



منتدى رؤساء المؤسسات  
ENTREPRENEURS DE PROGRES

DROIT DE L'ENTREPRISE  
**DIAGNOSTIC**  
ET PROPOSITIONS  
**DE REFORME**

Yakout AKROUNE

Djamel-Eddine LAKEHAL

Octobre 2015



# SOMMAIRE

<b><u>INTRODUCTION GENERALE</u></b>	<b>6</b>
<b><u>CONTEXTE DE L'ETUDE</u></b>	<b>8</b>
<u>LES OBJECTIFS DE L'ETUDE</u>	10
<u>RESULTATS ATTENDUS DE L'ETUDE</u>	11
<b><u>LE CODE DE COMMERCE</u></b>	<b>12</b>
<u>ETAT DES LIEUX</u>	12
<u>INTRODUCTION</u>	13
<u>PRESENTATION HISTORIOGRAPHIQUE DU CODE DE COMMERCE ALGERIEN</u>	15
<u>BREF RAPPEL DES PRINCIPALES MODIFICATIONS DU CODE DE COMMERCE</u>	17
<u>I. EXAMEN DU CODE DE COMMERCE : SES LIMITES</u>	22
<u>II. ELEMENTS DE DEMARCHE</u>	34
<b><u>LA REFORME DU DISPOSITIF APPLICABLE AUX SOCIETES COMMERCIALES</u></b>	<b>38</b>
<b><u>POUR UNE REFORME DU DROIT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE</u></b>	<b>58</b>
<u>INTRODUCTION</u>	59

<u>PREMIERE PARTIE : LE DISPOSITIF ACTUEL EN VIGUEUR EN ALGERIE</u>	61
<u>DEUXIEME PARTIE : LES POINTS FORTS ET LES LIMITES</u>	
<u>DU DISPOSITIF ACTUEL</u>	77
<u>LES POINTS FORTS DU DISPOSITIF ACTUEL</u>	77
<u>LES LIMITES DU DISPOSITIF ACTUEL</u>	78
<u>TROISIEME PARTIE : APERÇU DU DROIT DE L'ENTREPRISE</u>	
<u>EN DIFFICULTE EN FRANCE</u>	79
<u>QUATRIEME PARTIE : PRECONISATIONS POUR UNE REFORME</u>	
<u>DU DROIT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE EN ALGERIE</u>	89
<u>PRECONISATIONS EN CE QUI CONCERNE LE DISPOSITIF ACTUEL</u>	90
<u>LES ACTIONS DE PREVENTION</u>	92
<u>CONCLUSION</u>	99
<u>FAUT-IL METTRE EN PLACE UN DISPOSITIF JURIDIQUE PROPRE</u>	
<u>A LA FRANCHISE ?</u>	100
<u>INTRODUCTION</u>	101
<u>PREMIERE PARTIE : ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FRANCHISE</u>	
<u>ET DISTINCTION AVEC DES CONTRATS VOISINS</u>	103

<u>DEUXIEME PARTIE : APERCU SUR LES DISPOSITIFS JURIDIQUES</u>	
<u>ETRANGERS RELATIFS A LA FRANCHISE</u>	<u>109</u>
<u>TROISIEME PARTIE : LA NECESSAIRE MISE EN PLACE D'UN DISPOSITIF</u>	
<u>JURIDIQUE EN ALGERIE</u>	<u>113</u>
<u>ETUDE DU PROJET DE LOI PORTANT CODE DU TRAVAIL</u>	<u>117</u>
<u>PREMIERE PARTIE : OBSERVATIONS GENERALES</u>	<u>118</u>
<u>DEUXIEME PARTIE : OBSERVATIONS PAR ARTICLE</u>	<u>120</u>
<u><i>RECOMMANDATIONS</i></u>	<u>135</u>
<u>I-LE DROIT DES SOCIETES</u>	<u>136</u>
<u>II-L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE</u>	<u>139</u>
<u>III-LA FRANCHISE</u>	<u>148</u>

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Toute évolution de la société nécessite une mise à niveau des règles juridiques qui l'organisent et la régissent.

L'économie algérienne et son acteur majeur qu'est l'entreprise se trouvent, aujourd'hui, dans une telle situation, cette dernière n'étant plus ce qu'elle fut, il y a vingt ou trente ans ; son environnement a connu, également, tant au niveau national que mondial des transformations radicales.

Conséquemment, le droit des affaires qui a pour objet essentiel l'entreprise, mérite d'être revisité, remodelé et adapté à ces mutations.

Vingt ans après les premières réformes ayant vu naître les balbutiements de l'économie de marché et de la concurrence, en Algérie, le moment est certainement venu d'engager une réflexion sur le niveau d'adéquation de l'environnement juridique de l'entreprise aux besoins de celle-ci.

L'Algérie dispose de suffisamment de recul pour établir un bilan et reformer le droit de l'entreprise, pour le moderniser, et le mettre en phase avec les innovations qui dessinent l'économie mondiale et qui nécessairement, interpellent l'Algérie aussi.

Le FCE a pris l'initiative de contribuer à cette réflexion qu'il juge nécessaire et urgente en engageant une étude sur les thématiques centrales du droit de l'entreprise.

Il a, dans ce cadre, organisé, en octobre dernier, une journée d'étude, avec l'idée d'engager la concertation et les discussions afin d'enrichir le débat autour des pistes de réformes.

Cinq thèmes, retenus pour leur importance et leur actualité ont été confiés à deux experts, Madame Yakout Akroune et Monsieur Djamel Eddine Lakehal, chargés d'en faire l'étude et présenter des recommandations et les propositions de réformes.

***Madame Yakout AKROUNE*** a pris en charge :

1. Le diagnostic général du code de commerce, assorti de préconisations de réformes ;
2. Le dispositif juridique applicable aux sociétés commerciales dont il s'agit de mettre en exergue les insuffisances et les incohérences en rapport avec les besoins actuels de l'économie algérienne.

***Monsieur Djamel Eddine Lakehal***, a traité les sujets suivants :

1. Les entreprises en difficulté et la nécessité de mettre en place un dispositif juridique propre ;
2. La franchise commerciale qui, en Algérie, va plus vite que les règles juridiques qui s'y appliquent ; et enfin
3. Le nouveau code du travail encore en projet et les avis, commentaires et propositions qu'il suscite.

# CONTEXTE DE L'ETUDE

Le code de commerce algérien fêtera ses trente ans cette année, il a été adopté en 1975 sous l'ère de l'économie planifiée et avant la constitution de 1989 qui garantit la liberté de commerce et d'industrie. Le moment semble venu de se livrer à une sorte d'état des lieux du droit commercial et de sa pratique en Algérie. Depuis 1975, la structure de l'économie algérienne a beaucoup évolué tant au plan des activités (de production ou de services) que des acteurs (entrepreneurs, investisseurs, intermédiaires, distributeurs et autres franchisés...), en même temps des préoccupations nouvelles en rapport avec ces évolutions sont apparues (contrats commerciaux, formes de création des entreprises, disparition de ces dernières...). La dimension internationale est, elle aussi, devenue une préoccupation des acteurs économiques au double plan des formes de partenariats et des arbitrages. Seul un état des lieux sur le contenu normatif et surtout sur les pratiques du droit commercial nous permettra de prendre la mesure de l'efficacité et de l'effectivité des règles de droit positif régissant la vie des entreprises. Autrement dit, il s'agira de répondre à la question de savoir s'il convient ou non de revoir ces règles, de sorte que les acteurs économiques puissent évoluer dans un contexte régi par la loi de l'offre et de la demande, où la puissance publique serait garante d'un strict respect de la concurrence, des droits de propriété, de la sécurité du consommateur, de la protection de l'environnement et de l'indépendance, aussi bien des juridictions de l'ordre judiciaire et administratif que des instances de régulation dont l'importance devrait croître, à mesure que se multiplient les entreprises et les institutions qui interviennent sur le marché algérien.

Il serait naturellement inexacte de considérer que l'œuvre législative et réglementaire relative au droit des affaires soit négligeable. L'ensemble des branches de cette discipline a fait l'objet de réformes plus ou moins importantes, qu'il s'agisse du droit commercial (notamment du droit des sociétés, droit des contrats), du droit des sûretés, du droit bancaire, du droit social, du droit foncier, du droit immobilier, du droit des relations commerciales internationales, comme des réglementations qui assujettissent l'activité des entreprises à des contraintes liées aux pouvoirs régaliens de la puissance publiques, tels le droit fiscal, le droit douanier, le droit comptable, le droit des marchés publics, etc.

Dans une première étape, qui sera suivie par d'autres, l'étude se focalisera sur le volet **droit commercial**.

À cet effet, il sera indispensable de faire le point d'une manière très générale sur le code de commerce de 1975 complété et amendé plusieurs fois et sur les pratiques qui en ont été faites et de recenser les incohérences, les contradictions, les insuffisances par rapport au nouveau contexte de l'économie de marché.

## **LES OBJECTIFS DE L'ETUDE**

En résumé, l'étude, objet du présent cahier des charges, vise trois buts :

1. Faire le point sur les principaux instruments juridiques mis en place à travers le code de commerce par les autorités algériennes pour encadrer la transition vers l'économie de marché,
2. Etudier de manière approfondie les trois volets centraux du droit commercial : le droit des sociétés commerciales, le droit des contrats commerciaux et le droit des entreprises en difficultés (règlement judiciaire, concordat, reprise de l'entreprise par un tiers...)
3. Formuler des propositions de réforme ou des recommandations

Il sera question pour chaque recommandation/proposition de regarder l'adéquation avec les besoins spécifiques de l'entreprise, et leurs impacts sur la compétitivité de celle-ci.

## **RESULTATS ATTENDUS DE L'ETUDE**

### **1- Un diagnostic analytique : un état des lieux**

Il sera établi, à partir d'une radioscopie des principaux textes juridiques, principalement le code de commerce, qui encadrent la création, le fonctionnement et l'activité des entreprises ainsi que les dispositions en rapport avec l'entreprise en difficulté et d'en apprécier, à la fois l'effectivité, la pertinence et l'efficacité. L'effectivité d'une règle juridique se mesure, en effet, à l'absence constatée de décalage entre son contenu normatif et son application par les personnes ou les institutions chargées de sa mise en œuvre.

### **2- Des propositions de réformes**

L'analyse du contenu du droit commercial s'effectuera dans la perspective de faire des propositions de réforme à travers des recommandations opérationnelles

**LE CODE DE  
COMMERCE**

**ETAT  
DES LIEUX**

## INTRODUCTION

Le code de commerce, outil de base, noyau dur du droit des affaires et donc de l'économie de marché, mérite une attention particulière car il représente un instrument essentiel de régulation de la vie des affaires.

Mais son efficacité à régir les relations d'affaires, c'est à dire à faciliter leur épanouissement, dans la transparence, la libre concurrence et dans le respect de l'égalité des différents acteurs de l'économie, dépend, essentiellement, de la vigilance qui a présidé à sa rédaction ainsi que de son degré d'adéquation au niveau de développement de l'économie qu'il prétend régir.

Toutefois, cette deuxième exigence ne doit pas occulter, quel que soit, par ailleurs, son impact sur l'effectivité du droit<sup>1</sup>, que ce code doit fonctionner dans un contexte économique mondialisé ; un contexte qui génère, à son tour, une mondialisation des règles juridiques applicables aux affaires : l'investisseur international a, en effet, une préférence marquée pour les concepts et normes juridiques universels car ils sont supposés garantir la fiabilité et la sécurité des transactions. Il est à la recherche d'une *lex mercatoria*, sans frontière, détachée des spécificités nationales et adaptée aux particularités des échanges internationaux.

Des expert des relations d'affaires internationales et auteurs<sup>2</sup> iront jusqu'à affirmer que « le marché mondial ne peut se satisfaire d'un compartimentage juridique dépendant des ordres juridiques nationaux... ».

Une législation commerciale conforme aux standards internationaux, sans être totalement désincarnée de la réalité nationale, est un indicateur qui rassure les investisseurs tant nationaux qu'étrangers<sup>3</sup>.

- 
- 1 Un droit en inadéquation avec l'économie qu'il est appelé à régir risque de s'avérer inapplicable et pose, conséquemment, la question de son effectivité.
  - 2 Loquin (E.), Ravillon (L) : « la volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé », in la mondialisation du droit, Litec, 2000, p.186.
  - 3 Selon le groupe de la banque mondiale, « Chaque économie des 189 économies mesurées, est évaluée en fonction de la proximité de leurs réglementations des affaires aux meilleures pratiques mondiales. Un score plus élevé indique un environnement d'affaires plus efficace et des institutions juridiques solides » (Rapport Doing Business 2015).

Le droit des affaires, dont le code de commerce n'est qu'une des sources mais, néanmoins, la plus importante, est devenu un instrument de mise en concurrence des Etats, un indicateur de leur attractivité.

En effet, la compétitivité des territoires se mesure aussi à la qualité de leurs lois et plus globalement de leur environnement juridique et judiciaire.

Faut-il rappeler, à ce propos, que le groupe de la banque mondiale élabore depuis 2003<sup>4</sup> un «rapport Doing Business» qui «mesure **la réglementation des affaires** (...) dans 189 économies». «En collectant et en analysant des données quantitatives détaillées pour **comparer les cadres réglementaires applicables aux entreprises du monde entier** au fil du temps, Doing Business **encourage la concurrence entre les économies pour la mise en place d'une réglementation des affaires efficace**»<sup>5</sup>.

Car les entreprises sont mobiles, se délocalisent, au grès des avantages comparatifs que leur offrent les Etats, au grès de la performance économique et juridique des territoires. Elles s'implantent dans les pays qui leur offrent un cadre légal stable, transparent et conforme aux standards juridiques internationaux et fuient ceux qui ne garantissent pas une sécurité juridique suffisante.

On parle même d'exode des entreprises qui fixent leur siège social sous des cieux bénis fiscalement et juridiquement.

C'est dire, par voie de conséquence, l'importance, pour l'Algérie, de se doter d'un code de commerce qui intègre ces exigences, loin de tout à priori, de tout dogmatisme.

Ainsi conçu, il représentera un outil efficient pour accompagner les réformes économiques<sup>6</sup> auxquelles il offrira les moules juridiques appropriés.

Ce besoin est plus que jamais d'actualité, au regard de la situation économique et

---

- 4 Le Projet Doing Business a été lancé en 2002 par la banque mondiale dans le «but (...) de fournir une base objective pour comprendre et améliorer l'environnement réglementaire des affaires partout dans le monde» (Doing business).

- 5 Rapport Doing Business 2015.

- 6 Réformes devant contribuer à la diversification de l'économie algérienne et réduire, conséquemment, sa dépendance aux hydrocarbures.

sociale à laquelle devra faire face l'Algérie, suite à la chute brutale de ses revenus provenant de l'exportation des hydrocarbures.

Le Ministre du commerce l'a récemment rappelé, de manière solennelle, à l'occasion de la rencontre organisée, le 20 septembre 2015, par le CNES.

Le contexte actuel représente une opportunité à ne pas rater pour améliorer le climat des affaires et, conséquemment, l'attractivité de l'Algérie.

L'entreprise, tant privée que publique, doit être, dans l'urgence, réhabilitée et rétablie dans sa fonction naturelle, la création de richesses et d'emplois.

Or l'entreprise, confrontée à une concurrence mondiale féroce, doit sans cesse s'adapter, relever de nouveaux défis ; La contrainte majeure résulte, souvent, du droit<sup>7</sup>.

Précisément, le code de commerce, actuellement en vigueur, répond-il aux besoins d'une entreprise compétitive, activant dans un contexte de concurrence agressive, agivée par la crise économique mondiale ?

La réponse à cette interrogation cruciale repose sur un diagnostic analytique préalable, d'un texte adopté et modifié dans des circonstances marquées par l'urgence ou des contingences qui ne sont pas toujours maîtrisées par le législateur algérien.

## **PRESENTATION HISTORIOGRAPHIQUE DU CODE DE COMMERCE ALGERIEN**

Le code de commerce algérien, a été adopté, dans la précipitation, en 1975<sup>8</sup> pour pallier au vide juridique, induit par l'abrogation, à travers l'ordonnance n° 73-29 du 5-7-1973, de la loi du 31 décembre 1962, prorogeant l'application du droit français, en vigueur à la veille de l'indépendance de l'Algérie<sup>9</sup>.

- 
- 7 Le rapport Doing Business pour 2016 interpelle sur la nécessité pour l'Algérie d'améliorer son environnement juridique ; Elle a été classée pour 2016 à la 163ème place ; Elle a reculé de deux places par rapport à l'année 2015.
  - 8 A travers l'ordonnance n° 75-59 du 26 Septembre 1975.
  - 9 L'exposé des motifs de la loi n°62-157 exprimait clairement le dilemme devant lequel se trouvait l'Algérie qui «avait fait le choix de la continuité pour ne pas laisser le pays sans loi<sup>2</sup>, les circonstances n'ayant pas permis de (le) doter d'une législation conforme à ses besoins et à ses aspirations<sup>2</sup> ou la rupture en faisant table rase du dispositif juridique en vigueur, au moment de son accès à l'indépendance. Elle a opté pour la première branche de l'alternative.

A la rupture formelle, matérialisée par la promulgation de l'ordonnance n° 73-29 du 5-7-1973 sus citée, consécutive à l'abrogation de l'ancienne législation, a répondu une continuité matérielle puisqu' il y eut une réappropriation, dans le texte final, du dispositif écarté.

Le code de commerce «algérien» est la reprise fidèle du code français de 1807, expurgé des dispositions considérées incompatibles avec l'idéologie juridique socialisante de l'époque.

Or, le code napoléonien, issu du mouvement de codification postrévolutionnaire fut, lui-même, fortement critiqué par la doctrine et par ses utilisateurs qui considèrent sa reprise de règles anciennes, insuffisamment en phase avec les exigences de la révolution industrielle et commerciale de l'époque.

Rédigé à la va-vite<sup>10</sup>, sans concertation réelle, il a été considéré d'une facture très médiocre en comparaison, notamment, du code civil qualifié de monument juridique.

Sa reprise quasiment en l'«état»<sup>11</sup> par le législateur algérien de 1975, soit un siècle et demi plus tard, ne peut qu'être porteuse de lacunes et d'insuffisances au regard de l'essor des échanges commerciaux et du développement des techniques transactionnelles.

Aux «insuffisances originelles» du texte sont venues se greffer des incohérences résultant des adaptations que lui a fait subir le législateur pour l'ajuster au contexte socialiste et arabo-musulman de l'Algérie de 1975.

Ce toilettage improvisé, sans maturation ni concertation, a rompu la cohérence initiale du code qui fonctionnait dans une logique libérale totale.

Conséquemment, ce texte souffre, en raison des conditions de son élaboration, de nombreux défauts, sur le double plan de la forme et du fond.

Il a vécu, ainsi, sans réellement gêner les relations commerciales car l'essentiel de

---

- 10 Napoléon, inquiet par les nombreuses faillites qui on risqué d'emporter la Banque de France, exigea de la commission mise en place pour sa rédaction, la discussion et l'adoption immédiate du projet.

- 11 Il faut reconnaître que le texte initial, composé seulement de 648 articles a été enrichi, par des dispositifs spécifiques, telle la loi de juillet 1867 relative aux sociétés commerciales.

l'économie était, alors, régi par le droit public. Le secteur public, c'est une vérité historique établie, dominait l'économie nationale socialiste.

L'entreprise privée intrinsèquement «exploiteuse», selon la formule de la Charte nationale de 1976, était, à peine tolérée dans des secteurs jugés sans importance : faire des affaires avait, à l'époque, un sens péjoratif et était incompatible avec le droit socialiste, négateur de l'individu et de la recherche du profit.

Le principe de la liberté de commerce et d'industrie, règle cardinale de l'économie libérale, n'a été consacré, faut-il le rappeler, qu'en 1996, dans la constitution du 28 Novembre<sup>12</sup>.

Sur un autre plan mais en relation directe avec notre question, la promulgation du SGT en 1978 va traduire, également, les ambiguïtés et les ambivalences du droit algérien vis à vis de la codification des relations de propriété et vis à vis de la libéralisation des activités commerciales sachant la prégnance de principe de la propriété publique des moyens de production.

Mais les limites de cette législation relativement archaïque, sans cohérence, parfois même obsolète, se manifestèrent dès que l'Algérie abandonna le mode de gestion socialiste de son économie, vers la fin des années 80.

Elle entama, à la faveur de la mise en place des instruments juridiques de passage à l'économie de marché, une série de modifications du code de commerce.

Mais elle procéda, timidement, par petites touches, sans oser une révision globale et en profondeur. Il fallait, en effet, gérer les résistances au changement, sans bousculer brutalement l'ordre établi.

## **BREF RAPPEL DES PRINCIPALES MODIFICATIONS DU CODE DE COMMERCE**

Ne seront évoquées, ci-dessous, que les modifications opérées par les textes de portée large, à l'exclusion de toutes celles introduites par les lois de finances<sup>13</sup>.

---

- 12 Article 37 de celle-ci.

- 13 Les pouvoirs publics ont recours, de manière récurrente, aux lois de finances pour modifier des pans entiers du droit, à l'instar de ce qui fut fait pour le code de commerce. Ainsi on peut citer, à titre illustratif, la loi n° 87-20 du 28-12-1987 portant loi de finances pour 1988, et l'ordonnance n° 09-01 du 22-07-2009, portant loi de finances complémentaire pour 2009.

1. La première modification qui, fut cependant partielle<sup>14</sup>, a été l'œuvre de la loi n°88-04 du 12 Janvier 1988 qui a fixé les règles applicables aux entreprises publiques économiques, instituées par la loi n°88-01, de la même date, qui devaient faire entrer le secteur public dans la logique commerciale.

Elle a été abrogée par l'ordonnance n° 95-25 du 25-9-1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat.

Cette dernière, elle-même abrogée par l'ordonnance n°01-04 du 28-8-2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des EPE, soumet les entreprises publiques économiques au droit commun, à savoir le droit commercial, avec en tête le code de commerce.

A l'exception<sup>15</sup> de ce que prévoit l'article 352<sup>16</sup>, toutes les dérogations dont devait bénéficier l'EPE ont été supprimées.

2. Mais les modifications les plus substantielles<sup>17</sup> qui ont touché le code de commerce, ont fait l'objet du décret législatif n°93-08 du 25-4-1993, qui a introduit :

- **De nouveaux effets de commerce**, tels le warrant et le titre de transport ;
- **de nouveaux instruments juridiques** portant notamment sur le **factoring** ;
- **De nouvelles formes de sociétés** : les sociétés en commandite (simple et par actions) et la société en participation<sup>18</sup> font leur entrée dans le code de commerce ;

- 14 Le texte modificatif du code de commerce ne comportait que 46 dispositions entièrement dédiés à l'EPE.

- 15 Selon l'article 218 du code, «Les sociétés à capitaux totalement ou partiellement publics sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires.

- Les dispositions de l'article 352 du présent code ne sont pas applicables dans le cas où la procédure de liquidation concerne une société visée à l'alinéa 1, ci-dessus».

- 16 Article 352 : «Le tribunal peut, à la demande d'un créancier du débiteur ou du syndic, autoriser ce dernier à traiter à forfait de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier et à l'aliéner».

- 17 Près de 350 dispositions du code de commerce ont fait l'objet d'une modification ou d'un enrichissement.

- 18 Cette forme de société reprise du droit français, est régie le code civil et non le code de commerce.

- **Le groupement**, en tant que société commerciale, a bénéficié d'un nouveau statut lui accordant la personnalité morale ; Il en était dépourvu, dans l'ancien dispositif.
- **La société par actions a vu son organisation modifiée** : La structure dualiste, associant directoire et conseil de surveillance, est introduite dans le code de commerce.
- Le fonctionnement des organes sociaux (Conseil d'Administration, Assemblées générales) a connu des ajustements vers plus d'efficacité et de responsabilité ; Dans ce sillage, les infractions relatives à la constitution, la direction, l'administration, les assemblées générales, le contrôle, la dissolution, sont actualisées dans le sens de leur aggravation.
- **Le concept de groupe** est, également, consacré à travers les notions de filiale et de contrôle de société. Il s'agit d'une invitation à la concentration capitaliste, dans un contexte d'ouverture libérale.
- **Les valeurs mobilières** n'ont pas été en reste et occupent une bonne place dans le décret-législatif n°93-08 qui leur consacre, pas moins de 102 dispositions. C'est un pas symbolique important qui a été franchi. Un tabou a été brisé, annonçant la création du marché boursier qui fera, précisément, l'objet du décret-législatif n° 93-10 du 23-5-1993<sup>19</sup>, relatif à la bourse des valeurs mobilières.

Mais la révision de 1993, initiée sous la pression des institutions financières internationales, a été opérée dans la précipitation, sans une réelle préparation, car il s'agissait de répondre, dans l'urgence, aux conditionnalités imposées par le Fonds Monétaire International (FMI), dans le cadre du programme d'ajustement structurel.

Bien que marquant une avancée réelle dans la mise en place des mécanismes

---

- 19 Modifié par l'ordonnance n°96-10 du 10-1-1996 et par la loi n°03-04 du 11-2-2003.

juridiques de l'économie libérale, la réforme de 1993 a vite révélé ses limites et insuffisances et parfois des rajouts inadaptés aux besoins de l'entrepreneuriat algérien.

Ainsi, l'introduction des sociétés en commandite, s'est révélée fort inopportune puisque les opérateurs économiques leur ont opposé une réelle indifférence<sup>20</sup>.

Il faut rappeler qu'elles étaient, déjà, tombées en désuétude dans les pays qui les ont inventées, notamment en France où le nombre créations de ce type de sociétés est en déclin.

On a importé des cadavres que l'on n'a pas pu ou su réanimer, en en faisant la promotion auprès de leurs destinataires, les investisseurs.

3. Une autre modification du code de commerce est intervenue en 1996, par le biais de l'ordonnance n° 96-27 du 9-12-1996.

Celle-ci en a revu plusieurs dispositions<sup>21</sup>, en a introduit de nouvelles<sup>22</sup> et abrogé d'autres<sup>23</sup>; Mais son apport essentiel réside dans l'introduction de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée qui a connu un succès indéniable auprès des opérateurs économiques<sup>24</sup>.

4. La dernière intervention du législateur<sup>25</sup> ayant porté sur le code de commerce date du 6 février 2005<sup>26</sup>. Elle procéda à la modification de cer-

---

- 20 Le nombre de sociétés en commandite immatriculées au CNRC est insignifiant : selon les statistiques établies et publiées, par le CNRC sur son site ([www.cnrc.dz](http://www.cnrc.dz)) : «rapport sur les créations d'entreprises en Algérie» : 2013), il n'y a eu création, en 20ans, de 1993 à 2013 et sur tout le territoire national, que de 16 sociétés en commandite simple et 9 sociétés en commandites par actions

- 21 16 articles modifiés.

- 22 10 nouvelles dispositions.

- 23 Abrogation des articles 29, 35 et 686.

- 24 Selon le CNRC elle représente 34% des nouvelles créations («rapport sur les créations d'entreprises en Algérie» : 2013), op.cit.

- 25 Un projet de réforme du dispositif applicable à la SARL est en cours d'étude au niveau de l'APN.

- 26 Loi n° 05-02.

taines dispositions<sup>27</sup>, à l'introduction de nouveaux articles<sup>28</sup> et à l'abrogation d'autres<sup>29</sup>.

Elle concerna les interdictions de l'intermédiation dans les transactions ayant pour objet le fonds de commerce, les formalités d'inscription au CNRC<sup>30</sup>, les baux commerciaux<sup>31</sup>, la faillite<sup>32</sup>, les instrumentes et procédés<sup>33</sup> et incidents de paiement<sup>34</sup>.

Un projet d'amendement des dispositions du code ayant pour objet la SARL est en discussion au niveau du parlement.

Selon les informations rapportées par la presse, les amendements porteraient sur le nombre maximum des associés (porté de 20 à 50), la suppression du montant minimum du capital social, l'admission de l'apport en industrie, interdit dans le texte actuellement en vigueur.

Au terme de ce survol historique rapide des amendements introduits par le législateur, dans le code de commerce, il convient d'en évaluer l'impact sur la réalité économique du pays en procédant à son examen (I), pour ensuite définir une démarche à suivre pour pallier les limites identifiées (II).

- 
- 27 5 articles ont vu leur monture modifiée : 146, 169, 170, 414, 502.
  - 28 26 nouveaux articles.
  - 29 Trois articles ont été supprimés : articles 238, 538 et 539.
  - 30 Article 146 du chapitre 5 relatif aux formalités d'inscription, au CNRC, du privilège du vendeur ou nantisseur d'un fonds de commerce.
  - 31 Articles 169, 170, 187 bis, 187 ter, 192.
  - 32 L'article 238 relatif à la désignation d'un greffier comme syndic, a été abrogé.
  - 33 Virement, prélèvement, cartes de paiement et de retrait : Articles 414, 502, 543 bis19 à 543 bis24.
  - 34 Articles 526 bis à 526 bis16.

## I - EXAMEN DU CODE DE COMMERCE : SES LIMITES

### 1-1-Sur le fond

Selon les différentes institutions qui encadrent les relations d'affaires<sup>35</sup> et sur la base de rapports d'experts<sup>36</sup>, l'incidence de ces multiples «retouches» est plutôt modeste pour ne pas dire nulle.

Car le droit algérien, en matière économique et financière a évolué en deçà des besoins de l'économie et des exigences de prise en compte de l'ensemble des règles qui régissent les relations d'affaires. Aujourd'hui il y a un gap entre la réalité des affaires et le droit commercial.

1-1-1-L'impact de ces réformes<sup>37</sup> a été mesuré. Nous résumerons, mais sans prétendre à l'exhaustivité, les résultats de cette évaluation. Ainsi :

Le dispositif mis en place pour les EPE, n'a induit aucun gain en efficacité pour celles-ci ; Elles restent en déclin permanent ; Devenues des gouffres financiers, les entreprises publiques grèvent lourdement le budget de l'Etat par le coût de

---

- 35 CNRC, COSOB, CACI, conseil de la concurrence....

- 36 Les opinions exprimées, ici, se sont construites sur la base de nos propres recherches, expériences et pratiques auprès des entreprises et les enquêtes menées par d'autres, notamment :

- Les rapports de la Banque Mondiale portant sur «le droit des affaires et le développement du secteur privé» (1999, 2003, 2005) ont mis en exergue les insuffisances du droit économique algérien, en général et du droit commercial en particulier. Or ce type de rapport est élaboré sur la base d'enquêtes effectuées auprès de chefs et cadres d'entreprises, de notaires, d'avocats, de hauts fonctionnaires de l'administration économique, d'experts dans différents domaines. Les résultats sont comparés, confrontés et recoupés pour être enfin validés à travers l'organisation de rencontres-débats auxquelles participent les acteurs économiques et les professionnels de différentes disciplines, ayant pour objet l'entreprise.

- De même, les experts (des enseignants universitaires et des avocats, pour la plupart), mobilisés par le Ministère de la justice, en 2003, dans le cadre d'une commission ad hoc, présidée par le Président de la chambre commerciale de la Cour Suprême pour établir un diagnostic des insuffisances du code de commerce et faire des recommandations pour leur prise en charge, ont relevé de nombreux points d'amélioration.

- Les organisations patronales, particulièrement le FCE, ont souvent, dénoncé les entraves que le droit des affaires met à la réalisation et à la sécurisation de leurs investissements. Le code de commerce est, dans ce contexte, concerné en premier lieu.

