

N° 7131

**POUR UNE NOUVELLE DIMENSION
CONTRACTUELLE ET UNE PERSONNALITÉ
MORALE NON OBLIGATOIRE
EN DROIT DES SOCIÉTÉS**

« Tout porte à croire qu'il existe un certain point de l'esprit d'où la vie et la mort, le réel et l'imaginaire, le passé et le futur, le communicable et l'incommunicable, le haut et le bas, cessent d'être perçus contradictoirement » (A. Breton, « Second manifeste du surréalisme » in *La révolution surréaliste*, Paris, 1929)

I. — Annonçons d'emblée les enjeux des réflexions, d'un abord en première apparence plutôt austère, qui vont suivre. L'on s'attachera dans un premier temps à redéfinir la dimension de liberté contractuelle (ou encore d'autonomie individuelle dans une organisation de type unipersonnel) dans l'espace sociétaire. Une telle réhabilitation nécessite certaines investigations historiques et théoriques, si l'on veut éviter de verser dans l'exposé creux et infondé comme par exemple celui, à la mode actuellement, qui consiste à déplorer une trop grande rigidité de notre droit des sociétés mais se montre nettement moins disert quant à la façon de penser ce droit *de lege lata* de manière à y intégrer la dimension précitée. Ces investigations figurent dans la première section de ce rapport, section qui, outre l'utilité première évoquée, en introduira la seconde partie. Celle-ci s'articulera essentiellement autour d'une remise en question de la théorie des cadres légaux obligatoires, telle qu'elle est actuellement conçue en Belgique, au travers de la réfutation de ses fondements habituels et d'une réflexion que suscite un arrêt récent de la Cour de cassation. Cette seconde partie comportera également une réflexion plus particulière sur l'imbrication des mécanismes de solidarité et de responsabilité limitée en droit des sociétés. Ces Journées revêtant une coloration résolument européenne voire internationale, la question des options de politique législative européenne en matière de droit des sociétés sera abordée et les enseignements du droit comparé seront abondamment exploités au cours de cette étude.

Section I. *Pour une nouvelle définition
de la dimension de liberté contractuelle
(ou d'autonomie individuelle) en droit des sociétés :
quelques variations sur les thèmes de la fiction,
de l'institution, de la réalité, du contrat
ainsi que de quelques autres*

Les couples classiques : fiction-contrat, réalité-institution...

2. — On sait que le XIX^{ème} siècle vit s'affronter en un débat acharné les tenants de la fiction et les partisans de la réalité de la personne morale(1). D'autre part, si le code de commerce français se fonda, au XIX^{ème} siècle, essentiellement sur la conception que la société de capitaux est un contrat doté de la personnalité morale(2), le XX^{ème} siècle est marqué par la fortune de la théorie dite institutionnelle plus particulièrement développée par E. GAILLARD pour le droit des sociétés anonymes(3) mais dont la portée visait à s'étendre à l'ensemble du droit sous l'impulsion de cet éminent publiciste et administrativiste que fut M. HAURIU(4) ainsi que de son disciple G. RENARD(5). Nous nous interrogerons plus tard sur la portée exacte des réflexions d'HAURIU. Il nous importe avant tout de présenter schématiquement la thèse contractuelle originelle en droit des sociétés et la critique qui en a été faite par les « institutionnalistes ».

3. — La thèse contractuelle originellement développée en France consiste en la transposition aux sociétés, en ce comprises les sociétés anonymes, de la vision Rousseauiste, adoptée par les révolu-

(1) Pour un relevé et une discussion fort complets des auteurs allemands et français qui peuvent être rangés parmi les zélés de l'une ou l'autre de ces théories, cons. R. GROSSE, *Das Wesen der juristischen Person des Privatrechts in Frankreich als Erscheinungsbild des Einflusses deutscher Rechtstheorien*, Dissertation, Würzburg, 1973 (l'auteur aborde également d'autres théories plus marginales telle que celle du patrimoine d'affectation par exemple).

(2) Voy. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 208-209.

(3) E. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Thèse, Lyon, 1932.

(4) De cet auteur, cons. e.a. : *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896, spéc. pp. 187 et suiv. ; *Principes de droit public*, Paris, 1910 ; *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, Paris, 1925.

(5) De G. RENARD, voy. : *La théorie de l'institution (Essai d'ontologie juridique)*, Premier volume : partie juridique, Paris, Sirey, 1930 : « De l'institution à la conception analogique du droit », *Arch. Phil. Droit*, 1935, pp. 81 et suiv.

tionnaires, du contrat social(6) et est le fruit d'un individualisme juridique qui sur le plan politique se traduit par la conception de l'État-machine, à savoir celle de la primauté de l'individu sur la communauté(7). *Les partisans de la théorie institutionnelle* n'eurent aucun mal à mettre en évidence les insuffisances suivantes de la thèse contractuelle :

- inaptitude à justifier le mécanisme de décision sociétaire majoritaire (et non point unanime) si ce n'est par le recours à une fiction(8) ;
- impuissance à expliquer comment un contrat peut donner naissance à une personne juridique distincte de celle des associés, si ce n'est, une fois encore, par le recours à la théorie de la fiction, en particulier celle développée par SAVIGNY et ses disciples(9) ;
- la théorie contractuelle ne peut fournir aucun éclaircissement quant à la création, au sein des sociétés, d'organes se distinguant des mandataires du droit civil ;

(6) J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, 1762. Voy. E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 14 (« La conception contractuelle, inspirée du 'contrat social' de Rousseau se refuse à voir dans la société anonyme et dans son fonctionnement autre chose qu'un contrat ordinaire et l'exécution d'un contrat, d'où son nom de 'contractuelle' ») et R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, Sirey, 1929, pp. 7-14.

(7) Cons. P. SUEUR, *Histoire du droit public français — XV^{ème}-XVIII^{ème} siècle*, T. Ier, Paris, P.U.F., 1989, pp. 128-130 (l'auteur contraste cette conception avec celle de l'État organique, propre à la monarchie absolutiste, dans le cadre de laquelle la communauté prime l'individu).

(8) Voy. E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 16 (« les actionnaires sont 'censés avoir voulu' tout ce que voudra la majorité. De la sorte l'unanimité se trouve fictivement réalisée »). Cons. également J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. Ier, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 207 (qui voit dans la qualification d'« institution », procurée à la société anonyme après sa création, la justification de la possibilité de modifier les statuts à la majorité).

(9) Sur F.C. VON SAVIGNY, cons. R. GROSSE, *op. cit.*, pp. 30-60 et surtout W. FLUME (*Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, erster Band, zweiter Teil, *Die juristische Person*, Berlin-Heidelberg, New York-Tokyo, Spring Verlag, 1983, pp. 3-15 : cet auteur fait remarquer que la vision de la doctrine de Savigny en tant que théorie de la fiction de la personne morale procède d'une mauvaise compréhension de celle-ci, on y reviendra). Rappelons en outre que si Savigny est perçu comme le père de la théorie de la fiction, celle-ci fut développée bien avant lui par les canonistes de l'époque médiévale (voy. J. AUDINET, *Personne morale et personnes physiques dans les sociétés de commerce*, Thèse, Aix-Marseille, 1950, pp. 6-7 et B. BOUCKAERT, « Corporate personality : myth, fiction or reality ? », *Revue*, 1990, n° 6550, n° 4). Enfin, sur le lien opéré entre la théorie institutionnelle et la création d'une personnalité juridique distincte des associés, voy. J. VAN RYN, *op. cit.*, pp. 205-206.

- l'individualisme sous-tendant la théorie contractuelle appliqué à une société connaissant la fiction du mécanisme de décision majoritaire légitime le sacrifice complet des intérêts des associés minoritaires au profit de l'intérêt égoïste de la majorité. Plus fondamentalement, la notion d'« intérêt social » est étrangère au concept contractuel, lequel ne connaît que des intérêts individuels(10) ;
- le mécanisme de la responsabilité limitée caractérisant nombre de sociétés commerciales résulte d'un privilège accordé par le législateur et ne saurait trouver sa source dans un simple contrat(11)...
- ... car le propre du contrat est de ne pouvoir produire d'effets qu'entre les parties, on ne saurait donc opposer aux tiers un mécanisme de limitation de responsabilité contractuellement instauré (article 1165 du Code civil)(12) ;

(10) Quant au sacrifice de la minorité sur l'autel de la majorité : voy. E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 16 (l'auteur cite ROUSSEAU dans le Contrat social : « *Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui ; quand l'avis contraire au sien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon qu'il s'était trompé* ») ; R. DAVID, *op. cit.*, pp. 7-14 (l'auteur cite un autre passage du Contrat social : « *Il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres, et il ne peut nuire à aucun en particulier. Le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être* »). Quant au caractère institutionnel de la notion d'intérêt social, cons. E. GAILLARD, *ibid.*, pp. 23 et suiv. (estimant que la notion institutionnelle d'intérêt social devrait fonder un interventionnisme croissant du juge dans les sociétés commerciales, notamment pour faire respecter le droit des actionnaires à une gestion conforme à cet intérêt).

(11) Voy. E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 8 (insistant sur la nouveauté du mécanisme de limitation de responsabilité dans le domaine commercial). En outre, on verra *infra* que cet argument est invoqué au rang des fondements de la théorie des cadres légaux obligatoires en Belgique.

(12) Rappelons que l'opposabilité, principe corollaire de celui de la relativité des contrats évoqué au texte, ne prendra son essor en France qu'à dater de la thèse d'A. WEILL (*La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, Dalloz, 1939) et le principe n'est, aujourd'hui encore, pas affirmé avec la même force en France (à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation française à cet égard, cons. J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers, introduction » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, ouvrage collectif franco-belge à paraître incessamment au sein de la Bibliothèque de droit privé, actuellement doc. trav. OBLI, Fac. droit, Louvain-La-Neuve, 1989) qu'en Belgique (ou le principe est bien établi depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1909, Pas., 1909, I, 272 et voy. M. FONTAINE, « Les effets internes et les effets externes des contrats » in ouvrage collectif franco-belge précité, actuellement doc. trav. OBLI, Fac. droit, Louvain-La-Neuve, 1989, pp. 8 et suiv.).

— la technique contractuelle est le propre des opérations à caractère instantané. Les « institutionnalistes » voient dans le principe de limitation de la durée des sociétés(13) une survivance de la théorie contractuelle. Une vision institutionnelle en la matière impose la transposition du principe de continuité développé en droit public et non les aléas de l'existence contingente inhérente aux contrats.

4. — On aura compris que les théories (contractuelle, institutionnelle) du droit des sociétés entretiennent un lien avec les théories (de la fiction, de la réalité) de la personnalité morale. Les *couplés fiction-contrat* (voy. ci-dessus) et *réalité-institution* (14) sont à cet égard classiques.

La remise en question des couples classiques : l'échangisme sociétaire

5. — Si l'un des mariages classiques, à savoir le couple réalité-institution, s'est imposé (et encore n'est-ce pas sans heurts(15))

(13) Lequel a pour une large part disparu aujourd'hui pour les sociétés commerciales : voy. art. 102, 107, 139 et 146, 1^o, L.C.S.C. ; pour le régime antérieur, cons. M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales* in *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 1982, no 481-1.

(14) Voy. R. GROSSE (pp. 201-217) soulignant les liens entre les doctrines d'HAURIUO et de O. GIERKE, ce dernier étant le représentant le plus illustre de la théorie de la réalité de la personne morale.

(15) Quant à la théorie de la réalité en France : celle-ci est adoptée e.a. par R. SALEILLES, L. MICHOU (qui voit en la personnalité juridique principalement une propriété finalisée), R. WORMS, A. MESTRE, M. HAURIUO (cons. son *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, pp. 106-107 : l'auteur range le droit de créer un corps social parmi les libertés individuelles fondamentales. Quant à la question de savoir qui de l'individu ou de l'État doit disposer de cette liberté, l'auteur tranche sans hésitation en faveur de l'individu sinon l'on risquerait de tomber dans le « pire socialisme ». « Une législation rationnelle sur ce point comporterait trois espèces de dispositions : 1^o l'affirmation du principe de la liberté d'association et de fondation ; 2^o des formalités de déclaration et de publicité imposées aux fondateurs aussi simples que possibles ; 3^o l'interdiction des associations et fondations malfaisantes, dans des termes assez précis pour que le gouvernement ne puisse pas abuser d'une interprétation extensive », P. DURAND, H. CAPITANT et L. DUGUIT (voy. R. GROSSE, *op. cit.*, pp. 148-293). Opinions dissidentes (en faveur de la fiction) : surtout AUBRY et RAU (R. GROSSE, *ibid.*, pp. 58-59). La théorie de la réalité fut consacrée par la jurisprudence en 1836 (Cass., civ., 8 novembre 1836, *S.*, 1836, I, 815) et en 1891 (Cass. req., 23 février 1891, *D.P.*, 1891, I, 337) à propos de la personnalité juridique des sociétés civiles de même que par un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 (*J.C.P.*, 1954, II, 7958) dont la formule générale est demeurée célèbre : « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe,

en France, il semble que l'on n'éprouve pas de difficultés en Belgique à pratiquer l'union illégitime (si l'on s'en tient au classicisme évoqué ci-dessus) entre la fiction (16) et l'institution (17).

à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés... ». Néanmoins le droit français sembla faire une infidélité d'une vingtaine d'années à la théorie de la réalité à partir du moment où des dispositions légales vinrent subordonner la naissance de la personnalité juridique à l'accomplissement de certaines formalités (immatriculation pour les sociétés civiles, commerciales et les groupements d'intérêt économique) mais une jurisprudence récente en a ravivé le principe : Cass. soc., 21 juillet 1986, *Rev. soc.*, 1987, 43, note Y. GUYON (capacité passive d'un groupement de fait d'être attiré en justice) ; Paris, 10 juin 1986, *Rev. soc.*, 1986, 458 (capacité active d'action en justice d'un groupement de fait) ; Cass., 17 avril 1991, *Rev. soc.*, 1992, 53, obs. et cons. Y. GUYON, *Droit des affaires*, 5^{ème} éd., Paris, Economica, 1988, p. 124.

Quant à la théorie de l'institution en France, cons. J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 232 et suiv. (quant à la transition, après la loi du 24 juillet 1867 (libérant la constitution des sociétés anonymes en France), vers la société-institution ensuite de nombreux réajustements législatifs) et voy. E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 52 (justifiant par cette théorie le caractère plus souvent impératif que supplétif des dispositions concernant les sociétés anonymes car l'État pose les lignes générales permettant de prémunir l'individu contre les abus d'autorité).

(16) Alors qu'un arrêt de la Cour de cassation de Belgique adoptait en 1853 (*Pas.*, 1853, I, 287) la théorie de la réalité de la personne morale (« ... il est de l'essence de toute société de donner naissance à un être collectif distinct des associés, la société ; que cet effet du contrat de société est le même dans les sociétés civiles que dans les sociétés commerciales ») en des termes qui font songer à ceux utilisés par la Cour de cassation de France dans son arrêt de 1891 précité (voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, p. 146), la même Cour de cassation allait, un an plus tard à peine (Cass., 30 juin 1854, *Pas.*, 1854, I, 336), effectuer un complet revirement pour opter désormais pour la théorie de la fiction (« ... la liberté d'association, proclamée et garantie par l'article 20 de la Constitution, n'engendre point, pour les sociétés qui se forment sous l'égide de cette disposition, la capacité civile et les droits qui en dérivent ; que ce n'est qu'en vertu de l'autorisation légale que les corporations ainsi établies peuvent exercer collectivement les droits qui se rattachent à la personnification civile »). Cette dernière décision reflète une conception « strictement légaliste » de la personnalité morale (cons. J. VAN COMPERNOLLE, *ibid.*, p. 137 ; voy. également M. COPEL, « Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987 » in *La S.P.R.L. unipersonnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 39 : rappelant que la vision de la personnalité morale en tant que création du législateur est la conception qui prévaut en Belgique et, dans le même sens, P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés de fait », *J.T.*, 1957, p. 710) laquelle résulte d'une interprétation de la théorie de la fiction développée par SAVIGNY en accord avec l'individualisme imprégnant la théorie du droit du XIX^{ème} siècle (voy. R. GROSSE, *op. cit.*, pp. 30 et suiv. : la personnalité morale (« Ideales Ganze ») selon Savigny exige deux éléments essentiels : un accord de volontés des parties et la collaboration de l'État. [...])

(17) Celle-ci animant incontestablement J. VAN RYN, *op. cit.*, pp. 204-207 (évoquant le passage « du contrat à l'institution » et, envisageant le procédé de la société anonyme, relevant qu'« il est certain qu'il est impossible de le réduire à un ensemble de rapports obligatoires de nature contractuelle »), 217 et 330.

De plus, si l'on y regarde de plus près, l'on constate que la situation est loin d'être aussi clichée qu'il y apparaît au premier abord et ce dans les deux pays : on peut à cet égard parler de véritable échangisme entre les partenaires des couples évoqués. Effectivement, outre le fait que l'on trouve d'une part des partisans de théorie de fiction de la personne morale (cas d'AUBRY et RAU, *supra*) et de la thèse contractuelle du des sociétés(18) en France et qu'il est aisé de relever, d'autre part, l'existence de partisans de la réalité de la personne morale (parmi lesquels il faut souligner la présence de J. DABIN(19)) et de la théorie contractuelle du droit des sociétés en Belgique(20), un auteur

(16 suite) [...] Cette idée sera récupérée selon l'auteur par les révolutionnaires français favorables à la dépendance de la personnification juridique par rapport à l'État (p. 38) ; dans le même sens : J. AUDINET, *op. cit.*, p. 9 et B. BOUCKAERT, *op. cit.*, n° 9 : où il apparaît que la théorie de la fiction trouvait en Belgique un partisan de taille en la personne de F. LAURENT). Celle-ci est reprise par J. GUILLERY (Les sociétés commerciales en Belgique — Commentaire de la loi du 18 mai 1873, Bruxelles, Bruylant, 1874) : « créer fictivement un sujet de droit » est l'expression d'un privilège « qui ne sera jamais le fait d'un particulier ». En effet, la personne morale apparaît à la fois vivante pour l'action et « morte pour la responsabilité » (n° 80) (cette dernière formulation révèle le souci de protection des tiers qui anime l'auteur (n° 73 : cette nécessité de protection justifie le principe selon lequel « la création de personnes civiles, publiques ou privées, n'appartient qu'à la souveraineté ») en réaction à certains abus dans la manipulation du capital de sociétés constituées sous le régime du Code de commerce (n° 227), réaction traduite par le législateur instaurant des formalités de publicité, imposant certaines garanties quant à la constitution et le maintien du capital social et créant des responsabilités diverses car « Le privilège de la société de capitaux ne peut naître qu'après une constatation régulière et complète » (nos 227 et 228).

(18) Voy. A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. soc.*, 1984, pp. 243 et suiv. (l'auteur plaide pour l'adoption d'une approche anglo-américaine du type « law and economics » néo-libérale du droit des sociétés (sur laquelle l'on reviendra *infra*) basée sur le couple fiction-contrat).

(19) J. DABIN prit en effet position pour la réalité morale d'une personnalité juridique, qui, bien qu'immatérielle, concentre sur le plan de la science du droit toutes les conditions nécessaires pour être titulaire de droits subjectifs (cons. *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 123 et suiv.). J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, pp. 208 et suiv. se range à l'opinion de cet auteur.

(20) Nous faisons bien sûr allusion au regretté Prof. J. RONSE (voy., de cet auteur, « Venootschaps-en verbintenissenrecht » in *Op grenzen von komend recht. Opstellen aangeboden aan J.H. BEEKHUIS*, 1969, p. 211 et *Algemeen deel van het venootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, p. 79) lequel semble avoir suscité une école autour de sa pensée et ce plus particulièrement dans la partie néerlandophone du pays (cons. le *Liber amicorum* (Bruxelles, Story-Scientia, 1986) qui lui fut dédié et la thèse de H. LAGA (*Statuten, statutenwijziging en reglement van invendige orde getoetst aan algemene beginselen van contractenrecht*, Leuven, 1991) qui fut élaborée en procédant du postulat d'inscription dans la vision contractuelle prônée par J. RONSE).

nous permet même de formuler certains doutes quant à l'exactitude de représentations associant le couple réalité-institution au nom d'HAURIUO et le couple fiction-contrat à celui de SAVIGNY : cet auteur fit en effet remarquer qu'Hauriou pouvait être classé parmi les partisans de l'autonomie de la volonté tandis que Savigny pouvait être rangé parmi ses adversaires(21). Ces affirmations suscitent évidemment l'étonnement si l'on se rappelle que Savigny et sa théorie furent associés à la vision contractuelle du droit des sociétés tandis qu'Hauriou et sa doctrine furent répertoriés au rang des tenants de la réalité des personnes morales...

La désintégration des couples classiques sous la pression de l'ambiguïté fondamentale du phénomène sociétaire : conflits de valeurs, circularité des thèses classiques et nécessité d'une reconstruction argumentée

6. — La doctrine actuelle, tant européenne qu'américaine, manifeste une nette tendance à se désintéresser du débat classique évoqué ci-dessus. Celle-ci a en effet perçu l'ambiguïté fondamentale sous-tendant le phénomène sociétaire, laquelle ambiguïté a pu générer des positions aussi clichées que celles des couples fiction-contrat et réalité-institution dont la formulation a largement dépendu d'attitudes socio-politiques radicalement opposées : ainsi le premier couple serait-il lié à la vision de l'État libéral et individualiste qui marqua le droit de son empreinte jusqu'au début du XX^{ème} siècle et le second couple serait à rattacher à

(21) Cet auteur est M. WALINE (in *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat-Montchrestien, 1945, pp. 202-203). Celui-ci, après avoir énoncé la teneur du principe d'autonomie de la volonté, base essentielle de la « doctrine civiliste classique », comme étant le pouvoir de la volonté du contractant de créer, sans qu'une habilitation législative soit nécessaire à cet égard, des droits et obligations, affirme que l'opinion d'HAURIUO va dans le sens de ladite doctrine classique « *malgré les vicissitudes d'une pensée qui, en d'autres domaines, se cherchait et ne trouvait pas toujours du premier coup son expression définitive* ». À l'appui de ses dires, il cite les lignes suivantes d'HAURIUO (écrites à la fin de sa vie, soit en 1928) : « *Sans doute, le domaine dans lequel joue l'autonomie juridique individuelle, très élargi pendant la période de libéralisme économique, commence à se rétrécir..., mais ce sont là des fluctuations historiques... Le colmatage de la baie du Mont Saint-Michel ne doit pas être confondu avec le dessèchement de la Manche. L'autonomie de la volonté individuelle et le principe de la responsabilité subjective constituent l'armature du droit privé et du droit criminel, c'est-à-dire des quatre cinquièmes du Droit. Historiquement, ce principe juridique s'est organisé par un lent progrès lié à celui de la civilisation sédentaire ; il n'y a aucune raison pour qu'il disparaisse tant que dure cette civilisation* » (souligné par nous). Quant à SAVIGNY, l'auteur le fait figurer parmi les premiers représentants de la négation de la volonté individuelle dans son aptitude à créer des droits.

son tour à une conception de l'État-providence ou État social qui caractérisa notre siècle. Néanmoins le pluralisme caractérisant aujourd'hui nos sociétés démocratiques nous fait appréhender le réductionnisme des clichés envisagés(22).

7. — *Quant à l'ambiguïté fondamentale du phénomène associatif en général et sociétaire en particulier*, celle-ci réside dans le fait que l'association peut être perçue soit comme une menace soit comme un ferment pour la démocratie(23) ou encore celle-ci peut-elle s'analyser soit comme un instrument de libération de l'individu face à l'État soit comme un instrument d'oppression de ce même individu(24). On a vu (*supra*) que le couple fiction-contrat

(22) Sur cette évolution, cons. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, T. Ier, trad. J.-M. FERRY, Paris, Fayard, 1987 ; (même auteur), « Paradigms of law », conférence faite à la Cardozo Law School, septembre 1992, doc. inédit, Centre de philosophie du droit de la Fac. de droit de Louvain-La-Neuve ; J. LENOBLE, « Introduction — La crise du juge : mythe ou réalité ? » et « Crise du juge et nécessaire transformation du droit » in *La crise du juge*, Bruxelles, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1990, pp. 1 et suiv. et 139 et suiv. ; J. LENOBLE et A. BERTEN, « Espace public et procéduralisation », à paraître in *Raisons Pratiques*, 1992 ; J. LENOBLE, « Repenser le libéralisme — au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », à paraître in *Mélanges F. RIGAUX*.

