

المؤسسون في الشركة المساهمة المغفلة

دراسة مقارنة

رضوان الحبيب

قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة حلب

ملخص

يلعب المؤسسون دوراً أساسياً في تأسيس الشركات المساهمة المغفلة، لأن تأسيس هذا النوع من الشركات، يتم بين مجموعة من الأشخاص يطلق عليهم قانوناً تسمية (المؤسسون). فالمؤسسون إذاً هم أولئك الذين يبدوون التفاوض فيما بينهم وبين الآخرين لتأسيس الشركة، ومن أجل ذلك فهم يجرون تصرفات لصالح الشركة التي ستولد مستقبلاً. ومن ثم فيترتب على عملهم التزامات كثيرة في هذا المجال. وفي حال أسست الشركة ستتقل هذه الحقوق والالتزامات إليها. ومن هنا تثار مشكلة معرفة مصير هذه الحقوق والالتزامات، خاصة عند فشل تأسيس الشركة.

في الحقيقة حاول بعض المشرعين في العالم، وجانب مهم من الاجتهاد القضائي والفقهاء، تحديد مفهوم المؤسس، لأن هناك أشخاصاً يلعبون دوراً كبيراً في تأسيس الشركة المساهمة ولكنهم لا يريدون أن يعلنوا عن أنفسهم تهرباً من المسؤولية التي يمكن أن تترتب في حال فشل التأسيس.

ونحن في هذا البحث عالجنا هذا الموضوع، وقسمناه إلى فصلين، تناولنا في الأول تحديد مفهوم المؤسس والشروط التي يجب أن تتوافر فيه، وفي الثاني بينا الوضع القانوني للمؤسسين أثناء فترة التأسيس، سواء فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المكتتبين.

وتوصلنا في النهاية إلى خلاصة مفادها أن المؤسس في الشركة المساهمة المغفلة، هو كل شخص ساهم بشكل مباشر أو غير مباشر في تأسيس الشركة، سواء أوقع على عقد التأسيس أم لم يوقع.

ورد البحث للمجلة بتاريخ 2016/3/22

قبل للنشر بتاريخ 2016/5/24

NOTION DES FONDATEURS DE LA SOCIETE ANONYME

Recherche comparative

Radwan Alhabib

Dép. du droit commercial, Faculté du droit, Université d'Alep

Résumé

Les fondateurs jouent le rôle le plus important au fil de la création de la société anonyme. Le législateur français et son homologue syrien ne détermine pas l'idée des fondateurs. Par contre, la doctrine et la jurisprudence françaises nous ont donné une définition. En revanche le législateur égyptien a donné une définition légale dans la loi du 1981 régissant les sociétés commerciales. Notre recherche comparative est divisée en deux sections. Dans la première section, on a étudié l'idée des fondateurs, alors que dans la deuxième, on a débattu la nature juridique de la situation des fondateurs pendant la période constitutive.

Reçu le 22/3/2016
Accepté le 24/5/2016

Introduction

Le droit français et le droit syrien n'ont pas défini la notion de fondateurs ; même s'ils utilisent ce terme à plusieurs reprises pour déterminer leur nombre et la part de leurs obligations. Par contre, la loi du 1981 en Egypte en a donné une vaste définition ; ainsi l'article 7 alinéa 1 de cette loi considère comme fondateur, celui qui aura signé le contrat de la société anonyme ; demandé l'autorisation pour sa constitution, fourni un apport en nature lors de sa constitution ou participé effectivement à sa constitution. Il n'est pas considéré comme fondateur, celui qui participe à la constitution de la société anonyme pour le compte de l'un des fondateurs, comme par exemple l'avocat, l'expert comptable...etc. Donc, à qui peut-on confier la qualité du fondateur ? Les fondateurs sont ceux qui ont pris, juridiquement et matériellement, l'initiative de créer une société anonyme, accomplissent toutes les opérations nécessaires à cette fin. Cette définition semble-t-elle générale et ne détermine pas précisément le sens du mot "fondateur". Il faut, donc, pouvoir préciser les personnes ayant de cette qualité. Car, sur ces personnes, que la responsabilité des irrégularités de constitution incombe. C'est pourquoi, il faut distinguer entre les fondateurs du droit et les fondateurs du fait, ou bien entre la conception restrictive et la conception extensive des fondateurs. Ainsi, notre étude comparative sera divisée en deux sections. Nous consacrerons la première section à la vérification de l'idée des fondateurs et dans la deuxième section, on verra qu'elle est la situation juridique des fondateurs pendant la période constitutive.

SECTION-I- Détermination de notion des fondateurs et les conditions requises

Le législateur français et son homologue syrien ne donnent pas une définition pour les fondateurs de la société anonyme, alors que leur homologue égyptien a essayé d'éviter cette lacune juridique. Nous exposons, d'abord, la conception restrictive de l'idée des fondateurs(A), puis, on discutera la conception concernant cette idée (B). A la fin de cette section, nous allons essayer de préciser qui peut être un fondateur d'une société anonyme(C).

