

OPEN ACCESS

Submitted: 9/11/2021

Reviewed: 5/12/2021

Accepted: 11/12/2021

De la fictivité en Droit Qatarien des Sociétés Commerciales

Chaker Mzoughi

Associate Professor of Private Law, College of Law, Qatar University

chaker.mzoughi@qu.edu.qa

Résumé

Objectifs: Il s'agit dans le cadre de cette étude de déterminer la place réservée par le législateur qatarien aux situations fictives. Les études antérieures ont traité un seul aspect de la question, celui de la société fictive qui, d'ailleurs, a été considéré dénué d'intérêt avec la société unipersonnelle et c'est ce que cette étude a par ailleurs, essayé de nuancer. Dans ce nouveau monde numérique, le risque de la fictivité est bien réel. Cette recherche a essayé de déterminer comment le droit qatarien des sociétés commerciales appréhende la fictivité ? la réponse s'est faite selon une approche globale de la vie de la société: son existence, et sa situation économique.

Méthodologie: Analytique, critique et comparative. Ce qui nous a permis d'analyser la réglementation qatarienne et l'évaluer par rapport au droit comparé.

Résultats: Cette recherche a permis de déterminer la place réservée par le droit qatarien au critère de la fictivité pour déterminer le régime juridique des sociétés commerciales.

Originalité : Il s'agit d'une étude pionnière en Droit qatarien qui propose une nouvelle piste de recherche sur la moralisation du droit des affaires en général.

Mots clefs: Fictivité ; Société commerciale ; Apparence ; Situation de fait ; Difficultés économiques

Cite this article as: Mzoughi Ch., "De la fictivité en Droit Qatarien des Sociétés Commerciales", *International Review of Law*, Volume 11, Regular Issue 1, 2022

<https://doi.org/10.29117/irl.2022.0213>

© 2022, Mzoughi Ch., licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.



OPEN ACCESS

Submitted: 9/11/2021

Reviewed: 5/12/2021

Accepted: 11/12/2021

The Fictitiousness in Qatar's Commercial Companies Law

Chaker Mzoughi

Associate Professor of Private Law, College of Law, Qatar University

chaker.mzoughi@qu.edu.qa

Abstract

Purpose: The purpose of this study is to determine the place reserved by the Qatari law for fictitious situations. The previous studies dealt with only one aspect of the question, that of the fictitious corporate which, moreover, was considered irrelevant with the one-person partnership and this is what this study has also tried to qualify. In this new digital world, the risk of fictitiousness is very real. This research tried to determine how Qatari corporate law deals with fictitiousness. The response was based on a general approach to the life of corporate: its existence, and its economic situation.

Methodology: Analytical, critical and comparative. This allowed us to analyze Qatari regulations and assess them against comparative law.

Results: This research made it possible to determine the place reserved by Qatari law to the criterion of fictitiousness to determine the legal regime of commercial companies.

Originality: This is a pioneering study in Qatari law, which offers a new avenue of research on the moralization of business law in general.

Keywords: Fictitiousness; Company; Appearance; Real situations; Economic difficulties

Cite this article as: Mzoughi Ch., "The Fictitiousness in Qatar's Commercial Companies Law", *International Review of Law*, Volume 11, Regular Issue 1, 2022

<https://doi.org/10.29117/irl.2022.0213>

© 2022, Mzoughi Ch., licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

OPEN ACCESS

Submitted: 9/11/2021
Reviewed: 5/12/2021
Accepted: 11/12/2021

الوضعيات الوهمية في قانون الشركات التجارية القطري

شاكر المزوغي

أستاذ مشارك في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر

chaker.mzoughi@qu.edu.qa

ملخص

الأهداف: تهدف الدراسة تحديد المكان المخصص من قبل المشرع القطري للوضعيات الوهمية. وقد تناولت الدراسات السابقة جانبًا واحدًا فقط من المشكلة، وهو الشركات الوهمية، فضلًا عن كونه غير ذي أهمية؛ نظرًا لتكريس المشرع القطري شركة الشخص الواحد، وهو ما حاولت كذلك هذه الدراسة تنسيبه. في العالم الرقمي الجديد، تشكل الوضعيات الوهمية خطرًا حقيقيًا. حاول البحث تحديد آلية تعامل قانون الشركات القطري مع الوهمية؛ استنادًا إلى مقارنة شاملة لحياة المجتمع؛ وجوده ووضع الاقتصاد.

المنهج: سلكت الدراسة المنهج التحليلي النقدي المقارن. بما يسمح بتحليل التشريعات القطرية وتقييمها على ضوء القانون المقارن.

النتائج: أتاح البحث تحديد المكان الذي يحتفظ به القانون القطري لمعيار الوهمية لتحديد النظام القانوني للشركات التجارية.

الأصالة: تعد دراسة أولى من نوعها في القانون القطري تقدم مجالًا جديدًا للبحث حول البعد الأخلاقي لقانون الأعمال بشكل عام.

الكلمات المفتاحية: الوضعيات الوهمية، الشركات، نظرية الظاهر، الوضعيات الواقعية، الصعوبات الاقتصادية

للاقتباس: المزوغي، شاكر. «الوضعيات الوهمية في قانون الشركات التجارية القطري»، المجلة الدولية للقانون، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2022

<https://doi.org/10.29117/irl.2022.0213>

© 2022، المزوغي، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

Introduction

Il semble nécessaire, au début de ces propos introductifs, de définir les termes qui composent le sujet : fictivité et droit des sociétés commerciales. Or, à ce stade de notre étude, il n'est pas possible de satisfaire à cette exigence. Le premier des deux étant certainement le plus ardu à réduire à une définition. En effet, la question de la définition de la fictivité est d'une grande complexité et même les meilleurs dictionnaires juridiques, n'y répondent qu'à un ou à quelques aspects de la notion sans pour autant en identifier les éléments¹ qui la constituent². L'origine de la notion n'aide pas à résoudre cette question. L'étude historique révèle que cette notion qui semble être connue par la doctrine et même quelquefois utilisée par le législateur, n'a jamais reçu de définition. L'objectif de cette étude est de rendre compte de la richesse de cette notion omniprésente dans le vocabulaire juridique.

La question de la nature de la fictivité se révèle tout aussi délicate que sa définition. La notion est fuyante car si elle apparaît en droit positif ce n'est qu'en filigrane, ce n'est que de manière implicite, suggérée et il convient d'affirmer son caractère plutôt doctrinal. Pour identifier cette nature, il importe de préciser que la fictivité qui pénètre le domaine du droit est, non seulement une sanction, mais parfois une technique juridique. Or, il importe de montrer, qu'en tant que sanction ou technique juridique, il faudra retracer les limites qui déterminent les frontières à ne pas franchir par rapport à la liberté des parties dans la *summa divisio* entre réel et fictif.

La majorité des auteurs³ rattachent la notion de fictivité à la simulation. En effet, la fictivité consiste à dissimuler un état réel et faire apparaître un état différent de la réalité.

Le rôle joué par la fictivité dans le droit des sociétés commerciales défini comme étant l'ensemble des règles de droit régissant cette catégorie de personnes morales de droit privé⁴, est important. En effet, de toutes les disciplines juridiques, le droit des sociétés commerciales est probablement le plus propice à la dissociation entre apparence et réalité. Surtout dans un contexte de mondialisation de la vie des affaires. Mais ce qui donne une véritable importance à l'étude de la fictivité en droit des sociétés commerciales, c'est le développement de l'économie virtuelle. Dans ce contexte numérique, le risque de la fictivité est bien réel.