(23) Cons. J. MORANGE, *La liberté d'association en droit public français*, Paris, P.U.F., 1977, pp. 18 et suiv. : le danger que fait courir le phénomène associatif se situe sur deux plans : politique (l'auteur cite des propos de Rousseau selon lequel la constitution de groupements enrayerait la formation de la volonté générale et de Tocqueville soulignant le risque d'anarchie que fait courir la liberté d'association quoique cet auteur, fin observateur du phénomène associatif aux États-Unis, fût plutôt convaincu de ce que, au contraire, cette même liberté se révèle davantage être un ferment d'expression démocratique) et économique : « *Que reste-t-il de la liberté du commerce et de l'industrie lorsque un ou plusieurs groupes se trouvent en situation de monopole ou au moins en situation nettement dominante ?* » (l'auteur fait ici nettement allusion aux défis que suscitent l'organisation d'une concurrence effective dans une économie de marché, vaste débat assurément dans lequel le lecteur nous pardonnera de ne pas nous engager dans le cadre limité de cette étude). Cons. en outre L. DUGUIT (*Traité de droit constitutionnel*, T. V, 2^{ème} éd., Paris, 1925, pp. 615-617) qui nous fournit, sans doute involontairement, une belle illustration de l'ambiguïté évoquée : « *La formation... des associations ne tend point à diminuer ou à absorber la personnalité individuelle ; elle favorise, au contraire, son plus large développement... Qu'on ne dise pas que l'individualité de l'homme se perd dans les groupes corporatifs. C'est la grande erreur de l'école libérale et individualiste pure* ». L'auteur fait la citation suivante en vue d'appuyer ses dires : « *Il n'y a qu'un moyen de liberté, vieux comme le monde, c'est l'association. On est libre quand on est fort ; on est fort dans la mesure où l'on n'est pas seul. En isolant l'individu, la Révolution l'asservit. En l'unissant, en le fédérant, l'effort spontané du monde moderne est créateur de liberté* ». Cette citation est de... C. MAURRAS.

(24) Voy. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1991, p. 197.

est incontestablement lié à l'image de l'État libéral : la version la plus moderne de ce couple est d'ailleurs pratiquée par la tendance néo-libérale du mouvement « law and economics » (25). On perçoit d'ailleurs ici que la version de la fiction développée en Belgique peut très bien s'accommoder du voisinage de la théorie de l'institution, laquelle s'inscrit en étroite relation avec l'image d'un État interventionniste (qui, dans le cadre d'une économie de marché, revêt l'habit de l'État-providence), puisque la fiction belge est légaliste et non pas basée sur le primat de la volonté individuelle dans la création de groupements. Cette observation doit constituer une mise en garde lors d'une constatation d'utilisation du terme « fiction » : il s'agit de bien discerner ce que son utilisateur fait dire à ce terme. Une observation identique peut être faite à propos du recours à la notion de réalité de la personne morale : soit ce terme sera utilisé pour asseoir la primauté du groupe sur l'individu et, dans ce cas, cet individu perd une grande partie de ses pouvoirs de régulation du groupe au profit d'une instance supérieure (laquelle peut être l'État) : il s'agit alors de la réalité telle qu'elle est perçue par les représentants de la théorie institutionnelle classique (26) ; soit la réalité du groupe doit être affirmée en tant que facteur de libération de l'individu et donc comme instrument de son déploiement social et économique : il s'agira alors d'une réalité tendant à inscrire l'exercice de l'autonomie individuelle dans la perspective de son épanouissement.

8. — La visée de la doctrine actuelle n'est plus de participer directement au débat fiction-réalité, la circularité des arguments

(25) Pour la description de cette approche, voy. A. COURET, *op. cit.* et, à titre illustratif, on lira les études de M.C. JENSEN et W.H. MECKLING (« Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journ. Fin'l econ.*, 1976, pp. 305 et suiv.) ; S.C. CHEUNG (« The contractual nature of the firm, *J.L.E.*, 1983, pp. 1 et suiv.) ; F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHEL (« Limited liability and the corporation », *Univ.Chic.L.Rev.*, 1985, pp. 89 et suiv. dont on tire l'extrait significatif suivant : « ... *the corporation is not real. It is no more than a name for a complex set of contracts among managers, workers and contributors of capital. It has no existence independent of these relations* ») et bien sûr les extraits relevant de l'ouvrage classique en la matière, à savoir celui de R.A. POSNER (*Economic analysis of law*, 3rd ed., Boston, Toronto, Little, Brown and Co., 1986, spéc. pp. 367 et suiv.).

(26) Voy. *supra* note 15 et la justification que fournit E. GAILLARD quant au caractère essentiellement impératif des règles relevant du droit des sociétés. Une fois de plus, la frontière entre l'interventionnisme institutionnel et la fiction légaliste apparaît mince...

avancés dans l'affrontement classique entre fiction et réalité étant sans doute implicitement perçue par un grand nombre d'auteurs(27). Ainsi, au lieu de cliquer une opposition qui ne semble devoir demeurer que dans le but de fournir matière à controverse(28), la plupart des auteurs s'efforcent aujourd'hui de réconcilier les théories, longtemps posées en adversaires irréductibles, en les expurgeant des orientations idéologiques d'ailleurs souvent imprimées non par leurs initiateurs mais par les disciples de ceux-ci(29). Ainsi la relecture des « classiques » permet souvent de se rendre compte que leurs points de vue se révèlent complémentaires plutôt qu'antagonistes, ce qui explique que de nombreux auteurs puissent aujourd'hui affirmer ou bien que la personnalité morale est à la fois une réalité et une fiction ou que celle-ci ne constitue ni une réalité ni une fiction (ce qui, à vrai dire, revient strictement au même(30)), affirmations qui auraient été considérées comme parfaitement absurdes par la doctrine du XIX^{ème} siècle(31).

Force nous est de constater à cet égard que J. DABIN pratiqua avant bien d'autres cette perception du phénomène associatif. Effectivement, même s'il faut à ses yeux reconnaître la réalité de

(27) Cons., par exemple, C. CHAMPAUD, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français » in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1974, p. 118 (« Deux conceptions fondamentales de la personnalité morale divisent la doctrine juridique qui croit devoir se partager entre un courant 'réaliste' et un courant 'idéaliste' et s'embarrasse ainsi dans les fausses oppositions et les qualifications trompeuses. Il apparaît plus clairement chaque jour qu'elle se perd ainsi dans des confusions aussi théoriques qu'inutiles »). Nous verrons cependant *infra* que si un grand nombre d'auteurs ne s'impliquent plus eux-mêmes dans le débat classique réalité-fiction, ils n'en reconnaissent pas moins l'utilité dans la construction de la théorie de la personnalité morale.

(28) D'après K. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 160.

(29) Voy. K. SCHMIDT, *ibid.*, p. 162 : soulignant que ce sont souvent les partisans et non les auteurs d'une doctrine qui jettent le discrédit sur celle-ci.

(30) Ainsi J.P. GRIDEL (« La personne morale en droit français », *R.I.D.C.*, 1990, p. 496) parvient-il à placer les deux affirmations (« la personne morale est une fiction... elle est une réalité... elle n'est ni une fiction ni une réalité... ») en l'espace de quelques lignes.

(31) Celles-ci transparaissaient pourtant déjà, à l'état latent pourrions-nous dire, dans les développements de certains auteurs du XIX^{ème} siècle. Ainsi R. WORMS a-t-il pu écrire en 1896 que « Elle (n.d.l.r. : la société) est, en un sens, une simple somme d'individus, et, en un autre sens, un être distinct et supérieur à eux... En un mot donc, les éléments sociaux et le tout social ne sont que deux aspects d'une même réalité, et chacun de ces aspects est incomplet sans l'autre » (cité par R. GROSSE, *op. cit.*, p. 151).

la personne morale, cette réalité (donné) ne permet pas d'esquiver la question de l'élaboration des droits attachés à cette réalité (construit)(32). En d'autres termes, une chose est d'exister, autre chose est d'avoir des droits ou encore, en termes plus juridiques, le fait que le législateur ou le juge soit appelé à déterminer les conditions de la capacité de jouissance d'un groupement ne comporte aucune prise de position dans le débat sur la réalité ou la fiction de la personnalité juridique(33).

D'autre part, K. SCHMIDT(34) s'est attaché à démontrer que l'opposition entre les thèses de SAVIGNY (fiction) et de GIERKE (réalité) est loin d'être aussi radicale qu'il n'y paraît dans les exposés classiques. Ainsi, Savigny n'a jamais nié le fait social de l'existence des groupements mais il estime que l'État doit assurer la sécurité juridique via l'imposition d'un système de publicité étant donné que l'existence des personnes morales ne s'impose pas avec l'évidence de celle des personnes physiques. Quant à GIERKE, s'il a affirmé que l'existence des groupements n'est pas

(32) Voy. e.a. J. DABIN, *L'État ou le politique — Essai de définition*, Paris, Dalloz, 1957, p. 231 (« Reste, il est vrai, la consécration par le droit de cette personnalité morale réelle. Car il ne suffit pas que l'être moral soit, de par sa nature, apte à avoir des droits. Encore faut-il que le droit positif, compétent pour régler toutes choses du point de vue du bien public, reconnaisse cette aptitude de l'être moral et lui confère des droits ») et voy. les intéressants développements que consacre J. VAN COMPERNOLLE (*op. cit.*, pp. 206 et suiv.) à la pensée de J. DABIN. Il signale également que L. MICHOD (*La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, 1906, p. 121) s'inscrivait déjà dans une telle ligne de pensée.

(33) Cons. G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » in *Études dédiées à R. ROBLOT — Aspects actuels du droit commercial français*, Paris, *L.G.D.J.*, 1984, pp. 204-205 (l'auteur dénonce la confusion souvent faite entre les notions d'existence et de capacité : « Une personne qui n'existerait qu'en vertu d'une décision du législateur serait assurément une fiction. Mais dire que la capacité de jouissance dépend d'une attribution législative n'implique pas que le bénéficiaire de cette attribution soit créé de toutes pièces par celle-ci ; il est tout à fait concevable, au contraire, que son existence puisse être constatée en dehors de sa consécration comme sujet de droits ». Il précise ensuite que cette distinction est aujourd'hui peu perceptible pour les personnes physiques mais tel n'était pas le cas à des époques connaissant l'esclavage ou la mort civile. Quant aux sociétés commerciales, l'auteur tire de la distinction évoquée la constatation suivante : « Ainsi les lois de 1966 et de 1978 liant l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation des sociétés sont-elles, à notre point de vue, 'neutres' au regard du débat opposant les thèses de la fiction et de la réalité »).

(34) *Op. cit.*, pp. 157-167 et, même auteur, *Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht — Aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften E.V. Hamburg*, Heft 4, Hamburg, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, 1987.

une question de droit, il n'en a pas moins reconnu que la réglementation de sa capacité constitue quant à elle bel et bien une question de droit, laquelle ne peut toutefois dépendre de l'arbitraire étatique (ainsi, le rôle de la coutume devrait-il être reconnu en la matière).

Enfin, il importe de souligner que la conception institutionnelle de M. HAURIOU ne s'identifie pas à une conception purement objective du droit où le droit de l'individu se réduirait à un simple droit-fonction(35). Certes, cette thèse a été défendue par des auteurs se réclamant de lui mais ceux-ci étaient principalement préoccupés de combattre soit l'individualisme libéral(36), soit une certaine conception contractuelle du droit des sociétés(37). Par contre, ni la consultation d'HAURIOU ni celle de son disciple le plus célèbre, G. RENARD, ne révèle d'opposition entre l'objectif et le subjectif, entre le contractuel et l'institutionnel, tant et si bien que l'on peut qualifier leur conception comme étant véritablement « pluraliste »(38). Il est vrai que, depuis la période

(35) Sur la notion de « droit-fonction », cons. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, pp. 221 et suiv. : il s'agit de droits « à fin altruiste, institués non pour le service de leur titulaire, personne physique ou personne morale, mais pour le service d'autrui ... ».

(36) Cons. J.-T. DELOS, « La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, *Arch. phil. droit*, 1931, pp. 97 et suiv. et spéc. pp. 148 et suiv. : pour l'établissement d'un "ordre social objectif" dans le cadre duquel les individus s'oublieraient eux-mêmes au sein du groupe en faisant abstraction de leurs intérêts individuels (p. 114).

(37) Voy. E. GAILLARD (*op. cit.*, p. 56) : défendant la thèse de la nature exclusivement fonctionnelle du droit de vote, opinion partagée par R. DAVID (*op. cit.*, p. 49). Celle-ci ne s'est cependant pas imposée quant à la nature du droit de vote de l'actionnaire puisque tant en droit allemand (cons. W. ZÖLLNER, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Einleitungsband*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1984, Rn 178-179) qu'en droit franco-belge la thèse du caractère mixte du droit de vote (qui apparaît à la fois comme une prérogative et une fonction : voy. P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Thèse, Paris, Gembloux, Duculot, 1947, n^{os} 54-56) l'a emporté.

(38) Pour une sélection des passages les plus significatifs de l'œuvre d'HAURIOU à travers lesquels apparaît l'évolution d'une pensée aux cheminements complexes, voy. la série d'articles publiés par J. BONNECASE sous le titre général « Une nouvelle mystique : la notion d'institution » dans la *Revue Générale du droit*, 1931, pp. 241 et suiv. ; 1932, pp. 1 et suiv., 80 et suiv., 161 et suiv., 241 et suiv. Quant, à G. RENARD, l'on se contentera de reproduire ici certains extraits de son article, précité, « De l'institution à la conception analogique du droit » : évoquant le reproche qui est fait à la théorie institutionnelle, résumé par la formule « après le tout au contractuel, le tout à l'institutionnel » (p. 115), de se faire trop envahissante, l'auteur y apporte la réponse suivante : « ... l'ordre juridique est une *via media* entre le monisme individualiste ou social et le parallélisme de l'individuel et du social ;

révolutionnaire, la doctrine individualiste a évolué, notamment sous l'influence d'attaques dirigées contre la version absolue du principe de l'autonomie de la volonté(39), en telle sorte que la version moderne de l'individualisme ne manifeste plus aucune aversion pour le phénomène associatif(40).

C'est ainsi que la personnalité morale est aujourd'hui conçue comme une « réalité technique »(41), ce qui ne signifie pas un appauvrissement de la notion mais plutôt l'accès de celle-ci à une certaine maturité, le débat mené au XIX^{ème} siècle permettant de dégager consciemment certaines options de politique juridique, lesquelles s'avèrent inévitables en un droit s'efforçant de concilier certaines valeurs parfois antagonistes, de même que les enseignements utiles à la poursuite de l'approfondissement du droit des personnes morales(42).

*c'est le dualisme dans l'unité. Du même coup et par ricochet, le contrat est sauvé d'un péril... imaginaire... plutôt que d'opposer institution à contrat, mieux vaudrait ventiler la part du contractuel et la part de l'institutionnel dans chacune des situations concrètes dans lesquelles elles s'allient... L'institution vise si peu à dévorer le contrat qu'ils se mêlent ou mieux qu'ils s'articulent dans la majeure partie des opérations de la vie civile et commerciale, administrative même... ». Pour un appel, précoce en droit belge des sociétés, à la pratique d'une telle approche pluraliste, cons. L. DABIN, « Le droit des sociétés anonymes et la conception contractuelle », *Ann. fac. droit Liège*, 1959, spéc. p. 255 (« Nous ne croyons pas... qu'il faille placer le problème de la qualification juridique de la société anonyme sous le signe d'une opposition radicale entre deux conceptions », l'auteur faisant allusion aux conceptions institutionnelle et contractuelle). D'autre part, l'on notera dès à présent que ces réflexions s'éloignent fort de la pensée de J. VAN RYN (*op. cit.*, p. 205) décrivant le passage du « pôle » contractuel au « pôle » institutionnel et non une combinaison de ces deux approches.*

(39) Cons. l'ouvrage, précité, de M. WALINE ainsi que la très éclairante étude de V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, 1980.

(40) Voy. B. BOUCKAERT, *op. cit.*, no 13.

(41) Termes de G. GOUBEUX (*op. cit.*, p. 205). D'autres auteurs préfèrent des expressions différentes telles que, par exemple, « technique juridique » ou « instrument juridique » sans qu'une différence fondamentale de sens nous semble devoir être relevée. Se réclamant d'une telle orientation : not. J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », *D.*, 1949, Chron., p. 141 ; F. GALGANO, Rapport général sur Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, *op. cit.*, pp. 11-12 ; J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 496 ; D. REUTER, *Juristische Person in Münchener Kommentar zum BGB*, 2. Auflage, Band 1, 1984, Rn 2.

(42) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, *op. cit.*, pp. 158-159. Dans le même sens : C. ATLAS, « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial (1898-1947-1975) » in *Études dédiées à R. ROBLLOT — Aspects actuels du droit commercial*, Paris, *L.G.D.J.*, 1984, p. 43.

Le débat mené sur ces mêmes questions aux États-Unis confirme de manière éclatante les observations qui précèdent. Effectivement, P. BLUMBERG(43) a montré, ensuite d'une analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative aux sociétés dotées de la personnalité morale, que les trois théories classiques développées dans cette nation à propos des sociétés-personnes morales(44) ont été et sont encore invoquées par la Cour suprême des États-Unis en vue de trancher des conflits particuliers de valeurs et non pas en vue de clore définitivement un débat théorique à caractère général sur la nature des sociétés-personnes morales(45). L'auteur en tire d'une part que chacune des théories invoquées comportent leur part de validité (la société-personne morale est à la fois une fiction, un réseau de contrats et une organisation réelle(46)) et en conclut d'autre part qu'aucune théorie générale ne peut prétendre gouverner la solution de tous les litiges individuels à propos desquels se pose la question de la nature de la société-personne morale(47) : évoquant, le « meilleur » traitement juridictionnel possible, il s'exprime en ces termes :

« It should be primarily concerned with the interests and values represented by the parties in the particular controversy and should evaluate whether one approach or the other will more effectively implement the underlying objectives of the law in the particular area in question ».

Cette approche pourrait être répertoriée parmi celles relevant d'une *rationalité procédurale plutôt que substantielle* c'est-à-dire celle procédant d'une raison qui, ayant pris conscience de sa fini-

(43) « The corporate entity in an era of multinational corporations », *Del.J.Corp.L.*, 1990, pp. 283 et suiv.

(44) Il s'agit des théories de la fiction (« *artificial person* » ou encore « *weak entity theory* »), de la réalité (« *real* » ou « *strong entity theory* ») des personnes morales et de la thèse contractuelle (« *aggregate* », « *associational* » ou « *contract theory* ») : P. BLUMBERG, *op. cit.*, pp. 292-295.

(45) P. BLUMBERG, *ibid.*, pp. 323-325. C'est ainsi que la contradiction flagrante relevée *supra* entre deux arrêts de notre Cour de cassation rendus en l'espace d'une année à peine (1853 : réalité de la personne morale ; 1854 : fiction de la personne morale) s'éclaire d'un jour nouveau. D'ailleurs, P. BLUMBERG (pp. 313-314) a lui-même relevé l'existence d'une décision de la Cour suprême optant dans la même espèce mais à l'occasion de l'application de dispositions constitutionnelles différentes pour deux théories distinctes quant à la nature de la personnalité morale...

(46) P. BLUMBERG, *ibid.*, pp. 295, 372-373.

(47) *Ibid.*, p. 373.

tude radicale (prenant acte de l'impossibilité de trancher définitivement un débat sur des valeurs reposant pour la plupart sur des fondements métaphysiques indémontrables (48)), s'efforce désormais d'ouvrir un large espace à la pratique d'un débat argumenté, toujours à reprendre, sur les valeurs (49). La pratique de ce débat ne devrait pas nous faire tomber dans les travers de l'irrationalisme ou de l'historicisme car (penser une théorie de la raison qui fasse acte de sa finitude radicale) :

« Cela n'implique pas que l'on fasse fi de la catégorie d'universel dont la pensée libérale s'est jusqu'à présent nourrie ; cela oblige cependant à articuler cette référence à l'universel qui accompagne tout acte de langage avec son caractère vide, traversé qu'il est par un paradoxe qui assure la fécondité même de nos pratiques sociales et qui devrait stimuler notre imagination juridique » (50).

(48) La qualification de « nouvelle mystique » attribuée par J. BONNECASE à la théorie de l'institution (voy. *supra*) est, à cet égard, particulièrement éclairante : l'auteur a entendu par là souligner le fondement métaphysique indémontrable de cette théorie. On peut en dire autant des élaborations Rousseauistes qui ont servi à fonder la théorie contractuelle issue de la révolution. Le conflit de paradigmes, reposant en dernière analyse sur un acte de foi, se manifestant en droit des sociétés a d'ailleurs été souligné par M. COIPEL (voy. « Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987... », *op. cit.*, p. 51 ; cons. également, du même auteur, « Méthode horizontale et nouveau paradigme en matière de personnes morales de droit privé » in *Liber amicorum J. RONSE*, précité, spéc. pp. 213-217).

(49) Voy. les références citées supra note 22 et, plus spécialement, J. LENOBLE (« Crise du juge et nécessaire transformation du droit », *op. cit.*, pp. 143-147) : « Nous nous trouvons dans une situation où jamais comme auparavant la raison moderne n'a été tant dépouillée de toutes les illusives garanties par où elle pensait encore, au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, reconquérir le socle stable d'un fondement assurant la vérité de son savoir et garantissant le sens qu'elle produisait... L'idée de fondement s'estompe avec une radicalité sans pareil... sur les décombres d'une légitime déconstruction des formes métaphysiques de la Raison moderne, il s'impose de repenser un statut de la raison qui en respecte la finitude radicale avec laquelle on est dorénavant condamné à vivre ». L'auteur poursuit en relevant que de ces prémisses s'ensuit un rejet du positivisme et la constatation « que dorénavant plus aucune garantie de la justesse ne peut être trouvée hors du langage... Aucun discours particulier ne peut prétendre détenir le sens... Il reste que l'on se doit de garantir seulement le respect du débat le plus argumenté, le plus rationnel qui soit. L'éthique se fait procédurale ». Il conclut enfin en soulignant la nécessaire mutation de la fonction de juger qui devra découler de cette prise de conscience : il s'agira d'aménager des procédures permettant de procéder efficacement à une balance des intérêts représentés au regard des valeurs (l'auteur évoque celles de liberté et d'égalité) que le groupe ressent comme constitutives d'une vie démocratique.

(50) J. LENOBLE, « Démocratie et procéduralisation du droit : au-delà de Habermas », Conférence faite en septembre 1992 à la Cardozo Law School, doc. inédit, Centre de philosophie du droit. Fac. droit de Louvain-La-Neuve, pp. 24-25.

De quelques hypothèses de pratique possible d'un débat argumenté en droit des sociétés : les notions d'« intérêt social » et d'« entreprise » et la détermination des attributs de la personnification juridique de même que de l'absence de cette personnification.

De l'intérêt social et de l'entreprise ou de la mise en œuvre persistante de « stratégies d'évitement » (51)

9. — Les discussions ont été et restent nombreuses dans tous les systèmes juridiques à propos de la signification de la notion d'« intérêt social ». Un certain consensus semble se dégager autour de l'identification de l'intérêt social avec l'intérêt à long terme des associés (52) mais l'analyse révèle cependant que cette conception n'apparaît finalement applicable qu'en dehors de tout contexte de crise grave (menace de prise de contrôle, difficultés financières) affectant la société (d'où un caractère opérationnel considérablement limité). Effectivement, dès que s'amorcent les difficultés précitées, la controverse s'engage quant à la question de savoir s'il faut accorder une certaine considération à des intérêts autres que ceux des associés (à savoir ceux des travailleurs, des créanciers, de la région voire de la nation etc.) pour rejoindre éventuellement la notion d'« intérêt de l'entreprise » (53) Autre question cruciale : qui, dans un tel

(51) Termes empruntés à P. VAN GEHUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *Droit et société*, 1987, p. 237.

(52) Cons. : pour la Belgique, J.-M. NELISSEN GRADE, « De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales », note sous cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 229-238 (pour la récapitulation des termes du débat belge) ; pour les États-Unis, A.A. SOMMER, Jr, « Whom should the corporation serve ? The Berle-Dodd debate revisited sixty years later », *Del. J. Corp. Law*, 1991, p. 48 ; pour le Royaume-Uni, PALMER'S *Company law*, vol. I, 24th ed., London, Edinburgh, Stevens & Sons, W. Green & Son, 1987, pp. 936-937 ; pour la RFA, W. ZOLLNER, *op. cit.*, Band 2, Rn 178 et suiv. (l'intérêt social est identifié avec le but commun — à ne pas confondre avec l'objet social — constituant l'élément qui permet d'imprimer une orientation commune aux divers intérêts particuliers animant les associés).

Rappelons (cons. à cet égard les références précitées) que dans une conception identifiant l'intérêt social avec l'intérêt à long terme des associés, cet intérêt ne se confond pas avec l'intérêt des associés présents (en ce compris celui des majoritaires) : il s'agit de l'optique dite du « going concern ».

(53) Cette dimension est envisagée par P. BLUMBERG (*op. cit.*, pp. 296 et suiv.) qui, de l'existence de dispositions légales éparses se référant à la notion d'« entreprise » (en droit des valeurs mobilières, en droit fiscal et en droit du travail), tire la conclusion qu'une quatrième vision (en sus de celles envisagées par la Cour

contexte, pourra adéquatement effectuer la balance des intérêts en cause ? La formulation d'une réponse à de telles questions s'avère extrêmement délicate car, d'une part, elle touche au rôle d'acteurs autres que capitalistes dans la détermination du destin futur de la société(54) et, d'autre part, elle est susceptible d'exercer une influence fondamentale dans la construction d'un droit des groupes de sociétés(55). C'est ainsi que, dans le contexte d'entreprises en difficulté, le juge procédant d'un constat d'incapacité fréquente des chefs d'entreprises à prendre les mesures de prévention adéquates(56), joue-t-il un rôle parti-

suprême des États : Unis, voy. *supra*) du groupement sociétaire est en train de s'élaborer : celle de l'entreprise. Ces développements pourraient être transposés en droit belge puisque des dispositions dispersées comparables à celles mises en évidence par l'auteur existent également chez nous.

