions risque d'être catastrophique pour les tiers qui sont en droit de compter sur la composition régulière de l'organe délibérant.

- 78.** C'est également le souci d'assurer la sécurité des tiers qui explique les dispositions de l'article 239 CSC prévoyant que : « Les membres du conseil de surveillance sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire pour une durée déterminée par les statuts, et qui ne peut être inférieure à deux ans ni supérieure à six ans. En cas de fusion ou de scission, leur nomination peut être faite par l'assemblée générale extraordinaire pour la durée sus-indiquée. Les membres du conseil de surveillance sont rééligibles, sauf stipulation contraire des statuts. Ils peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire. Toute nomination intervenue en violation des dispositions précédentes est nulle, à l'exception de celles auxquelles il peut être procédé dans les conditions prévues à l'article 243 du présent Code. Les délibérations auxquelles a pris part le membre irrégulièrement nommé demeurent valables. » Cet article sanctionne par la nullité la désignation d'un membre du conseil de surveillance contrairement aux modes et durée fixés par la loi, à l'exclusion des délibérations auxquelles il a participé. Le même texte réserve le cas des nominations à titre provisoire prévues par l'article 243 CSC qui lui-même déclare valables les délibérations et actes du conseil de surveillance, en cas de défaut d'approbation de la cooptation par l'AGO. Faute de précision par les articles 190, 196, 239 et 243CSC, les décisions de l'organe délibérant seraient annulées, conformément au droit commun et contrairement à la sécurité des tiers.

249 قرار تعقيبي مدني عدد ٢٦٨٩٧، مؤرخ في ٩ فيفري ٢٠٠٤، م.ق.ت، ٢٠٠٤، عدد ٧، ص ١٧١ : «حيث أنه من القواعد الأساسية التي تقوم عليها الشركة لكل شريك أن يتحصل على منابه من المرباح وأن يتحمل في أن واحد الخسارة بقدر منابه في رأس المال وترتبا على ذلك فإذا اشترط في عقد الشركة إبراء أحد الشركاء من جميع الخسارة بطل الشرط وصح العقد تطبيقا للفصلين ١٣٠٠ و ١٣٠٢ من مجلة الالتزامات والعقود».

250 «Sauf disposition contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé membre au conseil d'administration.

Le cumul des deux qualités n'est possible pour le salarié que si son contrat de travail est antérieur de cinq années au moins à sa nomination comme membre au conseil d'administration et correspond à un emploi effectif.

Toute nomination en violation des dispositions de l'alinéa précédent est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part le membre du conseil d'administration sus-indiqué.»

251 L'article 197 alinéa 1 CSC prévoit que : « Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans les limites de l'objet social. »

252 Article 200 CSC.

C'est également le souci de ne pas entraver cette stabilité qui explique l'usage du réputé non écrit en droit des sociétés. « Réputer une clause non écrite consiste à l'isoler du contrat pour la faire disparaître en l'effaçant au même titre que les Anglais la rayeront d'un coup de crayon suivant la règle "du crayon bleu"²⁵³. » La notion de clause réputée non écrite trouve sa source dans le droit romain qui déclare ainsi certaines conditions apposées à des testaments, et ce pour admettre la validité de ces actes juridiques tout en niant, indépendamment d'une action en justice, la valeur obligatoire des clauses litigieuses²⁵⁴.

Si à l'instar de la nullité partielle le réputé non écrit permet de sauver les actes juridiques menacés d'anéantissement, les deux procédés ne semblent pas se confondre²⁵⁵. « La nullité partielle est une nullité avant d'être partielle, l'adjectif ne doit pas l'emporter sur le substantif, ni déformer la conception qui en est retenue. Dans l'hypothèse d'une clause réputée non écrite, la démarche est différente : le contrat subsiste nécessairement, purgé de la clause déclarée non écrite, et corrigé si nécessaire. La question de la détermination de l'étendue de la sanction ne se pose pas. Le maintien de l'acte juridique apparaît comme étant de l'essence du procédé de la clause réputée non écrite²⁵⁶. » En outre, la nullité est une sanction judiciaire qui n'existe que par son prononcé en justice, alors que la sanction du réputé non écrit opère d'elle-même, de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge²⁵⁷.

Cette spécificité²⁵⁸ a conduit certains auteurs à confondre le réputé non écrit avec l'inexistence²⁵⁹, même si ce n'est pas toujours au sens de la théorie défendue au cours du XIX^e siècle²⁶⁰. En réalité, l'inexistence ne correspond nullement au mécanisme du réputé non écrit qui ne réduit pas la clause à un néant, mais affirme qu'elle ne lie pas les parties au contrat et cela de plein droit²⁶¹.

- 79.** En droit des sociétés, le législateur fait usage du réputé non écrit dans un bon nombre d'articles du Code des sociétés commerciales. Il s'agit de déclarer comme telles des clauses contrevenant aux questions suivantes : le régime des parts sociales de la SARL²⁶², la convocation de l'assemblée générale de la SARL²⁶³, le quorum au conseil d'administration²⁶⁴, la rémunération des administrateurs²⁶⁵, l'action en responsabilité contre les administrateurs²⁶⁶, la proportionnalité de la distribution des bénéfices dans la SA²⁶⁷, la compétence exclusive de

²⁵³ V. COTTEREAU (V), « La clause réputée non écrite », *J.C.P.*, (G), 1993, p.318.

²⁵⁴ V. GAUDEMET (S), *La clause réputée non écrite*, Economica, Paris, 2006, pp.73 et 74.

²⁵⁵ Il n'en demeure pas moins que la doctrine majoritaire assimile les deux procédés.

V. MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Op.cit.*, p.388 ; MEKKI (M), *Article précité.*, p.589.

²⁵⁶ V. GAUDEMET (S), *Op.cit.*, p.59.

²⁵⁷ V. GAUDEMET (S), *Op.cit.*, p.55.

²⁵⁸ Voir pour une confirmation de cette spécificité : COUTURIER (G), « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J, Paris, 2001, p.281 : « La nullité limitée à une clause contractuelle peut être présentée comme une nullité dont la portée est limitée, une nullité partielle. Elle peut aussi être présentée comme une sanction spécifique -"l'éradication"- voisine mais distincte de la nullité. »

Cf. HAGE-CHAHINE (F), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p.549 : « Le régime du mécanisme de la clause réputée non écrite ne se distingue du régime des nullités que par l'étendue de l'anéantissement : il est ponctuel en matière de clause réputée non écrite alors qu'il est total ou partiel en matière de nullité. »

²⁵⁹ COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Op.cit.*, p.94 : « Même inscrites dans les statuts, de telles clauses sont censées ne pas exister ; c'est un cas d'inexistence juridique par la seule volonté de la loi. »

²⁶⁰ KULLMANN (J), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *Dalloz*, 1993, chr, p.59 : « Toutefois, cette inexistence, édictée par la loi et limitée par celle-ci à une clause déterminée, ne se confond pas avec l'inexistence dont la théorie a été réalisée au XIX^e siècle. »

²⁶¹ V. GAUDEMET (S), *Op.cit.*, p.79.

²⁶² Article 109 CSC.

²⁶³ Article 127 CSC.

²⁶⁴ Article 199 CSC.

²⁶⁵ Article 206 CSC.

²⁶⁶ Article 220 CSC.

²⁶⁷ Article 288 CSC.

l'assemblée générale extraordinaire (AGE)²⁶⁸, les règles régissant l'augmentation du capital²⁶⁹, la clause d'agrément et de préemption²⁷⁰ et la négociabilité des actions des sociétés émettrices d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote (ADP)²⁷¹.

Il est vrai que la formule employée diffère d'un texte à un autre, puisque le législateur prévoit, selon l'hypothèse visée, que toute clause contraire est réputée non écrite ou non avenue ou nulle²⁷², mais tout est ramené au mécanisme du non écrit. Dans tous les cas, il s'agit de sauver une décision d'un organe délibérant et surtout le contrat de société de la nullité. La clause nulle est ainsi éradiquée des statuts, sans rechercher si elle a été déterminante ou pas dans la conclusion de l'acte sociétaire. Conséquemment, la société est sauvée de l'annulation, ce qui sert évidemment la stabilité des transactions, car de la validité de l'entité dépend la régularité des conventions qui auraient pu être passées avec les tiers. Malencontreusement, si le souci de protection des tiers est omniprésent en droit des sociétés, il gagnerait à être consolidé.

II- LE REcul DE LA PROTECTION DES TIERS

80. La nullité ne peut être une sanction efficace que lorsqu'elle assure l'équilibre entre l'effectivité de la norme et la sauvegarde des droits des tiers. Cet équilibre est parfois rompu par le phénomène de la nullité virtuelle (A) ou en raison de l'inadaptation de la nullité textuelle (B).

A-L'admission de la nullité virtuelle

81. La nullité virtuelle nuit a priori à la sécurité des tiers, mais avant d'apprécier son opportunité (2), il convient d'examiner la manifestation de son admission (1).

1-La manifestation de l'admission

82. La nullité virtuelle est une « nullité qu'aucun texte ne prévoit et que l'on déduit par interprétation de l'importance de la disposition transgressée²⁷³. » Il s'agit donc d'une nullité découlant de l'esprit de la loi, par opposition à la nullité textuelle qui résulte de la lettre de la loi²⁷⁴.

83. En principe, l'acte juridique irrégulièrement formé est annulé, même si sa nullité n'est pas expressément édictée par la loi²⁷⁵, car cette sanction est la conséquence ordinaire de la transgression de la légalité. Il n'en est autrement, que lorsqu'à propos d'une matière déterminée le législateur édicte le principe "pas de nullité sans texte".

84. Le Code des obligations et des contrats consacre-t-il ce principe ? Selon M. Zine, en consacrant la théorie classique, le législateur a adopté la règle "pas de nullité sans texte", signifiant que le juge ne prononce la nullité d'un acte juridique ou d'un acte de procédure que si la loi le prévoit expressément.

L'auteur fonde sa position sur les articles 325 et 330 COC, régissant respectivement la nullité absolue et la nullité relative²⁷⁶. L'article 325 alinéa 2 COC prévoit que : « L'obligation est nulle de plein droit :

- 1) lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ;
- 2) lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé. »

Quant à l'article 330 COC, il énumère les cas de nullité relative en disposant que : « L'action en rescision a lieu dans les cas prévus au présent code, articles 8, 43, 58, 60, 61 et dans les autres cas déterminés par la loi²⁷⁷. »

²⁶⁸ Article 291 CSC.

²⁶⁹ Articles 294 et 296 CSC.

²⁷⁰ Article 322 CSC.

²⁷¹ Article 348 CSC.

²⁷² Dans la version arabe des textes, la formule est traduite par les expressions : لاغيا – باطلا – ملغى

²⁷³ V. *Vocabulaire juridique précité*, V° Nullité.

²⁷⁴ V. DROGOUL (F), *Op.cit.*, p.27.

²⁷⁵ FLOUR (J), AUBERT (J-L) et SAVAUX (É), *Op.cit.*, p .280 : « Il est d'ailleurs indifférent que la loi ait prévu ou non cette nullité en termes formels. »

²⁷⁶ V. الزين (محمد)، المرجع السابق، ص ٢١٠.

85. Quoique convaincante, en apparence, cette position ne tient pas compte de l'article 539 COC²⁷⁸, prévoyant que : « Lorsque la loi défend formellement une chose déterminée ce qui est fait contrairement à la loi ne peut avoir aucun effet ²⁷⁹. » Selon ce texte, ce qui est accompli en violation d'une interdiction légale est frappé de nullité, même quand aucun texte n'édicte explicitement cette sanction²⁸⁰. Nonobstant sa généralité, ce principe ne semble, ni applicable dans tous les cas d'interdiction, ni limité aux dispositions prohibitives. Il intervient chaque fois qu'il s'agit de sauvegarder un intérêt digne de protection²⁸¹.
86. Si le droit commun n'est pas réfractaire à la nullité virtuelle, il n'en est pas ainsi en matière de mariage²⁸², où le souci d'assurer la stabilité de l'institution impose que la nullité résulte d'une disposition formelle de la loi²⁸³. Dans ce contexte, l'article 21 alinéa 1 CSP²⁸⁴ frappe de nullité l'union comportant une clause contraire à l'essence du mariage ou conclue en contravention des articles 3 alinéa 1, 5 alinéa 1, 15, 16, 17, 18, 19 et 20 CSP²⁸⁵. De même, l'article 36 de la loi n°57-3 du 1^{er} août 1957, réglementant l'état civil²⁸⁶, prévoit la nullité de l'union qui n'est pas conclue conformément à l'article 31, c'est-à-dire devant deux notaires ou devant l'Officier de l'état civil, en présence de deux témoins honorables.
87. La règle "pas de nullité sans texte" est également consacrée en Droit processuel²⁸⁷, à travers l'article 14 CPCC prévoyant que : « Les actes de procédure sont nuls :

²⁷⁷ La version arabe du texte, qui fait foi, est encore plus restrictive, car elle ne comporte pas la formule « et dans les autres cas déterminés par la loi » et ne renvoie pas à l'article 60 COC.

