



HAL
open science

Le droit des affaires “ sans ” l’OHADA : l’emprise du Civil Law / Common Law dans un système de droit mixte (le regard de Maurice)

Rajendra-Parsad Gunpath

► **To cite this version:**

Rajendra-Parsad Gunpath. Le droit des affaires “ sans ” l’OHADA : l’emprise du Civil Law / Common Law dans un système de droit mixte (le regard de Maurice). *Revue juridique de l’Océan Indien*, 2010, 11, pp.43-62. hal-02544458

HAL Id: hal-02544458

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544458>

Submitted on 16 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit des affaires “sans” l’OHADA : l’emprise du *Civil Law / Common Law* dans un système de droit mixte (le regard de Maurice)

Rajendra Parsad GUNPUTH

Chef du Département de Droit- UoM
Senior Lecturer of Law - Université de Maurice
PGCE in Higher Education (UoM)
Docteur en Droit Public- Univ. Paris V René Descartes
Docteur en Droit Privé- Univ. de La Réunion
Post-Doc. Droit Public- Paris X – Nanterre
H.D.R.- Univ. de La Réunion

Selon le Pr. J-B. Seube et le Pr. R. Cabrillac : La richesse du droit mauricien n’a d’égale qu’à sa complexité. Pétri d’influences françaises et anglaises qui se sont entrecroisées au gré des conquêtes et se sont interpénétrées avec la patine du temps, il constitue un rare et merveilleux condensé de ces deux matrices juridiques du droit de nombreux pays du monde. Ainsi, alors que le droit mauricien possède des codes, en particulier un Code civil inspiré du modèle français, la jurisprudence et la règle du précédent y jouent pourtant un rôle fondamental. Ces particularités font du droit mauricien un laboratoire d’étude unique et passionnant pour les juristes du monde entier, à l’heure où sont comparés les mérites respectifs des deux systèmes de Common Law et de Civil Law, à l’heure où l’on esquisse également les perspectives d’un éventuel rapprochement entre eux.

L’OHADA ne pourra jamais s’imposer devant un droit mixte mauricien en pleine expansion. Ce dernier est une véritable armada juridique où le pouvoir législatif assume pleinement son rôle de créateur du droit. Même si l’OHADA a été créée par le Traité de Port-Louis, Ile Maurice, le 17 octobre 1993 par quatorze Etats il n’a jamais été question de sa ratification. Les lois législatives d’inspiration anglaise et française ont taillé une place si importante dans le monde des affaires à Maurice qu’il est quasi impossible de les substituer par les Actes Uniformes de l’OHADA.

Dans un système de droit mixte, il est difficile au juriste mauricien de dompter le droit des affaires : tantôt il découvre *in toto* la loi¹ française du 24 juillet 1966 no 66-537 et tantôt des lois² législatives d’inspiration britannique. Des lois législatives étrangères³ arrivent en abondance et le législateur mauricien ne cesse de les déverser graduellement dans les lois internes mais elles cohabitent les unes avec les autres avec une facilité déconcertante.

¹ Il s’agit ici de la loi no 66-537 du 24 juillet 1966.

² *Bill of Exchange Act*, l’*Income Tax Act*, le *Merchant Shipping Act* entre autres.

³ *The Companies Act 2001* est une loi inspirée de la Nouvelle-Zélande.

Quant à l'interprétation des textes le juge mauricien privilégie les lois d'origines britanniques mais par un jeu de réciprocité et d'adaptation les sources du droit français sont quoique maintenues et servent de guide dans les nombreuses décisions rendues. A l'île Maurice malgré que le monde des affaires s'oscille entre le *Civil Law* et la *Common Law* qui est de plus en plus codifiée on découvre l'émergence des traités internationaux et des conventions internationales¹ en droit du commerce maritime et aérien. L'ensemble des règles internes et internationales sont fondues dans un seul texte juridique mais combien important: le Code de Commerce mauricien. Si ce dernier établit des règles bien précises relatives au droit des sociétés en général le Code Napoléon sert de complément pour les caractères fondamentaux de la société commerciale, sa personnalité morale et les caractéristiques des sociétés civiles.

Selon les grandes traditions du *Common Law* et le *Civil Law* qui ne se connaissent pas vraiment il est au coutumier au juge mauricien d'interpréter les textes de lois en conformité avec le litige en question mais cette double interprétation–application constitue une véritable synthèse du droit mais les différentes sources du droit lui servent alors de guide pour mieux éclairer ses décisions. Devant la complexité du droit mauricien la décision rendue est alors mieux éclairée.

Le droit des affaires est en vogue à l'île Maurice. Avec la mondialisation et le commerce international l'île Maurice veut pleinement jouer son rôle aussi bien sur le plan interne qu'international et ceci sans se soucier de l'OHADA. Elle y voit naître des compagnies et des sociétés ainsi qu'un nombre important des compagnies *offshores*. Sa position stratégique fait d'elle un port d'attache important dans la zone de l'Océan indien avec des contrats internationaux de plus en plus juteux avec le monde extérieur.

Le commerce est aussi en plein épanouissement et le législateur mauricien encourage la concurrence, fait baisser les prix depuis la promulgation du *Fair Trade Act*² et incite directement les investisseurs étrangers et mauriciens à prendre des initiatives et à organiser des foires³ et exhibitions commerciales.

Fortement institutionnalisée, les sociétés à l'île Maurice se plient aux règles établies par la loi française du 24 juillet 1966 alors que les compagnies du modèle anglo-saxon ouvrent accès aux grandes compagnies privées, publiques, limitées ou illimitées. Elles sont donc une création des lois législatives bien précises qui sont actuellement en vigueur alors que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, qui s'analysent comme des sociétés de personnes aux risques illimités, sont les seules en vigueur à l'île Maurice. Les sociétés de capitaux sont exclusivement régies par les dispositions de la *Compagnies Act*⁴ mais cette loi législative permet aussi la constitution de sociétés à responsabilité illimitée mais à condition toutefois d'être

¹ La Convention de Bruxelles (1923) et la Convention de Varsovie (1929).

² Amended Act No 33 de 1988. Dans ce sens *l'Acropole Ltd v. La Gerbe D'Or Ltd and anor* 1982 MR 153/SCJ 169 (la Cour Suprême reprend une décision de la Cour de cassation depuis l'affaire *Benarouche v. Ouaknine-Cass.com*. 1973.D.73.6 et déclare que : “*Since the Cour d'appel had found that there was no law Benarouche was not subject to any obligation preventing him from competing with his former employer and since, additionally, there was no circumstances which made the competition 'déloyale' there was no legal foundation for the decision in terms of article 1382 et 1383 of the Civil code*”. Dans le même sens *Panagora Marketing Co. Ltd v. Abdool Rahim Oosman and Co.* 1987 MR 134 /SCJ 367 ; *Oosman and Co. v. Panagora Co.Ltd* 1988 MR 243/SCJ 353.

³ Le *Consumer Protection (Trade Fair and Exhibition) (Amendment) Regulations 2006 GN No.23 de 2006* et *The Consumer Protection (Price and Supplies Control) Act* sont les nouvelles législations en vigueur actuellement sur tout le territoire mauricien.

⁴ La loi applicable est celle sous laquelle la société ou la compagnie a été constituée : *Feillafé v. Gnany* 1998 SCJ 293 où selon la Cour Suprême: “*We have considered the authorities cited by learned Counsel and find that article 1844-1 of the Civil Code which deals with 'Sociétés' has no direct bearing on our case which is one under the Companies Act, keeping in mind that ,when the Companies Ordinance was enacted in 1913, the notion of Sociétés Anonymes under the Code de Commerce was rendered obsolete by Schedule I of Cap. 397. We are of the view that a juxtaposition of principles which have been designed to apply specifically to 'Sociétés' onto companies, which are of British inspiration, is uncalled for*”.

constituées conformément au *Companies Act* 2001 qui est en vigueur. Les règles applicables aux sociétés commerciales sont établies selon la loi du 24 juillet 1966 ont ses caractéristiques propres : d'une part il existe des règles qui sont appliquées *stricto sensu* au statut de commerçant et d'autres part des règles qui concernent directement les sociétés commerciales et civiles.

Entre le Code de commerce et le Code civil on voit l'émergence de deux grandes pistes qui ouvrent la voie du droit des affaires et de l'entrepreneuriat en droit mauricien : d'une part le juriste mauricien y découvre d'une part les règles applicables au droit du commerçant sans l'OHADA (-I-) et le droit des sociétés commerciales sans l'OHADA (-II-) d'autre part.

I.- Le commerçant sans l'OHADA

A part quelques exceptions¹ près, le droit des affaires, à l'île Maurice, s'inspire des mêmes règles applicables au statut de commerçant² en France. Aussi simple que cela puisse paraître c'est celui/celle qui fait des actes de commerce³. C'est la règle d'or. Ainsi, le simple fait de signer des lettres de change ne lui confère pas la qualité de commerçant car il ne s'agit là ni d'une activité ni d'une profession commerciale⁴. C'est la raison pour laquelle il est difficile de chiffrer exactement le nombre de commerçants à l'île Maurice malgré la présence de l'article 1⁵ du Code de Commerce qui mentionne explicitement qu'il s'agit de l'achat et la vente⁶ des biens meubles ou immeubles ainsi que les opérations intermédiaires pour l'achat et la vente des biens meubles ou immeubles, les formes d'opérations les plus variées telles que les opérations de change, de banque et courtage ainsi que les lettres de change⁷.

Les biens que constitue l'entreprise sont divers : on rencontre à la fois des biens meubles⁸ que des biens immeubles¹, des biens incorporels², des biens corporels³.

¹ Par exemple le Registre de Commerce et des Sociétés (RCS) ainsi que le BODACC n'existent pas à l'île Maurice. Les effets de commerce sont empruntés des lois britanniques telles que *The Bills of Exchange Act*.

² Les obligations sont aussi les mêmes : obligation d'ouvrir un compte en banque et de tenir les livres comptables et l'obligation de publicité légale. Les livres comptables sont préservés pour une durée de 10 ans et servent de preuves à la demande des intéressés. S'ils sont détruits il est fort probable qu'il s'agit d'une fraude alors que la falsification des documents entraîne des poursuites pénales suivies d'amendes.