(54) Notons au passage que la discussion concernant les notions d'« intérêt social » et d'« intérêt de l'entreprise » s'élaborent essentiellement à propos des sociétés anonymes alors que, pourtant, la disposition de base en la matière est l'article 1833 du Code civil, lequel est applicable à toute forme de société (civile, commerciale, anonyme ou autre). Certains auteurs estiment cependant que la notion d'« intérêt social » revêt une importance plus grande pour la société anonyme vu le caractère moins « personneliste » de celle-ci (voy., par exemple, W. ZÖLLNER, *op. cit.*, I. Band, Rn 112-115 : l'auteur justifie ainsi une vision plus restrictive quant à l'appréciation de la validité et de l'exécution à procurer aux conventions de vote conclues par des actionnaires). Comp. avec J. PATARIN (« Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français » in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 59) qui estime que l'intérêt social est plus malaisé à dégager de l'intérêt individuel des membres lorsque le groupement poursuit un but lucratif. La contradiction entre ces deux auteurs n'est cependant qu'apparente car l'existence d'un intérêt commun ou social est, pour le second, le critère commandant la personnification d'un groupement (par hypothèse donc moins facilement personnifiable lorsque le but poursuivi est lucratif) tandis qu'il représente, pour le premier auteur cité, l'intérêt spécifique de la personne morale-société anonyme. Il n'est cependant pas aisé, à l'évocation de cet intérêt spécifique, de s'abstraire totalement de la réduction à l'intérêt des membres du groupement puisque l'on vient de voir *supra* que l'attitude classique en la matière consiste à identifier l'intérêt social avec l'intérêt, certes situé dans le long terme, des *associés* (le droit anglais manifeste une certaine conscience de ce réductionnisme puisque l'intérêt social y est défini en *equity* par référence à celui des associés et non par référence à celui de la société en tant que personne morale distincte de ses membres : voy. PALMER'S Company law, *op. cit.*, p. 936).

(55) Cette dimension est perçue notamment par P. BLUMBERG (*op. cit.*), qui formule le vœu du développement d'un droit de l'entreprise intégrant la considération du phénomène des groupes « in an era of multinational corporations », et par J. PAILLUSSEAU (« Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^{ème} siècle », *J.C.P.*, I, 1988, n° 3330, n° 8).

(56) Voy. la déclaration de J.L. DUPLAT reproduite par P. VAN GEHUCHTEN (*op. cit.*, p. 229) : « *L'impréparation des dirigeants à la gestion est énorme et en cas de turbulence sectorielle les réponses sont rapidement inadéquates* ».

culièrement actif (services d'enquêtes commerciales)(57). Il est vrai cependant que le juge est investi, dans la matière des faillites, d'une véritable mission de préservation de l'intérêt économique général(58). Par contre, si l'on s'intéresse au domaine des modifications de contrôle et, plus particulièrement, à celui des offres publiques d'acquisition, l'on constate que les « stratégies d'évitement », quant à la confrontation de décisions ou comportements adoptés en réaction à une menace de prise de contrôle avec les exigences qu'impliqueraient le service de l'intérêt social, sont largement répandues. Ainsi en Belgique, le système mis en place par l'arrêté royal du 8 novembre 1989 (relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés(59)) relègue l'appréciation de la conformité à l'intérêt social d'une offre projetée à la formulation d'un avis (qui, ainsi que sa dénomination l'indique, n'exerce aucune influence contraignante dans la détermination du comportement de cession des titres par les actionnaires) que doit obligatoirement formuler le conseil d'administration de la société visée à propos de l'offre(60). Il est vrai que cette réglementation procède sans aucun doute de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve le conseil d'administration d'une société visée par une O.P.A., le danger étant effectivement grand que les réactions du conseil ne lui soient inspirées davantage par le souci de préserver sa position que par le souhait d'agir au mieux des intérêts économiques de l'entreprise, constatation dont découle l'indubitable paralysie des moyens d'action du conseil d'administration au cours d'une procédure d'O.P.A.. La stratégie d'évitement est cependant claire : l'exigence de conformité à l'intérêt social est

(57) Cons. P. VAN GEHUCHTEN, *op. cit.*, pp. 228-231 et J. VAN COMPERNOLLE, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge » in *La crise du juge*, *op. cit.*, pp. 15-16 (et les références citées à propos de l'intervention du juge dans le contentieux économique et social).

(58) Voy. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larder, 1991, p. 65 (attestant la mission d'intérêt général dont est investi le juge dans son pouvoir de déclarer une faillite d'office : « *Le droit d'agir d'office est significatif du rôle essentiel de police économique exercé par le tribunal de commerce en la matière* »).

(59) *Mon. b.*, 11 novembre 1989.

(60) Article 15 par. 2 de l'arrêté royal précité : « *Le conseil d'administration de la société visée doit faire connaître son avis sur l'offre. Ce faisant, il doit agir dans l'intérêt de l'ensemble des titulaires de titres, des créanciers et des travailleurs de la société visée* ».

ainsi pratiquement éliminée à un moment pourtant décisif quant à l'avenir de la société et, constatation alarmante sur le plan des principes cette fois, nous sommes bien forcée de constater que le droit de l'actionnaire subit en présence d'une hypothèse de changement de contrôle, une mutation qui le fait passer du statut de droit partiellement fonctionnel (voy. supra) à celui d'un droit à finalité purement égoïste(61)(62). Le seul moyen dont disposent les dirigeants pour sortir de la logique éventuellement infernale(63) d'un tel système consiste à fermer littéralement la

(61) Nous avons vu (*supra*) que le droit de vote de l'actionnaire, lequel concentre l'essentiel de son droit de participation aux affaires sociales, revêt à la fois l'aspect d'une prérogative et d'une fonction. Dans l'hypothèse d'une offre publique d'acquisition, l'actionnaire faisant partie de la catégorie des épargnants présents dans la société pour le placement que la détention d'actions représente répondra nécessairement aux sirènes de l'offrant (lui proposant un prix supérieur à celui du marché), pour autant bien sûr que celui-ci adopte un comportement rationnel, et ce sans égard pour l'avis du conseil d'administration (qui, soulignons-le tout de même, ne sera pas nécessairement et exclusivement dicté par le souci de se maintenir en place). Ce comportement purement spéculatif est érigé en comportement normal de l'actionnaire par l'arrêté royal du 8 novembre 1989. On peut évidemment rétorquer, au mépris des principes, que cette réglementation ne fait que traduire une vision pragmatique de l'actionariat exclu du contrôle des sociétés faisant appel public à l'épargne. L'ennui est que la tentation de « se faire un pactole » à l'occasion d'un changement de contrôle dans une société est désormais à ce point répandue dans le public qu'un juge a pu condamner une société à verser un dédommagement à des personnes parfaitement tierces à la société en se fondant sur la circonstance que ces tiers, par le refus de leur agrément lorsque ceux-ci se portèrent candidats à l'acquisition d'actions de la société, furent écartés de la participation à la manne ultérieure que fit naître pour les associés le lancement d'une O.P.A. sur la société (le refus d'agrément avait été déterminé en l'espèce, par le souci, parfaitement légitime à notre avis, du conseil d'administration de réserver l'avantage financier issu de l'O.P.A. à ses actionnaires existants) : voy. Bruxelles, 15 mars 1991, *R.W.*, 1991-1992, pp. 575-578 (cons. nos observations à paraître in *Revue*, 1^{er} trimestre 1993) et Comm. Bruxelles, 26 octobre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 62 et la note critique de K. GEENS.

(62) On peut par ailleurs se demander si cette évolution n'est pas, dans une certaine mesure, inévitable en raison du peu d'attrait, en termes de dividendes, que représente aujourd'hui la détention d'actions par rapport aux autres types de placement moins risqués : l'attrait de la plus-value éventuelle ne devient-il pas alors l'unique motivation de celui qui investit son épargne dans du capital à risque ?

(63) Voy. M. ALBERT (*Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1991, pp. 87-89) décrivant de manière frappante la « tyrannie du Quaterly report » (cotation trimestrielle) à laquelle ont été soumis les dirigeants d'entreprises américaines au plus fort de la vague des O.P.A. (remarquable que le meilleur moyen d'échapper à une O.P.A. indésirable consiste pour les dirigeants à essayer de maintenir le cours des actions au niveau le plus élevé possible et que, pour ce faire, il s'agit de maximiser le profit à court terme : « ... n'importe quel gestionnaire moyen sait que le moyen le plus efficace pour augmenter le bénéfice à court terme consiste à

société en instaurant un mécanisme d'agrément (cons. l'article 16 alinéa 3 de l'arrêté royal précité et l'article 41, paragraphe 4, de nos lois coordonnées sur les sociétés commerciales), solution tout de même paradoxale dans une forme de société (anonyme) dont l'archétype est celle faisant appel public à l'épargne(64). Par contraste, on peut dire que la situation actuelle aux États-Unis quant à la pratique des O.P.A. est exactement opposée à celle de la Belgique mais, cependant, tout aussi insatisfaisante au regard du service de l'intérêt social. Ainsi, malgré l'adoption, par une trentaine d'États depuis 1983, de « législations des autres composantes » (other constituencies statutes) permettant, plus rarement imposant, la prise en compte par les managers d'intérêts autres que ceux des actionnaires à l'occasion de la prise par eux de décisions dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions(65), la situation prévalant aujourd'hui au Delaware (premier État en

couper dans les dépenses les moins urgentes : publicité, recherche, formation, prospection à long terme etc. Hélas ce sont ordinairement les dépenses qui permettent à une entreprise de préparer l'avenir... Si l'on coupe exagérément dans ces dépenses, l'entreprise se trouve, à court terme, menacée. Ici la logique financière s'oppose clairement à la logique industrielle... L'actionnaire roi se soucie assez peu de l'entreprise dans laquelle il a investi. Il lui faut des dividendes et des plus-values. Cette tendance... est particulièrement marquée chez les investisseurs institutionnels... Avec de tels actionnaires et de telles stratégies, on est loin de l'entreprise conçue comme une communauté d'intérêts, liée par une puissante affectio societatis et réunissant les actionnaires, les salariés et la direction. L'entreprise n'est plus qu'une machine à cash-flow ballottée par les vagues du marché et menacée par les imprévisibles tempêtes de la spéculation boursière »).

(64) La doctrine institutionnelle du droit des sociétés (cons. E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 62-72) a d'ailleurs perçu la « faille » que représente, dans sa vision de la société anonyme comme une communauté d'associés aux droits exclusivement fonctionnels, l'existence d'associés spéculateurs. La position préconisée à leur égard est qu'il faudrait en principe retirer leur droit de vote à de tels associés (indignes en quelque sorte). Néanmoins, se rendant sans doute compte de l'irréalisme d'une telle position, l'auteur propose de donner des primes de vote aux actionnaires fidèles et, quant aux spéculateurs : « *Tant qu'ils subsistent en grand nombre, il ne semble pas qu'il faille leur retirer le droit de vote* ». E. GAILLARD a incontestablement entendu souligner par cette phrase que les spéculateurs ne représentent pas un danger pour la communauté fonctionnelle pour autant que ceux-ci ne détiennent aucun pouvoir dans la société. Qu'aurait dit M. GAILLARD s'il avait connu la technique de l'offre publique d'acquisition ?

(65) Sur ces législations, cons. A.A. SOMMER, *op. cit.* (celles-ci furent adoptées sous la pression de la véritable déferlante d'O.P.A. se manifestant alors. Notons au passage que ces dispositions, instituant en apparence une vision englobante de tous les intérêts représentés par l'entreprise, furent édictées principalement en vue d'assurer la protection... d'un intérêt particulier... à savoir celui de la protection de l'économie locale et/ou régionale face aux tentatives de prise de contrôle de la part d'« étrangers »).

ce qui concerne l'incorporation de sociétés faisant appel public à l'épargne) est que les administrateurs disposent d'un pouvoir illimité de prendre toute mesure quelconque à l'occasion d'une O.P.A. et ce sous la protection de la « business judgement rule » (que l'on peut grossièrement comparer au principe d'appréciation marginale des décisions d'administration en Belgique)(66). En Belgique, l'intérêt social est bafoué au profit des spéculateurs ; aux États-Unis, il l'est au profit des administrateurs.

Que tirer de tout ceci ? D'abord qu'une S.A. ouverte au public en situation de crise ne peut prétendre trouver en elle-même (cas du traitement actuel des O.P.A. aux États-Unis) les ressources lui permettant d'établir la nécessaire balance des intérêts finalement constitutive de son intérêt social(67). Ensuite, que la reconnais-

(66) Voy. M.I. STEINBERG, « Nightmare on main street : the Paramount picture horror show », *Del.J.Corp.L.*, pp. 1 et suiv. (cette situation résulte de la décision *Paramount communications, Inc. v. Time, Inc.* — 571 *A.2d* 1140 (1990) — de la Cour suprême du Delaware où le droit du conseil d'administration de refuser purement et simplement (cette défense est désormais intitulée par la doctrine américaine, jamais à court d'images, la « Just say no » défense, l'expression étant inspirée par une célèbre campagne anti-drogue menée par N. REAGAN) une O.P.A. lancée à un prix au moins deux fois plus élevé que la valeur boursière des titres considérés alors que la société considérée était engagée dans un processus de fusion avec une société autre que l'offrante. L'auteur souligne, non sans un certain cynisme, que la protection des actionnaires dans le cadre d'une O.P.A. au Delaware ne constitue désormais guère autre chose qu'un habillage rhétorique purement cosmétique de décisions faisant prévaloir le point de vue des administrateurs (on est donc loin à présent de la fameuse décision *Smith v. Van Gorkom* — 488 *A.2d* 858 (1985) — où des administrateurs furent condamnés en raison de la méconnaissance de leur *duty of care* après avoir approuvé de manière un peu rapide une O.P.A. lancée pourtant à un prix supérieur à celui du marché ; cette décision souleva du reste une telle critique que ses effets furent annihilés par une législation *ad hoc* : pp. 9-10) : cette situation est déplorable, estime-t-il, mais il n'est pas souhaitable de la changer si l'on veut que le Delaware conserve sa position de premier État pour l'incorporation des sociétés faisant appel public à l'épargne. Enfin, l'auteur note au passage que le résultat de cette nouvelle jurisprudence a eu pour conséquence de développer l'activisme d'actionnaires désormais livrés à eux-mêmes, activisme s'exprimant surtout par les fameux « proxy contests » malheureusement réservés, en raison de leur coût, aux actionnaires institutionnels).

(67) Dans un domaine voisin mais néanmoins fort proche, celui de la régulation des marchés financiers, A. ORLEAN (« Contagion mimétique et bulles spéculatives » in *La formation des grands économiques*, sous la direction de J. CARTELLIER, *Nouvelle Encyclopédie Diderot*, Paris, P.U.F., 1990) a montré que les marchés financiers ne pouvaient prétendre à l'autorégulation en situation de crise (ce qui n'exclut évidemment pas qu'un marché puisse fort bien fonctionner au quotidien sur base d'un modèle d'autorégulation). Effectivement, les turbulences affectant une société dont les titres sont cotés se traduisent par un déficit d'informations

sance de cette impossibilité ne doit pas emporter une démission complète face aux intérêts individuels à finalité purement égoïste (cas du traitement des O.P.A. en Belgique). Enfin, qu'il s'agit de mettre en place un mécanisme permettant aux différents intérêts de s'exprimer et que de leur confrontation surgisse la solution adéquate, sous peine de rayer purement et simplement la notion d'intérêt social du vocabulaire des sociétés anonymes en situation d'éventuel changement de contrôle.

10. — D'autre part, qu'en est-il du « droit de l'entreprise » ? Il faut bien constater que si certains appellent de leurs vœux l'élaboration systématique d'un tel droit (68) et que si, en outre, ce mot est dans toutes les bouches, on est encore loin de pouvoir véritablement parler d'un droit de l'entreprise. Ainsi, même en R.F.A., pays habituellement présenté comme étant en pointe en la matière, la doctrine souligne que la notion d'« entreprise » est l'une des moins claires et des plus ambivalentes qui soit (69) et l'on signale que le droit de l'entreprise n'a pas encore accédé au statut de discipline juridique à part entière malgré les propositions qui ont été faites dans ce sens dans les années 60-70 (70). C'est ainsi que le débat est toujours en cours aujourd'hui dans ce pays quant à la question de savoir si le conseil d'administration d'une société anonyme devrait, en certaines circonstances, situer l'intérêt des travailleurs ou l'intérêt général au-dessus de la profitabilité de la société (71). Cette constatation n'a en soi rien

exogènes au marché (c'est-à-dire les informations sur l'entreprise proprement dite dont les titres sont cotés) lequel aura tôt fait de généraliser les comportements spéculatifs basés sur des données endogènes au marché (c'est-à-dire sur l'anticipation des réactions des autres opérateurs du marché) par phénomène d'emballément mimétique (dont l'effet corrélatif sera de provoquer une aggravation de la crise elle-même).

(68) C'était déjà le cas de J. HAMEL (*op. cit.*, pp. 143-144) en 1949 (estimant que la notion de « personne morale » se révèle tout à fait insuffisante à saisir cette entité économique qu'est l'entreprise).

(69) W. ZÖLLNER, *op. cit.*, *Einleitungsband*, Rn 129.

(70) K. SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 12-13 : l'auteur ajoute que l'expression « droit de l'entreprise » revêt avant tout le caractère d'un programme politique. Certes, la *Mitbestimmung* (cogestion) peut être présentée comme un acquis important en ce sens mais il n'appartient qu'au législateur de poursuivre l'éventuelle élaboration du droit de l'entreprise. L'expression ne peut dès lors, en dehors d'une telle intervention législative, être utilisée en vue d'imprimer une nouvelle orientation au droit des sociétés.

(71) Voy. R.M. BUXBAUM et K.J. HOPT, *Legal harmonization and the business enterprise*, Berlin — New York, Walter De Gruyter, 1988, pp. 182-183.

d'étonnant. Effectivement, si l'on conçoit l'entreprise comme un « lieu d'arbitrage d'intérêts en partie antagonistes »(72), on perçoit mal comment l'arbitrage en question pourrait s'effectuer en l'absence d'un mécanisme permettant de réaliser effectivement cette conciliation.

II. — Nous concluons à propos des questions analysées qu'il est impossible d'aboutir à la formulation de solutions satisfaisantes en dehors de la mise en place de mécanismes permettant une expression démocratique des intérêts (parfois antagonistes) concernés de manière à aboutir à un arbitrage adapté aux circonstances particulières de l'espèce. Nous ne cacherons pas cependant que la pratique de cette approche doit procéder de la neutralisation préliminaire d'un obstacle de taille : le risque de verser dans le néo-corporatisme ou le règne de l'« individu organisé »(73) qui, pesant de tout son poids sur la décision politique qui le concerne, ferait triompher son intérêt au détriment de l'intérêt général (cas, évoqué *supra*, de l'activisme des actionnaires aux États-Unis, lequel ne peut être pratiqué efficacement par la voie des « proxy-contests » que par ceux qui « en ont les moyens », à savoir les actionnaires institutionnels). Il nous semble, dans cette optique que l'idée française d'une société anonyme simplifiée est, malheureusement, révélatrice d'une certaine dérive néo-corporative. En effet, elle est issue des efforts d'un individu fort bien organisé : le patronat français qui entend ainsi se réserver un instrument suffisamment souple afin de conserver ou ramener en France la constitution des structures de coopération entre entreprises(74). Le défi futur dans la mise en œuvre d'une approche

(72) M. COIPEL, « Introduction de l'étude de la loi du 14 juillet 1987 », *op. cit.*, p. 50.

(73) Cons. P.J. PARARAS, « Le retour du corporatisme en France — La crise du mandat représentatif », *R.I.D.C.*, 1991, spéc. pp. 435-436. Voy. également : C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *Rev.trim.dr.com.*, 1989, pp. 417 et suiv.

(74) Voy. « Rapport du groupe de travail 'La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises' » in *Rapports et avis du Conseil national du patronat français*, octobre 1990 : la société anonyme simplifiée comporte, comme sa dénomination l'indique, une simplification assez considérable des règles de fonctionnement de la société (l'essentiel de la réglementation à cet égard étant laissée à la liberté des parties, le droit commun de la société anonyme ne valant plus qu'à titre supplétif) et apporte une sécurité juridique indéniable quant aux mécanismes (clauses d'agrément ou clauses d'inaliénabilité temporaire par exemple) qui

relevant d'une rationalité plus procédurale que substantielle sera de trouver les voies permettant de réintégrer les notions d'intérêt commun ou encore d'intérêt général dans le cadre du débat instauré entre les intérêts particuliers de même que celles rendant possible l'expression de tous les intérêts concernés(75), l'instance d'arbitrage des intérêts se chargeant, le cas échéant, de procurer aux voix les plus faibles le moyen de se faire entendre(76). Quant à l'identité de l'instance qui pourrait effectuer cet arbitrage, le juge judiciaire ne nous paraît certainement pas contre-indiqué en la matière. Certes les reproches d'incompétence qui lui sont faits sont récurrents mais une telle objection n'est certainement pas neuve(77) et elle n'a pas empêché le développement des pouvoirs du juge ordinaire qui, aujourd'hui, dispose d'un large pouvoir dis-

sont susceptibles d'être utilisés en vue de préserver le caractère éventuellement fermé de la société. Nous ne pourrions qu'applaudir cette initiative si elle n'était réservée aux partenaires en mesure d'apporter un capital s'élevant à 1.500.000 FF au moins. Les P.M.E. n'éprouvent-elles pas elles aussi le besoin de structures sociétaires caractérisées par la souplesse ? Les créateurs de la société anonyme simplifiée expliquent cette exigence par le souci de protection des tiers (rapport précité, p. 5). Outre le fait, qui n'est plus à démontrer, que la fixation d'un chiffre abstrait de capital minimum ne signifie pas grand chose en termes de protection des tiers (les besoins réels en capitaux variant d'une entreprise à l'autre), cet argument ne peut convaincre si l'on est d'autre part attentif au fait que l'essentiel des mesures de protection habituelles des tiers (régime de modification du capital et des valeurs mobilières, contrôle externe et consolidation des comptes, fusions et scissions) demeurent applicables à la société anonyme simplifiée (*ibid.*). Plus que jamais sans doute, il faut se rappeler l'observation du Prof. B. OPPETIT (en conclusion au débat du C.R.E.D.A. sur le droit des affaires, *Sem. Jur.*, éd. E. 1986, II, 14637, cité par G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Rev.int.dr.écon.*, 1986, p. 29) à propos d'« une évolution du droit des affaires 'à deux vitesses' » dont l'une serait plus spécialement réservée à l'usage des grandes entreprises. Il importe de nous demander si cette évolution est bien celle que nous voulons dans l'Europe démocratique de demain...

(75) Pour une lecture particulièrement instructive en la matière, cons. R. DAHL, *Democracy and its critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

(76) Ce que le juge fait d'ailleurs déjà actuellement lorsque, « perdant ses timidités accusatoires », il tend une « main secourable au plaideur en difficulté qui discerne mal l'étendue de ses droits » (R. PERROT, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français » in *La crise du juge, op. cit.*, p. 41).

(77) Voy. R. DAVID (*op. cit.*, pp. 38-40) : l'auteur, plaçant (en 1929) pour l'acceptation d'un rôle actif du juge en matière de protection des minorités, évoque les reproches d'incompétence voire d'arbitraire qui lui sont faits et cite CORNIL (in *Le droit privé*, p. 133) : « *Au surplus, il ne faut pas se représenter le juge comme une entité constituée uniquement de propriétés déplaisantes ou fâcheuses et dépourvue de la clairvoyance moyenne ou du bon sens commun. Ceci est la conception fautive des plaideurs malheureux.* ».

créationnaire en de nombreuses matières et même, le cas échéant, du pouvoir de contrôler la conformité à l'intérêt général(78).

De la détermination des attributs de la personnification juridique de même que de l'absence de cette personnification : hier et aujourd'hui.

12. — La question de la détermination des attributs ou caractères des groupements dotés ou non de la personnalité juridique a déjà fait couler l'encre à flots et l'on n'est pas prêt d'en finir car il s'agit là d'un domaine en perpétuelle redéfinition où, pourrait-on dire, l'abstraction théorique doit céder pour laisser le champ libre à une discussion permanente tant législative que juridictionnelle(79). Le phénomène est à ce point marqué que l'on a pu utiliser à son égard l'expression de « Protée insaisissable »(80).

13. — *La pulsion personnalisante dans l'histoire*

On pourrait dire que, imitant en cela Monsieur JOURDAIN qui faisait de la prose sans le savoir, certains groupements médiévaux se sont érigés en personnes morales sans le savoir davantage. En effet, si l'étude systématique du concept de personnalité morale ne s'instaura qu'à la suite de la révolution française(81), la pra-

(78) Voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil... », *op. cit.*, pp. 13-25 ; quant au pouvoir de contrôler la conformité à l'intérêt général, voy. notre étude « La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique — Quelques observations en guise de prélude », *D.A./O.R.*, 1992, spéc. n° 2 (où la Cour d'appel de Bruxelles se voit confier une compétence de pleine juridiction pour connaître des recours dirigés contre les décisions du Conseil de la concurrence).