A – Conception restrictive

Selon cette conception, les fondateurs sont ceux dont le nom figure ordinairement au projet des statuts ou qui signent ce projet¹. Ce sont particulièrement, ceux qui rédigent ou qui font rédiger les statuts, présentent, éventuellement, la demande d'autorisation gouvernementale. Le législateur syrien et le législateur égyptien et leur homologue français exigent pour la constitution d'une société anonyme, la présence de plusieurs fondateurs. Toutefois, le nombre légal de fondateurs atteint jusqu'à sept personnes en droit français actuel (art.73 de la loi du 24 juillet 1966 régissant les sociétés commerciales). Il était en Egypte sous la loi du 1954 sept personnes comme en France, alors que l'article 7 de la loi du 1981 actuelle a diminué ce nombre jusqu'à trois. En Syrie, sous l'ancien code du commerce syrien, le nombre des fondateurs ne doit pas être inférieur à cinq². Alors que, le décret- loi du 2011 syrien qui a remplacé le code du commerce distingue entre la société anonyme publique (société anonyme constituée avec appel public à l'épargne) et la société anonyme privée (société anonyme constituée sans appel public à l'épargne) quant au nombre minimum des fondateurs de la société anonyme. Ainsi, l'article 89 dudit décret-loi précise que le nombre des fondateurs de la société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne ne doit pas être inférieur à 10 personnes et il doit être au moins 3 fondateurs dans la société anonyme privée. Cette disposition est, à notre avis, critiquable. Or, la création des sociétés anonymes publique et privée n'est, en réalité, qu'une réalisation de l'intention des capitalistes syriens qui veulent éliminer les petits épargnants. De plus, il n'y a pas, en effet, de différence entre la société anonyme publique et la société anonyme constituée avec appel public à l'épargne, en outre, la société anonyme privée est la société constituée sans appel public à l'épargne elle-même en droit antérieur syrien dérivée du droit français³.

¹- Cass. Civ. 30 octobre.1928.D.P. 1930-1-9, note Chéron. S. 1929-1-129 obs. Lagarde ; Eid.Idwar : les sociétés par actions en droit libanais, t.II.1977.P.35 en arabe.

² - L'article 103 d'ancien code du commerce syrien exige que le nombre des fondateurs ne doive pas être inférieur à cinq, et l'article 8 de la loi égyptienne de 1981 dit que le nombre minimum des fondateurs des sociétés anonymes ne doit pas être inférieur à trois et l'article 73 de la loi française du 24 juillet 1966 précise que le nombre des fondateurs de la société anonyme ne peut être inférieur à sept.

³ - voir : notre défense pendant la discussion de la loi N°3 du 2008 relative aux sociétés commerciales syriennes dans la réunion de Conseil du peuple, et le

D'ailleurs, l'alinéa 1 de l'article 98 du décret-loi n°29 du 2011 a fermé cette discussion juridique en précisant que " le nombre des fondateurs de la société anonyme ne doit pas être inférieur à 3 personnes, ils constituent entre eux un comité de fondateurs". Il semble que ce texte ne distingue pas entre une société anonyme publique et une autre privée en ce qui concerne le nombre minimal de fondateurs. Il nous semble que l'article 89 du décret-loi du 2011 parle du nombre minimal des actionnaires de la société anonyme publique et privée, et l'article 98 du même décret a fixé le nombre minimal de fondateurs. Ce point tire, en droit français actuel, l'attention. L'article 74-1 de la loi du 1966 stipule que le projet des statuts soit signé par un ou plusieurs fondateurs. Par contre, l'article 58 du décret d'application du 23 mars du 1967 prévoit que l'exemplaire du projet déposé au Greffe du tribunal du commerce doit être revêtu de la signature des fondateurs. Certains juristes français se rapportent uniquement à l'article 74-1, tandis que, d'autres auteurs provoquent quelques incertitudes des textes. En revanche, partant de principe de la hiérarchie des textes⁴ légaux, la force obligatoire de la loi n'est-elle pas supérieure à celle d'un décret ? Il suffit, alors, que le projet des statuts soit signé par un seul fondateur. En tout état de cause, si nous laissons cette discussion à côté, l'article 58 du décret du 23 mars du 1967 permet, cependant, de donner la qualité de fondateurs à d'autres personnes autres que les signataires des statuts (mandataire, notaire ...etc. Dans tous les cas, la conception restrictive de la notion de fondateurs n'est que formelle ; elle pourrait amener à des abus commis par exemple par celui qui aurait pris un rôle important dans la constitution de la société, sans signer aucun document. Donc, la question qui se pose de savoir ici quelle est la solution, si le signataire réel n'est qu'un homme de Paille ? Une partie de la doctrine estime que la qualité de fondateur ne pourrait être assignée qu'à des personnes ayant dès l'origine la qualité d'associé, c'est-à-dire, on doit refuser la qualité de fondateur à toute personne qui n'aurait pas signé. Mais, la doctrine française dominante a écarté, depuis longtemps, cette attitude. Ainsi M.M Lyon-Caen et Raynaud voient que " les tribunaux considèrent, dans son ensemble, le rôle joué par les personnes dont il s'agit, et ne s'attachent pas au fait de l'intervention à l'acte de la société, car, autrement, des personnes

législateur a adopté notre opinion dans ce domaine, mais malheureusement, l'article 89 a été modifié par le décret- loi du 2011 d'une façon irraisonnable.

⁴ - Hémar, Terré et Mabilat : sociétés commerciales, I.N°636

pourraient, en recourant à des prête-noms, se soustraire à la responsabilité que le législateur a entendu faire peser sur les fondateurs"⁵. Alors, la doctrine et la jurisprudence françaises tendent à élargir la qualité de fondateur pour que cette qualité puisse couvrir toutes les personnes qui ont, réellement, agi dans le but de constituer la société anonyme.