Dès lors, il importe de savoir comment le droit des sociétés commerciales appréhende la fictivité ?

Il s'agit surtout, de la place à réserver à cette notion, comme cela apparaîtra, dans la recherche de la réponse à la problématique. En effet, la fictivité recouvre tant d'aspects et se prête à tant de situations qu'il ne serait possible de faire autrement que de puiser dans ses manifestations. Le traitement juridique de la fictivité marque le souci du législateur de protéger aussi bien la société elle-même que les personnes en relation avec elle.

A cet égard, il convient de retracer les manifestations de la fictivité à travers les deux piliers de la vie de la société commerciale : son existence (Première Partie), et sa situation économique (Deuxième Partie).

Première Partie : La Fictivité relative à l'existence de la Société Commerciale

La rédaction de l'article 2 de la loi n° 11-2015⁵ relative aux sociétés commerciales ne laisse guère de doutes sur la conviction très forte des rédacteurs de voir dans la société un contrat⁶. Cependant, la sécurité

1 Ayari (M.), Les définitions juridiques dans le C.O.C., in Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats, 1906-2006, Centre de publication universitaire, Tunis, Tunis, p. 89.

2 Cornu (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, V° *fictivité*.

3 Baruchel (N.), La personnalité morale en droit privé, Eléments pour une théorie, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 240, n° 424.

4 ياسين الشاذلي، الوجيز في قانون الشركات القطري الجديد رقم 11 لسنة 2015، نشر: لكسيس نكسيس، 2017، ص 17.

5 Loi n° 11-2015 du 16 juin 2015 relative aux sociétés commerciales, Journal officiel qatarien, n° 13 du 07 juillet 2015, p. 4.

6 " La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'affecter en commun leurs apports... "

juridique justifie le rôle de l'Etat dans la formation des sociétés commerciales, de nombreuses règles étant alors imposées. Or, si le législateur intervient pour condamner l'existence fictive de la société commerciale (Paragraphe Deuxième), il en autorise l'inexistence fictive (Paragraphe Premier).

Paragraphe Premier : L'Inexistence Fictive d'une Société Commerciale

Si le législateur a décidé de lier le début de la personnalité morale à la formalité de l'immatriculation au registre du commerce, il en résulte que la société en participation⁷, considérée comme une société que les associés ont décidé de ne point immatriculer, est de ce seul fait dépourvue de personnalité morale⁸. A défaut de cette formalité, la société en participation n'a de personnalité juridique⁹.

Société à part entière, la société en participation requiert l'existence d'un contrat, d'apports, participation aux bénéfices et à l'économie de dépenses, et contribution aux pertes et même des associés animés par *l'affectio societatis*. C'est ainsi que, tous les éléments requis pour l'existence de la société se vérifient. Il demeure cependant, que cette société qui existe réellement, n'a pas de personnalité morale¹⁰, n'est soumise ni à la formalité de l'immatriculation, ni à aucune forme de publicité.

Qualifiée¹¹ de drôle de société avec une allure anarchiste, la société en participation connaît une existence réelle et découle d'un libre choix des associés¹². On se trouve donc face à une situation paradoxale entre une existence réelle et une inexistence fictive. Pis, c'est une fictivité légalement consacrée et règlementée¹³.

La société en participation est occulte car les associés conviennent secrètement d'entreprendre une ou plusieurs opérations¹⁴. Les participants fixent entre eux, toujours secrètement, les conditions de leur coopération¹⁵. Seul le gérant apparaît ainsi aux yeux des tiers : il agit avec eux en son nom et pour son propre compte, sans révéler aux tiers l'existence de la société¹⁶. Par ailleurs, " ce caractère occulte n'est plus de l'essence de la société en participation¹⁷, qui peut donc être révélée aux tiers sans disparaître pour autant.

Par ailleurs, la consécration d'une inexistence fictive de la société commerciale a alimenté la discussion autour du rôle de la publicité de la constitution de la société. Etant donné que l'article 8 de la loi n°11-2015 prévoit que " toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de sa publication ", il fallait dans un souci de cohérence interdire que des personnes morales puissent naître sans l'accomplissement de cette formalité. Or, admettre cette hypothèse réduit considérablement l'efficacité de l'une des fonctions de la publicité.

7 Article 53 de la loi n°11-2015 relative aux sociétés commerciales, *Op.cit.*

8 Mellouli (S) et Frikha (S.), Les sociétés commerciales, La maison du livre, Tunis, 2013, p. 115 et s.

9 Pas plus que de patrimoine, car le patrimoine ne saurait exister sans titulaire. Regnaud-Moutier (C.), La notion d'apport en jouissance, L.G.D.J., Paris, 1994, n°30, p. 27.

10 Merle (Ph.) et Fauchon (A.), Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 24^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2020-2021, p. 828, n°708 ; Ripert (G.) et Roblot (R.), Traité de droit des affaires, Tome 2, sous la direction de Michel Germain, L.G.D.J., 22^{ème} édition, Paris, 2017, p. 212, n°1764.

11 Calais-Aulloy (J.), Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, L.G.D.J., 1959, p. 166.

12 Kharroubi (Kh.), Droit des sociétés commerciales, Editions Latrach, Tunis, 2016, p. 319.

13 Kharroubi (Kh.), *Op.Cit.* p. 318.

14 Charveriat (A.) et autres, Sociétés commerciales, Editions Francis Lefebvre, Paris, 49^{ème} édition, 2018, p. 1667, n°94002.

15 *Ibidem.*

16 Article 57 de la loi n°11-2015 relative aux sociétés commerciales, *Op.cit.*

17 Dondero (B.), Société en participation, Répertoire des sociétés, avril 2006, actualisation novembre 2019, n°32. www.dalloz.fr ; Chartier (Y.), Remarques sur la société en participation, R.T.D.Com., 1979, 637.

La publicité d'une société a une importance capitale¹⁸. Il s'agit d'une condition de constitution de la personne morale selon l'article 8 de la loi n° 11-2015¹⁹. C'est la consécration d'un principe classique selon lequel la personnalité morale ne peut naître qu'au moment et du fait de l'acte constitutif. La méconnaissance de cette procédure nous mène à s'interroger sur la réalité de la fonction constitutive de la publicité. Est-ce que la publicité ne peut être identifiée que par son effet constitutif? Au vu de ce qui est a précédé, la réponse par la négative s'impose.

Dans le monde des affaires, où la transparence est constamment prônée, la consécration de la société en participation relate la dissimulation d'une situation existante. Cette inexistence fictive d'une société commerciale traduit l'adoption de la théorie de l'apparence en droit des sociétés commerciales. La théorie de l'apparence est habituellement définie comme " une théorie en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité " ²⁰.

La société en participation est une application particulière de la théorie de l'apparence. A ce titre, les tiers traitent avec le gérant qui agit avec eux en son nom et pour son propre compte alors même qu'il dissimule l'existence d'une société occulte qui correspond à la réelle volonté des associés.

