

LE COMMISSARIAT AUX APPORTS

Institution juridique du commissariat aux apports

Le commissariat aux apports est la mission en vertu de laquelle un professionnel s'exprime sur la valeur attribuée à un apport en nature dans le capital d'une société de capitaux, que cet apport intervienne lors de la constitution de la société ou à l'augmentation du capital.

Le commissariat aux apports a été, d'abord, institué par le code de commerce avant d'être repris et d'avantage réglementé par le code des sociétés commerciales (CSC).

Cette institution qui visait, au niveau de son ancienne conception, une protection des actionnaires non apporteurs dans une société anonyme, a été élargie dans son application, pour concerner également les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée.

L'institution du commissariat aux apports par le CSC devrait s'insérer dans l'objectif général de protection des investisseurs, qu'ils soient associés ou créanciers de l'entreprise.

La connaissance de cet objectif devrait nous permettre de procéder aux interprétations nécessaires de certaines dispositions réglementaires prévues par le CSC et relatives au commissariat aux apports.

Il est à préciser que :

Le mode de nomination, la personne pouvant être nommée commissaire aux apports, ses obligations et ses responsabilités, diffèrent selon la société à laquelle s'effectue l'apport en nature.

Commissaire aux apports dans les Sociétés A Responsabilité Limitée (S.A.R.L).

Nomination du commissaire aux apports dans une S.A.R.L

L'article 100 du CSC oblige à ce que l'acte constitutif de la société comporte une évaluation de tout apport en nature fait à une S.A.R.L. Il précise en plus, que l'évaluation de l'apport en nature doit être faite par un commissaire aux apports.

Le commissaire aux apports doit être désigné à l'unanimité des associés ou à défaut par ordonnance sur requête rendue par le président du tribunal de la première instance dans le ressort duquel est situé le siège de la société. Cette ordonnance est rendue à la demande du futur associé le plus diligent.

La personne pouvant être nommée commissaire aux apports d'une S.A.R.L.

Il n'existe pas de précisions particulières concernant la personne pouvant être désignée en tant que commissaire aux apports dans une SARL. Mais, nous pouvons comprendre que le choix de la personne dépend du mode de sa nomination.

Si le commissaire aux apports est nommé à l'unanimité des associés, il peut être librement choisi, parmi toute personne compétente pouvant accomplir la mission prévue par la loi.

Si, par contre, la désignation est faite par le président du tribunal de première instance, le commissaire aux apports devrait normalement être choisi parmi les experts judiciaires, de la même manière que cela est prévu pour les sociétés anonymes.

Il en est de même en cas d'augmentation de capital par apport en nature.

Cas où il n'est pas obligatoire de désigner un commissaire aux apports dans une S.A.R.L

Dans le cas où la valeur de chaque apport en nature ne dépasse pas la somme de trois mille dinars, les associés peuvent décider à la majorité des voix, de ne pas recourir à un commissaire aux apports.

Cette disposition montre que le législateur juge désormais, l'utilité du commissariat aux apports en fonction de l'importance relative de l'apport en question. Mais si cette importance relative a été limitée à trois mille dinars par apport, qu'en est-il lorsque une S.A.R.L est constituée de cinquante associés ayant fait chacun, un apport en nature d'une valeur de trois mille dinars. La réglementation ne donne pas de réponse ; force est donc de préciser que les associés restent solidairement responsables à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société, et que l'action en responsabilité, qui en découle se prescrit par un délai de trois ans à compter de la date de constitution.

Il nous semble évident que cette responsabilité reste engagée dans le même sens en cas d'augmentation de capital par apport en nature.

Responsabilité du commissaire aux apports dans une S.A.R.L

D'une manière générale, le commissaire aux apports encourt une responsabilité civile, pénale et éventuellement, disciplinaire.

Si la responsabilité civile du commissaire aux apports peut être engagée suite à une faute commise par lui et ayant causé un dommage à autrui, sa responsabilité pénale ne peut être retenue que si elle est prévue par la loi, outre l'existence de l'élément matériel.

Il est à signaler à cet égard que l'article 146 du CSC a prévu une peine d'emprisonnement d'un an à 5 ans et d'une amende de 500 à 5 000 dinars, les personnes qui ont sciemment et de mauvaise foi, font attribuer à des apports en nature une évaluation supérieure à leur valeur réelle.

Bien que le législateur n'a pas cité explicitement le commissaire aux apports, dans l'article précité, il nous semble évident qu'on pourrait l'assimiler à l'une des personnes visées par cet article.