B - Conception extensive

En l'absence d'une définition légale et large, comme en Egypte, les tribunaux jouissent d'une grande faculté dans l'estimation de la qualité de fondateur. Cette faculté a été consolidée en droit français moderne par la suppression de l'action en nullité pour vice de forme et son remplacement par l'action en régularisation⁶. La Cour de cassation française nous a donné, dans son arrêt de 1^{er} juillet du 1930, une définition large. Selon cet arrêt, sont considérés comme fondateur " tous ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société à condition que la nature de ces concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise sous sa forme sociale , ou qu'ils aient prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société une coopération assez directe, assez étroite et assez constante pour qu'elle implique d'elle-même une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social"⁷. De cette définition, deux conditions sont requises, il faut, tout d'abord, des actes de coopération, directs et importants, par suite, il faut une volonté subjective d'agir dans le but de constituer la société. Apriori, la détermination de la qualité de fondateur représente une question de fait. Mais, dorénavant, ce n'est plus le cas à la suite de cet arrêt. Seulement, la détermination objective des actes attribués à la personne appartient aux faits. La question du droit soulève le contrôle de la Cour de Cassation, est celle de savoir si ces actes, tels qu'ils ont été accomplis, attribuent ou non à leurs auteurs la qualité de fondateur⁸. Il faut noter quel qu'il en soit, les actes dont s'agit ne doivent pas relever de l'activité professionnelle de

⁵ Lyon-Caen et Raynaud : Traité de droit commercial, t.2. N°793

⁶ - Claude Giverdon : Encyclopédie Dalloz, Répertoire : sociétés " fondateur".N°2.

⁷ - Cass. Civ.1^{er} Juillet 1930. S. 1930.1. 305 obs. Lagarde ; D. 1931.1. 97, note Hamel.

⁸ - Cass. Civ.1^{er} Juillet 1930. S. 1930.1. 305 obs. Lagarde ; D. 1931.1. 97, note Hamel. Contraire cette opinion : Lyon-Caen et Raynaud, t.2.N°793 ; Pic et Kerher, t. N°825 qui considèrent que la détermination de la qualité de fondateur représente une question de fait.

leur auteur⁹, comme par exemple, les avocats, les notaires, les agents d'affaires qui cherchent des souscripteurs ou le simple mandataire au sens du droit commun. Mais, le mandant a été reconnu en faute n'ayant pas vérifié la régularité de la déclaration faite en son nom¹⁰. L'employé du mandant n'est pas responsable des irrégularités commises¹¹. En revanche, celui qui participe à l'assemblée constitutive n'est pas forcément fondateur, s'il ne contribue pas effectivement à la constitution de la société¹². Un autre arrêt récent de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 6 juillet 1970 réaffirme l'admission de la conception large de la notion de fondateur en considérant comme fondateur, celui qui, bien que n'ayant pas participé à la rédaction du projet des statuts déposé au greffe, a pris l'initiative de la constitution d'une société pour l'exploitation d'un brevet et participé à divers démarches en vue de l'acquisition d'une usine et de la recherche des capitaux nécessaires et en essayant de mettre la société en fonctionnement¹³. En Egypte, la n°159 du 1981 adopte la conception large de la notion de fondateur, mais elle a préféré, dans l'article 7, le terme " fondateur" à celui de "personne en déclarant que " Est considéré comme fondateur, quiconque participe effectivement à la constitution de la société et supporte les responsabilités qui en résulte. Il a la qualité de fondateur, d'une façon particulière, celui qui a signé l'acte constitutif, demandé l'autorisation de la constitution ou apporté un apport en nature". Le législateur syrien ne nous a pas donné une définition et les juristes syriens s'appuient toujours sur la doctrine et la

⁹ - L'article 7 alinéa 3 de la loi égyptienne du 1981 a adopté ce qui est décidé par la jurisprudence française en déclarant que " n'est pas considéré comme fondateur, celui qui participe au nom des fondateurs à la constitution de la société, comme les avocats, les agents d'affaires...etc.

¹⁰ Douai : 6 mars 1900- D.P 1901.2.207

¹¹ Amiens : 24 décembre 1886. J. Sociétés.90.50.

¹² - Cass. Civ. 10 Janvier.1887.D.P.85-355, Edward Aide : sociétés commerciales.1 p.26 en arabe.

¹³ - Revue Trimestrielle du droit commercial.1971-353, note Houin, Revue des sociétés.1971.191, note J.H. Il faut, d'ailleurs, noter que l'article 5 alinéa 2 de la 24 juillet du 1966 régissant les commerciales en France, a renforcé la responsabilité de toutes les" personnes qui ont agit au nom d'une société en formation avant qu'elle n'ait acquis de la jouissance de la personnalité morale, en décidant que " Toutes les personnes qui ont agit au nom d'une société en formation avant qu'elle n'ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment des actes accomplis au cour de la constitution".

jurisprudence françaises pour interpréter la loi quant à ce point¹⁴. En un mot, il nous est apparu que la notion de fondateur est une question du fait qui doit être qualifiée selon les processus donnés de chaque affaire. Enfin, pour éviter tout échappement de la responsabilité résultant de la constitution des sociétés anonyme il nous semble qu'il faut considérer comme fondateurs , toutes les personnes qui ont participé, directement ou indirectement à la constitution de la société,. Mais, on se demande si toute personne peut être fondateurs d'une société par actions, quelles seront les conditions requises pour pouvoir avoir cette qualité ?