- 37 Idem.

leurs assainissements récurrents (recapitalisation, effacement de leur l'endettement<sup>38</sup>) et par leurs nombreuses restructurations<sup>38</sup>, transformations<sup>39</sup>. Paraissant incurables, après 27 ans de traitement

- juridique et financier inefficace, les pouvoirs publics envisagent de les transférer au secteur privé en procédant à leur privatisation<sup>40</sup>.
- Cette situation est aggravée par la perversion de certaines institutions prévues par le code de commerce qui a favorisé l'économie informelle, faisant une concurrence déloyale aux entreprises activant dans la légalité : il s'agit de la société de participation, société occulte qui connaît un succès réel dans l'importation de marchandises revendues en l'état, en dehors de tout contrôle de l'Etat.
- La collecte de l'épargne publique par l'émission de valeurs mobilières, auxquelles le code de commerce a consacré un important dispositif<sup>41</sup>, demeure encore très timide<sup>42</sup>. Pourtant, elle représente dans de nombreux pays, une source essentielle du financement de l'activité des entreprises et partant de l'économie.
- Par ailleurs, l'ingénierie financière représente une activité très lucrative que pourraient booster des instruments financiers répondant aux besoins de leurs émetteurs (les entreprises).

---

- 38 600 milliards de dinars ont été déboursés par l'État pour les booster mais, sans résultat tangible, sans les faire décoller.

- 39 Le secteur public marchand, constitué par les entreprises publiques, dont l'Etat détient totalement ou en partie, le capital social, a connu, depuis 1988, date de création de l'EPE, 4 restructurations à travers :  
 - la loi n°88-01 (ayant mis en place les fonds de participation),  
 - les ordonnances n°95-25 (substituant les holdings aux fonds de participation),  
 - n°01-04 (remplaçant les holdings par les sociétés de gestion des participations –SGP),  
 - et la résolution unique du CPE (n° 01/142/28/08/2014), portant réorganisation du secteur public marchand (supprimant les SGP, pour généraliser, l'organisation sous forme de groupes).

- 40 C'est ce que prévoit la loi de finances pour 2016.

- 41 Le décret-législatif n°93-08, évoqué ci-dessus, a largement enrichi le code de commerce sur cette question à laquelle il a dédié 102 dispositions : articles 715 bis 30 à 715 bis 132.

- 42 Voir les résultats mitigés de la cotation des sociétés publiques SAIDAL, AURASSI, ERIAD et privée, NCA Rouïba. D'ailleurs, le propriétaire de cette marque de boisson a annoncé qu'il envisageait de retirer son entreprise de la cotation boursière.

- Même si le droit des valeurs mobilières recèle des insuffisances<sup>43</sup>, c'est surtout l'absence d'un véritable marché financier<sup>44</sup> qui entrave la levée de fonds sur l'épargne.

Toutefois, la conception de produits financiers, en mesure de dynamiser un marché en suscitant l'appétit des investisseurs, est moins une affaire de juristes que de spécialistes de la finance.

- Les effets de commerce, y compris le chèque, sont d'une utilisation parcimonieuse et continue de souffrir d'une méfiance tenace de la part des opérateurs économiques. La réglementation applicable au chèque dispersée dans le code de commerce, les règlements de la banque d'Algérie et le code pénal pose des difficultés de mise en œuvre.
- Certaines institutions, pivot des relations d'affaires, sont mal ou insuffisamment encadrées dans le code : ainsi du registre de commerce, des contrats commerciaux, de certaines formes de société ; Ainsi, la société en participation n'est régie que par 5 articles<sup>45</sup>, induisant de larges places de vide juridique que ne manquent pas d'exploiter certains acteurs économiques, désireux d'échapper au contrôle de l'Etat.
- Le dispositif applicable au fonds de commerce<sup>46</sup>, qui représente l'entreprise la plus exploitée par les opérateurs économiques<sup>47</sup>, n'a connu aucune mise à niveau, depuis 1975, alors que les règles régissant sa constitution<sup>48</sup> ainsi que les opérations dont il fait l'objet, méritent un toilettage juridique qui faciliterait sa transmission.

---

- 43 Le régime juridique des valeurs mobilières est éclaté entre le code de commerce (articles 715 bis30 à 715 bis 132 et texte d'application : décret exécutif n°95-438 du 23-12-1995) et des textes spécifiques (décret législatif n°93-10 du 23-5-1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété et ses textes d'application : une pléthore de décrets exécutifs, règlement de la COSOB et ordonnance 96-08 du 10-1-1996 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières : O.P.C.V.M , S.I.C.A.V, FCP) ; ce qui en rend l'exploitation laborieuse.

- 44 Lorsque le marché financier tourne au ralenti, comme c'est les cas en Algérie (le syndrome El Khalifa Bank est encore actif) et que le carcan réglementaire et bureaucratique inhibe les initiatives, les entreprises hésitent à s'aventurer dans une telle démarche.

- 45 Article 795 bis 1 à 795 bis 5.

- 46 Articles 78 à 168 du code de commerce.

- 47 Elle représente, selon le recensement économique de 2011, plus de 90% des immatriculations au CNRC.

- 48 Il s'agit de ses éléments constitutifs, tels qu'ils sont énumérés par l'article 78 du code de commerce.

- La typologie et le régime juridique des contrats commerciaux appellent un enrichissement ; le régime juridique que leur définit le code de commerce<sup>49</sup>, est resté en l'état depuis 1975, alors que la pratique a inventé de nouveaux outils contractuels qui méritent d'être codifiés.

1-1-2-Certaines dispositions du code de commerce rentrent en contradiction avec quelques lois spéciales.

Ainsi, à titre illustratif, les conditions **du** nantissement du fonds de commerce diffèrent **dans** la loi sur la monnaie et le crédit et le code de commerce.

Si ce dernier exige, sous peine de nullité de la sureté, la forme authentique<sup>50</sup>, la loi sur la monnaie et le crédit commerce, admet le recours à la forme sous seing privé<sup>51</sup>.

- Les dispositions pénales du code de commerce, applicable aux sociétés sont évincées par celles du code pénal qui bénéficient de la préférence des magistrats : Ainsi l'abus de biens sociaux, délit qui sanctionne, les utilisations abusives des biens et du crédit de la société par ses dirigeants, n'a jamais été invoqué par les magistrats qui font un usage exclusif de la notion de détournement de deniers publics, lorsque l'entreprise appartient à l'Etat<sup>52</sup>, ignorant, ainsi, le principe fondamental en droit de la prévalence de la loi spéciale<sup>53</sup> sur la loi générale<sup>54</sup> et celui de l'application de la loi pénale la plus douce<sup>55</sup>.

---

- 49 Articles 30 à 77.

- 50 Article 120 : « Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ».

- 51 Article 123 de l'ordonnance n°03-11 portant monnaie et crédit.

- 123 "Le nantissement de fonds de commerce en faveur des banques et des établissements financiers peut être effectué par acte sous seing privé, dûment enregistré. L'inscription de ce nantissement s'effectue conformément aux dispositions légales applicables en la matière".

- 52 La loi n°06-01 du 20-02-2006, modifiée et complétée, relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, comportant des dispositions sévères sur l'utilisation inappropriée des deniers publics (article 10) et privés (article 13), a, également, la faveur des juges algériens.

- 53 Représentée, ici, par le dispositif pénal du code de commerce.

- 54 Le code pénal.

- 55 Les infractions applicables aux dirigeants des sociétés, prévues aux articles 800 à 840 du code de commerce, représentent des délits, alors que certaines sont qualifiées de crime par le code pénal.

- A l'exclusion des articles 216 et 217<sup>56</sup>, les dispositions du code de commerce relatives aux entreprises en difficulté<sup>57</sup>, natives de 1975, n'ont jamais été mises à jours : elles sont aujourd'hui inaptées à redresser une entreprise faisant face à des difficultés.

L'anticipation, en amont, des difficultés de l'entreprise, par la mise en place de mécanismes de détection, n'est pas du tout organisée dans le code de commerce qui obéit plus à une logique curative que préventive.

Certes, les dispositions applicables au contrôle des sociétés par le commissaire aux comptes<sup>58</sup>, organisent une surveillance des risques de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation<sup>59</sup>, mais elles demeurent en deçà des exigences d'un processus efficace de redressement d'une entreprise.

Elles attribuent des pouvoirs d'investigation à ce dernier qui est tenu à une obligation d'alerte mais il ne peut saisir le procureur de la République que pour des faits délictueux. Les actes de mauvaise gestion, ne représentant pas des infractions pénales mais qui peuvent avoir un impact fatal sur l'entreprise, ne peuvent pas être communiqués au parquet, seule habilité à faire cesser les comportements indéliques. L'inertie des propriétaires est un gage de décès de l'entreprise faisant face à des problèmes.

## **1.2. Au niveau de la forme, on relève les insuffisances de diverses natures**

Des contradictions, des incohérences, des ambiguïtés, des renvois inappropriés, des coquilles, des traductions défectueuses, autant de défauts qui altèrent la qualité du texte ; Ils sont synthétisés ci-dessous.

---

- 56 Modifiés, en 1993, par le décret législatif n°93-08.

- 57 Faillite, règlement judiciaire et banqueroute ; Monsieur Lakhil Djamel étudie dans le détail cette partie du code de commerce.

- 58 Articles 715 bis 4 à 715 bis 14 du code de commerce.

- Ils sont complétés par la loi n°10-01 du 29-6-2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé.

- 59 Article 715 bis.

### **1.2.1. Une architecture sans cohérence globale.**

Le code est, en effet, divisé en 5 livres dont les thématiques sont particulières et pas toujours complémentaires, comme on peut le vérifier ci-après.

#### **- Livre 1 : du commerce en général.**

Ce livre traite des commerçants<sup>60</sup>, des livres de commerce<sup>61</sup>, du registre de commerce<sup>62</sup> et des contrats commerciaux<sup>63</sup>.

#### **- Livre 2 : Du fonds de commerce**

Il est consacré à la vente et au nantissement du fonds de commerce<sup>64</sup>, aux baux commerciaux<sup>65</sup> et à la gérance libre, la location et la gérance<sup>66</sup>.

#### **- Livre 3: des faillites et règlements judiciaires, de la réhabilitation et des banqueroutes et autres infractions en matière de faillite.**

Il aborde les faillites et règlements judiciaires<sup>67</sup>, la réhabilitation commerciale<sup>68</sup> et les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite<sup>69</sup>.

#### **- Livre 4 : des effets de commerce.**

Il est divisé en 4 titres dédiés à la lettre de change et au billet à ordre<sup>70</sup>, au chèque<sup>71</sup>, au warrant, au titre de transport et au factoring<sup>72</sup>, à certains instruments et procédés de paiement<sup>73</sup>.

#### **- Livre 5 : des sociétés commerciales.**

Il comporte deux titres ; le premier consacré aux règles de constitution et de

---

- 60 Titre 1.  
- 61 Titre 2.  
- 62 Titre 3.  
- 63 Titre 4.  
- 64 Titre 1.  
- 65 Titre 2.  
- 66 Titre 3.  
- 67 Titre 1.  
- 68 Titre 2.  
- 69 Titre 3.  
- 70 Titre 1.  
- 71 Titre 2.  
- 72 Titre 3.  
- 73 Titre 4.

fonctionnement des différents types de sociétés commerciales et le second aux infractions pénales.

### 1.2.2. Des renvois d'articles inappropriés

Il serait laborieux de les reprendre tous, de manière exhaustive ; Nous citerons quelques cas à titre d'exemples. Mais il en existe beaucoup plus.

Ainsi, l'article 757<sup>74</sup>, consacré au droit des bailleurs de faire opposition à la fusion ou à la scission de sociétés, renvoie à l'article 736/2<sup>75</sup>, étranger à ses considérations, au lieu de l'article 756/2<sup>76</sup>.

De même, les renvois opérés par l'article 762<sup>77</sup> aux articles 758<sup>78</sup> et 761<sup>79</sup> sont inappropriés.

Pareillement, les articles 776, 781 et 783 du code commettent les mêmes erreurs :

- Le premier traitant de la responsabilité des liquidateurs<sup>80</sup> renvoie

- 
- 74 «Les bailleurs des locaux loués aux sociétés absorbées ou scindées, peuvent également former opposition à la fusion ou à la scission dans le délai fixé à l'article 736, al.2».
  - 75 «Si pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée, et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision, accompagné des documents qui doivent leur être communiqués, le tribunal accorde, par jugement, le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision».
  - 76 «Les créanciers des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion, peuvent former opposition à celle-ci dans le délai de 30 jours à compter de l'insertion prescrite par l'article 748. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes».
  - 77 « La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles 758 et 761».
  - 78 Art. 758 : «Lorsque la scission doit être réalisée par apports à des sociétés par actions existantes, les dispositions des articles 751, 754 et 789 sont applicables».
  - 79 Art. 761 : «Par dérogation aux dispositions de l'article précédent, il peut être stipulé que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et sans solidarité entre elles.  
En ce cas, les créanciers de la société scindée peuvent former opposition à la scission dans les conditions et sous les effets prévus à l'article 756, alinéas 2 et suivants».
  - 80 «Le liquidateur est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions.  
L'action en responsabilité contre les liquidateurs se prescrit dans les conditions prévues à l'article 696».

à l'article 696<sup>81</sup> dont l'objet est très éloigné de son contenu<sup>82</sup>. Le renvoi devait être orienté vers l'article 715 bis 26<sup>83</sup>. Cette erreur résulte du maintien du dispositif en vigueur avant l'amendement du code de 1993<sup>84</sup>. L'adaptation n'a pas été effectuée.

- Le deuxième<sup>85</sup> renvoie à lui-même.
- Le troisième<sup>86</sup> fait fausse route en indiquant l'article 757<sup>87</sup> au lieu de l'article 767<sup>88</sup>

#### **1.2.4. Le recours à la «méthode» du «bis» et du «ter» pour introduire des modifications dans le code en alourdit, inutilement, le texte.**

Ainsi la réforme de 1993 a eu recours à cette technique pour introduire près de 200<sup>89</sup> dispositions sur les 350 nouveaux articles. C'est une performance, dans le genre. Elle

- 
- 81 «Si les souscriptions à titre préférentiel et les attributions faites en vertu de souscriptions à titre réductible n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation de capital, le solde est réparti par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, si l'assemblée générale extraordinaire n'en a pas décidé autrement.  
À défaut, l'augmentation du capital n'est pas réalisée».
  - 82 Cette dernière disposition traite des souscriptions préférentielles dans le cadre de l'augmentation de capital.
  - 83 «L'action en responsabilité contre les administrateurs, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans».
  - 84 Le rajout de nouvelles dispositions ont décalé l'article auquel il était renvoyé, avant la modification.
  - 85 Art. 781 : « En l'absence de commissaires aux comptes, et même dans les sociétés qui ne sont pas tenues d'en désigner, un ou plusieurs contrôleurs peuvent être nommés par les sociétés dans les conditions prévues à l'article 781, alinéa 1er. À défaut, ils peuvent être désignés par le président du tribunal statuant sur enquête, à la demande du liquidateur ou en référé, à la demande de tout intéressé, le liquidateur dûment appelé».
  - 86 Art. 783 : «Si les associés n'ont pu nommer un liquidateur, celui-ci est désigné par l'ordonnance du président du tribunal, statuant sur requête.  
Tout intéressé peut former opposition à l'ordonnance dans le délai de quinze jours à dater de sa publication dans les conditions prévues à l'article 757.  
Cette opposition est portée devant le tribunal qui peut désigner un autre liquidateur».
  - 87 Art. 757 : «Les bailleurs des locaux loués aux sociétés absorbées ou scindées, peuvent également former opposition à la fusion ou à la scission dans le délai fixé à l'article 736, al.2».
  - 88 Art. 767 : «L'acte de nomination des liquidateurs, quelle que soit sa forme, est publié dans le délai d'un mois, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans la wilaya du siège social».
  - 89 Articles 1 bis (1 disposition), 543 bis (19 dispositions), 590 bis (2 dispositions), 563 bis (11 dispositions), 715 bis (133 dispositions), 715 ter (11 dispositions), 732 bis (5 dispositions), 795 bis (5 dispositions) et 799 bis (5 dispositions).

rend l'exploitation du texte assez périlleuse, pour les praticiens, peu initiés à la manipulation des textes juridiques.

### 1.2.5. Des traductions défectueuses et/ou fausses

Contrairement à ce qu'impose la loi n°91-05 du 16-01-1991, portant généralisation de la langue arabe, qui en fait une question de souveraineté, dans la pratique la majorité des textes de lois est conçue et rédigée, initialement, en langue française<sup>90</sup>, par des juristes francophones, parfois même avec le concours de juristes français.

Il est ensuite procédé à leur traduction dans la langue arabe par des fonctionnaires qui ne réunissent pas toujours les compétences requises pour ce type d'exercice<sup>91</sup>. Il ne s'agit pas de traducteurs juridiques, rompus à l'art de la translation juridique.

Le bilinguisme juridique résultant du mode de production des textes de lois et des règlements et de leur parution au journal officiel, dans deux langues, la langue arabe, langue officielle<sup>92</sup> et la langue française<sup>93</sup>, langue de traduction<sup>94</sup> a donné lieu, parfois, à un bijuridisme ou dualisme juridique. Certaines traductions ne véhiculent aucun sens ou présente un sens très éloigné du texte français initial.

On peut citer, à titre d'exemple d'un bijuridisme navrant :

1.2.5.1.1. **L'article 628** du code qui régit les conventions conclues entre une société et un de ses administrateurs, dites communément conventions règlementées.

- 
- 90 Rappel que le droit français représente la source d'inspiration première du législateur algérien (en réalité de l'administration algérienne) relève de la banalité, tant le réflexe du concepteur des textes juridiques algériens revient toujours vers la souche mère. A l'exception du statut personnel inspiré du droit musulman, on note une véritable emprise du droit français sur la pensée juridique algérienne quel que soit, par ailleurs, la langue pratiquée.
  - 91 La traduction, art complexe et exigeant, suppose la maîtrise :
    - des deux langues concernées et de leur linguistique (français-arabe),
    - de la linguistique juridique,
    - des techniques de la discipline.
 Or, les fonctionnaires qui assurent la traduction des textes juridiques ne remplissent pas toujours ces conditions.
  - 92 Selon l'article 2 du décret n°64-147 du 28-5-1964, «le journal officiel est rédigé en langue arabe...»  
- La version arabe du journal officiel représente le texte officiel.
  - 93 Selon, toujours, l'article 2 du décret n°64-147 du 28-5-1964 «le journal officiel est rédigé en langue arabe...A titre provisoire il comporte une édition en langue française».
  - 94 C'est ce que précise l'avis adressé aux abonnés du journal officiel, selon lequel «...à dater du 1<sup>er</sup> février 1970, le journal officiel ne comportera qu'une édition en langue arabe. Toutefois, une traduction sera adressée aux lecteurs ayant un abonnement en langue française.»

Au regard du conflit d'intérêts que véhicule ce type de conventions, la loi les soumet, sous peine de nullité, à autorisation des actionnaires. C'est à ce niveau que les textes en arabe et en français divergent : alors que la version française<sup>95</sup> du texte les soumet à l'autorisation du **conseil d'administration**, la version arabe<sup>96</sup> les soumet à **l'autorisation de l'assemblée générale**.

Cette dichotomie est exploitée par certains partenaires étrangers voulant échapper au contrôle du Conseil d'Administration, organe de décision dont les réunions sont plus fréquentes que celles de l'Assemblée Générale. En outre, le formalisme de leur convocation est plus allégé pour le Conseil d'Administration que pour l'Assemblée Générale.

**1.2.5.2.- Les versions française<sup>97</sup> et arabe<sup>98</sup> de l'article 738/2**, relative à la nullité de la société ou d'une délibération postérieure à sa constitution véhiculent deux sens différents.

**1.2.5.3. L'article 788** interdit au liquidateur d'une société commerciale de poursuivre les affaires<sup>99</sup> ou d'en initier de nouvelles, sans l'autorisation de celui qui a procédé à sa désignation<sup>100</sup>.

La version en arabe<sup>101</sup> de cette disposition est très éloignée de sa signification initiale et de sa fonction dans la procédure de liquidation, car elle traduit le terme «af-

- 
- 95 Article 628 : «Toute convention entre une société et l'un de ses administrateurs, soit directement soit indirectement doit, à peine de nullité, être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration après rapport du commissaire aux comptes».
  - 96 لا يجوز تحت طائلة البطان. عقد أية اتفاقية بين الشركة و أحد القاهين بإدارتها سواء كان بصفة مباشرة هو غير مباشرة، إلا بعد استاذن الجمعية العامة مسبقا، بعد تقرير «من مندوب الحسابات».
  - 97 La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées, si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires.
  - 98 لا تأثير لتصويت الشريك المطلوب شراء حقوقه من جديد على قرار الشرك. وعند التنازع تقدر قيمة الحقوق في الشركة الواجب دفعها للشريك بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 578 من هذا القانون.
  - 99 Le terme affaires signifie dans ce contexte l'activité de l'entreprise.
  - 100 Art. 788 : «Le liquidateur représente la société. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif, même à l'amiable. Les restrictions à ces pouvoirs, résultant des statuts ou de l'acte de nomination, ne sont pas opposables aux tiers. Il est habilité à payer les créanciers et répartir le solde disponible.  
 Il ne peut continuer les affaires en cours ou en engager de nouvelles pour les besoins de la liquidation que s'il y a été autorisé, soit par les associés, soit par décision de justice s'il a été nommé par la même voie».
  - 101 يمثل المصفي الشركة وتخول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي غير أن القيود الواردة على هذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير.  
 وتكون له الأهلية لتسديد الديون وتوزيع الرصيد الباقي.  
 ولا يجوز له متابعة الدعاوي الجارية أو القيام بدعاوي جديدة لصالح التصفية ما لم يؤذن له بذلك من الشركاء أو بقرار قضائي إذا تم تعيينه بنفس الطريقة.

faïres» par le terme «actions en justice». C'est ce dernier sens que la Cour Suprême a, d'ailleurs, malheureusement consacré dans son arrêt du 3 octobre 2007<sup>102</sup>.

1.2.5.3-Quelquefois, certaines institutions juridiques sont même dénaturées. Ainsi du terme réclusion (الحبس) employé aux articles 807<sup>103</sup> et 814<sup>104</sup> du code, au lieu d'emprisonnement (سجن). Les conséquences, sur les personnes poursuivies dans ce cadre, peuvent être très lourdes, au regard du régime draconien de la réclusion en comparaison de l'emprisonnement.

De manière plus globale, le texte en arabe souffre d'une formulation alambiquée, manque de cohérente et de clarté.

Il serait fastidieux, voire même inutile, de relever, de manière exhaustive, toutes les erreurs de traduction que recèle le code de commerce.

Il suffit de donner un échantillon pour convaincre de la nécessité d'accorder aux deux langues du code de commerce, toute l'attention requise pour en faire un outil sécurisant pour les entreprises et leurs dirigeants.

Ainsi :

- Le siège social de la société est tantôt traduit par le terme centre (المركز)<sup>105</sup> tantôt par le terme adresse (العنوان)<sup>106</sup>
- L'assemblée des actionnaires est désignée par le terme conseil (المجلس)<sup>107</sup> au lieu de الجمعية
- L'assemblée générale extraordinaire, par assemblée générale exceptionnelle (الجمعية العامة الاستثنائية)<sup>108</sup>

- 102 Arrêt publié dans la revue de la Cour Suprême de 2007 n°2, p.355.

- 103 « يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط »

- 104 « يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ».

- 105 Article 767/4.

- 106 Articles 552, 563 bis 2, etc.....

- 107 Article 814.

- 108 Article 749.

- Le vote par élection (التصويت) <sup>109</sup> au lieu de (الانتخاب)
- La raison sociale par l'adresse (العنوان)<sup>110</sup>
- La désignation<sup>111</sup> (التعيين) et la dénomination<sup>112</sup> sont couvertes par le même terme (التسمية).

Ces errements sémantiques et de traduction du code ne sont pas sans conséquence sur les relations d'affaires, notamment internationales.

En effet, selon la langue du partenaire, la langue du contrat ou du juge, sera mise en œuvre ou la version arabe ou la version française du texte applicable. La pratique du code sera, alors, contradictoire et plus ou moins favorable aux parties ; Cela peut entraîner des discriminations entre les investisseurs nuisant, ainsi, à l'image du pays.

Précisément, dans ce contexte, si un litige oppose les associés ou la société à des tiers et que le mode de règlement des différends retenu est le mode arbitral<sup>113</sup>, la probabilité est forte que la version retenue sera le texte en français et que la sentence arbitrale soit rédigée en français. Or, en cas de demande d'exequatur de la décision arbitrale, en Algérie, le juge algérien compétent<sup>114</sup> appréciera la sentence<sup>115</sup>, en référence au texte en arabe. Il peut ainsi se heurter à une solution non conforme et refusera l'exequatur, au motif que la sentence est contraire à l'ordre public.

Or, la facilitation de l'exécution des sentences arbitrales représente un indice de bonne gouvernance, dans les relations internationales. Voilà un autre point de forme qui dessert la réputation de l'Algérie.

---

- 109 Article 814.

- 110 Articles 552, 563 bis 2, etc.....

- 111 Article 786.

- 112 Article 564/4.

- 113 Dans les relations internationales, l'arbitrage représente le mode le plus courant, le mode «normal» de règlement des litiges.

- 114 Si l'exécution forcée doit s'effectuer en Algérie, c'est le juge algérien qui procédera au contrôle de la sentence arbitrale.

- 115 Les conditions de l'exequatur des sentences arbitrales internationales se résument à la preuve de la décision et de la convention d'arbitrage et de sa conformité à l'ordre public international : article 1051 du code de procédure civile et administrative.

**En conclusion**, et à un niveau global, nous pouvons dire que le code de commerce, tel qu'il se présente aujourd'hui, se caractérise par :

Une rupture de vision par rapport à la problématique de la sécurisation des relations économiques et financières internationales.

Il paraît, parfois paradoxalement, en avance, par rapport au processus des réformes économiques qui accusent un retard indiscuté ; Ainsi du dispositif juridique relatif aux valeurs mobilières : le retard pris dans sa mise en œuvre est le résultat de l'absence d'un marché financier réel. Ici, la loi est, dans la démarche volontariste suivie par le législateur, en avance sur la réalité.

Il accuse, d'autres fois, un retard important par rapport aux réalités et aux pratiques commerciales. L'exemple topique est à puiser dans la pratique de la franchise dont aucun texte ne parle mais qui connaît un réel succès, sur le terrain des affaires.

Les cadres de référence juridiques ne sont pas, toujours, clairement identifiés, même si le droit français paraît être la source d'inspiration principale du législateur algérien.

Mais il ne faut pas, à ce propos, dénigrer ou diaboliser cette démarche de recours presque systématique au droit français, car, contrairement aux idées reçues, l'ancrage dans ce droit donne une cohérence d'ensemble au système juridique algérien.

Une fois le diagnostic établi et les insuffisances mises en exergue, il faut pour proposer un traitement et des remédiations, faire des choix méthodologiques.

## **II. ELEMENTS DE DEMARCHE**

Il convient, dans ce cadre, de s'interroger sur les voies et moyens à mettre en œuvre pour rendre au code de commerce, sinon son utilité qui est indiscutable, mais sa pleine efficacité pour en faire un outil sécurisant et attractif pour les opérateurs économiques et un instrument de travail opérationnel pour le magistrat confronté à un contentieux d'affaires, en développement constant.

Mais alors, quelle méthode d'approche adopter ? Quelle démarche suivre ?

2.1. Faut-il privilégier la démarche graduelle, progressive, procéder par pallier, au risque de fonctionner avec un code au contenu inachevé et lacunaire et en constante révision ?

Les problèmes de transition<sup>116</sup> ne doivent pas, alors, être considérés car ils sont générateurs d'incohérences inévitables et de difficulté de mise en œuvre<sup>117</sup>.

Dans cette optique un toilettage du code de commerce, tenant compte à la fois des incohérences et de la nécessité d'introduire de nouvelles dispositions tout en préservant l'intégrité du code en tant que tel, s'impose.

L'inconvénient majeur de cette démarche est d'inscrire le code de commerce dans une spirale de révision permanente, fort inconfortable pour les opérateurs qui ne peuvent pas intégrer de manière stable et à long terme, le risque juridique.

Mais l'intérêt de la démarche graduelle est d'éviter les ruptures brutales qui peuvent perturber et surprendre des opérateurs peu vigilants et qui sont rarement des professionnels des affaires.

2.2. Faut-il, au contraire, opter pour l'approche globale qui élimine, certes, les inconvénients de la démarche précédente, mais exige du temps, beaucoup plus de moyens humains (experts

2.3. Dans différentes spécialités) et une concertation large avec les principaux acteurs sociaux ?

Le principal inconvénient de cette démarche est qu'elle exige une période d'adaptation et d'imprégnation qui peut se révéler longue et cafouilleuse. Mais le gain en qualité de texte est indiscutable.

---

- 116 Les dispositions transitoires apportent leur lot de confusion. Il suffit, pour s'en convaincre, de revenir aux tâtonnements auxquels a donné lieu la réforme du régime du bail commercial de 2005, en ce qui concerne le paiement de l'indemnité d'éviction.

- 117 On peut évoquer, à ce propos, la réforme de 1993, par laquelle a été introduite, dans le code de commerce, la gestion dualiste de la SPA (directoire et conseil de surveillance).

- Le dispositif pénal applicable à la SPA, natif de 1975, n'a pas été adapté pour englober les membres du directoire et conseil de surveillance qui bénéficient de l'impunité.

En tout état de cause et à long terme, il semble indispensable d'aller vers une **re-fonte globale du code de commerce**, pour une mise en cohérence systématique des mécanismes économiques et juridiques et une harmonisation des règles juridiques, dans la perspective d'une plus grande maîtrise des processus économiques.

Conséquemment, cette révision doit être calée sur une anticipation de l'évolution des structures économiques et sociales de l'Algérie ainsi que des perspectives de l'intégration dans l'économie mondiale. L'approche prospective demeure une nécessité pour la réussite d'un processus de transition.

Il appartient aux pouvoirs publics de trancher cette question de démarche.

D'autres questions se posent mais sous un autre aspect.

Il s'agit, notamment, de déterminer le contenu du nouveau code de commerce et fixer son organisation interne.

Doit-on lui garder son architecture actuelle qui repose sur les cinq piliers évoqués ci-dessus ?

Or, cette structure n'est pas très cohérente et son contenu est très incomplet, eu égard à la constellation de textes qui gravitent autour du monde des affaires.

Le code de commerce n'est pas, en effet, la seule source du droit commercial et encore moins du droit des affaires ; Les principaux textes régissant les affaires sont situés en dehors de ce code (le droit de la bourse, le droit de la comptabilité, le registre de commerce, le droit de la concurrence, le commissariat aux comptes etc... participent à l'encadrement des affaires).

Ne faut-il pas, alors, enrichir en partie le code actuel, en y intégrant certaines de ces lois, de telle sorte à lui assurer une certaine complétude ?

Doit-on garder la structure présente mais en en modifiant l'articulation ?

Ne faut-il, au contraire, mais alors on se projette dans une démarche totalement nouvelle, faire éclater ce code en autant de lois spéciales qu'il contient de livres : une loi sur le commerce en général, une loi sur le fonds de commerce, une loi sur les contrats commerciaux, une loi sur les entreprises en difficulté, une loi sur les sociétés, etc.... ?

Nous aurions, alors, une réglementation plus complète et plus détaillée sur chaque secteur. Mais Il en résultera une pléthore de textes qui rendra plus difficile la connaissance et la consultation du droit ; Or les praticiens du droit et les opérateurs économiques ont une préférence marquée pour les codes qui réunissent, en un seul volume, l'ensemble des textes régissant les relations d'affaires.

C'est cette préférence qui a conduit, dans d'autres pays, mais chez nous également depuis peu, les éditeurs privés<sup>118</sup> à compiler les lois, les règlements et à les présenter sous forme de codes annotés (enrichis de jurisprudence et de références doctrinales).

Est-il opportun de procéder à contrecourant des tendances universelles et des souhaits des premiers destinataires de ce code (praticiens du droit et opérateurs économiques) ?

A tous ces questionnements nous pouvons proposer quelques pistes de réflexion à titre de remédiations et solliciterons les arbitrages nécessaires.