Commissaire aux apports dans les Sociétés Unipersonnelles A Responsabilité Limitée (S.U.A.R.L)

Nomination du commissaire aux apports dans une S.U.A.R.L

L'article 151 du CSC renvoie aux dispositions de l'article 100, en matière de commissariat aux apports. L'acte constitutif de la S.U.A.R.L doit comporter, en conséquence, une évaluation faite par un commissaire aux apports, de tout apport en nature fait à la société. Le rapport d'évaluation doit être annexé aux statuts de la société.

Le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique, et l'objectif de ce rapport d'évaluation est de préserver l'intérêt des futures créanciers étant donné que le capital issu de cet apport constitue pour ces derniers un gage.

La personne pouvant être nommée commissaire aux apports d'une S.U.A.R.L.

En l'absence de précisions particulières concernant la personne pouvant être désignée commissaire aux apports dans une S.U.A.R.L, et compte tenu du fait qu'il est désigné par l'associé unique, il est donc, librement choisi parmi toute personne diligente pouvant accomplir la mission prévue par la loi.

Il est de même en cas d'augmentation de capital par apport en nature.

Cas où il n'est pas obligatoire de désigner un commissaire aux apports dans une S.U.A.R.L

Dans le cas où la valeur de l'apport en nature ne dépasse pas la somme de trois mille dinars, l'associé unique peut ne pas recourir à un commissaire aux apports.

A défaut de désignation d'un commissaire aux apports, l'associé unique sera personnellement responsable à l'égard des tiers de la valeur attribuée à l'apport en nature lors de la constitution de la société.

L'action en responsabilité se prescrit par un délai de trois années à partir de la date de la constitution de la société.

Il semble évident que cette responsabilité reste engagée dans le même sens en cas d'augmentation de capital par apport en nature.

Responsabilité du commissaire aux apports dans une S.U.A.R.L

Comparativement à ce qui a été exposé au niveau de la S.A.R.L, on serait tenté de préciser que le commissaire aux apports d'une S.U.A.R.L encourt une responsabilité civile, pénale et éventuellement, disciplinaire.

Mais si, sa responsabilité civile peut toujours être engagée suite à une faute commise par lui et ayant causé un dommage à autrui, tel n'est pas le cas pour sa responsabilité pénale.

En effet, la responsabilité pénale ne peut être retenue que si elle est prévue explicitement par la loi, indépendamment de l'existence de l'élément moral et de l'élément matériel

Or, rien dans les articles consacrés aux S.U.A.R.L ne prévoit une telle responsabilité.

Il est certes, à relever, que l'article 158 du CSC, reste en apparence comparable à l'article 146 relatif aux S.A.R.L, en matière de pénalisation, mais se distingue tout de même, au niveau de sa portée.

En effet, si l'article 146 a prévu la pénalisation de toute personne ayant sciemment et de mauvaise foi, fait attribuer à des apports en nature une évaluation supérieure à leur valeur réelle, l'article 158 a limité une telle pénalisation à la seule personne de l'associé unique. On peut donc, conclure qu'il n'existe pas de pénalisation du commissaire aux apports dans une S.U.A.R.L.

Bien qu'une telle situation nous paraisse étonnante, nous devons l'accepter comme telle, car en matière pénale nous n'avons la possibilité d'appliquer ce qui n'est pas prévu par la loi.

Commissaire aux apports dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne (FAPE).

Nomination du commissaire aux apports dans les SA faisant A.P.E.

Dans le cas d'un apport en nature fait à une SA faisant A.P.E, lors de sa constitution, l'article 173 du CSC oblige les fondateurs à demander au président du tribunal de première instance la désignation, par ordonnance, d'un commissaire aux apports.

Le choix incombe, donc, au président du tribunal de première instance du siège social de la société.

Pour le cas d'une augmentation de capital par apport en nature, l'article 306 du CSC revoit aux mêmes dispositions de nomination prévues par l'article 173. Il incombe au conseil d'administration ou au directoire de la société de demander au président du tribunal de première instance la désignation, par ordonnance, d'un ou de plusieurs commissaires aux apports.

Il est relevé, par ailleurs, l'existence d'une nuance entre les dispositions de l'article 173 et celles de l'article 306 précités. En effet, et alors que l'article 173 prévoit la désignation d'un commissaire aux apports, l'article 306 prévoit la possibilité d'en désigner plusieurs. Nous pensons qu'il ne faudrait pas se limiter au texte et comprendre par là, que lors de la constitution, il n'y a lieu de nommer qu'un seul commissaire par apport et qu'on pourrait, lors d'une augmentation de capital en désigner plusieurs pour un même apport. La désignation de plusieurs commissaires aux apports lors de la constitution serait, également, possible.

La personne pouvant être nommée commissaire aux apports d'une SA faisant A.P.E.

Seuls les experts judiciaires peuvent être désignés commissaires aux apports dans une SA faisant A.P.E.