C - Qui peut être fondateur d'une société anonyme ?

Les trois législations acceptent unanimement que les fondateurs puissent être soit des personnes physiques(a), soit des personnes morales(b), et qu'ils soient, également capables.

a- Le fondateur peut être une personne physique

Le fondateur personne physique doit être majeur, et il faut qu'il puisse disposer de ses biens. Le droit français et le droit syrien ont fixé l'âge de majorité à 18 ans révolus¹⁵, alors que le droit égyptien a fixé cet âge à 21 ans révolus¹⁶.

Il faut noter que la constitution d'une société anonyme en soi n'attribue pas la qualité de commerçant à ses fondateurs. Or, normalement, après la constitution de la société, les fondateurs deviennent des actionnaires, et l'actionnaire n'est responsable des dettes de la société qu'concurrence de ses apports¹⁷. Le fondateur doit être capable de disposer de ses biens, puisque la constitution d'une société anonyme nécessite des frais et des engagements envers des tiers pour tirer la société de l'ombre vers la lumière. Le fondateur personne physique ayant l'âge de 18 ans révolus en France et en Syrie et de 21 ans révolus en Egypte, et qui jouit de ses facultés mentales et

¹⁴ - Voir : Hicham. Pharoun : le droit commercial terrestre, t.1.P.280

¹⁵ - Voir : l'article 46 alinéa 2 du code civil syrien et l'article 488 alinéa 1 du code civil français (L.N°.74-631 du 5 juillet.1974).

¹⁶ - Voir : l'article 44 alinéa 2 du code civil égyptien.

¹⁷ - Voir : art. 73 de la loi du 24 juillet 1966 régissant les sociétés commerciales, et l'article 2 de la loi égyptienne N°159 du 1988 ; l'article 89 du décret- loi syrien N°29 du 2011 régissant actuellement les sociétés commerciales, car ce texte repris la même disposition de l'article 88 d'ancien code du commerce

n'ayant pas été interdit, est pleinement capable de l'exercice de ses droits¹⁸.

Quant à la femme, rien dans le droit musulman n'affecte sa capacité juridique, même après le mariage, elle reste toujours seule la propriétaire de ses biens. Or, le droit islamique ne connaît pas le régime de la communauté des biens entre les époux, chacun des époux reste le maître de ses biens. Dans tout cas, même s'il existe des textes du droit positif empêche la femme d'exercer une profession commerciale sans l'accord de son mari, cette prohibition ne doit pas l'empêcher de souscrire à des actions d'une société anonyme, car il ne s'agit pas, ici, d'un acte du commerce¹⁹.

D'autre part, pour mettre obstacle à toute fraude dans la constitution des sociétés anonymes et afin de protéger le public, l'article 74 alinéa 4 de la loi du 24 juillet du 1966 en France prévoit que les personnes déchues du droit d'administrer ou de gérer une société ou auxquelles l'exercice de ces fonctions est interdit ne peuvent pas être fondateurs, en outre, le fondateur doit prouver qu'il n'a pas été condamné pour un crime, délit de vol, escroquerie, abus de confiance, banqueroute simple, faux témoignage et faux serment. La loi n° 159 du 1981 en Egypte interdit les fonctionnaires du secteur public, quelle que soit leur fonction, de participer à la constitution des sociétés anonymes, sauf s'ils représentent leurs organismes., alors que l'article 179 de ladite loi n'interdit aux députés que d'être administrateurs dans ces sociétés, c'est-à-dire, les députés peuvent être fondateurs d'une société anonyme. On ne sait pas la cause de cette exonération, puisque l'interdiction de l'article 177 égyptien a pour but d'empêcher l'abus des positions politiques et sociales de ces personnes, et la raison de cette prohibition sont réalisée quant aux députés. Il nous apparaît qu'il est plus juste, si le législateur égyptien a comparé les députés avec les fonctionnaires publics, au moins pendant leur mandat. Le même critique est destiné à l'article 142 du décret-loi n°29 du 2011 en Syrie, car, ledit article apporte une disposition similaire à celle de l'article 177 égyptien²⁰.

¹⁸ - Voir : les articles suivants précités : 73a.2 de la loi du 24 juillet du 1966 régissant les sociétés commerciales en France, l'article.89 du décret-loi n°29 du 2011 en Syrie et l'article 2 al, 2 de la loi n°159 du 1981 en Egypte

¹⁹ - Viandier et Cozian : droit des sociétés, éd 2^{ème}.P.44 à 48.