(79) Ainsi R. SALEILLES, s'inscrivant en cela contre l'abstraction de la doctrine du XIX^{ème} siècle relative à la personnalité juridique, doutait (en 1910) que « la personnalité doit être envisagée d'une façon purement abstraite, indépendamment des individualités objectives qu'elle recouvre » et conseillait, « pour chaque catégorie de personnes juridiques, de tenir compte de sa composition interne et de sa structure objective pour en décrire la vie et les relations juridique » (cité par P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé » in *Mélanges Ripert*, Paris, *L.G.D.J.*, 1950, pp. 157-158).

(80) J.-T. DELOS, *op. cit.*, pp. 97-98. Comp. avec la réflexion de D. REUTER, *op. cit.*, Rn 10 (estimant que la recherche de caractères spécifiques de la Gesamthand — structure patrimoniale des groupements dénués de personnalité juridique en droit allemand — s'avère tout aussi vaine que la même recherche appliquée à la notion de personnalité morale).

(81) Voy. J. VALERY, « Comment s'est formée la théorie de la personnalité des sociétés commerciales » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY*, T. 1^{er}, Paris, Sirey, 1934, n^{os} 5 et 8 ; J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit*

tique médiévale révèle, particulièrement à partir de la période d'essor économique débutant au XII^{ème} siècle(82), que les structures d'organisation de certaines activités économiques (particulièrement dans les secteurs de la métallurgie, de l'extraction et des moulins) se rattachent à l'insu des intéressés à certains principes que nous rattachons aujourd'hui à la détention de la personnalité morale(83). L'analyse la plus poussée à cet égard a été faite par G. SICARD(84) à propos des fameux Moulins du Bazacle. Elle révèle assurément que le Moyen-Âge ne se limita pas au règne de corporations jalouses de leurs privilèges(85) et que le véritable ancêtre de la société anonyme est à rechercher du côté de ces groupements volontaires qui fleurirent à la même époque (pour autant que les conditions économiques pour ce faire aient été réunies) dans toute l'Europe et non dans les fameuses

der privatrechtlichen Gesellschaften in Frankreich und Belgien, im Lichte der klassischen Vermögenstheorie, Dissertation, Würzburg, 1988, pp. 31-32.

(82) Cons. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 14, 25 et suiv., 166-167.

(83) Voy. J. HILAIRE, *ibid.* (soulignant l'importance de la pratique dans le développement du droit commercial à l'époque médiévale, la cohérence à l'égard des principes n'étant pas son souci premier (p. 18). Si la plupart des sociétés du Moyen-Âge étaient des sociétés de personnes (n.d.l.r. : organisées alors sur base de la copropriété en main commune qui subsiste, aujourd'hui encore, en droit allemand en tant que structure intermédiaire entre l'indivision et la personnalité morale : voy. J. CALLEWAERT, *ibid.* (évoquant les observations de R. SALEILLES) et, même auteur, « Réflexions sur les préalables à une harmonisation globale du droit des sociétés en Europe », *Revue*, 1990, n° 6502 ; accessoirement, voy. J. HILAIRE, p. 174, où l'auteur cite BEAUMANOIR évoquant l'organisation en « main commune » des « compagnies » médiévales), il est certain que l'on assiste, dès le XII^{ème} siècle, à une recherche de solutions nouvelles adaptées aux structures sociétaires de grande envergure (p. 167). C'est ainsi que surgissent, dès le XIII^{ème} siècle et en des lieux éloignés les uns par rapport aux autres, des « ébauches de sociétés de capitaux » (pp. 175 et suiv.) dans les secteurs cités au texte). Dans le même sens : l'étude fondamentale de G. SICARD (*Aux origines des sociétés anonymes — Les Moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, Paris, Librairie Armand Colin, 1953, spéc. p. 295 (pour la réflexion quant à la pratique de solutions se rattachant à l'insu des intéressés à ce que nous appelons aujourd'hui la personnalité morale) et pp. 163-175 et 327-340 (quant à la dispersion du phénomène dans toute l'Europe)).

(84) *Ibid.*

(85) Notons d'ailleurs que les privilèges et monopoles dont jouissaient les corporations d'ancien régime furent à l'origine justifiés par le souci, rejoignant l'intérêt général, d'organiser, en une époque de pénurie, la solidarité collective par la réglementation de l'activité professionnelle exercée et non par l'égoïsme ou la peur de la concurrence (voy. O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Band I, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868, pp. 361-362 ; J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 30 ; P. SUEUR, *op. cit.*, pp. 58-63 : signalant que la sclérose tant dénoncée résultant du maintien en l'état des privilèges corporatifs ne s'est réellement affirmée qu'à partir des XVII^{èmes}-XVIII^{èmes} siècles).

« compagnies royales », lesquelles se rapprochent davantage de la conception moderne de « société d'économie mixte » (86). La conception, fautive, voyant en ces compagnies les ancêtres directs de la société anonyme moderne est à imputer aux révolutionnaires qui y ont vu un moyen d'asseoir définitivement l'emprise étatique sur la réglementation des groupements, leurs efforts ont été en cela relayés par la doctrine institutionnelle (87) du droit des sociétés, laquelle entend également consacrer la primauté de la législation étatique sur la régulation contractuelle privée des rapports sociétaires (on y reviendra). À titre illustratif, notons que dans les moulins de Toulouse précités :

- le capital social (l'« honneur » des Moulins) est, dès le XIII^{ème} siècle, divisé en quotes-parts abstraites (les uchaux) qui étaient librement cessibles et dont une cotation rudimentaire mais véritable était établie vers le XV^{ème} siècle ; d'autre part, la responsabilité des associés (pariers) est clairement limitée à la quote-part investie dans l'« honneur » des Moulins dès 1374 ;
- le principe de la représentation en justice de l'ensemble des pariers par un seul d'entre eux (en raison des liens de solidarité unissant les pariers entre eux) est clairement affirmé dès la fin du XII^{ème} siècle ;
- quant au fonctionnement : la séparation entre le travail dans le cadre de l'entreprise et le capital (d'abord, essentiellement fourni par la bourgeoisie Toulousaine avant que ne s'amorce un mouvement de démocratisation) est perceptible dès le XII^{ème} siècle ; une tendance au renforcement des pouvoirs de l'administration (bailes et conseillers) au

(86) Voy. G. SICARD, *op. cit.*, pp. 343-345 et J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 201-208 : les compagnies royales (dont la création se situa aux XVII-XVIII^{èmes} siècles) étaient dotées d'un monopole commercial et de prérogatives de la puissance publique (armée, justice), les « actionnaires » ne méritaient ce qualificatif qu'en raison de l'apport qu'ils faisaient dans la compagnie, ils étaient pour le reste déchés des pouvoirs attribués aux assemblées générales d'associés dans les sociétés anonymes et étaient éventuellement placés sous le joug de la puissance publique (en témoignent : les versements supplémentaires auxquels ils furent astreints sous peine de déchéance de leurs droits).

(87) Cons. E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 9 (qui relie la constitution de ce que les compagnies constituèrent des « sortes d'établissements publics à but lucratif dépendant étroitement du pouvoir central » à la réflexion de M. HAURIUO selon laquelle l'usine « est destinée à devenir tôt ou tard un établissement d'utilité publique »).

détriment de l'assemblée des pariers ne tardera pas à se manifester pour se trouver consacrée vers le XV^{ème} siècle ; l'adoption des décisions se fera selon la loi de la majorité dès le XIV^{ème} siècle (88).

Cette floraison de constructions contractuelles tendant vers ce que nous appelons aujourd'hui la « personnalité juridique » s'explique, outre les raisons économiques précitées, par certaines caractéristiques de la société politique moyenâgeuse, notamment par la décentralisation de celle-ci et la nature essentiellement féodo-contractuelle des liens tissés entre ses diverses composantes (89). Il s'agit à cet égard de distinguer deux périodes en France. L'on observe tout d'abord la période s'étendant jusqu'à la fin du X^{ème} siècle : celle de la société dite « éclatée » où l'individu apparaît comme totalement absorbé par les groupes auxquels il participe, ceux-ci lui fournissant une identité médiante et les conditions de survie ; la liberté est alors collective : en dehors du groupe, l'individu n'existe pas puisqu'aucune organisation sociale ne lui reconnaît de droits subjectifs. Il faut mentionner ensuite la période s'étalant du XI^{ème} siècle à la fin du XIV^{ème} siècle où l'individu, quoique toujours impliqué dans des structures solidaires, est progressivement libéré des groupes inférieurs par la reconstitution de l'État (90). La conception contractuelle qui régnait donc à l'époque était loin de se confondre avec celle, issue de l'individualisme libéral a priori hostile à l'exercice de la liberté d'association (91), qui fut consacrée par les révolu-

(88) Sur tout ceci : cons. G. SICARD, *op. cit.*

(89) Voy. B. BOUCKAERT, *op. cit.*, n° 3 ; P. SUEUR, *op. cit.*, T. Ier, pp. 153-157 (observant que même à l'époque de l'absolutisme monarchique subsistèrent de nombreux particularismes juridiques de même que fut préservée une certaine autonomie locale).

(90) P. SUEUR, *op. cit.*, T. Ier, pp. 24-29. Cons. également, pour la constatation de l'inexistence de droits et libertés purement individuels au Moyen-Âge, F. OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, Paris, Dalloz, 1938, p. 243 et, même auteur, *Histoire du droit français*, Paris, Domat-Montchrestien, 1951, p. 340. Notons, quant à nos régions, que la décentralisation y demeura longtemps vivace puisque le principe de la distinction entre droit public et droit privé n'y joua qu'un rôle extrêmement modeste avant 1800, sans doute en raison de l'autonomie des diverses provinces, alors qu'en France, État unitaire, cette classification est adoptée dès la fin du XVI^{ème} siècle (voy. P. GODDING, « La distinction entre droit public et droit privé dans les Pays-Bas méridionaux avant 1800 » in *Rapports belges au VII^{ème} Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, C.I.D.C., 1966).

(91) Voy. J. MORANGE, *op. cit.*, pp. 48-51.

tionnaires. L'ancien régime reconnaissait donc très largement la liberté d'association(92) et la réunion de ce contexte avec certaines conditions économiques favorables à partir du XII^{ème} siècle généra cette floraison de constructions-personnes qui s'ignorent en ce qu'elles reposaient sur un sentiment de solidarité encore profondément ancré (voy. *supra* ce qui a été dit à propos de la représentation en justice de l'ensemble des pariers par l'un d'eux).

L'histoire nous permet enfin de réfuter un mythe tenace : celui qui est partagé par les zéloteurs les plus extrêmes de la théorie de la fiction de la personne morale, à savoir que la personnalité morale serait une création (système dit de la « concession étatique ») de l'État et serait, par cela même, totalement soustraite à l'emprise de la volonté des participants au groupement. Cette nécessaire réfutation issue de l'analyse historique a été nettement dégagée aussi bien en France qu'au Royaume-Uni et aux États-Unis.

Ainsi, en France J. HILAIRE(93) a montré que la soumission de la constitution des sociétés anonymes à autorisation gouvernementale sous le régime du Code de commerce de 1807 fut un échec qui engendra la libération de ces constitutions en 1867 : la nécessité d'une autorisation gouvernementale en vue de constituer une S.A. ne fit que bloquer le développement de celles-ci au profit de la commandite par actions qui servit en quelque sorte de substitut à la S.A. ; les commandites furent à leur tour réglementées en 1856, ce qui généra un effet assez désastreux de blocage complet dans la constitution de sociétés de capitaux, la France ne tarda pas à accuser un retard économique sur l'Angleterre, ce qui provoqua la loi de libération de 1867.

D'autre part, G. ANDERSON et R. TOLLISON s'attachèrent, par une étude remarquable(94) consacrée à la constitution des sociétés de capitaux sans autorisation parlementaire à une époque (entre 1720 et 1844) où une telle constitution était purement et simplement interdite par le Bubble Act, à démontrer une vision « orthodoxe » selon laquelle, d'une part, seule une habilitation légale permet d'acquérir les attributs de la personnalité morale et soulignant d'autre part que le bénéfice de la responsabilité limitée

(92) Cons. F. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, 1938, p. 242.

(93) *Op. cit.*, pp. 207-232.

(94) G.M. ANDERSON & R.D. TOLLISON, « The myth of the corporation as a creation of the state », *Int'l Rev. of Law and Econ.*, 1983, pp. 107 et suiv.

(résultant de législations de 1844 et 1855) consiste en un privilège qui ne peut être accordé que par le législateur. Effectivement, un nombre sans cesse croissant de sociétés se créèrent en dépit de l'interdiction pendant la période considérée et celles-ci utilisèrent certaines techniques du droit commun (notamment celle du trust) en vue de reconstituer les attributs de la personnalité morale(95) et/ou parvinrent à instaurer le cas échéant un régime de responsabilité limitée à leur profit en demeurant de même sous l'emprise du droit commun (insertion de clauses statutaires de limitation de responsabilité, utilisation du concept de *reliance* pour faire prévaloir un principe de limitation de responsabilité à l'occasion d'une relation d'affaires suivie et jurisprudence consacrant l'axiome selon lequel l'associé n'est en principe pas responsable des dettes de la société). Il s'avéra dès lors que les seules sociétés se constituant sous le régime légal de l'autorisation parlementaire furent celles qui recherchaient l'allocation de privilèges spécifiques de type monopolistique. La suppression de l'autorisation parlementaire devenait alors inévitable.

Enfin, H. BUTLER, dans une non moins remarquable étude qu'il aurait pu intituler « The rise and fall of the concession system »(96), explique, par une démonstration dont il affirme la complémentarité avec l'étude précitée d'Anderson et Tollison, comment le système de concession étatique de la personnalité morale a dû être abandonné aux États-Unis au XIX^{ème} siècle en raison de la survenance de facteurs exogènes qui créèrent entre les États une concurrence dont résulta l'option finale de chacun d'eux pour l'incorporation libre des sociétés. L'auteur distingue trois périodes : celle du *special chartering system* (c'est-à-dire celle de la concession législative au cas par cas qui fut le système pratiqué après la révolution américaine ; l'auteur souligne les effets pervers de lobbying, corruption etc. que comportait un tel sys-

(95) F. DELHAY (*La nature juridique de l'indivision, contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personne morale*, Paris, *L.G.D.J.*, 1968, pp. 358-353) a d'ailleurs fait une observation similaire en France, les caractères attachés à la notion de personnalité morale pouvaient être obtenus au XIX^{ème} siècle sans aucun recours nécessaire à la personnalité morale qui fut pourtant consacrée pour les sociétés civiles par la Cour de cassation en 1836 et 1891.

(96) Mais à laquelle il a préféré donner le titre qui suit : « Nineteenth-century jurisdictional competition in the granting of corporate privilege », *J.L.S.*, 1985, pp. 129 et suiv.

tème) ; celle du *dual chartering system* (fait d'une combinaison d'une législation générale et de la subsistance du régime de la concession étatique, la grande majorité des groupements préférant continuer à « acheter » une concession étatique plus avantageuse) et celle de l'abandon complet, dans le dernier quart du XIX^{ème} siècle, du système de concession en raison de deux facteurs exogènes : le développement des transports dont résulta une possibilité accrue de commerce interétatique et une décision de la Cour suprême des États-Unis disposant qu'un État ne peut plus désormais apporter d'entrave à la conduite d'activités commerciales interétatiques par une société constituée en dehors de ses frontières. Ces facteurs suscitèrent effectivement une concurrence entre les États désireux d'attirer à eux le plus grand nombre possible d'incorporations, d'où libéralisation complète de la constitution des sociétés de capitaux(97).

14. — *Quelles options de politique législative européenne peut-on tirer de ces développements historiques ?*

H. BUTLER clôtura l'étude précitée(98) en insistant sur les bienfaits que peut susciter, quant à l'adaptation du droit des sociétés aux nouvelles circonstances économiques, l'existence d'une concurrence entre des États entretenant d'étroites relations économiques entre eux. Il exprime en conséquence un certain scepticisme à l'égard de la politique d'harmonisation des droits

(97) Le lecteur désireux d'aller « plus loin » dans l'approfondissement historique consultera également avec fruit les études suivantes : *pour la France* : R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann.dr.com.*, 1895, pp. 10 et suiv. ; H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938 ; D. BASTIAN, « Histoire des sociétés du droit romain à l'époque contemporaine » in *Juris-classeur des sociétés*, fasc. 1 à 3b ; *pour l'espace anglo-américain* : W.S. HOLDSWORTH, « English corporation law in the 16th and 17th centuries », *Yale L.J.*, 1922, pp. 382 et suiv. ; A.B. DUBOIS, *The English business company after the Bubble Act 1720-1800*, New York, Commonwealth Fund, 1938 ; L.C.B. GOWER, « Corporation law in England and America », *Bus. Lawyer*, 1955, pp. 39 et suiv. ; même auteur, « Some contrasts between British and American corporation law », *Harv.L.Rev.*, 1956, pp. 1369 et suiv. ; *pour le droit néerlandais* : E.J.J. VAN DER HEIJDEN, « De ontwikkeling van de naamloze vennootschap in Nederland voor de codificatie », Amsterdam, N.V. Boeckh en uitg.-Zaak v/h Van der Vecht, 1908 ; *pour les Pays-Bas méridionaux* : P. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^{ème} au 18^{ème} siècle*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, Mémoires de la classe des lettres, Collection in-4^o-2^o série, T. XIV-fascicule 1- 1987, spéc. pp. 91-96.

(98) *Ibid.*, p. 166.

sociétaires menée dans le cadre de la Communauté européenne. Le même auteur(99) reprend et développe cette thèse des bénéfiques à escompter d'une concurrence législative interétatique dans une étude, basée sur des données empiriques, de l'actuelle situation législative américaine en matière de droit des sociétés. Il ressort de celle-ci un véritable plaidoyer pour le maintien de la diversité des législations, laquelle permet d'offrir aux entreprises la possibilité d'adopter un régime juridique adapté à leur structure propre de propriété. Deux possibilités se présentent à cet égard :

- soit l'on a affaire à une société ouverte au public dont l'actionnariat est conséquemment dispersé : cette société choisira un régime légal favorable au plein déploiement des pouvoirs du conseil d'administration et n'offrant aux dissidents qu'une possibilité de retrait de la société (cas du Delaware qui, on l'a vu *supra*, constitue le premier État de l'Union en termes d'incorporation de sociétés faisant publiquement appel à l'épargne) ;
- soit l'on se trouve face à une société fermée dont l'actionnariat est concentré : cette société se tournera vers un régime légal favorable à l'exercice des pouvoirs de l'actionnaire et procurant aux dissidents une possibilité d'expression de leur point de vue (cas, par exemple, de la Californie, de l'Illinois, de New York et du Texas).

Les auteurs font en outre remarquer que l'on ne peut discerner de différence dans les performances économiques des sociétés optant pour l'un ou l'autre des régimes légaux.

En Europe, des doutes sérieux ont été exprimés à propos de l'efficacité réelle de la technique d'harmonisation du droit des sociétés jusqu'ici mise en œuvre(100). D'autres se plaignent de

(99) En compagnie de B.D. BAYSINGER (« The role of corporate law in the theory of the firm », *J.L.E.*, 1985, pp. 179 et suiv.).

(100) Cons. R.M. BUXBAUM et K.J. HOPT, *op. cit.*, pp. 264-268 (les auteurs mettent en évidence l'effectivité réduite du procédé d'harmonisation des droits des sociétés des États membres par la voie de directives : même dans les domaines où les États ont édicté des législations de transposition des dites directives — cette transposition pouvant s'avérer extrêmement lente —, il n'existe pas de garantie de ce que l'harmonisation sera bel et bien atteinte car les législateurs nationaux manifestent une propension à faire un ample usage des options offertes et tendent même à varier leur contenu même si la directive n'offre aucune flexibilité ; l'inexistence d'une procédure visant à vérifier la conformité des législations nationales adoptées au contenu des directives se fait donc cruellement sentir ;

que le principal résultat de l'harmonisation jusqu'ici réalisée aura été d'aggraver considérablement les rigidités impératives de leur droit (101). Enfin, on (102) s'est demandé si le législateur européen, si préoccupé de protection des tiers, n'a pas quelque peu oublié de se soucier des intérêts des actionnaires.

L'actuelle proposition relative au statut de la société européenne (103) marque-t-elle un revirement complet de politique législative de la Communauté européenne allant désormais dans le sens de la culture des différences plutôt que du souhait d'aplanir celles-ci entre les droits des États membres ? Telle est en tout cas la position affichée par F. BLANQUET (104) qui, comme chacun sait, s'efforce actuellement d'insuffler un supplément de vie à un projet qui manifeste une singulière tendance à s'essouffler (105). Il

même là où une transposition mot pour mot viendrait à être réalisée dans tous les États membres, ceci ne signifierait pas pour autant que l'harmonisation serait pleinement réalisée en raison d'attitudes différenciées à l'égard du droit écrit ; enfin le droit dérivé des directives fait partie du droit national des États membres et est donc susceptible d'interprétations divergentes par les juges nationaux).

(101) Voy. l'opinion exprimée par M. VAN DER GRINTEN (p. 109) à propos d'une étude de L. TIMMERUN (« *Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht ?* » in *Ondernemingsrechtelijke contracten*, Deventer, Kluwer, 1991, pp. 1 et suiv.) : l'intervenant constate que la plus grande partie du droit impératif néerlandais en matière de sociétés vient de la Communauté européenne, l'harmonisation par la voie de directives ayant généré l'obligation pour les États membres de prendre des dispositions impératives. Voy. également M.J.G.C. RAALJMAKERS (*Rechtspersonen tussen contract en instituut*, Kluwer, 1987, p. 15) : observant que le nouveau droit issu des directives a été étendu à la B.V., ce qui a eu pour effet d'alourdir un cadre légal qui différait autrefois notablement de celui de la N.V.

(102) J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires ... », *op. cit.*, n° 76.

(103) Sur les derniers développements en la matière, cons. F. BLANQUET, « La société européenne » in *La lettre des juristes d'affaires*, n° 112 du 30 mars 1992 ; S. MOUSOULAS, « La société européenne : société de type communautaire ou société nationale ? », *Les petites affiches*, n° 18 du 10 février 1992, pp. 16 et suiv. ; H. MERKT, « Europäische Aktiengesellschaft : Gesetzgebung als Selbstzweck ? », *BB*, 1992, pp. 652 et suiv. ; *Memorandum on the revised proposal for a European company statute*, Company law committee of The Law Society, n° 264, march 1992.

(104) Au cours d'une conférence donnée à la Faculté de droit de Louvain-La-Neuve le 10 octobre 1991, Mme BLANQUET a exprimé son espoir de voir un jour la société européenne créer un « effet Delaware » en Europe. Notons au passage que l'éventualité d'un tel effet est précisément ce qui a suscité la crainte du patronat français et motivé sa promotion de la société anonyme simplifiée (dont question *supra*) : voy. le dossier de presse inclus dans le rapport, précité, du C.N.P.F.

(105) Voy. H. SYNDET, « Enfin la société européenne ? », *Rev.trim.dr.europ.*, 1990, pp. 254 et suiv. : « *La société européenne est le serpent de mer du droit communautaire. Matière inépuisable de projets, institution en perpétuelle gestation, on s'était habitué à l'idée que sa place était davantage du côté du droit rêvé que de celui du droit positif* » (p. 254).

apparaît effectivement, à l'examen de la dernière mouture du texte de la proposition concernée, que son seul intérêt réside dans cette possibilité qu'il érige de pratiquer une concurrence entre les droits nationaux puisqu'euphémisme cette société ne le sera que de nom, étant pour le reste essentiellement soumise au droit national de l'État du siège. On peut néanmoins s'étonner de ce qu'un tel revirement de politique s'opère sans explication, justification ou débat dignes de ce nom. Malheureusement, l'on est bien forcé de constater qu'il s'agit là d'une mauvaise habitude communautaire(106)

15. — *La pulsion personnaliste aujourd'hui*

Tout juriste, lorsque l'on évoque devant lui la question des attributs de la personnalité juridique, aura tendance à songer intuitivement à la détention d'un patrimoine distinct de celui des membres du groupement et à la possibilité pour l'associé de limiter sa responsabilité à l'apport qui a été fait à la personne morale. Cette représentation correspond en tout cas à une perception courante des attributs essentiels de la personne morale(107). Néanmoins, s'il est vrai que tant la constitution d'un patrimoine distinct(108) que la possibilité de limiter la responsabilité des associés(109) caractérisent *in concreto* de nombreuses sociétés

(106) Voy. B. CASSEN, « Maastricht entre le refus et la fuite en avant : trente-cinq années d'Europe du non-dit » in *Le Monde Diplomatique*, juillet 1992, pp. 12-13.

(107) Cons. D. REUTER, *op. cit.*, Rn 2 : les fonctions les plus importantes assumées par la personnalité juridique perçue en tant qu'instrument juridique sont l'indépendance d'un patrimoine d'affectation et la limitation de responsabilité.