**LA REFORME  
DU DISPOSITIF  
APPLICABLE  
AUX SOCIETES  
COMMERCIALES**

AKROUNE YAKOUT

Le code de commerce consacre aux sociétés commerciales son livre 5, constitué de 446 articles, soit **près de la moitié de ses dispositions**<sup>119</sup>. C'est dire l'importance que le législateur accorde à l'encadrement étroit des sociétés. Cette abondance<sup>120</sup> révèle, également, la rigidité du dispositif qui limite considérablement, la liberté contractuelle. C'est particulièrement vrai de la SPA à laquelle le code réserve, outre les dispositions communes à tout type de société et qui lui sont, donc applicables, 301 règles spécifiques, soit près de 70% du dispositif !

C'est à ce décompte que l'on peut qualifier l'approche du droit algérien : consacre-t-il une démarche souple, facilitatrice, réservant une place suffisante à la volonté des associés ou au contraire codifie-t-il un système fermé, verrouillé, sans possibilité de dérogation conventionnelle ?

La réponse à cette question fondamentale, au regard des préoccupations légitimes des investisseurs à la recherche d'un environnement juridique sécurisant, résultera de la présentation d'abord (1) et de l'analyse, ensuite (2), du dispositif mis en place par le législateur algérien en 1975.

Des préconisations d'amélioration suivront le diagnostic qui sera, ainsi, établi.

## **LA DIVERSITÉ DE STRUCTURES SOCIÉTAIRES LÉGALES ET LEUR UTILISATION PAR LES ENTREPRENEURS**

**1-1-** L'offre légale en matière de mise en société est assez variée puisqu'elle propose, pas moins de 7 types de sociétés commerciales<sup>121</sup> qu'il n'est pas inutile de rappeler :

---

- 119 Le code comporte 1040 articles.

- 120 Il faut, aussi, préciser que les sociétés sont soumises à des dispositifs externes au code de commerce ; Ainsi et sans prétendre à l'exhaustivité, le code civil (articles 416 à 449), les lois n°04-08 du 14-8-2004, modifiée et complétée, relatives aux conditions d'exercice des activités commerciales, n° 04-02 du 12-5-2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, n° 90-22 du 18-8-1990 relative au registre de commerce, etc..... comportent-ils des règles applicables aux sociétés, quelques soit leur objet.

- 121 Il faut compléter cette liste par la société d'investissement à capital variable (S.I.C.A.V.), créée par l'ordonnance n° 96-08 du 10-1-1996, relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (O.P.C.V.M.), (S.I.C.A.V.) et (F.C.P.).

1. La société en nom collectif (SNC),
2. La société en commandite simple (SCS),
3. La société en participation,
4. Le groupement,
5. La SARL pluripersonnelle ou unipersonnelle (EURL),
6. La société par action (SPA),
7. La société en commandite par actions (SCA).

**1-2-** Au regard de l'usage que les entrepreneurs font de cette palette sociétaire, on observe leur préférence pour l'entreprise individuelle<sup>122</sup> qui représente, selon le recensement économique effectué en 2011, par l'office national des statistiques (O.N.S), **90,6%** des entreprises actives, contre **9,4%** de personnes morales<sup>123</sup>.

C'est dire ! Ce chiffre traduit<sup>124</sup>, on ne peut mieux, la configuration du tissu économique de l'Algérie, dominé par la micro entreprise.

Mais la prépondérance de l'entreprise individuelle est une réalité dans quasiment tous les pays, même les plus industrialisés. A croire que ses vertus sont incontestables.

Pourtant sur le plan des risques juridiques et économiques, l'entreprise individuelle présente beaucoup d'inconvénients puisqu'elle fait peser, sur le commerçant, la menace d'engager son patrimoine personnel, si celle-ci rencontre des difficultés<sup>125</sup>.

---

- 122 Juridiquement l'entreprise individuelle représente le commerçant, personne physique, exploitant un fonds de commerce.

- 123 ONS : «premier recensement économique, 2011, résultats préliminaires de la première phase», p.8.

- 124 Ce chiffre doit être corrélé avec le nombre de radiations de sociétés : Selon, toujours, les statistiques du CNRC, il y a un important gap entre le nombre des immatriculations et le nombre des radiations.

- Pour l'année 2013, il est quasiment du simple au double, puisque on relève une évolution des immatriculations de 4,7%, alors que celle des radiations se situe à 7%. Cf. «Rapport sur les créations d'entreprises en Algérie», p. 64.

- 125 Ce danger, pouvant être fatal pour le propriétaire de l'entreprise individuelle, a été levé par le législateur français qui a créé l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EURL) à laquelle l'entrepreneur affecte, de manière circonscrite, une partie de ses biens, mettant, ainsi, à l'abri le reste de son patrimoine. L'Algérie gagnerait, au regard de la prépondérance de ce type d'entreprise, à s'ouvrir à cette approche, en introduisant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.

Sur les 9,4% d'entreprises sociétaires recensées par l'ONS, la SARL représente **85%**<sup>126</sup> des immatriculations et traduit la préférence marquée des entrepreneurs pour ce type de sociétés commerciales. Parallèlement, et à l'exception des sociétés en commandite<sup>127</sup> qui sont peu connues des entrepreneurs, la S.P.A apparait comme la forme la plus boudée, la moins **volontairement**<sup>128</sup> utilisée, avec seulement **5,1 %** du total des immatriculations.

Selon les statistiques publiées par le CNRC<sup>129</sup>, à fin de l'année 2013, la répartition des sociétés commerciales, selon leur forme juridique, se présente comme suit :

- La S.A.R.L pluripersonnelle : **50,5 %**,
- L'E.U.R.L : 34,6 %,
- la S.N.C : **8,8 %**.
- La S.P.A est la forme la moins fréquente avec seulement **5,1 %** du total.

Le groupement n'est pas mentionné, alors qu'il représente une forme de sociétés commerciales soumis à immatriculation au CNRC<sup>130</sup>.

Que révèlent ces chiffres ? Quels en sont les déterminants ? Qu'en déduire pour faire des propositions de réforme du dispositif du code de commerce applicable aux sociétés commerciales ?

### 1-3-Que faire ?

- Faut-il réduire le nombre de formes sociétaires en supprimant celles qui sont boudées par les entrepreneurs ou qui pourraient faire double emploi, à l'exemple de la SNC et de la SCS ?

---

- 126 Ce chiffre s'applique aux SARL pluripersonnelles et aux EURL.

- 127 Toujours selon les statistiques du CNRC, il n'y a eu création que de 16 sociétés en commandite simple et 9 sociétés en commandites par actions, de 1993, date de leur introduction dans le droit algérien, à 2013.

- 128 Il faut, en effet, préciser que la forme SPA est obligatoire pour l'exercice de certaines activités : la banque, les établissements financiers, les sociétés de leasing, la société capitale risque, les SICAV, etc.... doivent être créées sous forme de SPA.

- 129 «Rapport sur les créations d'entreprises en Algérie», 2013, publié sur le site du CNRC.

- 130 Article 799 bis du code de commerce : «Le groupement jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce. Le contrat soumis à publicité légale détermine les conditions et l'objet du groupement».

- Ou au contraire, enrichir le code de nouvelles structures plus adaptées aux besoins de l'entreprise algérienne ?
- La diversification et la multiplication sont-elles synonymes d'un droit des sociétés performant, assurant l'efficacité entrepreneuriale ?
- Ou, au contraire, représentent-elles un facteur de confusion et de complexité pouvant désarçonner les créateurs d'entreprises ainsi que leurs partenaires ?
- La question n'est pas une vue de l'esprit mais renvoie à des difficultés réelles s'étant exprimé sur le terrain.
- Faut-il au contraire maintenir la typologie actuelle mais en en réformant le régime juridique ?
- Ainsi, n'est-ce pas son régime juridique complexe, la lourdeur de son organisation<sup>131</sup> qui explique l'insuccès de la SPA ?

#### **1-4- Comment faire ? La démarche**

Pour répondre à ces problématiques et proposer une réforme efficace, mobilisatrice des potentialités économiques, autrement dit centrée sur la finalité socio-économique de l'entreprise sociétaire, calée sur ses besoins, il faut choisir, auparavant, un paradigme, un modèle à l'aune duquel sera évalué le droit positif algérien et qui servira de référent.

Il faut rappeler, en effet, que le droit des sociétés constitue un ensemble complexe, au carrefour de plusieurs disciplines, soumis à des influences multiples, notamment mais non exclusivement, à l'influence du droit financier, du droit comptable, du droit fiscal, du droit pénal, pour ne citer que les plus déterminantes. C'est, donc aussi, à la lumière des contraintes ou des avantages que pourraient receler toutes ces disciplines, qu'il faut imaginer des modèles pouvant convenir aux entrepreneurs algériens.

---

- 131 Le code de commerce propose deux formes d'organisation de la SPA : la forme moniste avec un conseil d'administration ou la formes dualiste, associant une direction collégiale (le directoire) et un conseil de surveillance.

Si l'on examine, dans une démarche comparative<sup>132</sup>, les législations étrangères, on relève une sorte d'euphorie réformiste, s'exprimant par la multiplication de nouvelles formes de sociétés et des modifications récurrentes du droit des sociétés, destinées à prendre en charge leurs nouveaux besoins et ceux de l'Etat d'implantation ; en effet, les Etats se concurrencent pour attirer les sièges sociaux des entreprises<sup>133</sup>, en offrant aux associés de ces dernières, des mécanismes organisationnels adaptés à leurs exigences et objectifs.

En effet, on note, aujourd'hui, que le monde de l'entreprise exprime, avec de plus en plus d'insistance, un besoin de liberté, d'autonomie par rapport au carcan dans lequel les enferment certains systèmes juridiques<sup>134</sup>. Mais les Etats sont, plus ou moins, à leur écoute et leurs réponses légales plus ou moins flexibles. La souplesse n'est pas la vertu première des systèmes juridiques d'origine latine, en comparaison du système anglo-saxon qui se caractérise par son pragmatisme et sa flexibilité.

Ceci n'est, d'ailleurs, pas nouveau car l'histoire du droit des sociétés a toujours oscillé, dans un mouvement de balancier, entre dirigisme, (à travers la mise en place de dispositifs contraignants), et permissivité par l'assouplissement des procédures et des règles.

Aujourd'hui, la tendance s'oriente, de plus en plus vers le libéralisme, parfois même excessif<sup>135</sup>, dans la constitution et l'organisation des sociétés qui sont abandonnées à la loi de l'autonomie de la volonté<sup>136</sup>. Nous assistons à un retour en force de la liberté contractuelle.

- 
- 132 Le recours au droit comparé, au benchmark, représente un exercice d'ouverture qui permet de tirer bénéfice d'autres grilles de lecture, d'autres expériences et de la richesse universelle.
  - 133 Ce qu'il est convenu d'appeler les paradis fiscaux est la traduction de cette démarche de concurrence fiscale à laquelle se livrent les Etats pour attirer les entreprises sur leur sol.
  - 134 Au niveau du commerce international, il y a un retour en force des principes de la *lex mercatoria* (ensemble d'usages commerciaux) et de l'arbitrage, traduisant l'éviction de l'Etat de la sphère juridique.
  - 135 L'Etat étasunien du Delaware est donné en exemple de ce libéralisme, offrant aux investisseurs les formules les plus pragmatiques. Il a réussi, grâce à cette démarche, à capter un nombre impressionnant de sociétés.
  - 136 Un observateur averti des mutations juridiques que traverse la société internationale, ira jusqu'à affirmer que nous assistons à l'émergence « d'une société de contrats au lieu et place d'une société règlementée », Barthélémy : propos préliminaires, in nouveaux espaces contractuels, JCP, 1995, p.2.

En face d'une législation rigide, trop contraignante, les hommes d'affaires inventent des mécanismes de défense leur permettant, sinon de contourner frontalement la loi, du moins d'en réduire l'impact et de préserver leurs intérêts en desserrant l'étau qui étouffe leurs ambitions. Parmi ces mécanismes, on peut évoquer les aménagements statutaires, les pactes d'actionnaires, les partenariats contractuels<sup>137</sup>, les règles de la gouvernance d'entreprise, sur lesquels nous reviendrons.

La contractualisation est en voie de devenir un modèle dominant, dans le processus de production normative.

Si l'on devait résumer, dans ce contexte, la quintessence des systèmes juridiques aujourd'hui en vigueur, on relèvera que coexistent et dominant deux conceptions principales de la société, la conception institutionnelle et la conception contractuelle dont il faut mettre en exergue les avantages mais aussi les dangers, afin de faire les choix les plus opportuns pour notre pays, les choix les plus adaptés aux besoins de son économie et de son environnement, sans pour autant, tourner le dos à l'universalité<sup>138</sup>.

Les recommandations qui seront faites doivent, en effet, mesurer les conséquences qu'elles peuvent induire dans un environnement très spécifique, même s'il faut se garder de trop verser dans la singularité nationale ; l'économie mondialisée fabriquant des moules juridiques universels<sup>139</sup>. Un système juridique en inadéquation avec les besoins de ses destinataires est voué à l'échec.

---

- 137 La sous-traitance, la cotraitance, le BOT, le groupement, la franchise, l'Outsourcing, etc. Les entrepreneurs fuient, ainsi, les schémas sociétaires au profit de formules de collaboration contractuelles.

- 138 On ne cessera jamais de le dire, le droit des affaires dont fait partie le droit commercial, tend aujourd'hui à l'uniformisation (citons le droit de l'OHADA, du MERCOSUR), voire à l'unification de ses règles (droit européen, par exemple). Le pluralisme juridique est, aujourd'hui, en berne.

- 139 Voir note ci-dessus. L'uniformisation du droit des sociétés est une tendance lourde des approches étatiques ; «Il est évident, affirme un auteur (Couret A.) qu'une approche strictement nationaliste du droit des sociétés n'a plus de sens aujourd'hui. Il est difficile d'imaginer que l'on puisse avoir une certaine conception de la société à Paris, une autre à Londres, à New York, à Mexico, au Caire...», «Mondialisation et droit des sociétés», in Revue internationale de droit économique, 2002, n°2-3, p.34.

## 2-Mais quelle est la philosophie, quel est le modèle de l'entreprise sociétaire consacré par le droit actuellement en vigueur, en Algérie et à la réforme duquel il faut procéder ?

La philosophie qui anime le régime juridique des sociétés en droit algérien<sup>140</sup> résulte de la combinaison des règles du code civil<sup>141</sup> régissant le contrat de société et celles du code de commerce<sup>142</sup>, pour ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement ainsi que les infractions y relatives.

Les premières consacrent la conception contractuelle et les secondes l'approche institutionnelle<sup>143</sup>. Qu'est-ce à dire ?

**L'approche «contractualiste»**, d'origine anglo-saxonne, accorde aux parties au contrat de société<sup>144</sup>, c'est-à-dire aux associés, le droit d'organiser leur entreprise librement, à leur convenance, en fonction des besoins de celle-ci. Les règles légales sont, alors majoritairement, supplétives ; Les normes impératives, destinées à la protection de l'ordre public, auxquelles il n'est pas possible de déroger, sont réduites à leur plus simple expression.

**2-1-Quant à la conception institutionnelle**, centrée sur la personnalité morale de la société, perçue comme une personne totalement autonome de ses associés, elle considère la société comme une entité transcendant les volontés individuelles de ses membres, auxquels s'imposent des règles auxquelles ils ne peuvent déroger que sur autorisation de la loi.

- 
- 140 L'approche du droit français était similaire, il y a quarantaine d'années. Mais ce dernier a subi de très nombreux toilettages et a bénéficié d'enrichissements ininterrompus.
  - 141 Articles 416 à 449.
  - 142 Articles 545 à 840.
  - 143 Depuis plus d'un siècle maintenant, l'on s'interroge sur la qualification, la nature de celle-ci : est-elle un simple contrat et en tant que tel régi par le principe de l'autonomie de la volonté des associés, ou une institution, échappant à la volonté de ces derniers ?
  - 
  - 144 Communément désigné par le terme «statuts».

Dans cette approche, le processus de création, les modalités de fonctionnement, de transformation et de dissolution de la société, sont fixées par la loi dont les dispositions impératives sont plus nombreuses que les règles supplétives.

Le recours aux conventions entre associés, à l'exemple des célèbres pactes d'actionnaires, pour réduire l'impact, voire même contourner la loi, devenait inévitable.

À l'examen, les dispositions des codes civil et de commerce algériens révèlent un hiatus, une divergence entre l'approche civiliste et l'approche du code de commerce qui provoque une rupture de la cohérence du régime juridique des sociétés commerciales.

Le code civil définit, en effet, la société comme un contrat<sup>145</sup> dans lequel devraient, conséquemment et logiquement, dominer l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle.

Autrement dit, les associés devraient bénéficier d'une large latitude pour définir leurs rapports, leur participation au capital social, aux résultats sociaux, organiser le fonctionnement de leur entreprise ainsi que sa dissolution et sa liquidation. La liberté contractuelle devrait permettre toutes les combinaisons possibles pour l'organisation de la société et la répartition des pouvoirs. La souplesse, l'adaptabilité sont la quintessence même du régime contractuel.

Or, tel n'est pas le cas, car dès que l'on franchit le seuil de la définition légale qui a, d'ailleurs été remise en cause, en 1996<sup>146</sup>, par l'introduction, dans le paysage sociétaire algérien, de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, pour rechercher ses applications concrètes dans l'organisation de la société, on découvre que la volonté des associés, bien que pas totalement absente<sup>147</sup>, est largement évincée et joue un rôle marginal.

---

- 145 Article 416 : «La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes physiques ou morales conviennent à contribuer à une activité commune, par la prestation d'apports en industrie, en nature ou en numéraire dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter, de réaliser une économie ou, encore, de viser un objectif économique d'intérêt commun. Ils supportent les pertes qui pourraient en résulter»

- 146 Il faut relever une autre note de discordance, liée l'introduction de l'EURL, qui n'a pas été suivie de l'adaptation de la définition du contrat de société de l'article 416 du code civil qui continue d'exiger la présence de deux associés au moins, pour créer une société commerciale.

- 147 Les aménagements statutaires sont surtout tolérés dans les sociétés de personnes.

Le code de commerce, en effet, a mis en place, particulièrement pour les sociétés de capitaux<sup>148</sup>, un dispositif très rigide qui neutralise totalement les effets attendus de la définition civiliste de la société. La liberté contractuelle est largement escamotée et ne s'exprime que sous la surveillance de la loi. La société est un contrat qui ne produit pas tous ses effets juridiques.

De fait, le contrat de société dont les effets et les modalités d'application sont définis dans le code de commerce<sup>149</sup>, s'apparente à un modèle type, prêt-à-porter, auquel doivent adhérer les futurs associés. Les règles qui le régissent sont impératives et les parties ne peuvent y déroger qu'exceptionnellement.

Cette divergence entre les deux codes trouve une explication historique dans les sources dont s'est inspiré le législateur algérien en 1975.

Notre code civil a largement repris la philosophie du code napoléonien (version de 1804) qui a exalté, jusqu'au mythe, l'autonomie de la volonté au nom d'un libéralisme sublimé et de la liberté individuelle sacralisée (la révolution française de 1789 franchissait, à peine, la décennie.)

Au plan économique, la liberté contractuelle doit servir et conforter la liberté du commerce et d'industrie et garantir, ainsi, la prospérité. Conséquemment, l'Etat ne doit mettre aucune entrave au libre jeu de la volonté des acteurs économiques. Liberté économique et liberté contractuelle doivent former un couple harmonieux au service du développement de l'entreprise.

En revanche, les dispositions applicables aux sociétés, inscrites dans le code de commerce, sont une reprise partielle mais fidèle de la loi française du 24 juillet 1966 qui a été adoptée dans une période d'après-guerre, caractérisée par un interventionnisme étatique omniprésent. Les exigences de la reconstruction de l'économie ont renforcé le rôle de l'Etat qui multiplie les lois impératives limitant, par voie de conséquence, la liberté contractuelle.

Le droit des sociétés, élaboré dans ce contexte, est, ainsi, constitué de règles d'ordre public qui ne tolèrent qu'exceptionnellement le jeu contractuel.

---

- 148 Voir, ci-dessus, nos observations sur l'encadrement de la SPA.

- 149 Pour ce qui est des sociétés commerciales, faut-il préciser.

De plus, la volonté de l'Etat de contrôler l'action des sociétés, notamment anonymes, dans la vie économique, a constitué un argument de taille pour la définition de leur régime juridique dans lequel l'autonomie de la volonté occupe une place résiduelle.

On a abouti à un système dans lequel la loi balise, de manière stricte, les rapports entre associés, les rapports des associés avec les dirigeants et encadre la constitution et le fonctionnement de la société par un dispositif répressif aussi lourd qu'inefficace.

La conception institutionnelle de la société est magistralement consacrée.

Si elle était parfaitement adaptée à l'idéologie dirigiste de l'époque, elle est, aujourd'hui, dissuasive car elle bride les initiatives et ne facilite pas la création d'entreprises sous forme sociétaire<sup>150</sup>. La meilleure preuve en est la faiblesse (9,4%) du nombre des entreprises collectives (sociétaires) créées, en comparaison des entreprises individuelles (90,6%).

Elle n'est plus adaptée, aujourd'hui, pour servir d'instrument de structuration d'une économie libérale, fonctionnant dans un contexte mondialisé.

**2-1-1-**En outre, Les dispositions pénales du code de commerce complétées, par celles du code pénal, très dissuasives, inhibent l'esprit d'initiative des dirigeants d'entreprises qui ne veulent pas prendre de risques, de crainte d'être confrontés à des poursuites pénales pour toute erreur de gestion<sup>151</sup>.

**2-1-2-**Sur un tout autre registre, celui du traitement des entreprises en difficulté<sup>152</sup>, le droit algérien demeure très en retard et très indigent ; Il ne prévoit pas encore

---

- 150 Cette rigidité a été longtemps dénoncée par les opérateurs économiques (dont le FCE) et les institutions de classement des pays (Banque Mondiale, Doing Business) qui évoquent la lourdeur du processus de création d'entreprises en Algérie.

- Beaucoup d'améliorations ont été introduites depuis ; Certaines règles ont été assouplies, dernièrement, par le décret exécutif n°15-111 du 3 mai 2015, fixant les modalités d'immatriculation, de modification et de radiation au registre du commerce.

- 151 La question récurrente de la dépénalisation de l'acte de gestion, particulièrement dans le secteur public, est un indice de l'inadaptation de ce dispositif aux exigences de l'esprit entrepreneurial.

- 152 Ce concept n'a toujours pas été adopté par le droit positif algérien qui consacre le concept de concordat qui relève des procédures collectives, postérieures à la cessation de paiement.

de mécanismes préventifs, d'alerte<sup>153</sup> et de sauvetage. Il n'a jamais fait l'objet d'une mise à niveau, malgré les initiatives prises par le Ministère de la justice, dans le cadre d'un projet de refonte globale du code de commerce, initié en 2002. Le projet est finalisé mais n'a pas connu de suite.

Le dispositif du règlement judiciaire adossé au concordat, sorte d'arrangement entre l'entreprise en cessation de paiement et ses créanciers, est entièrement centré sur ces derniers, sans envisager de manière claire, le redressement de l'entreprise dans une perspective de préservation de l'activité économique et de l'emploi.

Cette lacune regrettable renforce la méfiance des opérateurs et entrave l'épanouissement des affaires.

Le dispositif dont nous venons de révéler, de manière succincte, la philosophie, n'a pas connu une large mise en œuvre ; La création de sociétés reste un phénomène marginal en comparaison des exploitations individuelles<sup>154</sup>.

Il y a lieu de rappeler, par ailleurs, que c'est dans le secteur public que la société par actions est le plus utilisée. Or Celle-ci représente l'instrument privilégié de la collecte de l'épargne et de l'accumulation capitaliste. Elle peut être un outil performant de transition à l'économie de marché.

L'autre modèle d'organisation de l'entreprise sociétaire, d'inspiration anglo-saxonne, s'est construit, en contrepied du modèle institutionnel. Il s'articule autour du concept central de contrat. Il représente une sorte de soft Law conçue pour assouplir la hard Law classique.

- 
- 153 Le commissariat aux comptes, organe de contrôle externe des sociétés qui en dispose, s'est vu confier une mission d'alerte en présence de faits ou d'insuffisances pouvant menacer l'entreprise.
  - Selon l'article 23 de la loi n° 10-01 du 29-6-2010, relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé, détaillant les missions du commissaire aux comptes,
  - « ...Le commissaire aux comptes se doit de signaler, aux dirigeants et à l'assemblée générale ou à l'organe délibérant habilité, toute insuffisance de nature à compromettre la continuité d'exploitation de l'entreprise ou de l'organisme dont il a pu avoir connaissance...».
  - Mais dans la réalité, le commissaire aux comptes limite son intervention au sein de l'entreprise à la certification des comptes qu'il déclare sincères et réguliers même si ce n'est pas le cas.
  - 154 Voir le recensement économique de 2011 et les statistiques du CNRC (cf. les chiffres indiqués ci-dessus).

## 2-2-La conception «contractualiste» de la société : un modèle à promouvoir ?

Cette conception est apparue aux Etats unis dans les années 1970, à la faveur d'un courant doctrinal travaillé par la philosophie utilitariste et la théorie de la justice de John Rawls.

Elle s'appuie sur une démarche née dans les années trente que l'on qualifie d'analyse économique du droit qui a connu beaucoup de succès outre Atlantique .

Elle a été utilisée en droit des sociétés, curieusement, dans les sociétés ouvertes qui font appel public à l'épargne.

Elle a centré ses efforts sur les rapports des actionnaires et des dirigeants de l'entreprise et a opéré une dissociation entre le droit de propriété (qui appartient aux actionnaires) et la gestion de la société qui peut être confiée à des professionnels indépendants, non actionnaires.

Il faut, alors, dans une démarche prospective, anticiper les dérapages de ces derniers qui ne sont pas toujours responsables du passif de la société qu'ils dirigent et qui risquent de défendre, en priorité, leurs intérêts au détriment de ceux de la société et donc des propriétaires- associés.

Il fallait mettre en place, dans ce cadre, des mécanismes de contrôle efficaces.

Dans la théorie institutionnelle, rappelons-le, la loi organise le contrôle des dirigeants par les actionnaires, au sein d'assemblées.

Leur révocation ad nutum<sup>155</sup> (immédiate et sans condition) survient dès qu'un manquement est commis.

Mais la détection de ces manquements suppose une information suffisante<sup>156</sup> des actionnaires et leur implication directe et constante dans la gestion. Or, telle n'est pas la réalité de l'actionnariat, aujourd'hui, particulièrement pour les sociétés cotées en bourse.

---

- 155 Article 613 du code de commerce : «Les administrateurs sont rééligibles. Ils peuvent être révoqués à tout moment, par l'assemblée générale ordinaire».

- 156 Précisons que la production de l'information et sa diffusion relèvent des prérogatives des dirigeants, eux-mêmes. Ils peuvent la maquiller ou en faire rétention.

Les investisseurs, très dispersés, trop nombreux, peu au fait des questions de gestion (qui est un métier à part entière), sont intéressés par les seuls dividendes que peut rapporter leur mise. Ils se désintéressent totalement du fonctionnement de l'entreprise.

Le contrôle des dirigeants par les actionnaires s'avère, de ce fait, inefficace, voire inutile. Il s'agit d'une sorte d'illusion dont profitent certains gestionnaires indécis.

Il faut donc, soutiennent les partisans de cette approche, substituer au contrôle classique (qui peut être, néanmoins, maintenu dans les entreprises de petite taille), un autre mécanisme plus efficient, celui du contrôle par le marché.

Car un dirigeant incompetent sera rapidement trahi par le marché ; le cours des titres de son entreprise chuteront ; ce qui provoquera des OPA et donc l'écroulement de la société ou son rachat par ses concurrents directs.

Ce mécanisme de contrôle par le marché serait, selon ses promoteurs, plus efficace que n'importe quelle législation ou poursuite judiciaire (le dispositif répressif du code de commerce étant lourd à mettre en œuvre.)

Mais parallèlement, il faut, également, protéger les dirigeants, pour libérer leur esprit d'initiative et la prise de risque qui demeurent inhérents à la vie de l'entreprise. C'est l'objet des conventions conclues avec les actionnaires.

L'exercice du pouvoir dans les grandes entreprises est, dans ce contexte, régi par les principes de la *corporate governance*<sup>157</sup>, définis, en 1993, par l'American Law Institute et l'American Bar Association (A.B.A). Ces principes constituent un code de bonne conduite des dirigeants qui sont tenus d'une obligation de loyauté et de diligence.

---

- 157 On assimile la bonne gouvernance à une démarche managériale, destinée à lutter contre les dérives des dirigeants.

Les 5 principes<sup>158</sup> cardinaux de transparence<sup>159</sup>, d'efficacité<sup>160</sup>, de contrôle<sup>161</sup> et de responsabilité<sup>162</sup>, gouvernent l'organisation et l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise.

L'Algérie n'est pas en reste et s'est inscrite dans cette dynamique par la mise en place en 2007, d'un programme d'action national en matière de gouvernance, dans le cadre du mécanisme africain d'évaluation par les pairs (MAEP/NEPAD).

Ce programme multisectoriel comporte une dimension économique, intégrant la gouvernance de l'entreprise. Il réfère à l'élaboration d'un code de bonne gouvernance de l'entreprise.

Le patronat privé (FCE) en collaboration avec le Think Tank CARE<sup>163</sup>, l'APDB<sup>164</sup> et le ministère de la PME et de l'artisanat ont pris en charge son élaboration.

Le code en question, s'inspirant des principes de la gouvernance d'entreprise publiés par l'OCDE en 2004, a vu le jour en 2009<sup>165</sup>.

Il codifie les bonnes pratiques que devraient implémenter les entreprises algériennes pour améliorer leur gestion et partant leur performance.

Dans le contexte de la bonne gouvernance, le pouvoir est réparti, au sein d'un conseil unique, entre les directeurs exécutifs qui dirigent la société et les directeurs non exécutifs qui sont des indépendants et contrôlent la gestion des premiers, à l'exemple des conseils de surveillance de la SPA dualiste (avec cette précision que les membres du conseil de surveillance **sont des actionnaires**).

Classiquement, sans que cela soit une règle générale obligatoire, trois comités complètent cette organisation et assistent le conseil :

- 
- 158 L'IFAC mentionne 12 commandements de la bonne gouvernance.
  - 159 L'information doit être partagée par tous les acteurs clés de l'entreprise. L'accès à l'information doit être organisé, de manière efficiente, par la mise en place d'un système d'information adossé aux Tics et dans l'intérêt des parties prenantes de l'entreprise
  - 160 Elle résulte d'une organisation du travail implicative et responsable.
  - 161 Par la mise en place de mécanismes de veille (fonction audit et contrôle de gestion et du respect des normes légales -normes comptables et commerciales, notamment) et des procédures élaborées par l'entreprise.
  - 162 Chacun des acteurs clés de l'entreprise doit rendre compte de ses actes vis-à-vis des parties prenantes.
  - 163 Centre d'Action et de Réflexion autour de l'Entreprise.
  - 164 L'association des producteurs de boissons.
  - 165 Il est publié sur le site électronique du FCE.

- **Un comité d'audit** qui veille, en liaison avec des auditeurs externes, au respect de la règle de la sincérité des comptes qui doivent refléter la situation réelle de la société,
- **Un comité de nomination** qui conseille sur le recrutement des membres du conseil,
- **Un comité des rémunérations** qui se prononce sur les rémunérations des dirigeants.

Ce schéma, décrit à grands traits, a séduit et a induit un vaste mouvement de réforme du droit des sociétés, dans pratiquement tous les pays<sup>166</sup> qui ont adopté des législations plus libérales<sup>167</sup>, aménageant une place plus étendue à la volonté contractuelle et au gouvernement d'entreprise.

On observe, subséquentement, une véritable renaissance du phénomène contractuel, une sorte d'euphorie qui irrigue le droit dans son ensemble et se conjugue avec la notion de déréglementation qui tend à évincer l'Etat, non seulement de la sphère économique, mais également dans la régulation des rapports juridiques. Il y a une sorte de «contractualisation des normes, visant à l'universalité, échappant à la volonté des Etats».

