

La commandite par actions : une réglementation et des interrogations

Meftah BOUDJELAL

Maître de Conférences (B)
Faculté de Droit et de Sciences Politiques
Université d'Oran 2

1. L'introduction retardée avec l'ouverture de l'Algérie à l'économie de marché, le législateur a enrichi la réglementation des sociétés commerciales en introduisant dans le Code de commerce ¹ les sociétés en commandite ², c'est-à-dire la société en commandite simple ³ et la société en commandite par actions ⁴ qui, « par sa flexibilité aux besoins des entrepreneurs et de leurs financiers, offre une haute couture juridique adaptée à des demandes très variées, aux antipodes des formes sociales classiques » ⁵.

2. Les dispositions de cette nouvelle forme de société – d'ailleurs comme pour tous les autres types de sociétés commerciales –, ont été

¹ - Ordonnance n°75-59 du 26 septembre 1975 portant Code de commerce, J.O.R.A. n°101 du 19 décembre 1975, p. 1073.

² - Art. 544 al. 2 (modifié par le décret législatif n°93-08 du 25 avril 1993, J.O.R.A. du 27 avril 1993, n°27, p. 3) C. com.

³ - Arts 563 bis à 563 bis 10 (ajoutés par le décret n°93-08 du 25 avril 1993, préc.) C. com.

⁴ - Arts 715 ter à 715 ter 10 (ajoutés par le décret n°93-08 du 25 avril 1993, préc.) C. com.

⁵ - F. BUCHER, Du bon usage de la commandite par actions, Rev. soc. 1984, n°3, p. 431.

reprises de la législation commerciale française ¹ et plus exactement de la loi du 24 juillet 1966 ², et de son texte réglementaire d'application ³, modifiés et complétés depuis, sous l'influence de la réglementation européenne ainsi que les observations de la doctrine et de la jurisprudence française voire les expériences montrées par les études du droit comparé ⁴.

3. Sur le plan historique, la réglementation des sociétés en commandite apparaît dès la promulgation du Code de commerce français en 1807 mais leur existence réelle remonte au Moyen-âge notamment pour ce qui est de la société en commandite simple appelée aussi société en commandite par intérêt⁵.

4. A l'inverse des sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions telles que prévues par le Code de commerce de 1807 n'avaient pas besoin pour leur constitution d'autorisation préalable du gouvernement, sachant que cette autorisation et l'approbation des statuts étaient données par décret rendu sur avis du Conseil d'État. Par

¹ - V. M. SALAH et F. ZÉRAOUI, De l'influence de la législation commerciale française en Algérie, in Bicentenaire du Code de Commerce, 1807-2007, éd. Dalloz, 2008, pp. 639 et s.

² - Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur *les sociétés commerciales*, J.O.R.F. du 26 juillet 1966, n°171, p. 6402.

³ - Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur *les sociétés commerciales*, J.O.R.F. du 24 mars 1967, n°71, p. 2843.

⁴ - On peut citer dans ce contexte, et à titre d'exemple, la théorie américaine de "corporate governance", traduit par certains auteurs français par "gouvernement d'entreprise", est qui a vu son application dans le droit français, par la possibilité de dissociation des fonction de présidence du conseil d'administration et de direction générale de la société anonyme à conseil d'administration, avec la Loi n°2001-420 du 15 mars 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques*, J.O.R.F. du 16 mai 2001, n° 113, p. 7776.

⁵ - CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 13ème éd., L.G.D.J., 1922, n°157, pp. 136-137 : « l'origine de la société en commandite se trouve dans les usages maritime du moyen-âge. Le contrat de commande (Commanda, accommanda, commandita) était très pratiqué, surtout dans la Méditerranée : une personne confiait un capital en argent ou en marchandises à un capitaine ou un marchand qui se chargeait de le vendre ou de le faire fructifier dans le pays où il se rendait ».

ailleurs «le Code laissait pleine liberté aux fondateurs pour régler, comme ils le voulaient, la constitution et le fonctionnement de ces sociétés. A cet égard, les sociétés en commandite par actions étaient traitées par la loi comme les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite par intérêt. Cependant une règle restrictive était posée, celle qui défend au commanditaire de faire des actes de gestion » ¹.

La loi de 1867 concernant les sociétés commerciales et ses différentes modifications, ainsi que ses interprétations jurisprudentielles et les commentaires de la doctrine², comme la loi de 1966 citée ci-dessus, insistent sur la conception contractuelle de la commandite par actions, même si c'est une société soumise en principe et à l'instar de la société anonyme à plus de règles impératives, reflétant ainsi son caractère institutionnel.

5. En l'état actuel de la réglementation aussi bien en France³ qu'en Algérie ⁴, et selon les dispositions particulières, ainsi que le renvoi, dans la mesure où elles sont compatibles aux règles de la commandite simple et de la société anonyme ou société par actions⁵, la commandite par actions apparaît comme une société de capitaux jouissant d'une importante liberté de contracter, permettant ainsi l'intervention des associés dans le façonnage de sa structure et son fonctionnement sans pour autant toucher aux règles fondamentales qui

¹ - CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, op. cit., n°228, p. 192

² - H. ROUSSEAU, *Commanditaires et commandités dans la commandite par actions*, in "Le droit français au milieu du XX e siècle", Mélanges G. RIPERT, L.G.D.J., 1950, T.2, p. 334.

³ - Arts L. 226-1 et s. C. com. fr.

⁴ - Arts 715 ter et s. C. com.

⁵ - Le législateur algérien devra logiquement changer le terme de "société par actions", utilisé pour désigner les sociétés anonymes (du droit français). Son utilisation était justifié au sein de l'ordonnance n°75-59 du 26 septembre 1975, précitée, car il y avait qu'un seul type de société par actions, mais ne l'ai plus, avec l'introduction de la commandite par actions.

garantissent la protection des actionnaires (épargnants) et des tiers dans leurs diverses transactions et autres opérations avec la société ¹.