(108) C'est ainsi que L. MICHOD (*supra* note 15) concevait la personnalité morale comme étant essentiellement une propriété finalisée. D'autre part on sait que le droit franco-belge, en raison de l'influence de la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU, ne conçoit pas de personne sans patrimoine et de patrimoine sans une personne qui en soit titulaire (voy. J. CALLEWAERT et ses deux études précitées ; G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 209-213 : cette caractéristique du droit franco-belge entraîne une générosité certaine dans la reconnaissance de la personnalité juridique d'un groupement). D'autre part, G. GOUBEAUX (*ibid.*, pp. 214-215) pousse la perception patrimoniale de la personnalité morale jusqu'à sa dernière extrémité en faisant remarquer que la personne morale, si elle s'avère apte à posséder des biens, est également elle-même un bien dont la valeur est indépendante de celle de ses actifs. Cette affirmation est un exemple supplémentaire de la circularité des raisonnements à laquelle l'on se trouve en permanence exposé en droit des groupements : si la personne morale est elle-même un bien, cela veut dire qu'elle est à son tour possédée par quelqu'un, ce qui revient indirectement à nier que la personne morale puisse elle-même détenir un patrimoine...

(109) Quoique cette affirmation soit moins judicieuse en droit franco-belge qu'en droit allemand (voy. J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit...*, *op. cit.*, pp. 117-118) : ainsi, la responsabilité limitée est généralement associée à la per-

dotées d'une personnalité distincte de celle des associés, ni la première(110) ni la seconde(111) de ces caractéristiques ne figure

sonnalité morale en droit allemand (où la S.A. (AG) et la S.P.R.L. (GmbH), jouissant de la responsabilité limitée, sont des personnes morales tandis que la S.N.C. (OHG) et la commandite simple (KG), connaissant un régime de responsabilité illimitée, ne constituent pas des personnes morales) tandis que l'octroi de la personnalité morale apparaît sans rapport avec un régime de responsabilité limitée en droit franco-belge (bien que la responsabilité limitée elle-même suppose nécessairement l'existence d'une personne morale). Pour illustrer cette différence entre les droits germaniques et franco-belge, cons. R. PATRY (« Rapport général sur les groupements sans personnalité juridique en droit commercial » in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, op. cit., p. 95) : « ... K. Patarin (n.d.l.r. : rapporteur français) a déclaré voir dans la responsabilité solidaire des membres de certains groupements... un argument en faveur de l'attribution de la personnalité... mais il nous semble au contraire (n.d.l.r. : l'auteur est suisse) évident que la notion de personnalité suppose la responsabilité directe du groupement lui-même, la responsabilité solidaire de ses membres passant en tout cas au second plan ... ».

(110) Outre le fait que l'autonomie patrimoniale des sociétés-personnes morales relevant du système franco-belge et connaissant un régime de responsabilité illimitée et éventuellement solidaire des associés s'avère fort relative (cas de la société civile française connaissant un régime de responsabilité illimitée — mais sans solidarité — de ses associés : voy. J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit...*, op. cit., p. 125 ; de la S.N.C. belge à laquelle l'on applique un régime de responsabilité illimitée et solidaire : J. CALLEWAERT, *ibid.*, pp. 127-129) et outre encore la constatation que de nombreuses personnes morales existent en fait sans ou presque sans patrimoine et que cette circonstance ne les empêche pas de mener une vie sociale fort active (voy. G. GOUBEAUX, op. cit., p. 213), il faut ici relever le cas du groupement d'intérêt économique, lequel peut virtuellement exister sans patrimoine (voy. notre étude, en compagnie de P. DE WOLF, « Le fonctionnement et l'organisation des groupements d'intérêt économique » in *Les groupements d'intérêt économique*, Bruxelles, Louvain-La Neuve, Académia/Bruylant, 1991, n° 22, p. 69).

(111) Ainsi les auteurs allemands, après avoir relevé la liaison (*supra*) existant dans un grand nombre de cas entre personnalité morale et responsabilité limitée, s'empressent de préciser que cette liaison souffre des exceptions : l'on envisagera (*infra*) le cas de la société en formation (laquelle ne dispose pas de la personnalité morale mais qui pourra se voir appliquer un régime de responsabilité limitée si la société en gestation relève précisément d'un type de société à responsabilité limitée : voy. D. HECKELMANN, « Die GbRmbH als (neue) Gesellschaftsform ? » in *Festschrift für K. QUACK*, Berlin, New York, Walter De Gruyter, 1991, p. 255) ; de plus la commandite par actions (personne morale) connaît partiellement un régime de responsabilité illimitée alors que la commandite simple connaît un régime partiel de responsabilité limitée sans détenir la personnalité juridique (voy. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 177 et H. WIEDEMANN, « Zur Selbständigkeit der BGB-Gesellschaft » in *Festschrift für A. Kellermann*, ZGR, Sonderheft 10, Berlin, New York, Walter De Gruyter, 1991, p. 255). Par ailleurs des auteurs relevant du droit anglo-américain relèvent que personnalité morale et responsabilité limitée n'ont tendu à devenir synonymes qu'à partir du milieu du XIX^{ème} siècle (voy. P. BLUMBERG, op. cit., p. 323 ; H. BUTLER, « Nineteenth-century... », op. cit., p. 139 ; H.G. HENN & J.R. ALEXANDER, *Laws of corporations*, 3rd ed., St Paul Minn., West Publ. Co, 1983, p. 148, note 2 : dont il ressort que

nécessairement au nombre des attributs de la personnalité juridique. D'autre part, le fait pour un groupement d'être dénué de la personnalité juridique ne signifie nullement que celui-ci devra renoncer à un patrimoine(112) ou à la limitation de responsabilité(113).

les pratiques contractuelles et la jurisprudence ont devancé le législateur dans la liaison entre personnalité morale et limitation de responsabilité).

(112) Ainsi la société civile belge connaît-elle un régime d'indivision (différent de celui de l'indivision ordinaire pour rejoindre l'aspect d'une véritable « copropriété organisée » : voy. J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit...*, *op. cit.*, pp. 92-93). Un tel régime peut en outre être organisé dans le cadre de l'association momentanée alors que chaque associé reste en règle propriétaire de ses biens dans le cadre d'un tel groupement (voy. V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, créadif, 1990, pp. 51-54). Plus fondamentalement, on pourrait dire qu'un embryon d'« autonomisation » du patrimoine s'est manifesté au sein des associations momentanées au cours des dernières années ensuite d'une jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 28 février 1985, *Pas.*, 1985, I, 795) suivie par les juridictions du fond (voy. Liège, 22 octobre 1991, *Revue*, 1992, n° 6598, obs. F. T'KINT) consacrant l'opposabilité aux tiers d'une clause instituant un compte indivisible unique entre les associés. Cette jurisprudence, ainsi que le fait remarquer F. T'KINT dans ses observations (précitées), se justifie par « d'évidentes raisons économiques ». Par contre nous ne voyons rien d'autre que l'explicitation de cette nécessité économique là où l'auteur distingue le « support juridique » de cette jurisprudence, à savoir : « la connexité naturelle des diverses opérations traitées entre associés, d'une part, entre associés et maître de l'ouvrage d'autre part ». Il nous semble que l'on ne peut en l'espèce échapper à la conclusion que la jurisprudence précitée a reconnu aux associés la faculté d'opposer aux tiers des accords qui, entre eux, instaurent une certaine autonomie patrimoniale de l'association. Par ailleurs, la structure de la *Gesamthand* (copropriété en main commune, structure qui, sur le plan patrimonial, se situe entre l'indivision et la personnalité morale : voy. J. CALLEWAERT et ses deux études précitées) permet de consacrer une indéniable autonomie patrimoniale de la société basée sur cette structure : l'illustration la plus frappante à cet égard est celle de la S.N.C. (OHG) qui, en vertu de l'art. 124(1) HGB, peut acquérir la propriété de choses mobilières et immobilières (« Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben »). Remarquons encore que le *partnership* (qui peut être comparé à nos société civile et S.N.C.) américain peut, en dépit de l'absence de personnalité juridique qui le caractérise, acquérir et transférer la propriété (voy. H.G. HENN et J.R. ALEXANDER, *op. cit.*, pp. 63-66). Cette observation, de même que la constatation d'autres attributs au sein du *partnership* que l'on lie habituellement à la détention de la personnalité juridique (voy. *infra*), a d'ailleurs incité le Uniform Partnership Act Revision Subcommittee à formuler la suggestion que l'« aggregate theory » soit abandonnée pour appliquer désormais l'« entity theory » à un *partnership* qui serait ainsi perçu comme une entité séparée de ses membres (voy. UPA Revision Subcommittee of the Committee on Partnerships and Unincorporated Business Organizations, « Should the Uniform Partnership Act be revised ? », *Bus. Lawyer*, 1987, pp. 124-125).

(113) Les développements les plus intéressants à cet égard sont actuellement réalisés en R.F.A. où une limitation de responsabilité au sein de la société civile (GbR ou BGB-Gesellschaft) sur base d'une restriction du pouvoir de représenta-

D'autre part, un attribut essentiel de la personne morale est la *capacité* qui lui est reconnue *d'agir en justice*, tant activement que passivement (114). Est-ce à dire que les groupements non dotés de la personnalité juridique ne disposent d'aucun accès au prétoire ? Le moins que l'on puisse dire est que l'axiome « pas d'action sans personnalité » (115) reçoit aujourd'hui de nombreux tempéraments et ce quel que soit le système juridique envisagé. Aux États-Unis tout d'abord, de nombreuses législations étatiques reconnaissent

tion du gérant (art. 714 BGB) a été admise à plusieurs reprises par la jurisprudence (voy. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 50. Auflage, München, G.H. Beek, 1991, art. 714, Rn 4). La doctrine est divisée sur les conditions d'une telle limitation de responsabilité mais il semble que l'on puisse actuellement dire que la limitation de responsabilité des associés autres que ceux qui auront traité avec les tiers concernés sera consacrée pour autant qu'elle ait été reconnaissable par les tiers (cas, accepté par un juge, d'une société civile se présentant aux tiers comme une « société civile avec limitation de responsabilité », cons. H. WIEDEMANN, *op. cit.* ; D. HECKELMANN, *op. cit.* et I. WOLF, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen der Gesellschafter bürgerlichen Rechts gegenüber gesellschaftsexternen Gläubiger*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1990, spéc. pp. 29 et suiv.) ; quant à la limitation de responsabilité de ceux qui auront traité avec les tiers, celle-ci ne sera effective que pour autant qu'une indication claire de ce fait supplémentaire aura été faite aux tiers (voy. I. WOLF, *ibid.*). Quant aux sociétés civiles habilitées à instaurer un tel régime de limitation de responsabilité, K. SCHMIDT (*Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pp. 1500-1502) propose de les limiter aux « pures » sociétés civiles (parmi lesquelles notons qu'il faut ranger les accords de coopération : pp. 1424-1425), déniaient ainsi cette faculté de limitation de responsabilité aux « Mitunternehmer-BGB-Gesellschaften » (que l'on peut, en simplifiant bien sûr, présenter comme étant des S.N.C. (OHG) de petite taille : voy., pour plus de détails, K. SCHMIDT, *ibid.* et B. KRAUS, *Fragen der Rechtsformverfehlung und des automatischen Rechtsformwechsels bei den Personengesellschaften*, Dissertation, Bayreuth, 1990) sous réserve bien sûr d'un accord exprès de limitation de responsabilité avec les créanciers concernés. Il est vrai que si la limitation de responsabilité était admise dans toutes les sociétés civiles allemandes, l'on assisterait à l'éclosion d'une forme sociétaire combinant l'attrait de la responsabilité limitée et l'avantage d'un formalisme pratiquement réduit à néant. D'autre part, l'acceptation sans réserve de la limitation de responsabilité dans les « Mitunternehmer-BGB-Gesellschaften » comporterait en soi une faveur pour le petit commerce par rapport aux activités commerciales de plus grande envergure qui devraient être menées dans le cadre d'une S.N.C. (OHG) où le principe de la responsabilité illimitée est reconnu comme impératif (voy. art. 128 HGB). On est cependant loin ici de la société anonyme simplifiée française dont les auteurs entendent réserver la souplesse alliée à la limitation de responsabilité aux entreprises de grande envergure... Pour la doctrine interprétant l'art. 1853 du Code civil comme s'opposant à une limitation de responsabilité opposable aux tiers dans la société civile belge, voy. J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit...*, *op. cit.*, pp. 119-120.

(114) Voy., notamment, J. AUDINET, *op. cit.*, p. 3 ; P. BLUMBERG, *op. cit.*, p. 286 ; H.G. HENN et J.R. ALEXANDER, *op. cit.*, pp. 147-148.

(115) Rappelé par le prof. VAN COMPENOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements, op. cit.*, p. 137.

désormais au *partnership* le droit d'agir et d'être actionné en son propre nom(116). En R.F.A. ensuite, les sociétés en nom collectif (OHG) ont une capacité active et passive d'agir en justice(117) tandis que des « *Mitunternehmer-BGB-Gesellschaften* » se sont vu reconnaître une capacité passive sur base de la théorie de l'apparence(118). En France, l'on a vu (*supra* note 15) que la jurisprudence accorde facilement la personnalité juridique à tout groupement représentant des intérêts lui semblant dignes d'être protégés. En conséquence, les groupements ainsi judiciairement personnifiés acquièrent leur entrée au tribunal (activement et passivement). De plus, outre le fait que les membres du groupement non doté de la personnalité juridique peuvent agir *ut singuli*, le moyen d'irrecevabilité de l'action tiré de l'absence de personnalité juridique n'est pas d'ordre public : le défendeur qui s'est laissé poursuivre par le groupement sans soulever l'irrecevabilité ne peut donc en tirer un moyen de cassation et, dans les cas où l'action est admise contre le groupement, il semble que celui-ci puisse former une demande reconventionnelle(119). Qu'en est-il en Belgique ? La position de la jurisprudence et de la doctrine belges paraît extrêmement restrictive. Elle fut remarquablement résumée de la manière suivante par le Professeur VAN COMPERNOLLE(120) :

« *'pas d'action sans personnalité'...* Deux propositions complémentaires assortissent cet enseignement :

a) *Dès lors qu'il n'est point personnalisé, le groupement ne peut, ni activement ni passivement, avoir accès au prétoire.*

Activement : si les membres d'un tel groupement entendent faire valoir leurs droits ils doivent agir ut singuli. S'ils agissent par mandataires, ils doivent, par application du principe 'nul ne plaide par procureur', figurer en nom dans l'instance.

(116) Cons. H.G. HENN et J.R. ALEXANDER, *op. cit.*, pp. 63-66 ; cette capacité d'action du *partnership* est l'une des autres justifications invoquées par le UPA Revision Subcommittee (voy. *supra*) pour le passage de l'« *aggregate theory* » à l'« *entity theory* ».

(117) Cons. l'art. 124(1) HGB et voy. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht, op. cit.*, p. 1125.

(118) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pp. 1513-1518.

(119) J. PATARIN, *op. cit.*, pp ; 55-56.

(120) *Ibid.*, pp. 137-138.

Passivement : la citation ne pourra être lancée contre le groupement mais seulement contre les membres ut singuli.

b/ De ce que 'la loi règle strictement les modes d'acquisition de la personnalité' écrit J. T'Kint, il suit que ce ne sont pas là 'des dispositions ne protégeant que des intérêts privés ; au contraire, l'existence ou l'inexistence d'un être moral intéresse directement l'ordre public' ».

Cette position est aujourd'hui fondamentalement remise en cause par un arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 1991(121). Cet arrêt a permis à une association de fait, condamnée en première instance(122) et dont l'appel avait été déclaré irrecevable sur base de la doctrine précitée(123), de se pourvoir en cassation contre la décision la concernant. En voici les attendus relevants :

« Attendu que lorsqu'une partie demanderesse introduit une demande tendant à la condamnation d'une association n'ayant pas la personnalité juridique et que le juge prononce la condamnation demandée, l'association condamnée est partie à l'instance ;

Qu'un jugement ne peut être anéanti que sur les recours prévus par la loi ;

Qu'il s'ensuit que l'association condamnée doit pouvoir exercer contre sa condamnation les voies de recours prévues par la loi ;

(121) *Pas.*, 1992, I, p. 33 ; *R.W.*, 1992, p. 882, noot K. BROECKX.

(122) L'association en question ne souleva pas d'exception d'irrecevabilité de l'action dirigée contre elle (voy. Trib., Leuven, 20 janvier 1987, rol nr 29.132, jugement non publié à notre connaissance).

(123) Le juge d'appel, lequel prit d'office, par la voie d'un arrêt interlocutoire (29 mars 1988, A.R. nr 943/87, non publié à notre connaissance) l'initiative d'inviter les parties à s'expliquer sur la recevabilité de l'action engagée par l'association de fait, avait précisé que (Bruxelles, 17 mai 1988, A.R. nr 943/87, arrêt non publié à notre connaissance) (traduction) : « *que le simple fait que la première appelante (n.d.l.r. : l'association de fait condamnée en première instance) fut condamnée par le premier juge ne lui confère pas la personnalité juridique ; que la condamnation à des dommages-intérêts prononcée par le premier juge ne peut exercer une fonction constitutive sur la personnalité de la partie condamnée ; qu'il n'y a pas lieu de recevoir l'appel de l'association de fait condamnée étant donné que la condamnation ne peut nécessairement produire aucun effet... que la circonstance que l'association de fait Boerenbond jouit par suite d'une certaine immunité ne porte certainement pas atteinte à un quelconque principe juridique...* », les parties préjudiciées devant, poursuit la cour en substance, diriger leur action contre ceux qui supportent directement la responsabilité du fait illicite et non contre une « entité juridiquement non existante ».

Que c'est, dès lors, à tort que l'arrêt du 17 mai 1988 déclare l'appel du demandeur irrecevable ;

Que le demandeur est, pour les mêmes motifs, recevable à se pourvoir en cassation contre cet arrêt » (souligné par nous).

Cet arrêt fut rendu sur ce point contre les conclusions de l'avocat général J. DU JARDIN(124), qui avait correctement perçu les bouleversements qu'introduit une telle décision dans notre droit au regard de la doctrine traditionnelle énoncée ci-dessus.

À notre avis, les enseignements suivants doivent être tirés de cette jurisprudence :

1. le moyen d'irrecevabilité tiré de l'absence de personnalité n'est plus d'ordre public ;
2. l'association de fait dispose désormais « d'une capacité passive permettant à l'entité non personnifiée de se défendre en justice alors que, par hypothèse, elle n'eût pu prendre l'initiative d'une action »(125) ;
3. aucune position n'est prise quant à une éventuelle capacité active de l'association non personnifiée. Il nous semble qu'il faille s'en tenir à l'action *ut singuli* des membres du groupement tout en tirant les conséquences du défaut de caractère d'ordre public que revêt désormais l'exception envisagée. En d'autres termes : celui qui se sera laissé poursuivre par le groupement sans soulever l'irrecevabilité ne pourra en tirer un moyen de cassation.

Quant aux autres attributs régulièrement invoqués en vue de singulariser le groupement doté de la personnalité juridique, à savoir : le nom, le siège et la représentation organique, ceux-ci ne nous paraissent pas non plus devoir fournir un critère définitif de distinction(126).

(124) *Voy. Pas.*, 1992, I, p. 33, note 2.

(125) Termes empruntés à J. VAN COMPERNOLLE, *ibid.*, p. 163.

(126) J. AUDINET (*ibid.*) et P. DURAND (*op. cit.*, p. 142) mentionnent notamment ces critères. Ceux-ci sont à notre sens irrelevants puisque rien n'empêche un groupement de fait d'avoir en fait un nom et un siège et, s'il est vrai que ce groupement ne peut bénéficier de la représentation organique sophistiquée instaurée, par exemple, par nos lois coordonnées sur les sociétés commerciales, le droit commun du mandat tel qu'aménagé ensuite de la réception par notre droit de la théorie de l'apparence (sur cette réception, *voy. Cass.*, 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 45 et note R. KRUITHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », pp. 51 et suiv. ; P.A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obliga-

Nous concluons donc qu'un groupement pour autant qu'il s'organise autour d'un intérêt collectif suffisamment ressenti pour qu'il en vienne à manifester son existence vers l'extérieur, entrant ainsi dans le champ des relations sociales, va tendre, comme par l'effet d'une véritable pulsion vers ce que nous dénommons la « personnalité juridique ». Dans cette « montée des intérêts collectifs vers une plus grande perfection juridique »(127), le rôle du législateur apparaît assez secondaire(128) par rapport à celui, essentiel, joué par la volonté des parties(129) et par l'action pragmatique du juge procurant effet aux manifestations de vie sociale se présentant à lui.

Que reste-t-il de la critique institutionnelle du droit des sociétés ? Réponse à la critique de la théorie contractuelle. Insuffisance opérationnelle. Alternatives proposées. Pour une nouvelle définition de la dimension de liberté contractuelle en droit des sociétés

16. — Tout ce qui a précédé nous a permis de nous convaincre de ce que l'analyse du droit des sociétés ne pouvait se contenter d'une vision linéaire, une optique pluraliste doit incontestablement lui être préférée(130).

17. — Le moment est venu de considérer les réponses aux critiques formulées (*supra* n° 3) par la théorie institutionnelle à la vision contractuelle du droit des sociétés.

— quant à la prétendue inaptitude à expliquer le mécanisme de décision sociétaire majoritaire : une doctrine dont les partisans ne se comptent plus considère qu'un contrat peut

tions, ou application du principe d'exécution de bonne foi », *J.T.*, 1989, pp. 541 et suiv.) permet au groupement non personnifié de fonctionner de manière tout à fait satisfaisante (voy. ce que V. SIMONART (*op. cit.*, pp. 43 et suiv.) expose à propos de l'association momentanée).

(127) Termes de J. PATARIN, *op. cit.*, p. 39.

(128) Il s'agit plutôt d'un rôle de consécration et d'encadrement.

(129) Recourant, si le besoin s'en fait ressentir, à des mécanismes de substitution qui seront éventuellement consacrés et encadrés par le législateur.

(130) R. DAVID, dans sa thèse relative à la protection des minorités (*op. cit.*), l'avait déjà perçu en s'efforçant de justifier sa thèse de protection des minorités au regard du droit des contrats (exécution de bonne foi des conventions) et en s'inspirant de principes relevant du droit administratif (détournement de pouvoirs). L'auteur céda cependant aux sirènes de la théorie institutionnelle en posant le caractère purement fonctionnel du droit de vote. Par contre, le Prof. P. COPPENS (dans sa thèse, précitée, relative à l'abus de majorité) sut d'emblée adopter un ton juste en prenant position pour la double nature (à la fois fonctionnelle et égoïste) du droit de vote de l'actionnaire.

prévoir un mécanisme de modification par décision majoritaire des parties voire même par décision unilatérale d'une partie, l'exercice de ce pouvoir étant sujet à contrôle sur base du principe d'exécution de bonne foi(131).

- quant à l'impuissance alléguée d'expliquer comment un contrat pourrait donner naissance à une personne juridique : la rétrospective historique ci-dessus prouve à suffisance que le contrat a précédé ou parfois s'est joué de l'intervention étatique dans la création de sociétés-personnes ;
- quant à l'impossibilité d'éclaircir la théorie de l'organe : on a vu qu'une représentation organique « qui s'ignorait » pouvait être pratiquée à l'époque médiévale. Il est clair que la théorie contractuelle libérale issue de l'ère révolutionnaire ne pouvait s'accommoder de mécanismes fondés sur une idée de solidarité. Depuis, la vision individualiste a changé ensuite du passage de l'État-machine à l'État-providence. En conséquence, on constate aujourd'hui que la technique du mandat est exploitée au maximum dans le cadre de groupements n'ayant pas reçu du législateur une technique *ad hoc* de représentation organique (rappelons encore le rôle que peut jouer le mandat apparent en la matière). La représentation organique constitue donc un domaine où l'intervention du législateur peut s'avérer utile sans être pour autant absolument indispensable ;
- la notion d'« intérêt social » serait étrangère à une vision contractuelle du droit des sociétés : tout le monde est

(131) Cons. J. RONSE, « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé » in *Les motivations des décisions de justice* (études publiées par C. PERELMAN et P. FORIERS — Travaux du Centre National de Recherche de Logique), Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 403 et suiv. ; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat » in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1984, pp. 130 et suiv. ; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, pp. 1259 et suiv.

En droit des sociétés plus spécifiquement : voy. H. LAGA, *op. cit.*, pp. 31 et suiv. (pour l'application de cette doctrine à la modification des statuts de la société coopérative) ; V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 36-37 (observant que la majorité de la doctrine est favorable à la modification majoritaire des statuts d'une association momentanée). Notons que déjà M. WALINE (*op. cit.*, p. 197) faisait remarquer en 1945 à propos de la modification du contrat de société suivant une règle de majorité : « *Il est vrai que l'on peut dire que ce résultat a été voulu ou au moins admis par les contractants eux-mêmes* ».

aujourd'hui d'accord pour dire que la notion d'intérêt social correspond aux exigences de la bonne foi dans l'exécution du contrat de société(132) ;

- le mécanisme de responsabilité limitée résulterait d'un privilège accordé par le législateur : on a vu *supra* que cette affirmation est historiquement fautive ; elle est, au surplus, économiquement inepte(133). Certes, le législateur encadre aujourd'hui l'usage de techniques dont l'utilisation est potentiellement dommageable pour les tiers(134) mais cette constatation ne se limite pas au droit des sociétés (que l'on songe, par exemple, à la réglementation des clauses abusives dans les contrats de consommation). De plus, le cas de la limitation de responsabilité dans les sociétés civiles allemandes révèle que des potentialités de limitation non envisagées par le législateur sont toujours susceptibles de surgir de l'imagination créatrice des parties ;
- quant à la mise en évidence de la relativité du contrat de société : celle-ci ne doit pas occulter l'existence de son corollaire, le principe d'opposabilité des conventions, dont on peut dire aujourd'hui que c'est lui qui a acquis la vedette en droit des obligations(135).