Une telle disposition prévue par l'article 173 du CSC appuie le souci du législateur d'accorder davantage d'indépendance au commissaire aux apports et donc une meilleure protection des tiers. Mais, si ce souci se trouve justifié, il l'aurait été davantage si le législateur avait également prévu le domaine de compétence requis de cet expert judiciaire.

En effet, dans le commissariat aux apports, il ne s'agit pas uniquement d'apprécier la valeur d'un bien, mais également, son utilité pour la société bénéficiaire. L'article 173 précité oblige à ce que le rapport du commissaire aux apports indique la description de chaque apport en nature, sa consistance, son mode d'évaluation, ainsi que l'intérêt qu'il présente pour la société, avec indication de la nature des avantages particuliers prévus au n°11 de l'article 164 du présent code.

Il est donc évident, qu'il ne peut pas s'agir des seuls experts en la valeur du bien à apporter, mais aussi, de celui qui saura apprécier son utilité pour la société.

Les personnes ne pouvant pas être nommées commissaires aux apports d'une SA faisant A.P.E.

L'article 174 du CSC est relativement explicite quant aux incompatibilités liées à l'exercice de la fonction de commissaire aux apports.

Ne peuvent, en effet, être désignés commissaires aux apports :

- 1) Les personnes qui ont fait l'apport en nature objet de l'évaluation.
- 2) Les ascendants, descendants, collatéraux et alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement des personnes suivantes :
 - a) Des apporteurs en nature.
 - b) Des fondateurs de la société.
 - c) Des administrateurs ou membres du directoire lors des augmentations du capital social.
- 3) Les personnes recevant, sous une forme quelconque un salaire ou une rémunération à raison de fonctions autres que celles de commissaire, des personnes suivantes :
 - a) Des apporteurs.
 - b) Des fondateurs d'une autre société souscrivant dix pour cent du capital de la société, lors de sa constitution.
 - c) Des gérants ou de la société elle-même, ou de toute entreprise détenant dix pour cent du capital de la société ou qui détiendrait le deuxième du capital lors de l'augmentation de capital.
- 4) Les personnes à qui l'exercice de la fonction d'administrateur est interdite ou qui sont déchues du droit d'exercer cette fonction.
- 5) Les conjoints des personnes visées aux paragraphes de 1 à 3 (modifié par la loi, n° 2005-65 du 27 juillet 2005).

Si l'une des causes d'incompatibilité ci-dessus indiquées survient aux cours du mandat, l'intéressé doit cesser immédiatement d'exercer ses fonctions et en informer les fondateurs ou les administrateurs ou les membres du directoire suivant le cas, au plus tard quinze jours après la survenance de cette incompatibilité.

Il nous paraît incohérent que l'on ait limité l'incompatibilité au deuxième degré des liens familiaux avec les personnes visées au 2), ci-dessous, alors que cette limitation arrive jusqu'au quatrième degré lorsque il s'agit du commissaire aux comptes, or les deux fonctions nécessitent d'être exercées par un professionnel jouissant du même degré d'indépendance. Il aurait fallu, que le législateur harmonise ces dispositions.

Il est à signaler que conformément aux dispositions de l'article 174 du «CSC » les délibérations prises par l'assemblée générale constitutive contrairement aux dispositions de l'article 173 sont considérées nulles. L'action en nullité se prescrit par un délai de trois ans à compter de la date de la délibération.

Cette disposition serait également applicable aux assemblées générales statuant sur les augmentations de capital par apport en nature.

Responsabilité du commissaire aux apports dans une SA faisant A.P.E

Le commissaire aux apports encourt, d'une manière générale, une responsabilité civile, pénale et éventuellement, disciplinaire.

Sa responsabilité civile peut être engagée suite à une faute commise par lui et ayant causé un dommage à autrui.

Sa responsabilité disciplinaire n'est envisageable que dans le cas de l'appartenance du commissaire aux apports à une corporation professionnelle.

Sa responsabilité pénale a été prévue par le CSC, à deux niveaux.

L'article 184 du CSC, prévoit d'abord, une peine de 1.000 à 10.000 dinars pour celui qui aura sciemment accepté ou conservé les fonctions de commissaire aux apports contrairement aux dispositions de l'article 174 ci-dessus, relatif aux cas d'incompatibilité.

Par ailleurs, l'article 186 du CSC prévoit une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 10.000 dinars pour ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle.

Implications du commissariat aux apports sur l'assemblée des actionnaires des SA faisant appel public à l'épargne.

Les commissaires aux apports évaluent sous leur responsabilité la valeur des apports en nature. Leur rapport doit indiquer la description de chaque apport en nature, sa connaissance, son mode d'évaluation ainsi que l'intérêt qu'il présente pour la société.