Ainsi, la transparence qui a été élevée au rang de véritable principe, non seulement en droit des sociétés commerciales mais dans toutes les branches du droit, se trouve concurrencée voire même menacée par la théorie de l'apparence. La transparence impose de ne pas s'en tenir à l'apparence qui s'appuie sur la fictivité. Le tiers qui consente de traiter avec le gérant qui se présente à lui comme agissant en son nom et pour son propre compte, pourrait adopter une position différente si le voile de la situation réelle n'était pas dressé et faire jouer certaines conséquences liées à l'existence d'une personne morale comme l'exigence de nouvelles garanties. Si l'apparence peut traduire une certaine réalité, la transparence exprime toute la réalité. En sollicitant la notion de transparence quant à l'existence d'une personne morale dissimulée, on y voit une nécessité de s'attacher à la réalité d'une situation derrière une certaine apparence fictive.

Ce caractère fictif " est parfois source d'insécurité juridique. Ainsi, par exemple, il se peut que les associés n'aient pas prévu de durée pour la société ; dans ce cas, elle sera considérée comme conclue pour une durée indéterminée et chaque associé pourra solliciter sa dissolution à tout moment, ce qui pourra nuire aux intérêts de ses partenaires. Le risque est d'autant plus grand si, comme cela arrive parfois, la société est constituée sur simple accord verbal des parties " ²¹. Aussi, il n'est pas entièrement certain que le gérant soit en mesure de recevoir les apports des participants²². Ainsi, la stabilité attachée à la personnalité morale de la société " déclarée " est absente.

Ces risques et bien d'autres liés au caractère fictif de l'inexistence de la société commerciale n'ont pas empêché le législateur de la réglementer contrairement à l'existence fictive qui semble être condamné par la loi.

Paragraphe Deuxième : L'existence Fictive de la Société Commerciale

La fictivité de la société commerciale consiste à créer une fausse apparence pour dissimuler l'activité réelle d'une autre personne²³. Cette dernière pouvant être physique ou morale. Cependant, la fictivité ne peut concerner qu'une personne morale. Une personne physique ne peut être fictive. La fictivité est établie par la mise en évidence de certains indices démontrant que la personne morale n'est qu'apparente,

18 Mamlouk (A.), La nullité en droit tunisien des sociétés et la protection des tiers, *Journal of Legal Studies*, Volume 2020, Article 12, p. 11, n° 25.

19 *Op.cit.*

20 Cornu (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., France, 2016, p. 70.

21 Dalloz, Fiches d'orientation

22 Dondero (B.), Société en participation, Répertoire des sociétés, Avril 2006, actualisation novembre 2019, n° 32. www.dalloz.fr

23 Gibrila (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Paris, 2009, n° 223, p. 187.

elle résulte d'un constat d'existence fictive de la personne morale²⁴.

Toutefois, la fictivité doit être distinguée de la confusion des patrimoines : Tandis que la fictivité ne concerne que des personnes morales, la confusion des patrimoines vise aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. De surcroît, alors que la fictivité exprime l'existence d'un problème lié à la constitution de la société, la confusion des patrimoines traduit un dysfonctionnement en cours de vie sociale²⁵.

Les raisons susceptibles d'expliquer la création d'une société fictive peuvent être multiples²⁶. Un commerçant peut-être tenté de mettre une partie de ses biens à l'abri du droit de poursuite de ses créanciers. Il lui suffit pour cela de détourner artificiellement certains éléments d'actif en créant une société fictive pour bénéficier de l'écran de la personnalité morale²⁷. La naissance d'une personne morale permet la création d'un patrimoine social autonome sur lequel seuls ses propres créanciers ont un droit de poursuite individuelle²⁸. Celui qui veut essayer de faire des opérations commerciales en échappant aux responsabilités correspondantes utilise le plus souvent la forme juridique de la société pour masquer ses agissements : la société est ainsi purement fictive²⁹. Une société peut aussi souhaiter se diversifier, développer de nouvelles activités, sans accepter les risques corrélatifs, dans cette hypothèse, une société fictive est alors créée³⁰. Les parties qui souhaitent créer une société " choisissent d'endosser ainsi un vêtement sur mesure " ³¹.

Ainsi, les candidats à la constitution de cette nouvelle personne créent une société fictive qui ne réponde pas aux conditions de fond de la création des sociétés et notamment à celle d'un *affectio societatis* au moment de la conclusion du contrat³². La société est fictive quand on ne trouve pas chez les contractants un consentement véritable³³, mais simplement apparent, et par conséquent, pas cette volonté de collaborer, d'être en société, que constitue l'*affectio societatis*³⁴. " L'acte est tout simplement simulé entre une personne que l'on nomme le maître de l'affaire et une ou plusieurs autres qui acceptent de devenir son ou ses associés de paille " ³⁵.

Le critère de la fictivité, est l'absence d'un des éléments caractéristiques du contrat de société qui révèle le défaut d'*affectio societatis* ³⁶. La constitution d'une société fictive respecte les conditions de forme exigées pour apparaître parfaitement valable aux yeux des tiers, la fictivité se déduit par conséquent

24 Le Corre-Broly (E.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, Paris, 2001, n° 35, p. 31. " Cette inexistance résultera le plus souvent de l'absence du fonctionnement réel de la société. C'est notamment le cas lorsque les associés n'ont pas d'*affectio societatis*, que les assemblées ne se réunissent pas, que la société n'a pas de comptabilité propre ou encore, lorsque la personne morale fictive n'a pas d'activité distincte de celle du maître de l'affaire ".

25 Gibrila (D.), *Op.Cit.* p. 181.

26 Senechal (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, Paris, 2002, n° 569, p. 613.

27 Senechal (M.), *Op.Cit.*, n° 567, p. 611.

28 Senechal (M.), *Op.Cit.*, n° 568, p. 612.

29 Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, Tome2, Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives, L.G.D.J., 16^{ème} édition, Paris, 2000, n° 2854, p. 841.

30 Agnes (R.), *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, Thèse de Doctorat, Université Paris II, 2001, p. 1329, n° 2367.

31 Schiller (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 161, p. 83 ; Chaveau (P.), " Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés ", *Revue générale de droit commercial*, 1938, p.397.

32 Senechal (M.), *Op.Cit.*, n° 569, p. 612.

33 Article 2 de la loi n° 11-2015, *Op.cit.*

34 Dagot (M.), *La simulation en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1967, n° 77, p. 66.

35 Senechal (M.), *Op.Cit.*, n° 569, p. 613.

36 Gibrila (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Paris, 2009, n° 223, p. 188.

de l'examen du consentement des parties³⁷. Si la société a été créée fictivement pour dissimuler une exploitation personnelle, le consentement des associés n'est qu'apparent. La simulation se traduit par la conclusion d'un contrat fictif.

L'absence d'affectio societatis est considérée comme critère de la fictivité. Un commerçant désireux de limiter sa responsabilité à une fraction de son patrimoine, pourra exploiter son affaire sous le couvert d'une société. Il s'efforcera d'obtenir d'une ou de plusieurs personnes complaisantes qu'elles acceptent de figurer en nom dans le contrat de société sans acquérir véritablement la qualité d'associé. Une personne morale peut en effet dissimuler une activité commerciale.

La fictivité résulte ainsi d'une réalité inexacte et réalise un abus de la personnalité morale de la société qu'elle affecte³⁸.

Les abus potentiels que la personnalité morale risque d'engendrer ont été mis en lumière depuis longtemps en déterminant les cas dans lesquels la société ne joue qu'un rôle d'écran³⁹.