Les conventions entre associés, manifestation de ce phénomène de la contractualisation, pénètrent le monde de l'entreprise et quasiment tous les pays les tolèrent<sup>168</sup> avec une amplitude plus ou moins prononcée<sup>169</sup>.

- 
- 166 Les pays arabes, dont le droit des sociétés est inspiré du droit français (Liban, Syrie, Maroc, Tunisie), ne sont pas en reste et ont ouvert le chantier des réformes, en procédant à des diagnostics et à la définition de mesures correctives, susceptibles d'améliorer la compétitivité de leurs entreprises.
  - 167 «La liberté statutaire et la liberté de conclure des conventions d'associés et des pactes statutaires, sont à peu près dans toutes les réformes du droit des sociétés», Eric Loquin : «la volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé», in la mondialisation du droit, Litec, 2000, p.186.
  - 168 Ainsi la jurisprudence française reste très circonspecte à leur égard et ne les valide pas systématiquement ; Toute en les tolérant, elle veille au strict respect des dispositions légales impératives. Elle valide ou annule les pactes d'associés au gré des intérêts en cause.
  - L'Algérie s'y est ouverte, inexorablement et malgré elle. Elle répondait à une condition suspensive de ses partenaires étrangers qui exigent la signature d'un pacte d'actionnaires, avant même la rédaction des statuts de la société de partenariat.
  - On observe, même aujourd'hui, leur introduction dans les partenariats public/public.
  - La jurisprudence algérienne, bien qu'elle ne fût pas, à ma connaissance, saisie pour se prononcer sur leur validité, a malgré tout, pris position dans un arrêt rendu par la Cour de Tlemcen (arrêt du 20-1-2008), dans une affaire portant sur l'extension d'une clause compromissoire prévue dans un pacte d'actionnaires à un litige résultant de l'exécution d'un contrat de cession d'entreprise, liée à une opération de privatisation. Cette juridiction a reconnu, de manière tacite, leur admissibilité.
  - 169 Certains Etats ne les admettent qu'à la condition qu'ils ne remettent pas en cause des normes impératives du droit des sociétés.

Le droit des sociétés n'y a pas échappé et a subi l'invasion puis la subversion du droit des contrats ; On estime, dans ce contexte, que la liberté contractuelle permet de rédiger des statuts adaptés à chaque type de société et aux objectifs des investisseurs<sup>170</sup> ; ce qui serait un gage d'efficience.

La France qui nous a légué la conception institutionnelle, s'est ainsi, dès les années 1980, ouverte à une démarche plus libérale, lui semblant plus en adéquation avec les besoins d'une économie mondialisée.

C'est dans cet esprit qu'elle a assoupli la procédure de constitution et le fonctionnement de la société anonyme, en créant, en 1994, la société anonyme simplifiée (la SAS)<sup>171</sup>. Une grande liberté y est accordée aux associés pour organiser le fonctionnement de leur entreprise.

Elle franchira, en 1999, un pas supplémentaire en autorisant une seule personne, qu'elle soit physique ou morale à créer une SAS (la SASU, société anonyme simplifiée unipersonnelle).

Cette innovation a été saluée par le monde de l'entreprise qui l'a qualifiée «de véritable révolution», de «petite merveille». «**Symbole d'une liberté retrouvée**, la nouvelle SAS, semble réussir à première vue l'adéquation entre liberté juridique et besoins de l'entreprise»<sup>172</sup>.

Devant ce vaste mouvement d'ouverture, de simplification des procédures, de retour à un rôle accru de la liberté contractuelle, quelle attitude adopter lorsque l'on doit penser un modèle juridique qui servira de socle à la refonte du code de commerce et aux réformes économiques ? Quelle philosophie doit irriguer le futur code de commerce ?

Doit-on s'inscrire, d'emblée dans cette tendance et faire table rase du système actuel ou au contraire s'y projeter mais avec circonspection, sous réserve d'inventaire ?

Les choix à faire, les arbitrages à opérer ne peuvent être que la résultante d'une

---

- 170 «Contractualisation et déréglémentation du droit des sociétés sont réclamés sans relâche, par les agents économiques», Eric Loquin : «la volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé», in la mondialisation du droit, Litec, 2000, p.186.

- 171 Rappelons que la SAS a été introduite en France à la demande du CNPF (aujourd'hui le MEDEF) sur la base d'un rapport qui démontrait les difficultés de création d'une co-entreprise.

- 172 Bonnet Eric : «la nouvelle société par action simplifiée», in les petites affiches, 15 septembre 2000 n°185 p.4.

large concertation des opérateurs économiques, des praticiens du droit, des institutions qui encadrent les affaires, des universitaires. La consultation des différents destinataires du futur dispositif juridique entraînera, sans aucun doute, un gain en qualité de texte et l'atteinte des objectifs assignés à la réforme d'un texte structurant de l'environnement des affaires.

## **1- Quelques éléments de cadrage pour moderniser le dispositif applicable aux sociétés commerciales**

La problématique principale à prendre en charge consiste à définir une configuration du droit des sociétés adaptée aux besoins actuels d'une entreprise activant en Algérie.

D'emblée, nous devons nous garder de verser dans le mimétisme légal irréfléchi, la décalcomanie, sous prétexte de nous inscrire dans les tendances lourdes (?) du droit des sociétés<sup>173</sup>.

Mais il faut, également, refuser avec vigueur, l'attitude inverse, tout aussi stérile d'ailleurs, de repli sur soi et de rejet de modèles qui seraient en avance sur notre économie<sup>174</sup>. La mondialisation du droit fait son chemin et fait converger les droits nationaux. On doit y être attentif. Les résistances stériles sclérosent la pensée et la démarche émotionnelle bloque la rationalité juridique et économique.

La circulation des modèles performants est une réalité et une pratique dont il faut savoir tirer profit, avec lucidité en veillant à adapter l'emprunt à nos réalités socio-économiques.

Globalement, nous pensons que la règle du juste milieu doit être observée : trop de liberté ou une liberté débridée dans un contexte entrepreneurial en herbes, ou les acteurs sont encore en phase d'apprentissage, comporte des risques. L'absence de liberté réduit le droit à une camisole de force juridique, entravant la prise de risque et l'esprit d'initiative.

---

- 173 Le droit comparé, le benchmark donnent des repères, des éléments de réflexion qu'il faut ajuster au contexte local.

- 174 La démarche comparatiste a ceci de bénéfique, qu'elle permet une perception critique, profonde et améliorée de sa propre réalité juridique à partir du regard sur l'autre.

Peuvent, en effet, cohabiter, dans le futur code, la liberté contractuelle et les règles impératives dont le dosage et le domaine d'application seront définis en fonction des considérations qui président à la création de la société mais surtout dans la perspective du renforcement de la rentabilité économique de l'entreprise. Une approche catégorielle bien balisée, réservant à la volonté des associés une juste place, pourrait convenir à l'étape que traverse, aujourd'hui, l'entreprise et l'économie algériennes.

Certains ne vont-ils pas jusqu'à dire que le droit des sociétés doit être au service de l'entreprise.

Ce système n'est pas totalement absent dans le code en vigueur mais il doit être redéfini pour renforcer l'approche contractuelle, notamment dans la SPA.

**Moins de dispositions impératives et répressives et plus de liberté contractuelle, telle pourrait être la perspective dans laquelle doit s'inscrire la réforme.**

Une simplification de la procédure de constitution des sociétés doit être également envisagée car celle-ci se caractérise, dans le droit positif, par une lourdeur et une complexité qui en font, notamment dans la SPA, un véritable parcours du combattant.

Rien de plus efficace pour rebuter les investisseurs : la preuve en est que la SPA est, comment nous l'avons, déjà, établi<sup>175</sup>, la malaimée, la plus boudée des sociétés commerciales.

Ne faut-il pas sérieusement, penser à introduire une SPAS (société par action simplifiée), proche de la SAS française dans sa constitution mais plus encadrée dans son fonctionnement. La lourdeur du fonctionnement de la SPA avec conseil d'administration ou directoire et conseil de surveillance, ralentit la prise de décision ; Le fonctionnement de ces organes de gestion est soumis à un formalisme excessif qui impacte la fluidité des affaires. L'exécutif bicéphale de la SPA dans lequel le pouvoir est réparti entre le Président du Conseil d'administration et le Directeur général aboutit, lorsqu'il y a mésentente, à un blocage des décisions, au préjudice de la société et de ses actionnaires.

---

- 175 Voir les statistiques ci-dessus.

Mais il faut tenter de mesurer les risques que ce type de société pourrait faire couvrir à l'entreprise et aux associés.

Cette structure pourrait être réservée aux sociétés de moyenne dimension (PME-PMI) ne faisant pas appel public à l'épargne et aux sociétés d'un groupe (filiales) dont il faut précisément enrichir le dispositif qui demeure d'une indigence particulière.

Le droit des groupes, à l'état embryonnaire, doit être pensé dans la perspective du renforcement de la concentration économique, sous le regard vigilant mais bienveillant du droit de la concurrence.

Si la protection des associés (les épargnants) et des tiers doit rester une préoccupation constante, elle doit être, cependant, organisée de manière à ne pas entraver la rentabilité de l'entreprise (par la définition d'un ordre public minimal)

L'introduction de quelques principes, empruntés au gouvernement d'entreprise (comités d'audit<sup>176</sup>, de recrutement des gestionnaires, de rémunération des gestionnaires, charte de déontologie des dirigeants) mérite d'être méditée et associée à un allègement du dispositif répressif en vigueur.

L'activation du marché financier qu'il faut mettre en place par l'encouragement de la cotation en bourse, doit être intégrée dans la conception de la réforme. Le dispositif applicable aux valeurs mobilières doit faire l'objet d'une attention particulière et les conditions d'éligibilité à la cotation allégées.

Voilà quelques éléments généraux autour desquels pourrait graviter la refonte du droit des sociétés qui a déjà subi, faut-il le rappeler, plusieurs réformes partielles mais sans que ne fut, jusqu'à présent envisagée sa relecture profonde et globale.

---

- 176 L'audit a été introduit, dans une démarche volontariste, dans les entreprises algériennes. Mais il ne s'agit pas d'une obligation légale.

**POUR UNE  
REFORME  
DU DROIT DE  
L'ENTREPRISE  
EN DIFFICULTE**

Djamel E. LAKEHAL

## INTRODUCTION

La notion d'Entreprise en difficulté ne fait pas partie à proprement parler du vocabulaire juridique algérien. Aucun texte ne la consacre comme telle si bien que hors les références des législations étrangères, il est bien difficile aujourd'hui d'en donner une définition juridique précise.

La raison est que dans ce domaine et sans employer l'expression d' « Entreprise en difficulté », le droit algérien ne s'est intéressé jusqu'à présent que des commerçants se trouvant en situation de cessation de paiement c'est-à-dire -et pour reprendre une expression courante- en situation de « dépôt de bilan », que ce commerçant soit une entreprise au sens société c'est-à-dire dotée de la personnalité juridique ou alors une personne physique.

Dans de tels cas et au regard des textes en vigueur à ce jour, les commerçants sont mis soit en règlement judiciaire soit en faillite.

Si l'on devait malgré tout en donner un sens, la difficulté de « l'Entreprise en difficulté », se résume pour l'instant à sa cessation de paiement et la solution qui en est offerte se limite au règlement judiciaire ou à la faillite.

Or, comme nous le verrons plus loin et à l'exemple d'un nombre important de législations étrangères, il est toujours possible d'envisager la mise en place d'un mécanisme juridique et judiciaire qui, sans et avant que ces difficultés ne prennent la forme d'une cessation de paiement, donnera à l'entreprise les conditions de les prévenir, de les surmonter ou tout au moins d'en chercher les solutions.

Ce qui voudra dire que le « dépôt de bilan » classique ainsi que nous le connaissons encore aujourd'hui -le règlement judiciaire et la faillite-, ne constitueront que les dernières étapes d'un processus de résorption des difficultés et dont le règlement judiciaire ne sera en définitive que l'ultime tentative.

Car en effet, il est possible qu'un nombre non-négligeable d'entreprises et essentiellement les PME qui, confrontées à des difficultés, pourront éviter le dépôt de bilan si un mécanisme anticipatif adéquat leur était offert.

Le but est à l'évidence de réunir les conditions de sauvegarde de l'entreprise et de préservation des emplois outre les possibilités que le règlement judiciaire d'aujourd'hui peut toutefois procurer le cas échéant.

Et il serait surabondant ici de souligner les enjeux d'un tel besoin quand on prend en compte la place de l'entreprise dans l'économie et le rôle qu'elle joue dans le développement et dans la promotion de l'emploi.

Partant de cet enjeu, la présente étude vise à mettre en exergue l'existence de telles conditions hors le règlement judiciaire et la faillite.

Mais en même temps, elle ne contient pas la rédaction d'un texte à présenter aux instances compétentes en vue de son adoption, une telle rédaction nécessitant un temps de préparation plus long et pourquoi pas, un travail basé sur des chiffres et sur un diagnostic fiable.

Selon des informations que nous avons recueillies incidemment, il semblerait que le Ministère de la justice aurait conduit il y a quelques d'années, un projet de réforme du droit de l'entreprise en difficulté. Outre que ce projet à l'évidence n'a pas vu le jour, nous n'avons pas plus de connaissance sur ce qu'il en est advenu.

Est-il besoin de souligner là aussi combien les statistiques sont importantes et qu'elles constituent le gage d'une réforme à venir répondant aux besoins réels :

- Combien et quel est le taux des entreprises qui sont en difficulté et qui ne parviennent pas à les surmonter et à poursuivre leurs activités ?
- Combien et quel est le taux des entreprises qui sont déclarées en faillite après une tentative de règlement judiciaire ?
- Combien et quel est le taux des entreprises qui auraient pu éviter soit le règlement judiciaire soit la faillite s'il existait un mécanisme susceptible de les aider avant même qu'elles n'entrent en cessation de paiement ?
- Par rapport au nombre d'entreprises qui se créent, quelle est la proportion de celles qui, étant en difficulté, disparaissent faute d'un dispositif préalable distinct du dispositif existant ?

Beaucoup de questions dont il est difficile sinon impossible d'avoir une réponse en raison de leur complexité et aussi de l'absence de statistiques.

Signalons au passage que sur cette question des statistiques, le site du Centre National du Registre de Commerce n'en fournit pas ; pas plus que celui de l'Office National des Statistiques ou du Ministère de la justice s'agissant des jugements rendus en la matière.

Aussi, nous pensons que l'une des recommandations à la faveur de la présente réflexion est précisément pour les autorités concernées de produire ces statistiques et qu'elles soient actualisées donnant ainsi au législateur la mesure et l'importance du problème afin qu'il puisse définir les dispositions qui conviennent.

Abstraction faite des statistiques et en référence aux législations étrangères existantes, il sera ici proposé des voies susceptibles d'aider à la mise en place d'un dispositif juridique adéquat qui tiendra compte de la réalité économique algérienne.

Les développements qui suivent seront donc axés sur les points suivants :

- Un rappel du dispositif législatif actuel
- Les forces et les limites de ce dispositif
- Un aperçu du droit de l'entreprise en difficulté dans le système juridique français
- Les orientations proposées pour la mise en place d'un nouveau dispositif législatif algérien.

## **PREMIERE PARTIE : LE DISPOSITIF ACTUEL EN VIGUEUR EN ALGERIE**

Est-il besoin de rappeler ici qu'il n'existe pas en Algérie de dispositif juridique relatif à l'Entreprise en difficulté comme on l'entend dans nombre de pays européens par exemple mais plutôt un cadre se limitant à organiser deux des éléments du droit de l'Entreprise en difficulté, le règlement judiciaire et la faillite.

Cette partie sera donc consacrée à mettre en évidence, les règles essentielles qui caractérisent ces deux procédures au regard de la législation algérienne.

Mais avant cela et pour les besoins de précision, il convient de faire les mises au point liminaires suivantes:

i) par « Entreprise en difficulté » et ainsi qu'il a été évoqué ci-dessus pour le commerçant, nous entendons indistinctement aussi bien l'entreprise dotée de la personnalité juridique comme la société commerciale que l'entreprise individuelle comme le commerçant, personne physique ;

ii) les procédures du règlement judiciaire et de la faillite sont appelées aussi « *Procédures collectives* » au sens où les créanciers de l'entreprise soumise à ces procédures et avant qu'il n'y soit mis fin, n'ont plus aucune possibilité d'agir individuellement pour recouvrer leurs créances. Leur seul recours, dans le cadre soit du règlement judiciaire soit de la faillite, reste celui d'agir « *collectivement* » avec les autres créanciers, sous le contrôle et le suivi de l'appareil judiciaire ;

iii) dans nos textes et bien que conditionnant la mise en œuvre du dispositif lui-même, la situation de cessation de paiement n'est pas définie. Dans son Livre III qu'occupent le règlement judiciaire et la faillite et dans son article 215 en particulier, le code de commerce oblige à une déclaration pour l'une ou l'autre de ces procédures et dans un délai de 15 jours, tout commerçant et toute personne morale commerçante ou non qui « *cesse ses paiements* » sans que l'on sache ce que l'on entend par ce constat.

On en est réduit à considérer en conséquence que

- le non-paiement d'une simple facture, et quelque soit son montant, devient une cessation de paiement ;
- il suffit que le paiement ne soit pas fait le jour convenu pour que le commerçant soit dans une situation de cessation de paiement et que le délai des 15 jours commence à courir ; et
- il est même possible d'aller encore plus loin et de retenir la cessation de

paiement même quand le débiteur refuse unilatéralement de procéder au paiement sans que l'on s'interroge s'il en a ou non les moyens.

Ce sont-là des hypothèses qui paraissent sans doute invraisemblables et extrêmes mais qui soulignent la nécessité pour le législateur de lever ces équivoques en prévoyant une définition appropriée de la cessation de paiement.

Les législations étrangères que nous avons examiné, ont réglé ce point si bien qu'aujourd'hui on considère généralement que la cessation de paiement est l'impossibilité pour le débiteur à faire face au passif exigible avec son actif disponible.

Beaucoup de choses ont été écrites sur ces éléments de définition de la cessation de paiement et une jurisprudence importante notamment française, en a précisé les aspects les plus divers.

Ainsi, on a estimé par exemple

- qu'une créance non recouvrée ne fait pas partie de l'actif disponible au moment où les paiements ont cessé ;
- la solvabilité de l'entreprise n'efface pas non plus la cessation de paiement dès lors que le paiement fait défaut. Une entreprise peut être solvable et être en même temps en cessation de paiement parce qu'elle est incapable d'honorer ses paiements, « sa solvabilité » n'étant pas considérée comme un actif « disponible » ;
- on s'était demandé aussi s'il fallait prendre en considération « le passif exigible » ou alors « le passif exigé » estimant par-là que bien qu'exigible, le passif peut ne pas être exigé par un créancier qui accepte le report de paiement.

C'est donc un constat sur la situation de la trésorerie de l'entreprise et éventuellement des crédits mis à sa disposition qui constitue en définitive le fait révélateur de la cessation de paiement.

En ce qui concerne le dispositif algérien actuel, voici donc résumés dans les points énumérés ci-après, les éléments essentiels.

1. La question de ce qu'on peut appeler l'Entreprise en difficulté est traitée quasi exclusivement dans le Livre III du code de commerce.

Elle fait l'objet des articles 215 à 388 (soit 173 articles) et concerne les faillites et le règlement judiciaire, la réhabilitation, la banqueroute et autres infractions en matière de faillite.

Depuis l'adoption du code de commerce en septembre 1975, seules trois dispositions de ce Livre III, ont été modifiées, une a été supprimée et une nouvelle a été insérée:

- les articles 216, 217 et 230 ont été modifiées par le décret législatif n°93-08 du 25/04/1993 modifiant et complétant le code de commerce ;
- l'article 238 qui prévoyait la désignation du syndic parmi les greffiers, a été supprimé et cette fonction est désormais définie par l'ordonnance n°96-23 du 09/07/1996. Avec le code de commerce, cette ordonnance fait donc partie intégrante du dispositif algérien;
- l'article 252 bis a été ajouté à la faveur de la loi n°05-02 du 06/02/2005 modifiant et complétant le code de commerce.

2. Un grand nombre de dispositions du Livre III du code de commerce sont communes à la fois au règlement judiciaire et à la faillite mais les deux procédures sont néanmoins différentes.

En ce qui concerne les dispositions communes, cela va de l'ouverture de la procédure du jugement déclarant le règlement judiciaire ou la faillite en passant par l'intervention du juge-commissaire, le rôle du syndic et celui des contrôleurs.

S'agissant des différences entre les deux procédures, elles sont substantielles et visent des objectifs distincts en ce sens que

- la première est une tentative sous le contrôle du tribunal, de sauver l'entreprise en difficulté en approuvant un plan de réalisation de l'actif qui serait éventuellement proposé soit par le débiteur soit par le syndic soit par les

créanciers soit par un concours de tous; sous certaines conditions limitées, elle peut donner encore au débiteur la possibilité d'être présent dans la gestion de son entreprise ou de son commerce ; tandis que

- la seconde constitue une liquidation de l'entreprise après avoir totalement écarté le débiteur de la gestion de ses affaires.

### 3. L'acte d'ouverture du règlement judiciaire ou de la faillite inaugure la procédure collective.

La procédure du règlement judiciaire ou de la faillite est ouverte auprès du tribunal :

- à l'initiative du débiteur par la déclaration de sa cessation de paiement au greffe du tribunal, dans un délai de 15 jours. Il s'agit pour lui d'une obligation (art.215), à défaut et sans excuse légitime, il s'expose à des sanctions pénales pour banqueroute simple (art. 371 §3) ; ou
- sur l'assignation d'un créancier quelle que soit la nature de sa créance notamment celle résultant d'une facture payable à échéance fixe ; ou encore
- d'office par le tribunal, le débiteur entendu ou dûment appelé.

La procédure est ouverte auprès du tribunal territorialement compétent statuant en matière commerciale, soit le tribunal du domicile du débiteur soit, si le débiteur est une société, le tribunal de son siège social.

Lorsque le débiteur demande l'ouverture de la procédure du règlement judiciaire ou de la faillite par la déclaration de cessation de paiement, il devra joindre à cette déclaration une série de documents énumérés à l'article 218 comme par exemple le bilan, le compte d'exploitation générale, le compte de résultats, l'état des engagements hors bilan du dernier exercice, un état de situation, l'état chiffré des créances et des dettes, des sûretés, l'inventaire des biens, etc.

Pour les deux procédures, à la première audience du tribunal, un jugement déclaratif est rendu prononçant soit le règlement judiciaire soit la faillite tout en arrêtant la date effective de la cessation de paiement.

La fixation de la date de cessation de paiement est une information essentielle dans la mesure où les créanciers qui disposent d'une créance née avant cette date, ne pourront la réclamer et la recouvrer que dans le cadre de la procédure et conformément aux décisions arrêtées par le tribunal. Il s'agit là d'un des effets du jugement que nous évoquerons plus loin.

#### 4. Le tribunal prononcera soit le règlement judiciaire soit la faillite en fonction de conditions déterminées

i) Le tribunal rendra un jugement prononçant le règlement judiciaire plutôt que la faillite dans les conditions suivantes définies aux articles 215, 216, 217 et 218 :

- si le débiteur a procédé à la déclaration de cessation de paiement dans les 15 jours,
- s'il est assigné par un créancier,
- si le tribunal s'est saisi d'office et enfin,
- si les documents de l'article 218 cités ci-dessus ont été joints à sa déclaration.

S'agissant des entreprises à capitaux totalement ou partiellement publics et bien que soumises elles aussi aux dispositions de ce Livre III, un traitement spécifique leur est consacré rendant plus probable en cas de cessation de paiement, un jugement d'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire qu'un jugement de faillite.

L'article 217 alinéa 3 du code de commerce prévoit en effet en leur faveur que :

« *Des mesures de désintéressement des créanciers peuvent être [-] prises par l'autorité publique habilitée par voie réglementaire* ».

Ces mesures si elles sont prises, emporteront dans ce cas-là, clôture de la procédure de règlement judiciaire pour apurement du passif exigible.

ii) il y aura à l'inverse et indépendamment de cette exception des entreprises publiques, un jugement déclarant la faillite et non plus le règlement judiciaire dans le cas où :

- le débiteur a fait défaut aux obligations citées ci-dessus au paragraphe précédent ; ou
- s'il a exercé sa profession contrairement à une interdiction prévue par la loi ; ou
- s'il a notamment soustrait sa comptabilité, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou encore s'être frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas ; ou enfin
- s'il n'a pas tenu une comptabilité conforme aux usages de sa profession au regard de l'importance de son entreprise.

5. Les jugements d'ouverture de règlement judiciaire ou de faillite sont publics.

Les jugements prononçant le règlement judiciaire ou la faillite sont mentionnés au registre de commerce. Ils sont affichés pendant 3 mois dans la salle des audiences du tribunal et insérés par extrait au Bulletin Officiel des Annonces Légales (BOAL) au lieu du siège du tribunal.

6. Les jugements et ordonnances rendus en la matière peuvent être l'objet de recours.

A l'exception du jugement statuant sur l'homologation du concordat que nous verrons plus loin, tous les autres jugements et ordonnances rendus en vertu du Livre

III du code de commerce sont exécutoires par provision nonobstant les voies de recours.

Sauf exceptions limitatives (art. 232), les recours aux jugements rendus en matière de règlement judiciaire ou de faillite sont au nombre de deux :

- l'opposition qui doit intervenir dans les 10 jours de la date du jugement (ou à compter de la formalité de publication au BOAL pour les jugements prononçant le règlement judiciaire ou la faillite) ; et
- l'appel qui est recevable dans un délai de 10 jours à compter de la notification du jugement en question.

## 7. Les organes du règlement judiciaire et de la faillite

Outre le tribunal, il y a principalement 3 organes propres aux opérations de règlement judiciaire et de faillite : le juge-commissaire, le syndic et les contrôleurs.

7.1. Le juge-commissaire : il est désigné au début de chaque année judiciaire par ordonnance du président de la cour. Il est chargé de surveiller et de contrôler les opérations de gestion de la faillite ou du règlement judiciaire. Il a notamment pour tâche de recueillir tout élément d'information ; entendre le débiteur failli et le débiteur admis au règlement judiciaire, les employés de ce dernier, ses créanciers et toute autre personne.

Il fait rapport au tribunal de toutes les contestations qui peuvent naître du règlement judiciaire ou de la faillite. Il agit par ordonnances déposées au greffe du tribunal, sujettes à opposition.

7.2. Le syndic-administrateur judiciaire : comme évoqué plus haut, cette fonction a été redéfinie en dehors du code de commerce par l'ordonnance n°96-23 du 09/07/1996.

Le syndic qui est devenu le syndic-administrateur judiciaire (mais qu'on rappellera ici « syndic » mais des raisons de commodité) est défini comme étant la personne

chargée par décision de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens dans le cadre de la législation en vigueur.

Telle est donc formulée sa fonction à l'article 2 de l'ordonnance en question.

Mais il est en outre chargé de représenter les créanciers ou de procéder éventuellement à la liquidation d'une société commerciale déclarée en état de faillite dans les conditions définies dans le code de commerce.

C'est donc cette deuxième fonction qui nous intéresse ici : soit représenter les créanciers quand il s'agira de règlement judiciaire par exemple soit, liquider la société en faillite.

Il est désigné dans le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la faillite parmi les personnes inscrites sur une liste établie par une commission nationale instituée à cet effet.

Le syndic peut être, à condition qu'il ait au moins 5 ans d'expérience dans sa profession, un commissaire aux comptes, un expert-comptable ou un expert dans les domaines les plus divers, foncier, agricole, commercial, maritime ou industriel.

En pratique, le syndic a un rôle central dans la mise en œuvre de l'une et l'autre procédure. Il est présent à chaque instant et la loi lui confère des prérogatives très larges depuis le prononcé du règlement judiciaire ou de la faillite jusqu'à la clôture de l'une ou de l'autre procédure.

Il intervient ainsi dans les opérations les plus diverses comme résumé ci-après :

a) les mesures conservatoires :

Dès prononcé du jugement du règlement judiciaire ou de la faillite, des mesures sont prises par le syndic à titre conservatoire :

- clore et arrêter les livres en présence du débiteur ;
- faire inscrire au profit des créanciers regroupés dans la masse, hypothèque sur les biens du débiteur et ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions ;

- prendre toutes dispositions nécessaires, dès le prononcé du jugement du règlement judiciaire ou de la faillite, pour la conservation des droits du débiteur contre les débiteurs de celui-ci ;
- dresser immédiatement le bilan du débiteur dans le cas où celui-ci ne l'a pas déposé ;
- remet au juge-commissaire dans le mois du jugement, un compte-rendu sommaire de la situation apparente du débiteur, des causes et des caractères de cette situation.

b) les scellés :

Le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la faillite peut prescrire l'apposition de scellés sur les caisses, portefeuilles, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur et s'il s'agit d'une société comportant des associés indéfiniment responsables, sur les biens de chacun des associés.

Le syndic peut être dispensé par le juge-commissaire, de faire placer sous scellés ou être autorisé à en faire extraire :

- les objets mobiliers et effets secondaires au débiteur et à sa famille, sur l'état qui lui est soumis ;
- les objets soumis à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente ;
- les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise si la continuation de l'exploitation est autorisée.

En ce qui concerne les livres et documents comptables, ils sont extraits des scellés et remis au syndic par le juge-commissaire après avoir été arrêté par lui.

De la même manière, sont remis au syndic en vue de leur recouvrement, les effets de portefeuille susceptibles d'acceptation et pour lesquels il est nécessaire de faire des actes conservatoires.

Dans les 3 jours à partir du prononcé du jugement du règlement judiciaire ou de la faillite, le syndic requiert la levée des scellés en vue des opérations d'inventaire.

c) l'inventaire

Le syndic procède à l'inventaire des biens du débiteur présent ou dûment appelé. Il peut se faire aider par telle personne qu'il juge convenable pour la rédaction de l'inventaire comme pour l'estimation des biens.

d) la gestion des biens du débiteur failli

Avec l'autorisation du juge-commissaire, le syndic procède à la vente des objets soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente. Il procède au recouvrement des créances, assure la continuation de l'exploitation si elle est autorisée par le tribunal sur rapport du juge-commissaire et si l'intérêt public et celui des créanciers l'exige impérieusement.

Le syndic peut également avec l'autorisation du juge-commissaire :

- procéder à la vente aux enchères publiques, des autres effets mobiliers ou marchandises ;
- compromettre et transiger sur toutes contestations qui intéressent la masse des créanciers.

e) la gestion des biens en cas de règlement judiciaire

En cas de règlement judiciaire, le débiteur peut, avec l'assistance du syndic, faire tous actes conservatoires et procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, vendre les objets à déperissement prochain, intenter et suivre toute action mobilière ou immobilière.

Dans le cas où le débiteur est autorisé par le juge-commissaire à continuer l'exploitation de son activité lors de la procédure, il peut avec l'assistance du syndic, accomplir tous les actes nécessaires à ladite exploitation.

#### f) la vérification des créances

Le syndic est chargé de recueillir de tous les créanciers, privilégiés ou non y compris le trésor, leurs titres de créance avec indication des pièces remises et sommes réclamées.

La vérification des créances est faite en présence du débiteur par le syndic assisté éventuellement des contrôleurs s'il en a été nommé. Il présente au juge-commissaire ses propositions d'admission ou de rejet des créances discutées ou non.

Une fois la vérification terminée et l'état des créances signé par le juge-commissaire et au plus tard dans un délai de 3 mois du jugement du règlement judiciaire ou de la faillite, le syndic dépose au greffe l'état des créances avec les propositions de traitement pour chacune d'elles.

#### 7.3. Les contrôleurs

C'est une fonction facultative à laquelle peut avoir recours le juge-commissaire en vue d'assister le syndic dans sa mission.