³ Selon l'article 3 du Code de commerce : «*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*».

⁴ Paris 14 janvier 1987, D. 1987 IR 38.

⁵ Selon l'article 3 du Code de Commerce, trois conditions sont requises pour avoir la qualité de commerçant : il faut faire des actes de commerce à titre personnel et indépendant et il doit agir en son nom et pour son compte à ses risques et périls.

⁶ In *Khodabuksh v. R* 1962 selon la Cour Suprême: «*A planter who operates a factory for the preparation or transformation of the produce of his land is in principle not to be deemed a trader, but a planter who, as well, purchases for that purpose the produce gathered on lands other than his own must be. It was held: «The planter is a trader unless it appears the agricultural produce purchased and treated in his factory is nothing more than an accessory to his agricultural operations*».

⁷ Aux termes de l'article 1 du Code de commerce qui est une reproduction de l'article 632 du Code de commerce français qui prévoit que : «*La loi répute actes de commerce : Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ; Tout achat de biens meubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ; Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ; Toute entreprise de location de meubles ; Toute entreprise de manufacture, de commission ou de transport ; Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ; Toute opération de change, banque et courtage ; Toutes les opérations de banques publiques ; Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ; entre toutes personnes, les lettres de change.*»

⁸ Le fonds de commerce.

On pense à croire que le fonds de commerce est un bien immeuble mais il n'en est rien. Trompeur, il regroupe un ensemble de biens immobiliers. Pris matériellement, il désigne indirectement une entreprise avec un ensemble des biens et ayant un nom commercial, un stock de marchandises même si sur le fonds un échantillon suffit. Il constitue un gage important pour les créanciers avec déposition du débiteur alors que le fonds de commerce nanti demeure en la possession du commerçant. Pris institutionnellement le fonds de commerce est un ensemble des biens alors que la société est un groupe de personnes dont la plupart sont des associés, commerçant ou actionnaires. Cela explique pourquoi une société exploite un fonds de commerce et l'inverse n'est pas vrai puisqu'un fonds de commerce n'a ni actif ni passif propre et que chacun des éléments compris dans la vente du fonds de commerce demeure régi par les règles qui lui sont propres⁴

Le matériel et les marchandises sont les éléments corporels d'un fonds de commerce alors que les éléments incorporels qui le composent sont la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce.

Quant aux actes de commerce par accessoire ils supposent que leur auteur est commerçant. Dans certaines circonstances l'activité commerciale est plus importante que la profession civile : un dentiste est une profession libérale civile et donc le simple fait de vendre des prothèses dentaires à l'un de ses clients ne lui confèrent pas la qualité de commerçant alors que des exploitants, qui non seulement leur fournissent des emplacements mais de terrains de camping, font des actes de commerce⁵. Il agit en son nom d'une façon indépendante et à son compte et à ses risques et périls⁶. La jurisprudence française rajoute que c'est une question d'habitude qui suppose une répétition et une durée⁷.

Le statut de commerçant s'associe directement avec les actes de commerce et c'est le critère⁸ essentiel pour qualifier la profession commerciale⁹ mais à condition que certaines preuves¹⁰ soient établies.

¹ Les baux commerciaux.

² Tels que la clientèle et l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, les créances et les dettes, les livres de commerce, les brevets, les desseins et modèles, les marques de fabriques et corporels.

³ Le matériel et l'outillage et les marchandises.

⁴ Com., 21 juin 1950 : J.C.P. 50, II, 5898.

⁵ Selon Soc. 13 nov. 1980 : Rev. Trim.dr.com ; 1981,516, selon une note de Derrupé.

⁶ Re :B 1868 ("*The true test to decide whether a person is a trader is not to inquire that party bought and sold in order to increase, but whether he did so habitually and with a view to gain his livelihood*".)

⁷ Com. 10 février 1981 : Bull. civ. IV, no 75, p.59 ; 11 juillet 1984 :Bull.civ. IV. no 229, p.191.

⁸ Un cultivateur 'cane planter' n'est pas un commerçant sauf sous certaines exceptions- *Jeewonjee and Co. v. Hossen* 1933.Le critère retenu est celui qui achète pour revendre: *Seeburn v. Aubeeluck* 1968 MR 258 ("*where H who had been accustomed to trade as a public carrier sold his taxi lorry to buy another was a trader as he had unequivocally shown his intention to trade*"); *Kailaysur v. Couve* 1914 MR 78 ("*A sugar manufacturer who grows canes and crushes them into sugar is not a trader. He becomes one if he crushes canes and purchased from other growers provided the purchase is not accidental or exceptional*"); *Procureur General v. Baccus* 1897 MR 51 ("*A Co-operative credit society which supplies articles to its own members is not a commercial undertaking*"); *Pro. General v. District Magistrate of Vieux Grand Port and Koonjoobeharry* 1914 MR 86 ("*A person cut a few trees growing on his own land and make them into plants : he was proved to have sold 100 feet of these plants to a neighbour. The Cour held : 'he was a timber merchant and was guilty of having traded as such without a licence in contravention of article 26 of Ordiancne 6 of 1878 and 22 of 1898'*").

⁹ Un contracteur est un commerçant 'trader' (*Ramdin v. Goolub* 1928 MR. Selon la Cour : "*A job contractor is a trader under article 3 and article 1 of the Code de Commerce*») mais s'il n'accomplit pas des actes de commerce il n'a pas ce statut- *Pillay v. Eroolapen* 1865 ("*That a job contractor is not a trader. Consequently, supplies alleged to have been made to a job contractor cannot be proved by oral evidence*").

¹⁰ *Boulé v. Hinnekindt* 1874 ("*A broker who acted for a commercial man in bringing about a transaction of a commercial nature, did thereby a commercial act, and allowed parole evidence in order to prove certain premises made to the broker at the time of the transaction*").

Vu l'activité commerciale grandissante et l'épanouissement du commerce en général à Maurice et même si aucune définition ni aucune réglementation générale des activités d'intermédiaires du commerce ne figure dans le Code de commerce français le législateur mauricien est intervenu, par contre, pour élever les agents d'affaires, les agents¹ commerciaux, les courtiers² et les commissionnaires au même rang que les commerçants.

Etabli sous la révolution française par la loi des 2-17 mars 1791 le droit des affaires est dominé par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie où il en résulte notamment qu'il est libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon sous réserve d'observer les règlements de police en vigueur. Ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie est repris, au XX^{ème} siècle, par une loi française du 27 décembre 1973, dite loi Royer. Son article 1^{er} réitère, à nouveau, le même principe selon lequel la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales.

Entre le XVIII^{ème} siècle et le XX^{ème} siècle la femme mariée, malgré sa pleine capacité civile, n'a pas le statut de commerçant sauf qu'avec l'autorisation³ de leur époux. La loi du 18 février 1938 et la loi du 22 septembre 1942 imposent des restrictions légales mais le législateur français n'a pas pris du temps pour réaliser que ces lois sont entièrement discriminatoires envers la femme mariée jugée au même titre qu'un incapable.

À l'époque les tribunaux français et mauriciens⁴ doivent faire face à des cas assez particuliers dans la mesure que les femmes mariées, abandonnées par leurs époux, peuvent exercer la profession commerciale par une autorisation tacite⁵ :

“Cependant si une femme, après avoir été abandonnée par son mari, entreprenait un commerce sans se munir de cette autorisation, il paraît certain que les tribunaux ne la considéraient pas comme incapable. La jurisprudence, en effet, présume que le mari, en abandonnant sa femme, l'autorise tacitement à faire les actions nécessaires pour subvenir à son entretien et à faire les actions nécessaires pour subvenir à son entretien et à celui de ses enfants ; elle admet notamment la validité d'un louage de services contracté par la femme dans ces conditions. Les motifs utilitaires qui recommandent cette solution, d'ailleurs très contestable en droit pur, ont évidemment la même valeur dans le cas où la femme entreprendrait un commerce.”

La réforme des régimes matrimoniaux, en date du 13 juillet 1965, élimine indirectement toutes les formes de discriminations à l'égard de la femme mariée. Désormais, la femme mariée peut librement exercer une activité commerciale sans l'autorisation de son époux⁶. Dans

¹ *Boulé v. Hinnekindt 1874, cité.*

² Et selon l'arrêt *Campenon v. Faduilhe MR 1900* : “A house, land and cattle agent is a trader within the meaning of article 3 and 1, although his habitual occupation may be to act as middleman between sellers and buyers of immoveable properties, and to procure loans on mortgages upon such properties, and although such transactions are of a civil nature”.

³ Dans ce sens l'arrêt *Ireland Fraser & Co. Ltd v. Mme Vial 1934 MR 43* (Held : “(i) A married woman trading without the authorization of her husband was not a trader as defined in the enactment repealed by the Bankruptcy Act, and therefore not amenable to the bankruptcy law. (ii) Implied autorisation of the wife by the husband could not be inferred merely from abandonment of the wife by the husband and the latter's prolonged absence. The law states clearly that a husband's consent is indispensable ; but consent, as already pointed out, may be either express or implied ; but it would be transgressing reasonable limits of interpretation to hold that in every case where a husband has abandoned his wife he must be deemed to have conferred upon his tacit autorisation to trade”).

⁴ *Ireland Fraser & Co. Ltd v. Vial 1934 MR 43.*

⁵ Selon Lacour et Bouteron, Précis de Droit Commercial, Vol. 1, note 105.

⁶ Aux termes de l'article 223 du Code civil mauricien : “ La femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari, et elle peut toujours pour les besoins de cette profession aliéner et obliger seule ses biens personnels en pleine

l'hypothèse qu'il y a une exploitation en commun où la femme collabore avec son mari à la direction de l'entreprise il faut admettre que dans ce cas la femme n'est pas commerçante¹ même s'elle gère le fonds pendant une maladie de son mari. Si la femme mariée est rémunérée il existe, au préalable, un contrat de travail mais dans ce cas il est hors de question qu'elle ait la qualité de commerçante².