L'abus de la personnalité morale⁴⁰ serait généralement conçu comme le reflet de l'inadaptation du concept avec le réel. Il se peut qu'on fasse appel à une technique juridique sans vouloir exactement le but que cette technique postule⁴¹. L'abus de la personnalité morale constitue une entrave à la réalité des sociétés.

Dans le cadre de cette étude, c'est la conception étroite d'abus de personnalité morale qui est retenue, c'est-à-dire l'abus émanant des particuliers prompts à abuser d'une technique mise à leur disposition par le droit. L'abus consiste à utiliser, là où elle est reconnue, la technique de la personnalité morale en la détournant de ses fins. L'abus de la personnalité morale est une négation pure et simple de la personnalité morale. L'abus de la personnalité morale peut être consommé par le seul fait que la personne morale est créée pour profiter de certains avantages.

L'abus de la personnalité morale suppose l'absence de l'affectio societatis considéré comme élément constitutif du contrat de société. L'existence même de la personne morale ne pose pas de problème : la fictivité exprimant une intention de dissimulation de la réalité, essaye de démontrer qu'il s'agit d'une situation réelle et pour cela les parties voulant faire croire en une véritable société, feront tout pour faire croire en sa réalité : organisation...etc. ce qui manque à une société fictive ce ne sont pas les éléments objectifs, mais plutôt un élément psychologique : l'intention. L'abus de la personnalité morale postule l'existence d'une volonté de tromper⁴².

L'abus de la personnalité morale des sociétés commerciales ne peut être réduit à un abus de droit au sens civiliste⁴³, car la théorie de l'abus de droit ne saurait justifier la levée du voile social suite à un abus de personnalité morale. D'autant plus que la personnalité morale constitue une technique et non un droit subjectif.

L'abus de la personnalité morale se traduit par la création d'une fiction dont l'élément apparent est le produit d'une volonté. Mais cette volonté a pour but de créer une apparence trompeuse et non de produire pleinement un effet de droit à travers la conclusion d'un contrat de société.

37 Senechal (M.), *Op.Cit.*, n° 569, p. 613.

38 Mrabet (M.), *Les sociétés fictives*, Mémoire de Mastère en droit des affaires, Faculté de droit de Sfax, 2006-2007.

39 Schiller (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, L.G.D.J., Paris, 2002, n°, 123, p. 67.

40 Mellouli (S.) et Frikha (S.), *Les sociétés commerciales*, I.M.E., Tunis, 2008, n° 77, p. 23.

41 Pellerin (J.), " La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé ", *R.T.D.Com.*, 1981, n° 83, p. 471.

42 Gargouri (A.), *L'abus de la personnalité morale des sociétés commerciales*, Mémoire de D.E.A. en droit des affaires, Faculté de droit de Sfax, 1996-1997, p.10.

43 Ben Ammou (N.), *Essai sur l'abus de droit à travers l'article 103 du C.O.C.*, Mémoire de D.E.A., F.D.S.P.E.T., 1983-1984.

Pour son existence juridique, « la société suppose non seulement un accord de volonté des parties au contrat, mais encore une volonté durable de collaboration sur un pied d'égalité pour la réalisation de l'œuvre commune qu'on dénomme l'*affectio societatis* »⁴⁴. Dans le cas d'abus de la personnalité morale, on constate en revanche que cette volonté d'être en société est souvent absente chez les contractants puisqu'ils n'interviennent que pour faire nombre.

Aux yeux des tiers, la société fictive a toutes les apparences d'une société en bonne et due forme. Les formalités de constitution et de publicité ont été accomplies. Il y'a même une diligence particulière à respecter ces conditions pour tromper les tiers sur l'existence d'une société. Le but des parties est de créer une apparence trompeuse.

L'hypothèse classique de la société fictive, se concrétise dans le cas d'une société masquant l'activité d'une seule personne physique. Mais cette hypothèse semble ne plus avoir de valeur à partir de la loi n° 16-2006 du 27 juin 2006, modifiant certaines dispositions de la loi n° 5-2002 relative aux sociétés commerciales⁴⁵ et qui a autorisé la création de la société unipersonnelle.

La reconnaissance de la société unipersonnelle a été justifiée par le souci de réduire le nombre des sociétés fictives. Il faut toutefois reconnaître que le montage que constitue la société unipersonnelle repose sur la fictivité. La fiction légale de la personnalité morale est poussée à son terme, seule l'utilité pratique justifie la technique retenue. Comment admettre, en effet, la réalité d'une société où l'*affectio societatis* et le principe d'égalité entre associés sont vidés de leur sens ?⁴⁶

La société unipersonnelle constitue le terrain d'élection des sociétés fictives. Elle se trouve consacrer une fictivité avec la bénédiction du législateur⁴⁷. Son instauration exprime la satisfaction de mettre fin à un abus en le légalisant⁴⁸. Et si un éminent auteur⁴⁹ a préconisé, qu'il valait mieux bannir les artifices qui discréditent le droit, en reconnaissant la validité de la société unipersonnelle, un auteur français⁵⁰, a pu écrire dans le même contexte, que le juriste ne pourra que regretter une telle déformation des concepts sociétaires.

Et même si dans l'apparence, il y'a création d'une personne morale indépendante avec un patrimoine autonome de l'associé unique, en réalité l'acte peut créer une société fictive qui n'aurait pour objectif que de servir comme image destinée à dissimuler une affectation de patrimoine qui n'existe pas en réalité. La fictivité d'une société unipersonnelle peut résulter, non seulement de l'utilisation par l'associé unique des biens de la société comme ses biens propres, mais aussi, à l'inverse, de l'utilisation pour les besoins de la société des biens personnels de l'associé⁵¹.

D'ailleurs, la pratique bancaire impose au gérant d'une société unipersonnelle qui sollicite un crédit, de signer un engagement personnel de caution. De ce fait, la séparation se trouve vidée de sa substance ce qui laisse planer un doute sur une régularisation des sociétés fictives à travers la reconnaissance de la société unipersonnelle.

44 Daly (H.), *L'affectio societatis dans les sociétés commerciales*, Mémoire D.E.A., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1982 ; Hamel (J.), « L'affectio societatis », *R.T.D.Civ.* 1925, p. 761 ; Hamel (J.), « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mélanges Dabin*, T.2, p. 645 ; Amiaud « L'affectio societatis », in *Mélanges Simonius*, 1955, p. 1.

45 Journal officiel n°8 du 28 août 2006, p. 119.

46 Gargouri (A.), *L'abus de la personnalité morale des sociétés commerciales*, Mémoire de D.E.A. en droit des affaires, Faculté de droit de Sfax, 1996-1997, p. 28.

47 Maubru (B.), « Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E.U.R.L. », *J.C.P.*, 1986, edit. N., I, n° 5, p. 436.

48 Flores (G.) et Mestre (J.), « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *Rev. Société*, 1986, n°3 p. 17.

49 Knani (Y.), « L'entreprise, l'Etat et le droit : Réflexions sur les insuffisances du droit commercial tunisien », *R.T.D.*, 1993, p89.