²⁷⁸ Cf. *contra* : LABASTIE- DAHDOUH (Ch) et DAHDOUH (H), *Op. cit.*, p.288 : « Cette nullité ne peut être prononcée que lorsqu'elle est prévue par un texte (art 325 Code des obligations et des contrats), ce qui, en principe, exclut que l'on puisse sanctionner par une nullité virtuelle, la violation de certaines dispositions légales.»

²⁷⁹ La version arabe du texte, qui fait foi, ajoute à la formule « ne peut avoir aucun effet » le mot « nul », mais cet ajout ne fait qu'introduire une redondance dans le texte, car ce qui est nul ne produit pas d'effets.

²⁸⁰ REKIK (N), *Op.cit.*, p.22 : « L'article 539 consacre alors la rupture du droit positif tunisien avec l'adage pas de nullité sans texte.»

الرَّبَاعِي (عبد الوهَّاب)، «نظريَّة البطلان في فقه قضاء محكمة التَّعْقِيب»، خمسون عاما من فقه القضاء المدني، ٢٠٠٩-١٩٥٩، ص ٦٤٢ : «يَتَضَحُّ هَكَذَا أَنَّ القَاعِدَةَ القَائِلَةَ بِأَنَّ "لا بطلان بدون نص" لا تجد صداها بمجملَّة الإلتزامات والعقود بل وعلى العكس من ذلك فإنَّ المشرِّع التُّونِسِيَّ أعطى من خلال الفصل ٥٣٩ م.ا.ع، الدَّلِيل السَّاطِع على أنَّه لم يأخذ عن النَّظَرِيَّة التَّقْلِيدِيَّة لِلْبَطْلَانِ إلا مبدَأ التَّفَرُّقَةَ بين البطلان النَّسْبِيَّ والبطلان المطلق والنَّظَام القانوني لَكُلِّ منهما وأطلق العنان إلى القاضي- وفي الحالات التي لم يتطرَّق إليها المشرِّع بصفة صريحة - للبحث عن الغاية التي أوجب فيها المشرِّع شرطا أو نهى فيها عن شيء حتَّى يَتِمَّكَّن من تحديد نوع الجزاء ونظامه القانوني.»

²⁸¹ BESROUR (N), *Op.cit.*, p.175 : « La nullité ne doit être en effet prononcée que lorsqu'il en est nécessaire.»

²⁸² MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L), *Cours de Droit civil*, Tome III, *La famille*, C.U.J.A.S, Paris, 1998, 6^{ème} édition, p.111 : « Le mariage présente une telle importance que ces règles sont partiellement écartées : il ne doit être détruit que lorsque cela est indispensable. Il a, en effet, entraîné la fondation d'une famille et produit des conséquences que l'on ne peut effacer : les sanctions de la loi ont ici un aspect très spécial. »

²⁸³ En droit français, le principe "pas de nullité sans texte" était admis par la doctrine de l'exégèse à propos des empêchements dirimants et ce, contrairement au droit moderne qui admet l'existence dans le mariage des nullités virtuelles.

« Il convient, néanmoins, de retenir l'esprit de la règle " pas de nullité sans texte". La nullité en matière de mariage est vue avec défaveur et l'exercice en est raréfié.»

V. MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L), *Op.cit.*, pp.114 et 115.

²⁸⁴ Décret du 13 août 1956, portant promulgation du Code du statut personnel, *J.O.T* n°104 du 28 décembre 1956.

²⁸⁵ Ces textes visent le consentement des deux époux et les cas d'empêchements prévus par la loi, à savoir, la parenté, l'alliance, l'allaitement, le triple divorce ainsi que le lien matrimonial.

²⁸⁶ *J.O.R.T* n° 2 et 3 des 30 juillet et 2 août 1957.

²⁸⁷ V. Cass. civ, n°5742 et 5780 du 23 mai 1968, *R.J.L*, 1969, n°3 et 4, p.35.

Dans cette décision, il a été affirmé que les actes de procédure sont nuls d'une nullité absolue quand la loi le prescrit.

1) Quand la loi prescrit la nullité ; » A la base de ce texte figure l'idée selon laquelle la nullité ne devrait pas sanctionner n'importe quelle violation d'un acte de procédure²⁸⁸, sous peine d'entraver le bon fonctionnement de la justice et d'altérer les droits des justiciables.

88. Le droit des sociétés réserve-t-il une place à la règle " pas de nullité sans texte " ?

Ni les anciennes dispositions du Code de commerce relatives aux sociétés commerciales, ni le Code des sociétés commerciales n'admettent cette restriction ; ce qui ouvre la porte aux nullités virtuelles, et ce contrairement à ce qui existe en droit français.

C'est ainsi que l'article L 235-1 du Code de commerce, prévoit que : « La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter de la nullité des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil.

La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre, à l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L 225-35²⁸⁹ et de la troisième phrase du premier alinéa de l'article L 225-64²⁹⁰ ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil²⁹¹. »

A l'occasion de la réforme du Code civil français par la loi du 4 janvier 1978, le législateur français s'est inspiré de cette disposition dans le dessein d'en faire le droit commun à toutes les sociétés, à travers l'article 1844-10 prévoyant que : « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833²⁹², ou de l'une des causes de nullité des contrats en général²⁹³. »

Malgré leur rédaction différente, ces deux textes combinent les nullités textuelle et virtuelle. La nullité est textuelle, autrement dit il n'y a "pas de nullité sans texte", quand la sanction vise l'anéantissement de la société ou d'une délibération modificative des statuts²⁹⁴.

89. S'agissant de la nullité de la société, elle résulte de la violation d'une disposition expresse du livre deuxième du Code de commerce ou des lois régissant la nullité des contrats. Le Code de commerce édicte deux causes de nullité. La première résulte de l'article L 235-2 relatif aux

²⁸⁸ GUINCHARD (S), *Op.cit.*, p.440 : « Il ne suffit donc pas que soit décelé un vice de forme, encore faut-il que le législateur ait, par un texte approprié, prévu la sanction de la nullité. »

²⁸⁹ Ce texte prévoit que: « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux. »

²⁹⁰ Ce texte dispose que le directoire « détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.»

²⁹¹ Il s'agit de la version modifiée par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et transformation des entreprises, dite loi PACTE, *J.O.*, 23 mai 2019.

²⁹² Ce texte prévoit que: « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.»

²⁹³ Il s'agit de la version modifiée par la loi PACTE qui a introduit la notion d'intérêt social dans la gestion de la société, mais n'a pas souhaité que cette notion puisse fonder de manière autonome la nullité d'un acte ou d'une délibération.

V. SCHULTZ (Ph), « Raison d'être de la société et cause de nullité », <https://www.actu-juridique.fr> (publié le 08/01/2020-mis à jour le 09//01/2020).

²⁹⁴ L'article 1844-10 C civ ne fait pas de distinction entre les délibérations modificatives et celles non modificatives des statuts. Dans tous les cas, la nullité est virtuelle.

sociétés de personnes, sanctionnant par la nullité le défaut d'accomplissement des formalités de publicité²⁹⁵. La seconde est prévue par l'article L 225-8²⁹⁶ alinéas 3 et 4, prévoyant que : « L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs.

A défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée²⁹⁷. »

L'anéantissement de la société peut également résulter de la transgression des lois applicables à la nullité des contrats, c'est-à-dire le droit commun des contrats et le droit particulier au contrat de société, sous réserve des sociétés à risques limités. Effectivement, l'article L 235-1 CC n'autorise pas l'annulation de ces sociétés pour vice de consentement ou incapacité, sauf si cette dernière cause de nullité touche tous les associés. De plus, la nullité des clauses léonines reste sans incidence sur leur validité²⁹⁸.

90. La nullité textuelle concerne aussi les délibérations modificatives des statuts. Pour les autres décisions sociales²⁹⁹, il suffit de violer une disposition impérative du Code de commerce. « Les cas de nullité des assemblées générales extraordinaires sont moins nombreux que ceux relatifs aux assemblées générales ordinaires. Cette différence s'explique par les conséquences de l'annulation de ces assemblées qui sont beaucoup plus lourdes, eu égard à la nature des décisions adoptées (fusion, transformation, augmentation de capital,...) ³⁰⁰. »

91. En l'absence d'une consécration de la règle "pas de nullité sans texte" par notre droit des sociétés, le juge pourrait, en dehors des articles sanctionnant expressément la violation de leurs dispositions par la nullité, prononcer cette sanction toutes les fois qu'une disposition impérative est transgressée, avec tous les inconvénients pouvant en découler pour les tiers. C'est ainsi que l'article 278 CSC, relatif à l'AGO de la SA, ne sanctionne pas par la nullité la violation de ses dispositions. Toutefois, les termes impératifs qui envahissent ce texte autorisent le juge à prononcer la nullité de sa transgression³⁰¹, qu'elle touche le quorum³⁰², la majorité³⁰³ ou le vote par correspondance³⁰⁴.

²⁹⁵ Cette disposition est critiquée par la doctrine française, car elle illustre une inégalité de traitement entre les sociétés, résultant d'une inadvertance législative. Effectivement, lors des débats parlementaires qui ont précédé la promulgation de la loi du 24 juillet 1966, le législateur avait envisagé l'instauration d'un contrôle préventif purgeant les vices de constitution des sociétés à risques limités ; d'où la limitation de la nullité pour défaut d'accomplissement des formalités de publicité aux seules sociétés de personnes. Etant donné que le contrôle préventif n'a pas abouti, la survivance de l'article 361, devenu l'article L 235-2 CC, pour les seules sociétés à risques illimités semble injustifiée.

V. LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés-causes de nullité », *Juris-Classeur Sociétés*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2002, Fascicule 32-30, p.26.

²⁹⁶ Ce texte a été modifié par la loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *J.O.R.F.*, 10 décembre 2016.

²⁹⁷ La doctrine française se demande si ce texte institue une véritable nullité en disposant que la société n'est pas constituée. S'il y a nullité, elle semble découler du défaut de consentement relevant du droit commun des contrats. Or, cette cause n'entraîne pas l'anéantissement des sociétés par actions. L'article L 225-8 alinéas 3 et 4 CC semble s'expliquer par le fait qu'en matière de constitution de sociétés avec APE, le consentement des futurs associés s'exprime à travers des résolutions d'assemblées générales qui ne sont pas forcément adoptées à l'unanimité ; d'où les mesures législatives garantissant l'adhésion unanime au pacte social.

V. HONORAT (J), *Article précité*, p.4.

²⁹⁸ Une telle précision semble surprenante, car nous verrons dans le B de cette deuxième partie qu'en droit français la condamnation des clauses léonines reste sans incidence sur la validité de toutes les sociétés (article 1844-1 alinéa 2 C civ).

²⁹⁹ Il s'agit de toutes les décisions des organes délibérants : AGO, conseil d'administration, directoire et conseil de surveillance.

³⁰⁰ V. MASQUELIER (F), *Article précité*, p.2.

³⁰¹ L'affirmation est valable pour d'autres textes.

Voir, à titre d'exemples, les articles 282, 283 et 285, relatifs à la feuille de présence, l'ordre du jour et les mentions du procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale de la SA.