Le rapport doit être déposé au siège de la société et mis à la disposition des souscripteurs qui peuvent en obtenir communication quinze jours au moins avant la date de l'assemblée générale constitutive.

L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature. Elle ne peut réduire l'évaluation faite par les commissaires aux apports qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs.

L'apporteur en nature ne peut prendre part au vote relatif à l'évaluation de son apport.

Le procès verbal de l'assemblée générale constitutive doit mentionner expressément l'approbation des apports en nature, à défaut la société ne peut se constituer légalement.

Il est, par ailleurs, à préciser que lorsque l'assemblée générale constitutive délibère sur l'approbation d'un apport en nature, les actions de l'apporteur ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. En effet, l'apporteur en nature ne peut participer au vote ni pour lui-même, ni comme mandataire.

Même si ces dispositions citées par les articles 173 et 175 du CSC ne concernent, à la lettre du texte, que le cas d'une constitution, elles semblent applicables également pour les cas d'augmentation de capital par apport en nature. Il ne s'agirait là, à notre avis, que d'une omission du législateur.

Commissaire aux apports dans les Sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne

Nomination du commissaire aux apports dans les SA ne faisant pas A.P.E

L'article 181 du CSC oblige d'abord, à ce que les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature, en indiquant qu'il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi par un ou plusieurs commissaires aux apports sous leur responsabilité.

En outre ce même article prévoit que les statuts sont signés par les actionnaires, soit en personne, soit par un mandataire justifiant d'un pouvoir spécial.

Ainsi, il n'a pas été prévu de mode de désignation du commissaire aux apports. L'analogie par rapport au cas de la SA faisant A.P.E peut être retenue du fait que l'article 180 Nouveau (modifié par la loi 2005-65 du 27 juillet 2005) du CSC n'a pas écarté l'article 173 du code du cadre applicable à la SA ne faisant pas A.P.E.

L'article 173 du CSC oblige les fondateurs à demander au président du tribunal de première instance la désignation, par ordonnance, d'un commissaire aux apports.

Par ailleurs, pour le cas d'une augmentation de capital par apport en nature, l'article 306 du CSC revoit aux mêmes dispositions de nomination prévues par l'article 173 CSC.

L'article 306 CSC prévoit dans son premier paragraphe que : « En cas d'apport en nature, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à la demande du conseil d'administration ou du directoire conformément aux dispositions de l'article 173 du présent code ».

La personne pouvant être nommée commissaire aux apports d'une SA ne faisant pas A.P.E.

Seuls les experts judiciaires peuvent être désignés commissaires aux apports dans les SA ne faisant pas A.P.E et ce par analogie aux dispositions de l'article 173 du CSC.

Une telle disposition prévue par l'article 173 du CSC appuie le souci du législateur d'accorder davantage d'indépendance au commissaire aux apports et donc une meilleure protection des tiers.

Il en sera de même en cas d'augmentation de capital par apport en nature.

Nos commentaires relatifs à la compétence requise du commissaire aux apports, soulevés pour le cas des SA faisant A.P.E, restent les mêmes pour les SA ne faisant pas A.P.E.

Les personnes ne pouvant pas être nommées commissaires aux apports d'une SA ne faisant pas A.P.E.

L'article 174 du CSC relatif aux incompatibilités liées à l'exercice de la fonction de commissaire aux apports, reste applicable pour les SA ne faisant pas A.P.E.

Les mêmes commentaires soulevés au niveau de la SA faisant A.P.E, peuvent être soulevés également au niveau de la SA ne faisant pas A.P.E.

Responsabilité du commissaire aux apports dans une SA ne faisant pas A.P.E.

La responsabilité du commissaire aux apports dans une SA ne faisant pas A.P.E est relativement comparable à celle encourue dans une SA faisant A.P.E.

La seule différence qui nous paraît, par ailleurs, étonnante, réside dans la pénalisation prévue par l'article 186 du CSC.

En effet, l'article 186 du CSC qui prévoit, d'une part, une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 10.000 dinars, pour ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle, dans une SA faisant A.P.E, a limité une telle peine à l'amende seulement, lorsqu'il s'agit d'une SA ne faisant pas A.P.E.

Cette nuance introduite par le législateur paraît incohérente quand on sait qu'il n'y a qu'un objectif unique derrière l'institution du commissariat aux apports et qu'il ne devrait pas y avoir, en conséquence, de différence entre les commissaires aux apports quelle que soit la société dans laquelle ils agissent.

Implications du commissariat aux apports sur l'assemblée des actionnaires des SA ne faisant pas appel public à l'épargne.

Les mêmes commentaires soulevés au niveau de la SA faisant A.P.E, peuvent être soulevés également au niveau de la SA ne faisant pas A.P.E.