50 Serlooten (P.), « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.*, 1985, Chron. , n°7 et s. ,p. 188.

51 Mercadel et Janin, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, Edit. Francis Lefebvre, 1995, n°121.

A la situation la plus ordinaire où le maître de l'affaire est une personne physique, il faut ajouter une situation non moins courante, celle où la société fictive se trouve être une filiale qui se révèle n'être que la façade sans consistance de la société mère.

La filiale est une société juridiquement autonome car jouissant de la personnalité morale. Toutefois, elle subit en fait, le contrôle de la société mère⁵². " L'unité de direction économique qui caractérise le groupe, tend à vider de sa substance juridique la personnalité morale des sociétés subordonnées. La personne morale subsiste intacte en apparence, mais elle tend à ne plus être qu'une apparence "⁵³.

La fictivité de la filiale peut être déduite de la structure du groupe. La filiale serait une pure façade lorsque ses associés ne sont que les prête-noms de la société mère. La filiale serait dénuée de toute réalité lorsque les associés minoritaires, sont des actionnaires, des administrateurs ou même des salariés de la société mère, dont la présence au sein de la filiale ne tend qu'à donner une certaine régularité à celle-ci. La communauté des dirigeants est un des signes les plus tangibles de l'absence d'autonomie d'une filiale. La fictivité peut par ailleurs, être révélée " par la communauté d'implantation géographique lorsque les deux sociétés ont le même siège social, ou lorsqu'elles ont mis en commun leurs activités et leurs moyens techniques, notamment lorsque le personnel passe habituellement d'une société à une autre " ⁵⁴. L'identité des comptes bancaires, celle des adresses postales et des numéros de lignes téléphoniques sont aussi des indices révélateurs.

Les tiers ou tout intéressé peuvent invoquer la communauté d'intérêts qui reflète souvent la fictivité de la filiale, afin d'accroître leur gage ou de sauvegarder leurs droits. C'est ainsi qu'il a été jugé, par exemple, que les salariés d'une filiale peuvent poursuivre la société mère de cette dernière, alors qu'ils n'avaient aucun lien de subordination avec elle, si la fictivité de la filiale a été démontrée⁵⁵.

L'abus apparaît, et mérite à ce titre d'être dénoncé et sanctionné, lorsque la société ne se présente plus vis-à-vis des tiers comme une simple image, une situation juridique dénuée de toute effectivité ou lorsqu'elle se trouve totalement déviée de sa vocation légale.

La société fictive est entachée de vices qui constituent des causes de nullité : l'absence d'affectio societatis, l'absence d'apport ou tout simplement un apport fictif.⁵⁶

L'incrimination de la fictivité des sociétés fictives traduit la volonté du législateur de moraliser la vie des affaires. Ceci se confirme par l'étude de certaines dispositions sur la fictivité relative à la situation financière de la société.

Deuxième Partie : La Fictivité Relative à la Situation Economique de la Société Commerciale

La réalité patrimoniale de la société commerciale est un paramètre d'application de la procédure de la faillite⁵⁷. Or, la fictivité peut avoir pour objectif soit la volonté d'éviter cette procédure, soit la volonté d'en bénéficier injustement. Le risque pour le juge est ainsi double : soit se fier à une prospérité fictive (Paragraphe Premier), soit soutenir une difficulté fictive (Paragraphe Deuxième).

52 Storck (V.), " Définition légale du contrôle d'une société en droit français ", *Rev. Sociétés*, 1986, p. 385 ; Charly (H.), *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., Paris, 1991, p. 181.

53 Champaud (Cl.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, Paris, 1963, p. 273 et s.

54 Cass. Req. 20 novembre 1922, note Rousseau, Sirey, 1926, I, p. 305.

55 Cass. Soc. 16 décembre 1960, Bull. Civ., IV, n°1200, p. 932 ; Cass. Soc. 20 octobre 1976, Bull. Civ., V, n°504, p. 414.

56 Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, Tome1, Volume2, Les sociétés commerciales, L.G.D.J., 18^{ème} édition, Paris, 2002, n°1056-37, p. 24.

57 Vidal (D.) et Giorgini (G.-C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso éditions, France, 2014, p. 39.

Paragraphe Premier : La Prospérité Fictive de la Société Commerciale

Bien que dans sa perspective générale⁵⁸, le droit de la faillite se propose de venir au secours du débiteur⁵⁹, les difficultés économiques de ce dernier peuvent entraîner son écartement du domaine des affaires⁶⁰. Par ailleurs, et dans une démarche de moralisation du monde des affaires, le débiteur qui, outre sa défaillance, est l'auteur de fautes peut être soumis à des sanctions.

L'hypothèse de continuité d'exploitation est liée à l'analyse de la situation économique de la société. C'est pourquoi l'équilibre financier est une condition nécessaire à la continuité de son exploitation. De même la déclaration de la faillite est la résultante d'une situation économique de la société.

Ainsi, pour bénéficier de la continuité et éviter la faillite, la société peut faire croire à une prospérité fictive.

En France, la loi comptable de 1983 a prévu l'image fidèle de la situation financière. " Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle " ⁶¹. Il s'agit d'une information sur la santé financière de l'entreprise qui informe sur l'opportunité de continuité de l'activité.

Or, la fictivité tend à conférer à la société une prospérité qui n'est pas réelle tout en la gardant en survivance artificielle. Une telle situation est susceptible non seulement d'induire en erreur les tiers sur le véritable état financier de la société, mais aussi et surtout d'augmenter le passif de cette société.

Au fur et à mesure que la gestion de la société se dissocie de sa propriété, l'information financière acquiert une dimension nouvelle. Il devient de plus en plus nécessaire de divulguer une somme de renseignements sur la gestion des capitaux investis par les associés ou actionnaires et de permettre à ces derniers de transmettre leurs titres à un prix équitable. Il faut également aider à la prise de décision. En effet, les propriétaires du capital social ne sont plus les seuls destinataires des états financiers, les créanciers sont aussi préoccupés par les risques que le crédit qu'ils ont consenti leur fait courir. L'attention que les tiers tendent à manifester envers les résultats de la société et la société elle-même est davantage reconnue comme légitime.

Si la société connaît des difficultés, le dirigeant pourra recourir à l'emprunt ou trouver de nouveaux actionnaires. Encore faut-il qu'il puisse offrir aux prêteurs ou aux actionnaires potentiels la confiance ou la garantie qu'ils attendent en faisant croire à une prospérité inexistante. Par ailleurs, la fictivité peut être destinée au juge, pour ne pas être déclaré en état de faillite. Enfin, la fictivité peut viser les associés en leur distribuant des dividendes fictifs.

La prospérité fictive d'une société commerciale n'engage pas uniquement la responsabilité de la personne morale ou de ses dirigeants, mais aussi et surtout la responsabilité des partenaires de la société pour leur soutien abusif à la société ayant créé une fausse apparence de la prospérité. Généralement reprochée au banquier et plus globalement aux établissements de crédit, cette faute peut également être reprochée à toute autre personne physique ou morale, dès lors que l'attitude de celle-ci est de nature à produire les mêmes effets que le crédit fautif du banquier⁶².

A l'égard des tiers, la prospérité de la société commerciale, comme de tout autre débiteur, est primordiale, d'où le capital social constitue en principe le gage des créanciers⁶³. Ce capital est constitué

58 محمد عبد العزيز الخليلي، "ملامح نظام الإفلاس في قانون التجارة القطري"، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، ع 1، 2013، ص 1، <http://dx.doi.org/irl.2013.cl.1>، تاريخ الزيارة: 2021/9/2.