³⁰² « Elle ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés détiennent le tiers au moins des actions conférant à leur titulaire le droit de vote. »

91. La nullité textuelle semble consacrée en matière de fusion, à travers l'article 425 alinéa 2 CSC, prévoyant que : « La nullité de la fusion ne peut être prononcée que pour les causes suivantes :
- nullité de la délibération de l'assemblée qui a décidé l'opération de fusion ;
 - défaut de publicité ;
 - non-respect des dispositions du présent Code et des dispositions législatives ou réglementaires spéciales. »

En réalité, ce texte serait une consécration de la nullité textuelle, s'il se limitait aux deux premiers tirets qui évoquent le droit français des nullités de sociétés. Cependant, le troisième tiret semble remettre en question ce choix, car il comporte une énumération tellement large, quelle est susceptible d'englober toute irrégularité. D'ailleurs, ce troisième tiret n'est pas sans rappeler l'article 539 COC, siège de la nullité virtuelle³⁰⁵ ; ce qui paraît dangereux pour la sécurité des transactions, sauf que le législateur se rattrape dans l'avant dernier alinéa de l'article 425 CSC, en disposant que l'anéantissement de la fusion reste sans effets sur les actes juridiques créés par la société nouvellement constituée ou la société absorbante³⁰⁶, de sa création jusqu' au jugement prononçant sa nullité.

92. Néanmoins, la loi ne tempère pas toujours les conséquences de la nullité virtuelle. Faudrait-il, alors, la chasser ?

2-L'appréciation de l'admission

93. A priori, la nullité virtuelle mérite d'être écartée, car elle n'est point la bienvenue en droit des sociétés où la sécurité des tiers constitue la reine des priorités. La proclamation du principe "pas de nullité sans texte", en la matière³⁰⁷, est de nature à faire obstacle à l'arbitraire du juge et par là même à l'extension du domaine de la sanction. Néanmoins, les inconvénients qui en découlent semblent l'emporter sur les avantages, comme cela a été constaté dans les matières où ce principe est appelé à jouer³⁰⁸

94. C'est ainsi qu'à propos du mariage, dont la stabilité impose la restriction des causes de nullité donc la proclamation du principe "pas de nullité sans texte", il a été remarqué que les articles 21 CSP et 36 de la loi du 1^{er} août 1957, énumérant limitativement les cas d'intervention de la sanction, gardent le silence sur certaines hypothèses devant normalement être qualifiées ainsi, comme la fixation de la dot dans le contrat de mariage. Pourtant, l'article 3 alinéa 2 CSP prévoit explicitement que la fixation d'une dot au profit de la femme est requise pour la validité de l'union.

Il semble que cette omission apparente résulte d'une influence du droit musulman (rite hanéfite), distinguant les conditions de formation du mariage de ses conditions de validité. Seule la

³⁰³ « L'assemblée générale statue à la majorité des voix des actionnaires présents ou représentés. »

³⁰⁴ « En cas de vote par correspondance, la société doit mettre à la disposition des actionnaires un formulaire spécial à cet effet. Le vote émis de cette manière n'est valable que si la signature apposée au formulaire est légalisée.

Il n'est tenu compte que des votes reçus par la société avant l'expiration du jour précédant la réunion de l'assemblée générale.

Le vote par correspondance doit être adressé à la société par lettre recommandée avec accusé de réception. »

³⁰⁵ Cette nullité est consacrée par l'article 445 CSC, relatif au groupement d'intérêt économique, prévoyant que la nullité du groupement ainsi que ses actes et délibérations a lieu en cas de violation des dispositions impératives ou pour l'une des causes de nullité des contrats.

La rédaction de ce texte évoque l'article L 235-1 alinéa 2 CC, relatif aux délibérations non modificatives des statuts.

³⁰⁶ Le texte vise, à tort, la société absorbée qui, par définition, a disparu suite à la fusion.

³⁰⁷ Voir en faveur de la proclamation du principe "pas de nullité sans texte", en droit des sociétés, BESROUR (N), *Op.cit*, pp.188 et 189.

³⁰⁸ Déjà, en droit commun, M. Zine a souligné les insuffisances de la règle "pas de nullité sans texte" qui ne permet pas de tirer profit des évolutions de la théorie de la nullité, empêche la jurisprudence de donner au critère de l'intérêt général la place qu'il mérite et suppose la complétude de la loi.

V. الزين (محمد)، المرجع السابق، ص ٢١١

violation des premières entraîne la nullité du contrat, alors que la transgression des secondes le vicie simplement³⁰⁹.

Le problème semble également résolu à propos de l'article 7 CSP, prévoyant la possibilité d'annuler le mariage du prodigue conclu sans le consentement du curateur. Le régime spécial de cette sanction expliquerait l'inexistence de ce cas dans la liste de l'article 21 CSP. Il n'en est pas ainsi de l'hypothèse de l'article 76 CSP, relatif au désaveu de paternité. Vu que ce désaveu produit, par la séparation perpétuelle des époux, l'effet du triple divorce, il constitue une véritable omission au sein de l'article 21 CSP³¹⁰.

95. Le principe "pas de nullité sans texte" ne semble pas avoir rencontré un meilleur sort en droit processuel³¹¹, comme cela résulte de l'expérience française. En effet, en raison du manque de clarté de la rédaction de l'ancien Code de procédure civile, le principe était inapplicable. « En outre, le caractère automatique, obligatoire pour le juge, de la sanction encourageait la chicane, favorisait les manœuvres dilatoires des plaideurs, entraînait des abus dans l'emploi de l'exception de nullité »³¹². Par conséquent, le nouveau Code de procédure civile³¹³ a limité la règle "pas de nullité sans texte" aux vices de forme entachant les actes de procédure³¹⁴.

Malgré l'exclusion des formalités substantielles ou d'ordre public, le système n'est pas resté à l'abri des critiques, puisque la complétude de la loi semble un souhait peu facile à réaliser³¹⁵.

96. La consécration de la règle "pas de nullité sans texte" serait-elle, alors, plus défendable en droit des sociétés ? La réponse par la négative semble s'imposer, car entre l'arbitraire du juge et le manque de clarté dans l'énumération des causes de nullité, il semble préférable de choisir la mauvaise volonté³¹⁶.

97. La nullité reste, malgré sa brutalité, le seul moyen de rétablissement de la légalité³¹⁷. L'idéal serait, plutôt que de l'enfermer dans le carcan du principe "pas de nullité sans texte", de veiller au rétrécissement de son domaine et la paralysie de ses effets, donc de « l'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation »³¹⁸. » D'ailleurs, en droit des sociétés français, la règle "pas de nullité sans texte" n'a pas empêché l'extension du champ d'intervention de cette sanction. La nullité intervient fréquemment, en matière de délibérations, notamment pour

³⁰⁹ V. BESROUR (N), « Approche en vue d'une sécurisation du système de sanction des règles de formation du contrat », *R.T.D.*, 2007, pp.217 et 218.

Cf. contra : . ٤٢ ص ٦ ، عدد ١٩٩١ ، م.ق.ت ، «تسمية المهر للزوجة وخواطر حول بطلان الزواج»،

D'après l'auteur, il faudrait distinguer, conformément au rite malékite, selon que le mariage est consommé ou pas. Dans cette dernière hypothèse, l'absence d'une fixation de la dot entraîne la nullité de l'union, alors que dans le premier cas l'intérêt de la famille exige son maintien avec une détermination de la dot par le juge, suivant les usages de chaque pays .

V. aussi : . ١٣٧ ص ٢٠٠٥ ، المجلة القانونية التونسية ، «دراسة مقارنة»،

عمار عبد الواحد عمار الداودي، «الشروط الشكلية لعقد الزواج، دراسة مقارنة»،

« فالعقد الذي لم يقع التتصيص فيه على المهر هو عقد باطل »

³¹⁰ V.BESROUR (N), *Ibidem*.

³¹¹ Selon M. Zine, la règle est abandonnée en matière de procédure civile et pénale.

V. الزين (محمد)، المرجع السابق، ص ٢١٠

³¹² V.VINCENT (J) et GUINCHARD (S), *Op.cit.*, p.565.

³¹³ Issu du décret du 20 juillet 1972.

³¹⁴ Selon l'article 114 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile , « aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul, pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi. »

³¹⁵ VINCENT (J) et GUINCHARD (S), *Op.cit.*, p.566 : « On peut reprocher à ce système de reposer sur l'idée que le législateur a minutieusement prévu, pour chaque formalité, si elle était ou non prescrite à peine de nullité, en pesant le pour et le contre. Or, malheureusement ce n'est pas le cas et l'on trouvera toujours une formalité non prescrite à peine de nullité alors que cette sanction s'impose. »

³¹⁶ L'article 556 COC prévoit qu' « entre deux inconvénients, il faut choisir le moindre. »

³¹⁷ JAPIOT (R) , *Op.cit.*, p.166 : « La nullité est une sanction :elle n'a pour utilité et pour raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne, et ,si l'on passe outre, de réparer le mieux possible cette violation en préservant contre les conséquences de celle-ci les intérêts que la règle violée était destinée à protéger. »

³¹⁸ Formule empruntée à JAPIOT (R) et qui revient dans sa thèse précitée.

sanctionner la violation de la forme et des délais de convocation des AGE³¹⁹ ainsi que les règles régissant le quorum, la majorité, la feuille de présence et le droit de communication³²⁰. De plus, le droit commun offre de larges possibilités de prononcer la nullité. C'est ainsi que le principe général selon lequel "la fraude corrompt tout" a permis aux juges d'annuler les décisions d'AGE, alors que cette sanction n'est point appelée à intervenir souvent. En effet, bien que la loi du 24 juillet 1966 ne sanctionne pas par la nullité le refus d'admission à l'AGE, la Cour de cassation française a approuvé les juges du fond d'avoir annulé les délibérations dudit organe quand l'actionnaire a été empêché frauduleusement d'y participer. « Dès lors qu'il est établi que c'est en fraude des droits d'actionnaires minoritaires qu'une assemblée générale extraordinaire a été convoquée et a délibéré, l'arrêt qui prononce la nullité de cette assemblée est justifié³²¹. »

- 98.** L'extension du domaine d'intervention de la nullité a été renforcée par les magistrats qui, animés par la volonté de s'affranchir du joug des nullités textuelles, n'ont pas résisté à la tentation de prendre leur revanche sur le terrain des nullités virtuelles. Effectivement, l'article L 235-1 alinéa 2 CC prévoit la nullité des délibérations non modificatives des statuts pour violation d'une disposition impérative dudit Code³²², cause que les juges français n'ont pas hésité à interpréter largement. Une telle réaction résulte de l'imprécision de l'expression « disposition impérative de la loi. » C'est ainsi qu'une obligation pénalement sanctionnée a été considérée comme une disposition impérative, opinion non partagée par ceux qui se fondent sur l'autonomie réciproque des règles civiles et pénales³²³.

En outre, la jurisprudence française a étendu la notion de « disposition impérative de la loi » aux dispositions impératives décrétales³²⁴. « Cette solution protège très efficacement le droit des associés de participer aux assemblées, affirmé par l'article 1844 du Code civil, droit fondamental incluant la participation mais également le vote lors des assemblées dont la Cour de cassation assure sérieusement le respect ³²⁵. »

Certes, cette solution n'a pas duré, puisque la Cour de cassation française l'a par la suite démentie³²⁶, au grand dam des associés³²⁷, mais au bénéfice des tiers³²⁸. Il n'en demeure pas moins que les juges français trouvent toujours le moyen d'élargir la notion de « disposition impérative de la loi », en découvrant eux-mêmes de pareilles règles. L'affaire "Cointreau"³²⁹ en est une illustration.

Alors qu'aucune disposition de la loi du 24 juillet 1966 n'impose au président du conseil d'administration d'informer ses membres préalablement à la tenue de l'organe délibérant, les juges ont pu induire des articles 98 ³³⁰et 113³³¹ un droit individuel des administrateurs à cette information.

« Vu les articles 98 et 113 de la loi du 24 juillet 1966 ; - Attendu qu'il résulte de ces textes que le conseil d'administration est appelé à agir au nom de la société, qu'il s'ensuit que le

³¹⁹ Articles L 223-27 et L 225-104 CC, régissant respectivement la SARL et les sociétés par actions.

³²⁰ Article L 225-121CC, relatif aux sociétés par actions.

³²¹ Cour de cass (ch.com), 6 juillet 1983, *Revue des sociétés*, 1984, p.76, N : GUYON (Y).

³²² La même disposition est consacrée par le Code civil français, à travers l'article 1844-10 in fine.

³²³ V. MASQUELIER (F), *Article précité*, p.3.

³²⁴ V. Cour de cass (ch.com), 4 octobre 1988, *Revue des sociétés*, 1989, p.62, N : GUYON (Y) ; Cour de cass (3^e civ), 19 juillet 2000, *R.T.D com*, 2000, p.963, N : MONSÉRIÉ-BON (M-H).