Depuis la réforme des régimes matrimoniaux³, la femme mariée à la pleine capacité civile. Désormais, elle peut ouvrir un compte en banque sans l'autorisation de son époux, ester en justice sinon faire des actes d'administration ou de disposition.

En supplément, la loi française du 23 décembre 1985 proclame à son tour l'égalité entre les époux, supprime la puissance paternelle⁴ ainsi que l'autorité maritale de l'époux, seigneur et maître de la communauté, et désormais les deux époux exercent en commun l'autorité parentale.

Les articles 5 et 6 s'inspirent directement du Code de Commerce français dans la mesure que la femme mariée peut librement exercer un commerce mais elle n'est pas réputée commerçante⁵ si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé. Toutefois, si elle sert seulement de 'prête-nom' à son mari, alors la jurisprudence française admet cependant que les deux époux doivent être considérés comme commerçants tenus des dettes de l'entreprise et susceptibles d'être mis en faillite si l'époux s'immisce habituellement dans le commerce de sa femme.

Et puisque le droit mauricien suit certaines lois françaises en droit des affaires, l'aliénation des biens réservés dépend de leur régime matrimonial : dans un régime séparatiste elle peut, pour le besoin de son commerce, aliéner et obliger tous ses biens personnels en pleine propriété alors que s'il s'agit d'un régime en communauté de biens elle peut aliéner et obliger ses biens réservés et elle oblige même l'ensemble des biens communs et les propres du mari⁶ dans les cas prévus à l'article 1420⁷ du Code civil.

L'Act 21 de 1985 a promulgué le titre quatrième du Code de commerce mauricien prenant en compte des nouvelles mesures de publicité⁸ informant les tiers le régime matrimonial

propriété'' 223. Repealed and replaced by [Act No. 26 of 1999]. Selon le nouvel article 223 du Code civ.: "Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage".

¹ Civ. 23 mai 1939. Gaz. Pal. 1939.2.310 ; 20 déc. 1943, S. 1944.1.45.

² Civ. 8 nov. 1937, Gaz. Pal. 1938.1.43.

³ Le législateur mauricien a promulgué l'Act 21 de 1985 : désormais le contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, l'option d'un régime séparatiste ou toute décision de justice qui prononce le divorce doivent faire l'objet d'une mesure de publicité dans un journal d'annonce légale. Le but de cette publicité est d'informer les tiers et de connaître le régime matrimonial du ou des commerçants avec lequel ou lesquels ils sont en relation d'affaires puisque les biens qui répondent du gage commercial sont variables avec le régime matrimonial choisi par l'époux ou l'épouse commerçant(e).

⁴ L'arrêt *Mallec* du 20 juillet 1937-Record No. 1858, Bon No 577-Unreported Judgment ("When an emancipated minor wishes to enter into a commercial partnership with the father, the latter's authority should be given at a Family Court (now Judge in Chambers) and ratified at one and the same meeting convened for that purpose. Such a procedure does no violence to the law because it requires the authority of the father and respects the authority given by law as an attribute of the 'puissance paternelle'. The reverse would be true of ratification by the Council of the authorization given in the presence of the members in his covering authority, if it could be thought that he was activated by personal motives in authorizing his son to trade in association with himself or with others").

⁵ Si c'est la femme qui dirige effectivement l'entreprise qui lui appartient c'est elle et non son mari qui a la qualité de commerçant d'après une jurisprudence française en date du 12 décembre 1933.S.1934.1.94.

⁶ Voir *Osman v. Piperdy* 1929.

⁷ [Repealed by Act.26 de 1999].

⁸ *Vayapoury v. Boulanger* 1866 ("Si la constitution d'une SNC obéit aux formations applicables à tous les types de sociétés : publicité dans deux quotidiens mauriciens informant les tiers de l'adoption de ce régime en communauté des biens

choisi par les époux dont l'un est commerçant et tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant doit faire l'objet d'un avis informant les tiers de la nature du régime matrimonial qu'ils ont choisi.

La femme mariée peut désormais s'épanouir dans une société où s'avancent graduellement les innovations technologiques et informatiques. Elle peut être associée avec son époux ainsi que d'autres associés dans une société qu'elle que soit sa forme et participer à la gestion sociale de l'entreprise¹ et pour éviter les donations déguisées les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux peuvent être annulés sauf si les conditions ont été réglées par un acte authentique.

Les lois réformatrices n'ont pas pris en considération certaines personnes telles que les aliénés² et les mineurs. Ce n'est pas un oubli car le législateur français ou mauricien a voulu protéger la profession commerciale. En effet les mineurs³ n'ont pas eu cette opportunité mais cela s'explique aisément dans la mesure que le législateur français et le législateur mauricien ont voulu protéger les mineurs, émancipés ou pas, car l'activité commerciale nécessite une certaine maturité d'esprit, une certaine clairvoyance et d'expérience et l'empêche indirectement de contracter⁴ avec certaines personnes frappées de déchéance par exemple. A l'inverse, si le mineur fait des actes de commerce les lois législatives relatives aux faillites⁵ lui sont alors applicables !

La notion de commerçant et celle d'associé sont deux notions différentes. Si le mineur⁶ n'a pas la qualité de commerçant⁷ il peut, par contre, être associé-commanditaire¹ dans une

ou en séparation des biens, inscription au Registrar des Compagnies de l'extrait des actes de sociétés, il en est de même pour la nullité du contrat de société'').

¹ Article 1832-1 du CCM : *«Deux époux peuvent, seuls ou avec d'autres personnes, être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale. Toutefois, cette faculté n'est ouverte que si les époux ne doivent pas, l'un et l'autre, être indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales.»*

Les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique.»

² Les personnes frappées d'imbécillité, de tares ou d'aliénation ne peuvent exercer cette profession même s'ils sont représentés par un administrateur qui ne peut le faire en leur nom. S'ils sont déjà dans le commerce ils doivent cesser leur activité dès le jugement d'interdiction.

³ Selon l'article 5 du Code de commerce : *«Le mineur même émancipé par le mariage, ne peut être commerçant.»*

⁴ *Bénier v. Péril 1914 MR 22* ('An emancipated minor entered into a commercial partnership 'société en nom collectif' with others, without complying with the provision of article 4 Code civil as to authorization or publication. The Court held : 'The agreement was void for incapacity and the full amount subscribed by the minor as his share should be refunded, as no profits were claimed to have been made by the partnership'). Et *Goudin v. Magnien and Co.* ('Obligations undertaken by a minor, when they do not belong to the category of acts for the validity of which the Civil Code requires special formalities to be gone through, are not absolutely void, but merely voidable on account of lesion. So, an obligation, in the nature of an act of trade, entered into by an emancipated minor, who has not been specially authorised to trade in the manner requires by articles 4 is voidable only, and not absolutely void'.) Dans l'arrêt *Duffau & Desbleds MR 1863*, selon le juge Colin : *«Il ne peut être prononcé de jugement de Faillite contre un commerçant qui aurait fait le commerce pendant sa minorité sans avoir accompli les formalités que la loi impose aux mineurs en pareils cas. L'associé d'un mineur commerçant peut être rendu responsable du défaut d'accomplissement de ces formalités».*

⁵ Dans l'arrêt *Sachedina v. Jackaria 1907 MR 57* selon la cour : *« Any minor may be made a bankrupt. Article 130 subsection 3 of the Bankruptcy Ordinance 23 of 1887 does not apply only to an emancipated minor who has traded contrary to article 2 of the Code de Commerce ». « A minor who engages in trade contrary to article 2 of the Code de commerce falls under the provisions of article 130(iii) of the Bankruptcy Ordinance. Sachedina v. Jackaria 1907 MR 57 followed'- A.C. Ramtoola v. Moussa Ismael 1919 MR 53.*

⁶ La capacité est l'aptitude d'une personne à participer à la vie juridique. Le mineur n'a pas cette capacité de faire le commerce mais il peut être actionnaire dans une société anonyme, commanditaire dans une SCS ou SARL.

⁷ Voir dans ce sens *Canabady and Co. v. Ally Bhay 1939* ('Where the heirs of the deceased are minors, they continue to be members of the partnership not as ordinary members 'en nom collectif' but as 'commanditaires' of the partnership : as such, they were liable for the debts of the partnership but only inter vires hereditators, that is not beyond the recovered by them in the succession of the deceased partner'). *Les créanciers peuvent poursuivre les commanditaires même mineurs-*

société en commandite simple (SCS) uniquement, puisque dans une société en nom collectif (SNC) les associés ont tous la qualité de commerçant, mais à conditions toutefois de respecter certaines conditions de fonds et de formes. Il est évident que leurs pouvoirs dans la SCS sont assez restreints : ils ne prennent aucun part dans la gestion de la société, ils ne peuvent pas, non plus, effectuer des apports en industrie. Par contre, aux termes de l'article 42 du Code de commerce ils ont le droit, deux fois l'an, d'obtenir communication des livres et des documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale auxquelles il doit être répondu également par écrit et de participer à l'assemblée générale.

D'autres personnes ont la pleine capacité civile mais ils ne sont pas commerçants pour autant. Cette interdiction, qui s'apparente plus à une mesure de sûreté qu'à une peine², vise surtout à protéger le monde commercial et ses clients : il s'agit des personnes frappées de déchéance, d'incompatibilités et les étrangers mais sous certaines conditions bien précises.

Entre la déchéance et le cas des étrangers à l'île Maurice on découvre la loi française du 30 août 1947 qui prend la forme de l'article 7 du Code de Commerce d'une part et la loi législative, le *Non Citizen Property Restriction Act*, d'autre part.

La loi française du 30 août 1947 apporte des tempéraments à l'égard des personnes frappées de déchéance : elles sont réduites au même niveau que des incapables mais à l'île Maurice cette incapacité d'exercice peut être levée par le Juge en Chambre et le Ministère Public entendu lorsque la personnalité de l'ancien condamné ; jugé et condamné pour fraude, malhonnêteté, détournement, abus de confiance, vol, escroquerie, recel, faux en écriture privée, de commerce ou de banque, le détournement commis par les dépositaires de deniers publics ; justifie désormais l'adoption d'une telle mesure ou lorsque le maintien de cette interdiction risque de présenter pour le requérant ou sa famille des inconvénients économiques d'une particulière gravité.