(132) Voy. P. COPPENS, *op. cit.*, n° 119 (soulignant l'identité entre les notions d'abus de droit et de bonne foi dans la matière contractuelle) ; J.-M. NELLSEN GRADE, « Goedkeuring-en voorkoopclausules — overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht », *Studiedag De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991, Overgangsrecht en outlines*, K.U. Leuven, 4 oktober 1991, p. 13 (considérant que la notion d'intérêt social correspond aux exigences de la bonne foi objective) ; K. GEENS, « De bescherming tegen de bescherming », *T.R.V.*, bijzonder nummer, 1988, deel II, n°s 44-45 (estimant que le contrôle de conformité à l'intérêt social constitue une application particulière de la doctrine de la bonne foi).

(133) Voy. F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *op. cit.*, p. 93 : les auteurs observent que la limitation de responsabilité a longtemps été présentée comme un privilège accordé par l'État aux investisseurs. Il s'agit plutôt, estiment-ils, d'une conséquence logique des différences existant entre les différents méthodes disponibles en vue de conduire une activité économique. Dès lors, si le droit des sociétés ne fournissait pas une règle de responsabilité de plein droit, les opérateurs chercheraient à obtenir ce même résultat par la voie contractuelle mais à un coût alors plus élevé pour eux que celui que suscite l'alignement sur les conditions légales d'une limitation de plein droit de la responsabilité.

(134) Ainsi F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER (*op. cit.*, p. 104) soulignent que la limitation de responsabilité implique une externalisation du risque sur les tiers (en particulier les créanciers de la société).

(135) Cons. les études citées *supra* note 12. On ne rappellera jamais assez que le système de publicité instauré dans le cadre des sociétés commerciales est exorbi-

18. — Il est temps d'abandonner la *vision déformée* qu'a donnée une doctrine sociétaire de la *théorie institutionnelle et de se mettre à la recherche d'autres voies*.

On a souligné la vacuité (136) de même que le manque de caractère opérationnel (137) de la vision institutionnelle telle que proposée par les partisans de sa transposition en droit des sociétés. La chose n'a rien d'étonnant, que l'on se réfère à ce qu'est réellement la vision institutionnelle, à savoir une vision pluraliste du droit ne prenant pas position sur l'éventuelle primauté d'un mode de régulation (contractuel ou étatique) sur l'autre, ou que l'on se tourne vers ce qu'en ont fait ses zéloteurs en droit des sociétés, à savoir une justification de la primauté de l'ordre objectif (étatique) sur l'ordre subjectif (contractuel) dans la réglementation sociétaire. Dès lors, les « institutionnalistes » en droit des sociétés se sont avérés incapables d'apporter une vision neuve apte à féconder l'imagination des contractants en droit des sociétés, leur credo se résumant finalement à attendre l'intervention du législateur (138).

tant du droit commun de l'opposabilité de plein droit, lequel s'applique dans tous les cas où la loi n'a pas imposé de publicité (voy. M. FONTAINE, étude citée *supra* note 12). Une illustration par l'absurde de ces principes nous était fournie par la réglementation antérieure à la loi du 20 juillet 1991 des sociétés coopératives : la mention du régime de responsabilité encouru par les associés ne figurait pas parmi les mentions dont la publication était prescrite (voy. M. COIPEL, « Évolution du paysage des personnes morales de droit privé » in *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, T. VII. Le droit des sociétés, Liège, Story-Scientia, 1989, n° 1.2. *in fine* et cons. l'article 7, 11° nouveau L.C.S.C. pour la réparation de cet « oubli »). Il ne faisait pourtant aucun doute que cette limitation de responsabilité, dont le tiers n'avait pourtant pas la possibilité de prendre connaissance en application du système de publicité légale, était bel et bien opposable aux tiers.

(136) Voy. M. COIPEL, « Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987 », *op. cit.*, p. 41 (l'auteur cite une réflexion de J. RONSE en ce sens).

(137) Cons. M. COIPEL, *ibid.*, p. 38 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 12^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1986, n° 1027 (« La théorie dite institutionnelle n'a pas eu de peine à démontrer les insuffisances de la conception contractuelle, mais elle en a beaucoup plus à présenter une conception juridique nouvelle et précise ») ; G. HORSMANS, « Transparence et légitimité », *R.D.A.I.*, 1991, p. 661 ; K. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 105 (à propos de la tentative d'importation par A. TEICHMANN en R.F.A. de la théorie institutionnelle française).

(138) Voy. le passage, révélateur, du traité du Prof. VAN RYN (*op. cit.*, n° 312) : observant que le contrat s'efface parfois entièrement dans le cadre de la société de capitaux, l'auteur ajoute : « le maintien partiel des règles contractuelles n'est ici qu'un pis aller, en attendant l'intervention du législateur » (souligné par nous). Cons. également E. GAILLARD (*op. cit.*, pp. 44 et suiv.) insistant sur le rôle de la réglementation étatique en droit des sociétés anonymes sous prétexte de

Un auteur(139) a observé que la promotion de la vision institutionnelle en droit des sociétés a pu être liée au mouvement affirmant l'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil. C. ATIAS(140) a montré que ceux qui ont jadis proclamé l'autonomie totale du droit commercial par rapport au droit civil ont dû ensuite y renoncer car une libération totale de l'interprétation aboutit à la laisser sans guide(141). Ce qui différencie cependant peut-être le droit commercial du droit civil, c'est une plus grande liberté de l'interprète (dont l'exercice est favorisé par la moindre qualité du Code de commerce) de même qu'une moindre propension au dogmatisme(142). De fait, certains auteurs ont mis en évidence la vigueur du phénomène contractuel en droit des sociétés(143). Il ne faut cependant pas se méprendre sur la nature de manifestations illustrant finalement les dégâts en partie causés par une certaine vision institutionnelle de la société : le droit contractuel décrit par ces auteurs se développe en marge du contrat de société lui-même, c'est-à-dire des statuts, comme une excroissance pathologique suscitée par un droit ressenti désormais comme profondément insatisfaisant en raison du carcan dans lequel il enserme les parties(144). Le cercle vicieux est alors inévitable puisque les nombreuses incertitudes entourant la validité des constructions contractuelles marginales incitent à en inventer sans cesse de nouvelles en un mouvement de contournement incessant de la rigidité légale.

protection de l'individu contre des abus d'autorité. Remarquons que l'une des raisons expliquant le succès de la théorie institutionnelle en France peut être lié au Colbertisme, lequel a inauguré une longue tradition de dépendance par rapport à l'action législative (voy. J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 19-20).

(139) M. COPEL, *ibid.*, pp. 41-42.

(140) *Op. cit.*, pp. 32 et suiv.

(141) *Ibid.*, p. 35.

(142) *Ibid.*, pp. 38-40. Cette vision est attestée sur le plan historique par J. HILAIRE (not. pp. 18 et 186-187) montrant que la pratique commerciale était souven en avance sur la doctrine médiévale.

(143) B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1987, pp. 457 et suiv. ; C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in *Le droit contemporain des contrats*, Bilan et perspectives, Paris, 1987, spéc. pp. 136-139. A propos de la vigueur du phénomène contractuel en général, voy. L. SIMONT, « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats » in *La renaissance du phénomène contractuel*, Travaux de la C.D.V.A., Fac. droit de Liège, Martinus Nijhoff, 1971.

(144) Voy. P. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés anonymes aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. soc.*, 1990, pp. 553 et suiv.

Il est donc temps de réhabiliter l'exercice de la liberté contractuelle (ou l'expression de l'autonomie individuelle) à l'intérieur du droit des sociétés, par une renaissance statutaire(145), plutôt que de le cantonner au statut d'excroissance pathologique honteuse d'avouer sa présence.

19. — *Que penser de la théorie réaliste(146) ou fonctionnaliste(147) de J. PAILLUSSEAU ?*

Se proposant de sortir de la conception traditionnelle de la société, l'auteur entend nous en proposer une vision nouvelle articulée autour de la notion d'entreprise conçue de la manière suivante.

L'« entreprise » embrasse deux réalités essentielles : une activité et un centre d'intérêts :

a/ L'existence et la conduite de l'activité exigent :

- des moyens intellectuels et de compétence ;
- des moyens matériels et immatériels, des financements ;
- des contrats (d'approvisionnement, de fourniture, de franchise, etc.) ;
- des options stratégiques ;
- un processus décisionnel ;
- une organisation très élaborée de l'action ;

b/ Un centre d'intérêts :

Les intérêts sont multiples : celui du fondateur, des créanciers, des apporteurs de capitaux... Cette multiplicité est généralement fonction de l'importance de l'entreprise (au plus l'entreprise sera grande au plus cette multiplicité aura tendance à se renforcer) mais « *tout est relatif, l'économie d'une petite ville de province peut*

(145) Notons que cet idéal de renaissance statutaire est mis en avant par les promoteurs de la société anonyme simplifiée (voy. rapport C.N.P.F., précité, p. 4) et est, par ailleurs, exprimé dans les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1991 réformant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (voy. *Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire 1990-1991, n° 1107-3, p. 128).

(146) D'après le qualificatif utilisé par J. PAILLUSSEAU lui-même (« Le big bang du droit des affaires... », *op. cit.*, n° 41). De cet auteur, l'on consultera en outre : « Les fondements du droit moderne des sociétés », *J.C.P.*, I, 1984, n° 3148 ; « L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *J.C.P.*, I, 1986, n° 3242.

(147) Ainsi que la qualifie le Prof. M. COIPEL (« Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987 », *op. cit.*, p. 45).

dépendre du sort d'une entreprise dont l'existence serait négligeable dans la région parisienne »(148).

Cette théorie construite autour d'un centre. d'intérêts nous fait penser à la vision de la personnalité morale d'un « troisième larron » dont nous n'avons pas encore parlé jusqu'ici : R. VON JHERING(149). Ce dernier, dans la ligne de sa conception des droits en tant qu'intérêts juridiquement protégés, appréhendait la personne morale comme une technique fonctionnelle(150) d'articulation d'intérêts juridiquement protégés. Cet enseignement sera partiellement repris par R. DEMOGUE(151).

Malheureusement, nous ne voyons pas, au-delà d'une description sans doute adéquate de la notion d'« entreprise », en quoi la présentation de J. PAILLUSSEAU peut apporter une conception opérationnelle véritablement neuve en droit des sociétés. Tout d'abord, celle-ci ne permet pas d'échapper à la formulation de jugements de valeurs (utilisation des termes « options stratégiques », « processus décisionnel » et de l'expression « tout est relatif » à propos de la détermination concrète du centre d'intérêts dans chaque entreprise envisagée, observation(152) selon laquelle il existe une manière soit contractuelle soit institutionnelle de résoudre l'éventuel conflit entre les intérêts représentés dans l'entreprise), ce qui rend une fois de plus inévitable l'approche par une rationalité plus procédurale que substantielle que nous avons décrite ci-dessus. Ensuite elle n'échappe pas au piège de la « pureté institutionnelle » lorsque l'auteur estime que la détermination des équilibres à atteindre entre les intérêts varie en fonction de la forme de société adoptée(153).

(148) J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires... », *op. cit.*, n^{os} 44-47.

(149) Il s'agit véritablement du « troisième larron » (après SAVIGNY et GIERKE) parmi les auteurs classiques du XIX^{ème} siècle qui se sont intéressés au concept de personnalité morale : voy. l'exposé de sa théorie par R. GROSSE, *op. cit.*, pp. 75 et suiv.

(150) D'après K. SCHMIDT (« Einhundert Jahre Verbandstheorie... », *op. cit.*, p. 9) lequel utilise le terme « Zweckkonstruktion ».

(151) Voy. R. GROSSE, *op. cit.*, pp. 128 et suiv. et spéc. p. 132 : où il apparaît que R. DEMOGUE accordait une importance plus grande à la volonté subjective que ne voulait en concéder R. VON JHERING (la volonté constituée pour Demogue un élément fondamental du droit tandis que cette dernière est, pour Von Jhering, déterminée par l'intérêt lequel dépend lui-même des nécessités de la vie quotidienne).

(152) Au n^o 70 du « Big bang du droit des affaires... », *op. cit.*

(153) N^o 72 de son étude, *ibid.* Cons. L. Timmerman, *op. cit.*, p. 9 (observant que le souci de préservation de la pureté institutionnelle amène le législateur à

Aujourd'hui, l'attention est moins accordée à la préservation de la pureté institutionnelle qu'à l'adaptation de la forme sociétaire adoptée à la structure réelle (ce que nos voisins d'outre-Rhin appellent la « Realstruktur » (154)) de propriété (société ouverte ou fermée) se manifestant dans l'entreprise. Cette tendance fut également adoptée par la loi belge du 18 juillet 1991 qui consacra la validité en droit des sociétés anonymes de constructions contractuelles tout à fait atypiques de celles-ci (155). Le cas de la société coopérative nous révèle par ailleurs un parfait exemple de structure en soi dualiste où des considérations relevant de la pureté institutionnelle inhérente à la forme adoptée sont a priori irrelevantes (156).

édicter des dispositions impératives destinées à conserver leurs caractères spécifiques aux diverses formes de sociétés). En R.F.A., K. SCHMIDT (*Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pp. 97-107) a montré les dangers de récupération idéologique (idéel national-socialiste imprégnant une certaine conception du droit des sociétés et comportant une critique corrélatrice de l'autonomie contractuelle en droit des sociétés) liés à un « Typenzwang » ou obligation de respecter les caractères spécifiques à un type particulier de société. La position prônant par contre un « Typenfreiheit », permettant les variations contractuelles dans les limites fixées par le droit impératif et les dispositions rejoignant l'ordre public (laquelle conception a permis le développement de constructions hybrides telles la GmbH & Co KG (société en commandite dont l'associé commandité est une S.P.R.L.) et, plus récemment, la GmbH & Co KGaA (commandite par actions dont le commandité est une S.P.R.L.) s'est par conséquent imposée.

(154) C'est ainsi que se révèlent en Allemagne d'importants efforts doctrinaux en vue d'adapter de *lege ferenda* (par des propositions doctrinales de réforme) mais aussi de *lege lata* (par une perception doctrinale orientée en fonction de la considération de la Realstruktur de l'entreprise) le droit des sociétés anonymes (dont la rigidité s'origine principalement dans une disposition — l'art. 23(5) — de la loi sur les sociétés anonymes affirmant le caractère en principe impératif de l'ensemble de ses dispositions) aux besoins des entreprises petites et moyennes (en majorité des sociétés fermées) lesquelles sont actuellement confrontées à un grave problème de capitalisation en raison de l'adoption de structures (GmbH, KG, GmbH & Co KG) leur barrant l'accès au marché des capitaux. Cons. R. FRIEDEWALD, *Die personalistische Aktiengesellschaft*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1991 ; P. MAY, *Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft*, Köln, Verlag Otto Schmidt, 1992.

Pour une proposition aux Pays-Bas allant dans le sens de l'abandon des rigidités institutionnelles pour se rapprocher d'organisations se rapprochant de la « venture » voulue par les participants, voy. M.J.G.C. RAAIMAKERS, *op. cit.*, p. 21.

(155) Nous songeons aux clauses restrictives de la négociabilité des actions et aux conventions de vote (cons. notre étude sur « Les conventions d'actionnaires », Actes de la journée d'études Le nouveau droit belge des sociétés, à paraître dans la collection Droit des sociétés, Bruxelles, Bruylant).

(156) Sur le dualisme des sociétés coopératives (qui est de revêtir la double nature d'une sociétés de capitaux et d'une société de personnes), cons.

Finalement, nous ne voudrions retenir des réflexions de J. PAILLUSSEAU que leur caractère fondamentalement favorable à la liberté contractuelle et individuelle : la société n'apparaît par essence ni comme un groupement (cas de la société unipersonnelle) ni comme un contrat mais comme une technique d'organisation de l'entreprise, laquelle technique peut être le contrat pour lequel l'auteur exprime une faveur liée aux exigences d'adaptabilité, de respect des libertés et de prise en compte d'un contexte de concurrence législative à l'échelon international (157). *Nous adhérons ainsi à une vision du droit des sociétés qui conçoit l'entreprise essentiellement comme le lieu de la conciliation d'intérêts divers mais dont la fécondité économique ne pourra en première ligne s'appuyer que sur l'espace offert au déploiement de l'imagination créatrice de l'individu ou des contractants. Le rôle de l'État dans cette perception est alors d'encadrer l'exercice de la liberté, plus spécifiquement en fournissant certaines structures permettant d'effectuer l'arbitrage entre les intérêts, particulièrement en période de crise affectant l'entreprise.*

S. WILLEITNER, *Die Annäherung der Genossenschaft an die Aktiengesellschaft*, Dissertation, München, 1960, p. 7 ; B. HUBER, *Die Gültigkeit der Rochdaler Prinzipien, untersucht am Beispiel des Französischen Genossenschaftswesens*, Dissertation, Hamburg, 1967, p. 176 ; H. SCHÜTTE, *Die Rolle der Genossenschaften bei der Industrialisierung*, Hannover, Verlag für Literatur und Zeitgeschehen, 1971, pp. 223-224 (montrant, sur base de données empiriques quant au rôle joué par les sociétés coopératives dans l'industrialisation, que l'idéal démocratique qui anima nombre de coopératives à leur création eut tendance à s'effacer par la survivance du succès commercial pour faire place au désir de sécurité économique, lequel suscite le transfert du pouvoir aux associés « entrepreneurs »). On sait que le droit belge issu de la loi du 20 juillet 1991 consacra une telle perception dualiste de la société coopérative (voy. M. COIPEL, « Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987 », *op. cit.*, n° 95 : pour une opinion favorable à une telle conception législative dualiste). Remarquons que l'idéal coopératif connaît un regain d'intérêt et ce tant dans les pays d'Europe de l'est (voy. M.-C. MAUREL, « Prélude aux décollectivisations en Europe centrale » in *Cet étrange postcommunisme*, Paris, CNRS/La découverte, 1992, pp. 268-269 : discernant une attitude favorable à la structure coopérative apte à assurer une transition entre le collectivisme et le privatisme agraire) qu'aux États-Unis (voy. H. HANSMANN, « The ownership of the firm », *J.L.E.*, 1988, p. 268 : observant qu'il existe aujourd'hui un enthousiasme considérable pour les firmes autres que de type capitaliste se traduisant par des avantages fiscaux et des législations spécifiques pour les entreprises possédées par leurs travailleurs dans de nombreux États).

(157) « Le big bang du droit des affaires... », *op. cit.*, n° 4, 84-85.

Section 2. *La personnalité morale non obligatoire
ou le questionnement de la théorie
des cadres légaux obligatoires
développée en Belgique*

20. — La théorie des cadres légaux obligatoires : rappel et fondements invoqués

La théorie des cadres légaux obligatoires fut consacrée par un arrêt du 17 mai 1968 de la Cour de cassation (158). Deux personnes physiques exerçaient une activité commerciale conjointe, ils avaient pris un numéro au Registre de commerce et utilisaient un papier à lettre mentionnant une raison sociale. Ils assignèrent des débiteurs en paiement de factures impayées mais se virent opposer une fin de non recevoir par lesdits débiteurs faisant valoir que ceux-ci n'avaient pas traité avec les demandeurs mais avec une société en nom collectif dont la personnalité est distincte de ses associés. La Cour s'exprima en ces termes :

« Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué sans qu'il soit critiqué de ce chef, d'une part, que les demandeurs exercent ensemble le commerce sous une raison sociale, d'autre part, qu'aucun acte écrit n'a constaté l'existence d'un contrat de société ;

Attendu que l'activité ainsi exercée par les demandeurs entre dans le cadre de l'institution juridique créée par l'article 15 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ;

Que dès lors que les conditions énoncées audit article 15, jointes à celles qu'exige tout contrat de société, sont réunies, une société en nom collectif existe par la volonté du législateur ;

Que pareille société forme une individualité juridique distincte de celle de ses associés ;

Que la personnalité morale est la conséquence qu'attache la loi à l'existence d'une société commerciale qui répond à la définition légale et, partant que son attribution est soustraite à la volonté associés » (souligné par nous).

Les fondements invoqués pour justifier la théorie des cadres légaux obligatoires sont les suivants :

(158) Cass. (Chambre plénière), 17 mai 1968, *Revue*, 1968, n° 5432, avec la reproduction de l'avis du premier avocat général ff. de Procureur général GANS-HOF VAN DER MEERSCH et note. *Rétroactes* : Liège, 28 mars 1963, *Revue*, 1963, n° 5165, obs. ; Bruxelles, 13 février 1967, *Revue*, 1967, n° 5362, obs.

1. L'existence d'une tradition dans ce sens(159) ;
2. La déclaration suivante, faite au cours des travaux préparatoires de notre loi sur les sociétés par M. PIRMEZ(160) :
« ... la loi n'admet pas... que plusieurs personnes puissent en commun faire un négoce suivi, sans que de l'ensemble de leurs faits collectifs naisse un être moral ayant une existence patente ; elle adopte donc comme principe que toute société formée pour faire conjointement le commerce a une raison sociale ; que partant, si elle ne renferme pas les éléments exceptionnels de la commandite et de l'anonymat, elle constituera une société en nom collectif » ;
3. La lettre du texte des articles 2 et 3 L.C.S.C. dont il résulte que « l'article 2 des lois sur les sociétés commerciales, après avoir énuméré les sociétés reconnues par la loi, dispose que chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés », sans que cet effet soit subordonné à une quelconque condition de forme ou de publicité »(161) ;
4. « Le privilège de la responsabilité limitée exige le respect de conditions précises qu'une société sans acte écrit ne saurait remplir »(162) ;
5. L'attribution de la personnalité morale dépend de la loi et non de la volonté des parties (thèse de la fiction légaliste de la personnalité morale)(163).

(159) Obs. F. VAN DER MENSBRUGGHE sous Gand, 18 décembre 1957, *Revue*, 1959, n° 4819, p. 132 ; P. MARCHANDISE, « La coopération entre sociétés commerciales à la recherche d'une structure » in *Le juriste dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 385.

(160) *Doc. parl.*, Chambre, session 1865-1866, p. 523. Citent ce fondement : F. VAN DER MENSBRUGGHE, *Obs.*, *op. cit.*, p. 132 ; P. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 385.

(161) F. VAN DER MENSBRUGGHE, *Obs.*, *op. cit.*, p. 135 ; voy. également P. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 385.

(162) Avis de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 152 ; P. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 385.

(163) Cons. l'avis de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 153 (« Soutenir que la société qui présente les caractères de la société en nom collectif, pourrait exister comme société dépourvue de la personnalité juridique, n'est-ce-pas perdre de vue que celle-ci ne dépend pas de l'intention des fondateurs, mais qu'elle résulte de la volonté du législateur pour toute société qui poursuit une activité commerciale sous une raison sociale expresse ou tacite et qui ne présente pas les caractéristiques de l'une des autres sociétés énumérées dans la loi et définies par elle ? ») ; P. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 386 ; A. BENOIT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés », *Actualités du droit*, 1991, pp. 9 et suiv., n° 7.

21. — Les objections que soulève la théorie des cadres légaux obligatoires

Le Prof. M. COIPEL(164) a fort bien exposé deux entraves « inutiles et injustifiées » que suscite l'application de la théorie des cadres légaux obligatoires :

1. Très fréquemment, des activités commerciales sont menées de concert par des parents ou amis qui constituent une « association de fait » par ailleurs traitée comme telle par le fisc (article 25 C.I.R.). Cette « association » constitue à leur insu une société en nom collectif par application de la théorie des cadres légaux obligatoires. L'ennui est que cette S.N.C. est également une société irrégulièrement constituée. Par conséquent, l'action intentée contre un débiteur récalcitrant par les associés en nom collectif qui s'ignorent pourra être repoussée par ledit débiteur arguant qu'il n'a pas traité avec des personnes physiques mais avec une société. Si les associés transforment alors leur action en action de la société, celle-ci sera également repoussée par le débiteur invoquant l'article 11 L.C.S.C, lequel dispose que « *Toute action intentée par une société dont l'acte constitutif n'aura pas été déposé... sera non recevable* ». Une véritable prime est ainsi offerte au débiteur astucieux qui gagnera du temps jusqu'à la régularisation de la société (sous forme de S.N.C. suivie d'une éventuelle transformation en une forme de société à responsabilité limitée) ;
2. Les entreprises concluant entre elles des accords de coopération ne souhaitent pas toujours le faire via la création d'une personne morale nouvelle(165). Or, le risque est pourtant grand de voir ce contrat requalifié en société en nom collectif voire en groupement d'intérêt économique(166) qui, de par leur irrégularité, s'exposent éga-

(164) « Suggestion de loi en vue de mettre fin à l'acquisition obligatoire de la personnalité morale par les sociétés à objet commercial », Suggestion de loi n° 9 in *Mélanges de suggestions de lois en hommage à P. HARMEL*, Liège, 1992, pp. 49-50.