59 Soenne (B.), *Traité des procédures collectives*, Litec, Paris, 1995, p. 12.

60 Kolsi (S.), *Le droit des entreprises en difficultés*, La Maghrébine, Tunis, 2014, p. 6.

61 Vidal (D.) et Giorgini (G.-C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso éditions, France, 2014, p. 49.

62 Rayed (H.), *La responsabilité civile du banquier*, Regroupement Latrach du livre spécialisé, Tunis, 2009 ; Likillimba (G.-A.), *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec, Paris, 2001, 2^{ème} édit.

63 Mamlouk (A.), *Le capital social. Gage des créanciers*, Thèse de Doctorat, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1999.

essentiellement par les apports effectués par les différents associés⁶⁴. L'apport est ainsi non seulement nécessaire, mais aussi doit être réel, l'existence d'apports fictifs, comme l'absence d'apports est très préjudiciable aux créanciers sociaux. Or, il arrive que les apports d'un ou de plusieurs associés soient fictifs⁶⁵.

Ce n'est pas seulement l'intérêt des tiers qui justifie l'exigence de la réalité des apports, c'est également l'intérêt des associés qui ayant effectué un apport réel découvrent que l'un des membres de la société a effectué un apport fictif⁶⁶. L'apport est considéré fictif lorsque la société n'est susceptible d'en retirer aucun avantage direct ou indirect.

L'importance de la prospérité pour la vie de la société commerciale, pousse parfois, certains dirigeants à faire admettre l'existence d'une prospérité fictive, une situation non conforme à la situation financière de la société qui connaît des difficultés économiques pour échapper à la faillite.

L'attitude déroutante du dirigeant ou du propriétaire peut être justifiée par l'ampleur des mesures qui peuvent être potentiellement prises dans le cadre d'une procédure de faillite⁶⁷, et c'est pour échapper à ces mesures que certains dirigeants ou propriétaires de sociétés commerciales peuvent nier l'existence de ces difficultés économiques en faisant croire à une prospérité fictive.

Certaines de ces mesures peuvent porter sur les pouvoirs du dirigeant. A ce titre, L'administrateur peut être chargé par le tribunal de contrôler les actes de gestion ou porter son assistance au débiteur, pour l'accomplissement de certains actes de gestion.

L'ampleur de ces mesures pousse certains dirigeants ou propriétaires de sociétés commerciales à dissimuler les difficultés économiques de leurs sociétés en faisant croire en une prospérité fictive. Or les conséquences de cette dissimulation peuvent être catastrophiques et dépassent le cadre de la personne morale et de ses dirigeants pour intéresser tous ses partenaires. Et c'est pour lutter contre cette fictivité que la loi a incriminé certains actes⁶⁸. Toutefois, cette incrimination ne se limite pas à la prospérité fictive, mais s'étend également à la difficulté fictive.

Paragraphe Deuxième: La Difficulté Fictive de la Société Commerciale

Le droit des entreprises en difficulté économique est une matière mouvante. Le législateur est dans une quête constante de détermination des notions afin de fournir une meilleure sécurité juridique. Parmi les concepts qui ont fait l'objet de précision, on peut citer la notion de difficulté économique. Cette notion attire particulièrement l'attention et notamment dans le contexte sanitaire actuel. La Covid-19 provoque une crise économique d'une grande ampleur. Afin de maîtriser les conséquences de la crise, certaines décisions ayant pour objet le soutien aux entreprises ont été adoptées par les pouvoirs publics. Le soutien aux entreprises en difficultés économiques à l'occasion de la crise sanitaire nourrit un débat intéressant et notamment sur l'appréciation du juge de ce motif dans le contexte actuel.

Le traitement des difficultés économiques de la société intéresse à la fois ses débiteurs, ses créanciers qui seront engagés dans une procédure collective pour permettre le redressement de la société ou sa liquidation, et enfin les salariés dont le travail et a rémunération des salaires se trouvent menacés.

Les débats relatifs à la notion de difficulté économique révèlent toutefois une problématique plus profonde liée à la réalité de la difficulté économique. En effet, la difficulté dont le débiteur est affublé

64 Nenni (A.), Droit des sociétés commerciales, Latrach édition, Tunis, 2020, p. 51.

65 Dans cette hypothèse coexistent des apports fictifs et des apports réels., mais il arrive que tous les apports sont fictifs. Dans ce cas, la société est entièrement fictive.

66 Blaise (H.), *L'apport en société*, Thèse de Doctorat, Université de Rennes, 1953, n° 15, p. 28.

67 Articles 613,617, 618 et 626 de la loi n° 27-2006 du 27 juillet 2006, relative au droit du commerce, Journal officiel n° 10 du 13 novembre 2006, p. 281.

68 Article 834 et suivants de la loi n° 27-2006 du 27 juillet 2006, relative au droit du commerce, *Op.cit.*

n'est pas toujours justifiée et peut s'avérer fictive. Une société commerciale voulant bénéficier de l'arsenal juridique dont une société commerciale en difficulté économique peut jouir, pourrait invoquer des difficultés économiques fictives.

En effet, grâce à ce régime juridique, les sociétés peuvent demander le bénéfice d'une procédure pour assainir leur passif, accomplir des opérations de cessions et même procéder à une liquidation lorsque les difficultés deviennent irrémédiables.

C'est ainsi que le concordat judiciaire⁶⁹ et le concordat préventif⁷⁰ permettent l'échelonnement ou la remise des dettes, l'arrêt de calcul des intérêts ainsi que toute autre mesure qui serait utile au sauvegarde de l'entreprise⁷¹.

Au cours de cette période, sont également suspendus tous les actes d'exécution ayant pour objet le paiement d'une créance antérieure, les intérêts moratoires et les délais de déchéance.

Le juge doit apprécier la réalité de la cause économique. Les difficultés économiques qui justifient le concordat et autorisent par conséquent la prise de certaines décisions pour alléger la situation du débiteur dont le licenciement, doivent être significatives⁷². Il incombe à l'employeur qui sollicite les mesures spéciales prévues pour les entreprises en difficulté économique de faire la preuve de la réalité de ces difficultés⁷³.

En droit comparé, le législateur a souvent retracé au juge le périmètre d'appréciation des difficultés économiques justifiant le redressement en précisant quand une entreprise peut être considérée en difficulté économique et devient par conséquent éligible au programme de redressement.

C'est ainsi que le législateur tunisien a prévu des critères⁷⁴ qui varient selon la nature de la procédure sollicitée⁷⁵. C'est-à-dire, selon que l'état de cessation des paiements est ou non franchi⁷⁶. C'est ainsi par exemple qu'une procédure de règlement amiable peut être ouverte au profit d'un débiteur qui, sans pour autant être en état de cessation de paiement, rencontre des problèmes qu'il n'est pas en mesure de résoudre seul.

Le mérite de ces critères, c'est qu'ils limitent le risque d'une amplification de la difficulté et le recours à un plan de redressement sur la base d'une difficulté fictive. En d'autres termes ce système

69 Article 735 et suivants de la loi n° 27-2006 du 27 juillet 2006, relative au droit du commerce, *Op.cit.*

70 Article 792 et suivants de la loi n° 27-2006 du 27 juillet 2006, relative au droit du commerce, *Op.cit.*

71 Article 744 de la loi n° 27-2006 du 27 juillet 2006, relative au droit du commerce, *Op.cit.*

72 محمد عبد العزيز الخليفي، الإفلاس والصلح الواقعي في ظل القانون التجاري القطري، جامعة قطر، 2017، ص 309 وما يليها.