³²⁵ V. MONSÉRIÉ-BON (M-H), Note sous Cour de cass (3^e civ), 19 juillet 2000, *R.T.D com*, 2000, p.965.

³²⁶ Cour de cass (3^e civ), 11 octobre 2000, *R.T.D com*, 2001, p.164 N : MONSÉRIÉ - BON (M-H).

³²⁷ MONSÉRIÉ- BON (M-H), Note sous Cour de cass (3^e civ), 11 octobre 2000, *R.T.D com*, 2001, p.165 : « Certains s'inquiètent de cette interprétation de nature à malmenier le respect des droits des associés lors des assemblées générales, l'essentiel de la réglementation se trouvant établie par voie réglementaire. C'est le cas notamment, des règles relatives à la convocation et à l'établissement des procès-verbaux d'assemblée qui sont de nature à garantir une participation effective des associés à la vie sociale. »

³²⁸ Leur protection impose le caractère exceptionnel des annulations des délibérations d'assemblée.

³²⁹ Cour de cass (ch.com), 2 juillet 1985, *Revue des sociétés*, 1986, p.231, N : LE CANNU (P).

³³⁰ L'article 98 de la loi de 1966 est devenu l'article L 225-35 CC qui fixe les pouvoirs du conseil d'administration.

³³¹ L'article 113 de la loi de 1966 est devenu l'article L 225-51CC, relatif aux pouvoirs du président du conseil d'administration.

président de ce conseil doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause ; »

Une telle démarche assure évidemment un meilleur fonctionnement du conseil d'administration³³², mais elle reste dangereuse pour la sécurité des tiers, par l'extension de la nullité qu'elle opère³³³.

- 99.** Cette attitude jurisprudentielle ne fait qu'aggraver l'échec du principe "pas de nullité sans texte", consacré dans des circonstances particulières au contexte français. Effectivement, il n'est pas sans intérêt de souligner que le législateur français semble avoir fait preuve de méfiance à l'égard de la nullité suite à une pression européenne hostile à cette sanction³³⁴. Une proposition de directive datant du 21 février 1964, devenue la directive n°68/151 du Conseil des communautés européennes du 9 mars 1968³³⁵, a énuméré les causes de nullité en dehors desquelles aucune nullité relative ou absolue ne peut être imposée par les législations nationales. « A la même époque le législateur français a entrepris la réforme du droit des sociétés commerciales. Un projet de loi n°1003 déposé le 20 juin 1964 a donné naissance à la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 "sur les sociétés commerciales" ³³⁶. » Certes, ladite loi ne s'est pas conformée au texte européen. Elle a tout simplement réduit les causes de nullité ³³⁷ et proclamé la règle "pas de nullité sans texte". Mais par l'ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969, le législateur français a transposé la directive de 1968 et limité davantage les causes de nullité dans les sociétés par actions et à responsabilité limitée³³⁸.
- 100.** L'obligation de se conformer au droit communautaire, imposée aux Etats destinataires de la directive³³⁹, a été accentuée par l'apparition d'un ordre public sociétaire communautaire³⁴⁰,

³³² La preuve en est que le législateur français a entériné la création prétorienne de l'arrêt "Cointreau" par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), qui a ajouté à l'article L225-35CC une disposition prévoyant que : « Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. »

³³³ LE CANNU (P), Note sous Cour cass (ch.com), 2 juillet 1985, *Revue des sociétés*, 1986, p.237 : « L'arrêt Cointreau contribue donc à déverrouiller le système des nullités des actes et délibérations des organes collégiaux de sociétés.

Cette ouverture était sans doute nécessaire pour laisser la jurisprudence compléter son travail d'affinement (et même de découverte) des principes qui, un jour peut-être figureront expressis verbis dans les textes. Mais elle diminue aussi la sécurité de fonctionnement des sociétés, d'une manière préoccupante pour les usagers. »

³³⁴ MOURY (J), « Les nullités « en cascade » en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2013, p.605 : « Tendances encore accentuées sous l'influence du droit communautaire, le législateur français a adopté une conception très restrictive de la théorie des nullités dans le domaine des sociétés. »

³³⁵ *G.P.*, 1969, I, p.153.

³³⁶ V. LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés - présentation générale », *Juris-Classeur Sociétés*, Volume 2, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2000, Fascicule 32-10, p.3.

³³⁷ BASTIAN (D), « La réforme du droit des sociétés commerciales. Introduction. Dispositions générales. Sociétés de personnes. Sociétés à responsabilité limitée », *J.C.P.* (G), 1967, I, 2121, n°169 : « Il faut rappeler ici que, d'une façon générale et pour se conformer à la directive de la C.E.E, la loi de 1966 supprime autant que possible toute nullité affectant la constitution des sociétés ou les modifications statutaires : pour leur sécurité, les tiers doivent être assurés de traiter avec une société régulière. »

³³⁸ L'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L 235-1CC, exclut comme causes de nullité les vices de consentement, l'incapacité d'un associé, à moins qu'elle n'atteigne tous les fondateurs, et l'existence de clauses léonines.

« Il s'agit pourtant là de causes de nullité particulièrement graves, et pour lesquelles la nullité était parfaitement compréhensible. Le législateur est donc allé fort loin, en vue d'assurer la sécurité des tiers, puisque les vices de consentement et l'incapacité d'un associé n'entraînent plus la nullité (non plus que les clauses léonines), contrairement aux vieux principes du droit français que l'on aurait pu croire intangible. »

V. LEBLOND (J), « Les actions en nullités en droit des sociétés », *G.P.*, 1976, Doctrine, p.79.

³³⁹ SINAY (R), « La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français », *G.P.*, 1971, I, p.146 : « La force contraignante de la directive n'est pas un vain mot : les Etats qui en sont les "destinataires" (eux seuls le sont et non les particuliers) peuvent, s'ils ne s'y conforment pas, faire l'objet du recours devant la Cour de justice des communautés que le Traité accorde à la Commission et aux Etats

s'imposant aux juridictions nationales, comme le témoigne l'affaire « Marleasing »³⁴¹. Dans cette décision, outre le rappel du caractère limitatif de l'article 11 de la directive européenne du 9 mars 1968³⁴², la Cour de justice des communautés européennes a interprété strictement la nullité pour objet social illicite, en la limitant à l'objet statutaire, à l'exclusion de l'activité réellement exercée ; ce qui est de nature à raréfier le prononcé de la sanction, car il ne semble pas évident que l'illicéité apparaisse dans les statuts.

Il est vrai que la limitation des causes de nullité favorise la sécurité des tiers, mais particulièrement dans cette hypothèse la restriction ne peut que les désavantager. « Refuser d'étendre à l'appréciation de l'objet réel, la recherche du caractère illicite de l'objet statutaire, c'est prendre le risque de maintenir en activité des sociétés qui contreviennent gravement à l'ordre public. En d'autres termes, c'est attenter à la sécurité juridique³⁴³. »

101. Par conséquent, plutôt que de suivre les pas du législateur français dans l'édiction de la règle "pas de nullité sans texte" par simple mimétisme, avec tous les inconvénients pouvant en découler, il serait préférable de s'attacher à réduire les causes de nullité, surtout que nombre d'entre elles ne semblent pas se justifier.

B- L'inadaptation de la nullité textuelle.

102. La nullité explicitement édictée par le législateur apparaît parfois inadaptée, car le but de la règle violée ne justifie pas son intervention (1) et le législateur n'y remédie que ponctuellement (2).

1-L'existence de causes de nullité injustifiées

103. Souvent, le but de la règle explique l'intervention de la nullité pour sanctionner sa violation. Tel est le cas de plusieurs dispositions du Code des sociétés commerciales, dont l'article 34 constitue un exemple. Ce texte prévoit que : « Est nulle et de nul effet toute cession de tout ou partie de l'actif social au liquidateur, à son conjoint, ses ascendants, ses descendants, un de ses employés, ou à toute personne morale à laquelle il est intéressé directement ou indirectement. » Ainsi, cette disposition traduit une méfiance à l'égard du liquidateur, en frappant de nullité absolue³⁴⁴ les actes

membres contre un Etat membre qui "a manqué à une des obligations qui lui incombent" (art 169 à 171 du Traité). »

³⁴⁰ JEANTIN (N), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996, p.154 : « Par ordre public sociétaire communautaire, on n'entendra pas les dispositions contenues dans les directives relatives au droit des sociétés mais bien plutôt les principes qui paraissent animer certaines décisions de la Cour de justice des Communautés européennes rendues en matière de sociétés. »

³⁴¹ CJCE, 13 novembre 1990, *Revue des sociétés*, 1991, p.532, N : CHAPUT (Y).

³⁴² L'article 11 de la directive dispose que : « La législation des Etats membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes :

1. la nullité doit être prononcée par décision judiciaire ;
2. les seuls cas dans lesquels la nullité peut être prononcée sont :
 - a) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique ;
 - b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société ;
 - c) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social ;
 - d) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social ;
 - e) l'incapacité de tous les associés fondateurs ;
 - f) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux.

En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité. »

³⁴³ V. JEANTIN (M), *Article précité*, p .156.

³⁴⁴ La version arabe du texte se prononce expressément sur la nature juridique de cette nullité : « تكون الإحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً »

par lesquels l'actif social serait cédé totalement ou partiellement, directement ou indirectement à son profit, ou en faveur de son conjoint, de ses proches parents et des personnes qui lui sont subordonnées. La nullité absolue semble se justifier, en l'occurrence, car elle fait échec à la fraude du liquidateur³⁴⁵ et rétablit ainsi l'évitement du conflit d'intérêts recherché par l'article 34 CSC.

104. La nullité s'explique également en matière de conventions interdites objet des articles 116 et 200 CSC, régissant respectivement la SARL et la SA. L'article 116 interdit à la société d'accorder des crédits ou des garanties à ses gérants ou associés personnes physiques³⁴⁶ ainsi qu'à leurs conjoints et proches parents, sous peine de nullité absolue. Quant à l'article 200, il prohibe, à peine de nullité du contrat, les opérations financières passées entre la société, d'une part, et ses dirigeants³⁴⁷ ou actionnaires, leurs conjoints, proches parents et personnes interposées, d'autre part. Dans les deux textes, la nullité semble se justifier, car elle sanctionne des opérations assez dangereuses pour la société³⁴⁸, puisqu'il s'agit pour ses associés ou dirigeants de se financer à son détriment³⁴⁹.

La sanction rétablit, de cette façon, l'évitement des conflits d'intérêts pesant sur les bénéficiaires de ces opérations financières qui ne se trouveront pas en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt social et celle de leur propre avantage³⁵⁰.

L'intervention raisonnable de la nullité en la matière est confirmée par son exclusion là où elle ne se justifie plus. Effectivement, les articles 116 et 200 CSC écartent de l'interdiction les associés et les administrateurs personnes morales, et ce pour prendre en considération les opérations financières intra-groupe³⁵¹. En outre, l'article 200 autorise les opérations financières courantes passées à des conditions normales par les établissements de crédit³⁵².

105. Toutefois, la nullité semble moins pertinente en d'autres cas. Il en est ainsi lorsqu'elle frappe systématiquement la SARL pour défaut de libération par un associé de son apport. Dans ce contexte, l'article 104 alinéa 1 CSC dispose que : « Est nulle toute société à responsabilité limitée constituée en violation des articles 93 à 100 du présent Code. » Parmi ces dispositions figure l'article 97 exigeant la libération intégrale du capital³⁵³. Les textes sont tellement clairs, qu'ils ne laissent régner aucun doute sur l'application de la sanction³⁵⁴.

³⁴⁵ MELLOULI (S) et FRIKHA (S), *Op.cit.*, p.87: « Une pareille cession est frappée de nullité absolue puisqu'elle contient une présomption irréfragable de fraude. »

³⁴⁶ L'interdiction s'étend aux représentants légaux des personnes morales associées.

³⁴⁷ Y compris les représentants permanents des personnes morales administrateurs.

³⁴⁸ D'ailleurs, ces deux textes sont cités comme des consécutions particulières de l'exception de nullité, opposable même aux tiers.