Le juge-commissaire peut en effet désigner à toute époque un ou deux contrôleurs pris parmi les créanciers. Ils sont spécialement chargés de vérifier la comptabilité et l'état de situation présentés par le débiteur et d'assister le juge-commissaire dans sa mission de surveillance des opérations du syndic.

#### 8. Les effets vis-à-vis du débiteur du jugement prononçant le règlement judiciaire ou la faillite

Beaucoup de ces effets sont exposés au paragraphe précédent relatif au syndic comme les mesures conservatoires, les scellés, l'inventaire, la gestion des biens du failli et du débiteur en règlement judiciaire, la vérification des créances. Il suffira donc de compléter ici par les quelques éléments qui suivent.

En ce qui concerne les effets communs au règlement judiciaire et à la faillite, le jugement emporte suspension de toute poursuite individuelle des créanciers qui font partie de la masse. Sont donc suspendues à partir de la date du jugement, toutes

voies d'exécution tant sur les immeubles que sur les meubles de la part des créanciers qui ne sont pas garantis par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque sur lesdits biens.

Les actions mobilières ou immobilières et les voies d'exécution non atteintes par la suspension, ne peuvent plus être poursuivies ou intentées dans la faillite que contre le syndic et, dans le règlement judiciaire, que contre le débiteur et le syndic pris conjointement.

Sont inopposables à la masse des créanciers lorsqu'ils ont été faits par le débiteur à partir de la date de cessation de paiement :

- les actes à titre gratuit translatifs de propriété,
- tout contrat contenant des obligations à la charge du débiteur supérieures à celles du cocontractant,
- tout paiement pour dettes non-échues au jour de la cessation de paiement,
- toute hypothèque et tout droit de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées et les hypothèques, nantissement et privilèges inscrits postérieurement au jugement prononçant le règlement judiciaire ou la faillite.

En ce qui concerne la faillite et dès le prononcé du jugement, le débiteur

- peut obtenir pour lui et sa famille sur l'actif, des secours fixés par le juge-commissaire sur proposition du syndic ;
- peut être autorisé par ordonnance du juge-commissaire à être employé pour faciliter la gestion ;
- est soumis aux interdictions et aux déchéances prévues par la loi qui seront levées jusqu'à la réhabilitation ;
- est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit tant qu'il est en état de

faillite, les droits et actions du failli concernant son patrimoine sont exercés par le syndic.

## 9. Les effets sur les créanciers

Dans ce chapitre, il faut distinguer entre les catégories de créanciers.

9.1. Les salariés: sur ordonnance du juge-commissaire, le syndic doit dans les dix jours qui suivent le jugement du règlement judiciaire ou de la faillite et nonobstant l'existence de tout autre créancier, procéder au paiement des salaires, indemnités et accessoires de toute nature, échus et dus aux employés. Si le syndic n'a pas en mains les fonds nécessaires, les sommes doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds.

9.2. Les créanciers chirographaires : ils sont constitués dans la masse qui est représentée par le syndic. Ils ont le droit de contester l'état des créances tel que celui-ci est arrêté par le juge-commissaire. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, toute poursuite individuelle est suspendue.

9.3. Les créanciers nantis de gages et les créanciers privilégiés sur les biens meubles : ils ne figurent pas dans la masse.

9.4. Cas particulier des créanciers dans la procédure de faillite : ils sont convoqués en assemblée par le juge-commissaire en présence du débiteur. Dès que la faillite est prononcée, les créanciers sont organisés en état d'union et le syndic procède aux opérations de liquidation.

9.5. Cas particulier des créanciers dans la procédure de règlement judiciaire et le concordat : les créanciers sont là aussi convoqués en assemblée par le juge-com-

missaire en vue de la conclusion du concordat.

Le concordat est un arrangement entre le débiteur et ses créanciers en vertu duquel ceux-ci lui consentent des délais de paiement ou une remise partielle de sa dette. Il n'est établi qu'avec le concours de la majorité des créanciers en nombre et représentant les 2/3 du montant de leurs créances.

Le concordat est à peine de nullité signé séance tenante et peut faire l'objet d'opposition par des créanciers.

Le concordat est soumis à homologation du tribunal à la requête de la partie la plus diligente.

Le tribunal peut désigner un ou 3 commissaires à l'exécution du concordat.

#### 9.6. Les effets du concordat

Dès que le concordat est homologué, il devient obligatoire pour tous les créanciers, que leurs créances aient été vérifiées ou non. Toutefois, il n'est pas opposable aux créanciers privilégiés et hypothécaires pas plus qu'aux créanciers chirographaires dont la créance est née pendant la durée de la procédure.

#### 10. La conversion du règlement judiciaire en faillite

Le règlement judiciaire est converti en faillite par le tribunal automatiquement si

- Le débiteur est condamné pour banqueroute frauduleuse ;
- Le concordat est annulé ;
- le débiteur a exercé sa profession contrairement à la loi ;
- le débiteur ne propose ou n'obtient pas de concordat.

La faillite peut être prononcée par le tribunal notamment si

- Le débiteur ne propose ou n'obtient pas de concordat ;
- Le concordat est résolu ;
- Le débiteur est condamné pour banqueroute simple.

## 11. La clôture de la procédure du règlement judiciaire

11.1. Pour extinction de passif : Elle peut être prononcée par le tribunal sur rapport du juge-commissaire pour extinction de passif dans la mesure où il n'existe plus de passif exigible ou alors lorsque le syndic dispose de deniers suffisants.

Dans ce cas, le débiteur est rétabli dans tous ses droits y compris en le déchargeant des déchéances qui avaient pu le frapper. Le jugement emporte mainlevée de l'hypothèque de la masse.

11.2. Pour insuffisance d'actif : il est mis fin au règlement judiciaire et à la mission du syndic.

Les créanciers sont alors libres de poursuivre le débiteur à titre individuel.

Tel est donc ce qui est utile de rappeler compte tenu de l'objectif de la présente étude.

## **DEUXIEME PARTIE : LES POINTS FORTS ET LES LIMITES DU DISPOSITIF ACTUEL**

### **LES POINTS FORTS DU DISPOSITIF ACTUEL**

Le dispositif contient des points forts qu'il est pour le moins nécessaire de conserver et sans doute aussi d'améliorer, actualiser ou adapter.

De ce dispositif, on peut noter en effet :

- qu'il s'agit avant tout d'une forme de prise en charge de l'entreprise en difficulté dans la mesure où ce dispositif organise les effets de la cessation de paiement et, tout au moins jusqu'à la clôture de la procédure, annule et interdit toute poursuite individuelle des créances ce qui laisse un temps précieux au débiteur ;
- qu'avec le règlement judiciaire, il est indéniable qu'il offre au débiteur, l'opportunité, s'il parvient à la conclusion du concordat et qu'il soit exécuté, de reprendre l'exploitation de son activité après lui avoir fait éviter des poursuites individuelles que les créanciers auraient engagées ;
- qu'à tout égard, le règlement judiciaire constitue un moyen de sauver l'entreprise dans le sens où il accorde au débiteur des délais de paiement. La présence du syndic doit être vu ici comme un point positif ;
- en un mot, l'implication de la justice dans la recherche de solution à la cessation de paiement est quoiqu'il en soit, une garantie à un traitement équitable et non-discriminatoire des dettes du débiteur.

Mais ce dispositif est limité d'où sa faiblesse et ses insuffisances.

## LES LIMITES DU DISPOSITIF ACTUEL

Ces limites sont multiples :

- Il y a d'abord le fait que le mécanisme n'est actionné que lorsque le débiteur est en cessation de paiement c'est-à-dire quasiment à un point de non-retour sans savoir si véritablement, tout a été tenté pour éviter cette situation.

Même s'il est vrai que le règlement judiciaire est susceptible de renverser cette tendance, il n'en demeure pas moins vrai aussi que l'entreprise et sauf exception évoquée plus haut, n'est quasiment plus gérée par ses propres dirigeants et que ses actionnaires en sont également écartés.

- Qui plus est, la cessation de paiement n'étant pas définie par la loi, il n'est pas impossible qu'elle soit passagère mais qu'en dépit de cela, elle constitue l'élément déclencheur de la procédure du règlement judiciaire ou de la faillite.
- Ce dispositif ne recherche pas les particularités d'une entreprise dont la trésorerie fait défaut et qui résulterait du fait que :
  - soit les créances ne sont pas encore recouvrées en raison de l'insolvabilité ou la mauvaise foi de ses débiteurs, de formalités fastidieuses voire bureaucratiques qu'implique le paiement ;
  - soit que la conjoncture est difficile alors même que cette entreprise aurait la solvabilité voulue ;
  - soit toute autre contrainte étrangère à l'entreprise qui n'avait pas d'autres moyens que de la subir.

Le code de commerce ne fait pas de nuance sur des cas pareils et le débiteur peut être mis en règlement judiciaire ou en faillite du seul fait que les paiements ne sont pas effectués pendant un court délai de 15 jours.

- Le fait que tout créancier peut assigner le débiteur devant le tribunal et demander l'ouverture d'une procédure, laisse la porte ouverte à des abus toujours possibles.

L'article 216 du code de commerce dispose en effet que l'assignation d'un créancier est admise « *quelle que soit la nature de sa créance, notamment celle résultant d'une facture payable à échéance fixe* ».

Les intérêts des créanciers devront certes être préservés aussi mais ne serait-il pas raisonnable que cette assignation soit subordonnée à une mise en demeure infructueuse ou à une tentative de recouvrement qui aura échoué ?

On sera néanmoins enclin à penser que dans la pratique, le créancier privilégiera une action individuelle de recouvrement de sa créance plutôt que de demander l'ouverture de procédures collectives au cours desquelles, il devra compter et composer avec les autres créanciers.

- La mise au grand jour des difficultés d'une entreprise par la justice qui est concrétisée par la publication au BOAL du jugement d'ouverture et qui plus est, sera gérée par un mandataire judiciaire, porte parfois un coup fatal à la crédibilité de l'entreprise même si c'est la procédure de règlement judiciaire qui est engagée et non celle de la faillite.
- Enfin, la limite la plus importante à signaler du dispositif existant, est qu'il ne prévoit ni des mesures de prévention des difficultés de l'entreprise et ni des mesures de sauvegarde de celle-ci.

Telles sont donc globalement les critiques que l'on peut adresser à ce dispositif.

## **TROISIEME PARTIE : APERÇU DU DROIT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE EN FRANCE**

Depuis un bon nombre d'années et à côté de ces voies classiques de règlement judiciaire et de faillite qui sont toutefois conservées voire améliorées, quasiment tous les pays européens inspirés par l'adage populaire « *mieux vaut prévenir que guérir* », ont mis en place une législation offrant aux entreprises en difficulté estimées « secourables », la possibilité de rechercher et de trouver les solutions qui leur feraient éviter la cessation de paiement.

L'examen des quelques législations que nous avons entrepris, a permis de constater que :

- le but est d'éviter la faillite de l'entreprise, sa disparition et la perte d'emplois. La préoccupation désormais c'est moins le dirigeant d'entreprise ou l'actionnaire que l'entreprise elle-même en tant que personne morale, simple activité ou unité d'exploitation mais aussi les richesses qu'elle est appelée à générer, son patrimoine et ses employés.

De fait, le dispositif juridique n'est plus un système de sanctions des difficultés et de la non-performance mais à l'inverse un système de soutien et de sauvegarde. On considère désormais que l'entreprise et ses employés n'ont pas à faire les frais de la défaillance de ses gestionnaires ;

- aussi, en amont du règlement judiciaire et de la faillite, soit c'est un nouveau dispositif qui est installé prévoyant des possibilités et des voies permettant à l'entreprise de sortir du « rouge », soit si le dispositif existe déjà, il est renforcé par la mise en place de nouvelles options permettant de prévenir, anticiper et détecter les difficultés « avant qu'il ne soit trop tard » ;
- toutes les législations attribuent au système judiciaire une mission essentielle. Il intervient à plusieurs stades et de manière préventive par la détection et l'information des difficultés qu'il recueille sur les entreprises à travers les canaux les plus divers : action judiciaire, publication légale, commissaires aux comptes, administration des impôts et caisse de sécurité sociale, etc. Le tribunal a un rôle de premier plan et il est mandaté pour agir en équilibre, au mieux des intérêts de l'entreprise avec ceux des créanciers ;
- dans toutes les législations, il est désormais admis l'ouverture d'une procédure devant le tribunal avant que ne survienne la cessation de paiement. Le but est de permettre tantôt un règlement amiable ou un projet d'accord, tantôt la conciliation, le mandataire ou l'administrateur judiciaire, tantôt une enquête suite à des informations faisant état de difficultés sérieuses.

Avant d'aborder le système français, voici quelques éléments sur le dispositif existant dans d'autres pays :

#### En Belgique :

Le 29 février 2012, elle a adopté une loi intitulée « Loi sur la continuité des entreprises » qui prévoit les conditions de « dépistage » des difficultés des entreprises en vue d'un accompagnement précoce, un rôle préventif accordé essentiellement au tribunal et consistant à émettre des signaux d'alarme appelés « clignotants » exprimés dans des jugements relatifs à des factures impayées, une résiliation du bail commercial, la mise à fin de la gestion d'un fonds de commerce.

Les pouvoirs publics sont également impliqués dans le sens où, à intervalles réguliers, ils alimentent le tribunal en informations sur les impayés ou les arriérés de paiement des impôts, de la TVA ou des charges patronales.

L'enquête qui s'ouvre alors sous les auspices du tribunal peut donner lieu à des plans de réorganisation de l'entreprise, à un accord amiable avec les créanciers pour sursis de paiement ou remise de dette, cession de l'entreprise, etc.

#### En Allemagne :

En mars 2012, l'Allemagne a également réformé son droit -le code de l'insolvabilité- en adoptant la loi visant à faciliter le redressement des entreprises (Loi ESUG).

En vertu de cette loi et avant que ne survienne la cessation de paiement, les dirigeants de l'entreprise peuvent demander l'ouverture d'une autre procédure appelée « Bouclier de protection » au cours de laquelle, ils resteront aux commandes de l'entreprise tout en s'engageant à présenter un accord avec les créanciers dans un délai déterminé.

Le plan de l'insolvabilité allemand est fondé sur le principe de la préservation de la personne morale afin de permettre la conversion des créances en titre de capital sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord des associés évincés.

### En Tunisie :

En 2014 un projet de loi sur le sauvetage des entreprises en difficulté était en préparation. Il vise à remplacer la loi d'avril 1995.

### Au Maroc :

Au Maroc, une réforme du code de commerce est intervenue en 1996 et avait ajouté aux procédures classiques de liquidation judiciaire et de faillite, de nouvelles options visant la prévention et la sauvegarde de l'entreprise en difficulté en amont de l'état de cessation de paiement.

La philosophie d'alors est celle-là même qui préside à tous les dispositifs existants à savoir le souci de sauver l'entreprise parce qu'elle est pourvoyeuse de richesse et d'emplois.

Le bilan de cette réforme marocaine est toutefois jugé mitigé voire décevant selon les déclarations que l'on lire sur le net, soit parce que le dispositif était déjà inadapté aux entreprises marocaines à ce moment-là, soit parce qu'il y avait une méconnaissance de ce dispositif et que les entreprises n'ont pas saisi l'opportunité d'en bénéficier soit enfin en raison du peu ou du manque de réactivité des entreprises poussant ainsi leurs difficultés à un point de non-retour.

Dans ce pays, il est de nouveau question d'une nouvelle réforme.

La France est sans doute le pays qui a connu le plus de réformes depuis 1967 jusqu'à la toute récente ordonnance du 12 mars 2014 après avoir adopté et mis en œuvre la loi-cadre du 26 juillet 2005.

Le problème de l'emploi et les crises fréquentes des entreprises, poussent chaque jour davantage les gouvernements successifs à revoir et à développer le droit des entreprises en difficulté dans le sens de la prévention et de leur sauvegarde hors les procédures classiques du règlement judiciaire et de la faillite.

Dans la conception des règles et des procédures régissant l'entreprise en difficulté, le droit français fait la nette distinction entre :

- la situation de cessation de paiement entraînant l'entreprise dans une procédure de règlement judiciaire ou de faillite. En France, on parle de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, et
- celle où, bien que n'étant pas en cessation de paiement, l'entreprise est confrontée à des difficultés d'ordre financier qui, si elles ne sont pas résorbées dans un délai déterminé, la conduiront à cesser ses paiements.

Dans ce système, il existe globalement trois phases distinctes dans lesquelles l'entreprise en difficulté peut être concernée :

- la phase de la prévention ;
- la phase du règlement amiable ;
- la phase des procédures judiciaires.

## 1. S'AGISSANT DE LA PHASE DE PREVENTION

La loi française prévoit deux procédures obligatoires :

- La procédure relative à l'information sur l'état de l'entreprise ; et
- La procédure d'alerte.

### a. La procédure relative à l'information sur l'état de l'entreprise

Y compris en l'absence de difficulté, toute entreprise et tout commerçant est tenu à un devoir d'information sur des données précises concernant son activité. Ces données portent sur :

- les sûretés données par l'entreprise et dont l'état sera annexé au bilan annuel ;

- les prévisions en termes de compte de résultat, de financement, d'actif réalisable et disponible et de passif exigible : ces obligations d'information incombent selon le cas au conseil d'administration, au directoire ou au gérant des sociétés comptant 300 salariés.

Elles sont destinées selon le cas au commissaire aux comptes, au comité d'entreprise (équivalent au conseil de participation qui existe au sein des entreprises algériennes), au conseil de surveillance dans les sociétés qui en sont pourvues.

#### b. La procédure d'alerte

Il est institué un droit d'alerte qui peut être exercé par l'un ou l'autre de ces trois acteurs:

- l'alerte est déclenchée par le commissaire aux comptes lorsqu'il constate des faits de nature à compromettre la continuation de l'exploitation de l'entreprise.

Celui-ci doit en premier lieu demander des explications aux dirigeants de l'entreprise, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le directoire. Une réponse devra lui parvenir dans les 15 jours. A défaut, le commissaire aux comptes adressera un écrit à ce même président avec copie au président du tribunal de commerce, invitant le conseil ou le directoire à délibérer sur les faits compromettant qui ont été relevés par lui.

La délibération qui en sera faite, est communiquée au président du tribunal de commerce ainsi qu'au comité d'entreprise. Si la procédure précédente n'est pas respectée ou si, malgré la délibération, la continuation de l'entreprise reste compromise, le commissaire aux comptes dresse alors un rapport spécial présenté à l'assemblée générale des actionnaires convoquée à cette fin et communiqué au comité d'entreprise.

Si les actionnaires ne prennent pas de mesures rapidement, leur responsabilité pourra être retenue ultérieurement par les tribunaux.

- L'alerte est déclenchée par le comité d'entreprise lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

Comme pour le commissaire aux comptes, l'alerte consiste à demander des explications au représentant de l'employeur. A défaut de réponse satisfaisante, un rapport est établi par le comité d'entreprise et transmis au commissaire aux comptes et au représentant de l'employeur.

Le comité d'entreprise peut également transmettre le rapport au conseil d'administration ou de surveillance selon le cas voire aux associés ou actionnaires interpellés là aussi pour prendre les mesures qui conviennent.

- L'alerte est déclenchée par le président du tribunal de commerce : lorsque celui-ci a connaissance de faits susceptibles de compromettre l'exploitation de l'entreprise.

La connaissance que le tribunal peut avoir de la situation de l'entreprise, résulte de document, d'acte ou alors plus simplement d'une action judiciaire engagée. Le président peut alors convoquer les dirigeants de l'entreprise en difficulté afin que soient envisagées les mesures appropriées.

## 2. S'AGISSANT DE LA PHASE DU REGLEMENT AMIABLE

Pour qu'elle puisse être utilisée, l'entreprise en difficulté de paiement là encore, ne doit pas être en situation de cessation de paiement depuis au moins 45 jours.

L'entreprise peut alors solliciter l'assistance du tribunal pour un règlement amiable à rechercher avec les créanciers soit avec l'aide d'un mandataire ad hoc soit dans le cadre d'une procédure de conciliation, l'épuisement de la première n'étant pas une condition de recevabilité de la seconde.

Outre qu'elles soient souples, flexibles et donnant un champ libre aux parties, ces deux procédures -mandataire ad hoc et conciliation- ont l'avantage d'être confidentielles dans la mesure où la loi n'exige pas que les actes judiciaires soient publiés.

### 2.1. Le règlement amiable avec les créanciers par le biais d'un mandataire ad hoc

C'est le débiteur qui en fait la demande. Le mandataire ad hoc est désigné par ordonnance du tribunal qui fixe sa mission et sa rémunération. Il fait un état de l'entreprise et traite avec les créanciers disposés à revoir les modalités de paiement de leurs créances. Sa mission s'achève soit par la signature d'un accord avec les créanciers soit par l'impossibilité de trouver un tel accord.

### 2.2. Le règlement amiable avec les créanciers par le biais d'une procédure de conciliation

Là aussi, le but est de parvenir à un accord entre le débiteur et les créanciers qui le souhaitent sous l'égide d'un conciliateur désigné à cet effet par le tribunal pour une période de 4 mois qui peut être prorogée.

Comme le mandataire ad hoc, le rôle du conciliateur est de rapprocher les positions en vue d'un accord avec cependant ces différences que :

- le conciliateur rend compte au tribunal de l'état d'avancement des négociations, le mandataire ad hoc faisant rapport au tribunal à l'issue des négociations ;
- s'il y a accord avec les créanciers engagés, celui-ci fait l'objet d'une ordonnance du président du tribunal où la formule exécutoire est apposée ce qui n'est pas le cas dans la procédure avec mandataire ad hoc.

## 3. S'AGISSANT DE LA PHASE DES PROCEDURES JUDICIAIRES

Il existe 3 procédures judiciaires :

- la procédure de sauvegarde,
- la procédure de redressement judiciaire et
- la procédure de liquidation judiciaire.

En ce qui concerne les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, elles ne seront pas développées ici puisque le chapitre 1 de la présente étude a consacré les développements appropriés du droit algérien bien largement inspiré du droit français.

S'agissant de la procédure de sauvegarde et bien qu'elle soit menée par le tribunal, elle se différencie substantiellement des deux autres en ce sens que :

- le débiteur n'est pas en cessation de paiement depuis 45 jours, la procédure de sauvegarde visant précisément à prévenir un tel état ;
- seul le débiteur peut demander l'ouverture de cette procédure ; dans les deux autres procédures et comme pour le droit algérien, des tiers peuvent en demander l'ouverture comme les créanciers ou le tribunal lui-même.

Notons que la procédure de sauvegarde peut à présent se décliner en procédure de sauvegarde accélérée voire en procédure de sauvegarde financière accélérée.

De façon générale, on peut dire que la procédure de sauvegarde permet à l'entreprise de se protéger des créanciers qui réclameraient le paiement de leur créance, le tribunal ayant pour rôle de suspendre ces éventualités.

Le but visé est de réorganiser l'entreprise afin de garantir sa pérennité et l'emploi tout en assurant le paiement des créanciers par un nouvel échéancier que le tribunal devra approuver.

Les éléments qui caractérisent la procédure de sauvegarde peuvent se résumer de la manière suivante :

a) la demande d'ouverture de la procédure est demandée au tribunal par le débiteur qui devra justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation de paiement.

Les difficultés en question sont généralement financières mais elles peuvent être aussi juridiques, économiques voire sociales. Le tribunal rend un jugement d'ouverture de la procédure dans lequel il désigne un juge-commissaire et un mandataire judiciaire agissant au nom des créanciers ainsi qu'un administrateur judiciaire

appelé à surveiller le débiteur dans sa future gestion. Comme on peut le relever, une telle organisation n'est pas sans rappeler la procédure de règlement judiciaire définie dans le code de commerce algérien.

b) Avant de statuer sur l'ouverture de la procédure, le tribunal peut auditionner le débiteur et les représentants du personnel, un juge peut être mandaté pour recueillir toutes informations sur l'entreprise.

c) Le jugement d'ouverture désigne soit un administrateur judiciaire et un juge commissaire soit selon le cas, un mandataire judiciaire. Les salariés sont invités à désigner leur représentant.

d) Dès ouverture de la procédure, le débiteur est mis en observation pour une durée de 6 mois fixée par le jugement d'ouverture. L'administrateur judiciaire fait rapport de la situation économique et financière du débiteur et de ses difficultés.

e) l'entreprise débitrice poursuit son activité pendant la période d'observation.

f) Une série de mesures conservatoires sont prises qui rappellent là aussi le règlement judiciaire de la loi algérienne. Un même constat peut être fait en ce qui concerne le patrimoine de l'entreprise et le report des paiements des dettes.

g) Avec le concours du débiteur, l'administrateur judiciaire élaborera un plan de sauvetage en vertu duquel des perspectives sont envisagées et des actions sont recommandées pour le règlement du passif. Il sera soumis au tribunal pour approbation. Sa durée est généralement de 10 ans.

Tel est donc ce qui est utile d'indiquer s'agissant des systèmes étrangers.

## **QUATRIEME PARTIE : PRECONISATIONS POUR UNE REFORME DU DROIT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE EN ALGERIE**

Ce qui suit constitue des propositions et une simple contribution. Formulées dans leur principe et non dans leur mode opératoire, ces propositions consistent en des orientations et des lignes directrices pour la définition de règles juridiques à venir.

Ces propositions intéressent deux moments de la vie de l'entreprise en difficulté ainsi que nous l'avons indiqué jusque-là :

- Le moment où il est établi que l'entreprise est bien en état de cessation de paiement ayant pour effet l'ouverture des procédures collectives que l'on connaît ; et
- le moment où l'entreprise n'est pas (ou n'est pas encore) en état de cessation de paiement mais connaît pourtant depuis un temps déterminé, des difficultés de nature diverse et essentiellement des difficultés financières et de trésorerie permettant de penser qu'elle conduira à cesser ses paiements à plus ou moins brève échéance.

Les préconisations pour les deux moments de l'entreprise en difficulté, sont axées sur les principes suivants qui, selon nous, doivent impérativement inspirer tout dispositif nouveau.

1<sup>er</sup> principe : ces préconisations visent à permettre la résolution des difficultés de l'entreprise afin de lui donner les chances de poursuivre l'exploitation et de maintenir l'emploi. Il est évident que la faillite ne peut pas concourir à un tel objectif sauf pour les actifs de l'entreprise qui peuvent être acquis par des tiers.

2<sup>ème</sup> principe : ces préconisations prennent en compte de manière constante, les droits des créanciers en leur assurant le paiement de leurs créances, partiellement ou totalement en fonction des disponibilités et des conventions avec le débiteur. Pierre angulaire du mécanisme, les créanciers devront donc être impliqués et associés à toute élaboration d'un plan de résorption ou de sauvegarde.

3<sup>ème</sup> principe : ces préconisations font de l'appareil judiciaire, un acteur déterminant dans la recherche et dans la mise en œuvre de toute solution.

## 1. PRECONISATIONS EN CE QUI CONCERNE LE DISPOSITIF ACTUEL

On peut dire que le dispositif actuel du code de commerce, malgré son « âge » continue d'offrir un cadre adéquat et utile dans le sens où, s'agissant en particulier du règlement judiciaire, il permet à l'entreprise en cessation de paiement, de rechercher et de trouver les voies de la continuation de son activité tout en préservant les intérêts des créanciers.

Cette affirmation devra toutefois être nuancée car elle ne résulte pas d'une évaluation objective et quantitative du mécanisme.

Pour pouvoir donner une appréciation réelle de cette procédure, il aurait fallu connaître pour ces cinq ou dix dernières années par exemple, quel est le nombre d'ouverture de cette procédure devant les tribunaux des grandes villes par exemple où vraisemblablement se concentre une grande proportion des entreprises, et de ce nombre, en dégager le nombre de procédures qui soient parvenues à la mise en place d'un concordat homologué et totalement exécuté.

De même qu'aurait été non moins intéressante, l'information consistant à dire sur le nombre de procédures de règlement judiciaire, combien ont été converties en faillite.

Ce travail nous semble-t-il, pour le moins long et fastidieux qu'il pourra être, est vivement souhaité car il permettra de saisir la mesure et les contours d'une réforme à mettre en place.

Sous réserve de ces informations, il est néanmoins possible d'envisager des améliorations s'agissant notamment des aspects qui sont examinés ci-après :

### 1.1. La cessation de paiement :

Nous l'avons déjà indiqué plus haut, une définition de la notion est nécessaire et peut être inspirée de celle qui a été adoptée par un grand nombre de législations

étrangères ayant pris pour référence le duo « actif disponible et passif exigible ».

D'ailleurs, des mentions comme celles-ci apparaissent dans le code de commerce puisque à l'article 357 par exemple, il est dit que le tribunal prononce la clôture de la procédure lorsqu'il n'existe plus de « *passif exigible* ».

C'est donc une nécessité que de cerner les indices permettant de dire que le débiteur est bien en cessation de paiement.

L'autre nécessité est celle qui consiste à prolonger le délai des 15 jours donné au débiteur pour faire sa déclaration de cessation de paiement. Compte tenu d'un environnement de l'entreprise algérienne peu conciliant, on peut raisonnablement envisager que ce délai ne soit plus de 15 mais d'au moins 30 jours.

## 1.2. Cession d'actifs et cession d'actions

Si la cession des actifs du débiteur est l'opération privilégiée en cas de faillite, la cession des actions ou des titres des associés de la société-débitrice n'est pas envisagée pour les sociétés où une telle éventualité est possible comme la SARL, l'EURL ou la SPA.

Si une telle hypothèse est réalisée, elle aura pour effet de faire maintenir l'existence de la personne morale. Et elle aura également pour conséquence de permettre le maintien des emplois ou tout au moins une partie des emplois.

Mais une telle hypothèse est liée à une condition sine qua non qui est celle de l'accord formel desdits associés.

En Allemagne par exemple, il est prévu un comité des créanciers qui peuvent se porter acquéreurs des titres de la société-débitrice en échange de leurs créances.

## **PRECONISATIONS EN CE QUI CONCERNE LES ACTIONS DE DETECTION ET DE PREVENTION DES DIFFICULTES SUSCEPTIBLES D'EVITER LA CESSATION DE PAIEMENT**

1. Les préconisations faites ici visent deux volets d'actions :

- des actions de prévention
- des actions en soutien à un règlement amiable

### **2.1. LES ACTIONS DE PREVENTION**

Elles sont développées à travers les points suivants :

- le rôle d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés concernées
- le rôle de la justice dans la prévention des difficultés

#### 2.1.1. Rôle du commissaire aux comptes dans l'action de détection et d'alerte des difficultés des sociétés concernées

Le commissaire aux comptes a déjà un tel rôle au regard de la législation et la réglementation actuelle. (2.1.2.1.)

Par ailleurs, une réforme à venir devra élargir ce rôle en impliquant l'appareil judiciaire. (2.1.2.2.)

##### 2.1.1.1. S'agissant de la législation et la réglementation actuelle :

Il faut préciser avant tout que les propositions ci-après ne concernent pas les sociétés ou les débiteurs dont la loi ne fait pas obligation de certification des comptes par un commissaire aux comptes. Il s'agit des débiteurs qui sont :

- commerçants, personne physique ; ou
- organisés en EURL ; ou

- bien qu'organisés en société, leur chiffre d'affaires annuel est inférieur à 10 millions de dinars.

Cette catégorie de débiteurs sera concernée par les actions en soutien au règlement amiable dont il est question plus loin.

En ce qui concerne les débiteurs soumis à la certification par un commissaire aux comptes, la détection des difficultés et l'alerte qui en est faite par le commissaire aux comptes seront considérées comme des mesures de prévention interne.

Elles sont prévues d'abord dans la loi n°10-01 du 29/06/2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé puis dans le code de commerce.

a) En ce qui concerne la loi n°10-01 du 29/06/2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé

Cette loi associée aux textes réglementaires qui s'en suivent, traite notamment des missions du commissaire aux comptes.