6. Ladite flexibilité souhaitée en droit des sociétés ² se concrétise dans la commandite par actions, avec l'existence de règles supplétives et/ou le renvoi assez fréquent, aux stipulations statutaires. Mais cette construction légale qui apparaît comme avantageuse crée en fait, dans certains cas, un vide juridique, et même des irrégularités, voire des contradictions flagrantes touchant aussi bien les aspects structurels (A) que financiers (B) de cette forme sociale spéciale³.

A- Les aspects structurels

7. Une structure sociale calquée sur des catégories d'associés La commandite par actions, comme son nom l'indique, comprend un ou plusieurs associés commandités et au moins trois (3) associés commanditaires ayant la qualité d'actionnaires⁴. Ce regroupement d'associés commandités et commanditaires, deux catégories d'associés

¹ - M. BOUDJELAL, *Les aménagements statutaires des sociétés commerciales, en droits algérien et français*, thèse de Doctorat en droit des affaires, Université d'Oran, Faculté de Droit.

² - B. SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, R.T.D.com. 1987, n°100, p. 494 : « parce qu'il participe à la définition de règles du jeu de l'activité économique, le droit des sociétés ne doit pas être un carcan enserrant les entreprises. ..., l'adoption d'une règle de droit souple, ou que l'on peut assouplir à l'usage, présente aussi l'avantage de constituer le plus souvent un moyen de légiférer à l'économie ».

³ - Certains auteurs (français) décrivent la commandite par actions, comme une société de forme "hybride", et même "bâtarde" qui ne peut s'expliquer que par l'histoire. V. respectivement : J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial, sociétés groupement d'intérêt économique entreprises publiques*, Dalloz, T.1, 2e volume, 2e éd., par G. LAGARDE, 1980, n°774, p. 582 et G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., T. 1, 2^e volume, 18^e éd., par M. GERMAIN, 2002, n°2015, p. 694.

⁴ - Art. 715 ter als 1 et 2 C. com. en comparaison avec la même disposition dans législation française : art. L. 226-1 al. 1 C. com. fr.

ayant chacun un statut différent¹, a exigé, depuis le début, en droit français, la constitution d'une structure sociale² en mesure d'assurer une répartition équitable des pouvoirs, et des responsabilités entre les différents protagonistes.

8. La commandite par actions comprend un ou plusieurs gérants choisis généralement parmi les commandités³. Outre l'assemblée générale (des actionnaires), il est institué un conseil de surveillance, composé uniquement d'actionnaires, qui assure le contrôle permanent de la société. Il se pose néanmoins la question de savoir si cette structure "corporative" est à même de garantir effectivement l'équilibre nécessaire entre l'exercice des pouvoirs et la prise en charge des responsabilités ?

A.1- Commandités et gestion sociale

9. A l'instar des sociétés de personnes, la gestion de la commandite par actions est l'apanage du ou des associés commandités, et cela, en raison de leur responsabilité solidaire et indéfinie des dettes sociales, même si les textes admettent la possibilité que le ou les gérants soient des tiers⁴. En effet, le choix de la commandite par actions est en partie dicté par le fait que «l'engagement solidaire et indéfini des commandités, généralement gérants statutaires, leur donne un poids considérable dans la direction de l'entreprise, et leur permet d'obtenir facilement du crédit »⁵.

¹ - H. ROUSSEAU, op. cit., p. 335.

² - CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, op. cit., n°s 269 et s., pp. 234 et s.

³ - CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, op. cit., n°270, p. 234, et dans le même sens, Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 8^e éd., 2001, n°593, p. 646.

⁴ - D'ailleurs cette situation, n'exonéra pas le gérant de la responsabilité civile, au titre de ses actes de gestion sociale, et même de sa propre faillite ou règlement judiciaire. Art. 224 C. com.

⁵ - Ph. MERLE, op. cit., n°590, p. 644.

10. Les textes qui régissent la commandite par actions emploient les termes : "gérant"¹ et "gestion"², utilisés généralement à propos des sociétés en nom collectif³, des sociétés en commandite simple⁴ ainsi que des sociétés à responsabilité limitée⁵, c'est-à-dire les petites et moyennes entreprises. N'est-il pas plus judicieux d'utiliser les termes : "administrateur" et "administration", ou "directeur" et "direction", employés dans la réglementation des sociétés par actions⁶ et donc pour la commandite par actions, c'est-à-dire les grandes entreprises pour qui ladite forme sociale est la plus adéquate⁷.

11. L'organe de gestion peut se constituer, par un ou par plusieurs gérants, choisi parmi les associés commandités (ce qui est le cas le plus fréquent), et aussi parmi les tiers, alors que l'associé commanditaire, à l'instar de son homologue, dans la commandite simple, n'a pas le droit d'accomplir les actes de gestion "externe" ⁸, sous peine d'être tenu indéfiniment et solidairement, avec les associés commandités, des dettes et engagements qui résultent de la commission d'actes prohibés ⁹. « Reste donc permis au commanditaire l'accomplissement des actes de gestion interne »¹⁰. Or dans la mesure où la loi ne fait aucune distinction entre les actes de gestion externe et

¹ - V. par exemple, l'art. 715 ter 4 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition dans la législation française : art. L. 226-7 al. 1 C. com. fr.

² - V. à titre d'exemple, l'art. 715 ter 7 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition législation française : art. L. 226-9 al. 1 C. com. fr.

³ - Arts 553 et s. C. com.

⁴ - Art. 563 bis 5 al. 1 C. com.

⁵ - Art. 576 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition dans la législation française : art. L. 223-18 C. com. fr.

⁶ - Arts 610 à 673 C. com.

⁷ - Ph. MERLE, op. cit., n°589, p. 644 : « (en France) parmi les commandites par actions, figurent les entreprises de toute première importance comme Michelin ou Lagardère. Plus récemment, Eurodisneyland a été introduite en bourse sous cette forme ».

⁸ - Art. 563 bis 5 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition législative française : art. L. 222-6 al. 1 C. com. fr.