V. ممشيش (عماد)، المقال السابق، ص ١١٢ و ١٢٤ .

³⁴⁹ Ripert (G) et ROBLOT (R), *Op.cit.*, p. 458 : « La loi a voulu mettre fin aux crédits âprement sollicités et abusivement consentis par une société à ses administrateurs ou à leurs proches parents. »

Cf. KNANI (Y), « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants à la lumière de la loi du 16 mars 2009 », *R.J.L.*, 2009, n°7, p.61 : « L'actionnaire n'a pas le droit d'emprunter à la société pour souscrire à une augmentation de son capital. Autrement dit: l'actionnaire doit financer la société et non se financer à son détriment et au détriment des autres actionnaires. Il s'agit là d'une règle d'éthique et en même temps de rigueur financière. »

³⁵⁰ SCHMIDT (D), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, JOLY, Paris, 2004, p.28 : « Le conflit d'intérêts apparaît lorsqu'une personne, actionnaire ou dirigeant, se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt commun des actionnaires et celle de son intérêt personnel opposé. »

³⁵¹ KNANI (Y), *Ibidem* : « L'article 200 a été ainsi mis en harmonie avec l'article 474 CSC qui autorise les opérations financières entre sociétés du même groupe. »

³⁵² KNANI (Y), *Ibidem* : « Ceci se justifie par l'objet de la société anonyme qui se livre au commerce de l'argent et du crédit, à condition qu'il s'agisse d'opérations courantes. »

³⁵³ L'article 97 alinéa 1 CSC dispose que : « 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. »

³⁵⁴ Cf. *contra* : BEN NASR (T), *Article précité*, pp.28 et 29.

L'auteur se demande si la non-libération de sa part du capital par un associé constitue une cause de nullité de la SARL et répond par la négative : « ...On ne peut à notre sens se fonder sur le défaut de libération par l'un des associés de sa part du capital social pour prononcer la nullité de la société. »

Certes, la nullité semble inopportune, car outre ses conséquences fâcheuses pour toutes les parties en présence, notamment les tiers, elle peut être désormais incompatible avec les spécificités de la SARL qui depuis la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique³⁵⁵, peut se constituer sans capital minimum³⁵⁶ et avec des apports en industrie³⁵⁷.

Cependant, comme le capital social reste une exigence légale dans la SARL³⁵⁸ et que le législateur veille toujours à son existence³⁵⁹ ainsi qu'à son maintien³⁶⁰, il semble préférable de continuer à frapper de nullité la non-libération des apports, mais d'en faire une sanction facultative, laissée à l'appréciation du juge, selon l'importance du capital pour la personne morale³⁶¹.

- 106.** Parfois la nullité s'impose avec une paralysie de ses effets dans l'espace. Tel est le cas des articles 1301 et 1302 COC, applicables respectivement à la proportionnalité et à la clause léonine. L'article 1301 COC dispose que : « 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 ». Ce texte frappe ainsi de nullité totale le défaut de proportionnalité de la contribution au résultat à la participation dans le capital social. Cette sanction semble excessive, surtout que le législateur se contente de la nullité partielle dans une hypothèse plus grave, à savoir la clause affranchissant l'un des associés de toute contribution aux pertes³⁶². D'ailleurs, l'article 1301 COC constitue une reprise intégrale de l'article 1483 de l'avant-projet de Code civil et commercial tunisien, qui a malheureusement abandonné la nullité partielle, consacrée par l'article 1267 du projet préliminaire³⁶³.
- 107.** Le caractère exagéré de la sanction édictée par l'article 1301 COC explique que pour le même cas, l'article 288 alinéa 1 CSC, relatif à la SA, a préféré faire usage du réputé non écrit³⁶⁴.
- 108.** La violation de la proportionnalité mérite d'être sanctionnée par la nullité partielle qui assure le respect du caractère impératif de la règle violée. Effectivement, la paralysie des effets de la nullité dans l'espace permet de faire disparaître l'irrégularité et de mettre ainsi les statuts en conformité avec les exigences légales.
- 109.** Cette paralysie se justifie également à propos de la clause léonine attribuant à l'un des associés la totalité des gains. Pourtant, le législateur a opté pour une autre solution. En effet, l'article 1302

³⁵⁵ *J.O.R.T.*, 2007, n°104, p.4337.

³⁵⁶ L'article 92 CSC, tel que modifié par la loi de 2007, dispose que : « Le capital de la société à responsabilité limitée est fixé par son acte constitutif. »

D'inspiration française, cette disposition permet à la SARL de fonctionner même avec un capital social égal à 1 dinar. Il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école, vu l'autorisation des apports en industrie.

³⁵⁷ La loi de 2007 a abrogé le dernier alinéa de l'article 97 CSC qui interdisait l'apport en industrie dans la SARL et l'a remplacé par une disposition l'autorisant : « L'apport en société peut être en industrie.

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 constitutif. Cet apport n'entre pas dans la composition du capital de la société.»

³⁵⁸ La preuve en est que le juge continue à sanctionner par la nullité le défaut de libération par un associé de son apport.

V. *Cass. civ.*, n°17592 du 6 mai 2008 précitée.

³⁵⁹ Notamment à travers la souscription et la libération intégrales du capital (article 97) ainsi que l'évaluation des apports en nature (article 100).

³⁶⁰ Surtout par la réglementation de sa réduction (articles 136 et 137) et la répression des délits pouvant entamer sa substance (article 158-4).

³⁶¹ Le caractère facultatif de la nullité a surtout pour finalité de sauver la société de la disparition, avec toutes les conséquences fâcheuses pouvant en découler pour l'économie nationale toute entière, car les tiers semblent suffisamment protégés en la matière, par la régularisation (article 107), l'inopposabilité (article 104) et la consécration de la théorie des sociétés de fait (article 105).

³⁶² Article 1302 COC.

³⁶³ « Toute stipulation qui attribuerait à un associé une part dans les bénéfices, ou dans les pertes, supérieure à sa mise est nulle.»

³⁶⁴ « La part de chaque actionnaire dans les bénéfices est déterminée proportionnellement à sa part dans le capital social. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. »

COC dispose que : « 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. »

L'inégalité de traitement des deux clauses léonines prévues par ce texte ne s'explique nullement. L'on ne comprendrait pas pourquoi l'attribution de la totalité des gains à l'un des associés annule la société, alors que son exonération de toute contribution aux pertes reste sans incidence sur sa validité.

La discrimination entre ces clauses léonines est d'autant plus critiquable que toutes les deux sont contraires au jus fraternitatis qui suppose la collaboration égalitaire de tous les associés.

Même si les articles 1249 COC et 2 CSC qui définissent la société ne font aucune allusion à la contribution aux pertes, ils ne semblent nullement l'exclure comme élément caractéristique de l'acte sociétaire³⁶⁵, car l'affectio societatis suppose que les associés soient unis pour le meilleur et le pire³⁶⁶. D'ailleurs, la finalité intéressée n'est pas spécifique au contrat de société, puisqu'elle est rencontrée dans le contrat de travail, et ce à l'opposé de la contribution aux pertes. Conséquemment, l'harmonisation du régime juridique des clauses léonines impose de leur réserver comme sanction la nullité partielle et de sauver par là même la société de l'anéantissement, avec toutes les conséquences lourdes pouvant en résulter pour ses cocontractants³⁶⁷. La nullité partielle suffit pour le rétablissement de l'équilibre sociétaire recherché par l'interdiction des clauses léonines.

- 110.** La sévérité de la nullité exige dans d'autres hypothèses que son prononcé soit conditionné par le grief causé par l'irrégularité. La violation des règles applicables à l'évaluation des apports en nature en est une illustration.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'apport en nature pose le problème de son évaluation exacte ; d'où le mécanisme institué à cet effet par l'article 173 CSC, relatif à la SA ouverte³⁶⁸. Ce texte exige l'estimation de l'apport en nature par un ou plusieurs commissaires aux apports désignés par le juge, parmi les experts judiciaires. Ces commissaires évaluent les apports dans un rapport contenant un certain nombre de mentions, qui sera communiqué aux souscripteurs et soumis à l'approbation de l'AGC. Afin de garantir une évaluation objective des apports en nature, l'article 173 alinéa 5 CSC exclut l'apporteur de la participation au vote relatif à l'estimation de son apport.

Quant à l'article 174 CSC, il prévoit une liste de situations d'incompatibilités dans lesquelles le commissaire aux apports ne doit pas se trouver et ajoute, dans son avant dernier alinéa, que « les délibérations prises par l'assemblée générale constitutive contrairement aux dispositions du présent article sont nulles. »

La violation des articles 173 alinéa 5 et 174 CSC entraîne la nullité de la société, car l'article 179 CSC frappe de cette sanction toute SA constituée en transgression des articles 160 à 178 CSC.

Cette solution paraît exagérée, puisque les articles 173 alinéa 5 et 174 CSC tendent à garantir la crédibilité du mécanisme d'évaluation des apports en nature, crédibilité qui ne risque pas forcément d'être altérée en cas de participation de l'apporteur au vote ou bien lorsque le commissaire aux apports se trouve dans une situation d'incompatibilité. Il aurait été plus judicieux d'édicter en la matière la nullité pour préjudice, sanction adaptée à la violation des règles procédurales.

Conséquemment, la société ne serait éventuellement annulée que lorsque la violation des prescriptions des articles 173 alinéa 5 et 174 aboutissait à une estimation subjective des apports en

³⁶⁵ Cf. *contra* : BESROUR (N), *Op.cit.*, p.392.

³⁶⁶ GUYON (Y), *Op.cit.*, p.130 : « Les associés participent à une même aventure. Ils en profitent tous, si elle est bénéficiaire. Ils en assumeront tous les pertes, si elle est déficitaire. »

³⁶⁷ Selon l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil français, toutes les clauses léonines sont sans incidence sur le contrat de société.

³⁶⁸ La loi n° 2005 -65 du 27 juillet 2005, modifiant et complétant le Code des sociétés commerciales (*J.O.R.T.*, 2005, n° 61, p. 1939) a étendu ce mécanisme à la SA fermée sans, toutefois, sanctionner sa violation.

V. Articles 180 et 182 alinéa2 CSC.

nature, pouvant porter préjudice aux apporteurs en numéraire³⁶⁹ ainsi qu'aux créanciers sociaux qui sont en droit de compter sur la valeur du gage à eux annoncée.

111. Enfin, dans certains cas, il ne suffit pas de dresser un obstacle au prononcé de la nullité ou de paralyser ses effets. La sanction doit tout simplement être bannie. Tel est le cas de la SARL constituée sans écrit. En effet, l'article 104 CSC sanctionne par la nullité de cette société la violation des articles 93 à 100 CSC. Or, parmi ces dispositions figure l'article 96, prévoyant que la SARL est constituée par un écrit, signé par tous les associés ou par leurs mandataires justifiant d'un pouvoir spécial et comportant un certain nombre de mentions³⁷⁰. Ainsi, le législateur a choisi de faire de l'écrit une condition de validité de la SARL, à l'exclusion des autres sociétés dotées de la personnalité morale ; ce qui constitue une discrimination injustifiée entre les différentes formes de sociétés.

112. Parfois, la nullité gagnerait à être remplacée par une sanction plus adéquate. Telle est l'hypothèse de la nullité pour violation des formalités de publicité, prévue par l'article 17 CSC. Ce texte réserve cette sanction à la transgression des articles 15 et 16 CSC, prévoyant respectivement la publicité des statuts et des décisions sociales. Sachant que cette publicité vise la protection des tiers contre l'ignorance de la société ou des délibérations pouvant affecter sa destinée, l'inopposabilité semble suffisante pour atteindre une telle finalité. D'ailleurs, la même remarque vaut pour l'article 157 CSC disposant que : « Si le capital social a cessé d'appartenir exclusivement à l'associé unique, la société sera soumise aux dispositions des articles 90 à 147 du présent Code. Dans ce cas, les associés sont tenus de procéder à une modification des statuts et aux mesures de publicité légale dans le délai d'un mois à compter de la nouvelle répartition du capital social sous peine de nullité de la société. Tout intéressé peut demander au tribunal de constater cette nullité. La demande sera jugée selon la procédure des référés. » Ce texte frappe de nullité absolue la SUARL dont le capital social a cessé d'appartenir exclusivement à l'associé unique sans que ce changement ne fasse l'objet d'une publicité par les associés. La protection des tiers contre l'ignorance de cette mutation n'exige pas l'intervention d'une telle sanction, puisqu'elle pourrait bien être assurée par l'inopposabilité de l'événement et de toutes les conséquences pouvant en découler.