L'article 23 alinéa 5 de cette loi prévoit en effet que le commissaire aux comptes a pour mission de signaler aux dirigeants et à l'assemblée générale ou à l'organe délibérant habilité, toute insuffisance de nature à compromettre la continuité d'exploitation de l'entreprise ou de l'organisme dont il a pu avoir connaissance.

Lorsqu'il constate une menace sur la continuité d'exploitation, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui sera déposé au siège de l'entreprise et qui contiendra, en vertu de normes définies réglementairement (Décret exécutif n°11-202 du 26/05/2011 et Arrêté du 24/06/2013 fixant le contenu des normes des rapports du commissaire aux comptes) tout indicateur susceptible d'interpeller sur la continuité d'exploitation.

Lorsque les faits et événements analysés par le commissaire aux comptes lui font confirmer, par son jugement personnel, l'incertitude significative sur la continuité d'exploitation, il met alors en œuvre la procédure d'alerte prévue par les dispositions pertinentes du code de commerce.

b) En ce qui concerne la procédure d'alerte prévue dans le code de commerce :

C'est l'article 715 bis 11 qui définit ces mesures suite au rapport spécial du commissaire aux comptes dont il est question dans la loi 10-01 du 29/06/2010.

Vu son importance, cet article mérite d'être repris dans son intégralité :

*« Le commissaire aux comptes peut demander des explications au président du conseil d'administration ou au directoire qui est tenu de répondre sur tous faits, de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'il a relevés à l'occasion de l'exercice de sa mission.*

*A défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite le président ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés ; le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance.*

*En cas d'inobservation de ces dispositions ou si en dépit des décisions prises, il constate que la continuité de l'entreprise demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la plus prochaine assemblée générale ou en cas d'urgence à une assemblée générale extraordinaire qu'il convoque lui-même pour lui soumettre ses conclusions. »*

Là encore, ces mesures d'alerte devront être considérées comme des actions de prévention des difficultés de l'entreprise et intégrées dans le dispositif à venir lorsque l'entreprise considérée n'est pas encore en état de cessation de paiement.

2.1.1.2. S'agissant des mesures à introduire

C'est dans la continuité du processus d'alerte que nous venons d'examiner, qu'il faudra selon nous, axer la réflexion en y impliquant l'appareil judiciaire.

Le rôle du commissaire aux comptes ne devra pas s'arrêter aux mesures d'alerte auquel le code de commerce le convie dans son article 715 bis 11.

Dans le même esprit que l'article 715 bis 13 alinéa 2 en vertu duquel le commissaire aux comptes a l'obligation de signaler au procureur de la république les faits délictueux dont il a eu connaissance, et dans le souci de prévention mais aussi de responsabilisation des dirigeants de l'entreprise, ses actionnaires et associés, il doit aussi adresser un compte-rendu au président du tribunal territorialement compétent.

Partant du processus décrit à l'article 715 bis 11, le compte-rendu dont il est ici question est celui que le commissaire aux comptes serait appelé à faire dans le cas où

- soit l'assemblée générale ou en cas d'urgence l'assemblée générale extraordinaire, ne se réunit pas, soit parce qu'elle n'est pas convoquée si c'est une assemblée générale ordinaire, ou s'agissant de l'assemblée générale extraordinaire, le quorum n'est pas atteint ;
- soit ne délibère pas sur le rapport spécial à l'origine de cette convocation ;
- soit délibère mais que les mesures qui sont prises, ne sont pas de nature à résorber les difficultés.

Dans ce cas-là et dans un délai de 8 jours à compter de la constatation de l'échec de l'interpellation de l'assemblée générale, le tribunal en la personne de son président, est automatiquement alerté par le commissaire aux comptes, par l'envoi d'un compte-rendu, faisant part des éléments essentiels du dossier.

Dès lors, le dossier est entre les mains de la justice qui devra prendre les mesures que nous proposons dans le paragraphe suivant.

### 2.1.2. Rôle de la justice dans la prévention des difficultés

Il appartiendra alors au président du tribunal, alerté par le commissaire aux comptes de :

- soit convoquer lui-même selon le cas, le président du conseil d'administration ou du directoire ou le gérant de la SARL ou l'EURL, afin d'obtenir d'eux, ce qui a été

demandé par le commissaire aux comptes c'est-à-dire les mesures à prendre à titre préventif ;

- soit de mandater le juge-commissaire qui aura été préalablement désigné afin d'accomplir la tâche ci-dessus décrite c'est-à-dire en être l'interlocuteur direct.

Un tel dispositif, comme on peut constater, responsabilise à la fois les dirigeants de l'entreprise et les actionnaires ou associés.

Afin de donner le plus d'efficacité à cette demande du tribunal, des délais devront être définis.

Dans la mesure où nous sommes dans un contexte de prévention, le tribunal interviendra ici pour contraindre l'entreprise en difficulté à accorder l'importance qu'il se doit, à sa situation déjà appréciée par le commissaire aux comptes et rechercher les moyens de résorber ses difficultés.

Si aucune mesure n'est prise ou si des mesures sont prises mais au-delà du délai que le tribunal ou le juge-commissaire aura déterminé, la responsabilité du ou des dirigeants de l'entreprise en difficulté, pourra être recherchée dans le cas où l'entreprise en question, cesse ses paiements et se trouve soit en règlement judiciaire soit en faillite.

Dans le cas contraire c'est-à-dire dans le cas où des mesures sont prises dans les délais mais que les difficultés demeurent, le tribunal n'aura plus aucun rôle à jouer à ce stade d'évolution sinon, comme expliqué au paragraphe suivant, lorsqu'il sera saisi par un débiteur afin que soit désigné un administrateur judiciaire aux fins d'un règlement amiable des difficultés entre le débiteur et ses créanciers.

#### 2.4. LES ACTIONS EN SOUTIEN AU REGLEMENT AMIABLE DES DIFFICULTES : LA RECHERCHE DU COMPROMIS

Ainsi que nous l'avons décrit en deuxième partie ci-dessus, le droit français a prévu la possibilité pour les débiteurs, avec l'assistance du tribunal (mandataire ad hoc ou conciliateur) de rechercher un règlement amiable avec leurs créanciers.

Nous proposons de mettre en place un mécanisme comparable simplifié qui peut être résumé par les étapes suivantes :

- a) tout débiteur, personne physique ou morale, peut saisir le président du tribunal territorialement compétent et demander la désignation d'un mandataire judiciaire qui sera chargé de l'assister dans les négociations prévues avec les créanciers.
- b) cette demande peut se faire indépendamment de la phase précédente où le commissaire aura alerté le tribunal comme décrit aux paragraphes précédents.
- c) le débiteur devra démontrer au tribunal, à l'appui d'un dossier, l'existence de difficultés qui le conduiront à brève échéance à la cessation de paiement mais sans qu'il le soit encore.

Afin de s'en convaincre, le tribunal peut réclamer des informations complémentaires ou dépêcher chez le débiteur à cette fin, un expert judiciaire qui en fera rapport. L'expert sera rémunéré par le débiteur.

Le président statuera par ordonnance

- soit en désignant le mandataire judiciaire avec définition de sa mission, la durée de celle-ci,
- soit en rejetant la demande.

L'ordonnance de refus peut faire l'objet d'un appel.

Pour compléter cette étape, des délais devront être fixés à savoir :

- le délai pour rendre l'ordonnance : ordonnance de désignation d'un expert aux fins de vérification du bien-fondé de la demande, ordonnance de désignation du mandataire judiciaire et ordonnance de refus ; et
- le délai d'appel ainsi que le délai de l'arrêt d'appel.

Est-il besoin de dire ici combien les délais sont importants et devront donc être courts compte tenu de l'urgence de la situation du débiteur.

d) le mandataire judiciaire devra être présent à chaque phase de la négociation et compte tenu du délai qui lui sera imparti par le président du tribunal, il devra mettre un terme à la négociation dans ce délai et en faire rapport au président du tribunal.

Si un accord est trouvé qu'on appellera *Compromis*, il sera signé par les Parties et contresigné par le mandataire judiciaire. Le Compromis prévoira soit un échéancier de paiement des créances soit l'effacement de dettes totalement ou partiellement, l'essentiel étant que le débiteur ne soit plus dans la situation précaire qui l'a conduit à saisir le tribunal. Le Compromis sera régi par les règles ordinaires du droit des contrats.

e) il est important de souligner que le tribunal ne constitue pas ici une partie au règlement amiable mais agit comme « facilitateur » pour la recherche de solutions aux difficultés du débiteur. La responsabilité du mandataire judiciaire ne pourra pas être mise en cause du seul fait qu'il ait contresigné le Compromis. Si celui-ci n'est pas exécuté en partie ou en totalité soit par le débiteur, soit par les créanciers, il n'y aura plus de recours devant le président du tribunal afin que celui-ci fasse appel au mandataire. Les recours qui pourront être utilisés à ce moment-là seront les recours ordinaires en responsabilité que la loi prévoit en matière commerciale et dans le droit des contrats.

f) Partant, un tel mécanisme d'assistance du tribunal aux fins d'un règlement amiable ne peut être utilisé qu'une seule fois, que le Compromis ait lieu ou non, qu'il soit exécuté ou non.

g) le Compromis n'oblige que les créanciers qui y consentent. Ce qui implique qu'il ne sera pas opposable aux créanciers qui n'y ont pas souscrit y compris les créanciers qui, n'ayant pas souscrit, ont néanmoins été présents à la négociation qui s'est déroulée en présence du mandataire judiciaire.

Tel est donc le mécanisme qui est proposé pour les débiteurs qui ne sont pas encore en cessation de paiement mais qui connaissent des difficultés graves susceptibles de les mener dans une procédure de règlement judiciaire ou de faillite.

## CONCLUSION

Quel que soit le dispositif qui sera mis en place et pour sa réussite, il y a selon nous des conditions préalables qui devront être réunies.

Les préconisations qui sont faites ici, donnent déjà la mesure des moyens à mettre en place.

Ces moyens seront matériels : nous en avons parlé, il s'agit d'informations sous forme de statistiques mais aussi les décisions de la justice dont l'accès est extrêmement limité sinon impossible faute de publication, de classement, de support de publication.

Ces décisions de justice sont primordiales, tout juriste le confirmera. Elles éclairent sur la façon dont le droit est appliqué, le sens des dispositions, des concepts et aussi les comportements à adopter et à adapter.

La seule référence qui existe présentement est celle des textes et chacun sait que leur lecture peut être différente d'une personne à une autre, d'une juridiction à une autre.

La réforme qui sera lancée sur cette matière des entreprises en difficulté devra être l'occasion pour pallier à cette insuffisance compromettante au développement du droit en Algérie.

Les moyens à mettre en place seront humains aussi : un nouveau dispositif devra inévitablement faire apparaître les besoins dans ce domaine.

Il s'agit d'un besoin de recrutement de personnes dans les tribunaux, des experts. Et enfin, et non des moindres moyens sinon le plus essentiel, la formation de ceux qui seront appelés à jouer un rôle dans la résorption et la prévention des difficultés. Est-il besoin une fois de plus de faire mention de la formation au droit des entreprises en difficulté, des experts, magistrats, juristes, comptables et expert-comptables. En bref, beaucoup d'efforts devront être consentis pour une efficacité maximale du nouveau dispositif.

De ces efforts dépendront les solutions pour les entreprises en difficultés et les retombées sur l'économie et l'emploi en Algérie.

**FAUT-IL METTRE  
EN PLACE  
UN DISPOSITIF  
JURIDIQUE  
PROPRE A LA  
FRANCHISE ?**

Djamel E. LAKEHAL

## INTRODUCTION

Les nombreuses enseignes de marques étrangères que l'on peut apercevoir aujourd'hui en Algérie et en particulier dans les grandes villes, atteste de cette réalité que la Franchise fait partie désormais des pratiques commerciales algériennes.

Ces dix dernières années -et encore tout récemment en juin 2015 à l'INPED de Boumedès-, des séminaires et rencontres ont eu lieu sur le sujet où il a été mis en valeur les nombreux avantages qu'une telle activité peut apporter à l'économie algérienne dans la lutte contre le commerce informel, la contrefaçon et aussi dans la protection du consommateur, la promotion de l'emploi et la production nationale.

Mais néanmoins ont également été signalés, des obstacles de nature diverse, administrative, juridique et financière que rencontrent les candidats à la franchise.

Quand on prend connaissance du sujet dans les nombreux sites internet qui lui sont consacrés, on apprend qu'en 2008, un texte de loi sur la franchise aurait été en préparation dans les bureaux du Ministère du commerce avec la contribution de l'association qui a vu le jour dans ce domaine, l'Association Algérienne de la Franchise.

Force est de constater qu'il n'y a jamais eu de suite à ce texte ce qui a laissé l'activité de la franchise sans cadre juridique propre.

Et pourtant, tout montre que la franchise et en particulier celle qui met en relation un partenaire étranger et un entrepreneur algérien, a de beaux jours devant elle tant l'attrance des consommateurs algériens pour les marques et produits étrangers continuera d'être une réalité et tant que le besoin de l'Algérie en technologie et en savoir-faire moderne reste encore d'actualité.

Là encore, il est bien difficile d'avoir des statistiques mais selon les informations que l'on peut recueillir ici ou là, il y aurait en Algérie, plus d'une cinquantaine d'enseignes étrangères proposant des marques dans les secteurs les plus divers de la consommation et de la production.

Comme chacun le sait, il n'y a pas une réglementation ni un dispositif juridique propre à la franchise en Algérie. Lorsque se met en place une franchise avec un partenaire étranger, elle se fait sur la base d'un contrat dont le texte est sans doute proposé par le partenaire étranger et qui est fondé sur les règles ordinaires du droit des contrats ainsi que sur certaines dispositions susceptibles de s'appliquer comme

celles qui régissent les importations, la revente en l'état, la concurrence ou encore le contrôle des changes.

De surcroît, compte tenu de la variété des relations commerciales entre d'une part fournisseurs étrangers, détenteurs de marques et d'autre part, entreprises algériennes, il est parfois difficile de dire si nous sommes bien en présence d'une franchise proprement dite ou alors d'une de ces formules qui lui ressemblent que sont par exemple la concession ou la simple revente en l'état de produits importés.

Le problème posé aujourd'hui est de savoir si, pour organiser cette activité, définir les concepts et déterminer les droits et les obligations de chacune des parties, il est impératif qu'un dispositif juridique spécifique soit mis en place.

Nous pensons que oui mais la question n'est pas simple car s'agissant d'un contrat, le principe veut qu'une certaine liberté soit laissée aux parties qui choisiront elles-mêmes les règles qui les gouverneront et partant, imposer une législation par trop élaborée, pourrait être de nature à entraver ce principe.

Mais en même temps, il n'est pas exclu qu'en raison de l'absence d'un dispositif juridique clair, il ait des risques que la relation entre les parties soit déséquilibrée, fragilisée ou qu'une ou plusieurs opérations de la franchise soit empêchée.

C'est à ces questions auxquelles nous répondrons ici à travers les points suivants :

1. Définition de la franchise et distinction avec des contrats voisins
2. Aperçu des dispositifs juridiques étrangers
3. Les arguments en faveur de la nécessité d'une législation appropriée en Algérie.

## **PREMIERE PARTIE : ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FRANCHISE ET DISTINCTION AVEC DES CONTRATS VOISINS**

### 1. ELÉMENTS CONSTITUTIFS

Toutes les définitions que l'on peut trouver en parcourant le sujet sur le net, font apparaître quasiment les mêmes éléments caractéristiques de la franchise.

Une des définitions qui peut servir de référence est celle que nous trouvons dans le code de déontologie européen de la franchise adoptée en 2003 par la Fédération Européenne de la Franchise qui regroupe les associations et fédérations nationales des pays européens.

Mais il y a aussi d'autres lieux ou textes où il est proposé une définition de la franchise comme par exemple la loi tunisienne de 2009 relative au commerce de distribution que nous évoquerons plus loin.

Pour ne pas reprendre in extenso l'une ou l'autre de ces mêmes définitions, on dira ici que de manière générale, la franchise est d'abord un système de distribution et de commercialisation de produits ou de services mais qui a cette particularité qu'il est fondé sur une relation entre

- un franchiseur, détenteur d'une ou de plusieurs marques ou enseignes, d'une technologie ou d'un savoir-faire, d'un brevet qui autorise une autre personne,
  - un franchisé, commerçant personne physique ou société juridiquement distincte et indépendante du franchiseur et moyennant rémunération,
- à fabriquer et/ou à commercialiser lesdits produits ou services selon des normes arrêtées par le franchiseur sur un territoire déterminé.

Il y a donc :

- d'un côté un franchiseur : pour le cas des enseignes étrangères, il s'agira d'un partenaire étranger mais rien n'interdit qu'il soit algérien aussi et qu'il détienne une marque, une enseigne, un savoir-faire pour lesquels il y a une demande d'entrepreneurs ou de commerçants potentiels estimant y voir un moyen de promotion d'une activité commerciale ;

- d'un autre côté un franchisé : un commerçant algérien qui fera en son nom et à ses risques, soit la fabrication ou la production et le commerce des produits ou des services avec l'enseigne ou la marque du franchiseur, soit la seule distribution et commercialisation de ceux-ci.

Cette relation qui s'installe dans un réseau entre le franchiseur et nombre de franchisés, donne lieu à un contrat, le contrat de franchise où notamment, sont déterminés les droits et obligations des parties qui, à défaut d'une loi imposant leur mention dans le contrat et les définissant, ne sont pas standardisés et sont donc l'objet de négociations et de solutions diverses et variées.

La pratique a montré qu'au titre des droits du franchiseur, il est généralement admis :

- Le droit de percevoir de la part du franchisé en contrepartie du droit à utiliser la marque du franchiseur, une rémunération appelée « royauté » (ou « royauté ») ou encore « redevance » arrêtée généralement par rapport à un taux sur le chiffre d'affaires annuel du franchisé. Il peut éventuellement être question d'un droit d'entrée payable par le franchisé à la signature du contrat de franchise ou alors confondu avec la royauté. Les modalités de ce paiement, comme beaucoup d'aspects du contrat, peuvent être différentes d'un contrat à un autre en fonction des choix et des contraintes des parties.
- Le droit d'imposer un cahier des charges pour l'exploitation du commerce des produits de la franchise et selon les normes qui y sont définies. Le cahier des charges, qui fait partie intégrante du contrat de franchise, peut couvrir plusieurs aspects du commerce: le mode de vente des produits ; un local aménagé en conséquence selon le modèle du franchiseur ; la disposition des produits dans le magasin ; les couleurs du magasin ; la mise en valeur de l'enseigne ; le choix du lieu du local ; l'interdiction de vendre des produits concurrents ; la délimitation territoriale de la distribution et de la commercialisation des produits et services ; quand le produit est fabriqué par le franchisé, les normes de fabrication voire les matières premières servant à la production ou à la fabrication.

Tout ceci est évidemment négocié mais en général, les règles sont préalablement arrêtées par le franchiseur et imposées au franchisé.

- Le droit de ne pas renouveler le contrat après son expiration.
- Le droit d'attribuer la même franchise à plus d'un franchisé.

Le franchiseur a par contre des obligations qui consistent à

- Informer le franchisé sur tout ce qui intéresse le franchiseur, ses marques, son enseigne, ses références. Dans des pays que nous évoquerons plus loin, cette obligation est érigée en obligation légale c'est-à-dire qu'elle est consacrée par la loi.
- Etablir l'existence de droits de propriété sur les marques et enseignes des produits concernés par la franchise.
- Autoriser le franchisé à commercialiser les produits ou services sous le nom desdites marques et enseigne.
- Mettre à la disposition du franchisé son savoir-faire, éventuellement la technologie, son assistance permanente ou ponctuelle.
- Assurer la formation du personnel du franchisé en fonction des nécessités et pour les besoins du développement de la franchise et des produits concernés.
- Prendre en charge la promotion des produits de la franchise soit par le marketing, la publicité ou tout autre moyen susceptible de faire connaître les produits et améliorer les ventes.
- Faire bénéficier le franchisé de tout nouveau produit fabriqué sous la marque ou enseigne concernée.

Les droits et obligations du franchisé sont le pendant de ceux du franchiseur. A titre indicatif, il a ainsi le droit de commercialiser les produits sous la marque du franchiseur, de bénéficier des campagnes publicitaires, des nouveautés de l'enseigne, de l'assistance permanente du franchiseur.

## 2. PLUSIEURS TYPES DE FRANCHISE

On distingue généralement les franchises en fonction de leur objet. Ainsi, il existe :

- La franchise de service : le franchisé offrira un service à sa clientèle sous le nom, la marque et l'enseigne du franchiseur. Elle est couramment utilisée dans la restauration ou l'entretien et la réparation de véhicules.
- La franchise de distribution : elle concerne la vente de produits sous la marque du franchiseur. On trouve cette formule dans l'habillement, la parfumerie.
- La franchise industrielle ou artisanale : qui implique que le franchisé fasse de la production de produits sous la marque du franchiseur, ses normes de fabrication voire avec les matières premières que ce dernier fournit ou dont il désigne le fournisseur. Il y a des exemples de cette franchise dans le secteur de la construction et de l'aménagement immobilier.

## 3. FRANCHISE ET MASTER-FRANCHISE

La master-franchise n'est pas différente de la franchise proprement dite, elle en est une forme d'organisation et vise à un développement de la marque, de l'enseigne ou de la licence hors des frontières du franchiseur.

Dans cette formule, le franchiseur accorde un droit de licence, de marque ou d'enseigne à un franchisé qu'on appelle master-franchisé, qui aura pour objectif de développer la marque à l'étranger ou dans le pays dans lequel il réside, dans un ensemble de pays ou une région, en mettant en place des franchises locales avec d'autres franchisés.

Dans cette formule, le réseau qui est donc un réseau international, est constitué par

- d'une part, un contrat entre le franchiseur du pays d'origine, détenteur de licence ou de marques et le master-franchisé, partenaire local d'un pays étranger ; et
- d'autre part, un ou plusieurs autres contrats entre le master-franchisé et d'autres franchisés, le master-franchisé exerçant alors dans son pays, le rôle de franchiseur ou franchiseur-délégué.

#### 4. CONTRAT DE FRANCHISE ET CONTRATS VOISINS

Dès lors que la franchise est une activité de distribution, sa définition n'est pas sans rappeler celle de contrats voisins dont les différences avec la franchise ne sont pas toujours aussi nettes ni faciles à déceler.

C'est le cas par exemple de la concession et de la distribution dans la vente des véhicules neufs. Le décret exécutif n°15-158 du 08/02/2015 définit en effet la concession étant :

*«Un contrat par lequel le constructeur concédant de véhicules neufs concède au concessionnaire un droit de commercialisation de ses produits sur le territoire national et pour une période donnée. »*

Il y a des similitudes avec la franchise dans la mesure où

- tous deux sont des activités de distribution de produits,
- cette distribution ne peut se faire qu'avec la marque, l'enseigne et les signes représentatifs du franchiseur et du constructeur,
- aussi bien le franchisé que le concessionnaire sont des entrepreneurs juridiquement indépendants, tant du franchiseur que du fabricant de véhicules,
- enfin aussi bien dans la franchise que dans la concession automobile, il peut

être question d'une exclusivité territoriale c'est-à-dire que le franchisé ou le concessionnaire, à la demande du fabricant ou du franchiseur, devra limiter son activité dans un territoire donné.

En ce qui concerne les différences, nous en entrevoyons deux :

- la première est que dans la concession automobile en Algérie, le cahier des charges applicables aux véhicules neufs est un acte réglementaire soumis au concessionnaire qui, à son tour, le soumettra ou le rendra opposable au fabricant des véhicules.

Ce n'est pas le cas de la franchise où, par principe c'est le franchiseur qui propose voire impose au franchisé, un cahier des charges définissant les conditions de distribution et de commercialisation des produits de sa marque.

- la seconde différence est que toute personne qui veut obtenir une franchise, sera soumise au paiement d'un droit d'entrée éventuellement et très généralement d'une redevance, une royauté, un paiement auquel n'est en principe pas soumis le concessionnaire des véhicules.

Mais pour intéressante qu'elle puisse l'être du point de vue théorique, cette distinction présente peu d'intérêt car il y a peu de risques de confusion entre les deux types de contrats.

Car en effet, nous serons toujours en présence d'une concession au sens du décret qui lui est propre et non d'une franchise, dès lors qu'il s'agit de la distribution de véhicules neufs.

Aussi, il n'y a pas lieu de craindre qu'un contrat de franchise soit requalifié en contrat de concession automobile ou que le contraire puisse se produire.

Tels sont donc les éléments de définition qui caractérisent la franchise.

A la différence de l'Algérie, un nombre déterminé de pays s'est intéressé à la franchise et ont, pour certains, mis en place un dispositif juridique approprié.

## **DEUXIEME PARTIE : APERCU SUR LES DISPOSITIFS JURIDIQUES ETRANGERS RELATIFS A LA FRANCHISE**

Un avocat français, Maître Frédéric Fournier, présent au séminaire sur la franchise organisé par l'INPED en juin 2015, a indiqué dans sa présentation qu'il y avait plus d'une dizaine de pays qui disposaient d'un cadre juridique adéquat.

(<http://www.inped.edu.dz/inped/Telecharger/CommunicationMaitreFOURNIER.pdf>)

Quand on examine chacun de ces cadres juridiques, on constate toutefois que les solutions retenues ne sont pas uniformes.

Il y a des pays comme la France et la Belgique que nous verrons ci-après où le dispositif juridique se limite à exiger des franchiseurs, la remise d'informations dont la liste est soigneusement définie.

D'autres pays en revanche ont adopté une loi spécifique organisant et régissant la franchise comme l'Italie par exemple avec sa loi de mai 2004.

Nous n'aborderons pas ici les dix pays mais seulement cinq d'entre eux que sont la France, la Belgique, les Etats-Unis, le Maroc et la Tunisie.

Comme évoqué ci-dessus, l'examen de ces pays fait apparaître qu'il y a en réalité deux catégories de dispositifs distincts qui sont susceptibles de s'appliquer à l'activité de franchise:

- Un premier dispositif qui n'est pas à proprement parler consacré à la franchise mais à toute activité commerciale quelle qu'elle soit mais dont certaines règles et obligations incombant aux commerçants, peuvent être opposables aux parties d'une franchise donnée.

Les règles dont il est question imposent en effet aux commerçants un devoir d'information au partenaire préalablement à la conclusion de l'affaire. Ces informations sont généralement regroupées dans un document appelé « *Document d'Informations Précontractuelles* » ou « *DIP* ». Pour la franchise, cette obligation va peser sur le franchiseur puisque c'est lui qui accorde la franchise et les droits qui en découlent pour le franchisé.

- Un second dispositif propre à la franchise c'est-à-dire une loi ou une réglementation donnée qui traite spécifiquement de la franchise en définissant avec détails, les règles qui la régissent.

#### S'agissant de la France :

En France, il n'existe pas de loi sur la franchise. Mais elle a opté pour cette solution consistant à rendre obligatoire la remise du DIP, une obligation incombant au franchiseur de fournir au franchisé et en phase précontractuelle, des informations déterminées.

C'est la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » qui en constitue la référence et qui a été intégrée dans le code de commerce français.

Cette loi ne s'applique pas uniquement à la franchise mais à toute distribution ou activité commerciale dès lors

- qu'il y a mise à disposition à une autre personne qui l'exploitera pour son activité, d'un nom, une marque ou une enseigne ; et
- qu'il y a engagement d'une exclusivité totale ou partielle pour l'exercice de l'activité.

La personne qui met à disposition est donc tenue au DIP qui doit contenir notamment les informations suivantes: l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités, les obligations financières et juridiques.

Le DIP doit être communiqué au partenaire concerné vingt jours avant la signature du contrat.

#### S'agissant de la Belgique :

La Belgique a opté pour un système proche du système français. En décembre 2005 en effet, elle s'est dotée de la loi dite « Loi Laruelle » réglementant les pratiques

du commerce sous contrat dans lesquelles figurent les contrats de franchise et les contrats de concession.

Comme en France, la loi Laruelle oblige celui qui concède le droit d'exploiter sa marque, à la transmission du DIP au bénéficiaire, vingt jours avant la conclusion du contrat.

### S'agissant des Etats-Unis d'Amérique :

Ce cas est particulier parce qu'il y a d'une part

- un dispositif fédéral appelé Federal Franchise Disclosure Rule (FTC Rule) - Règle de régulation sur la franchise - mis en place en décembre 1978 puis modifié en 2007. Il prévoit lui aussi un système d'information précontractuel obligatoire transmis une quinzaine de jours avant la conclusion du contrat ; et d'autre part
- des dispositifs propres à chaque Etat et applicables au territoire de l'Etat considéré.

### S'agissant du Maroc :

Selon ce qu'on peut lire sur ce pays, la franchise a connu un essor considérable. D'une dizaine de réseaux avant 1990, le Maroc a dépassé les 400 réseaux en 2010.

Et pourtant il n'y a pas de loi sur la franchise dans ce pays. Il n'est pas fait référence non plus à l'existence d'un dispositif juridique établissant l'obligation d'un DIP à l'exemple de la France ou de la Belgique.

Une obligation d'information précontractuelle est toutefois prévue dans le code de déontologie établi par la Fédération Marocaine de la Franchise dont la particularité est qu'il n'a pas de force contraignante à l'image d'un texte législatif ou réglementaire.

### S'agissant de la Tunisie :

L'exemple de la Tunisie mérite que l'on lui accorde un intérêt particulier.

C'est en effet le seul pays du Maghreb qui est à l'avant-garde dans ce domaine puisqu'en 2009, il se dote d'une loi relative au commerce de distribution dans laquelle il consacre des dispositions spécifiques au contrat de franchise.

Dans cette loi :

- le contrat de franchise est défini : il comporte les éléments de définition indiqués plus haut
- l'information précontractuelle (DIP) est obligatoire : elle est à la charge du franchiseur
- le projet de contrat et les informations devront être remis vingt jours avant la conclusion de l'affaire
- les obligations des parties sont définies : pour le franchiseur, être propriétaire de la marque ou de l'enseigne commerciale et s'engager à prêter assistance au franchisé pendant toute la durée contractuelle ; pour le franchisé, fournir au franchiseur les données relatives à ses ventes et à sa situation financière, autoriser le franchiseur à accéder à ses locaux.

Un décret daté du 21 juin 2010 est venu préciser à la fois :

- les mentions minimales devant figurer dans le contrat de franchise ; et
- les données minimales que devra contenir le DIP.

Bien que nous ne disposons pas d'informations en ce qui concerne les retombées d'un tel dispositif sur le développement de la franchise en Tunisie, il n'en reste pas moins qu'il présente de multiples avantages, celui en tout cas de la clarté du cadre juridique de la franchise et celle notamment des obligations des parties.

En cela, il constitue un bon exemple de sécurité juridique qui, comme chacun le sait, est le gage du développement des affaires et de l'investissement.

Nous gagnerons à nous inspirer d'un tel dispositif dans la mise en place d'un cadre juridique en Algérie dont la nécessité est suffisamment établie.

## **TROISIEME PARTIE : LA NECESSAIRE MISE EN PLACE D'UN DISPOSITIF JURIDIQUE EN ALGERIE**

La mise en place d'un dispositif juridique est rendue nécessaire par

- les obstacles qui entravent le développement de la franchise (4.1.) ;
- le souci de protection des consommateurs par la lutte contre la contrefaçon (4.2.) ; et
- la nécessité d'identifier le statut et la responsabilité des parties à la franchise (4.3.).

Il comportera nécessairement deux volets essentiels (4.4).

### 1. Les obstacles

Plusieurs obstacles de nature diverse sont mis en avant par les acteurs de cette activité, nationaux et étrangers.

Quand on les recense, on constate que si en effet ils sont susceptibles d'empêcher le développement de la franchise, ils n'en sont pas pour autant exclusifs de toute autre activité économique.