²⁰ Comparez entre les textes suivants : article 88 d'ancien code du commerce syrien et l'article 142 du décret-loi n°29 du 2011 en Syrie et l'article 177 de la loi n°159 du 1981 en Egypte., comparez aussi entre l'article 142 et suivants du décret-loi syrien du 2011 et les articles 89, 162, 163 et 164 de la loi égyptienne du 1981.

b- Le fondateur peut être une personne morale

Dans les pays qui nous intéressent, il est admis qu'il n'est pas nécessaire que le fondateur d'une société anonyme soit une personne physique ; il peut être aussi une personne morale²¹, comme par exemple un établissement bancaire ou une autre société, à condition qu'elle jouisse d'une personnalité juridique propre. Dans ce cas, les mêmes règles de capacité s'appliquent au représentant du fondateur personne morale²². En Egypte, l'article 1 du règlement de la loi n° 159 du 1981 décide qu'il peut être fondateur d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, toute personne physique ou morale ayant la capacité exigée par la loi. Précise ledit article que la personne morale ne peut pas être fondateur dans ces sociétés, si leur constitution n'entre pas dans ses activités, c'est-à-dire, une société anonyme ne peut pas participer à la constitution d'une société par actions, si ses statuts ne l'autorisent pas. La Cour D'appel d'Alger a décidé que la société est liée par ses statuts et ne pouvant pas faire un acte étranger à son objet que ceci qui s'y trouve prévu et autorisé²³. Mais, rien n'empêche les statuts des sociétés anonymes de prévoir la faculté de constituer une autre société. Finalement, le fondateur personne morale doit être régulièrement née, si non, la nouvelle société sera elle-même entachée d'irrégularité²⁴.

SECTION-II- Situation juridique des fondateurs pendant la période constitutive

La fondation d'une société anonyme se réalise par l'effort d'un groupement de personne, la situation juridique de ce groupement se différencie suivant ses rapports réciproques(A) ou ses rapports avec les souscripteurs(B), en outre sens, nous analyserons le protocole d'accord entre les fondateurs eux-mêmes et celui qui peut naître entre les fondateurs et les souscripteurs au fil de la constitution.

A- Les liens réciproques entre les fondateurs

Lorsque plusieurs personnes se sont mises en accord pour constituer une société, cela signifie qu'il y a une convention au moins tacite entre ces personnes. Cette convention met en évidence ou bien précise les points essentiels de cet objectif" la constitution de la

²¹ - Escarra et Rault: op cité et l'article 98 alinéa 4 du décret-loi n° du 2011 en Syrie et l'article 1 alinéa 1 de la loi égyptienne du 1981, Viandier et Cozian: op cité n°177.

²² - voir : Hémar, Terré et Mabilat : op cité n° 627 et suivants.

²³ - Arrêt du .16 Février.1911, Journal des sociétés.1919. P.414.

²⁴ - Cass.Comm française : 17 novembre.1969 : Revue des sociétés.1970. P.290

société", comme par exemple l'objet, la forme, la durée, le siège social, mode de fonctionnement...etc. Donc, par cela, les fondateurs déterminent leur mission et le rôle de chacun d'entre eux dans la réalisation de leur but future. La rédaction d'un acte écrit est requise en droit syrien et égyptien²⁵. La jurisprudence française décide que cet accord peut être fait par tous les moyens. Il est utile de signaler que le respect de cette convention entre les fondateurs n'a aucun effet sur la société après sa constitution régulière²⁶. Nous étudierons, d'abord, l'analyse juridique de la convention entre les fondateurs(a), puis, les effets de cette convention(b).

a – L'analyse juridique de la convention entre les fondateurs

La doctrine a essayé d'interpréter la convention entre les fondateurs et d'y donner une définition. La première partie de la doctrine considère cette convention comme une société civile, car il s'agit de mettre en commun des connaissances, des activités et des efforts dans un but autre que de se partager les bénéfices qui pourront en résulter²⁷. Mais, cette analyse n'a pas pu réussir, puisque les efforts des fondateurs ne sont pas gratuits, ils se proposent de constituer une société dans le but d'être rémunérés par des avantages particuliers, si la loi le permet. La deuxième partie de la doctrine voit que l'accord entre les fondateurs représente un contrat de société, parce qu'il y a, en réalité, mise en d'apports dans le but de se partager les bénéfices éventuels, conformément à la définition de la société, mais les auteurs ne s'entendent pas sur la nature de contrat de société. Ainsi, certains auteurs estiment qu'il s'agit d'une société en participation, puisqu', à l'égard des tiers, elle n'agit pas en tant que telle, à cause de l'absence de

²⁵ - L'article 17 du décret-loi n°29 du 2011 régissant actuellement les sociétés commerciales en Syrie, dispose que " à l'exception de la société en participation, les associés ne peuvent prouver l'existence de la société entre eux ou à l'égard des tiers que par un acte écrit". Cette disposition est similaire à celle de l'article 56 d'ancien code du commerce en Syrie abrogé par la loi n°3 du 2008 et par le décret-loi n°29 du 2011. Or, ce texte disposait que " "Tout toutes sociétés commerciales, à l'exception de la société en participation, doivent être constatées par écrit", voire aussi, l'arrêt n°217 du 25 juillet 1979 de la Cour de Cassation de Damas : Méjalet Al Kanonn°8 du 1979.P.556 en arabe. Par contre, l'article 3 alinéas 2 du règlement de la loi égyptienne n°129 du 1981 exige que la société doive être constatée par un acte authentique.

²⁶ Cass.Civ octobre 1963. Bulletin. Civil.1. 1963.P.359, Paris.7 Octobre .1965 Revue trimestrielle de droit commercial(R.T.D.C) 1966.348, note Houin.