C'est dire combien la nullité semble parfois inadaptée à l'irrégularité. Une telle inadaptation est aggravée par la politique des remèdes ponctuels pour laquelle le législateur a opté.

2- Le recours aux remèdes ponctuels

113. Le recours législatif aux remèdes ponctuels se manifeste, aussi bien au niveau de la limitation du prononcé de la nullité, que sur le plan de la paralysie de ses effets.

114. En ce qui concerne la restriction du prononcé de la nullité, le législateur n'a malheureusement pas généralisé la régularisation et la prescription abrégée, au grand dam des tiers dont la sécurité est à coup sûr menacée.

115. S'agissant de la régularisation, contrairement au droit français qui la prévoit pour toutes les sociétés civiles et commerciales ainsi que pour toutes les causes de nullité, le législateur n'a généralisé ce correctif qu'en matière de publicité des sociétés. En dehors de la publicité, la régularisation reste limitée aux sociétés anonymes et à responsabilité limitée. Elle intervient en cas de violation des règles prévues par le Code des sociétés commerciales³⁷¹, qu'elles concernent la constitution ou les délibérations³⁷².

³⁶⁹ Le gonflement de la valeur des apports en nature conduit à une répartition inégalitaire du capital social entre les apporteurs en numéraire et les apporteurs en nature.

³⁷⁰ LABASTIE-DAHDOUH (Ch) et DAHDOUH (H), *Op.cit.*, p.128 : « L'absence d'écrit entraîne la nullité de la société aux termes de l'article 104 du code des sociétés commerciales. »

³⁷¹ Sous réserve de la SARL pour laquelle l'article 107 CSC vise toute nullité ; ce qui constitue une discrimination injustifiée entre les sociétés à risques limités.

³⁷² L'article 107 CSC emploie l'expression « toute nullité », alors que l'article 179 CSC, relatif à la SA, prévoit « l'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution. »

116. La régularisation est explicitement exclue dans la SCA, car l'article 391 CSC la soumet aux dispositions régissant les SCS et les SA, à l'exception des articles 176 à 209 CSC³⁷³.

117. Pour les autres sociétés commerciales, aucune disposition ne se prononce sur la régularisation qui est paradoxalement admise en matière de groupement d'intérêt économique³⁷⁴. Est-il, alors, possible de généraliser ce correctif de la nullité ? La réponse à la question n'est pas sans susciter des difficultés, puisque l'extension de la régularisation, en dehors des cas prévus par la loi, déroge à un certain nombre de règles.

D'abord, la régularisation porte atteinte au principe d'appréciation de la validité d'un acte juridique au jour de sa conclusion³⁷⁵. Toutefois, il semble que cette règle fait obstacle à ce qu'un événement postérieur entraîne la nullité d'un acte né valable. Elle ne l'empêche pas de valider un acte naissant nul ; ce qui est de nature à réaliser sa stabilité³⁷⁶.

Ensuite, la régularisation déroge à la règle de l'appréciation du bien-fondé d'une action au jour de la demande, mais cette règle procédurale, permettant de rejeter la régularisation intervenant en cours d'instance, est édictée pour que le demandeur ne souffre pas des lenteurs du procès. Or, la régularisation ne saurait lui être préjudiciable³⁷⁷.

Enfin, la régularisation est dérogatoire à la règle selon laquelle les actes atteints de nullité absolue ne peuvent être confirmés, sauf que la régularisation ne se confond pas avec la confirmation. La première intervient sur l'acte pour le rendre valable rétroactivement et erga omnes, tandis que la seconde n'est qu'une simple renonciation au droit de critique³⁷⁸.

118. Conséquemment, il n'y a pas de véritable embûche pouvant gêner l'extension de la régularisation, même si cette solution laisse les tiers dans l'incertitude jusqu'à la mise en œuvre du correctif dont l'encouragement n'est pas aussi accentué qu'en droit français. Effectivement, le législateur français a envisagé la régularisation sous astreinte³⁷⁹, à travers les articles 1839 C civ et L 210-7 CC prévoyant que « tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution », en cas de défaut de mention statutaire ou bien si une formalité constitutive a été omise ou irrégulièrement accomplie. La même solution est applicable dans l'hypothèse d'une modification statutaire³⁸⁰.

V. MASQUELIER (F), *Article précité*, p.8 : « Concrètement, la régularisation des délibérations sociales suppose de reprendre le processus de décision comme si rien ne s'était produit. »

³⁷³ L'article 391 CSC écarte ainsi l'article 179 CSC consacrant la régularisation.

³⁷⁴ L'article 445 alinéa 3 CSC prévoit que : « L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister et avant que le tribunal de première instance n'ait statué sur le fond sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet du groupement. »

³⁷⁵ LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés, sanction des irrégularités de constitution », *Juris-Classeur Sociétés*, Volume 2, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2000, Fascicule 32-30, p.17 : « En droit commun, la régularisation n'est pas admise de manière générale. La régularisation porte en effet atteinte au principe selon lequel la validité d'un acte s'apprécie au jour de sa conclusion. »

³⁷⁶ V. BESROUR (N), *Op.cit.*, pp.280 et 281.

³⁷⁷ V. BESROUR (N), *Op.cit.*, p.281.

³⁷⁸ V. BESROUR (N), *Op.cit.*, p.282.

Cf. MASQUELIER (F), *Article précité*, p.9 : « La confirmation opère la renonciation à se prévaloir de la nullité et ne concerne par conséquent que les nullités relatives. » ; LEGROS (J-P), *Article précité*, p.12 : « Pour une large fraction de la doctrine, la confirmation s'analyse en une renonciation à l'exercice de l'action en nullité. Elle ne comporte aucune volonté de réparer le vice qui affecte l'acte : la cause de nullité ne disparaît donc pas. »

³⁷⁹ L'astreinte est une « condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle, généralement fixée à tant par jour de retard, qui s'ajoute à la condamnation principale pour le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par le juge et tend à obtenir du débiteur, par la menace d'une augmentation progressive de sa dette d'argent, l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel (peut être provisoire ou définitive). » V. *Vocabulaire juridique précité*, V° Astreinte.

³⁸⁰ Cette régularisation tend à faire disparaître les irrégularités échappant à la nullité, du fait de la consécration du principe "pas de nullité sans texte".

Cependant, le silence du Code des sociétés commerciales sur la régularisation sous astreinte ne signifie nullement son interdiction³⁸¹. D'ailleurs, il convient de ne pas trop exagérer la portée de cette régularisation forcée, car « une astreinte ne suffit pas toujours à vaincre le mauvais vouloir de ceux, parfois nombreux à qui la régularisation est imposée³⁸². »

- 119.** A côté de la régularisation sous astreinte, le législateur français consacre la régularisation sollicitée, à travers les articles 1844-12 C civ et L 235-6 CC disposant que : « En cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne, y ayant intérêt, peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. »

Cette disposition oblige l'associé victime d'un vice de consentement ou frappé d'incapacité à choisir entre la régularisation et la nullité, dans un certain délai, afin d'épargner aux tiers toute incertitude³⁸³. Les mêmes textes permettent de supprimer l'intérêt du demandeur en nullité par le rachat de ses droits sociaux³⁸⁴. En un mot, tout est mis en œuvre en vue d'éviter le prononcé de la nullité et de mettre les tiers à l'abri de ses retombées. La confirmation des délibérations entachées de nullité en est une illustration.

C'est ainsi que l'article L 223-27 dernier alinéa CC, relatif à la SARL, prévoit que : « Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés. »

Dans le même sens, l'article L 225-104 alinéa 2 CC, applicable à la SA, dispose que : « Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés. » Ces dispositions traduisent une renonciation à l'exercice de l'action en nullité originale par rapport à celle du droit commun car imposée par le législateur ; ce qui confirme son hostilité pour la nullité³⁸⁵.

- 120.** Le Code des sociétés commerciales n'a pas ignoré cette confirmation, comme cela résulte des articles 127 et 277. L'article 127 dernier alinéa CSC, relatif à la SARL, prévoit que : « Tout associé peut ester en justice pour faire déclarer la nullité d'une assemblée générale irrégulièrement convoquée, à moins que tous les associés y étaient présents ou représentés. » Quant à l'article 277 dernier alinéa CSC, applicable à la SA, il dispose que : « Toute assemblée dont la convocation n'est pas conforme aux modalités ci-dessus mentionnées peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires y étaient présents ou représentés. »

Ces textes font de l'irrégularité de la convocation de l'assemblée générale une cause de nullité facultative de ses délibérations³⁸⁶. Si l'article 127 dernier alinéa CSC ne précise pas la source de l'irrégularité, en revanche, l'article 277 dernier alinéa CSC est explicite sur la question, puisqu'il renvoie aux modalités fixées par les textes précédents. Il s'agit des dispositions des articles 276 et 277 CSC relatifs à l'avis de convocation ainsi que ses auteurs. Le respect de ces règles assure une participation effective de l'associé dans la vie sociale. C'est ainsi que l'avis de convocation, par exemple, indique l'ordre du jour de l'assemblée, dans lequel l'actionnaire a la possibilité d'inscrire des projets supplémentaires de résolutions³⁸⁷. Cependant, par sa présence à l'assemblée, l'associé exprime sa renonciation à l'exercice de l'action en annulation des délibérations. Ladite action n'est pas recevable lors même que le vice affectant la décision sociale

³⁸¹ الهاللي (عبد الله)، المقال السابق، ص ٦٢. V

³⁸² V.GUYON (Y), *Op.cit.*, p.165.

³⁸³ LEGROS (J-P), *Article précité*, p.20 : « Les textes analysés, introduisant en droit des sociétés des actions interrogatoires, encore dites provocatoires, obligent l'associé victime d'un vice du consentement ou l'incapable à agir dans un délai de six mois. »

³⁸⁴ « La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux. »

³⁸⁵ MASQUELIER (F), *Article précité*, p.9 : « Cette confirmation sui generis marque un pas supplémentaire dans le sens de la limitation des causes d'annulation dans les sociétés de capitaux. »

³⁸⁶ Les articles 127 dernier alinéa et 277 dernier alinéa CSC visent, à tort, la nullité de l'assemblée générale.

³⁸⁷ Article 283 CSC.

ne serait pas réparé ; ce qui ne pourrait que favoriser la sécurité des tiers pouvant compter sur la régularité des actes de l'organe délibérant.

121. Malgré ces dispositions, le législateur n'a pas accordé suffisamment d'intérêt aux obstacles au prononcé de la nullité, comme le témoigne l'étendue limitée de la prescription abrégée. En effet, contrairement à son homologue français qui en fait le délai de principe en droit des sociétés³⁸⁸, le législateur la réserve aux sociétés à risques limités et pour les seules violations des règles de constitution prévues par le Code des sociétés commerciales.

Concernant les autres causes de nullité et les formes sociétaires différentes, ce sont les délais de droit commun qui s'appliquent, avec pour la nullité relative, fixation comme point de départ la cessation de la cause de la nullité³⁸⁹. Ces délais pourraient parfois être longs, donc incompatibles avec la sécurité des transactions. Effectivement, le droit d'invoquer la nullité impose une distinction entre la nullité relative et la nullité absolue. S'agissant de la nullité relative, encore appelée rescision³⁹⁰, l'article 330 COC prévoit que son action « se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique pas un délai différent. » Quant à l'action en nullité absolue, sa prescriptibilité est controversée en doctrine.

122. Certains défendent son imprescriptibilité, en présentant comme arguments le fait que l'article 402 COC³⁹¹ ne constitue pas une disposition générale englobant toutes les actions. Au contraire, ce texte se limite aux actions qui naissent d'une obligation. Or, la nullité est une action issue de la loi. En outre, le néant ne peut se convertir en existence³⁹².

123. Le souci de sécurité juridique a amené d'autres auteurs à douter de la solidité d'une telle argumentation qui semble reposer sur une interprétation exégétique³⁹³.

La prescriptibilité par quinze ans de l'action en nullité absolue est d'autant plus défendable que l'article 402 COC est en réalité une disposition générale applicable à toutes les actions naissant d'une obligation, c'est-à-dire d'un contrat valable ou nul. Cette applicabilité est corroborée par l'absence d'un texte prévoyant l'imprescriptibilité de l'action en nullité absolue³⁹⁴.