⁹ - Art. 563 bis 5 al. 2 C. com. en comparaison avec la même disposition législative française : art. L. 222-6 al. 2 C. com. fr.

¹⁰ - M. SALAH, *Les sociétés commerciales*, EDIK, T.1, n°590, p. 334.

interne et que le rapport "société-tiers", comme critère délimitant la gestion externe, reste encore peu clair et imprécis¹, il se pose la question de savoir si les commanditaires peuvent s'autoriser la création d'un organe de gestion chargé seulement d'accomplir des actes qualifiés d'internes.

12. Si les avis et conseils ainsi que les actes de contrôle et de surveillance peuvent être considérés comme des actes de gestion interne², la création d'un organe d'administration de gestion dite "interne" sera inévitablement en concurrence avec le conseil de surveillance, un organe certes légalement absent dans la commandite simple, mais qui est prévu obligatoirement parmi les structures de la commandite par actions³ en vue d'exercer un contrôle permanent de sa gestion⁴. Ainsi, alors que la gestion interne est permise aux commanditaires dans la commandite simple, cette même gestion se fait, dans la commandite par actions, en concurrence avec le conseil de surveillance, ce qui implique (juridiquement) sa nullité. En outre il y a lieu de ne pas omettre que les commanditaires au sein de cet organe facultatif, n'ont juridiquement à répondre d'aucune responsabilité pour fautes personnelles commises lors de l'exécution de leur mandat (de contrôle et de surveillance), ce qui n'est sûrement pas le cas pour les membres du conseil de surveillance.

13. Au cours de l'existence de la société le ou les gérants sont désignés par l'assemblée générale des actionnaires avec l'accord de tous les associés commandités sauf clause contraire des statuts⁵. Ainsi la désignation du gérant nécessite l'accord des deux catégories d'associés, c'est-à-dire l'approbation de l'assemblée générale "ordinaire" des actionnaires et l'accord unanime des associés commandités. La règle n'est pas d'ordre public et la loi favorise en ce

¹ - V. en ce sens, M. SALAH, préc.

² - Art. R. 222-2 C. com. fr.

³ - Art. 715 ter 2 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition dans la législation française : art. L. 226-4 al. 1 C. com. fr.

⁴ - Art. 715 ter 7 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition dans législation française : art. L. 226-9 al. 1 C. com. fr.

⁵ - Art. 715 ter 1 al. 2 C. com.

domaine la liberté statutaire. Mais cette liberté peut-elle aller jusqu'à prévoir des clauses qui limitent cette approbation à l'accord d'une seule catégorie d'associés sans tenir compte de l'avis de l'autre fut-il unanime ?

Etant donnée que la commandite par actions est composée de deux types d'associés, l'exclusion des commandités ne peut pas être admise d'autant qu'ils sont responsables et solidaires indéfiniment des dettes résultant de la gestion sociale. Dans le même sens, l'éloignement des actionnaires apporteurs des fonds sociaux, peut-être qualifié, comme une augmentation de leurs engagements, chaque fois que le gérant sera désigné, ce qui nécessitera leur unanimité¹. De son côté, l'affectio societatis impose la participation de tous les associés à la désignation de la personne appelée à gérer et à représenter la société et donc à défendre leur l'intérêt commun². Les clauses statutaires peuvent alors jouer sur la majorité exigée, dans l'un ou l'autre des deux groupes d'associés sans pour autant exclure l'accord "intergroupes" du processus de désignation du gérant, sous peine de créer une situation de mésentente ou de blocage, voire de paralysie³, conduisant ainsi à la dissolution de la société si une solution par la nullité de cette disposition n'est pas admise légalement.

14. Par ailleurs lors de la constitution, les premiers gérants sont désignés par les statuts⁴ sans qu'aucune disposition légale particulière n'apporte de précisions sur cette procédure. Aussi il se pose la question de savoir si cette démarche implique une totale liberté quant à la désignation du ou des gérants à qui incombe l'accomplissement des formalités de constitution de la société.

Il y a lieu de noter que la nomination du premier gérant est fonction d'une distinction à faire nécessairement entre la constitution de la commandite par action avec appel public à l'épargne et la constitution

¹ - Art. 674 al. 1 in fine et 689 C. com.

² - Art. 1833 C. civ. fr.

³ - V. en ce sens, F. BUCHER, Du bon usage de la commandite par actions, op. cit., p. 425.

⁴ - Art. 715 ter 1 al. 1 C. com.

sans recours public à l'épargne. Dans le premier cas, la nomination du gérant telle que prévue dans le projet de statuts¹ se fera avec le seul accord majoritaire ou unanime des commandités dans la mesure où à ce stade il n'y a pas encore d'actionnaires. Dans la seconde hypothèse, la désignation du gérant statutaire se fait obligatoirement par accord de tous les associés commanditaires² et commandités et ce en application des règles du droit commun³.

15. Pour ce qui est de la révocation du gérant, la loi permet encore plus de liberté statutaire aux associés car « le gérant, "associé ou non", est révoqué dans les conditions prévues par les statuts »⁴. Cette liberté est toutefois source d'incertitude juridique en raison de l'absence de règle supplétive qui pose la question de savoir quelle sera la réglementation applicable en cas de silence des statuts ?

Il est prévu, en principe, qu'en cas d'absence de dispositions particulières, il sera fait application des règles concernant la société en commandite simple ainsi que les règles de la société par actions, à l'exception de celles concernant sa direction et son administration⁵. Les dispositions applicables seront donc celles qui régissent la révocation du gérant de la société en nom collectif⁶ en distinguant "obligatoirement" la révocation du gérant, celle de l'associé gérant statutaire, celle encore de l'associé gérant non statutaire et enfin le gérant non associé, ce qui ne semble pas être le cas, selon la lettre du texte, pour ce qui est du gérant de la commandite par actions.