L'île Maurice a toujours attiré les investisseurs étrangers³ mais le législateur mauricien veut contrôler l'achat immobilier et réglementer les achats des parts de sociétés par la

Herchenroder v. Wallach 1861 et les mineurs ou 'sleeping partners' ont un droit à la gestion interne de la société et réclamer des comptes aux directeurs- Bertin v. Lassime 1879 ('The rights of commanditaire to account of management. The defendants as managers of the firm in which the plaintiff was a sleeping partner, were to give an account of their management, and, in their ability to do so, were responsible for the sums entrusted to them and bound to refund the same with interest').

¹ « It was concluded that a deed constituting a société en nom collectif engaged in trade, stipulated that in the event of one or two or the partners dying before the expiry of the partnership, the partnership would continue between the surviving partners. The establishing ruling of French Courts held that where the heirs of the deceased are minors they continue to be members of the partnership not as ordinary members en nom collectif but as commanditaire of the partnership and also held that the provision of article 2 of the Code de commerce would not apply to the infant heirs of the deceased because they were only continuing an existing trade''-in *Canabady v. Allybhay 1939 MR 26* (selon les juges Le Conte, Tracey Watts et Espitalier-Noel). L'arrêt *R. Canabady and Co. v. Allybhay 1939 MR 26* (''Where a deed constituting a Société en Nom Collectif engaged in trade stipulated that in the event of one or two of the partners dying before the expiry of the partnership, the partnership would continue between the surviving partner or partners and the heirs of the deceased partner or partners, held following the established ruling of French Courts, that where the heirs of the deceased are minors, they continue to be members of the partnership not as ordinary members en 'Nom Collectif' but as 'commanditaires' of the partnership : that as such, they are liable for the debts of the partnership but only 'inter vires hereditatis', that is not beyond the amount recovered by them in the succession of the deceased partner. Held also, that even if that were not so, the provisions of article 2 of the Code de commerce would not apply to the infant heirs of the deceased, because they were only continuing an existing trade. The French Courts in deciding that the heirs were liable as 'commanditaire' only, have not exceeded their powers, in that they were reconciling apparently conflicting articles of the Code Napoleon and the ruling could be followed by this court.'')

² Rép. Min. 24 nov. 1980 : Rev.Soc., 1981, 211.

³ *Capeyron & Delange v. Paoletti 1880 MR 19* (''An alien not residing in Mauritius who receives goods in Mauritius or the purpose of re-selling them at Madagascar and thereby making a profit, trades within the meaning of the Bankruptcy Ordinance and is amenable before the Bankruptcy Court'') et *Bhomjee v. Jacob 1881 MR 75* (''Held that the fact of non-residence in Mauritius is no bar to a trader being adjudged bankrupt if he has traded in Mauritius'').

promulgation d'une loi importante : le *Non Citizen Property Restriction Act* mais cette législation ne s'applique pas aux sociétés *offshores* et les compagnies cotées en bourse. Pour être associé l'étranger fait sa demande auprès du *Prime Minister's Office* mais à condition qu'il détient un bien immobilier avec un bail ou des baux excédant 6 mois de durée.

II.- Les sociétés commerciales sans l'OHADA

Les règles applicables aux sociétés civiles et commerciales sont régies par les dispositions du Code civil mauricien et la loi du 24 juillet 1966 mais les sociétés commerciales peuvent aussi être régies par les dispositions impératives du *Companies Act 2001* mais à condition qu'elles soient constituées conformément à ce texte mais quoi qu'il en soit elles sont dominées par certains éléments qui les caractérisent et d'autre part on se pose la question à savoir si les sociétés sont une institution ou un contrat.

Si les conditions de fonds et de formes¹ sont essentielles pour constituer une société par contre l'acquisition de la personnalité morale² n'est pas une règle absolue³ dans la mesure que les sociétés commerciales peuvent survivre sans l'enregistrement devant le *Registrar General* et le *Registrar of Companies* mais l'objet et la cause⁴ doivent être licite.

Sauf prorogation⁵ contraire la personnalité morale qui a une durée de vie limitée et est née le jour de l'enregistrement de la société et c'est à cette date seulement qu'elle jouit de la personnalité juridique analogue à une personne civile : elle a un nom, un domicile et une nationalité mais les personnes qui ont agi au nom de la société en formation avant

¹ Le pacte social est rédigé en écrit (art. 1835 du CCM) et il est ouvert à la consultation publique-article 47 Code de commerce mauricien. Il peut prendre soit la forme d'un acte authentique ou sous seing privé. Cette condition est importante car elle peut aux créanciers sociaux de se renseigner sur le bilan de santé de la société et de prendre les décisions urgentes nécessaires s'ils constatent que la société réalise des pertes ou est en dissolution-liquidation. Les statuts mentionnent la forme de la société, sa durée de vie qui est normalement de 99 ans mais renouvelle et sans un nouvel enregistrement la société perd sa personnalité morale et devient une société en participation-*Ng Chen Ton v. Ng Hoi Fat*, une appellation qui est soit une appellation de fantaisie ou la raison sociale de la société qui est en fait le nom de l'un ou plusieurs associés, son siège social, son objet et sa cause, le montant du capital social. Voir l'article 48 du Code de commerce mauricien.

² Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur enregistrement. Elle permet à la société le droit de contracter des obligations dans les limites de l'objet social. Cette personnalité morale est identique à une personne civile dans la mesure que la société a un nom, un domicile et une nationalité(art. 1837 du CCM) avec une durée de vie qui ne peut en aucun cas excéder 99 ans (art. 1838 CCM) mais toute prorogation est possible (1844-6 CCM). Il est à noter que la prorogation n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle (art. 21 Code de commerce mauricien). Les organes d'administration représentent la société dans tous les actes de la vie juridique. Les biens sociaux forment l'actif social qui sont aussi les gages des créanciers sociaux surtout dans les SNC où les associés sont solidairement et indéfiniment responsables des pertes. Les créanciers sociaux sont donc payés en premier sur les biens de la société en cas de liquidation et ceci sans que les créanciers personnels des associés puissent venir en concours avec eux.

³ La société en participation et la société créée de fait n'ont pas la personnalité morale c'est à dire elles n'ont fait aucun enregistrement au *Registrar General* et devant le *Registrar of Companies*.

⁴ Doivent être annulés pour cause illicite, les contrats de sociétés conclus dans une perspective de fraude, qu'il s'agisse pour un débiteur de faire échec au gage général de ses créanciers- article 2092 Code civil ou au droit d'un tiers-Iere Civ. 14 février 1966, D. 1966, 474 ; et la société peut également être annulée lorsqu'elle a été constituée pour faire échec à des dispositions légales impératives- Com. 19 janvier 1970.

⁵ Article 1844-6 du CCM. Si à la fin de la date de l'expiration la société n'a pas fait l'objet d'une prorogation la société perd sa personnalité morale : dans ce sens l'arrêt *Ng Cheon Ton v. Ng Hoi Fat 1975 MR 23*. Si la société s'est transformée il ne s'agit pas là d'une nouvelle personnalité morale. L'ancienne subsiste mais la nouvelle société a ses statuts modifiés à l'unanimité, décision prise normalement par écrit.

l'enregistrement sont quand même tenues des obligations nées des actes accomplis avec solidarité si la société est commerciale¹.

Les statuts² de la société sont, évidemment en écrit mais les fondateurs ont un choix entre un acte authentique et un acte sous seing privé mais si les apports sont des biens immeubles dans ce cas l'acte notarié est obligatoire pour éviter les donations déguisées, les fraudes³ à la loi et pour les mesures de publicités foncières à la conservation des hypothèques.

Dans la pratique il peut y avoir discordance entre l'objet⁴ social statutaire et l'activité réelle de la société alors que le défaut de cause est assez exceptionnel⁵.

Tout d'abord qu'elles sont les éléments qui caractérisent une société pendant sa durée de vie⁶? L'article 1832⁷ du Code Napoléon vient à la rescousse et précise qu'il faut une pluralité d'associés; des apports en argent, en industrie ou en nature; et que les associés doivent s'intéresser aux bénéfices et aux résultats sinon dans le cas contraire il s'agit d'une association depuis l'affaire *La Caisse de Manigod*⁸.

En faisant des apports, les plus variés, chaque associé démontre ainsi son *affectio societatis* c'est à dire la volonté de s'associer et ceci même si la société n'a pas la personnalité morale telles que la société en participation et les sociétés créées de fait. L'apport est soit un bien meuble ou immeuble, un fonds de commerce, un brevet d'invention, une somme d'argent entre autres et dont l'associé transfère la propriété ou que la jouissance en contrepartie duquel il reçoit de parts ou des actions. Si l'apport est fictif⁹ voire une absence d'apport on peut s'attendre à ce que ce manque d'apport entraîne la nullité¹⁰ de la société.

L'apport numéraire ou l'apport en argent est évidemment la forme d'apport la plus courante et le versement se fait en liquide ou par chèque. En cas d'inexécution de sa promesse

¹ Selon l'article 21 du Code de commerce mauricien.

² Les actes de société font l'objet d'une publication (*Mamode v. Chetty and Co.* The Court held that 'the omission of the formalities prescribed by articles 47 Code de commerce for the validity of deeds of partnership cannot be pleaded by a third party, in order to avoid payment of the goods which he has brought from a firm, and of which he has obtained delivery of.')

³ D'après l'article 854 du CCM : « Pareillement il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un des héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ».

⁴ L'objet social est licite alors que la société peut être annulée pour cause illicite-Com. 19 janvier 1970, D. 1970, 479.

⁵ 2^e Civ. 27 oct. 1971, Bull. Civ. II, no 289, p.211.