²⁷ - Theller et Pic : t.2 1937. N°846 ; Cass. Française.4.Janvier : Revue des sociétés 1937.P. 117.

la personnalité juridique, et les fondateurs ne sont, donc, que des codébiteurs²⁸. Une troisième conception traite la convention entre les fondateurs comme un simple contrat innomé²⁹. Un autre avis considère que les fondateurs constituent parfois entre eux une société d'études dont la forme varie selon l'hypothèse. Tantôt la société d'études se transformera en société d'exploitations au moyen d'une simple modification de l'objet social et, éventuellement, au moyen d'un changement de forme. Tantôt, la société d'études jouera le rôle de fondateur de la société par actions en formation. En tous cas, la société d'études présente un caractère commercial puisqu'elle a pour but de créer une société par actions³⁰.

En conclusion, il n'est pas assez facile de décider une solution unique. Or, tout dépend la volonté des fondateurs exprimée par leur convention écrite ou tacite. Enfin, l'idée de la société de fait nous semble la plus satisfaite en l'absence d'un accord exprès, puisqu'elle est la plus harmonieuse avec la responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs imposée par les trois législations en question. Mais, on se demande, quels sont les effets de cet accord entre les fondateurs³¹.

b- Les effets de l'accord de la constitution entre les fondateurs

Les effets de la convention entre les fondateurs sont déterminés par leur accord extériorisé par ladite convention. Cet accord doit mentionner les droits, les obligations de chaque fondateur, et si l'un des fondateurs refuse d'exécuter ses obligations, il sera civilement responsable envers le reste de fondateurs et envers les tiers. Par contre, il a le droit de recours aux fondateurs, s'il a assumé tous les frais de la constitution. Mais, en cas de l'absence d'une convention entre les fondateurs, il faut discerner entre deux hypothèses pour déterminer les effets de l'accord entre les fondateurs : la réussite et l'échec de la

²⁸ - Copper et Royer : société anonyme, éd.4^{ème}. P.360 ; Percerou : fondateurs des sociétés anonymes. P.187. Cass. Française.23 Décembre .1889; S.1891.1.321

²⁹ - -Theller et Pic : op cité n°846, Cass. Française .4. Janvier 1937, Revue des sociétés 1937.P.117, Edwar Aid, op cité. P.30 en Arabe.

³⁰ Wahel : caractère civil ou commercial des sociétés d'études : Journal des Sociétés 1906.P.56.

³¹ - Voir les articles : 10 de la n°29 du 1981 en Egypte ; Ripert et Roblot : traité de droit commercial, op cité t.1, éd16ème. P.787. n°1051 et l'article 13 alinéa 2 du décret-loi n°29 de 2011 régissant les sociétés commerciales qui précise que " la société jouit, pendant la période constitution, d'une personnalité morale limitée, et les fondateurs sont solidairement responsables à l'égard des tiers, de toutes les engagements pris au nom de la société en formation....etc.", et l'article 154 et suivants de même décret qui décide des sanctions civiles et pénales.

constitution. Si la société se constitue, les fondateurs ne sont que temporairement responsables, parce que les actes conclus par eux seront repris par la société après sa constitution régulière³². En revanche, au cas de l'échec de leurs efforts, les fondateurs seront définitivement responsables des actes passés par eux³³. En l'absence d'accord, les frais avancés seront partagés à part égal, lorsque tous les fondateurs se trouvent sur le même pied d'égalité au point de vue des apports et des efforts accomplis par chacun d'eux au fil de la constitution, sinon, les frais seront partagés proportionnellement par rapport à la part de chacun d'eux³⁴. Enfin, les fondateurs sont tenus de déployer tous les efforts en vue de constituer la société, puisque leur obligation dans la constitution de la société est une obligation de moyen³⁵.

B – Les liens entre les fondateurs et les souscripteurs

Les efforts déployés par les fondateurs ont des influences sur les souscripteurs. Cette influence ne vient pas de l'idée du contrat³⁶. Mais, cela ne signifie pas que les fondateurs et les souscripteurs sont dispensés de tout engagement. Or, les obligations et les droits des fondateurs qui résultent, soit du dépôt du projet des statuts au greffe du tribunal du commerce, soit de la signature du bulletin de souscription, sont imposés par la loi.³⁷ Egalement, les souscripteurs sont tenus de libérer leurs actions au moins à concurrence de leurs parts exigées par la loi³⁸.

Une opinion voit que le rôle des fondateurs se traduit par la gestion d'affaire, le fondateur serait le gérant d'affaire des associés, et sous cette qualité, il est tenu de poursuivre la gestion en vertu des

³² - Voir les articles 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet du 1966 en France et articles 12 et 13 de la loi égyptienne du 1981 et article 13 du décret-loi syrien du 2011, ces textes précisent que " les fondateurs supportent conjointement et solidairement les frais avancés de la constitution de la société, si cette constitution n'a pas été réalisée. A contrario, ces frais sont repris par la société après sa constitution.

³³ - Voir : article 5 alinéa 2 de la loi française du 24 juillet du 1966 ; article 13 alinéa 3 du décret-loi syrien du 2011 régissant les sociétés commerciales et article 12 de loi égyptienne du 1981 précités.

³⁴ Voir : Juri.Class Sociétés. Fasc.113 ; Sibay et Intaki : op cité. P.44.

³⁵ - Voir : l'article 11 de la loi du 1981 en Egypte.

³⁶ Escarra et Rault: op cité, t.2.P.44

³⁷ - Voir : articles 74 de la loi du 1966 en France ; article 11 de la loi du 1981 en Egypte et article 108 d'ancien code du commerce syrien.