73 Cass. Soc. Fr., 12 décembre 2013 n° 12-23079, Bulletin de la Cour de Cassation 2013.

74 Article 434 du Code de commerce tunisien " Est considérée en état de cessation de paiement, au sens du présent titre, toute entreprise qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec ses liquidités et actifs réalisables à court terme ".

75 Et ce contrairement au licenciement pour motif économique qui a lieu en dehors de toute procédure de redressement. V° Code du travail (article 21).

حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية، عدد 2226 مؤرخ في 2000/12/13 على الرابط <http://www.cassation.tn>، تاريخ الزيارة: 2021/12/6، ورد به المبدأ التالي: "إن تقدير قيام الصعوبة الاقتصادية هو من مشمولات لجنة مراقبة الطرد، فإذا قررت هذه اللجنة قيام الصعوبة فإن ذلك حجة على الطرفين ولا يجوز دحض ما انتهت إليه اللجنة بالاختبار أو بالمعاينات".

76 Article 422 du Code de commerce tunisien " Le règlement amiable a pour objectif la conclusion d'un accord entre l'entreprise en difficultés économiques qui n'est pas en état de cessation de paiement et ses créanciers en vue de garantir la poursuite de son activité " ; Article 433 du Code de commerce tunisien " Le tribunal doit œuvrer au sauvetage de l'entreprise. Toutefois, il peut décider à tout moment la mise en faillite de l'entreprise si ses conditions sont réunies " ; Article 452 du Code de commerce tunisien " Il peut proposer de convertir le règlement judiciaire en faillite si les conditions nécessaires y sont réunies " ; Article 475 du code de commerce tunisien " Le tribunal prononce la faillite des personnes visées par l'article 416, ainsi que tout commerçant en cessation de paiement et en situation désespérée ".

basé sur l'idée de soutien et de solidarité doit profiter exclusivement à ceux pour lesquels il a été prévu. En effet, selon l'article 415 du Code de commerce tunisien " le régime de redressement tend à aider les entreprises qui connaissent des difficultés économiques à poursuivre leurs activités, à y maintenir les emplois et à payer leurs dettes ".

Or, il s'avère que certaines sociétés commerciales sollicitent la soumission à ce régime sans pour autant être dans une réelle difficulté économique, mais uniquement pour profiter des avantages de la procédure.

L'ouverture de la procédure ne peut intervenir que lorsque le débiteur rencontre des difficultés réelles qu'il ne peut surmonter seul. La garantie de la réalité de la difficulté revêt alors une importance de premier plan pour l'efficacité du système.

C'est pour cela que l'appréciation étant portée *in concreto*. Le bénéfice de ces mesures ainsi que leur continuité dépendent essentiellement du diagnostic des experts spécialisés de la situation financière de la société en difficulté économique et du contrôle du juge⁷⁷.

Le tribunal charge un expert en diagnostic d'examiner la situation de l'entreprise. L'expert procède à l'évaluation en fonction de critères préétablis par la loi.

Les experts, partenaires privilégiés du juge⁷⁸, l'accompagnent à tous les stades de la procédure de son ouverture à sa fin. Ils sont les conseils du juge. Evaluer la difficulté économique d'une société, pour le juge, est une mission particulièrement difficile⁷⁹.

En effet, la comptabilité de l'entreprise, les informations contenues dans le bilan peuvent être difficiles à analyser et faire l'objet d'une lecture erronée. Lorsqu'il travaille de concert avec le juge, il est considéré comme indépendant puisqu'il doit dégager une conclusion objective qui est communiquée au juge dans un rapport d'évaluation. L'avis de l'expert spécialisé permettra au juge de porter un jugement sur la réalité ou la fictivité de la difficulté économique de la société.

Toutefois, L'expert contribue à la formation de la décision de juge sans que ce dernier en soit forcément lié. Le juge garde son pouvoir de décision.

Enfin et en vue de garantir la non fictivité de la difficulté économique, le législateur a condamné à une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans, toute personne qui dissimule, modifie ou détruit ses registres, dissimule une partie de ses biens, déclare une fausse dette, ou ayant obtenu le concordat par fraude⁸⁰.

Conclusion et résultats

La pénalisation de la fictivité est de nature à relancer le débat sur la moralisation du droit des sociétés commerciales et du droit des affaires en général. Le socle législatif de la moralisation de la vie des affaires se développe, demeure à en apprécier l'efficacité en pratique et dans le temps. L'avenir nous le dira. Cette étude qui a analysé la situation juridique d'une notion de fait devra attirer l'attention du législateur pour une meilleure réglementation et une cohérence des textes législatifs. Par ailleurs, d'autres études approfondies sont nécessaires pour généraliser les résultats de cette recherche à d'autres domaines du Droit.

77 حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية عدد 13811 مؤرخ في 03/12/2007 على الرابط <http://www.cassation.tn>، تاريخ الزيارة: 2021/12/6، ورد به المبدأ التالي: المبدأ "إن تولى الطاعة خلاص معظم ديونها يقوم دليلا على قدرتها على مجابهة الوضع الصعب الذي آلت إليه بعد قيامها بالتفويت في العقار الراجع لها وكراء معداتها ولم تأبه محكمة القرار المنتقد بقيام المطلوبة بتسوية جزء هام من ديونها ولم تستخلص النتيجة المتماشية مع تلك المعطيات ولم ترتب عليها الأثر القانوني المناسب والتجائها لتفليس المؤسسة استنادا لاضمحلال نشاطها وانذارها لا يستقيم لأن تفويت هذه الأخيرة في العقار الراجع لها وكراء معداتها وإحالة عمالها للغير لا يعني قانونا انحلالها باعتبارها لا تزال كيانا معنويا قائما"؛ حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية عدد 3356 مؤرخ في 29/11/2004 على الرابط <http://www.cassation.tn>، تاريخ الزيارة: 2021/12/6، ورد به المبدأ التالي: المبدأ "إن دائرة الشغل مؤهلة للبت في الدفوع المقدمة من الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ عقد الشغل المتنازع بشأنه وكذلك الدعاوى العارضة المرتبطة به إن وجدت إلا أنها غير ملزمة بإجراء تحقيقات في مدى تعرض المؤسسة لصعوبات اقتصادية طالما لم تقدم المطلوبة ما يفيد وجود الصعوبات التي تدعيها"

78 عبد الكريم حمود الرويلي، الخبرة في المواد المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2019، ص 3.

79 Leclerc (O.), Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 7.

80 Article 834 de la loi n° 27-2006 du 27 juillet 2006, relative au droit du commerce, *Op.cit.*

Bibliographie

أولاً: العربية

كتب ومقالات:

الخليفي، محمد عبد العزيز. الإفلاس والصلح الوافي في ظل القانون التجاري القطري. جامعة قطر، 2017.
———. "ملاحظ نظام الإفلاس في قانون التجارة القطري"، *المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر*، ع 1، 2013، على الرابط: <http://dx.doi.org/irl.2013.cl.1>، تاريخ الزيارة: 2021 / 9 / 2،
الرويلي، عبد الكريم حمود. الخبرة في المواد المدنية، دراسة تحليلية مقارنة. رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2019.