⁶ La société prend fin à l'expiration du temps pour lequel elle a été conclue, selon Com. 12 nov. 1992, Rev. Soc. 1993, p.571, P. Le Canu ou par la réalisation ou l'extinction de son objet. Un jugement ordonnant la liquidation judiciaire de la société entraîne automatiquement la dissolution de celle-ci ou un jugement ordonnant la cession totale des actifs de la société- Paris du 6 mai 1993. Par contre le redressement judiciaire de la société n'entraîne pas la dissolution de la société.

⁷ Selon cet article : « *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

⁸ Cass. du 11 mars 1914. Selon la Cour de cassation la Caisse de Manigod est une association et non une société et « *le bénéfice est le gain pécuniaire ou gain matériel qui s'ajoutent à la fortune des associés* ».

⁹ « *Est fictif l'apport d'un bien sans valeur ex. brevet périmé ou d'un bien grevé d'un passif supérieur à la valeur brute de ce bien* »-Trib. Com. Honfleur du 20 nov. 1970 mais la surévaluation n'est pas une cause de nullité de cet apport sauf en cas de dol ou fraude-Tb. Com. Paris du 24 juin 1974.

¹⁰ Aux termes de l'article 1844-10 du Code civil mauricien : « *La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.* »

Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. »

d'apport l'associé devient défaillant devient de plein droit débiteur des intérêts de la somme due à compter du jour où elle devrait être payée, au taux légal et statutaire¹. La société peut aussi réclamer des dommages-intérêts si elle estime qu'elle a subi des préjudices². On trouve les mêmes sanctions en droit civil mais à l'exception près que les intérêts moratoires ne courent plus et que les dommages-intérêts peuvent être accordés même en l'absence de mauvaise foi du débiteur, selon l'article 1153 du Code civil mauricien.

Contrairement à l'apport numéraire, l'apport en nature ne peut être évalué avec précision et les associés ont tendance à surévaluer leurs apports respectifs et par ce conséquent cette surévaluation peut léser les tiers ainsi que les associés qui ont fait des apports numéraires; qui quant à eux sont titulaires d'un nombre exacte de parts ou d'actions qui leur revient en fonction de leurs apports avec comme corollaire le nombre de voix et les dividendes qui y sont attachés; puisque le capital social, gage social des créanciers, est loin de la réalité.

Il appartient aux associés de faire leur choix. Ils peuvent opter pour un apport en nature en pleine propriété, en jouissance ou en usufruit ou en nue-propriété³ mais l'inconvénient du transfert en pleine propriété réside dans le transfert dans la mesure que l'apport en pleine propriété se réalise par le transfert à la société⁴ au jour de l'enregistrement au *Registrar of Companies* du bien apporté et par la mise à la disposition effective de la société⁵ et ce qui emmène à dire que ce transfert ressemble à une vente⁶ semblable à la garantie d'éviction ou des vices cachés⁷. La société devient le propriétaire du bien apporté : elle peut jouir librement, user et abuser et elle en supporte également les risques en cas de vol ou d'accident sans aucune conséquence sur la situation de l'apporteur en pleine propriété. Un doute persiste, par contre, pour les créanciers de l'apporteur en pleine propriété qui voient leurs précieux gages s'envoler mais ils peuvent soit prouver la fraude⁸ par une action paulienne selon les dispositions de l'article l'article 1167⁹ ou faire réintégrer l'apport dans le patrimoine du débiteur par une action oblique¹⁰. Tel est le cas lorsque l'apporteur en pleine propriété s'abstient de faire une demande en nullité de son apport voire celle de la société lorsqu'il est prouvé que la société avait connaissance de son état de cessation de paiements.

¹ Article 1843-2 Code civil mauricien.

² Selon l'article 1843-2, alinéa 5 du Code civil mauricien : *“L'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur, des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu”*.

³ L'apport en usufruit est à mi-chemin entre l'apport en pleine propriété et l'apport en jouissance. Dans ce cas la société acquiert un droit réel sans le droit de disposer du bien toutefois mais l'apport en usufruit ou en nue-propriété est soumis aux mêmes règles que l'apport en pleine propriété en ce qui concerne la transmission du droit, les garanties ainsi que les risques.

⁴ Ce type d'apport est exclu dans les sociétés en participation et les sociétés créées de fait, lesquelles sont dénuées de personnalité morale.

⁵ Selon l'article 1843-2, alinéa 2 du Code civil mauricien : *“Les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à la disposition effective des biens”*.

⁶ L'apporteur en pleine propriété n'est pas un vendeur : il ne peut ni invoquer le privilège du vendeur ni invoquer une rescision de lésion de plus de 7/12 en cas d'apport d'un immeuble. En outre si le vendeur reçoit une somme d'argent après la vente du bien, selon l'article 1582 du CCF, par contre l'apporteur en pleine propriété ne reçoit que des parts sociales ou des actions dont la valeur va varier en fonction des résultats de l'exploitation sociale.

⁷ Selon l'article 1843, al. 3 du Code civil mauricien : *« Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur »*.

⁸ Les associés de l'apporteur en pleine propriété peuvent, de même, intenter une action paulienne s'ils ont eu connaissance de l'insolvabilité de ce dernier.

⁹ Aux termes de l'article 1167, alinéa 1 du Code Napoléon (modifié par l'Act 26 de 1980) : *“Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits”*.

¹⁰ Aux termes de l'action oblique prévue à l'article 1166 du Code Nap. : *“ Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne”*.

Toutes ces difficultés sont atténuées par l'apport en jouissance puisque d'une part les créanciers sont à l'abri et d'autre part l'apporteur en jouissance ne dispose de rien sauf un transfère d'un bien dont il est toujours propriétaire, sauf pour les biens fongibles¹ telles que les marchandises qui doivent se renouveler constamment puisque dans ce cas la société supporte les risques², et qu'il peut revendiquer³ en cas de besoin. C'est pour cela que la société n'a que le libre usage de la chose et l'apporteur en jouissance ressemble à un bailleur envers son preneur⁴. Dans l'hypothèse que la société est en cours de dissolution l'apporteur en jouissance peut toujours récupérer ses biens, biens qui échappent cette fois-ci aux créanciers de la société puisqu'ils ne sont pas compris dans le patrimoine social.

Entre l'apport en pleine propriété et l'apport en jouissance et à défaut de fortune personnelle on peut se demander qu'en est-il si l'associé n'apporte aucun apport tangible ou matériel ? Loin des mouvements économiques et financiers de la société l'associé n'apporte rien du tout sauf son savoir-faire⁵ (*know-how*), son travail, son talent et s'engage à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques et ses services⁶ mais les sociétés⁷ peuvent souffrir d'une concurrence déloyale ou du *passing off* quand un associé-salarié quitte la société pour se mettre à son propre compte⁸ ou au service d'une société concurrente⁹. En citant Encyclopédie Dalloz de Droit Commercial, les juges de la Cour Suprême dans l'affaire *Concorde Tourist Guide Agency Ltd v. Concord International (Mts) Ltd*¹⁰ :

“Le nom commercial est, selon une formule devenue classique le ‘signe de ralliement de la clientèle’. A ce titre il constitue un élément incorporel du fonds de commerce dont la valeur peut être très importante. C'est pourquoi sa protection doit être rassurée. La dénomination sociale est une dénomination de fantaisie choisie par la société. Elle est protégée en elle-même en tant qu'instrument d'individualisation de la société. Elle peut être utilisée par la société comme en nom commercial du fonds qu'elle exploite. Elle bénéficie alors d'un régime de protection des noms commerciaux selon le régime propre aux noms de fantaisie. La protection du nom commercial est assurée par l'action en concurrence déloyale qui condamne l'usage de moyens déloyaux dans les rapports d'affaires. Un tel comportement est constitutif de faute ou de

¹ Aux termes de l'article 1843-2, al. 4 du CCF : ‘Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Toutefois, lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés, à charge d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur ; dans ce cas, l'apporteur est garant dans les conditions prévues à l'alinéa précédent’.

² Concernant la théorie des risques voir l'article 1136 du CCM qui prévoit que : ‘L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier’.

³ Aux termes de l'article 1844-9, alinéa 3 du CCM : ‘Toutefois, les associés peuvent valablement décider, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains associés. A défaut, tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soultes s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport’.

⁴ Aux termes de l'article 1843-3, alinéa 4 du Code civil mauricien : ‘Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur’.

⁵ L'apport en industrie est courant dans les SARL-Com. 23 oct. 1984, Re. Sociétés 1985, 625, les SNC et les SCS ainsi que les sociétés civiles professionnelles mais ce type d'apport n'existe pas dans les sociétés anonymes. Cette explication est aisée à comprendre : dans les sociétés anonymes ils sont tous actionnaires.

⁶ Paris 15 nov. 1993, Bull. Joly 1994, p.86, no 15.

⁷ Voir Dr R.P.GUNPUTH : *Doit de la Propriété Intellectuelle : le défi de l'île Maurice à l'aube du troisième millénaire* in *Mauritius Business Law Review* I 2009

⁸ Selon l'article 1843-2, alinéa 6 du Code civil mauricien : ‘L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport’.

⁹ *Hardy Frères v. Kaloo* 1986 MR 173.

¹⁰ *Concorde Tourist Guide Agency Ltd v. Concord International (Mts) Ltd* 1983 MR 37/SCJ 89.

négligence et l'action trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. A cette théorie classique de la concurrence déloyale vient s'ajouter celle beaucoup plus récente de la concurrence parasitaire qui doit trouver une place particulière dans le présent domaine. On entend par concurrence parasitaire, l'acte ou les actes d'un commerçant ou d'un industriel qui tire ou s'efforce de tirer profit des réalisations personnelles d'autrui et du renom acquis légitimement par un tiers, même s'il n'a pas toujours l'intention de nuire à ce dernier. Le nom commercial ne doit pas être usurpé par ses rivales. Un tel comportement serait contraire à la loyauté qui doit régner dans les rapports de concurrence. L'usurpation du nom commercial ou de l'enseigne ne peut donner lieu à une action en concurrence déloyale que si elle a pu faire naître une confusion dans l'esprit du public''.

Dans ce cas il est soumis à une obligation stricte de non-concurrence et d'exclusivité. A l'inverse, en cas en faillite, les apports en industrie échappent aux créanciers sociaux car la force de travail est insaisissable d'une part et d'autre part les associés commanditaires ne peuvent faire un apport en industrie puisqu'ils répondent des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leur apport¹.