A.2- Commanditaires et contrôle de gestion

16. La loi assure aux commanditaires une participation indirecte aux affaires sociales particulièrement en matière de surveillance et de

¹ - Ce qui implique que cette désignation, doit être approuvée par l'assemblée générale constitutive, selon l'art. 600 al. 1 C. com.

² - Art. 608 C. com.

³ - Arts 54 et suivant C. civ.

⁴ - Art. 715 ter 1 al. 3 C. com.

⁵ - Art. 715 ter al. 3 C. com.

⁶ - Art. 559 C. com., par renvoi de l'article 563 bis C. com.

contrôle de la gestion sociale, par l'intermédiaire du conseil de surveillance ainsi que de l'assemblée générale des actionnaires.

A.2.1- Commanditaires et assemblée générale

17. L'assemblée des actionnaires et la réunion des commandités
La loi prévoit pour les commanditaires, ou plus précisément les actionnaires, une assemblée générale ordinaire¹ et/ou extraordinaire², voire même une assemblée constitutive, en cas de constitution avec appel public à l'épargne par renvoi aux dispositions de la société par actions³. Mais aucune règle particulière à propos de l'assemblée des commandités sinon l'utilisation des termes « unanimité »⁴ ou « majorité »⁵ à propos de l'accord des associés commandités. Cette situation indique clairement une distinction, ou plutôt une séparation structurelle, entre les associés commanditaires et commandités, ce qui n'est pas du tout le cas, dans la commandite simple où l'assemblée réunit tous les associés, tant commanditaires que commandités⁶. Ces derniers peuvent avoir la qualité d'actionnaires, en participant au capital social, avec des apports en numéraire ou en nature, ce qui leur donne lors de l'assemblée générale des actionnaires, le droit de voter en tant qu'actionnaires sans tenir compte de leur qualité de commandités à l'exception des cas prévus par la loi⁷. Comment est donc aménagée la prise de décision des associés commandités (en cas de pluralité) ?

En principe, si la tenue légale de la réunion et des délibérations de l'assemblée des actionnaires est régie par les dispositions régissant les sociétés par actions, il ne sera pas fait renvoi aux dispositions de la commandite simple pour ce qui est de la tenue légale de l'assemblée

¹ - Art. 715 ter 1 al. 2 C. com.

² - Art. 715 ter 10 C. com.

³ - Art. 600 C. com.

⁴ - Art. 715 ter 6 al. 2 C. com.

⁵ - Art. 715 ter 10 C. com.

⁶ - Art. 563 bis 4 al. 2 C. com.

⁷ - Art. 715 ter 2 als 1 et 3 C. com.

des associés commandités en raison de leur incompatibilité avec les dispositions (particulières) de la commandite par actions. Il sera donc fait application des statuts après adoption d'un règlement intérieur propre à l'assemblée des associés commandités. En cas d'absence de dispositions statutaires il sera fait application des règles propres aux associés en nom collectif, puisqu'il sera question uniquement d'associés commandités¹.

18. L'organisation et le fonctionnement de l'assemblée des commandités ne constitue pas la seule difficulté juridique à résoudre car dans l'hypothèse d'un dédoublement d'assemblées des associés comment seront prises les décisions?

Il y a lieu de noter qu'il est exclu dans ce cas de recourir à la réglementation propre aux autres types de sociétés commerciales. Il s'impose alors de s'appuyer sur les dispositions statutaires en rappelant qu'une réunion commune ou que deux réunions simultanées rassemblant tous les associés est (sont) permise(s) sous réserve d'une distinction à faire entre les délibérations des associés commandités de celle des actionnaires *à* qualité².

A.2.2- Commanditaires et conseil de surveillance

19. Un Conseil d'actionnaires de surveillance. Le conseil de surveillance de la commandite par actions est composé d'au moins trois membres ayant la qualité d'actionnaires³ mais les textes ne prévoient pas, comme pour la société par actions⁴, un nombre maximum légal. Doit-on comprendre de ce silence que ce Conseil

¹ - V. en ce sens, art. 563 bis 1 al. 1 C. com.

² - En effet, l'associé ayant la qualité de commandité peut aussi souscrire (ou acheter) des actions de la société, et acquérir ainsi la qualité d'actionnaire, en plus d'être à l'origine un commandité.

³ - Art. 715 ter 2 al. 1 C. com. fr. en comparaison avec la même disposition dans la législation française : art. L. 226-1 al. 1 C. com. fr.

⁴ - Arts 657 et 658 C. com. en comparaison avec les dispositions de la législation française : art. L. 225-69 C. com. fr.

peut rassembler tous les commanditaires et avoir, en conséquence, la même composition que l'assemblée générale des actionnaires ?

Même si cette situation est tout à fait possible dans l'état actuel de la réglementation, aussi bien algérienne que française, le Conseil de surveillance reste néanmoins composé exclusivement d'actionnaires ce qui signifie qu'un actionnaire ayant en même temps la qualité d'associé commandité qui peut participer à l'assemblée générale ne peut pas, sous peine de nullité de sa désignation¹, faire partie du conseil de surveillance. Bien plus, la règle interdit au "commandité-actionnaire" de participer au sein de l'assemblée générale (des actionnaires), à la désignation des membres du conseil de surveillance². Cette disposition tend à assurer ainsi l'indépendance du Conseil de surveillance vis-à-vis des associés commandités³.

20. Toutefois, si le conseil de surveillance, rassemble tous les actionnaires, il aura sous couverture de l'assemblée générale, le pouvoir de nommer le ou les gérants, et leur allouer éventuellement, une rémunération non prévue par les statuts⁴, ainsi que les prérogatives du contrôle permanent propres au conseil de surveillance⁵. Cet organe de contrôle aura dans ce cas, une autorité presque "absolue" sur les gérants, alors que ses membres sont légalement exonérés, de toutes responsabilités, en raison des actes de

¹ - Art. 715 ter 2 al. 2 C. com. en comparaison avec la même disposition dans la législation française : art. L. 226-4 al. 2 C. com. fr.