³⁸ - Voir article 75 de la loi du 1966 en France ; article 109 d'ancien code du commerce syrien et l'article 32 de la loi du 1981 en Egypte.

articles 1373 du code civil français, l'article 192 du code civil syrien et l'article 191 du code civil égyptien. Mais, Cette opinion est critiquable, car, les fondateurs ne connaissent pas encore les associés ; ils agissent dans leur intérêt personnel et non dans celui des futurs actionnaires³⁹. Par contre, une partie de la doctrine adopte la théorie de l'institution pour préciser les liens entre les fondateurs et les souscripteurs. Ainsi, selon certains juristes français " seul la théorie de l'institution est capable de justifier l'ensemble des prérogatives et des obligations qui caractérisent la condition des fondateurs comme celle des souscripteurs"⁴⁰ . En tout cas, il n'est pas facile de présenter une opinion complète pour préciser les liens entre les fondateurs et les souscripteurs d'une société anonyme en formation. Car, même en droit français, le législateur n'a pas, surtout lors de l'augmentation du capital social, éliminé le terme " contrat de souscription"⁴¹ .

Une autre question consiste à savoir si la souscription a un caractère civil ou commercial ? La doctrine est divisée sur ce point, un courant estime que la souscription constitue un acte civil. Or, il s'agit, en effet, d'un acte passé entre des personnes n'ayant pas la qualité de commerçant. Pour cette conception, le souscripteur comme un mandataire reste inconnu du public. L'acte du commerce ne se dissimule pas, le commerce se caractérise par l'idée de spéculation, tandis que l'actionnaire d'une société anonyme fait habituellement placement de ses biens, sa responsabilité est limitée à la concurrence de sa mise. Mais, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence attribue à l'acte de souscription un caractère commercial. Cet avis repose sur la règle de la commercialité par accessoire. L'acte de souscription ; accessoire d'une activité commerciale, est lui-même commercial, en un seul mot, l'acte de souscription se qualifierait comme l'adhésion à une société commerciale par sa forme quelque soit son objet. Mais, cette opinion n'entraîne que la compétence du tribunal du commerce pour statuer sur les contestations. De plus, ce qui affaiblit cette conception est que la capacité du souscripteur est réglée sans considération du caractère commercial de la souscription⁴²

³⁹ - Ripert et Roblot: op cité, n°1049

⁴⁰ - Escarra et Rault : op cité, t, 2. n°534.P.44.

⁴¹ - Ripert et Roblot: op cité, n°1070 et l'article 61 et suivants du décret du 23 mars du 1967 en France

⁴² - Ripert et Roblot: op cité, n°1062

En revanche, il nous est appa rait que la thèse contractuelle est conciliable avec l'état de droit syrien et égyptien, puisque la loi de deux pays reconnaissent à la société une certaine existence pendant la période constitutive. Ainsi, par le fait de sa constitution, la société est considérée comme une personne morale, même si cette personnalité n'est opposable aux tiers qu'après son immatriculation au registre du commerce et des soci t s⁴³. Par ailleurs, les deux législations exigent une autorisation gouvernementale demand e par les fondateurs pour constituer la société. On peut, donc, déduire que selon la loi de deux pays, il s'agit d'un contrat conclu entre les fondateurs et ayant pour but la constitution de la société (art.102 de la loi égyptien n 159 du 1981 et l'article 98 du décret-loi syrien du 2011). En vertu de ce contrat, ils pourront entamer les opérations de la constitution, y compris la souscription. Pendant cette période, la société a une personnalité morale semblable à celle d'un mineur, lui permettant d'aboutir à sa constitution d finitive⁴⁴. A ce stade, elle agit par l'intermédiaire de ses représentants légaux (les fondateurs). La société est encore handicapée, incapable, mais elle a déjà un patrimoine actif, lui permettant de recevoir les fonds provenant des souscriptions. Les fondateurs peuvent aussi défendre cet incapable contre les tiers. Ils peuvent également agir au profit de la société pour préserver ses droits, ses biens contre toute usurpation. Donc, au fil de la constitution, la société est représentée par ses fondateurs⁴⁵. La Cour de Cassation égyptienne a affirmé cette conception en d cendant que " Les fondateurs sont tous, ensemble ou séparément, habilités à agir pour le compte de la société et à défendre sa marque qu'elle avait acquise"⁴⁶. Ajoutons que la théorie de l'engagement unilatéral de volonté ne s'harmonise pas avec le droit commun égyptien et syrien qui limite le rôle de volonté à la promesse d'une récompense en échange d'une prestation déterminée adressée au public⁴⁷. En fin, il semble qu'il est difficile de s'appuyer sur une seule

⁴³ - Voir : l'article 13 du décret-loi du 2011 régissant les sociétés commerciales en Syrie, et l'article 474 du code civil syrien et l'article 506 du code civil  gyptien.

⁴⁴ -Al Habib Radwan : La personnalité morale de la société anonyme pendant la période constitutive : une étude comparative publiée en Revue de sciences humaines –al moufaker- Algérie, Faculté de droit et des sciences plolitique,  d 8 . 2012.