D'une manière ou d'une autre la vocation universelle est que la société, contrairement aux associations, réalise des bénéfices voir éventuellement la contribution aux pertes². Le plus souvent certaines clauses statutaires prévoient la répartition des bénéfices et des pertes qui se feront proportionnellement aux apports³ mais cette règle n'étant pas d'ordre public les statuts de la société peuvent prévoir une organisation du mode de répartition inégalitaire de bénéfices et des pertes mais, quoi qu'il en soit, les clauses léonines⁴ sont prohibées⁵. Réputées non écrite elles ne provoquent pas la nullité de la société.

Par principe, c'est seulement à la dissolution de la société que les associés sont tenus de contribuer aux pertes c'est à dire "sauf application de stipulations particulière, c'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes⁶". Cette perte se fait proportionnellement et selon la part de capital qu'il détient dans la

¹ Selon l'article 36 du Code de commerce mauricien : *"Les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif.*

Les associés commanditaires répondent des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leur apport. Celui-ci ne peut être un apport en industrie."

² Selon l'article 1832 CCM : *"La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter"*.

³ Aux termes de l'article 1844-1 du CCM : *"La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire.*

Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité de pertes, sont réputées non écrite".

⁴ Serait considérée nulle la clause par laquelle un associé renoncerait par avance à percevoir les dividendes auxquels il aurait droit-Cass.com. 13 février 1996, RIDA 1996, no 788 ; constitue une clause léonine l'engagement pris par le gérant d'une société civile immobilière de verser à ses associés un dividende minimum -CA Montpellier du 10 nov. 1992, no 113.

⁵ *Vérogne v. De Rosnay 1892 MR 16* ("A civil partnership was formed between the plaintiff and defendant. In the notarial deed, the object of the partnership was to work on a forest belonging to the plaintiff. Profits are to be shared equally but loss if any were to be borne by the plaintiff only. Reference was made to article 1844 : 'La convention qui donnerait à l'une des parties la totalité des bénéfices est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes en effet mis dans les fonds de la société par un ou plusieurs associés'. It is clear from the document produced and especially from the enunciation of the deed of partnership wanted money to pay his old debts burdening his property and also to carry on the cutting of timber. This may explain why he accepted that 'clause leonine'. However, it was held that what is essential according to article 1844 is that all profits should not be attributed to only one partner and secondly that all partners should be exposed to lose his 'apports'. The defendant having lost his 'apport' was hereby declared to have contributed to the losses. AS such article 1844 was not violated".)

⁶ Cass. com. 3 mars 1975, Rev. Soc. 1975, p.454.

société mais une répartition inégalitaire est toutefois admise mais à condition qu'elle ne soit pas léonine. Dans l'hypothèse qu'un associé aura payée plus que sa part prévue dans les statuts il aura alors recours contre ses associés pour se faire rembourser.

Les pertes de la société et les dettes sont deux choses différentes. Les associés peuvent être endettés envers leurs créanciers personnels alors que c'est la société qui subit des pertes mais dans les sociétés à risque illimité la contribution des pertes peut souvent être synonyme de l'obligation aux dettes provoquant la ruine de tous les associés¹ qui répondent indéfiniment² et solidairement des dettes sociales³. La répartition des pertes n'est pas d'ordre public et se fait en conformité avec les statuts de la société qui peuvent prévoir que les associés exécuteront leurs obligations de contribution ou de participation en cours de la vie sociale et jusqu'à clôture de la société.

Tous ces éléments sont nécessaires pour constituer une société qui est une institution même si l'article 1832 du Code civil mauricien prévoit qu'il s'agit d'un contrat accompagné des conditions de fonds et de formes. En effet, la plupart des sociétés nécessitent au minimum deux associés mais si l'un d'eux décide soudainement la société⁴ survit quand même pendant une période d'un an seulement et au-delà d'un an soit la société est dissoute soit l'associé unique trouve un ou plusieurs associés pour être conforme avec l'article 1832 du Code civil mauricien.

Si l'associé décède⁵ et laisse derrière lui des héritiers mineurs la société est dissoute⁶ mais si les statuts⁷ en prévoient autrement il y a transformation⁸ de la SNC en une SCS dans un délai d'un an et les héritiers mineurs deviennent des commanditaires.

¹ *Hinnekindt v. Nayna* 1874 MR 57 (" With regard to commercial partnership the rule is to be found in article 22 of the Code de commerce, which runs thus : 'Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit pour une raison sociale' ".)

² *Arnaud v. Jauffret* 1865 MR 15 (" By article 22 of the Code de commerce, partners en nom collectif of a firm, are bound jointly and in solido to the payment of all the obligations undertaken even by one single partner, under social signature. But that article of the Code can only be applied in an absolute sense when the creditor accepts, in perfect sincerity, the obligation of the firm from the individual partner for a debt beyond the scope of the partnership and not if he accepts in the full knowledge that the partner is defrauding the firm ").

³ Aux termes de l'article 23 du Code de commerce : « Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après vainement mis en demeure la société par acte extra-judiciaire " .

⁴ Selon l'article 1844-5 du CCM : " La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander la dissolution de la société si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an.

L'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société " .

⁵ Une affaire assez étrange : l'affaire *Dabee v. Dabee* 1991 MR 33. L'un des frères Dabee décède et l'associé survivant, qui possède 50 % de parts, décide de dissoudre la société mais les héritiers du *de cujus* protestent mais la Cour Suprême intervient estimant que l'associé survivant est de mauvaise foi et est à contretemps (selon l'article 1872-1 du CCM) puisqu'il dit qu'il est vieux et malade alors qu'il a déjà monté une autre société (Dabee Sons & Co.) dans la vente des herbicides et pesticides. L'appel est entendu.

⁶ Cette dissolution n'est pas automatique. Voir article 1844-5 du CCM. Voir aussi dans ce sens l'arrêt *Leclezio v. Leclezio* 1917.

⁷ Article 1867 du CCM.

⁸ Article 34 Code de commerce mauricien. La transformation régulière n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. En l'absence de novation, les droits et les obligations que la société a contractées sous son ancienne forme subsistent-Com. 4 mars 1969, JCP 1969, II, 15949, selon une note de Y.Guyon. Toutefois, puisqu'il s'agit d'une transformation d'une SNC en SCS les statuts doivent être modifiés pour tenir compte de la nouvelle forme et par le jeu de subrogation réelle ils prennent la place des droits anciens mais les créanciers sociaux conservent tous leurs droits à l'égard de la société et de ces associés-Paris 25 mai 1993, Bull. Joly 1993, p.871, no 254, note de A. Couret.

Or, pendant que la société se trouve entre les mains d'un associé unique on peut se poser une question à savoir si on peut contracter avec soi-même? Et en l'absence des règles plus précises concernant les liens contractuels avec la société ce sont les dispositions du droit commun qui s'applique : les conditions de fonds et de formes en sont les mêmes et sont prévues à l'article 1108¹ du Code civil mauricien. Pour que le contrat de société soit valable il doit être exempt de vices².

Dans une société les associés doivent s'associer ! Ils ont intérêts. Cette intention de s'associer ou *affectio societatis* ne figure pourtant pas dans les dispositions de l'article 1832 du Code Napoléon mais la tradition en fait une composante importante du contrat de société et permet de démasquer les sociétés fictives soit des sociétés où les associés n'ont aucune volonté de s'associer. Et tel est le cas lorsque les personnes qui apparaissent comme associés ne sont en réalité que des prête-noms³. Son intensité varie d'une société à une autre mais c'est dans les sociétés en nom ou en commandite qu'elle est très vive et reflète la volonté de collaborer sur un pied d'égalité au succès de la société. Cela s'explique clairement : les associés commandités et les commanditaires sont souvent frères et sœurs, cousins ou oncles et se connaissent fort bien et font mutuellement confiance. D'ailleurs, à l'exception du mineur la société a souvent pour nom le nom⁴ de l'un des associés ou de tous les associés⁵. Si le nom de la société est celui d'un mineur dans ce cas il est solidairement responsable des dettes sociales.

Le Code de commerce mauricien ne régit que les sociétés commerciales de personnes en l'occurrence deux types de sociétés à risque illimité⁶ c'est à dire la Société en Nom Collectif (SNC) et la Société en Commandite Simple (SCS) où l'*"intuitu personnae"* est très forte mais les deux sociétés se distinguent par certaines caractéristiques.

Les sections 23 à 35 du Code de Commerce sont inspirées *in toto* des articles 10 à 22 de la loi française du 24 juillet 1966. Les associés d'une SNC ont tous la qualité de commerçants et le gérant peut être un ou plusieurs associés. Société à risque illimité les associés en nom collectif répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales et la règle d'or est donc que toutes les décisions sont prises à l'unanimité⁷ : la raison sociale⁸; la nomination et la révocation du gérant⁹,

¹ Le consentement, la capacité, l'objet et la cause sont les quatre principaux éléments pour qu'un contrat soit valide.

² Le dol (art. 1116 du CCM), l'erreur (1110 CCM) et la violence (art. 1111 CCM). Le dol est une tromperie, une manœuvre frauduleuse qui émane généralement de l'un des cocontractants ayant entraîné l'adhésion de l'associé au pacte social. Le dol doit avoir été tel que sans les manœuvres frauduleuses de l'un des associés l'autre associé n'aurait pas contracté- Com. 18 juin 1973, Rev. Soc. 1973, 682, J.P. Sortais. Est également une société simulée la société qui n'est qu'une façade masquant les agissements d'une seule personne- Rappr. Paris 11 juillet 1990, D. 1991 ; elle-même associée ou étrangère à la société qui a recours à des prête-noms. L'absence d'apport, les apports fictifs, le défaut d'*affectio societatis* sont les vices qui peuvent entraîner la nullité de la société Selon la Cour de cassation une société fictive est nulle et non-existante - Com. 16 juin 1992, Bull. Joly 1992, p.960, no 313.