² - V. art. 715 ter 2 al. 3 C. com. en comparaison avec la même disposition dans la législation française : art. L. 226-4 al. 3 C. com. fr.

³ - J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, op. cit., n°777, p. 588 : « organe de contrôle mis à la disposition des actionnaires, le conseil de surveillance ne doit, en effet, avoir aucun lien avec l'élément commandité ».

⁴ - Avec l'accord tout de même des commandités, selon l'art. 715 ter 6 C. com. En comparaison avec l'art. 226-8 C. com. fr.

⁵ - Art. 715 ter 7 al. 1 C. com. en comparaison avec l'art. L. 226-9 al. 1 C. com. fr.

gestion et de leurs résultats¹. Aussi, le conseil de surveillance, sera en même temps, juge et partie, s'il y a conflit avec l'organe de gestion.

La situation est gênante, et même plus grave encore, dans la réglementation française, qui applique aux membres du conseil de surveillance le système des conventions réglementées², puisque l'approbation de l'assemblée générale sera forcément acquise, si le conseil de surveillance avait donné auparavant, son autorisation, concernant ladite convention.

Des stipulations statutaires, peuvent toutefois éviter cette similitude, dans la composition du conseil de surveillance, et de l'assemblée générale des actionnaires, par des clauses spéciales, mais leur effet sera juridiquement relatif.

21. Les membres du Conseil de surveillance sont désignés par l'assemblée générale "ordinaire" dans les conditions (de délibération) fixées par les statuts³. Il sera donc fait application des règles sur le quorum et celles relatives à la majorité, telles que prévues pour l'assemblée générale ordinaire de la société par actions⁴ en cas de silence des statuts. En contre partie, il n'y a aucune disposition (particulière) quant à la désignation des premiers membres dudit conseil lors de la constitution de la société. Faut-il en conclure à une non obligation de nomination d'un Conseil de surveillance pendant la période de constitution ?

Comme pour la désignation du ou des premiers gérants, il faut distinguer entre les deux modes de constitution de la commandite par actions. Lors de la constitution sans appel public à l'épargne les

¹ - Art. 715 ter 9 al. 1 C. com. en comparaison avec l'art. L. 226-13 al. 1 C. com. fr.

² - Art. L. 226-10 C. com. fr. Dans la réglementation algérienne, il n'existe pas encore de dispositions propres aux conventions réglementées pour les sociétés en commandite par actions.

³ - Art. 715 ter 2 al. 1 C. com.

⁴ - Art. 675 modifié C. com.

premiers membres du Conseil de surveillance sont nommés directement et définitivement dans une disposition statutaire à l'instar des premiers gérants. La situation est différente en cas de constitution avec appel public à l'épargne. En effet si les premiers gérants sont désignés par les associés commandités dans le projet des statuts, ces derniers n'ont pas le droit de désigner les membres du conseil de surveillance. Il n'y aura donc de "premiers" membres du Conseil de surveillance qu'au terme de la réunion de l'assemblée générale constitutive rassemblant les souscripteurs, futurs actionnaires de la société. Ainsi il n'est pas légalement possible de désigner un Conseil de surveillance dans une commandite par actions avec appel à l'épargne publique pendant la période de sa constitution et cette situation ne peut être évitée que par des stipulations statutaires sous peine de nullité. La constitution avec appel public à l'épargne exclut donc la mise en place d'un conseil de surveillance et les opérations de constitution sont donc accomplies par un organe de gestion en absence d'un organe de contrôle¹ ce qui nuit à l'équilibre structurel de la société pendant la période de sa constitution.

21-1. La loi attribue l'exclusivité du droit de désignation et de composition des membres de ce Conseil aux actionnaires sans autre indication quant à sa disponibilité et/ou quant aux garanties de son indépendance². Cette situation risque d'affecter les tâches de contrôle et de surveillance. Faut-il donc admettre la règle de l'application "obligatoire" des dispositions concernant la désignation et la durée du mandat des administrateurs des sociétés par actions ?

La formulation du texte³ n'est pas claire et la comparaison avec la réglementation française permet seulement de savoir que l'application desdites règles n'est prévue qu'à défaut de stipulations statutaires⁴ c'est-à-dire qu'il s'agit donc des dispositions supplétives⁵. Aussi, la protection (légale) des tiers et des actionnaires (épargnants)

¹ - CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, op. cit., n°245, p. 210.

² - Si par exemple, l'actionnaire désigné au conseil était un salarié de la société.

³ - Art. 715 ter 2 al. 4 C. com.

⁴ - Art. L. 226-4 al. 3 C. com. fr.

⁵ - G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, op. cit., n°2029, p. 699.

minoritaires, n'est assurée qu'en cas de silence statutaire, ce qui représente en soi une aberration juridique étant donné que la solution recherchée par la réglementation est précisément la protection des intervenants aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de la société commerciale.

22. La réglementation n'aborde pas non plus la question de la révocation des membres du Conseil de surveillance créant ainsi un vide juridique inacceptable du point de vue de la protection des épargnants minoritaires ainsi que des tiers d'autant que les membres du Conseil peuvent avoir une influence notable sur la gestion des fonds sociaux sans encourir la moindre poursuite judiciaire en cas d'abus de biens sociaux sauf à prouver l'état de dirigeant de fait. Comment peut-on donc organiser la révocation des membres du Conseil de surveillance ?

Certains optent pour la révocation « ad nutum »¹ pour les administrateurs de la société par actions par le Conseil d'administration² quant aux membres du Conseil de surveillance de la société par actions par le directoire³. Il n'en demeure pas moins que le silence de la loi implique la régularité d'un maintien sans limite des membres du Conseil notamment dans le cadre de la réglementation française qui admet expressément que les règles concernant la durée de mandat des membres du conseil de surveillance sont supplétives.

A.2.3- Prérogatives du conseil de surveillance et pouvoirs du commissaire aux comptes

23. Le conseil de surveillance de la commandite par actions dispose dans l'accomplissement de sa tâche de contrôle permanent « des

¹ - J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, op. cit., n°777, p. 589.