(165) Voy. le rapport de Mme BENOIT-MHOURY pour ces Journées, n° 6 (signalant les précautions prises par les contractants prenant soin de préciser qu'ils n'ont aucune intention d'être en société et exprimant des doutes tout à fait justifiés quant à l'efficacité de ces clauses).

(166) P. MARCHANDISE (*op. cit.*, pp. 387-390) a tenté d'écartier ce danger en établissant une distinction entre l'*affectio societatis*, caractéristique du contrat de société, et l'*animus cooperandi*, notion qui s'appliquerait aux contrats de coopé-

lement à ce que l'action en justice intentée par l'un des associés se voie opposer l'exception d'irrecevabilité tirée de l'article 11 des lois coordonnées pour la S.N.C. et de l'article 7, paragraphe 6, de la loi du 17 juillet 1989 relative aux groupements d'intérêt économique.

En conséquence, conclut M. COIPEL, on se trouve confronté à une personnalité « camisole de force », une personnalité à laquelle l'on ne peut échapper, une *personnalité morale obligatoire* (167).

À ces deux objections nous estimons devoir en ajouter une troisième : elle concerne les *sociétés en formation*. Effectivement, si la personnalité morale naît « de la création par les parties d'une situation juridique qualifiable de société » (168), il nous semble que de nombreuses situations de fait se manifestant dans le contexte de la formation d'une société pourraient être considérées comme constitutives d'une société en nom collectif irrégulière. Que l'on songe, par exemple, à l'apport d'un fonds de commerce existant à une société à créer : il est clair que l'exploitation du fonds de commerce sera probablement poursuivie par les futurs associés au cours de la période de formation de la société ; cette exploitation n'est-elle pas alors à inscrire dans le

ration dont question. M. COIPEL (*ibid.*, p. 50) a cependant démontré la fragilité de ce raisonnement : ainsi, d'une part, la collaboration égalitaire réalisée dans le cadre d'un contrat de coopération ressemble à s'y méprendre à celle s'exprimant en société et, d'autre part, s'il fallait retenir un *animus cooperandi* se distinguant de l'*affectio societatis*, celui-ci devrait être considéré comme caractéristique du G.I.E., lequel entretient de nombreuses ressemblances avec la société en nom collectif et dont l'irrégularité fera l'objet de sanctions identiques à celles applicables à la S.N.C.

Notons cependant qu'une vision des accords de coopération entre entreprises se rapprochant de celle prônée par P. MARCHANDISE est pratiquée en droit américain. Effectivement, la notion de « joint venture » y a été créée par la jurisprudence soucieuse de répondre au souhait exprimé par les entreprises de développer des formes contractuelles de coopération en dehors des formes sociétaires réglementées. C'est ainsi que la joint venture purement contractuelle ne se voit appliquer le droit des *partnerships* qu'à titre analogique : il sera donc écarté par le juge en présence d'une volonté clairement établie des parties dans ce sens (cons. H. ELSING, « Joint ventures in den USA » in K. LANGEFELD-WIRTH, *Joint ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft GmbH, 1990, spéc. pp. 579 et suiv.).

(167) Cette conséquence de la théorie des cadres légaux obligatoires fut également relevée par J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, *op. cit.*, pp. 154-155.

(168) M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 223.

cadre de la société en nom collectif (irrégulière) ? L'hypothèse n'est pas d'école. Une jurisprudence, certes ancienne, a pu ainsi considérer que les tiers pouvaient considérer les associés d'une société en formation comme des associés en nom (169). Bien sûr, l'on nous rétorquera que le droit des sociétés en formation doit aujourd'hui être recherché dans l'article 13*bis* (introduit par la loi du 6 mars 1973) L.C.S.C. (170). Mais cette disposition ne modifie pas fondamentalement, à notre avis, les données du problème car elle s'applique aux engagements pris « *avant l'acquisition de la personnalité morale* » (souligné par nous). Or la naissance de la personnalité morale est chez nous instantanée (faute d'être subordonnée à une quelconque immatriculation) sauf si les associés conviennent de retarder le moment de la naissance de la personnalité morale (171). En outre, le problème se pose également en droit français (quoiqu'en termes moins dramatiques puisque l'on verra *infra* que la société créée de fait, c'est-à-dire l'équivalent pour la problématique qui nous occupe de notre société en nom collectif irrégulière, ne dispose pas de la personnalité juridique) où, pourtant, la personnalité morale naît de l'immatriculation (172). Effectivement, une décision récente de la Cour de cassation française a consacré la possibilité de requalifier en société créée de fait une société en formation lorsque « *les actes*

(169) Voy. Comm. Bruxelles, 2 mai 1931, *Revue*, 1933, n° 3291 ; Comm. Bruxelles (réf.), 15 décembre 1949, *Pas.*, 1951, III, 87.

(170) Lequel dispose que « *Ceux qui, au nom d'une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf convention contraire, si ces engagements ne sont pas repris par la société dans les deux mois de sa constitution, ou si la société n'est pas constituée dans les deux ans de la naissance de l'engagement.*

Lorsque les engagements sont repris par la société, ils sont réputés avoir été contractés par elle dès l'origine ».

(171) Voy. M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 224 (citant la doctrine considérant que les parties au contrat de société peuvent affecter la naissance de la personnalité morale d'un terme suspensif).

(172) L'équivalent de notre article 13*bis* L.C.S.C. est à trouver en l'article 1843 du Code civil disposant que « *les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci* ». Cons. également l'art. 5 de la loi n° 86-537 du 24 juillet 1966 concernant plus spécifiquement les sociétés commerciales.

accomplis ne s'analysent pas comme de simples actes préparatoires à l'activité sociale mais comme le commencement même de l'exploitation exercée pendant une période significative »(173). Constatons par ailleurs qu'une doctrine toute récente(174) a estimé que l'article 13*bis* ne retranche rien de l'intérêt de la jurisprudence précitée, laquelle permet d'assurer une protection plus complète des tiers (la qualification de société en nom collectif permettant d'agir contre l'ensemble des associés, qu'ils aient ou non traité avec les tiers concernés tandis que l'article 13*bis* ne permet que l'engagement de la responsabilité de ceux qui se sont engagés au nom de la société en formation). Bref, la théorie des cadres légaux obligatoires comporte de quoi susciter un malaise dans le traitement des questions s'inscrivant dans le contexte des sociétés en formation. D'ailleurs, n'a-t-on pas relevé que l'application de l'article 13*bis* laisse encore désirer la sécurité juridique souhaitée ?(175) Ainsi, outre la controverse signalée en note ci-dessous, une décision récente du tribunal de première instance de Namur(176) a dénié au promoteur une capacité d'agir au motif que la disposition précitée a été conçue exclusivement dans un souci de protection des tiers. Inutile de dire que cette décision nous fait penser à l'exception d'irrecevabilité opposée à l'action *ut singuli* de l'associé d'une société en nom collectif irrégulière. Certains juges ne percevraient-ils pas, au moins inconsciemment, le potentiel encore largement inexploité de la théorie des cadres légaux obligatoires dans le cadre de sociétés en formation ? En tout cas, le fait que la doctrine n'évoque guère ce potentiel (nous n'avons trouvé nulle trace de l'évocation de cette question(177) dans les analyses compulsées(178)) n'est-il pas révélateur d'une

(173) Voy. J. PRIEUR, « Société de fait » in *Encyclopédie juridique Dalloz, vo Société de fait*, 1990, n° 77 (citant Cass. com., 9 novembre 1987, *Les petites affiches*, 14 décembre 1987). Voy. également C. CHAMPAUD, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français », *op. cit.*, pp. 130-131.

(174) V. SIMONART, *op. cit.*, p. 21.

(175) Cons. A. BENOIT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés », *op. cit.*, n° 13 : l'auteur évoque la controverse régnant à propos de la question de savoir si le promoteur est engagé sous condition suspensive de la ratification par la société ou sous condition résolutoire de non reprise par la société.

(176) 7 novembre 1989, *Revue.*, 1990, n° 6556.

(177) Hormis V. SIMONART (*ibid.*) mais le propos de cet auteur n'était pas de se livrer à une analyse approfondie à cet égard.

(178) L. SIMONT, « La loi du 6 mars. 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Revue*, 1974, n° 5786, pp. 65-14 ; même auteur, « Les

certaine retenue, d'un certain souci de ne pas encourager les excès auxquels peut donner lieu une application jusqu'au-boutiste de la logique sous-jacente à la théorie des cadres légaux obligatoires ? L'indication de ce potentiel nous paraît pour notre part nécessaire dans la formulation de réflexions visant à démontrer qu'il est urgent à tout le moins de réformer la théorie des cadres légaux obligatoires (179).

Le questionnement de la théorie des cadres légaux obligatoires sera articulé autour de trois points : la remise en cause des fondements évoqués ci-dessus, l'observation de l'insécurité juridique que suscite l'application de cette théorie et la constatation de l'inégalité flagrante de traitement désormais introduite au détriment des associations de fait à caractère commercial ensuite de l'arrêt (précité) du 13 septembre 1991 rendu par notre Cour de cassation.

22. — *Des fondements discutables...*

1. Existe-t-il une tradition allant dans le sens de la théorie des cadres légaux obligatoires ?

règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation » in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1985, pp. 79-91 ; M. VAN DER HAEGEN et C. VERBRAEKEN, « L'adaptation de la législation belge à la première directive de la C.E.E. relative aux sociétés », *J.T.*, 1974, pp. 129-130.

(179) Les pays voisins présentent un traitement moins problématique des sociétés en formation. En droit français, ces sociétés encourent certes un danger de requalification en société créée de fait mais cette qualification n'aura pas les effets dévastateurs qui découlent en Belgique de la disqualification en société en nom collectif irrégulière : la société créée de fait sera traitée comme une société en nom collectif mais cette société ne dispose pas de la personnalité juridique et ses associés pourront, en conséquence, agir *ut singuli* (voy. J. PRIEUR, *ibid.*, n^{os} 94 et 99). En droit allemand, où la naissance de la personnalité morale dépend également d'une formalité (l'enregistrement au registre de commerce : K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pp. 164-167), la société en formation (« *Vorgesellschaft* »), c'est-à-dire celle ne jouissant pas encore de la personnalité juridique, est considérée comme une personne juridique « en devenir » (*werdende juristische Person*). En conséquence, l'on considère qu'il existe une identité entre la société en formation et la personne morale définitivement constituée (ce qui explique le transfert automatique, sans formalités, des droits et obligations de la société en formation vers la société définitivement constituée) ; les S.A. (AG) et S.P.R.L. (GmbH) en formation disposent du droit d'agir en justice tant activement que passivement ; enfin quant au régime de responsabilité applicable à l'AG ou à la GmbH en formation, il s'agit de distinguer entre la responsabilité des associés (l'opinion dominante considère que celle-ci est limitée aux apports effectués) et la responsabilité de ceux qui ont traité avec les tiers au nom de la société en formation (responsabilité personnelle et solidaire à côté de la *Vorgesellschaft* sous condition résolutoire de l'enregistrement de la société) (K. SCHMIDT, *ibid.*, pp. 849 et suiv. et 662).

Il faudrait tout d'abord savoir à quelle tradition la doctrine fait référence. F. VAN DER MENSBRUGGHE(180) se contente de renvoyer à un courant doctrinal et jurisprudentiel contemporain à la formulation de ses propres réflexions. Si par contre l'on entend évoquer une tradition historique(181), force nous est alors de constater que les réflexions qui en procèdent reposent sur une confusion : la seule tradition que l'on puisse invoquer est celle du principe de solidarité entre codébiteurs commerçants(182), laquelle ne s'identifie pas à l'affirmation, constituant le principe de base de la théorie des cadres légaux obligatoires, selon laquelle des commerçants exerçant une activité conjointe constitueraient nécessairement et automatiquement une personne juridique distincte. D'autre part, quant aux pratiques sociétaires proprement dites, nous avons vu (*supra*) que celles-ci ne se limitaient pas autrefois à la société en nom collectif. En réalité, la théorie des cadres légaux obligatoires est peut-être un avatar issu d'excès de la codification du XIX^{ème} siècle ne faisant nulle part allusion à la solidarité entre codébiteurs commerçants, principe qu'il fallut en quelque sorte réinventer. Ainsi, remarquons que la réintroduction définitive du principe en droit belge ne s'opéra que fort tard, par un arrêt de la Cour de cassation datant de 1952 concernant une espèce à laquelle l'on serait aujourd'hui tenté d'appliquer... la théorie des cadres légaux obligatoires(183), état de fait qui

(180) Obs., *op. cit.*, pp. 124-125, 132.

(181) Sens adopté par P. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 385.

(182) Cons. J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 186-188 : le principe de la solidarité entre codébiteurs commerçants est né de la pratique commerciale médiévale. L'auteur signale d'ailleurs que la doctrine médiévale, se refusant à admettre ce principe, était à cet égard en retard par rapport à la pratique.

(183) Cons. Cass. 3 avril 1952, *J.C.B.*, 1952, p. 343. Quant à la controverse jurisprudentielle antérieure, voy. L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, T. Ier, Gand, Van Rysselberghe & Rombaut, 1928, n° 2. A titre de comparaison, le principe fut définitivement réintroduit en France en 1920 (Cass. req., 20 octobre 1920 in *Les grands arrêts de jurisprudence commerciale*, Paris, Sirey, 1962, p. 3 et obs. M. PEDAMON). Pour en revenir à la Belgique, l'arrêt précité de la Cour de cassation fut adopté à une époque où la théorie des cadres légaux obligatoires était encore le lieu d'une controverse jurisprudentielle particulièrement vive. L'insatisfaction quant au régime de protection procuré aux tiers devait par conséquent être grande dans un système juridique où la solidarité n'était pas clairement de droit entre codébiteurs commerçants et où, parallèlement, une certaine jurisprudence imposait au créancier d'une société irrégulière la charge de prouver que cette société répondait en fait à l'un des types légaux établissant une responsabilité solidaire entre les associés (voy., pour une illustration particulièrement claire : Gand, 9 mars 1911, *J.C.Fl.*, 1911, p. 221, où furent rejetés à la fois un

aurait pu générer au sein des prétoires un sentiment d'urgence de protection des tiers et un souci de « rattraper le temps perdu » à leur égard. De là à ce que les tiers se voient également offrir la théorie des cadres légaux obligatoires...

2. Les travaux préparatoires évoqués ci-dessus contiennent une déclaration du même M. PIRMEZ (184) permettant plutôt d'étayer la reconnaissance de l'éventualité d'associations commerciales de fait non dotées de la personnalité morale (185). En voici le texte :

(le Rapporteur évoque les conséquences de la nullité d'une société ayant eu une existence plus ou moins longue)

*« la nullité... n'empêche pas qu'il y ait eu une **communauté de fait**, dont les conséquences sont réglées par les conventions des parties... Cette solution est trop impérieusement commandée par*

principe de solidarité entre commerçants sur une base autre que conventionnelle et une responsabilité solidaire dans le cadre d'une association commerciale de fait à défaut pour le demandeur d'établir que l'association en question correspondait à une structure sociétaire connaissant un tel régime de responsabilité). Comp. avec l'arrêt (précité) rendu en 1952 par la Cour de cassation : deux personnes exploitaient ensemble un débit de boissons ; un contrat s'inscrivant dans le cadre de l'exploitation commerciale concernée fut conclu par l'une de ces personnes ; l'autre fut reconnue solidairement responsable de l'inexécution du contrat en question vu qu'elle « *devait très bien connaître la convention* » conclue par la première personne. Il résulte de cette expression que l'arrêt applique en réalité une théorie controversée, celle des cadres légaux obligatoires en ce qu'elle enserme d'office les commerçants exerçant une activité commune dans un cadre caractérisé par un régime de responsabilité solidaire, sous couvert de l'affirmation définitive d'un principe bien moins sujet à discussion : celui de la solidarité entre codébiteurs commerçants. Effectivement, le principe de solidarité entre codébiteurs commerçants s'applique, on s'en douterait, à des codébiteurs. Or, dans l'espèce évoquée, le contrat n'avait été conclu que par l'un des commerçants concernés. La Cour élimine l'obstacle en estimant que l'autre commerçant « *devait très bien connaître* » la convention conclue. La Cour ne s'est-elle pas ainsi rapprochée du régime des sociétés en nom collectif, où s'impose la responsabilité solidaire des associés et ce qu'ils aient ou non traité avec les tiers ? Il est vrai que le principe de solidarité repose en Belgique sur une présomption de... société entre débiteurs commerçants (voy. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, n° 28 ; J. DECLERCK-GOLDFRACHT, « La présomption de solidarité passive commerciale. Une solution : la responsabilité 'in solidum' ? », note sous Cass., 5 décembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 489) tandis qu'il est plutôt envisagé en France comme résultant d'une convention tacite dont l'existence est inférée dans l'intérêt du crédit (voy. F. DERRIDA, « De la solidarité commerciale », *Rev.trim.dr.com.*, 1953, pp. 348 et suiv.).

(184) *Op. cit.*, p. 520 ; voy. également J. GUILLERY, *op. cit.*, n° 269.

(185) Cette observation a déjà été faite par la doctrine qui s'opposa à l'adoption de la théorie des cadres légaux obligatoires (voy. A. LIMPENS, « Des sociétés constituées sans écrit », note sous Cass., 17 mai 1968, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 222-223).

l'équité pour qu'elle puisse faire doute.... les tiers ont le choix ou d'accepter la société telle qu'elle est formée, ou de la rejeter pour s'en tenir à la société telle qu'elle s'est présentée à eux, et en la supposant régie par les principes généraux qui obligent solidairement tous les associés qui prennent part à leur gestion » (souligné par nous).

Cet extrait suscite plusieurs observations. La première est qu'il ne s'inscrit nullement dans la logique du premier extrait cité. Effectivement, M. PIRMEZ évoque les conséquences d'une nullité qui, à l'époque, revêtait un caractère rétroactif (cons. l'article 13^{quater} L.C.S.C. pour le régime actuel). Dès lors, la nullité rétroactive faisant table rase de tout cadre légal pour l'activité exercée avant le prononcé de la nullité, le groupement considéré eût dû être considéré comme une société en nom collectif si l'on s'en réfère à la première déclaration reproduite ci-dessus (puisque l'on doit faire « comme si » les associés n'avaient adopté aucun cadre légal). Or, le Rapporteur ne s'engage pas dans cette voie, il estime au contraire que l'on aura affaire à une « communauté de fait ». Seconde observation : l'on pourrait, à première vue, avoir l'impression que cette communauté de fait se voit appliquer par M. PIRMEZ le régime de la société en nom collectif. Or, il n'en est rien, le Rapporteur mentionnant non pas une responsabilité solidaire de l'ensemble des associés (qu'ils aient ou non été actifs dans la gestion de la société) mais une responsabilité solidaire des associés ayant pris part à la gestion : il s'agit d'un simple rappel du principe de solidarité entre codébiteurs commerçants qui, rappelons-le, repose lui-même sur une présomption de société constituée entre les codébiteurs commerçants(186). Peut-on, au vu de cette contradiction évidente dans la pensée exprimée au cours des travaux préparatoires, n'en retenir que la première composante pour passer la seconde sous silence(187) ?

(186) Cette formulation évoque également : la société en commandite simple (art. 18, 22 et 23 L.C.S.C.) où les commandités, assumant la gestion de la société, sont les seuls à s'engager solidairement envers les tiers ; l'association momentanée (art. 175 L.C.S.C.) où « *les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité* » (souligné par nous) et (cas dont M. PIRMEZ ne pouvait être conscient) le régime de responsabilité applicable aux promoteurs d'une société en formation (art. 13^{bis} L.C.S.C., voy. *supra*).

(187) Sur la liberté dont dispose de toute façon l'interprète au regard des travaux préparatoires, cons. P. GERARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur » in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 1978, pp. 51 et suiv. Voy. également Collectif, *Le recours*

3. L'argument de texte tiré de la lecture des articles 2 et 3 L.C.S.C. peut être rapidement écarté, l'existence de la controverse antérieure à la consécration de la théorie des cadres légaux obligatoires démontrant à suffisance que ces dispositions sont susceptibles d'interprétations diverses(188).

4. Quant au privilège de la responsabilité limitée.

Nous avons vu (*supra*) ce qu'il fallait penser d'une vision percevant la responsabilité limitée comme un privilège dépendant du bon vouloir du législateur. Au-delà de cette observation, il est, bien sûr, légitime d'affirmer que la loi peut prétendre réglementer l'accès à la limitation de responsabilité dans un souci de protection des tiers. Néanmoins, cette protection peut être atteinte par l'application du principe de solidarité entre codébiteurs commerçants ou par la transposition de ce principe dans le cadre d'une société de fait que l'on pourrait assimiler à la société en nom collectif quant au régime de responsabilité des associés(189) et ce pour autant que les associés n'aient pu licitement limiter leurs responsabilité (par la voie contractuelle ou en s'inspirant de la solution allemande de limitation de responsabilité au sein des sociétés civiles). Dès lors, il n'était nullement nécessaire d'imposer au groupement commercial de fait une personnalité procurant au débiteur de mauvaise foi une aubaine inattendue(190).

aux objectifs de la loi dans son application, Travaux préparatoires et Actes du congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Bruxelles, Story-Scientia, 1990 et 1992.

(188) J. VAN COMPENOLLE, *ibid.*, pp. 154-155. L'auteur évoque notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 1937 (*Pas.*, 1937, I, 161 : « *Attendu qu'aucune disposition légale n'accorde aux sociétés ou communautés de fait la personnalité civile* »). Dans le même sens, voy. Gand, 18 décembre 1957, *Revue*, 1959, n° 4919, obs. F. VAN DER MENSBRUGGHE (« *Attendu qu'il n'est pas interdit aux commerçants de former, en dehors des articles 2 et 3 des lois sur les sociétés, une association de fait tout en excluant expressément ou tacitement la naissance d'une société à personnalité civile* »).

(189) Cette dernière solution est celle du droit français : J. PRIEUR, *op. cit.*, n^{os} 8 et 11.

(190) L'observation du caractère contraire à l'équité que comporte l'application de la théorie des cadres légaux obligatoires dans le contexte de la récupération de créances contre des débiteurs récalcitrants fut d'ailleurs celle qui impressionna le plus les juges qui rendirent des décisions hostiles à cette théorie (A. LIMPENS, *op. cit.*, pp. 226-227). A titre illustratif, voy. Comm. Alost, 13 mai 1954, *R.W.*, 1954-1955, col. 483 : « *Les nécessités du commerce ne peuvent permettre qu'un vendeur, qui ne s'est pas préoccupé de savoir s'il contractait avec une société à personnalité juridique plutôt qu'avec des personnes physiques, puisse*

5. Quant à l'affirmation selon laquelle l'attribution de la personnalité juridique dépend de la loi et non de la volonté des parties, nous avons également vu (*supra*) ce qu'il fallait penser de la thèse de la fiction légaliste de la personnalité morale. D'autre part, si cette thèse a toujours semblé jouir d'un ancrage solide en droit belge, notons que celle-ci a, dès sa consécration au XIX^{ème} siècle, connu une exception(191). D'autre part, comment expliquer, dans la pratique d'une telle vision, que les parties puissent soumettre la naissance de la personnalité juridique d'une société en formation (voy. *supra*) à un terme suspensif ? Enfin, comment expliquer qu'une société annulable, qui donc ne répond pas aux conditions dont le législateur fait dépendre l'octroi de la personnalité juridique, puisse néanmoins exister — avec sa personnalité juridique — jusqu'au prononcé de la nullité (en vertu de l'article 13^{quater} L.C.S.C.) ?

23. — Une insécurité juridique indéniable dans son application...

M. GANSHOF VAN DER MEERSCH fit remarquer, à l'occasion de son avis à propos de ce qui allait devenir l'arrêt du 17 mai 1968 (précité) de la Cour de cassation, que « *Si la société en nom collectif peut résulter du pacte social, elle peut, à défaut de celui-ci, résulter du fonctionnement même de l'exploitation commerciale* »(192) (souligné par nous).

D'autre part, une doctrine favorable à l'adoption de la théorie des cadres légaux obligatoires, consciente de certaines des objections formulées ci-dessus, avait insisté sur l'exigence que doivent manifester les tribunaux quant à la preuve à apporter par les tiers de l'existence d'une société dotée de la personnalité juridique et ce en vue d'éviter les « abus auxquels l'application des règles qui précèdent, peut parfois donner lieu »(193). C'est ainsi que celui qui prétend que des personnes exerçant ensemble une activité commerciale constituent une société personnifiée devra prouver l'intention des parties de s'associer (*affectio societatis*), l'existence d'apports constituant le fonds social, la participation de chacun des associés aux bénéfices et aux pertes et, en vue de démon-

ultérieurement se soustraire à ses obligations sous prétexte qu'il a contracté avec une personne morale ».

(191) Cas de la personnalité juridique de la société civile charbonnière cité par J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, p. 153.

(192) *Op. cit.*, p. 152.