³ 3^e Civ. 22 juin 1976; Paris 26 juin 1986, RTD Com. 1986, p.518, no. 2.

⁴ Qu'en est-il si un associé quitte la société mais veut plus que son nom patronymique figure dans l'appellation sociale ? La Cour de cassation estime que l'appellation sociale est devenue un signe distinctif détaché de la personne physique et s'applique désormais à la personne morale -Com. 12 mars 1985, JCP 1985,2, 20400, conclusion Nontamier, G. Bonet.

⁵ C'est la raison sociale de la société suivis des mots "et Compagnie". La société commerciale peut aussi avoir un nom de fantaisie.

⁶ *Galdemar v. Rivet and Co. 1871*. Tous les associés ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales et l'engagement pris par un associé au nom de la société engage les autres- *Hinnekindt v. Nayna 1874 MR 57*.

⁷ Certaines décisions peuvent être prises par le gérant sauf si les statuts en prévoient autrement.

⁸ Ils peuvent tous décider à l'unanimité que la raison sociale de la société soit celle de tous les associés ou de l'un d'entre eux suivi des mots "et compagnie".

gérant¹, personne morale ou physique, qui exerce ses fonctions dans l'intérêt de la société selon les modalités prévues dans les statuts; ou la cession² des parts sociales en font partie.

Dans l'hypothèse que la société à responsabilité illimitée a un passif important on peut se demander si un nouvel associé est responsable des dettes sociales? L'*intuitu personae* et l'*affectio societatis* sont très puissants dans ce type de société le nouvel associé commerçant, et ceci malgré lui, est entièrement responsable des dettes sociales. Cette suggestion est alors conforme avec les règles de bases d'une société en nom ou commandite puisqu'ils sont tous solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales³.

En cas de mésentente la cession des parts sociales évite la dissolution de la société. Ainsi il a été décidé⁴ que :

“Aussi bien, il n’y avait certainement pas de bonne foi si un associé entendait provoquer la dissolution alors qu’il lui était loisible de céder ses parts. C’est ce qui explique que la jurisprudence ait décidé que la demande en dissolution anticipée fondée sur la révocation unilatérale ne saurait être reçue lorsque les autres associés proposent le rachat des parts sociales”.

Au décès d'un des associés et en cas de faillite, incapacité ou de déchéance la société en nom est dissoute sauf si les statuts⁵ en prévoient autrement. Si les héritiers du *de cuius* sont des mineurs⁶ dans ce cas il y a transformation de la société en nom en une société en commandite simple dans un délai d'un an. A défaut, elle est dissoute.

Les dispositions relatives aux sociétés en nom sont applicables aux sociétés en commandite simple.

Avec autant de conditions de fonds et de formes⁷ la société est sensible et des irrégularités⁸ peuvent entraîner la nullité¹, relative² ou absolue³ selon le cas, du contrat de société

¹ Le gérant salarié est révoqué à la majorité, par contre, et si son renvoi est injuste elle peut donner lieu à des dommages-intérêts.

² La cession se fait par écrit sous la forme d'un authentique et si un des associés désire quitter la société et un des associés ne le souhaite pas dans ce cas il reste prisonnier dans la société. Dans ce sens l'arrêt *Venpin v. Legras* 1896 : “*The recital, in a subsequent deed, of an earlier deed of transfer by which the last of the partners had assigned his share of the partnership to his other co-partners, was not a sufficient notification of this transfer, in terms of article 1690 Civil code, as it did not contain a full statement of all substantial conditions of that transfer, and especially this essential fact, vide, the transfer of a share in the lease*”.

³ Dans ce sens *Vayapoury v. Boulanger* 1866 (“*A party, who joins a firm and accepts jointly with the other partners ‘à forfait’ the affairs then being carried on, was deemed responsible for all that had been done in, and concerning such affairs, even before his admittance into the partnership*”).

⁴ Com. 10 mars 1953 JCP 1953 II 7574.

⁵ C'est l'article 1867 du Code Napoléon qui prévoit les options.

⁶ Ils répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur, prévoit l'article 34 du CCM.

⁷ Quant aux conditions de forme la société enregistrée, dotée de la personnalité morale, a une dénomination sociale ou une raison sociale et dans la pratique le nom commercial peut faire l'objet d'une usurpation provoquant une concurrence déloyale-Com.3 avril 1979, Bull.civ.IV, no 122, p.6, et une concurrence parasitaire ou “*passing off*” [voir R.P.GUNPUTH sur le “*Droit de la Propriété Intellectuelle-le défi mauricien à l'aube du troisième millénaire*”.] Selon l'affaire *Concorde Tourist Guide Agency Ltd v. Concord International (Mts) Ltd* 1983 MR 37/SCJ 89 la cour estime : “*The reproduction ‘pure et simple du nom commercial d’autrui ou sa simple imitation’ is a tort known as concurrence déloyale or concurrence parasitaire. Where such a concurrence is likely to cause confusion, the Court will grant an injunction to prevent same*”. Dans le même sens l'arrêt *White Sand Beach Hotel Ltd v. Ireland Fraser and Co. Ltd* 1987 MR 102/ SCJ 257 : “*Confusion and prejudice were likely to flow from the use of the name. It is immaterial that the business are different. The Court had no difficulty in holding that, in the local context, the fact that the two businesses were different was immaterial.*” Voir aussi *Hardy Henry and Cie Ltée v. Kaloo* 1986 MR 173.

⁸ Les causes illicites, l'objet illicite, l'absence d'*affectio societatis*, des apports inexistantes ou fictifs, l'objet immoral, vices de

société sans aucun effet rétroactif⁴. D'ordre public⁵, elle est nulle que pour l'avenir et elle peut être liquidée conformément aux règles applicables à la liquidation des sociétés commerciales. La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse, de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats affirme l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.

Pour couvrir la nullité le tribunal⁶ peut fixer un délai⁷ mais l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister mais dans la plupart des cas une action en régularisation peut intervenir dans un délai de trois⁸ ans à compter de l'enregistrement de la société ou de l'acte modifiant les statuts⁹ sinon les fondateurs de la société sont responsables pour défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société.

Cette action en responsabilité civile¹⁰ se prescrit par cinq ans à compter du jour où l'une ou l'autre des formalités aura été accomplie.

de consentements, absence de cause, le défaut d'objet, fraude et dol-Com. 20 nov. 1990, Rev. Sociétés 1991,521 ; les personnes frappées d'incapacité.

¹ Article 1844-10 du Code civil mauricien. Selon l'arrêt *Mamode et Co. v. Chetty et Co.* 1867 MR 99 : "By article 42, now article 47 of the Code de commerce, certaines formalités are to be observed for constituting a partnership, under pain of nullity à l'égard des intéressés".

² La nullité relative protège un intérêt particulier-Com. 17 janv. 1989, Bull. John 1989, p.247, no 79 ; Pau 9 juin 1987, JCP, éd. E.1988, II, 15168, no 4, A. Viandier et J.J. Caussain.

³ Le vice est de portée générale et peut être invoquée par toute personne et peuvent, donc, agir les associés sauf si la nullité leur est imputable-Com. 1^{er} déc. 1975, Bull. Civ. IV, no 287, p.238 ; Paris du 20 oct. 1980, JCP 1981.II, 19602. Ainsi que leurs créanciers personnels, les dirigeants de la société, les créanciers sociaux- Montpellier 7 janv. 1980, Rev. Sociétés 1980, 737.

⁴ Selon l'article 1844-15 du Code civil mauricien : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice ».

⁵ Dans ce sens l'arrêt *Rostand v. Canonville* 1861 MR 105 et un arrêt en date du 3 janvier 1943 : « Que la nullité d'une société en nom collectif pour défaut d'acte constitutif et de publication de cet acte, est absolue et d'ordre public même à l'égard des contractants entre eux ».

⁶ Trib. Com. Paris du 05 nov. 1979, Gaz. Pal. 1080, I, 100.

⁷ L'action en régularisation est prescrite pour 3 ans mais la juridiction compétente pour fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités est la Cour Suprême mais, dans ce cas, elle ne peut prononcer, la nullité moins de 2 mois après la date à laquelle elle a été saisie-article 1844-13 du Code civil mauricien. La Cour Suprême peut aussi accorder un délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision car il faut du temps pour convoquer une assemblée et des décisions à prendre, selon l'article 1844-13 alinéa 2 du CCM

⁸ Dans ce sens l'article 1844-12 du Code civil mauricien. Dans l'hypothèse d'un vice de consentement ou d'une incapacité, sources de nullité, tout intéressé peut mettre en demeure celui qui peut être régularisé dans un délai de 6 mois à peine de forclusion-Tb. Comm. Marseille du 8 sept. 1983. Le tribunal peut aussi fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité-Trib.Com. Paris 5 nov. 1979, Gaz. Pal.1080, I, 100. Le tribunal peut aussi accorder un délai nécessaire dès lors qu'il est justifié d'une convocation régulière mais si à l'expiration du délai fixé, aucune décision n'a été prise le tribunal statue à la demande de la partie la plus diligente- Aix 13 janvier 1977, Rev. Sociétés 1977, 711, J. Hemard. Si l'associé ne régularise pas et préfère agir en nullité la société ou tout associé peut soumettre au tribunal saisi de l'action en nullité toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux mais le tribunal peut soit prononcer la nullité soit accepter la demande de la société. En cas de contestation sur la valeur des parts sociales, cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci parla société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties soit à défaut d'accord entre elles, par le Juge en Chambre-article 1843-3 du Code civil mauricien.

⁹ Selon l'article 1839 du CCM.

¹⁰ Article 1840 du CCM.

Une fois la nullité prononcée, elle met fin, sans rétroactivité à l'exécution du contrat mais les engagements pris avec les tiers sont quoique maintenus et la société est liquidée après sa dissolution¹.