Des difficultés comme celle de l'acquisition du foncier, la cherté des loyers, la suppression du droit au renouvellement au bail, les lourdeurs administratives, toutes ces difficultés qui sont signalés ici et là, sont également vécues dans les autres activités comme le commerce en général, les activités d'importation et pas seulement lorsque l'activité est une franchise.

Aussi, on peut se demander si la mise en place d'un cadre juridique dont le but est d'organiser la franchise et définir ses règles, puisse en même temps donner la solution de certains autres problèmes que vivent les commerçants en général en dehors de ceux du franchiseur et du franchisé.

Partant du principe que dans la recherche de solutions, rien ne doit être écarté, il y aura sans doute là une opportunité pour venir à bout de problèmes entravant plus que la franchise.

En revanche, la difficulté majeure propre à la franchise et singulièrement la franchise internationale est celle de l'impossibilité de transfert à l'étranger des montants de la redevance (royaltie) en raison du refus de la Banque d'Algérie de donner suite à la demande d'un tel transfert conformément aux règlements de cette même banque.

Outre qu'au regard de ces règlements, un tel transfert n'est pas prévu parmi les activités qui peuvent donner lieu à transfert, il ne s'agit pas non plus de montants correspondant à une importation de biens ou à une prestation de services fournie par une entreprise étrangère. La difficulté est d'autant plus complexe si la redevance est formellement basée sur le chiffre d'affaires réel.

Il y a donc bien ici la nécessité d'examiner de près cette difficulté et la traiter dans le cadre de la mise en place d'un dispositif propre à la franchise.

## 2. La protection des consommateurs par la lutte contre la contrefaçon

C'est le souci premier qui doit motiver les pouvoirs publics dans la mise en place du cadre juridique approprié.

La franchise est une activité qui peut en effet constituer une barrière à la contrefaçon dans notre pays en raison du fait que les marques, les enseignes et les brevets sont des droits qui relèvent du domaine de la propriété industrielle et intellectuelle très fortement réglementée et engageant les Etats dans des conventions internationales.

De ce cadre juridique, la traçabilité du produit de la franchise devrait en principe être assurée.

### 3. L'identification du statut et la responsabilité des parties à la franchise

Un cadre juridique nouveau peut être l'occasion de faire de la franchise, une activité règlementée. Ainsi donc, ne pourra prétendre être un franchiseur par exemple que celui qui présentera les garanties que le nouveau dispositif devra nécessairement recenser.

Avec un cadre juridique clair, les parties sont engagées non seulement en rapport avec leur contrat mais aussi vis-à-vis des nouvelles stipulations légales et la validité du contrat de franchise qu'elles signeront, y dépendra.

### 4. Les éléments essentiels du dispositif juridique

Quel que soit la formule du dispositif juridique à mettre en place, nous pensons qu'il sera nécessaire, à l'exemple de la Tunisie, que celui-ci comporte les deux volets suivants :

- Un volet prévoyant l'obligation du DIP avec l'énumération des informations. Ces informations seront utiles essentiellement pour le franchisé qui conclura son affaire en connaissance de cause. Elles seront également utiles pour des tiers comme les banques qui seront éventuellement sollicitées y compris la Banque d'Algérie lorsque la demande de transfert de la redevance lui sera soumise. Le DIP sera présenté comme une condition de validité du contrat de franchise à conclure.
- Un deuxième volet qui définira les obligations des parties et, sous peine de nullité, les clauses minimales que le contrat de franchise devra mentionner comme la détermination de la redevance et toute autre rémunération de la franchise.

Afin de pouvoir adapter le dispositif juridique aux évolutions de la réalité algérienne avec la réactivité voulue, la liste des informations du DIP et des mentions minimales obligatoires du contrat de franchise, sera fixée par voie réglementaire tandis que les droits et les obligations des parties, les domaines d'activité de la franchise, ses éléments constitutifs, seront quant à eux déterminés par voie législative.

Tels sont donc selon nous, les éléments de réflexion susceptibles de contribuer à la mise en place d'un dispositif juridique sur la franchise en Algérie.

## **CONCLUSION**

Ainsi qu'il a été indiqué en introduction à la présente étude, des informations que l'on peut trouver dans des sites internet font état d'un projet de texte sur la franchise qui avait été élaboré en 2008 mais dont aucune suite n'en a été donnée.

L'idée serait de faire ressortir ce texte afin de l'adapter ou le compléter. Nous aurons ainsi gagné du temps et valoriser un travail déjà entrepris.



**ETUDE DU  
PROJET DE LOI  
PORTANT CODE  
DU TRAVAIL**



Djamel E. LAKEHAL

## PREMIERE PARTIE : OBSERVATIONS GENERALES

Nous avons choisi d'utiliser la méthode consistant à examiner ce projet article après article et émettre un avis, un commentaire ou une proposition lorsque l'article examiné l'inspire pour nous.

Ne sont donc pas indiqués ici, les articles qui ne suscitent pour nous aucune réaction qui soit utile d'exprimer.

Mais au préalable, quelques observations d'ordre général, méritent d'être faites :

1. Sur les 661 articles que compte le projet, plus de la moitié sont des dispositions existantes, applicables et appliquées ; du reste beaucoup d'entre elles appartiennent au dispositif des lois de 1990.

2. Les rédacteurs de ce projet ont voulu réunir en un seul texte, une série lois existantes qui sont venues en leur temps et ayant un lien avec le monde du travail. En cela, ce projet est une entreprise de codification du droit du travail algérien.

Mais ce nouveau texte introduit aussi des dispositions nouvelles.

3. En ce qui concerne la reconduction de l'existant, le projet insère les lois qui régissent les relations de travail, les œuvres sociales, les conflits individuels de travail, les conflits collectifs de travail, le droit de grève, l'inspection du travail, les travailleurs étrangers, les compressions d'effectifs, l'interdiction de fumer sur les lieux de travail, la sécurité et la santé au travail, le placement des travailleurs et le contrôle de l'emploi.

4. Au titre des dispositions nouvelles qui apparaissent dans ce projet, on citera le contrat de sous-traitant, les dispositions relatives au travail des enfants, aux personnes handicapées et au harcèlement sexuel, la prévention et la lutte contre le travail illégal, le travail forcé, la formation en cours d'emploi, les distinctions honorifiques.

En revanche, ne sont pas reprises, les dispositions qui concernent l'aide à l'insertion professionnelle ou DAIP ce qui implique que le décret exécutif n°08-126 du 19 avril 2008 qui organise ce dispositif, demeurera la référence dans ce domaine.

5. Un calcul rapide permet de relever que sur les 661 articles, 272 sont nouveaux,

130 ont été retouchés impliquant modification, nouveaux alinéas ou paragraphes, nouveaux termes, nouvelles formulations et expressions et enfin, 259 articles ont été repris in extenso des lois qui les contenaient.

6. En ce qui concerne le fond, il n'y a pas de changement important avec le dispositif actuellement en vigueur.

Le droit du travail algérien continuera à être celui que l'on a connu jusqu'à présent et dont l'origine plusieurs fois modifiée, remonte aux lois de 1990.

S'agissant des droits des travailleurs reconnus par les lois d'aujourd'hui, aucun n'est remis en cause ni altéré. On peut même dire, contrairement aux opinions que l'on peut lire sur le net, que ces droits sont renforcés mais qu'à l'inverse, la « flexibilité » que les employeurs considèrent comme déterminante pour le développement de l'entreprise, est loin d'être le trait dominant de ce projet.

Deux exemples permettent d'illustrer un tel constat.

i) Le premier est celui qui intéresse le recours au contrat à durée déterminée ou CDD : la loi l'a prévu depuis 1990 mais elle l'a limité à des situations déterminées. Ce qui veut dire qu'en dehors de ces situations, le CDD devient illégal et peut être requalifié en CDI (contrat à durée indéterminée).

Cette restriction est maintenue dans ce projet. Tout au plus, a-t-on rajouté, aux cinq situations existantes dans lesquelles le CDD est autorisé, deux autres circonstances :

- le démarrage d'activités nouvelles de production, de biens ou de services ;
- l'accomplissement de travaux urgents nécessités par des opérations de sauvetage, de réparation ou pour prévenir des risques potentiels dans l'entreprise.

En revanche, le projet limite le nombre de CDD à quatre successifs, une limite qui n'a jamais existé dans la loi.

ii) le second exemple a trait au choix quant aux conditions de recrutement. La liberté de choisir ces conditions est limitée. Elle l'a déjà été quand a été mise en place, l'obligation de passer par les services de placement. Ce projet reconduit cette obligation consistant à ce que les offres de l'employeur soient déposées auprès des

services de placement territorialement compétents et que l'employeur soit tenu d'accueillir les candidatures présentées par ces services.

Aux termes des dispositions de ce projet, le manquement à cette obligation entraîne des sanctions pénales par le paiement d'amendes dont le montant pourra être conséquent.

A l'évidence, une telle obligation n'est pas conforme avec le principe recherché de la flexibilité. Et même s'il est prévu que l'employeur est libre de recruter selon la formule de son choix, cette liberté est accordée à condition que les services de placement ne proposent pas de candidat ou s'ils en proposent, le refus d'y donner suite devra être « dûment justifié ».

Dans la partie qui suit, d'autres observations sont mises en avant pour montrer qu'en définitive, il y a peu de choses de changé par rapport au dispositif qui est en vigueur aujourd'hui.

Les avis, commentaires et propositions article par article, pour qu'ils sont bien compris, devront être lus en ayant le projet sous la main.

## DEUXIEME PARTIE : OBSERVATIONS PAR ARTICLE

1/. Art.1 : Il est écrit « *La présente loi a pour objet de déterminer les dispositions législatives relatives aux relations de travail...* ». Le mot « *législatives* » est de trop.

2/. Art.2 : Cette rédaction suscite un commentaire voire une inquiétude.

Est-ce à dire, s'il y a rupture de la relation de travail, que les dispositions relatives aux réclamations des droits des travailleurs ne sont pas applicables ?

Quid des procédures de règlement des différends entre un employeur qui a décidé de rompre la relation de travail avec un travailleur ?

Cette rédaction « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux travailleurs et aux employeurs liés par une relation de travail..* », exclut donc l'application de dispositions de la loi dès lors que le travailleur et l'employé ne sont plus liés par la relation travail ce qui voudra dire que personne ne peut se prévaloir d'aucune des

dispositions applicables aux conséquences de la rupture de la relation de travail.

Selon nous, cette rédaction devra supprimer la possibilité d'une telle interprétation.

3/. Art.3 : L'utilisation du terme « *entreprises* » nous paraît source de confusion. Il n'y a pas de définition légale de « l'entreprise » mais nos textes en font une utilisation régulière qui montre de manière on ne peut plus nette, que ce qui est visé par ce terme, c'est la société ou la personne morale.

Or, un employeur peut ne pas être une personne morale mais une personne physique et malgré cela, il est soumis aux dispositions de cette loi comme l'indique l'article 10.

Il faudra donc penser à mettre en cohérence les termes de cet article 3 avec ceux de l'article 10.

Aux seules fins d'information et aucunement pour recommander sa consécration ni sa définition dans un texte qui traite des relations de travail, dans le droit commercial français, l'expression « *entreprise individuelle* » désigne le commerçant, personne physique.

4/. Art.4 : L'application de cette loi est exclue notamment pour « *les travailleurs exerçant dans le secteur de l'artisanat* » alors que l'article 3 intègre « *les entreprises artisanales* » de son champ d'application. Il faudra lever cette contradiction.

5/. Art.9 : Il manque à cet article certaines choses importantes :

- S'il est question d'« autorité », la notion d'« autorité hiérarchique » n'apparaît pas.
- La notion de « rapport de subordination » qui caractérise la relation de travail est absente aussi de cet article et des articles suivants qui définissent le contrat de travail.

Car en définitive, la différence majeure entre une prestation d'un prestataire et celle du travailleur, c'est bien ce rapport de subordination impliquant que le travailleur se soumet aux instructions de l'employeur, de son règlement intérieur tandis que le prestataire, lui, se soumet aux dispositions contractuelles auxquelles il a souscrit.

- Le projet a choisi de parler de « travailleur ». Et le terme d'« employé » ?  
Ce projet utilise le terme de « salarié » lorsqu'il reprend les dispositions de l'ancienne loi 90-11.

Il est possible de faire mention de tous ces vocables à condition qu'ils soient définis ou en tout cas qu'ils désignent la même chose.

6/. Art.18 : « ...*toute ouverture, fermeture, transfert, etc. déclaration déposée...à compter de la date d'ouverture, fermeture...*». L'obligation commence à courir à compter de la date ce qui veut dire qu'à compter de la date d'ouverture, l'employeur a tout son temps pour la déposer, il ne peut pas le faire avant la date mais à compter de la date d'ouverture, il n'est pas limité par un délai qu'il ne peut dépasser.

7/. Art.20 : ajouter « ...sous son autorité hiérarchique ».

8/. Art.21 : il est dit « *une copie du contrat est remise au travailleur* ». Pourquoi une copie et pas un original ? Puisque le travailleur est signataire de ce contrat, il doit avoir droit à un original.

« *Revêtu des signatures...* » : Ce qui veut dire qu'on ne peut recruter une personne sur une décision signée par le seul employeur ?

Cela existe depuis toujours et le fait pour le travailleur de donner suite à cette décision unilatérale vaut consentement de celui-ci à l'existence d'une relation de travail.

La décision unilatérale de recrutement est une forme de contrat de travail si elle n'est pas contestée et qu'elle soit suivie d'effet par le bénéficiaire qui n'a pas apposé sa signature. Elle n'en est pas moins une convention liant les parties d'autant que l'article 20 in fine dit bien que les parties ont le droit de donner au contrat, la forme qu'elles jugent appropriée à leurs besoins.

9/. Art.23 : corrigé « *...il est établi...* » et non « *...il est établit...* ».

Par ailleurs, il est dit que la demande de requalification est introduite en cours d'exécution de la relation de travail. Ceci est restrictif pour le travailleur : admettons un licenciement, il n'y a plus de relation de travail, l'employeur considère que ce n'est pas un licenciement mais la fin d'une relation de travail à durée déterminée ; l'employé considère que la relation n'était pas à durée déterminée mais indéterminée mais il n'est plus dans la relation de travail puisqu'il est licencié selon lui.

Et pourtant il a le droit de faire valoir le fait que sa relation de travail quand elle existait, était à durée indéterminée et non déterminée. Du fait qu'il n'a plus de relation de travail, selon cet article, il n'a plus le droit de saisir la justice pour demander la requalification. Il y a manifestement ici un problème à déclarer que la requalification ne peut être demandée que pendant l'existence de la relation de travail.

Et puis en cas de requalification du contrat, pourquoi se limiter à dire que le juge ordonne le maintien du travailleur à son poste de travail avec un CDI ? Puisque l'on parle « d'ordonner », il s'agit donc d'une ordonnance ? Si oui est-ce une mesure conservatoire le temps que le juge statue par jugement sur le fond ? Si c'est bien cela, qui peut demander cette mesure conservatoire ? Dans quel cadre : référé ? Ordonnance sur pied de requête ? Si c'est cela, imaginons le temps que tout cela prendra.

Alors qu'aujourd'hui, il y a une procédure préalable devant l'inspection du travail puis une action sur le fond directement sans qu'il soit nécessaire de demander une ordonnance de maintien dans le poste de travail.

Selon nous, les rédacteurs du texte ont sans doute voulu dire « le juge décide du maintien du travailleur. ».

10/. Art.24 : on ne sait pas ce que cela veut dire : les délais légaux dont il est question seront-ils les délais du CDD ? Si oui cela veut dire que l'employeur n'est pas dans l'impossibilité de déterminer le délai du CDD. Cet article n'est pas clair.

11/. Art.25 : exécution d'un contrat lié à des contrats de travaux ou de prestations non renouvelables. Interprétation : quid d'un contrat qui est renouvelé alors qu'à l'origine, il n'est pas renouvelable ?

12/. Art.26 : la rédaction prête à confusion : il est dit que les CDD conclus dans les cas prévus à l'article ci-dessus (il y a 7 cas à l'article 25), ne peuvent faire l'objet de plus de 3 renouvellements successifs ce qui veut dire quatre CDD.

1<sup>ère</sup> confusion : Selon cette rédaction, il est donc possible de signer des CDD en dehors des cas prévus à l'article 25 et quand ils le sont, ils ne sont pas limités au maximum de 3 renouvellements successifs. Il est bien évident que ce n'est sans doute pas l'intention des rédacteurs et si c'est le cas, il faudra écrire que « *aucun CDD pour quelque motif qu'il soit, ne peut faire l'objet de plus de 3 renouvellements successifs* ».

2<sup>ème</sup> confusion : qu'entend-on pas renouvellement successif ? Y-a-t-il renouvellement successif s'il y a un temps entre la fin du 1<sup>er</sup> contrat et le début du 2<sup>ème</sup> ?

Y-a-t-il renouvellement successif si, pour un même motif, le premier contrat est exécuté par un travailleur, le 2<sup>ème</sup> par un autre travailleur et 3 autres suivants par le premier travailleur ?

Sinon, pour respecter l'esprit de cette disposition et expliciter le renouvellement successif, il faudra poser le principe du renouvellement successif avec le même travailleur nonobstant les dates d'entrée en vigueur des trois contrats et le motif pour lequel le travailleur a été recruté.

Mais cette formule non plus n'est pas exempte d'ambiguïté : admettons 3 CDD d'un an chacun en 2015, 2016 et 2017. On fait appel à ce même travailleur en 2020. Est-on dans le renouvellement successif ou pas ?

13/. Art.30 : « légalisée » ? Quelque chose qui est en principe en soi non-légale mais qui a été rendue légale ! N'est-ce pas plus approprié de dire « ...une autorisation écrite établie par son tuteur légal, dont la signature sera validée par les services de l'état civil » ?

14/. Art.33 : On ne voit pas l'utilité d'un tel article dans la mesure où ces situations doivent être laissées à la libre négociation des parties pour qu'elles soient réglées dans le contrat de travail.

La relation de travail est caractérisée par l'existence d'un rapport de subordination de l'employé aux instructions, décisions et règlement de l'employeur. Si, pour les besoins du travail, l'employeur décidait de restructurer son entreprise, il a le droit de faire modifier les affectations des postes de travail de ses employés sans que cela ne soit considéré comme une reconversion professionnelle et qu'une période d'essai soit observée. La loi selon nous, ne doit pas traiter un tel point parce qu'elle interfère dans l'organisation du travail. Un changement de poste de travail n'est pas de nature à remettre en cause les droits du travailleur que la loi garantit.

Et puis, cet article obligera l'employeur à définir les notions de

- « poste de travail », de

- « reconversion professionnelle » et de
- « le changement de poste de travail pour reconversion professionnelle ».

Ce qui risque de poser certains problèmes comme par exemple : cet article est-il applicable si l'employé change de poste de travail sans l'intention d'une reconversion professionnelle ?

Ces notions et leur définition existent dans la fonction publique. Les employeurs du secteur économique, à notre avis, doivent être libres de prendre à leur compte ces notions ou non puisqu'ils sont maîtres de l'organisation de leur activité.

15/. Art.51 : la loi traite de l'affectation des revenus de l'enfant qui a exercé un travail avec l'autorisation de ses parents ou tuteurs légaux. Nous ne voyons pas ce qui peut justifier que la loi décide de cette affectation.

D'abord on ne sait pas qui pourra vérifier que les 60% des revenus de l'enfant soient utilisés pour ses besoins par ses parents et que les 40% restants soient bien logés dans un compte épargne bloqué.

D'autre part, décider d'une telle chose, c'est reconnaître implicitement la forte probabilité d'une mauvaise foi des parents voire de leur malhonnêteté potentielle. En plus de cette contradiction consistant d'une part à exiger une autorisation des parents pour le travail de leur enfant, une autorisation qui fait foi et qui libère l'employeur de sa responsabilité quant au recours à cet enfant, et d'autre part, l'interdiction des parents d'utiliser cet argent au mieux de l'enfant et pourquoi pas du foyer tout entier d'autant que le compte épargne est bloqué jusqu'à la majorité civile de l'enfant.

On se demande d'ailleurs pourquoi les services de CNAS et de CASNOS n'avaient pas pensé à une telle formule pour ce qui concerne les allocations familiales qu'elles versent.

Nous considérons qu'il s'agit-là de l'expression d'une confiance très relative que la loi fait aux parents s'agissant des destinées de leurs enfants. On peut d'ailleurs se demander si une telle proposition ne va pas à l'encontre des principes de tutelle, d'autorité parentale voire de responsabilité parentale qui caractérise la relation de l'enfant avec ses parents.

16/. Art.89 alinéa 2 : on subordonne les modifications de la relation de travail i) aux conditions de cette loi ; et ii) par voie de négociation collective.

Quid des employeurs où il n’y a pas de négociation collective. L’article 88 dit bien que les parties au contrat, peuvent modifier ses clauses et ils ne peuvent le faire que « *sous réserve des dispositions de la présente loi* ». Or, cet article 89 alinéa 2 fait partie des dispositions de la présente loi.

Dans la lettre de cette loi sinon dans l’esprit, il n’y aura pas de modification de la relation de travail sans négociation collective. Cette dernière étant menée par les représentants syndicaux, les employeurs n’ayant pas de représentants syndicaux, ils ne peuvent donc modifier la relation de travail, ce qui n’est évidemment pas acceptable.

17/. Art.93 : dans les cas de cessation de la relation de travail, il a été ajouté le cas de la rupture unilatérale du contrat de travail du fait du travailleur. La démission qui figure parmi les causes de la cessation de la relation de travail, est une forme de rupture unilatérale sauf qu’elle est éventuellement soumise à des conditions comme le préavis par exemple.

Pour bien marquer la différence entre les deux, nous proposons de préciser : « *la rupture unilatérale du contrat de travail du fait du travailleur autre que la démission* ».

18/. Art.96 :

au 4<sup>ème</sup> tiret, nous proposons de compléter la phrase comme suit : « *... ou d’un autre travailleur ou de toute autre personne présente sur le lieu de travail ou aux abords immédiats du lieu de travail* ».

au 6<sup>ème</sup> tiret : nous pensons que la faute est grave également si le travailleur commet des actes de détérioration ou de dégradation des biens d’autres travailleurs qui se trouvent sur le lieu de travail (comme le véhicule d’un travailleur par exemple qui se trouverait dans un parking interne à l’employeur).

19/. Art.99 : il est prévu que le travailleur qui sera licencié pour faute grave est convoqué et il pourra se faire assister de tout défenseur de son choix avec possibilité de consulter son dossier disciplinaire.

Il y a là des points qui méritent d'être signalés :

Le 1<sup>er</sup> point est que par défenseur de son choix, celui-ci peut être une personne externe à l'employeur, un avocat par exemple. Ce qui veut dire que l'employeur sera obligé d'autoriser toute personne à entrer dans les lieux de travail ce qui est de nature à restreindre sa liberté de jouir pleinement des lieux de son activité.

Le 2<sup>ème</sup> point est que la loi 90-11 avait déjà prévu une telle possibilité sauf que dans cette loi, le défenseur ne pouvait être choisi que parmi les employés, collègues à l'intéressé.

Ouvrir la porte à des personnes externes à l'employeur pour l'entretien du licenciement, c'est créer la probabilité que l'entretien, dans la meilleure des hypothèses, ne se transforme en une audience d'un tribunal où, en l'absence d'un juge, seules seront présentes les parties en situation conflictuelle.

20/. Art.101 alinéa 2 : pour bien marquer les deux possibilités, nous proposons d'écrire « *soit sur la réintégration soit sur l'indemnisation* ».

21/. Art. 105 et 106 : il n'y a pas de justification que la loi impose le principe d'une indemnisation, d'un préavis et d'un calcul de l'indemnisation dès lors que la cessation de travail est décidée d'un commun accord par les parties. Là encore, c'est une limite à la liberté contractuelle que doivent avoir les parties à une relation de travail. Une cessation de la relation de travail qui intervient dans ces conditions c'est-à-dire par voie conventionnelle, est nécessairement négociée ce qui implique la négociation sur les contreparties des uns et des autres. Imposer d'ores et déjà une indemnité et une base de calcul, c'est restreindre la négociation.

22/. Chapitre VI relatif à la sous-traitance (articles 110, 111, 112, 113, 114 et 115).

i) On ne comprend pas pour quelle raison, l'article 111 devra dire que le sous-traitant est tenu d'observer cette loi et les obligations en matière de sécurité sociale. Le sous-traitant est un employeur comme les autres et à ce titre, cette loi lui est opposable sans qu'il soit nécessaire qu'on le dise ici.

ii) l'article 112 déclare que la responsabilité de l'entrepreneur est engagée en cas d'insolvabilité du sous-traitant notamment en ce qui concerne le paiement des salaires, congés payés, indemnisations, etc.

Commentaire : cette rédaction a pour effet de rendre responsable l'entrepreneur du paiement des salaires du personnel que nous supposons celui du sous-traitant (ce texte ne dit pas de quels salaires il s'agit).

L'article 565 du code civil reconnaît certes aux employés du sous-traitant, une action directe contre l'entrepreneur (et contre le maître de l'ouvrage aussi) ce qui ne veut pas dire que l'entrepreneur sera déclaré automatiquement responsable et redevable des salaires, indemnités et autres charges dus au personnel du sous-traitant

Ce projet de loi semble décider anticipativement et de manière définitive. On pourra écrire « *La responsabilité de l'entrepreneur peut être engagée.* ».

Pourtant, l'article 113 de ce projet de loi reprend la formule du code civil en ajoutant toutefois le droit de la caisse de sécurité sociale à agir contre l'entrepreneur.

L'article 114 reprend lui aussi une formule que nous estimons inutile parce que les obligations incombant à l'entrepreneur et au sous-traitant dont il est question dans cet article, font partie des obligations à la charge de tout employeur sauf à y voir un principe de responsabilité conjointe et solidaire dont on peut difficilement trouver un fondement.

Or, ici on bouscule les dispositions du code civil comme si cette loi a pour effet de modifier le code civil. Il y a selon nous un problème juridique qui est soulevé par cet article

23/. Art.143 : Cet article de la sous-section intitulée : « *Des fraudes économiques et fiscales* », n'a pas sa place dans ce code du travail puisqu'il traite des infractions liées aux activités fiscales, douanières et commerciales.

24/. Art.173 : cet article répartit le nombre de délégués du personnel qui siègeront au comité de participation en fonction du nombre de travailleurs par lieu de travail distinct.

Ainsi, dans un lieu de travail qui compte entre 401 et 1000 travailleurs, le nombre de délégués est de 6. Si un employeur dispose d'une dizaine de lieux de travail d'au moins 401 travailleurs, il aura alors un comité de participation de  $6 \times 10 = 60$  délégués.

Cet article est repris quasi-in extenso de l'article 99 de la loi n°90-11 du 21 avril

1990. Au moment de sa mise en œuvre, des employeurs ont éprouvé des difficultés du fait que leur effectif et leurs lieux de travail étaient nombreux (plusieurs dizaines de milliers de travailleurs et plus d'une dizaine de lieux de travail).

Avec le calcul de l'article 99 de la loi n°90-11, ils se seraient retrouvés avec un comité de participation d'une centaine de délégués ce qui était pour eux, une situation pour le moins inhabituelle et complexe.

Faut-il à l'occasion de ce projet de loi, envisager

- un plafond du nombre de délégués du personnel au-delà d'un certain nombre de lieux de travail ? ou alors
- un comité de participation dont le nombre de délégués est limité ?

25/. Art. 193 à 201 : ils traitent de la négociation collective et des conventions et accords collectifs.

Il est dit que les conventions et accords collectifs définissent les catégories professionnelles qui entrent dans leur champ d'application (art.197).

Il est dit aussi que les dispositions les plus favorables de ces conventions et accords s'imposent aux travailleurs de l'employeur sauf dispositions plus favorables découlant des contrats de travail :

Premier commentaire : l'article 200 in fine dit « ...*sauf dispositions favorables contenues dans les contrats de travail.* » On comprendrait mieux s'il avait dit « ... *sauf dispositions plus favorables...* ».

Deuxième commentaire : il est dit que ces « *dispositions plus favorables* » s'imposent à l'employeur ! Est-ce à dire que les dispositions qui ne sont pas « *plus favorables* » ne s'imposent-elles pas à l'employeur ?

On le comprendrait difficilement parce que l'employeur est signataire des ces conventions et accords collectifs (art.196 alinéa 1) qui contiennent ces « *dispositions plus favorables* ». S'il a signé ces accords et conventions, cela suppose qu'il les

a acceptés et qu'il les a considérés favorables. On ne comprend pas donc ce choix laissé à l'employeur après signature de se raviser.

Troisième commentaire : est-ce à dire là aussi que les travailleurs qui considèrent que les dispositions non-favorables, ont la possibilité de se soustraire des clauses découlant des conventions et accords collectifs ? A l'exception de certaines catégories de personnel comme les cadres dirigeants, on ne voit pas là qui pourrait refuser de se soumettre à ces accords et conventions ni comment.

Le principe veut que ces accords et conventions obligent tous les employés à l'exception des cadres dirigeants et sans doute d'autres personnes qui seraient éventuellement liées avec l'employeur par des contrats spécifiques (s'il en existe).

On ne peut pas dire que les dispositions favorables s'imposent aux travailleurs et laisser croire que les dispositions non-favorables ne s'imposent pas.

A supposer que cette règle soit d'application, pour définir « *les dispositions favorables* », on sera sans doute amené à retenir des critères subjectifs où ce qui est favorable pour l'un ne l'est pas forcément pour l'autre.

26/. Art.258 : cet article prévoit le paiement d'une amende de 5.000 à 10.000 DA multipliée par autant de fois qu'il y a de travailleurs qui n'ont pas perçu leur rémunération à terme échu.

Ce qui veut dire que l'employeur qui ne verse pas le salaire à ses employés à la date convenue peut être condamné à payer cette amende (la loi ne dit pas quand le terme est échu ce qui suppose que la périodicité du paiement du salaire est arrêté soit dans le contrat de travail soit dans la convention collective soit dans les deux).

S'il y a plusieurs centaines de travailleurs, l'amende sera importante.

Il ne semble pas que les rédacteurs de cette disposition aient pris en considération les situations où l'employeur pourrait être en difficulté de trésorerie pendant un temps déterminé et notamment au moment où il devra verser les salaires. C'est une situation courante qu'on peut observer et qui peut survenir chez nombre d'employeurs publics, privés ou les deux à la fois.

Obliger un employeur à payer ces amendes parce qu'il y a un retard dans le versement des salaires, c'est

- i) écarter l'hypothèse de difficultés financières qui peuvent être passagères ;
- ii) mettre l'employeur dans une situation encore plus difficile que celle qu'il rencontre à ce moment-là du versement des salaires ;
- iii) faire fi des arrangements qui peuvent intervenir entre l'employeur et ses employés.

Aussi, nous pensons qu'une telle disposition n'est pas appropriée.

27/. Art.268 et 269 : le texte de l'article 268 est repris in extenso dans l'article 269.

28/. Art.304: il est prévu que la requête doit être introduite auprès de la section sociale du tribunal accompagnée de la copie du procès-verbal de non conciliation dans un délai n'excédant pas (et non « *n'excédent pas* ») six mois à compter de la date de la remise du procès-verbal de non conciliation.

1<sup>er</sup> commentaire : il est très peu probable que le tribunal accepte et prenne en considération « *la copie du procès-verbal de non conciliation* ». Aujourd'hui, c'est l'original qui est déposé, certes récupérable après clôture de l'instance. Il nous semble que parler ici de « *copie* » n'aura pas d'effet dans la mesure où les juridictions ne considèrent pas recevable, une copie d'un document aussi important que ce procès-verbal car il conditionne la recevabilité de l'action. Ou alors, prévoir dans ce cas-là, la possibilité de remettre une copie conforme à l'original et cette règle devra être opposable au tribunal.

2<sup>ème</sup> commentaire : on a pu observer qu'après qu'un demandeur au tribunal social ait été débouté au motif que sa requête avait dépassé le délai des 6 mois, une inspection du travail, avait délivré à ce demandeur et à sa demande, le même procès-verbal avec une nouvelle date de remise lui permettant cette fois-là, d'être dans les délais des 6 mois pour introduire une nouvelle requête.