(193) F. VAN DER MENSBRUGGHE, *Obs., op. cit.*, p. 138.

trer que les associés forment une société en nom collectif, que les associés font le commerce sous une raison sociale (194) (195). « *En revanche, si cette preuve n'est pas rapportée, on se trouve en présence non d'une société, puisqu'aussi bien on ne démontre pas que celle-ci existe, mais d'une 'communauté de fait' laquelle n'est évidemment pas douée de la personnalité juridique, ou d'autre chose* ». Dès lors, « *Il n'y a aucune contradiction à dire, d'une part, avec la Cour suprême, que les 'communautés de fait' ne bénéficient pas de la personnification civile et, d'autre part, avec la quasi-unanimité de la jurisprudence et de la doctrine, que les personnes qui veulent s'associer pour faire le commerce doivent nécessairement choisir un des cadres prévus par le législateur...* » (196).

Le contraste que nous avons voulu faire ressortir entre les déclarations de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH (la preuve du pacte social peut être suppléée par la simple mise en évidence du fonctionnement du groupement, en d'autres termes : par une simple apparence de société) et de F. VAN DER MENSBRUGGHE (il faut non seulement prouver le contrat de société mais aussi apporter la démonstration des éléments spécifiques au type de société dont on se prévaut (197)) constitue le reflet adéquat des errements jurisprudentiels actuels lorsqu'il s'agit de qualifier une manifestation d'activité commerciale commune qui s'est refusée ou a négligé d'adopter l'un des cadres légaux. Ainsi certaines décisions, dont celle — précitée — du 17 mai 1968 de la Cour de cassation, donnent à penser que de la simple constatation de l'exercice en commun d'une activité commerciale sous une raison sociale, le juge peut inférer la réunion des éléments du contrat

(194) Ladite raison sociale permettant de différencier la société en nom collectif temporaire de l'association momentanée (V. Simonart, *op. cit.*, p. 23).

(195) F. VAN DER MENSBRUGGHE, *ibid.*, p. 127.

(196) *Ibid.*, p. 128.

(197) Notons que cet auteur s'était, dans une étude antérieure (« Des sociétés constituées sans écrit ou dont l'acte constitutif n'a pas été publié », *Revue*, 1957, n° 4663, spéc. pp. 105 et 108-109), montré beaucoup moins exigeant en matière de preuve, se rapprochant alors de la déclaration de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH : « *La preuve d'une société constituée sans écrit ou dont l'acte constitutif n'a pas été publié incombe à celui qui l'invoque... Elle découlera notamment de circonstances révélant une situation de fait qui ne peut s'expliquer autrement que par l'existence d'une société... l'existence d'une société sera présumée chaque fois que des personnes agissent de telle sorte que les tiers doivent ou peuvent croire qu'ils ont affaire à une société commerciale... Cette société sera 'en nom collectif'. C'est le type de société de droit commun* ».

de société sans qu'aucune preuve précise ne soit exigée du tiers à cet égard(198) ; certaines décisions précisent même que l'absence de raison sociale ne suffit pas pour échapper à la qualification de société en nom collectif, celle-ci ne relevant pas de l'essence de la S.N.C.(199). D'autres décisions par contre refusent l'insertion d'une collaboration commerciale commune dans le cadre de la société en nom collectif au motif que la démonstration de l'existence des éléments du contrat de société fait défaut et ce même en présence de l'utilisation d'une raison sociale(200) (cette der-

(198) Voy. notamment : l'attendu, reproduit *supra* n° 20, de l'arrêt du 17 mai 1968 ; Cass., 26 octobre 1989, *Bull.* n° 124 (RG 8503) : au reproche qui est fait à l'arrêt d'appel de constater « *seulement l'existence d'un commerce exercé par le demandeur et son fils sous une raison sociale et l'intervention du demandeur dans ce commerce, sans relever dans l'esprit des parties la volonté, d'une part, de mettre une chose en commun et, d'autre part, de partager les bénéfices produits par cette mise en commun* », la Cour de cassation rétorque que la cour d'appel, ayant relevé des présomptions graves, précises et concordantes de ce que le demandeur et son fils « *exerçaient le commerce ensemble* », « *... a considéré de manière implicite mais certaine que toutes les conditions précitées (n.d.l.r. : celles de l'article 15 L.C.S.C. pour la S.N.C. et celles valant pour tout contrat de société) étaient remplies et plus spécialement qu'existait, en l'espèce, l'affectio societatis impliquant la volonté, d'une part, de mettre une chose en commun et, d'autre part, de partager les bénéfices produits par cette mise en commun* » ; Mons., 15 mai 1990, *J.T.*, 1991, p. 391 : « *Qu'il suffît, pour que le tiers invoque l'existence de cette société, d'établir que les personnes en question faisaient le commerce ensemble, dans les liens de l'affectio societatis, en utilisant une raison sociale, explicite ou implicite ; sans avoir à prouver la consistance précise des arrangements entre associés quant au partage des bénéfices et de la contribution aux pertes* ».

(199) Comm. Bruxelles, 2 mai 1931 (précité) : la raison sociale est une caractéristique ordinaire mais non l'un des éléments de la S.N.C.. Voy. également Mons, 15 mai 1990, cité en note ci-dessus.

(200) Voy. e.a. : Bruxelles, 14 janvier 1958, *Revue*, 1959, n° 4797 et obs. P.D. (rejet de l'exception opposée à l'action *ut singuli* de prétendus associés en nom à défaut de preuve de l'existence d'une société d'abord et d'une société dotée de la personnalité juridique ensuite. Le commentateur de cet arrêt estime qu'il n'est pas étonnant que la Cour fasse preuve d'exigence sur le plan de la preuve) ; Comm. Bruxelles, 9 juillet 1969, *J.T.*, 1969, p. 680, obs. L. GROGNARD (deux personnes exerçaient le commerce ensemble ; les factures établies par celles-ci mentionnaient deux numéros d'inscription au registre de commerce, une raison sociale et un numéro de compte en banque. Le juge rappelle qu'il appartient au défendeur-débiteur de prouver que les demandeurs constituent une S.N.C., laquelle ne peut résulter de la simple constatation d'une activité commerciale commune : « *... le fait de deux personnes commerçantes d'exercer des activités ensemble et de manière régulière et continue ne donne pas nécessairement naissance à une société en nom collectif ; pour qu'il y ait société les deux personnes doivent avoir convenu de mettre certains biens en commun, c'est-à-dire de transférer des valeurs réalisées par chacune d'elles au profit d'une société, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter, mues par l'affectio societatis, c'est-à-dire qu'elles ont voulu créer une société, qu'elles ont eu cette intention de travailler activement ensemble sur un pied d'égalité*

nière ne relevant pas, ainsi qu'on l'a vu, de l'essence de la S.N.C.). L'adhésion de la Cour de cassation à la première tendance signalée, laquelle fait finalement prévaloir l'apparence (201) du contrat de société sur l'existence de celui-ci est compréhensible car la démarche probatoire du contrat de société paraît bien artificielle face à un comportement des parties qui, éventuellement, ont tout fait pour éviter que leur contrat ne fût qualifié de société (202). Il importe néanmoins de souligner que, paraphrasant en cela M. DE GAUDEMARIS (203), il revient désormais au même de caractériser l'existence d'une société en nom collectif ou d'une simple apparence non pas même de ce type de société mais d'UNE société (reposant sur l'exercice d'une activité commerciale commune). Cette constatation jointe à la considération que les conditions actuelles d'application de la théorie de l'apparence se limiteront ici à la présence d'un élément matériel fait d'une apparence d'activité commune et d'un élément psychologique reposant sur la simple erreur légitime (204) ne manquent pas de générer une impression de laxisme de même qu'un sentiment d'insatisfaction dans le chef du juriste confronté au développement d'une « casuis-

pour faire produire des bénéfices à l'entreprise, tout en acceptant d'en partager les risques »); Comm. Charleroi, 20 juin 1977, *Revue*, 1978, n° 5998, obs. (où le juge, constatant la réunion d'indices comparables à ceux de la décision précitée; a néanmoins fait remarquer que la preuve des éléments du contrat de société n'était pas apportée).

(201) Voy. P. MARCHANDISE, *op. cit.*, pp. 384-385.

(202) Ainsi, J. PATARIN (*op. cit.*, p. 60) a fait observer que la notion d'*affectio societatis* est un « *facteur d'incertitude redoutable pour un groupement civil non personnalisé* ». Il s'agit en effet d'une notion mal définie, abandonnée à la discrétion des juges du fait et qui « *relève souvent d'une bienveillante divination puisque les parties ont justement eu recours à toutes sortes de formes juridiques autres qu'un contrat exprès de société* ». Dans le même sens, J. PRIEUR (*op. cit.*, n° 25) relève que l'*affectio societatis* « *se manifeste d'une façon particulière dans les sociétés créées de fait. Elle s'induit le plus souvent d'une participation effective à la direction et à la marche de l'affaire. Elle est ici conçue non pas simplement comme une volonté de collaboration mais surtout comme l'exercice effectif d'une activité pour compte commun* » (l'auteur cite une décision de la Cour de cassation française, souligné par nous et à comparer avec la déclaration précitée de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH ouvrant ce numéro).

(203) « *Théorie de l'apparence et sociétés* », *Rev. soc.*, 1991, p. 478. (l'auteur observant que « *pour les différentes formations de la Cour de cassation il revient au même de caractériser l'existence d'une société créée de fait ou une simple apparence de ce type de société* »).

(204) Cons. M. DE GAUDEMARIS, *ibid.*, pp. 491-498 et voy. les références citées *supra* note 126.

tique rebelle à toute systématisation »(205). Les conséquences de cette situation en droit belge sont d'ailleurs bien plus graves qu'en France puisque la disqualification en S.N.C. aura pour les associés les conséquences pénalisantes prédécrites, résultant de l'imposition forcée d'une personnalité juridique que les associés n'ont ni voulue ni parfois même envisagée. L'insécurité juridique dans laquelle sont plongés les partenaires commerciaux désormais totalement dépendants de la mansuétude juridictionnelle(206) suscite le rappel d'une réflexion de J. PATARIN(207) estimant « *qu'il est dangereux de forcer la volonté des intéressés et de porter trop loin, contre leur gré, la personnalité du groupement qu'ils ont formé entre eux* ».

24. — La théorie des cadres légaux obligatoires et l'arrêt du 13 septembre 1991(208) de la Cour de cassation ou de l'inégalité désormais introduite entre groupements de fait en défaveur des groupements commerciaux

Comparons la situation des groupements de fait en général et de la société commerciale de fait (disqualifiée en S.N.C. par application de la théorie des cadres légaux obligatoires) au regard de l'action en justice depuis l'arrêt précité de la Cour de cassation :

(205) M. DE GAUDEMARIS, *ibid.*, pp. 497-498 (la citation est empruntée par l'auteur à J. PRIEUR).

(206) Notons qu'un recours excessif à la théorie du mandat apparent peut, le cas échéant, aboutir à transformer le régime de responsabilité des associés dans une association momentanée (où, en vertu de l'article 175 L.C.S.C., la solidarité n'est prévue qu'à l'égard des tiers avec qui les associés ont traité) en un régime de responsabilité inhérent à la société en nom collectif : voy. Comm. Kortrijk, 19 janvier 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 66, noot S. STJENS et P. CALLENS (l'associé d'une association momentanée traite avec un tiers qui actionna l'ensemble des associés de celle-ci au motif que l'associé concerné aurait été investi d'un mandat apparent. Le juge donna raison au tiers alors que les conditions d'application de la théorie du mandat apparent ne semblaient pas réunies en l'espèce (voy. note sous la décision). Le juge manifesta par ailleurs un manque d'égard étrange pour les dispositions statutaires formulant un mandat exprès dont les conditions n'avaient pas été respectées par l'associé qui avait traité avec le tiers, en énonçant de manière péremptoire que ces dispositions statutaires ne pouvaient être opposées. Nous ne voyons personnellement pas ce qui justifie en droit une telle affirmation : les dispositions du contrat d'association momentanée sont bel et bien opposables aux tiers qui ne pourront les tenir en échec que par la démonstration d'un mandat apparent, laquelle démonstration apparaissait précisément déficiente en l'espèce).

(207) *Op. cit.*, p. 60.

(208) Évoqué *supra* n° 15.

<u>Groupements de fait en général</u> (après Cass., 13 septembre 1991)(209)	<u>Groupements commerciaux de fait(S.N.C. irrégulières) :</u>
<ul style="list-style-type: none"> — capacité passive : oui sauf exception d'irrecevabilité émanant de l'une des parties à l'instance ; — capacité active : non sauf renonciation dans le chef du tiers actionné à se prévaloir du défaut de capacité (l'exception d'irrecevabilité n'étant plus d'ordre public) ; — action <i>ut singuli</i> des membres du groupement : OUI 	<ul style="list-style-type: none"> — capacité passive : au choix des tiers uniquement (article 10, paragraphe 4, L.C.S.C.) ; — capacité active : non sauf renonciation du tiers à se prévaloir du défaut de capacité (article 11 L.C.S.C.)(210) ; — action <i>ut singuli</i> des membres du groupe : NON (en raison de la personnalité morale de la S.N.C.)(211)

Cette simple comparaison permet de mettre en évidence que les groupements de fait à caractère commercial sont désormais plus maltraités sur le plan de l'action en justice que les autres groupements de fait par cela même que les premiers se voient imposer la personnalité morale alors que les seconds ne sont pas dotés de la personnalité juridique.

La chose est particulièrement étonnante lorsque l'on sait que les associations lucratives (parmi lesquelles figurent, bien sûr, les groupements commerciaux) ont dans l'histoire toujours joui de la faveur d'un législateur y voyant un facteur de développement économique(212). Or, nous ne croyons pas que l'ordre

(209) Ceci sous réserve des commentaires plus experts des processualistes.

(210) Sur l'irrecevabilité tirée de l'article 11 L.C.S.C., cons. F. VAN DER MENSBRUGGHE, « Des sociétés constituées sans écrit... », *op. cit.*, pp. 115 et suiv. (notamment : il s'agit d'une exception dilatoire visant à inciter les tiers à publier l'acte de société ; cette exception n'est pas d'ordre public : elle ne peut donc être soulevée d'office par le juge ; elle ne peut en outre empêcher la société irrégulière d'inter jeter appel du jugement rendu dans une instance où elle était défenderesse).

(211) Sur la nature de l'exception permettant le rejet de l'action *ut singuli*, voy. Liège, 4 avril 1979, *Revue*, 1980, n° 6060 ; obs. J.-M. NELISSEN GRADE (il s'agit d'une exception au fond).

(212) Voy. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 618 (« Le législateur n'a pas craint... que les associations qui poursuivent un but lucratif empiètent sur le domaine de l'acti-

juridique belge manifeste aujourd'hui à l'égard des groupements commerciaux une hostilité telle que ceux qui seraient créés de fait devraient désormais être pénalisés par rapport à tout autre type de groupement également créé de fait. Une telle affirmation paraîtrait d'autant plus incongrue à l'heure où, en raison des compétences nouvelles confiées par la loi du 6 janvier 1989 à la Cour d'arbitrage(213), l'on parle beaucoup de l'égalité des belges devant la loi (article 6 de la Constitution). La théorie des cadres légaux obligatoires franchit ainsi la limite qui la séparait du caractère simplement critiquable au constat d'inadmissibilité devant s'appliquer désormais à cette doctrine.

25. — *Quelle alternative proposer à la théorie des cadres légaux obligatoires ? La personnalité morale non obligatoire*

L'on a fait remarquer que l'usage d'une technique adéquate de qualification permettrait d'échapper à certaines conséquences indésirables résultant de l'application de la théorie des cadres légaux obligatoires(214). Effectivement, la mise en œuvre d'une qualification adéquate permettrait d'échapper à l'automaticité dans la disqualification en S.N.C. que manifeste la pratique juri-

rité de l'État et soient un obstacle à son autorité et à son action ») ; P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique... », *op. cit.*, p. 152 (l'État — au sortir de la révolution — n'a jamais exprimé de méfiance envers les associations lucratives car il percevait que les richesses par elles accumulées finiraient par se fondre dans les patrimoines privés. Tout autre était par contre l'attitude originelle de l'État envers les associations à tendance idéale qui furent soumises à une surveillance plus étroite) ; J. MORANGE, *op. cit.*, p. 69 (observant qu'une évolution des idées désormais moins défavorables au phénomène associatif profita en premier lieu aux groupements lucratifs jugés peu dangereux par le législateur).

(213) Cons. sur cette matière : D. DEOM, « *Objectif du législateur et principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage* » in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Travaux préparatoires, *op. cit.*, pp. 247 et suiv. ; Collectif, *Le recours des particuliers devant la Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles-Paris, Bruylant-Economica, 1991. Voy. en outre : Centre d'études constitutionnelles et administratives, Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990, Bruxelles, Bruylant, 1990 ; J. SAROT, *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

(214) Voy. M. COIPEL, « Suggestion de loi... », *op. cit.*, p. 48 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés de fait », *J.T.*, 1957, pp. 710-711 (soulignant la nécessité de rechercher la commune intention des parties en vue d'aboutir à une qualification adéquate. l'application du régime de la société en nom collectif ne serait alors préconisée que si cette intention ne pouvait être dégagée ou que si la production du contrat révélait la création d'un véritable « monstre juridique ») ; V. SIMONART, *op. cit.*, n° 13 et suiv. (présentant la qualification du groupement en association momentanée comme une alternative, dont nous avons perçu toute la fragilité, à la disqualification en S.N.C.).

dictionnelle. Néanmoins, la qualification adéquate ne constitue finalement qu'une mise en œuvre correcte de la théorie des cadres légaux obligatoires (215) et ne permet pas de résoudre le problème central : celui de l'attribution forcée de la personnalité juridique au groupement commercial de fait. Le Prof. M. COIPEL (216) estime que cette solution est inévitable *de lege lata* puisque procédant précisément des nécessités inhérentes à la (re)qualification. L'on ne peut que partager ce point de vue sur le fond : dès qu'une situation est qualifiable en un acte juridique déterminé, on ne pourra que lui appliquer le régime attaché à cet acte et ce quelle qu'ait été la manifestation consciente de volonté des parties. Nous croyons cependant avoir montré, par les considérations qui précèdent, qu'il semble douteux que la qualification de société *dotée de la personnalité morale* doive nécessairement être appliquée à une exploitation lucrative à caractère commercial. L'on attirera ici encore l'attention sur la jurisprudence analysée ci-dessus : l'existence d'une raison sociale n'étant pas élevée au rang des éléments essentiels de la société en nom collectif, la (re ou dis) qualification d'une exploitation commerciale lucrative résulte finalement de la seule constatation de la réunion (effective ou apparente) des éléments constitutifs du contrat de société. Or, la société civile se caractérise également par la présence de ces éléments. Pourtant, la jurisprudence a depuis longtemps renoncé à lui attribuer la personnalité juridique. Ici encore l'on observe la mise en œuvre d'un traitement différencié (entre sociétés civiles et sociétés commerciales cette fois), lequel n'a pas reçu d'explication satisfaisante. Nous renvoyons pour le surplus à la discussion (*supra*) de l'argument de texte tiré des articles 2 et 3 des L.C.S.C. Par conséquent, il nous semble qu'une alternative se présente *de lege lata* : elle consiste dans l'abandon par la jurisprudence d'une doctrine dont on a démontré la fragilité des fondements de même que le caractère inacceptable de ses conséquences pour décider désormais que les groupements commerciaux de fait ne sont pas dotés de la personnalité juridique. Cette solution n'est pas synonyme d'un vide juridique défavorable à la protection des intérêts des tiers puisque

(215) Voy. l'avis, précité, de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, p. 153 (citant J. GUILLERY faisant lui-même référence à l'extrait — précité — du rapport de K. PIRMEZ dont il résulte que la qualification de la S.N.C. sera retenue si la société « ne renferme pas les éléments exceptionnels de la commandite ou de l'anonymat »).

(216) « Suggestion de loi... », *op. cit.*, pp. 48-49.

cette approche n'est pas exclusive de la responsabilité solidaire des membres du groupement auxquels l'on appliquera soit le principe de la solidarité entre codébiteurs commerçants soit le régime de responsabilité des associés en nom collectif (cas de la société créée de fait en France)(217) pour autant que ceux-ci n'aient pu licitement limiter leur responsabilité à l'égard des tiers. Par ailleurs, le droit comparé nous révèle que la pénalisation issue d'une « théorie des cadres légaux obligatoires à la belge » est inconnue d'autres systèmes juridiques(218). Nous souscrivons en outre à la

(217) Les deux hypothèses ne peuvent être confondues : la présomption de solidarité entre codébiteurs commerçants est une présomption simple pouvant être écartée soit par la convention des parties soit par les circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu (cons. Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. Ier, 5^{ème} 2d., Paris, Economica, 1988, p. 69) tandis que la solidarité des associés en nom, outre le fait qu'elle s'applique aux associés qu'ils aient ou non traité avec les tiers, serait une règle de nature impérative à la protection de laquelle les tiers ne pourraient renoncer que dans l'acte passé avec la société (voy. F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 337). Remarquons cependant que cette dernière affirmation ne repose sur aucune base légale (contrairement au droit allemand dont la S.N.C (OHG) connaît un régime impératif de responsabilité solidaire en vertu de l'article 128 HGB, voy. *supra*).

(218) On a déjà à plusieurs reprises évoqué le cas de la France : on se contentera dès lors de rappeler que les sociétés créées de fait ne sont pas des personnes morales (l'action *ut singuli* y est donc la règle) et se voient appliquer un régime de responsabilité solidaire des associés calqué sur celui de la société en nom collectif dans la mesure où leur objet est commercial.

Le pays dont le traitement des sociétés commerciales de fait se rapproche le plus de celui développé en Belgique est la R.F.A.. Cette nation connaît en effet un *numerus clausus* des sociétés commerciales et un *Rechtsformzwang* générant l'inscription obligatoire de tout groupement à objet commercial dans l'une des formes prévues par le législateur. Il existe néanmoins une différence de taille entre le droit allemand et le droit belge (outre le fait que la technique de qualification adéquate dont nous avons parlé y est effectivement pratiquée) : aucune pénalisation dans l'action en justice n'y est perçue puisque la requalification sera fréquemment faite sous la forme de la BGB-Gesellschaft (société civile) ou de la OHG (S.N.C.), lesquelles ne disposent ni l'une ni l'autre de la personnalité juridique (voy. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pp. 88-93 ; B. KRAUS, *op. cit.*, pp. 5 et suiv., 75 et suiv., 210-211).

Quant au droit américain, le pire qui puisse arriver aux associés d'un groupement de fait est que celui-ci soit traité comme un *partnership* (ne disposant pas de la personnalité juridique mais auquel de nombreux États accordent un droit d'action en justice, voy. *supra*), une doctrine moderne établit cependant une distinction entre les associés actifs (lesquels seraient effectivement en *partnership*) et les associés passifs (dont la responsabilité ne pourrait être engagée par les tiers) : H.G. HENN & J.R. ALEXANDER, *op. cit.*, pp. 329 et suiv. (l'on a évoqué le traitement de la « *too defective corporation* », lequel ne s'appliquera que si l'on ne peut appliquer les régimes de la « *de facto corporation* » et de la « *corporation by estoppel* » qui permettront aux associés d'imposer dans certaines conditions l'existence d'une société-« corporation » pourtant irrégulièrement constituée).

suggestion du Prof. M. COIPEL(219) qui propose de faire dépendre *de lege ferenda* la naissance de la personnalité morale de l'accomplissement d'une formalité (immatriculation), imitant en cela la France et la R.F.A. Une telle solution permettrait effectivement d'accroître la sécurité juridique dans une société centralisée et organisée de telle façon que celle-ci soit incontestablement intéressée à la manifestation certaine de l'existence d'êtres moraux. Elle ne constitue cependant pas une panacée dans la mesure où tant en France (persistance de la jurisprudence posant la réalité des personnes morales alors que le principe de l'immatriculation s'est imposé de manière générale, *supra*) qu'en R.F.A. (tendance à aligner les attributs des non-personnes morales sur ceux des personnes morales, large assimilation des sociétés en formation aux sociétés-personnes morales qui ne seront pourtant reconnues comme telles qu'à dater de leur enregistrement, *supra*), il apparaît que la vitalité de la pulsion personnalisante échappe dans une certaine mesure à l'emprise du législateur pour subir l'influence des élaborations juridictionnelles et contractuelles.

Considérations finales

26. — Les entreprises nationales de même que le droit belge des sociétés seront confrontés demain à l'inscription dans un espace sans cesse élargi. Il importe dès lors que le droit précité puisse prendre un rang honorable dans le concert de droits européens appelés à se faire une concurrence croissante. Par conséquent, l'abandon d'une conception institutionnelle déformée de même que d'une vision exagérément legaliste de la personnalité morale nous semblent s'imposer afin d'ouvrir une nouvelle dimension de liberté dans l'organisation de rapports sociétaires qui ne seraient pas engoncés, contraints ou pénalisés mais qui seraient promus au rang de leur réalité profonde : celle de constituer un facteur de développement économique et d'accroissement du bien-être de chacun. La nouvelle dimension à procurer à l'autonomie contractuelle ou encore individuelle dans le droit des sociétés de demain constitue à cet égard un défi majeur.

Isabelle CORBISIER (*)

(219) *Ibid.*, pp. 52-53.

(*) *Assistante à l'Université catholique de Louvain. Actuellement : Chargée de cours à l'Université du Luxembourg, Professeur invité HEC-ULG, Of Counsel.*