A part les nullités qui peuvent provoquer la dissolution et la liquidation éventuelle de la société la société peut prendre fin de différentes manières². Puisque la société est un contrat³, la société peut prendre fin par l'annulation du contrat de société, la réalisation ou l'extinction de son objet, par l'expiration du temps accordé mais là il s'agit d'une société qui n'est pas tout à fait dissoute mais qui a perdu la personnalité morale mais dans la plupart des cas il s'agit d'une société qui prend fin dans la mesure qu'il s'agit d'une décision de justice ou volontaire c'est à dire les associés décident de dissoudre la société puisqu'ils s'entendent plus.

Cette mésentente⁴ entre associés doit être suffisamment grave pouvant, par conséquent, consécutivement, paralyser⁵ le bon fonctionnement de la société provoquant la dissolution de la société. Une simple⁶ mésentente entre les associés ne suffit pas mais il est indispensable que le demandeur⁷ de la dissolution de la société ne soit pas lui-même l'auteur de la mésentente.

Au cours de la dissolution de la société la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation qui se prescrit par 3 ans et si dans ce délai la société n'est pas liquidée dans ce cas le Ministère Public ou tout intéressé peut saisir le Juge en Chambre qui procède à la liquidation définitive de la société.

Dans tous les cas la liquidation de la société est régie par deux lois spéciales : le *Sales of Immoveable Property Act*⁸ et le *Succession and Wills Act*⁹. De même que les héritiers ont vocation à se partager les biens du défunt de même les associés peuvent repartir les biens sociaux puisque les règles applicables au partage des successions s'appliquent aux partages entre associés¹⁰.

Une intervention judiciaire peut, néanmoins, sauver la société *in extremis* par la nomination d'un administrateur provisoire¹¹ mais cette désignation peut aussi se faire à travers

¹ Aux termes de l'article 1844-15, alinéa 2 du CCM : "A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice".

² Article 1844-7 du CCM.

³ Contesté par certaines écoles doctrinales puisque selon certains auteurs français la société est une institution mais à l'île Maurice le législateur mauricien s'inspire directement de l'article 1832 du CCF selon lequel la société est un contrat.

⁴ *Vigoureux v. Ellis 1871 MR 44* ("The harmony between the company-partners, so essential for the well working of the enterprise is completely destroyed. They have now been in litigation for a long time, the partnership has virtually been destroyed for many months the parties have resumed possession of their individual property and have worked it on their own account and finally the proprietor of the Albion Dock has taken back the possession of the dock itself"). *Galdemar Freres v. Dioré & Wilson 1869 MR 67* (The court is satisfied that the ill-disguised estrangement between Dioré & Wilson has grown into a spirit of hostility and it may even be too late to prevent the ruin of the estate, but the continuation of this partnership must prove fatal to the interest of all and the Court came to the decision that the partnership between these co-proprietors must be dissolved from this day.")

⁵ Cass. com. 26 nov. 1968 : Bull. civ., IV, no 334 ; Cass. civ. 1re civ., 18 mai 1994 : Bull. Joly, 1994, p.841, para. 227, selon une note de C. Priéto ; CA Versailles, 18 mai 1995 : Bull. Joly, 1995, p.869, para. 310, note J.J. Daigre ; CA Versailles du 7 déc. 1995 : Bull. Joly, 1996, p.308, para. 105, selon une note de P. Le Canu.

⁶ Paris 27 février 1959, JCP 1959, II, 11357.

⁷ Com. 16 juin 1992, Bull. Joly 1992, p.944, no 305, selon une note de P. Le Canu.

⁸ Voir R.P.GUNPUTH : Les Sûretés.

⁹ Voir R.P.GUNPUTH : Les Régimes Matrimoniaux et les Successions.

¹⁰ Article 1844-9 CCM.

¹¹ Selon Com. 26 avril 1982, Rev. Soc. 1984, 93, selon une note de J.L.Sibon.

les dirigeants sociaux ou les associés mais en aucun cas l'administrateur provisoire ne peut être le créancier de la société. Pendant cette période la société conserve sa dénomination sociale, son siège social¹ et son patrimoine, qui est gage des créanciers sociaux, et la mention 'société en liquidation' si une liquidation est en cours.

Dans l'hypothèse que la société ne peut être sauvée un ou plusieurs liquidateurs sont nommés conformément aux dispositions des statuts, ou à défaut, par décision unanime des associés² et s'ils ne peuvent se mettre d'accord c'est le juge qui procède à la nomination d'un liquidateur³ sur la requête des intéressés.

Les créanciers s'adressent à la société d'abord mais en cas d'insuccès ils s'adressent aux associés par une mise en demeure⁴. Sous certaines conditions rien n'empêche aux créanciers sociaux de se faire payer par un associé qui à son tour peut se rabattre sur les autres associés pour se faire rembourser⁵.

Dès sa nomination il se substitue automatiquement aux organes de direction qui perdent tous leurs pouvoirs de gestions et de représentations. Il dresse un inventaire de l'actif⁶ et du passif, recouvre les créances sociales, réalise l'actif et paie les créanciers sociaux. Après le paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif⁷ est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire⁸. Entre-temps, les tiers doivent être avertis rapidement et efficacement de la dissolution de la société mais la liquidation⁹ n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après sa publication¹⁰.

A part l'attribution de certains biens qui seront attribués à certains associés selon les modalités prévues dans les clauses statutaires ou certains apports en nature qui sont attribués à la demande de l'associé le droit des associés à charge de soulté s'il y a lieu à l'associé qui en a fait l'apport, la répartition des biens sociaux est analogue aux droits des successibles et devienne copropriétaires indivis des biens sociaux.

Tous les associés ou certains associés d'entre eux peuvent, s'ils le souhaitent, rester dans l'indivision. Dans ce cas ce sont les règles¹¹ relatives à l'indivision¹ qui sont applicables. Animée

¹ Paris 22 mai 1990, Rev. Soc. 1990, p.477, selon une note de Y. Guyon.

² Com.24 oct. 1989. JCP. 1990, II, 21453 selon une note de Y. Guyon.

³ Le liquidateur engage aussi bien sa responsabilité civile (pour les fautes commis dans l'exercice de ses fonctions) que pénale (le non respect de certaines obligations incombent au liquidateur qui est sanctionné pénalement).

⁴ En France, la mise en demeure s'effectue par un acte d'huissier-Cas.com, 14 juin 2000 ; Cass.com, 1 juin 1993. Selon la Cour Suprême dans *Reynaud and Co. v. Bernard and Co.* 1862 : "Execution of a judgment against a firm cannot issue against one of the members individually without a notice given to him and until he is made a party to the application".

⁵ "If a debt is one beyond the scope of the partnership, this article can be applied in its absolute sense only when the creditor has accepted in perfect sicerity the obligation of the firm from the individual partner, and not when he has accepted in the full knowledge that the partner was defrauding the firm"- *Galdemar v. Rivet and Co.* 1871.

⁶ *Osman v. Piperdy* 1929 ("Certain immoveable property formed part of the partnership assets and were not separate property of a partner. The sale of those immoveables by liquidators of the firm was valid to all intents and purposes").

⁷ L'article 1844-9(1) du Code civil mauricien stipule que le partage de l'actif entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices sauf clause ou convention contraire.

⁸ Selon l'article 1844-9, alinéa 1 du CCM : "Après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire".

⁹ *Fataga & anor. v. Société A.R. Salamuth & Co.* 1991 SCJ 110 / MR 219

¹⁰ Selon l'article 1844-8, alinéa 2 du CCM.

¹¹ Voir "Régime de l'indivision" in Droit des Biens de R.P.GUNPUTH.

Animée par *l'affectio communio* l'indivision se rapproche de *l'affectio societatis* mais la différence réside au niveau de la personnalité morale : *l'affectio communio* n'a pas de personnalité morale. Le régime de l'indivision est de nature temporaire, précaire et par conséquent le partage de la masse indivise se réalisera tôt ou tard. Si les associés désirent rester dans l'indivision il est souhaitable qu'ils concluent une convention² pour une durée déterminée qui ne saurait être supérieur à cinq ans. Elle prend la forme d'un acte solennel où l'écrit est exigé sous peine de nullité mais la jurisprudence française³ admet un acte sous seing privé mais l'accord unanime de tous les associés est indispensable puisque tous les associés ont les mêmes droits sur un même bien.

CONCLUSION

Une fois n'est pas coutume, le droit des affaires du type français doit faire face au modèle anglais et de la Nouvelle-Zélande qui n'a cessé de gagner du terrain. Ensuite, il n'est pas surprenant que les mauriciens préfèrent des *Companies* que les sociétés en nom ou en commandite simple. C'est le même cas pour le droit de la propriété intellectuelle où le droit anglais avec son *passing off*, *patents*, *trade marks* et *copyrights* ont su tailler la part du lion dans notre système de droit mixte. C'est un peu grâce au législateur mauricien qui n'a jamais cessé d'inspirer des lois britanniques afin de les déverser dans nos lois domestiques grâce à une transposition de normes qui est tout à fait identique au projet de lois. Quoi qu'il en soit, le droit des affaires à l'île Maurice reste un droit en pleine épanouissement et c'est aussi l'avenir des entreprises mauriciennes et en tout particulier les petites et moyennes entreprises. Non seulement, elles favorisent l'exportation des biens mais elles sont aussi sources de créations d'emplois car qui dit droit des affaires dit aussi main d'œuvre et le savoir faire (*know how*). Ce sont aussi les entreprises mauriciennes qui ont aussi donné un appui d'une valeur inestimable à l'économie mauricienne de faire un grand pas en avant. Les pays membres de la SADC, OHADA et autres blocs commerciaux de la région de l'Océan indien se posent la question à savoir comment l'île Maurice a pu réaliser son boom économique ? Par contre, ils oublient certaines qualités cachés de nos compatriotes à savoir la débrouillardise mauricienne sans compter la stabilité politique et économique de notre pays qui favorisent un climat social et encouragent les investisseurs étrangers du monde entier. Sans faire des éloges est-ce trop dire ? Mais ça c'est une autre histoire...

¹ Voir R.P.GUNPUTH : Droit des Biens.

² Aux termes de l'article 814-1 alinéa 1 du CCM : "*Les co-indivisaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision*".

³ Cour d'appel de Paris, 22 mars 1989, D. 1989, IR 123.