Dans un pareil cas, le tribunal a jugé recevable cette nouvelle action.

Or, ceci ne peut pas être accepté sinon le délai des 6 mois n'aura plus aucune justification ni aucun effet. Pour contourner le dépassement de ce délai, il suffit alors de demander une nouvelle fois le procès-verbal de non conciliation à une date qui est dans les délais des 6 mois.

Le problème nous semble-t-il, vient du fait que le délai des 6 mois court à compter de la date de remise du procès-verbal et non de la date de la tentative de conciliation.

La solution préconisée est

- soit il ne faut plus parler de date de remise mais date de la réunion de conciliation comme point de départ du comptage du délai des 6 mois. Cette solution a cet inconvénient que la délivrance du procès-verbal pourra être retardée et entamer les 6 mois si l'inspection du travail n'est pas suffisamment réactive ;
- soit, il faut clairement indiquer que si l'inspection du travail est requise pour la délivrance d'un autre exemplaire du procès-verbal, alors ce deuxième exemplaire indiquera la même date que le premier exemplaire du procès-verbal déjà remis.

29/. Art. 306 : la bonne appellation est « le code de procédure civile et administrative » et non « le code des procédures civiles et administratives ».

30/. Art.392 : la convention dont il est question, est prévue à l'article 391 et non à l'article 390 comme il est énoncé.

31/. Art.394 : il est prévu que le demandeur d'emploi doit s'inscrire auprès de l'agence chargée du service public de l'emploi, de la commune conventionnée ou de l'organisme privé agréé territorialement compétent.

A l'article 397, il est prévu que les offres d'emploi soient déposées auprès des mêmes organismes du lieu où s'exerce la relation de travail.

Commentaire : les offres d'emploi ainsi déposées ne profiteront qu'aux seuls demandeurs ayant été inscrits auprès de l'organisme concerné territorialement compétent. Autrement dit, une personne qui réside à Bouzaréah et qui remplit les conditions de recrutement d'un employeur situé à Rouiba, a peu de chance d'être pris par cet employeur. Les organismes de placement territorialement compétents de Bouzaréah ne recueilleront pas les offres des employeurs de Rouiba et le demandeur de Bouzaréah ne pourra pas y prétendre même si son profil serait intéressé par l'employeur en question.

A l'évidence et sous réserve des dispositions de l'article 403 qui méritent d'être clarifiées par l'arrêté annoncé, un tel dispositif a pour effet de réduire les chances pour un demandeur d'emploi de trouver du travail s'il réside dans un lieu où les offres d'emploi sont réduites, sauf à changer de résidence en fonction des offres des organismes de placement.

32/. Art.401 : il est prévu que l'employeur peut refuser les candidats proposés par l'organisme de placement à condition que ce refus soit « *dûment justifié par écrit* ». Qui jugera du bien-fondé de la justification ? Autrement dit comment et qui décidera que ce refus est justifié ? Qu'advierait-il si ce refus est jugé injustifié ? L'employeur sera-t-il tenu de recruter le candidat non-retenu ?

33/. Art.405 : On ne voit pas qu'elle pourra être la justification de cette obligation de l'employeur d'informer l'agence de placement et l'inspection du travail, des cessations de travail qui s'opèrent chez lui. Elle nous paraît être une contrainte de plus pour l'employeur.

34/. Art.413 : vise-t-on par « le travailleur étranger qui a une nationalité autre qu'algérienne » celui qui possède une autre nationalité outre sa nationalité algérienne ? Ou alors vise-t-on les cas où le travailleur n'a pas la nationalité algérienne du tout ?

Avoir défini le travailleur étranger de cette façon peut susciter la confusion. La loi n°81-10 du 11 juillet 1981 ne l'a pas fait se limitant à parler de « travailleur étranger » ou « d'étranger » ce qui écarte du champ d'application de la loi, les travailleurs qui ont une nationalité étrangère et la nationalité algérienne. Du fait de leur nationalité algérienne, ils ne sont donc plus « étrangers ».

35/. Art.417 : il faudrait expressément autoriser ici le recrutement de travailleurs étrangers dans les sociétés en partenariat avec des sociétés étrangères comme le prévoit indirectement l'article 420 s'agissant des cadres dirigeants étrangers.

36/. Art.448 : on ne comprend pas pourquoi une telle disposition légale mettant à la charge de l'employeur, les frais de voyage et de rapatriement du travailleur étranger. Il est possible que ce point soit l'objet de négociation entre l'employeur et le travailleur étranger et selon nous, il n'appartient pas à la loi de décider qui supportera ces dépenses.

37/. Art. 656 : La médaille du travail est certainement un élément qui participe à la promotion des travailleurs et contribue à l'amélioration du climat social. En cela, c'est un élément positif.

Nous sommes toutefois réservés sur la justification d'en faire une obligation légale pesant sur l'employeur. Celui-ci doit pouvoir décider en fonction de ses contraintes et des nombreux paramètres qui lui sont propres, de la façon dont il fera la promotion du travailleur. Une telle obligation trouvera naturellement sa place dans une convention collective ou dans le statut de la fonction publique. L'employeur du secteur économique ou artistique ou artisanal ne doit pas être lié selon nous, par une telle obligation revêtant un caractère législatif.

Tels sont donc les avis et commentaires que suscite pour nous l'examen de ce projet de code du travail.



# RECOMMANDATIONS

## I - LE DROIT DES SOCIETES

Sur la base des éléments de diagnostic présentés ci-dessus, dans la rubrique réservée au dispositif juridique applicables aux sociétés commerciales, ainsi que du benchmark sur la pratique du droit des sociétés des Etats relevant de cultures juridiques différentes, il est possible de faire les préconisations de réformes synthétisées ci-dessous :

### 1- Sur le plan de la démarche :

**Il est fortement suggérer d'aller à une refonte globale du code de commerce** et abandonner la démarche actuelle procédant par réformes partielles et récurrentes.

### 2- Sur le fond :

2.1. Au regard de l'impact des frais de notaire, notamment pour les TPE, il est indiqué d'autoriser la rédaction sous seing privé, des statuts, au choix des associés, qui peuvent opter pour le recours ou non à un notaire.

2.2. Les dispositions générales applicables à tout type de société méritent une réécriture :

2.2.1. Pour une mise en conformité avec le code civil, notamment pour ce qui concerne le contrat de société ; il est même suggéré d'inclure le régime juridique du contrat de société dans le code de commerce. Il sera, ainsi, mis fin à l'éclatement dans deux codes différents.

2.2.2. Pour éviter les redondances ou les contradictions avec les dispositions spécifiques, applicables aux différents types de sociétés.

2.3. Le développement des conventions extrastatutaires conclues entre associés<sup>177</sup>, appelle la mise en place de règles juridiques définissant les conditions de leur validité, leur domaine<sup>178</sup>, leurs rapports aux statuts, leurs limites<sup>179</sup>,

- 177 Exemple pacte d'actionnaires.

- 178 Il s'agit de déterminer les questions pouvant faire l'objet d'un accord, extrastatutaire.

- 179 Définir un ordre public contractuel auquel il est interdit de déroger par voie conventionnelle.

1.4. L'organisation des sociétés en groupe est devenue aujourd'hui un phénomène planétaire ; l'indigence du dispositif actuellement en vigueur, appelle la définition d'un régime juridique étoffé. Ainsi, à titre d'exemples, les relations intra-groupes, les mouvements de personnel dans le groupe ne sont pas règlementés ; Ce vide juridique complexifie la mise en place de co-entreprises avec les étrangers.

1.5. le fonctionnement la société par actions, présentement très lourd, mérite d'être allégé et libéralisé.

1.6. La distinction du fonctionnement de la SPA fermée, ne faisant pas appel public à l'épargne qu'il faut alléger et la SPA ouverte, faisant appel public à l'épargne dont il faut renforcer le contrôle, doit être introduite dans le code de commerce.

1.7. Au regard du profil de l'entreprenariat algérien, la réduction du nombre minimum des actionnaires dans la SPA apparait comme un impératif.

1.8. La création de SPA, par une seule personne, mérite d'être introduite dans le droit commercial algérien.

1.9. Les pouvoirs des organes sociaux de la SPA méritent d'être redéfinis dans le sens de plus d'équilibre.

1.10. La codification des principes de bonne gouvernance dans le code de commerce<sup>180</sup>, apportera de l'efficacité au fonctionnement des entreprises.

1.11. le formalisme lourd et inutile qui caractérise le fonctionnement des assemblées générales mérite d'être simplifié.

1.12. Le fonctionnement, la composition, les attributions du conseil d'administration doivent être formés par :

2.12.1. La définition les conditions<sup>181</sup> que doit remplir une personne pour candidater à un poste d'administrateur,

2.12.2. L'introduction d'administrateurs indépendants<sup>182</sup>, non actionneurs dont il faut donner la définition,

---

- 180 Certaines entreprises les pratiquent déjà.

- 181 Age, profil de formation, compétences, en fonction de l'activité de l'entreprise.

- 182 Fixer le nombre au 1/3.

2.12.3. la redéfinir les pouvoirs du conseil d'administration, «investi de pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société»<sup>183</sup>.

Cette formulation est reprise pour le PCA qui également «est investi de pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société»<sup>184</sup>. Lorsqu'il y a fusion entre la PCA et la DG, il y a un risque de blocage.

1.13. Revoir le statut des actions de garantie ou les supprimer<sup>185</sup> : autoriser, pour les administrateurs indépendants non actionnaires, le prêt de consommation des actions ou les dispenser de la détention d'actions,

1.14. Instituer les comités<sup>186</sup>, émanation du CA,

1.15. Imposer la structure directoire- conseil de surveillance<sup>187</sup> pour les SPA, faisant appel public à l'épargne<sup>188</sup>,

1.16. Renforcer le rôle du CAC, dans la prévention des difficultés et des risques de faillite.

2.17. Renforcer et diversifier les contrôles dans la SPA ouverte.

2.18. Revoir totalement les dispositions relatives au règlement judiciaire et à la faillite pour introduire des mécanismes de prévention des difficultés et de règlement amiable de celles-ci.

2.19. Mettre à jour le dispositif pénal : revoir les montants des amendes pour les rendre plus dissuasifs.

---

- 183 Article 622 du code de commerce ; Dans la réalité, le CA n'a pas un pouvoir aussi étendu.

- 184 Article 638/2 du code de commerce.

- 185 Elles peuvent s'avérer inutiles car lorsque la société est en difficulté, la valeur de son action baisse et ne représente pas une garantie réelle pour les créanciers.

- 186 Ils sont cités ci-dessus : comité d'audit, des rémunérations et de recrutement. Il y a fort à parier qu'il y aura des oppositions à l'institution de ces comités.

- 187 La formule dualiste n'a pas eu un écho favorable en Algérie ; Après l'épisode des holdings publics, la formule semble oubliée.

- 188 Elle assure une séparation étanche entre la gestion et le contrôle de celle-ci. Ce qui réduit le conflit d'intérêt.

## II - L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

Ces recommandations intéressent deux moments de la vie de l'entreprise en difficulté :

- Le moment où il est établi que l'entreprise est bien en état de cessation de paiement ayant pour effet l'ouverture des procédures collectives que l'on connaît ; et
- le moment où l'entreprise n'est pas (ou n'est pas encore) en état de cessation de paiement mais connaît pourtant depuis un temps déterminé, des difficultés de nature diverse et essentiellement des difficultés financières et de trésorerie permettant de penser qu'elle la conduiront à cesser ses paiements à plus ou moins brève échéance.

Les préconisations pour les deux moments de l'entreprise en difficulté, sont axées sur les principes suivants qui, selon nous, doivent impérativement inspirer tout dispositif nouveau.

1<sup>er</sup> principe : ces préconisations visent à permettre la résolution des difficultés de l'entreprise afin de lui donner les chances de poursuivre l'exploitation et de maintenir l'emploi. Il est évident que la faillite ne peut pas concourir à un tel objectif sauf pour les actifs de l'entreprise qui peuvent être acquis par des tiers.

2<sup>ème</sup> principe : ces préconisations prennent en compte de manière constante, les droits des créanciers en leur assurant le paiement de leurs créances, partiellement ou totalement en fonction des disponibilités et des conventions avec le débiteur. Pierre angulaire du mécanisme, les créanciers devront donc être impliqués et associés à toute élaboration d'un plan de résorption ou de sauvegarde.

3<sup>ème</sup> principe : ces préconisations font de l'appareil judiciaire, un acteur déterminant dans la recherche et dans la mise en œuvre de toute solution.

## 1. PRECONISATIONS EN CE QUI CONCERNE LE DISPOSITIF ACTUEL

On peut dire que le dispositif actuel du code de commerce, malgré son « âge » continue d'offrir un cadre adéquat et utile dans le sens où, s'agissant en particulier du règlement judiciaire, il permet à l'entreprise en cessation de paiement, de rechercher et de trouver les voies de la continuation de son activité tout en préservant les intérêts des créanciers.

Cette affirmation devra toutefois être nuancée car elle ne résulte pas d'une évaluation objective et quantitative du mécanisme.

Pour pouvoir donner une appréciation réelle de cette procédure, il aurait fallu connaître pour ces cinq ou dix dernières années par exemple, quel est le nombre d'ouverture de cette procédure devant les tribunaux des grandes villes par exemple où vraisemblablement se concentre une grande proportion des entreprises, et de ce nombre, en dégager le nombre de procédures qui soient parvenues à la mise en place d'un concordat homologué et totalement exécuté.

De même qu'aurait été non moins intéressante, l'information consistant à dire sur le nombre de procédures de règlement judiciaire, combien ont été converties en faillite.

Ce travail nous semble-t-il, pour le moins long et fastidieux qu'il pourra être, est vivement souhaité car il permettra de saisir la mesure et les contours d'une réforme à mettre en place.

Sous réserve de ces informations, il est néanmoins possible d'envisager des améliorations s'agissant notamment des aspects qui sont examinés ci-après :

### 1.1. La cessation de paiement :

Nous l'avons déjà indiqué plus haut, une définition de la notion est nécessaire et peut être inspirée de celle qui a été adoptée par un grand nombre de législations étrangères ayant pris pour référence le duo « actif disponible et passif exigible ».

D'ailleurs, des mentions comme celles-ci apparaissent dans le code de commerce puisque à l'article 357 par exemple, il est dit que le tribunal prononce la clôture de

la procédure lorsqu'il n'existe plus de « *passif exigible* ».

C'est donc une nécessité que de cerner les indices permettant de dire que le débiteur est bien en cessation de paiement.

L'autre nécessité est celle qui consiste à prolonger le délai des 15 jours donné au débiteur pour faire sa déclaration de cessation de paiement. Compte tenu d'un environnement de l'entreprise algérienne peu conciliant, on peut raisonnablement envisager que ce délai ne soit plus de 15 mais d'au moins 30 jours.

### 1.2. Cession d'actifs et cession d'actions

Si la cession des actifs du débiteur est l'opération privilégiée en cas de faillite, la cession des actions ou des titres des associés de la société-débitrice n'est pas envisagée pour les sociétés où une telle éventualité est possible comme la SARL, l'EURL ou la SPA.

Si une telle hypothèse est réalisée, elle aura pour effet de faire maintenir l'existence de la personne morale. Et elle aura également pour conséquence de permettre le maintien des emplois ou tout au moins une partie des emplois.

Mais une telle hypothèse est liée à une condition sine qua non qui est celle de l'accord formel desdits associés.

En Allemagne par exemple, il est prévu un comité des créanciers qui peuvent se porter acquéreurs des titres de la société-débitrice en échange de leurs créances.

## 2. PRECONISATIONS EN CE QUI CONCERNE LES ACTIONS DE DETECTION ET DE PREVENTION DES DIFFICULTES SUSCEPTIBLES D'EVITER LA CESSATION DE PAIEMENT

Les préconisations faites ici visent deux volets d'actions :

- des actions de prévention
- des actions en soutien à un règlement amiable

## 2.1. LES ACTIONS DE PREVENTION

Elles sont développées à travers les points suivants :

- le rôle d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés concernées
- le rôle de la justice dans la prévention des difficultés

### 2.1.1. Rôle du commissaire aux comptes dans l'action de détection et d'alerte des difficultés des sociétés concernées

Le commissaire aux comptes a déjà un tel rôle au regard de la législation et la réglementation actuelle. (2.1.2.1.)

Par ailleurs, une réforme à venir devra élargir ce rôle en impliquant l'appareil judiciaire. (2.1.2.2.)

#### 2.1.1.1. S'agissant de la législation et la réglementation actuelle :

Il faut préciser avant tout que les propositions ci-après ne concernent pas les sociétés ou les débiteurs dont la loi ne fait pas obligation de certification des comptes par un commissaire aux comptes. Il s'agit des débiteurs qui sont :

- commerçants, personne physique ; ou
- organisés en EURL ; ou
- bien qu'organisés en société, leur chiffre d'affaires annuel est inférieur à 10 millions de dinars.

Cette catégorie de débiteurs sera concernée par les actions en soutien au règlement amiable dont il est question plus loin.

En ce qui concerne les débiteurs soumis à la certification par un commissaire aux comptes, la détection des difficultés et l'alerte qui en est faite par le commissaire aux comptes seront considérées comme des mesures de prévention interne.

Elles sont prévues d'abord dans la loi n°10-01 du 29/06/2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé puis dans le code de commerce.

a) En ce qui concerne la loi n°10-01 du 29/06/2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé

Cette loi associée aux textes règlementaires qui s'en suivent, traite notamment des missions du commissaire aux comptes.

L'article 23 alinéa 5 de cette loi prévoit en effet que le commissaire aux comptes a pour mission de signaler aux dirigeants et à l'assemblée générale ou à l'organe délibérant habilité, toute insuffisance de nature à compromettre la continuité d'exploitation de l'entreprise ou de l'organisme dont il a pu avoir connaissance.

Lorsqu'il constate une menace sur la continuité d'exploitation, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui sera déposé au siège de l'entreprise et qui contiendra, en vertu de normes définies règlementairement (Décret exécutif n°11-202 du 26/05/2011 et Arrêté du 24/06/2013 fixant le contenu des normes des rapports du commissaire aux comptes) tout indicateur susceptible d'interpeller sur la continuité d'exploitation.

Lorsque les faits et événements analysés par le commissaire aux comptes lui font confirmer, par son jugement personnel, l'incertitude significative sur la continuité d'exploitation, il met alors en œuvre la procédure d'alerte prévue par les dispositions pertinentes du code de commerce.

b) En ce qui concerne la procédure d'alerte prévue dans le code de commerce :

C'est l'article 715 bis 11 qui définit ces mesures suite au rapport spécial du commissaire aux comptes dont il est question dans la loi 10-01 du 29/06/2010.

Vu son importance, cet article mérite d'être repris dans son intégralité :

*« Le commissaire aux comptes peut demander des explications au président du conseil d'administration ou au directoire qui est tenu de répondre sur tous faits, de*

*nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'il a relevés à l'occasion de l'exercice de sa mission.*

*A défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite le président ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés ; le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance.*

*En cas d'inobservation de ces dispositions ou si en dépit des décisions prises, il constate que la continuité de l'entreprise demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la plus prochaine assemblée générale ou en cas d'urgence à une assemblée générale extraordinaire qu'il convoque lui-même pour lui soumettre ses conclusions. »*

Là encore, ces mesures d'alerte devront être considérées comme des actions de prévention des difficultés de l'entreprise et intégrées dans le dispositif à venir lorsque l'entreprise considérée n'est pas encore en état de cessation de paiement.

#### 2.1.1.2. S'agissant des mesures à introduire

C'est dans la continuité du processus d'alerte que nous venons d'examiner, qu'il faudra selon nous, axer la réflexion en y impliquant l'appareil judiciaire.

Le rôle du commissaire aux comptes ne devra pas s'arrêter aux mesures d'alerte auquel le code de commerce le convie dans son article 715 bis 11.

Dans le même esprit que l'article 715 bis 13 alinéa 2 en vertu duquel le commissaire aux comptes a l'obligation de signaler au procureur de la république les faits délictueux dont il a eu connaissance, et dans le souci de prévention mais aussi de responsabilisation des dirigeants de l'entreprise, ses actionnaires et associés, il doit aussi adresser un compte-rendu au président du tribunal territorialement compétent.

Partant du processus décrit à l'article 715 bis 11, le compte-rendu dont il est ici question est celui que le commissaire aux comptes serait appelé à faire dans le cas où

- soit l'assemblée générale ou en cas d'urgence l'assemblée générale extraordinaire, ne se réunit pas, soit parce qu'elle n'est pas convoquée si c'est une assemblée générale ordinaire, ou s'agissant de l'assemblée générale extraordinaire, le quorum n'est pas atteint;
- soit ne délibère pas sur le rapport spécial à l'origine de cette convocation ;
- soit délibère mais que les mesures qui sont prises, ne sont pas de nature à résorber les difficultés.

Dans ce cas-là et dans un délai de 8 jours à compter de la constatation de l'échec de l'interpellation de l'assemblée générale, le tribunal en la personne de son président, est automatiquement alerté par le commissaire aux comptes, par l'envoi d'un compte-rendu, faisant part des éléments essentiels du dossier.

Dès lors, le dossier est entre les mains de la justice qui devra prendre les mesures que nous proposons dans le paragraphe suivant.

### 2.1.2. Rôle de la justice dans la prévention des difficultés

Il appartiendra alors au président du tribunal, alerté par le commissaire aux comptes de :

- soit convoquer lui-même selon le cas, le président du conseil d'administration ou du directoire ou le gérant de la SARL ou l'EURL, afin d'obtenir d'eux, ce qui a été demandé par le commissaire aux comptes c'est-à-dire les mesures à prendre à titre préventif ;
- soit de mandater le juge-commissaire qui aura été préalablement désigné afin d'accomplir la tâche ci-dessus décrite c'est-à-dire en être l'interlocuteur direct.

Un tel dispositif, comme on peut constater, responsabilise à la fois les dirigeants de l'entreprise et les actionnaires ou associés.

Afin de donner le plus d'efficacité à cette demande du tribunal, des délais devront être définis.

Dans la mesure où nous sommes dans un contexte de prévention, le tribunal interviendra ici pour contraindre l'entreprise en difficulté à accorder l'importance qu'il se doit, à sa situation déjà appréciée par le commissaire aux comptes et rechercher les moyens de résorber ses difficultés.

Si aucune mesure n'est prise ou si des mesures sont prises mais au-delà du délai que le tribunal ou le juge-commissaire aura déterminé, la responsabilité du ou des dirigeants de l'entreprise en difficulté, pourra être recherchée dans le cas où l'entreprise en question, cesse ses paiements et se trouve soit en règlement judiciaire soit en faillite.

Dans le cas contraire c'est-à-dire dans le cas où des mesures sont prises dans les délais mais que les difficultés demeurent, le tribunal n'aura plus aucun rôle à jouer à ce stade d'évolution sinon, comme expliqué au paragraphe suivant, lorsqu'il sera saisi par un débiteur afin que soit désigné un administrateur judiciaire aux fins d'un règlement amiable des difficultés entre le débiteur et ses créanciers.

## 2.2. LES ACTIONS EN SOUTIEN AU REGLEMENT AMIABLE DES DIFFICULTES : LA RECHERCHE DU COMPROMIS

Ainsi que nous l'avons décrit en deuxième partie ci-dessus, le droit français a prévu la possibilité pour les débiteurs, avec l'assistance du tribunal (mandataire ad hoc ou conciliateur) de rechercher un règlement amiable avec leurs créanciers.

Nous proposons de mettre en place un mécanisme comparable simplifié qui peut être résumé par les étapes suivantes :

- a) tout débiteur, personne physique ou morale, peut saisir le président du tribunal territorialement compétent et demander la désignation d'un mandataire judiciaire qui sera chargé de l'assister dans les négociations prévues avec les créanciers.
- b) cette demande peut se faire indépendamment de la phase précédente où le commissaire aura alerté le tribunal comme décrit aux paragraphes précédents.
- c) le débiteur devra démontrer au tribunal, à l'appui d'un dossier, l'existence de difficultés qui le conduiront à brève échéance à la cessation de paiement mais sans qu'il le soit encore.

Afin de s'en convaincre, le tribunal peut réclamer des informations complémentaires ou dépêcher chez le débiteur à cette fin, un expert judiciaire qui en fera rapport. L'expert sera rémunéré par le débiteur.

Le président statuera par ordonnance

- soit en désignant le mandataire judiciaire avec définition de sa mission, la durée de celle-ci,
- soit en rejetant la demande.

L'ordonnance de refus peut faire l'objet d'un appel.

Pour compléter cette étape, des délais devront être fixés à savoir :

- le délai pour rendre l'ordonnance : ordonnance de désignation d'un expert aux fins de vérification du bien-fondé de la demande, ordonnance de désignation du mandataire judiciaire et ordonnance de refus ; et
- le délai d'appel ainsi que le délai de l'arrêt d'appel.

Est-il besoin de dire ici combien les délais sont importants et devront donc être courts compte tenu de l'urgence de la situation du débiteur.

d) le mandataire judiciaire devra être présent à chaque phase de la négociation et compte tenu du délai qui lui sera imparti par le président du tribunal, il devra mettre un terme à la négociation dans ce délai et en faire rapport au président du tribunal.

Si un accord est trouvé qu'on appellera *Compromis*, il sera signé par les Parties et contresigné par le mandataire judiciaire. Le Compromis prévoira soit un échéancier de paiement des créances soit l'effacement de dettes totalement ou partiellement, l'essentiel étant que le débiteur ne soit plus dans la situation précaire qui l'a conduit à saisir le tribunal. Le Compromis sera régi par les règles ordinaires du droit des contrats.

e) il est important de souligner que le tribunal ne constitue pas ici une partie au règlement amiable mais agit comme « facilitateur » pour la recherche de solutions

aux difficultés du débiteur. La responsabilité du mandataire judiciaire ne pourra pas mise en cause du seul fait qu'il ait contresigné le Compromis. Si celui-ci n'est pas exécuté en partie ou en totalité soit par le débiteur, soit par les créanciers, il n'aura plus de recours devant le président du tribunal afin que celui-ci fasse appel au mandataire. Les recours qui pourront être utilisés à ce moment-là seront les recours ordinaires en responsabilité que la loi prévoit en matière commerciale et dans le droit des contrats.

f) Partant, un tel mécanisme d'assistance du tribunal aux fins d'un règlement amiable ne peut être utilisé qu'une seule fois, que le Compromis ait lieu ou non, qu'il soit exécuté ou non.

g) le Compromis n'oblige que les créanciers qui y consentent. Ce qui implique qu'il ne sera pas opposable aux créanciers qui n'y ont pas souscrit y compris les créanciers qui, n'ayant pas souscrit, ont néanmoins été présents à la négociation qui s'est déroulée en présence du mandataire judiciaire.

Tel est donc le mécanisme qui est proposé pour les débiteurs qui ne sont pas encore en cessation de paiement mais qui connaissent des difficultés graves susceptibles de les mener dans une procédure de règlement judiciaire ou de faillite.

### **III-LA FRANCHISE**

La mise en place d'un dispositif juridique est rendue nécessaire par

- les obstacles qui entravent le développement de la franchise (4.1.) ;
- le souci de protection des consommateurs par la lutte contre la contrefaçon (4.2.) ; et
- la nécessité d'identifier le statut et la responsabilité des parties à la franchise (4.3.).

Il comportera nécessairement deux volets essentiels (4.4).

## 1. Les obstacles

Plusieurs obstacles de nature diverse sont mis en avant par les acteurs de cette activité, nationaux et étrangers.

Quand on les recense, on constate que si en effet ils sont susceptibles d'empêcher le développement de la franchise, ils n'en sont pas pour autant exclusifs de toute autre activité économique.

Des difficultés comme celle de l'acquisition du foncier, la cherté des loyers, la suppression du droit au renouvellement au bail, les lourdeurs administratives, toutes ces difficultés qui sont signalés ici et là, sont également vécues dans les autres activités comme le commerce en général, les activités d'importation et pas seulement lorsque l'activité est une franchise.

Aussi, on peut se demander si la mise en place d'un cadre juridique dont le but est d'organiser la franchise et définir ses règles, puisse en même temps donner la solution de certains autres problèmes que vivent les commerçants en général en dehors de ceux du franchiseur et du franchisé.

Partant du principe que dans la recherche de solutions, rien ne doit être écarté, il y aura sans doute là une opportunité pour venir à bout de problèmes entravant plus que la franchise.

En revanche, la difficulté majeure propre à la franchise et singulièrement la franchise internationale est celle de l'impossibilité de transfert à l'étranger des montants de la redevance (royaltie) en raison du refus de la Banque d'Algérie de donner suite à la demande d'un tel transfert conformément aux règlements de cette même banque.

Outre qu'au regard de ces règlements, un tel transfert n'est pas prévu parmi les activités qui peuvent donner lieu à transfert, il ne s'agit pas non plus de montants correspondant à une importation de biens ou à une prestation de services fournie par une entreprise étrangère. La difficulté est d'autant plus complexe si la redevance est formellement basée sur le chiffre d'affaires réel.

Il y a donc bien ici la nécessité d'examiner de près cette difficulté et la traiter dans le cadre de la mise en place d'un dispositif propre à la franchise.

## 2. La protection des consommateurs par la lutte contre la contrefaçon

C'est le souci premier qui doit motiver les pouvoirs publics dans la mise en place du cadre juridique approprié.

La franchise est une activité qui peut en effet constituer une barrière à la contrefaçon dans notre pays en raison du fait que les marques, les enseignes et les brevets sont des droits qui relèvent du domaine de la propriété industrielle et intellectuelle très fortement règlementée et engageant les Etats dans des conventions internationales.

De ce cadre juridique, la traçabilité du produit de la franchise devrait en principe être assurée.

## 3. L'identification du statut et la responsabilité des parties à la franchise

Un cadre juridique nouveau peut être l'occasion de faire de la franchise, une activité règlementée. Ainsi donc, ne pourra prétendre être un franchiseur par exemple que celui qui présentera les garanties que le nouveau dispositif devra nécessairement recenser.

Avec un cadre juridique clair, les parties sont engagées non seulement en rapport avec leur contrat mais aussi vis-à-vis des nouvelles stipulations légales et la validité du contrat de franchise qu'elles signeront, y dépendra.

## 4. Les éléments essentiels du dispositif juridique

Quel que soit la formule du dispositif juridique à mettre en place, nous pensons qu'il sera nécessaire, à l'exemple de la Tunisie, que celui-ci comporte les deux volets suivants :

- Un volet prévoyant l'obligation du DIP avec l'énumération des informations. Ces informations seront utiles essentiellement pour le franchisé qui conclura son affaire en connaissance de cause. Elles seront également utiles pour des tiers comme les banques qui seront éventuellement sollicitées y compris la Banque d'Algérie lorsque la demande de transfert de la redevance

lui sera soumise. Le DIP sera présenté comme une condition de validité du contrat de franchise à conclure.

- Un deuxième volet qui définira les obligations des parties et, sous peine de nullité, les clauses minimales que le contrat de franchise devra mentionner comme la détermination de la redevance et toute autre rémunération de la franchise.

Afin de pouvoir adapter le dispositif juridique aux évolutions de la réalité algérienne avec la réactivité voulue, la liste des informations du DIP et des mentions minimales obligatoires du contrat de franchise, sera fixée par voie réglementaire tandis que les droits et les obligations des parties, les domaines d'activité de la franchise, ses éléments constitutifs, seront quant à eux déterminés par voie législative.

Tels sont donc selon nous, les éléments de réflexion susceptibles de contribuer à la mise en place d'un dispositif juridique sur la franchise en Algérie.



منتدى رؤساء المؤسسات  
ENTREPRENEURS DE PROGRES

DROIT DE L'ENTREPRISE  
**DIAGNOSTIC  
ET PROPOSITIONS  
DE REFORME**