³⁸⁸ LEGROS (J-P), Article *précité*, p.14 : « Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, le délai de prescription était trentenaire conformément au droit commun en l'absence de texte particulier. La loi du 1^{er} août 1893 fixa un délai de 10 ans, abaissé par un décret-loi du 30 octobre 1935 à 5 ans, et, enfin, depuis les réformes de 1966, et 1978 à 3 ans.

Le but est toujours le même : éviter le prononcé d'une nullité dont on redoute les conséquences. »

³⁸⁹ Article 331 COC.

³⁹⁰ MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Droit des obligations*, L.G.D.J, Paris, 2017, 9^{ème} édition, p.327 : « La différence entre la nullité et la rescision tient à une contingence historique aujourd'hui disparue, ce qui explique qu'elle soit maintenant niée. Dans l'Ancien droit, certaines nullités étaient prononcées, non par les tribunaux ordinaires (les parlements), mais par la Chancellerie (une sorte de ministère de la Justice) qui délivrait des « lettres de rescision ». »

On prononce aujourd'hui le mot de rescision uniquement lorsqu'il s'agit d'une nullité prononcée pour cause de lésion. »

³⁹¹ « Toutes les actions qui naissent d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers. »

³⁹² V. الزين (محمد)، المرجع السابق، ص ٢٣٢ و ٢٣٣.

Voir aussi pour l'imprescriptibilité de la nullité absolue :

- المالقي (محمد)، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٣، ص ٢٧٩.
- بن طالب (أحمد)، التقويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، سوسة، ٢٠٠٩، ص ٢٢٧ : « ولا يوجد أي نص صريح بتقادم دعوى البطلان المطلق، بما يبعث على استنتاج عدم خضوع هذه الدعوى للتقادم. »

³⁹³ BESROUR (N), « Prescription de l'action en nullité et sécurité contractuelle », in *Cinquante ans de jurisprudence civile 1959-2009*, C.P.U, Tunis, 2010, p.47 : « Il convient, dès lors, de ne pas opter pour une interprétation exégétique, et de soumettre l'action en nullité absolue à l'article 402 COC. Par ce texte, le législateur a entendu, en réalité, déterminer le délai de prescription de droit commun le plus long. Cette intention peut se déduire, outre des considérations de sécurité juridique, des textes dans lesquels le législateur traite la période de quinze ans comme étant la plus extrême. »

³⁹⁴ V. الزروقي (عبد المجيد)، أحكام الغلط، دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، الطبعة الأولى، ص ٤٠٩ وما بعدها.

Voir aussi pour la prescriptibilité de la nullité absolue

- الشرفي (محمد) والمزغني (علي)، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، ١٩٩٥، ص ٨٣.

124. La jurisprudence semble moins incertaine que la doctrine, car si un arrêt de la Cour de cassation a appliqué l'article 402 COC à l'action en nullité absolue³⁹⁵, la tendance des décisions rendues consiste à favoriser la thèse de l'imprescriptibilité³⁹⁶, parfois implicitement³⁹⁷.
125. C'est plutôt la prescriptibilité de l'action en nullité absolue qui devrait être appuyée, car outre la pertinence de ses arguments elle favorise la sécurité des tiers, laquelle sécurité gagnerait à être renforcée en droit des sociétés par la généralisation de la prescription abrégée.
126. Cette généralisation est également souhaitable en matière de paralysie des effets de la nullité. Effectivement, afin de protéger les tiers contre l'insécurité, le droit des sociétés paralyse les effets de la nullité dans le temps, à travers la théorie des sociétés de fait, théorie que le législateur n'a malheureusement pas pris le soin de généraliser, et ce contrairement à son homologue français³⁹⁸. En effet, le Code des sociétés commerciales s'est limité à la consécration de cette construction prétorienne en matière de SARL³⁹⁹, alors qu'il fallait étendre son admission à toutes les sociétés commerciales⁴⁰⁰. Ce choix législatif semble influencé par la jurisprudence antérieure à la promulgation du Code des sociétés commerciales qui a certes admis la théorie des sociétés de fait pour toutes les causes de nullité, relative et absolue, mais cette admission s'est réalisée à l'occasion de litiges concernant des SARL.

Il est indéniable que les tiers ont besoin d'être protégés contre la rétroactivité de la nullité, quelle que soit la société avec laquelle ils ont choisi de contracter. Une telle protection ne saurait être laissée à la merci de la bonne volonté des juges. Certes, dans la SA, les tiers sont mis à l'abri des inconvénients de la nullité, par le jeu de l'inopposabilité, mais ce procédé reste limité à l'anéantissement de la société pour violation des formalités constitutives prévues par le Code des sociétés commerciales⁴⁰¹. Ainsi, les tiers ne sont réellement protégés contre les effets néfastes de

-الورفلي (أحمد) ، «تدارك البطلان من خلال أحكام مجلة الالتزامات والعقود»، مرقب، ١٩٩٩، عدد ٢، ص ١١٥.
-الرباعي (عبد الوهاب) ، المقال السابق ، ص ٢٤٩ : « ومهما يكن من أمر ، فإنَّ التوجّه الحالي لمحكمة التعقيب الذي يعتبر بأنَّ البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، يكون عرضة للنقد لعدة أسباب أهمها أنَّ نظرية الانعدام قد تراجعت إلى حدِّ الاندثار ولم يعد ما يبرّر وجودها أو حتّى الاستئناس بأحكامها في القانون التونسي» .

³⁹⁵ Cass.civ, n°1637 du 12 décembre 1978, *R.J.L.*, 1979, n°4, p.106.

«وحيث أنّ المشرّع بتقنينه لأحكام هذا الفصل إنّما قصد إلى وجوب احترام أوضاع قد استقرت بالتقادم منذ صدور العقد الباطل ، وذلك عن طريق إسقاط دعوى البطلان بمضيّ المدّة لا باعتبار أنّ العقد الباطل قد انقلب صحيحاً».

³⁹⁶ Cass.civ, n°11113 du 25 décembre 1984, *Bull civ.*, 1984, II, p.273.

«العقد الباطل لا تسري عليه أحكام الفصل ٤٠٢ من مجلة الالتزامات والعقود التي لا تتعلّق إلاّ بالعقود التي انعقدت صحيحة».

- Cass.civ, n°6966 du 2 mars 2000, *Inédit*, cité par BOUKER (S), *La prescription de l'action en nullité absolue*, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Année universitaire 2005-2006, (en langue arabe) V. Annexes.

«ما تمسكّ به نائب المدّعي الأوّل من أنّ الدّعوى قد سقطت بمرور الزّمن لا يستقيم باعتبار أنّ البطلان المسلّط على العقد بطلان مطلق كما أنّ المشرّع لم يقنّن قاعدة التقادم بخصوص هذا البطلان باعتبار أنّ القاعدة تقتضي أنّ ما بني على باطل فهو باطل من الأساس ولا يمكن أن يصحّح مرور الزّمن ما بني على باطل مطلق».

-Cass.civ, n°72140 du 7 mars 2000, *Inédit*, cité par FERAH (Y), *La consolidation de l'acte nul, à travers le droit commun des nullités*, Mémoire pour l'obtention du D.E.A en Droit des affaires, FSJPST, 2001-2002 (Annexes).

«العقد الباطل لا يزول بطلانه بالتقادم لأنّه معدوم والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد».

-Cass.civ, n°7438 du 10 mars 2000, *Inédit*, cité par FERAH (Y), *Op.cit.*, (Annexes).

«وحيث أنّ العقد الباطل لا تسري عليه أحكام التقادم التي لا تتعلّق إلاّ بالعقود التي انعقدت صحيحة».

-Cass.civ, n° 23311 du 17 janvier 2009, *R.J.L.*, 2009, n°4, p.155.

«فإنّ المشرّع قد قصد عدم سنّ نصّ صريح بخصوص تقادم دعوى البطلان المطلق، وفي الحقيقة فهو لم يكن بحاجة إلى مثل ذلك النصّ اقتناعاً منه دون شكّ أو اختلاف بأنّ دعوى البطلان المطلق غير قابلة للسقوط.

ومن المسلّم به أنّ الالتزام الباطل لا يعمر الذمّة... وموّدَى ذلك أنّه لا يمكن حشر دعوى البطلان المطلق ضمن حالة الفصل ٤٠٢ المذكور».

³⁹⁷ Tel a été le cas dans le jugement n° 9132 rendu par le Tribunal cantonal de Tunis le 27 mars 1990, *A.J.T.*, 1990, n° 3, p.97, Note : CHARFEDDINE (M-K), En langue arabe.

³⁹⁸ L'article L 235-10 CC trouve sa place dans le chapitre V (Des nullités) du Titre III (Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales).

³⁹⁹ Article 105 CSC.

⁴⁰⁰ Le législateur français a généralisé la consécration de la théorie jurisprudentielle, alors que son domaine est fort réduit du fait de la limitation des causes de nullité.

⁴⁰¹ Article 179 CSC.

la nullité que dans un seul type de société. D'ailleurs, cette protection est amplement assurée pour toutes les parties concernées, car étant donné que la théorie des sociétés de fait s'ajoute à l'inopposabilité, les associés ainsi que la société ne risquent pas de voir les tiers opter pour la nullité⁴⁰². Il est vrai que la SARL constitue la forme la plus répandue en Tunisie, mais cette réalité ne justifie point la négligence des autres sociétés. Il n'est pas sans intérêt d'ajouter que le droit français admet l'inopposabilité, même en matière de délibérations d'assemblée, solution que le législateur n'a pas pris la peine de consacrer.

- 127.** Face au risque d'exposer les tiers à la brutalité de la nullité faudrait-il, alors, la remplacer par d'autres sanctions assurant l'effectivité de la règle violée, comme la responsabilité ? La réponse par la négative semble s'imposer, puisque la nullité reste la sanction ordinaire de la transgression de la légalité. Il serait opportun de la maintenir, en la freinant quand elle n'est plus justifiée et en paralysant davantage ses effets. Certes, la responsabilité civile peut décourager la violation de la légalité, mais elle n'élimine pas l'illicéité⁴⁰³. Elle doit, alors, rester le complément de l'annulation⁴⁰⁴, plutôt qu'une sanction de substitution⁴⁰⁵. Quant à la responsabilité pénale, elle paraît inadaptée au monde des sociétés. La législation sociétaire a déjà gagné en pénalisation avec le Code des sociétés commerciales. Il serait déplacé de renforcer davantage cette sévérité au risque de voir l'esprit d'entreprise entravé, surtout que la responsabilité pénale ne fait pas non plus disparaître l'illicéité.
- 128.** En revanche, la nullité présente le mérite de jouer un double rôle. Une fonction préventive, qui consiste à diminuer la transgression de la norme⁴⁰⁶, et une autre curative se traduisant par le rétablissement de la légalité violée. Ainsi, en droit des sociétés, la protection des tiers ne semble pas justifier la renonciation à la nullité.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

REFERENCES EN LANGUE FRANÇAISE

1- Ouvrages

- AUBERT (J-L), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, 9^{ème} édition.
- ARRIGHI (J-P), *Apparence et réalité en Droit privé, contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1974, Tome I.
- BALENSI (I), *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, Paris, 1975.

⁴⁰² En matière de SARL, l'exception de nullité semble largement freinée.

⁴⁰³ MASQUELIER (F), *Article précité*, p.11 : « La responsabilité, comme la nullité, sont des réactions à l'égard d'une irrégularité. Elles font, pour la nullité disparaître une situation illicite, et pour la responsabilité les conséquences de cette situation. A la différence des nullités, la responsabilité ne vise pas à supprimer l'illicéité mais à sanctionner un comportement individuel. »

⁴⁰⁴ C'est l'objet de l'article 106 alinéa 1 CSC, relatif à la SARL, prévoyant que : « Les gérants et les associés auxquels la nullité est imputable sont solidairement responsables envers les autres associés et les tiers du dommage résultant de l'annulation. »

Dans le même sens, l'article 182 alinéa 3 CSC, relatif à la SA fermée, dispose que : « Si la société ou ses actes et délibérations ont été déclarés nuls conformément à l'alinéa précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les premiers membres du conseil d'administration, sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. »

⁴⁰⁵ Cf. *contra* : PICOD (Y), *Article précité*, p.2 : « Par ailleurs, la responsabilité civile pourra jouer soit à titre de sanction de substitution, soit à titre de sanction de renfort ».