² - Art. 613 modifié C. com. en comparaison avec la même disposition dans la réglementation française : art. L. 225-18 al. 2 C. com. fr.

³ - Art. 662 al. 4 modifié C. com. en comparaison avec la même disposition dans la réglementation française : art L. 225-75 al. 2 C. com. fr.

mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes »¹, l'autre organe (obligatoire) de surveillance et de contrôle (comptable) dans la commandite par actions. Or cette similitude des pouvoirs entre le Conseil et le ou les commissaire aux comptes ne risque -t- elle pas de générer des ambiguïtés ?

Pour expliquer la formulation du texte², il faut savoir qu'historiquement en droit français le Conseil de surveillance existait dans la commandite par actions bien avant l'instauration d'une obligation de désignation d'un commissaire aux comptes dans l'organigramme des sociétés anonymes. « Dans la loi de 1867, le Conseil de surveillance exerçait un contrôle des comptes analogue à celui effectué par les commissaires aux comptes de la société anonyme ce qui rendait inutile cette dernière institution dans la commandite par actions »³.

Certains auteurs français estiment que « dès lors que les deux organes coexistent dans la loi de 1966, leurs fonctions se répartissent comme dans la société anonyme de type nouveau »⁴. La dualité des fonctions de contrôle existe bien dans la société anonyme⁵ et une répartition des tâches et des prérogatives spéciales du Conseil de surveillance et du commissaire aux comptes est – plus ou moins – bien établie ce qui n'est pas le cas dans la commandite par actions. La réglementation actuelle, en leur attribuant les mêmes pouvoirs dans la société en commandite par actions⁶ peut créer un climat de conflit

¹ - Art. 715 ter 7 al. 1 C. com. en comparaison avec la même disposition dans la réglementation française : art. L. 226-9 al. 1 C. com. fr.

² - Ibid.

³ - G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, op. cit., n°2030, p. 699.

⁴ - G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, op. cit., n°2030, pp. 699-700.

⁵ - M.-D. CRUÈGE, *La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, Rev. des sociétés, journal des sociétés, n°3, 1975.

⁶ - F. BUCHER, *Du bon usage de la commandite par actions*, op. cit., p. 425, marge n°23 : « le fait que le conseil de surveillance d'une commandite par actions ait pour attribution les fonctions des commissaires aux comptes résulte de la loi sur les sociétés de 1867, ... La loi du 24 juillet 1966 ayant introduit les commissaires aux comptes dans la commandite par actions, on aboutit ainsi à un doublon de fonctions ».

inter-organes voire même entraîner la paralysie de la vie de la société d'autant plus que le Conseil de surveillance, dont les membres n'ont a priori aucune aptitude professionnelle, tout spécialement dans le domaine de la comptabilité, doit dans son rapport annuel, signaler « notamment les irrégularités et inexactitudes relevées dans les comptes annuels¹ et, le cas échéant, dans les comptes consolidés de l'exercice »². Il apparaît évident que le Conseil dans cette tâche se contentera, en principe, de reproduire ou même de copier les conclusions des commissaires aux comptes. Il semble même qu'il soit incité à le faire afin d'éviter tout incident susceptible de perturber le bon déroulement de la réunion de l'assemblée générale.

24. La loi attribue au Conseil de surveillance la mission (générale) de contrôle permanent de la gestion de la société ce qui signifie que l'examen qu'il porte sur cette dernière va au-delà du seul domaine comptable pour évaluer l'opportunité des actes d'administration ou de gestion, une action interdite aux commissaires aux comptes, sans pour autant disposer des moyens légaux indispensables pour agir à ce niveau, comme par exemple, le pouvoir d'autorisation (préalable) pour certains actes de gestion dévolu expressément au Conseil de surveillance de la société par actions ou de la société anonyme en droit français. Il est évident que des dispositions statutaires peuvent intervenir dans ce cas de figure mais leur effet ne sera pas aussi efficace que celui attendu des dispositions légales en faveur des tiers et des actionnaires minoritaires. L'intervention législative est donc nécessaire afin de combler le vide juridique qui caractérise le fonctionnement d'un organe légalement obligatoire.

B- Des interrogations sur les aspects financiers

25. Dans la commandite par actions, comme pour la société de capitaux, les aspects financiers revêtent une importance évidente notamment pour une société dont le capital social est divisé en actions

¹ - Il s'agit textuellement, de la formule employée dans la loi de 1867, préc. V. CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, op. cit., n°272, p. 235.

² - Art. 715 ter 7 al. 2 C. com. fr. en comparaison avec la même disposition dans la réglementation française : art. L. 226-9 al. 2 C. com. fr.

librement négociable¹. Les principales questions financières porteront donc, d'une part, sur la réglementation particulière relative au capital social notamment pour ce qui est de sa constitution et de ses modifications éventuelles ainsi que pour les transactions effectuées moyennant les actifs sociaux (B.1). D'autre part sur la négociation des actions et la cession de parts sociales spécialement en cas d'apports en industrie (B.2).

B.1- Manipulation du capital et des actifs sociaux

26. Le capital social est une importante garantie sociale consolidée par le patrimoine du commandité. La présence d'un ou de plusieurs associés commandités, dans la commandite par actions, représente une garantie pour les opérations sociales, spécialement si la personne du commandité est connue pour son aisance financière et l'importance de ses réseaux dans le secteur d'activité de la société. Mais cette garantie n'est pas toujours aussi consistante en comparaison avec le capital social et plus exactement l'actif social qui représente une importante assise financière, non seulement de par son volume², mais aussi de par sa disponibilité au service exclusif des créanciers sociaux.

Cette importance financière exige donc une gestion encadrée par des règles d'ordre public tant vis-à-vis des commandités que les commanditaires. D'où une réglementation particulière qui évite tout renvoi aux dispositions propres aux sociétés par actions ou aux sociétés anonymes du droit français. Mais dans quelle mesure est établie et se justifie une telle particularité ?