⁴⁵ Edward Aid, op cité, t.II.n 211 ; même auteur, t.I. n 35 ; Pharouan.Hicham op cite, t.I.n .422.P.289; Ali Hassan Younès, op cite. P.193   195, Al Baroudi et Al Ariny, op cite .P.490

⁴⁶ - Cass. Civ.  gyptienne.24 Janvier : Al Majalla Al Madania, l'année 14.P.180

⁴⁷ - Voir : article 162 du code civil égyptien et article 163 du code civil syrien.

théorie pour expliquer les liens entre les fondateurs et les souscripteurs de la société anonyme en formation. Donc, seule la technique juridique de la société anonyme peut nous donner une réponse à la question provoquée dans ce domaine.

Conclusion

Les fondateurs de la société anonyme jouent le rôle le plus important dans la formation de la société anonyme. Plusieurs engagements seront à leur charge. Les pourparlers de formation de la société en question, la présentation de demande de la constitution, l'obtention de l'autorisation gouvernementale en Syrie et Egypte, la souscription des actions sont tous accomplis par les fondateurs. C'est pour ces raisons, on 'a essayé dans cette étude comparative de préciser la notion des fondateurs de la société anonyme. On a cherché dans les législations de trois pays (France, Syrie, Egypte) pour savoir si l'un des législateurs de ces pays a donné une définition légale de l'idée de fondateur. Le législateur français et son homologue syrien ne donnent pas une définition légale à l'idée des fondateurs, mais la doctrine et la jurisprudence nous ont donné une en adoptant une conception extensive de cette notion. Ainsi, il est considéré comme fondateur toutes les personnes qui ont, directement ou indirectement, participé à la constitution de la société. Par contre, le législateur égyptien nous donne une définition légale du fondateur en considérant comme fondateur, quiconque participe effectivement à la constitution de la société et supporte les responsabilités qui en résultent. Il a la qualité de fondateur, d'une façon particulière, celui qui a signé l'acte constitutif, demandé l'autorisation de la constitution ou apporté un apport en nature. D'ailleurs, les trois législations qui nous intéressent se rejoignent quant aux conditions requises pour qu'une personne physique ou morale soit fondateur d'une société anonyme.

D'autre part, la situation juridique des fondateurs pendant la période constitutive ne peut être justifiée qu'en s'appuyant sur la technique juridique propre de la société anonyme. Or, toutes les théories que nous avons exposées ne pouvaient pas nous donner une justification convaincante pour expliquer les liens entre les fondateurs eux-mêmes et entre les fondateurs et les souscripteurs. C'est pourquoi, les trois législateurs ne pouvaient pas écarter la conception contractuelle. Enfin, la qualité de fondateur doit, à notre avis, être attribuée à toutes les personnes qui ont, directement ou indirectement, participé à la formation de la société anonyme pour que les fondateurs

ne puissent pas soustraire de leur responsabilité en cas de l'échec de la constitution.

Références

Al Habib Radwan : La personnalité morale de la société anonyme pendant la période constitutive : une étude comparative publiée en Revue de sciences humaines –al moufakher- Algérie, Faculté de droit et des sciences politique, éd 8. 2012.

Amiens : 24 décembre 1886. J. Sociétés.90.50.

Arrêt ministériel du .16 Février.1911, Journal des sociétés.1919. P.414.

Cass. Civ. 10 Janvier.1887.D.P.85-355.

Cass. Civ. 30 octobre.1928.D.P. 1930-1-9, note Chéron. S. 1929-1-129 obs. Lagarde.

Cass. Civ. égyptienne.24 Janvier : Al Majalla Al Madania, l'année 14.P.180.

Cass. Civ.1^{er} Juillet 1930. S. 1930.1. 305 obs. Lagarde ; D. 1931.1. 97, note Hamel.

Cass. Civ.1^{er} Juillet 1930. S. 1930.1. 305 obs. Lagarde ; D. 1931.1. 97, note Hamel

Cass. Française.4.Janvier : Revue des sociétés 1937.P. 117.

Cass.Civ octobre 1963. Bulletin. Civil.1. 1963.P.359, Paris.7 Octobre .1965 .

Cass.Comm française : 17 novembre.1969 : Revue des sociétés.1970. P.290.

Claude Giverdon : Encyclopédie Dalloz, Répertoire : sociétés " fondateur".N°2.

Code civil égyptien.

Code civil français.

Code civil syrien.

Copper et Royer : société anonyme, éd.4^{ème}. P.360.

Douai : 6 mars 1900- D.P 1901.2.207.

Eid. Edward : les sociétés par actions en droit libanais, t. II.1977.

Escarra et Rault: traité théorique et pratique de droit commercial.t.I. Sociétés par actions.

Hémard, Terré et Mabilat : sociétés commerciales, 11936.

Hicham. Pharoun : le droit commercial terrestre, t.1.P.280.

Lyon-Caen et Raynaud : Traité de droit commercial, t.2.1943.

M. Fouad. Al Ariny : le droit commercial égyptien- sociétés commerciales, t.II. Alexandrie 1995.

Pastien : La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce.

Percerou : fondateurs des sociétés anonymes.1930.

Radwan Abou Zaid : sociétés commerciales 1983 le Caire.

Revue des sociétés.1971.191, note J.H.

Revue trimestrielle de droit commercial(R.T.D.C) 1966.348, note Houin.

Revue Trimestrielle du droit commercial.1971-353, note Houin.

Ripert et Roblot : Traité de commercial 16 éd.2004.

Viandier et Cozian : droit des sociétés, éd 2^{ème}1993.

Wahel : caractère civil ou commercial des sociétés d'études : Journal des Sociétés.