⁴⁰⁶ RIVERO (J), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, p.676 : « La menace que la sanction fait peser sur ceux qui seraient tentés de s'affranchir de la règle n'est-elle pas efficace pour prévenir leurs transgressions ? »

- BERROUR (N), *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Université Tunis El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Année Universitaire 2000-2001.
- BONNARD (J), *Introduction au droit*, Ellipses, Paris, 2004, 3^{ème} édition.
- BRAHMI (A), *Le droit de règlement des entreprises en difficultés*, ORBIS Impression, Tunis, 2002.
- CABRILLAC (R), *L'acte juridique conjonctif en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Tome 213, L.G.D.J, Paris, 1990.
- CARBONNIER (J), *Droit civil, Volume II, Les biens, Les obligations*, P.U.F, Paris, 1^{ère} édition, Quadrige.
- CHARFEDDINE (M-K), *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, C.E.R.P, Tunis, 1993.
- CHARFI (M), *Introduction à l'étude du droit*, CERES, Tunis, 1997, 3^{ème} édition.
- CORNU (G), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 10^{ème} édition quadrige, P.U.F, Paris, 2014.
- COUCHEZ (G), *Procédure civile*, Armand Colin, Paris 2000, 11^{ème} édition.
- COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Droit des sociétés*, LexisNexis, Paris, 2015, 28^{ème} édition.
- DE JUGLART (M) et IPPOLITO (B), *Cours de droit commercial, Les sociétés commerciales*, 2^{ème} Volume, Montchrestien, Paris, 1999, 10^{ème} édition.
- DIDIER (P), *Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, P.U.F, Paris, 1999, 3^{ème} édition mise à jour.
- DROGOUL (F), *Essai d'une théorie générale des nullités, Etude de droit civil*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Arthur Rousseau, Paris, 1902.
- FLOUR (J), AUBERT (J-L) et SAVAUX (É), *Les obligations, 1- L'acte juridique*, Sirey, Paris, 2008, 13^{ème} édition.
- GAUDEMET (S), *La clause réputée non écrite*, Economica, Paris, 2006.
- GHESTIN (J), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Bibliothèque de droit privé, Tome XLI, L.G.D.J, Paris, 1971.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C), *Nullité, Restitution et responsabilité*, Bibliothèque de droit privé, Tome 218, L.G.D.J, Paris, 1992.
- GUINCHARD (S), *Droit et pratique de la procédure civile, droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2012/201, 7^{ème} édition.
- GUYON (Y), *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 1998, 10^{ème} édition.
- HAMEL (J), LAGARDE (G) et JAUFFRET (A), *Droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, par Gaston Lagarde, Tome 1, 2^{ème} Volume, Dalloz, Paris, 1980, 2^{ème} édition.
- JAPIOT (R), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Arthur Rousseau, Paris, 1909.
- KOTRANE (H), *Introduction à l'étude du droit, cadre juridique des relations économiques*, C.E.R.P, Tunis, 1994.
- LABASTIE-DAHDOUH (Ch) et DAHDOUH (H), *Droit commercial, Volume 2, Entreprises sociétaires*, Tome 1, Règles communes, IHE Editions, Tunis, 2003.
- LE CANNU (P), et DONDERO (B), *Droit des sociétés*, L.G.D.J, Paris, 2018.
- LE CORRE (P-M) et LE CORRE-BROLY (E), *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficultés*, Sirey, Paris, 2006, 2^{ème} édition.
- MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L), *Cours de Droit civil, Tome III, La famille*, C.U.J.A.S, Paris, 1999, 6^{ème} édition.
- MALAURIE (Ph), AYNÈS (L) et STOFFEL-MUNCK (Ph), *Droit des obligations*, L.G.D.J, Paris, 2017.
- MECHRI (F), *Le Droit du travail en Tunisie*, Sud Editions, Tunis, 2009.

- MELLOULI (S) et FRIKHA (S), *Les sociétés commerciales*, La Maison Du Livre, Tunis, 2013, 2^{ème} édition.
- MELLOULI (S), *Introduction à l'étude du droit*, LATRACH EDITION, Tunis, 2017, 2^{ème} édition.
- MERLE (Ph), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2018/2019, 22^{ème} édition.
- NENNI (A), *Droit des sociétés commerciales*, LATRACH EDITION, Tunis, 2020.
- REKIK (N), *L'ordre public et le contrat civil*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit privé, Université de Tunis El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Année universitaire 2003-2004.
- RIPERT (G) et ROBLOT (R), *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 2, *Les sociétés commerciales*, par Michel Germain, avec le concours de Véronique Magnier, L.G.D.J, Paris, 2009, 19^{ème} édition.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G), *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J, Paris, 1961.
- SAINT-ALARY - HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J, Paris, 2018, 11^{ème} édition.
- SCHMIDT (D), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, JOLY, Paris, 2004.
- SIMLER (Ph), *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, Paris, 1969.
- VINCENT (J) et GUINCHARD (S), *Procédure civile*, Précis Dalloz, Dalloz, Paris, 1999, 25^{ème} édition.

2- Articles

- BABAY- YOUSSEF (S), « La caducité des actes juridiques, une notion à "exhumer" », *R.T.D*, 2006, p.43.
- BASTIAN (D), « La réforme du droit des sociétés commerciales, Introduction. Dispositions générales, Sociétés de personnes. Sociétés à responsabilité limitée », *J.C.P*, (G), 1967, I, 2121.
- BEN NASR (T), « Nullité de la société pour défaut de libération par un associé de son apport en numéraire », *Infos juridiques*, 2009, n°60/61, p.28.
- BESROUR (N), « Approche en vue d'une sécurisation du système de sanction des règles de formation du contrat », *R.T.D*, 2007, p.205.
- BORNHAUSER-MITRANI (L), « La violation d'une clause statutaire », *P.A*, 1998, p.11.
- CHAABANE (N), « Les sanctions de la violation de l'obligation fiscale », in *La sanction : anciennes solutions et nouvelles tendances*, Actes du colloque organisé par la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2004, p.136.
- CORLAY (P), « La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles », *R.T.D com*, 1981, p.37.
- COTTERAU (V), « La clause réputée non écrite », *J.C.P*, (G), 1993, I, 3691.
- COUTURIER (G), « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI siècle*, Tome 1, L.G.D.J, Paris, 2001, p.273.
- DROSS (W), « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'HARMATTAN, 2007, p.129.
- FALAISE (M), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *P.A*, 1997, p.5.
- FAVORIO (Th), « Regards civilistes sur le contrat de société », *Revue des sociétés*, 2008, p.53.
- GUYÉNOT (J), « Les nouveaux rapports de l'article 1873 du code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait », *Dalloz*, 1979, I, Chronique, p.155.
- HAGE-CHAHINE (F), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *Mélanges Jacques Foyer, Economica*, Paris, 2008, p.529.
- HÉMARD (J), « Les sociétés de fait en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome XI, Année 1957, Dalloz, Paris, 1960, p.131.

- JAMBU-MERLIN (M-R), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *R.T.D civ*, 1948, p.271.
- JEANTIN (N), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs ?* », Dalloz, Paris, 1996, p.149.
- KNANI (Y), « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants, à la lumière de l'article 200 du code des sociétés commerciales », *R.T.D*, 2001, p.335.
- KNANI (Y), « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants à la lumière de la loi du 16 mars 2009 », *R.J.L*, 2009, n° 7, p.57.
- KOLSI (S), « Essai sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés », *R.T.D*, 2003, p.137.
- KULLMANN (J), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *Dalloz*, 1993, Chronique, p.59.
- LEBLOND (J), « Les actions en nullités en droit des sociétés » *G.P*, 1976, Doctrine, p.79.
- LEGROS (J-P), « La nullité des décisions de sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p.275.
- LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés - Présentation générale », *Juris-Classeur Sociétés*, Volume 2, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2000, Fascicule 32-10.
- LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés - causes de nullité », *Juris-Classeur Sociétés*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2002, Fascicule 32-30.
- LEGROS (J-P), « Nullité des sociétés - Sanctions des irrégularités de constitution », *Juris-Classeur Sociétés*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2003, Fascicule 32-30.
- MASQUELIER (F), « La nullité des délibérations sociales », *Juris-Classeur Sociétés*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2002, Fascicule 32-50.
- MEKKI (M), « Nullité et validité en droit des contrats: un exemple de pensée par les contraires », *Revue des contrats*, 2006/3 p.679.
- MOURY (J), « Les nullités «en cascade» en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2013, p.599.
- NGUYEN XUAN CHANH, « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *Dalloz*, 1968, p.27.
- PICOD (Y), « Nullité », *Encyclopédie civile Dalloz*, 2004.
- REBOUL (N), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis », *Revue des sociétés*, 2000, p.425.
- RIVERO (J), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, p.675.
- RIVES (G), « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », *R.T.D com*, 1969, p.407.
- SAINT-ALARY- HOUIN (C) et MONSÉRIÉ-BON (M-M), « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités de droit et nullités facultatives - Notion - Actions voisines (action paulienne - abus de droit), exercice de l'action et conséquences », *Juris-Classeur commercial*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2003, Fascicule 2502.
- SAINT- ALARY- HOUIN (C) et MONSÉRIÉ-BON (M-M), «Redressement et liquidation judiciaires - Nullités de droit - Libéralités - Actes à titre gratuit - Contrats lésionnaires », *Juris-Classeur commercial*, LexisNexis, Paris, 2007, Fascicule 2507.
- SAINTOURENS (B), « La flexibilité du droit des sociétés », *R.T.D com*, 1987, p.458.
- SCHULTZ (Ph), « Raison d'être de la société et cause de nullité », <https://www.actu-juridique.fr> (publié le 08/01/2020 - mis à jour le 09/01/2020).
- SINAY (R), « La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français », *G.P*, 1971, I, p.146.
- SOLUS (H), « De la liquidation entre associés des sociétés de fait », *Revue des sociétés*, 1922, p.261.
- STORCK (M), « L'exception de nullité en droit privé », *Dalloz*, 1987, Chronique, p.67.

المراجع باللغة العربية

١- المؤلفات

- الجربي (سامي)، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، ١٩٩٩.
- الزروقي (عبد المجيد)، أحكام الغلط، دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، الطبعة الأولى.
- الزين (محمد)، النظرية العامة للالتزامات، ١-العقد، مطبعة الوفاء، تونس، ١٩٩٧، طبعة ثانية.
- الشرفي (محمد) و المزغني (علي)، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، ١٩٩٥.
- المالقي (محمد)، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٣، ص ٢٧٩.
- بن طالب (أحمد)، التفويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، سوسة، ٢٠٠٩.

٢- المقالات

- البراهمي (عادل)، «تسمية المهر للزوجة و خواطر حول بطلان الزواج»، مجلة القضاء و التشريع، ١٩٩١، عدد ٦، ص ٢٣.
- الرباعي (عبد الوهاب)، «نظرية البطلان في فقه قضاء محكمة التعقيب»، خمسون عاما من فقه القضاء المدني، ١٩٥٩ - ٢٠٠٩، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠١٠، ص ٦٢٥.
- الزين (محمد المنصف)، «بطلان الأعمال الإجرائية»، المجلة القانونية التونسية، ١٩٩١، ص ٦٩.
- الهلالي (عبد الله)، «التصحيح في مجلة الشركات التجارية»، دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، يومي ١١ و ١٢ افريل ٢٠٠٣، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، تونس، ٢٠٠٤، ص ١٥.
- الورفلي (أحمد)، «تدارك البطلان من خلال أحكام مجلة الالتزامات و العقود»، مجلة القضاء و التشريع، ١٩٩٩، عدد ٢، ص ٩٩.
- بن موسى (المبروك)، «آثار الترسيم بالسجل التجاري»، مجلة القضاء و التشريع، ١٩٩٨، عدد ٥، ص ١١.
- عبودة (عبد المجيد)، «تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد ٣٢٧٧١ في ٢٠ أوت ١٩٩٢»، المجلة القانونية التونسية، ١٩٩٥، ص ٢١٣.
- عمار عبد الواحد عمار الداودي، «الشروط الشكلية لعقد الزواج، دراسة مقارنة»، المجلة القانونية التونسية، ٢٠٠٥، ص ١٠١.
- مميش (عماد)، «الدفع بالبطلان بين ثوابت القانون المدني و ضوابط الإجراءات المدنية»، مجموعة الأعمال المهداة إلى الدالي الجازي، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠١٠، ص ٩٣.