B.1.1- Les apports des associés.

27. Genre d'apports et qualité d'associé Du fait de sa qualité et en raison de sa responsabilité illimitée l'apport en industrie est accepté

¹ - Art. 715 bis 40 C. com.

² - D'ailleurs, l'intérêt de la commandite par actions, réside dans la possibilité de bénéficier de flux financier considérable, permettant l'expansion des activités sociales, sans pour autant perdre le contrôle de la société. V. en ce sens, F. BUCHER, op. cit., n°3, pp. 418 et 419.

de la part de l'associé commandité. Il faudra d'ailleurs à ce sujet que la part globale des associés commandités soit indiquée dans les statuts¹. Par ailleurs si l'apport en industrie n'est pas un constituant du capital social, sa valeur doit néanmoins être déterminée² pour être en mesure de la comparer aux apports en numéraire et en biens et servir ainsi de base au calcul de la répartition statutaire des droits pécuniaires de chacun des associés commandités.

28. Le commandité peut être aussi actionnaire Le commandité, comme tout associé, a la possibilité d'apporter des biens en numéraire et/ou en nature³. Dans cette hypothèse, et dans la mesure où le capital social est divisé en actions, et non en parts sociales, le commandité acquiert la qualité d'actionnaire, en plus de sa qualité originelle d'associé commandité. C'est d'ailleurs la seule situation où la double qualité d'associé commanditaire et de commandité est possible.

29. Il faut toutefois se garder de toute similitude avec l'actionnaire proprement dit, puisque la qualité d'associé commandité est juridiquement prépondérante sur celle d'associé commanditaire ou d'actionnaire et ce même s'il est majoritaire. Cette situation pose en effet le problème de la majorité renforcée pour toute décision émanant de l'assemblée générale des "actionnaires non commandités" !

B.1.2- Modification du capital social

30. Le texte de loi prévoit que « la modification des statuts exige l'accord de tous les associés commandités et la majorité des deux tiers du capital des commanditaires »⁴. Ainsi la modification du capital social statutaire de la commandite par actions exige la majorité demandée pour la modification du capital de la société en nom

¹ - Art. 563 bis 3 –3 C. com. en comparaison avec la disposition de la réglementation française : art. L. 222-4 –3° C. com. fr.

² - Art. 563 bis 3 –2 C. com. fr. en comparaison avec la même disposition dans la réglementation française : art. L. 222-4 –2° C. com. fr.

³ - Art. 416 al. 1 C. civ. En comparaison avec la réglementation française : art. 1832 al. 1 C. civ. fr.

⁴ - Art. 715 ter 8 al. 1 C. com.

collectif¹ (ainsi que la commandite simple²) et celle exigée pour la modification du capital de la société par actions³. Une telle exigence est-elle juridiquement justifiée dans la mesure où il existe une différence essentielle entre les causes et les effets de l'augmentation ou de la réduction du capital social aussi bien envers la société et les associés que vis-à-vis des tiers ?

Selon la réglementation française actuelle «la modification des statuts exige, sauf clause contraire, l'accord de tous les commandités»⁴. Ainsi, l'augmentation ou la réduction du capital social doit avoir a priori l'approbation des commandités sans pour autant que cette règle soit d'ordre public. Par ailleurs, la majorité renforcée des actionnaires n'est pas nécessaire même en tant que règle supplétive. Il en résulte que la liberté statutaire permet de fixer une majorité différente à chaque modification apportée aux statuts en prévoyant soit l'unanimité des commandités et/ou la majorité des deux tiers du capital (des commanditaires) selon qu'il s'agisse de réduction ou d'augmentation du capital social.

En effet, le choix doit être laissé aux intérêts des deux catégories d'associés car si la réduction du capital a une répercussion directe sur le patrimoine (personnel) du ou des associés commandités du fait de leur responsabilité solidaire et indéfinie des dettes sociales, l'augmentation du capital constitue le souci des seuls associés commanditaires qui courent le risque de perdre le contrôle sur la société.

B.1.3- Conventions avec la société et conflit d'intérêt

31. En l'absence de toute disposition législative qui interdit les conventions entre la société en commandite par actions et ses dirigeants ou ses associés, il se pose la question de savoir si lesdites conventions sont ou non permises.

¹ - Art. 556 al. 1 C. com.

² - Art. 563 bis 8 C. com.

³ - Art. 674 al. 3 C. com.

⁴ - Art. L. 226-11 al. 1 C. com. fr.

En fait la réponse affirmative s'impose d'autant plus qu'est exclu tout renvoi aux textes qui régissent les organes d'administration et de direction¹ sauf disposition contraire². En conséquence aucune interdiction (ni même un simple contrôle) ne permettent d'empêcher le sacrifice de l'intérêt social en droit algérien. Cette situation aberrante en soi porte par ailleurs atteinte aux intérêts protégés et au final même au crédit de la société. Certes des dispositions statutaires peuvent y remédier mais cette démarche ne peut avoir le même effet protecteur que celui offert par les règles d'ordre public comprenant éventuellement des sanctions pénales. Rappelons que la législation française³ prévoit l'application de la réglementation des conventions réglementées et interdites propres aux sociétés anonymes⁴ ainsi que les textes concernant le délit d'abus de biens sociaux, une situation que ne prévoit pas le Code algérien de commerce⁵.

B.2- Négociation d'actions et cession des parts sociales

32. A coté des actions appartenant en majorité aux commanditaires de la société mais qui peuvent être aussi souscrites ou achetées par les commandités il y a, pour ces derniers la possibilité de détenir des parts sociales à l'instar des associés dans les sociétés par intérêt. Ces intérêts ne peuvent représenter que des apports en industrie⁶ car les apports en numéraire et en nature sont ajoutés au capital social prenant ainsi la forme d'actions et non celle de parts sociales.

33. L'associé (commandité ou commanditaire) a en principe le droit de se retirer d'une société de capitaux sans provoquer pour autant sa

¹ - C'est-à-dire les arts 610 à 673 C. com. V. art. 715 ter al. 3 C. com.