الشاذلي، ياسين. الوجيز في قانون الشركات القطري الجديد رقم 11 لسنة 2015. لكسيس نكسيس، 2017.
أحكام قضائية:

حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية، عدد 2226 مؤرخ في 13 / 12 / 2000، على الرابط: [/http://www.cassation.tn](http://www.cassation.tn)، تاريخ الزيارة: 2021 / 12 / 6،
حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية، عدد 3356 مؤرخ في 29 / 11 / 2004، على الرابط: [/http://www.cassation.tn](http://www.cassation.tn)، تاريخ الزيارة: 2021 / 12 / 6،
حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية، عدد 13811 مؤرخ في 03 / 12 / 2007، على الرابط: [/http://www.cassation.tn](http://www.cassation.tn)، تاريخ الزيارة: 2021 / 12 / 6،

ثانياً: الأجنبية

References:

- Agnes, R., *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, Thèse de Doctorat, Université Paris II, 2001.
- Alkhulayfi, M. 'a., *Al 'iflās wa Alṣulḥ Alwāqī fī zil al qānūn al tijārī Alqatarī*. (in Arabic). jāmi'at qatar, 2017.
- Alruwīlī, 'A. ḥ., *Alkhibrat fī Almadaniya dirāsa taḥlīlīya muqārana*. (in Arabic). risālat mājīstīr fī Alqānūn Alkhāṣ, kuliyyat alqānūn, jāmi'at qatar, 2019.
- . "malāmiḥ nizām al 'iflās fī qānūn al tijāra al qatarī" (in Arabic). *almajala al dawliya lilqānūn*, kuliyyat alqānūn, 'adad 1, 2013.
- Alshādhli, Y., *Alwajīz fī qānūn Alsharikāt Alqatarī Aljadīd raqm 11 -2015*. (in Arabic). Lexis Nexis, 2017.
- Amiaud, A., "L'affectio societatis", in *Mélanges Simonius*, 1955.
- Ayari, M., *Les définitions juridiques dans le C.O.C.*, in *Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats, 1906-2006*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2013.
- Baruchel, N., *La personnalité morale en droit privé, Eléments pour une théorie*, L.G.D.J., Paris, 2004.
- Ben Ammou, N., *Essai sur l'abus de droit à travers l'article 103 du C.O.C.*, Mémoire de D.E.A., Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1983-1984.
- Blaise, H., *L'apport en société*, Thèse de Doctorat, Université de Rennes, 1953, n°15.
- Calais-Aulloy J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1959.
- Champaud, Cl., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, Paris, 1963.
- Charly, H., *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., Paris, 1991.
- Chartier, Y., *Remarques sur la société en participation*, R.T.D.Com., 1979.

- Charveriat, A., et autres, *Sociétés commerciales*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 49ème édition, 2018.
- Chaveau, P., “ Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés ”, *Revue générale de droit commercial*, 1938.
- Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, L.G.D.J., France, 2007.
- Dagot, M., *La simulation en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1967, n°77.
- Daly, H., *L’affectio societatis dans les sociétés commerciales*, Mémoire D.E.A., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1982.
- Dondero, B., *Société en participation*, Répertoire des sociétés, Avril 2006, actualisation novembre 2019, n°32. www.dalloz.fr.
- , *Société en participation*, Répertoire des sociétés, Avril 2006, actualisation novembre 2019, n°32. www.dalloz.fr.
- Flores, G., et Mestre, J., “ L’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ”, *Rev. Société*, 1986.
- Gargouri, A., *L’abus de la personnalité morale des sociétés commerciales*, Mémoire de D.E.A. en droit des affaires, Faculté de droit de Sfax, Tunisie, 1996-1997.
- , *L’abus de la personnalité morale des sociétés commerciales*, Mémoire de D.E.A. en droit des affaires, Faculté de droit de Sfax, Tunisie, 1996-1997.
- Gibrila, D., *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Paris, 2009.
- , *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Paris, 2009, n°223.
- Hamel, J., “ L’affectio societatis ”, *R.T.D.Civ.* 1925.
- , “ Quelques réflexions sur le contrat de société ”, in *Mélanges Dabin*, T.2.
- Kharroubi, Kh., *Droit des sociétés commerciales*, Editions Latrach, Tunis, 2016.
- Knani, Y., “ L’entreprise, l’Etat et le droit : Réflexions sur les insuffisances du droit commercial tunisien ”, *R.T.D.*, 1993.
- Kolsi, S., *Le droit des entreprises en difficultés*, La Maghrébine, Tunis, 2014.
- Le Corre-Broly, E., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, Paris, 2001.
- Leclerc, O., *Le juge et l’expert. Contribution à l’étude des rapports entre le droit et la science*, L.G.D.J., Paris, 2005.
- Likillimba, G-A., *Le soutien abusif d’une entreprise en difficulté*, Litec, Paris, 2001, 2ème édit.
- Mamlouk, A., *La nullité en droit tunisien des sociétés et la protection des tiers*, *Journal of legal studies*, Volume 2020, Article 12.
- , *Le capital social. Gage des créanciers*, Thèse de Doctorat, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1999.
- Maubru, B., “ Abus de droit et fictivité des sociétés à l’épreuve de l’E.U.R.L. ”, *J.C.P.*, 1986, edit. N., I, n° 5.
- Mellouli, S., et Frikha, S., *Les sociétés commerciales*, La maison du livre, Tunis, 2013.
- Mercadel et Janin, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, Edit. Francis Lefebvre, 1995, n°121.
- Merle, Ph., et Fauchon, A., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 24ème édition, Dalloz, Paris, 2020-2021.
- Mrabet, M., *Les sociétés fictives*, Mémoire de Mastère en droit des affaires, Faculté de droit de Sfax, Tunisie,

2006-2007.

Nenni, A., Droit des sociétés commerciales, Latrach édition, Tunis, 2020.

Pellerin, J., “ La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé ”, R.T.D.Com., 1981.

Rayed, H., La responsabilité civile du banquier, Regroupement Latrach du livre spécialisé, Tunis, 2009.

Regnaut-Moutier, C., La notion d’apport en jouissance, L.G.D.J., Paris, 1994, n°30.

Ripert, G., et Roblot, R., Traité de droit commercial, Tome1, Volume2, Les sociétés commerciales, L.G.D.J., 18ème édition, Paris, 2002, n°1056-37.

—, Traité de droit commercial, Tome2, Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives, L.G.D.J., 16ème édition, Paris, 2000, n°2854.

—, Traité de droit des affaires, Tome 2, sous la direction de Michel Germain, L.G.D.J., 22ème édition, Paris, 2017.

Schiller, S., Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, L.G.D.J., Paris, 2002.

Senechal, M., L’effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers, Litec, Paris, 2002.

Serlooten, P., “ L’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ”, D., 1985, Chron, n°7 et s.

Soinne, B., Traité des procédures collectives, Litec, Paris, 1995.

Storck, V., “ Définition légale du contrôle d’une société en droit français ”, Rev. Sociétés, 1986.

Vidal, D. et Giorgini, G.-C., Droit des entreprises en difficulté, Lextenso éditions, France, 2014.