² - Selon l'art. 715 ter 2 al. 4 C. com.

³ - Art. L. 226-10 C. com. fr.

⁴ - Arts L. 225-38 à L. 225-43 C. com. fr.

⁵ - Avec toutefois, selon certains auteurs, une qualification des faits, en abus de confiance (art. 376 C. pén.). Une qualification peu probable, car du point de vue du droit des sociétés commerciales, le gérant par exemple, n'est pas un mandataire, ni même un salarié de la société par actions.

⁶ - Supra, n°27.

dissolution¹. Cette opération s'effectue par la cession de ses actions ou de ses parts sociales. La question qui se pose alors est celle de savoir comment s'effectuent les transactions dans la commandite par actions.

B.2.1- Cession des parts sociales

34. L'absence de dispositions particulières en matière de cession des parts sociales dans la commandite par actions implique obligatoirement l'application des textes relatifs à la commandite simple² même si ceux-ci ne semblent pas être juridiquement adéquat pour tous les cas de figure. En effet, la cession des parts sociales n'est décidée en règle générale «qu'avec le consentement de tous les associés, y compris les commanditaires. Or dans la commandite par actions les actions sont souvent au porteur alors que les actionnaires sont inconnus de la société. L'application stricte de la règle légale aboutira à rendre pratiquement impossible la cession des parts de commandités³ ce qui fait de la commandite par actions un outil de défense anti-OPA⁴. Aussi il est à se demander si cette situation ne risque pas de rendre le commandité, comme l'associé dans la société en nom collectif, prisonnier de sa propre société.

L'importance de l'associé commandité pour le crédit social justifie sans doute son maintien dans la société. Par contre l'intérêt du commandité de se retirer sera alors sacrifié au profit de l'intérêt social. Cet argument ne légitime certainement pas pour autant la suppression totale du droit de retrait de l'associé et la disparition de l'affectio societatis de l'associé "prisonnier" entraînera inévitablement une dissolution anticipée de la société⁵.

¹ - Art. 440 al. 1 C. civ.

² - Art. 563 bis 7 C. com. en comparaison avec la réglementation française : art. L. 222-8 C. com. fr.

³ - G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, op. cit., n°2020, p. 696.

⁴ - F. BUCHER, op. cit., p. 415.

⁵ - Y. GUYON, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, T.1, 7^e éd., Economica, 1992, n°124, p. 125.

35. Une décision de transformation sociale sera la solution possible en cas de blocage. Certains auteurs français privilégient le recours à la procédure de cession de parts sociales en appliquant la règle de la majorité qui gouverne les relations entre les associés des sociétés de capitaux¹ Cette solution doit être légalement préconisée en droit algérien afin de sauvegarder les affaires sociales et in fine le crédit social.

B.2.2- Négociation des actions

36. Comme la commandite par actions est une société par actions, il n'existe pas de dispositions propres aux actions de la commandite et à leur négociation. Elles sont donc librement négociables sous réserve de dispositions statutaires ou extrastatutaires limitatives de cette liberté². Le renvoi aux règles qui régissent les actions de la société³ s'impose donc juridiquement.

37. Cependant une différence majeure existe entre la société anonyme ou société par actions du droit algérien et la commandite par actions au niveau du droit des associés. En effet, le droit des associés actionnaires sur les actifs sociaux existants par rapport aux éventuels nouveaux actionnaires lors d'une augmentation du capital social par émission de nouvelles actions en numéraire est protégé par une priorité légale de souscription à celles-ci proportionnellement au montant de leurs actions alors détenues. Il s'agit du droit préférentiel de souscription⁴ réservé aux actionnaires⁵, ce qui signifie que les commandités n'en bénéficient pas bien qu'ils aient la qualité

¹ - Y. GUYON, préc.

² M. BOUDJELAL, *Les aménagements statutaires des sociétés commerciales en droits algérien et français*, Thèse précitée, p. 298 et suiv.

³ Art. 715 bis 30 et suiv. du Code de commerce.

⁴ Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, op. cit., n°556, p. 610. « Le droit préférentiel de souscription (en pratique DPS) est comme la prime d'émission, un moyen de sauvegarder les droits des actionnaires anciens dans la société ».

⁵ A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, Thèse Toulouse, 1978 ; Art. 694 du Code commerce et cf. avec la législation française (art. 225-132 Code de commerce français).

d'associés qui leur donne, comme pour les actionnaires, un droit sur les réserves et sur tous les actifs nets non distribués. Il est évident que cette disposition est en contradiction avec une règle fondamentale du droit des sociétés qui est celle de leur égalité et que le droit préférentiel de souscription a justement pour objectif d'assurer cette égalité¹.

Conclusion

38. Il apparaît clairement, que la société en commandite par actions, comparée à la société par action ou à la société anonyme du droit français, connaît des imperfections au niveau de certains moments de sa construction institutionnelle. La doctrine et la jurisprudence essaient d'apporter des réponses aux difficultés nées de cette situation en recourant à la liberté statutaire dans l'attente d'une éventuelle intervention législative.

39. Il ne s'agit évidemment pas de « légiférer sur tout et (jusqu'aux) moindres détails »² mais d'agir en vue de préserver "les bases essentielles" d'un type de société commerciale regroupant simultanément les éléments du crédit des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux et donc l'associé ou les associés commandités.

40. La commandite par actions, comme société de capitaux et plus encore comme société par actions constituent un marché attractif d'épargne public. Le choix d'une démarche contractuelle assurant plus de souplesse ne veut pas dire abandon des aspects qui touchent à la protection des intervenants aussi bien extérieurs qu'intérieurs des sociétés commerciales et qui doit être garantie par des règles impératives, voire même supplétives, afin d'assurer la vie et le développement de l'entreprise collective commerciale.

¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 21ème éd. 2009, n° 823, p. 374.

² - F. BUCHER, op. cit., p. 416.